

TRANSAKSJONER MELLOM SELSKAP OG AKSJEEIERE

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44, § 3-8.

Kandidatnummer: 446

Veileder: Arne Tjaum

Leveringsfrist: 25.04.2006

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

Til sammen 17.894 ord

26.10.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	1
1.2	BAKGRUNN FOR VALG AV TEMA, HENSIKT MED OPPGAVEN OG FAGLIG/TEORETISK TILNÆRMING	2
1.3	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	2
1.4	BESTEMMELSENS FORHISTORIE	3
1.5	HENSYN BAK REGLENE	4
<u>2</u>	<u>TRANSAKSJONER MELLOM SELSKAPET OG AKSJEIERE</u>	<u>6</u>
2.1	HVILKE TRANSAKSJONER KREVER GODKJENNELSE AV GENERALFORSAMLINGEN?	7
2.1.1	”Erverv”	7
2.1.2	”Eiendeler, tjenester eller ytelser”	8
2.1.3	”Vederlag”	9
2.1.4	”Fra aksjeeier”	10
2.1.5	”Vederlaget må utgjøre over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet”	17
2.2	HVILKE TRANSAKSJONER ER UNNTATT FRA KRAVET OM GODKJENNELSE FRA GENERALFORSAMLINGEN?	21
2.2.1	”Avtale inngått i samsvar med reglene i § 2-4, jf § 2-6, og § 10-2”	22
2.2.2	”Erverv av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering”	22
2.2.3	”Forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”	23
<u>3</u>	<u>PARTSFORHOLD/SELSKAPETS MEDKONTRAHENT</u>	<u>30</u>

3.1	AKSJEEIER	30
3.2	UTVIDET PERSONKRETS	33
4	<u>SAKSBEHANDLINGSREGLER</u>	<u>36</u>
4.1	STYRETS PLIKTER	36
4.1.1	Utarbeide redegjørelse for ervervet	38
4.1.2	Melding til foretaksregisteret	40
4.2	SAKSBEHANDLING VED GENERALFORSAMLING	42
5	<u>RETTSVIRKNINGER AV SAKSBEHANDLINGSFEIL</u>	<u>44</u>
5.1	SAKSBEHANDLINGSFEIL	44
5.2	TYPER SAKSBEHANDLINGSFEIL	45
5.2.1	Habilitet i styret	45
5.2.2	Mangler ved styrets redegjørelse	46
5.2.3	Manglende eller forsinket melding til Foretaksregisteret	47
5.3	REPARASJON AV SAKSBEHANDLINGSFEIL.	48
5.4	PASSIVITET	49
5.5	RESTITUSJONSOPPGJØR	51
5.5.1	Restitusjon hvor ytelsen kan tilbakeføres	52
5.5.2	Restitusjon hvor ytelsen ikke kan tilbakeføres	53
6	<u>ANSVARREGLER</u>	<u>55</u>
6.1	ANSVARSSUBJEKT	56
6.2	ANSVARSGRUNNLAG	57
6.3	PROSESS VED TILBAKEFØRINGSKRAV	59

7 AVSLUTNING 60

8 LITTERATURLISTE 62

1 INNLEDNING

1.1 PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLINGER

I hvilket omfang kan det inngås avtaler mellom selskapet og dets aksjeeiere?

I utgangspunktet kan selskapet inngå avtaler med aksjeeiere på samme måte som selskapet inngår avtaler med andre medkontrahenter. I lov om aksjeselskaper (heretter aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44 § 3-8 er det imidlertid lagt begrensninger på selskapets adgang til å inngå avtaler med selskapets aksjeeiere eller likestilte rettssubjekter.

Aksjeloven § 3-8 kan rettslig plasseres som en prosessuell regel i sammenslutningsretten. Bestemmelsen oppstiller saksbehandlingsregler som må følges ved transaksjoner mellom selskapet og aksjeeiere for at avtalen skal være gyldig inngått. Går avtalen ut på at selskapet skal erverve en eiendel, tjeneste eller ytelse fra en aksjeeier mot at selskapet betaler et vederlag som utgjør over en tidel av aksjekapitalen, må avtalen godkjennes av generalforsamlingen for å være rettslig bindende. Styret skal dessuten utarbeide en egen redegjørelse om avtalen som skal bekreftes av revisor, og vedlegges innkallingen til generalforsamlingen. Videre må redegjørelsen meldes til Foretaksregisteret. Selskapet kan likevel unnlate å følge saksbehandlingsreglene, dersom avtalen er inngått på vanlige markedsbetingelser.

Aksjeloven § 3-8 reiser flere aktuelle spørsmål med henhold til dens virkeområde og innhold. Videre reiser bestemmelsen problemstillinger knyttet til hvilke rettslige konsekvenser som oppstår ved saksbehandlingsfeil, og hvilket ansvar som eventuelt påløper ved overtredelse av saksbehandlingsreglene for den som har medvirket på selskapets vegne til at transaksjonen kom i stand. Oppgavens tema blir således å gi en oversikt over reguleringen av avtaler mellom selskapet og dets aksjeeiere eller personer som står aksjeeierne nær etter aksjeloven § 3-8.

1.2 BAKGRUNN FOR VALG AV TEMA, HENSIKT MED OPPGAVEN OG FAGLIG/TEORETISK TILNÆRMING

Bakgrunnen for valg av tema skyldes at aksjeloven § 3-8 må anses som en praktisk viktig bestemmelse. I mange ulike typer av aksjeselskaper, alt fra selskaper med en aksjeeier, familiebedrifter og til større gründerselskaper, kan det forekomme at avtaler mellom selskapet og aksjeeiere inngås uten at saksbehandlingsreglene er fulgt. Presumptivt overtres bestemmelsen oftere i små- og mellomstore aksjeselskaper med få aksjeeiere som har bestemmende innflytelse i selskapet. I slike selskaper er aksjeeierne ofte representert enten i den daglige ledelsen og/eller i styret. Bakgrunnen for at regelen overtres, er trolig at bestemmelsen er nokså ukjent, både for selskapet og dets aksjeeiere.

1.3 AVGRENSNING AV OPPGAVEN

Oppgavens tema handler om forståelsen av aksjeloven § 3-8. I den videre fremstilling har jeg tatt utgangspunkt i hovedregelen og bestemmelsens anvendelsesområde, med dertil tolking av ord og begreper i første ledd, med en naturlig overgang til å drøfte unntakene i bestemmelsen. Deretter har jeg sett på partsforholdene, for så å drøfte hvilke plikter og retningslinjer som må følges i forhold til selve saksbehandlingen i styret og på generalforsamlingen. Til slutt har jeg tatt for meg rettslige konsekvenser og ansvarforhold ved brudd på saksbehandlingsreglene.

Når det gjelder unntakene i aksjeloven § 3-8 første ledd nr. 1 og nr. 2 vil de kun bli behandlet overfladisk, da det antas at unntaksreglene ikke medfører særlige tolkingsproblemer.

Aksjeloven § 3-8 har en tilnærmet likelydende utforming i lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45 § 3-8, med kun den forskjell at avtalens vederlag må overstige en tjuedel av aksjekapitalen før kravet om generalforsamlingens

godkjennelse inntreer. Det er antatt i juridisk teori¹ at bestemmelsen må forstås på tilsvarende måte som aksjeloven § 3-8, og i det følgende blir ikke forholdet til allmennaksjelov kommentert noe ytterligere.

Aksjeloven § 3-9 angir at reglene i aksjeloven § 3-8 gjelder tilsvarende for avtaler mellom selskaper i et konsern. I behandlingen av aksjeloven § 3-8 er det ikke lagt særskilt fokus på konserninterne transaksjoner.

1.4 BESTEMMELSENS FORHISTORIE

Aksjeloven § 3-8 kan betraktes som en ny lovbestemmelse i forhold til tidligere selskapsrettslig lovgivning. Aksjeloven 1957 § 18 hadde lignende regler som nåværende § 3-8, ved at visse typer transaksjoner mellom selskapet og aksjeeier måtte ha samtykke fra generalforsamlingen. Forskjellen var at aksjeloven 1957 § 18 kun gjaldt avtaler som oversteg en femtedel av aksjekapitalen og som ble foretatt innen ett år etter stiftelsen av selskapet. Imidlertid kunne regelen neppe forstås som en ugyldighetsregel.² Bestemmelsen ble imidlertid ikke fulgt opp under forberedelsen av aksjeloven 1976, siden man antok at de alminnelige ansvarsreglene ville være tilstrekkelig.³

Aksjeloven § 3-8 avløste den tidligere bestemmelse i aksjeloven 1976 § 2-9a som ble vedtatt på bakgrunn av EUs annet selskapsdirektiv art 11. Aksjeloven 1976 hadde som et utgangspunkt ingen parallell til § 3-8, men på bakgrunn av EØS-avtalen ble direktivet gjennomført ved lovendring 1995 nr. 80, for å forsøke å motvirke transaksjoner som kunne fremstå som ledd i en etterstiftelse.⁴ Aksjeloven 1976 § 2-9a hadde en mer begrenset rekkevidde enn § 3-8, da den kun gjaldt for allmennaksjeselskaper og kun innenfor et tidsrom på to år etter stiftelsen av selskapet.

¹ Andenæs, side 322 og Aarbakke m.fl. side 1048.

² Bråthen, side 875 dens note 3.

³ Ot prp nr 36 side 170.

⁴ JDLOV 2001-7716.

1.5 HENSYN BAK REGLENE

Det kan hevdes at aksjeloven § 3-8 har et tredelt formål.⁵ Bestemmelsen skal som utgangspunkt verne om generalforsamlingen som kontrollorgan. Aksjeloven § 3-8 skal for det første ta sikte på å hindre omgåelser av kontrollreglene om aksjeinnskudd i annet enn penger ved stiftelse eller kapitalforhøyelse, såkalte ”etterstiftelser”, siden generalforsamlingen må samtykke til avtaledisposisjonen. En omgåelse av reglene kan være skadelig for så vel selskapet som dets aksjonærer eller kreditorer. Formålet kan også utledes av EUs annet selskapsdirektiv art 11, hvor tanken er at transaksjoner mellom selskapet og aksjonær som finner sted i et tidsrom like etter stiftelsen, bør være undergitt samme form for kontroll som i tilfeller hvor ervervet skjer direkte i forbindelse med stiftelsen.⁶ Det kan derfor hevdes at bestemmelsen har til hensikt å verne både aksjonærene og kreditorene, særlig for å hindre en skjult uthuling av selskapets kapitalgrunnlag.

For det andre ble det ved forberedelsen til aksjeloven lagt betydelig fokus på at selskapene skulle ha en forsvarlig egenkapital til enhver tid for derved å beskytte kreditors interesser. Det fremgår av forarbeidene⁷ at dette også var et av hensynene bak aksjeloven § 3-8. I og med at avtaledisposisjoner som er i strid med armlengdeprinsippet må meldes til Foretaksregisteret, kan kreditorene få kunnskap om hvilke bindinger selskapet har til aksjeeierne og dermed ta sine forholdsregler. Aksjeeierne kan ha motiver som ikke nødvendigvis er i samsvar med selskapets interesser, og på grunn av kravet til avtalens notoritet er kreditorene bedre sikret mot at selskapskapitalen svekkes gjennom tvilsomme overføringer.

For det tredje har det i forarbeidene vært lagt vekt på at regelen skal motvirke brudd på prinsippet om likebehandling av aksjeeierne. Transaksjoner mellom selskapet og en aksjeeier kan som nevnt være til skade for andre av selskapets aksjeeiere, noe som typisk

⁵ NOU 1992:29 side 80, Ot prp nr 36 side 170, NOU 1996:3 side 50 og 149, Ot prp nr 23 side 44-45.

⁶ Ot prp nr 36 side 170.

⁷ NOU 1996:3 side 149.

vil være tilfellet hvis en aksjemajoritet misbruker sin innflytelse til å tilegne seg illojalt gode avtaler med selskapet. Likhetsprinsippet i aksjeretten taler også for at de øvrige aksjonærene, særlig minoritetsaksjonærene, skal få kjennskap til avtalen og dens innhold, og derved kunne ta standpunkt til avtalen på generalforsamlingen. At alle aksjonærer skal behandles likt, støttes også av prinsippet om god virksomhetsstyring (corporate governance). Prinsippet om corporate governance taler for at det utvises varsomhet i behandlingen av transaksjoner mellom selskap og en aksjemajoritet, slik at selskapets og de øvrige aksjeeiers interesser blir ivaretatt på en forsvarlig måte. anbefalinger om god virksomhetsstyring er i utgangspunktet ikke rettslig bindende, kun ment å være rådgivende for selskapets ledende organer. Det kan imidlertid ikke utelukkes at prinsippet får rettslig betydning for hvordan domstolene løser en konkret tvist. Juridisk teori⁸ antyder at reglene om corporate governance kan likestilles med andre kutymer innen for forretningslivet, og kan således tillegges vekt som rettskildefaktor ved løsning av spørsmål.

Utover de hensyn som er påpekt i forarbeidene, hevdes det i rettsteorien⁹ at bestemmelsene i aksjelovene ikke bør fortolkes på en måte som gir aksjeselskapene unødig tungvint saksbehandling. Hensynet tilsier at forutsigbarhet for selskapene er et relevant tolkningsmoment.

⁸ Abrahamsen/Aase, side 343.

⁹ Abrahamsen/Aase, side 344.

2 TRANSAKSJONER MELLOM SELSKAPET OG AKSJEEIERE

Aksjeloven § 3-8 inneholder saksbehandlingsregler som må følges ved inngåelse av avtaler mellom et aksjeselskap og dets aksjeeiere eller noen av aksjeeierens nærstående.

Hovedregelen er at en avtale om erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser fra en aksjeeier mot vederlag fra selskapet som utgjør mer enn en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet, ikke er bindende for selskapet uten at avtalen er godkjent av generalforsamlingen.

Aksjeloven § 3-8 setter begrensninger i kompetansen til selskapets ledelse til å binde selskapet. Et sentralt poeng er at en avtale mellom selskapet og en eller flere aksjeeiere som overstiger terskelverdien krever et særskilt samtykkekrav fra generalforsamlingen for at selskapet skal bli rettslig bundet av avtalen. En slik avtale innebærer således et unntak fra de alminnelige reglene om avtaleinngåelse på vegne av aksjeselskaper, hvor det normalt er tilstrekkelig at kontrakter blir inngått av signatur- eller fullmaktsberettiget. Bakgrunnen for det særskilte samtykkekravet er at eventuelt øvrige aksjeeiere i selskapet og kreditorene skal få kjennskap til avtalen og kunne ta standpunkt til transaksjonen. Den materielle kompetansen til å binde selskapet er med andre ord overlatt til generalforsamlingen.

I kommersielle sammenhenger inngås avtaler vanligvis skriftlig. Det fremgår imidlertid av juridisk teori¹⁰ at det ikke foreligger et krav til form for at avtalen skal være gyldig. Dette innebærer at så vel muntlige som skriftlige avtaler som rammes av aksjeloven § 3-8 må forelegges generalforsamlingen for å være rettslig bindende. Fra dette utgangspunktet gjør aksjeloven § 6-13 tredje ledd et unntak, hvor det fremgår at i selskaper som bare har en aksjeeier, skal styret sørge for at avtaler mellom selskapet og aksjonæren nedtegnes skriftlig. Dette innebærer at enhver avtale mellom selskapet og eneaksjeeier skal nedtegnes

¹⁰ Andenæs, side 326.

skriftlig selv om avtalen representerer en svært liten økonomisk verdi. Juridisk teori¹¹ hevder imidlertid at regelen kun er en ordensregel, ikke et gyldighetsvilkår.

2.1 HVILKE TRANSAKSJONER KREVER GODKJENNELSE AV GENERALFORSAMLINGEN?

De transaksjoner som krever godkjenning av generalforsamlingen er i aksjeloven § 3-8 beskrevet som ”erwerb av eiendeler, tjenester eller ytelser mot vederlag fra selskapet som utgjør mer enn en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet”.

2.1.1 ”Erwerb”

Dette reiser spørsmål om hva som menes med ”erwerb”. Verken loven eller forarbeidene definerer uttrykket ”erwerb”. Begrepet benyttes også i andre sammenhenger, se for eksempel lov om verdipapirhandel av 19. juni 1997 nr. 79 § 4-1. En alminnelig språklig forståelse av ”erwerb”, kan forstås som kjøp eller at man på annen måte lovlig skaffer seg eiendeler/tjenester. For at det skal bli tale om et erwerb må det forutsettes at det skjer en formuesoverføring mellom de kontraherende parter, enten ved kjøp av formuesgjenstander eller det å tilegne seg en yttelse eller tjeneste ved for eksempel bytte. Språklig kan neppe gavedisposisjoner i denne sammenheng omtales som et erwerb, siden disposisjonen ikke har et element av motytelse.

Avgjørende for om det handler om et ”erwerb”, er at det har foregått en transaksjon mellom partene om formuesoverføring av eiendeler, tjenester eller ytelser, og at disposisjonen ikke er ensidig slik den er ved gaver.

Skal fusjon mellom to søsterselskaper med samme eier (morselskap) anses som et ”erwerb” fra det overtakende selskap? Ordlyden tyder kun på at kjøp omfattes. Sett i sammenheng med lovens kontekst kan fusjon betraktes som en transaksjon, hvilket også har støtte i lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56 § 5-14. Imidlertid har juridisk

¹¹ Andenæs, side 326.

teori¹² hevdet at fusjon mellom to søsterselskaper med samme eier ikke kan regnes som et ”erverv” i forhold til aksjeloven § 3-8 så lenge det foreligger en fusjon i henhold til aksjeloven § 13-2. Rettsteorien hevder at forarbeidene gir en viss støtte for konklusjonen. Kontinuitetsprinsippet tyder også på at en fusjon mellom to søsterselskaper med samme eier ikke kan anses som et erverv, siden transaksjonen ikke medfører noen reell endring for morselskapet. I dette tilfelle må det legges avgjørende vekt på juridisk teori, med støtte i kontinuitetsprinsippet, fremfor en uklar ordlyd.

2.1.2 ”Eiendeler, tjenester eller ytelser”

Etter å ha fastslått om det foreligger et erverv, må det avgjøres hva som menes med ”eiendeler, tjenester eller ytelser”. En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”eiendeler” kan forstås som en fysisk løsøre gjenstand, for eksempel maskiner, inventar og fast eiendom. Det er neppe slik at ”eiendeler” skal tolkes så snevert. En alternativ tolking av ordlyden tilsier at ”eiendeler” også omfatter immaterielle eiendeler, for eksempel musikerens opphavsrettigheter og medisinerens patentrettigheter. Lovens ordlyd trekker således i retning av at ”eiendeler” skal forstås som aktiva/eiendeler i henhold til regnskapslovens regler.

Språklig sett dekker begrepet ”tjenester eller ytelser” de fleste typer erverv som ikke er erverv av eiendeler, men som utløser en transaksjon mellom selskap og aksjonær. Inn under ”tjenester eller ytelser” faller for eksempel datakonsulentavtaler, avtaler om juridisk bistand, megleravtaler, leieavtaler m.v. Uttrykket favner med andre ord svært vidt. Forarbeidene¹³ klargjør at uttrykket ”tjenester eller ytelser” i utgangspunktet er ment å omfatte arbeidsavtaler og avtaler om utføring av konsulentarbeid. Slike avtaler kan imidlertid falle inn under unntaksreglene i første ledd, se punkt 2.2. På den annen side taler lovens formålsbetraktninger for at ”eiendeler, tjenester eller ytelser” som ikke kan balanseføres også bør rammes av bestemmelsen. Det er i situasjoner hvor verdien av ervervet kan være tvilsomt at påbudet om generalforsamlingens godkjenning har sin

¹² Bråthen, side 881.

¹³ NOU 1992:29 side 80, Ot prp nr 36 side 171, NOU 1996:3 side 149.

største betydning.¹⁴ For eksempel kan en aksjeeier som er musiker tilby oppgjør i fremtidige spilleinntekter fra fremtidige plateutgivelser. Avtalen om fremtidige plateutgivelser med en tredjemann (plateprodusent) er ikke nødt til å materialisere seg, i og med at det er opptil musikeren å skrive låtene. Dessuten tilhører opphavsrettighetene musikeren. Dette kan skape problemer med eventuelt hva som kan balanseføres. Mye taler for at en slik avtale i henhold til prinsippet om god regnskapsskikk ikke kan balanseføres.

2.1.3 "Vederlag"

Det er avtaledisposisjoner hvor vederlaget fra selskapet utgjør mer enn ti prosent av aksjekapitalen som rammes av kravet til generalforsamlingens godkjenning. Pengevederlag er den vanligste oppgjørsmåten ved erverv av eiendeler og tjenester, og at "vederlag" omfatter pengevederlag fra selskapet er klart nok. Lovens ordlyd trekker dessuten i retning av en slik forståelse, når begrepet "vederlag" holdes opp mot aksjonærens ytelser, som alle er naturalytelser.

Spørsmålet blir om aksjeloven § 3-8 kommer til anvendelse på transaksjoner der vederlaget fra selskapet består av naturalytelser. Lovens ordlyd løser ikke spørsmålet direkte, og det er nærliggende å anta at lovteksten i utgangspunktet referer seg til pengevederlag. Imidlertid er det mye som tyder på at unntaket for tingsinnskudd i aksjeloven § 3-8 første ledd nr. 1 ville ha vært unødvendig dersom bestemmelsen bare gjaldt pengevederlag fra selskapet. Uttrykket "vederlag" kan også forstås som et nøytralt begrep, slik at vederlag fra selskapet kan bestå i naturalytelser, slik det vil være i bytteavtaler. Med bytteavtale menes i denne sammenheng at ingen av partene yter pengevederlag. Det er ikke ukjent at oppgjør skjer med naturalytelser, for eksempel at kjøp av fast eiendom gjøres opp med aksjer i andre selskaper. En forutsetning for at naturalytelser skal tillates som vederlag, må være at partene på forhånd har avtalt at vederlaget gjøres opp med naturalytelse.

¹⁴ Abrahamsen/Aase, side 349.

Det er også antatt i teorien¹⁵ at bytteavtaler omfattes. Dette støttes også av de formål loven skal ivareta. Bytteavtaler kan få et innhold som stemmer mer med aksjeeierens enn selskapets interesser, og dermed kunne utgjøre et brudd på likhetsprinsippet eller være til skade for kreditorene. For eksempel kan et selskap som kjøper juridisk bistand fra en aksjeeier avtale at oppgjøret skal skje med en av selskapets biler. For selskapet kan det være en økonomisk fordel å få realisert egne aktiva, men i et tilfelle hvor prisfastsettingen av selskapets vederlag blir satt betydelig under normal markedsverdi, oppnår aksjeeieren en gunstig fordel. En slik transaksjon vil imidlertid kunne være i strid med utbytteregele. Tungtveiende grunner taler også for at vederlag omfatter bytteavtaler, siden prisingen av selskapets vederlag rimeligvis vil være basert på et visst skjønn når det ikke er tale om et pengevederlag. Dessuten må det anses som rimelig at øvrige aksjonærer gis informasjon om hvordan selskapet har priset sitt eget vederlag.

Gjeldende rett må således bli at aksjeloven § 3-8 også regulerer tilfeller hvor vederlaget består i naturalytelse. Løsningen har støtte i ordlyden, juridisk teori og lovens formål, samt praksis.

2.1.4 "Fra aksjeeier"

For at en avtale skal rammes av aksjeloven § 3-8 er det et vilkår at det er selskapet som erverver eiendeler, tjenester eller ytelser "fra aksjeeier" mot vederlag fra selskapet. Spørsmålet blir om aksjeloven § 3-8 kommer til anvendelse på avtaler med motsatt ytelsesstrøm, det vil si der selskapet overdrar naturalytelse mot vederlag fra aksjeeieren.

Lovens ordlyd tyder på at aksjeloven § 3-8 kun omfatter disposisjoner hvor det er selskapet som yter pengevederlag til aksjonæren og aksjonæren som yter naturalytelse. En naturlig språklig forståelse tilsier at salg av eiendeler fra selskapet til en aksjeeier ikke omfattes.

Av forarbeidene fremgår verken den ene eller andre løsning, men siden forarbeidene viser at et viktig hensyn bak aksjeloven § 3-8 var å hindre omgåelser av reglene om

¹⁵ Aarbakke m.fl. side 204 og Bråthen, side 883.

aksjeinnskudd i annet enn penger, er det ingen grunn til å gi reglen anvendelse også ved salg. Uklare forarbeider kan derfor ikke veie tungt.

Det foreligger ingen avgjørelse fra Høyesterett for hvordan bestemmelsen skal forstås på dette punkt, men spørsmålet ble drøftet i en kjennelse fra Gulating Lagmannsrett (LG-2002-00714). I saken som gjaldt spørsmål om utlegg, ble det prosedert på at ordlyden i bestemmelsen ikke kan være til hinder for å ramme salg av aksjer til underpris fra selskapet til en aksjonær. Lagmannsretten kom enstemmig frem til at aksjeloven § 3–8 ikke kommer til anvendelse på den transaksjonen som gjaldt i saken, basert på ordlyden og uttalelser i juridisk teori angående rekkevidden til bestemmelsen. Retten uttalte også at forarbeidene kan forstås dithen at utvidelsen fra tidligere lovgivning kun gjaldt i tid og ikke med henhold til hvilke disposisjoner som rent språklig ble omfattet av aksjeloven § 3-8.

Underrettspraksis trekker i retning at aksjeloven § 3-8 skal tolkes slik at det ikke er likegyldig om selskapet er kjøper eller selger.

Justisdepartementet¹⁶ har også kommet til samme slutning. Departementet har i sin vurdering lagt vekt på forhistorien og tolket forarbeidene dithen at meningen med aksjeloven § 3-8 antakelig ikke var å utvide anvendelsesområdet til også å omfatte avtaler med motsatt ytelsesstrøm, selv om penger kan forstås som ”ytelser”. Løsningen støttes også av rettsteorien.¹⁷

Gjeldende rett blir at aksjeloven § 3-8 kun rammer tilfeller hvor det er selskapet som erverver fra aksjonæren, og ikke avtaler med motsatt ytelsesstrøm.

Det kan virke underlig at motsatte transaksjoner ikke omfattes av aksjeloven § 3-8. På den annen side kan avtaler med motsatt ytelsesstrøm bli ansett som et irregulært utbytte, og

¹⁶ Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper: 2004-07-01 og JDLOV-2001-7116.

¹⁷ Andenæs, side 323 og Aarbakke m.fl. side 204.

derived rammes av andre regler i aksjeloven. For eksempel kan reglene om ulovlig utdelinger i § 3-7 og myndighetsmisbruk i § 5-21 komme til anvendelse.

Rettspolitisk kan det stilles spørsmål om aksjeloven § 3-8 burde ha omfattet erverv med motsatt ytelsesstrøm. Lovens etterarbeider¹⁸ kan tolkes dithen at lovgivers intensjoner var at kjøp og salg fra selskapet skulle behandles likt i og med at loven er foreslått endret på dette punkt. På den annen side har det formodningen mot seg at lovteksten hadde blitt utformet på det vis den lyder, dersom lovgiver hadde ment at avtaler med motsatt ytelsesstrøm skulle være omfattet.

Lovens formål kan tyde på at bestemmelsen burde komme til anvendelse uavhengig av hvilken part som presterer pengevederlag eller naturalytelse.¹⁹ Hvis selskapet for eksempel selger en av selskapets fritidsboliger til en aksjonær for underpris, vil dette svekke egenkapitalen i selskapet. Av hensyn til kreditorens interesser burde avtaler om motsatt ytelsesstrøm rammes av aksjeloven § 3-8. Dernest kan avtaler med motsatt ytelsesstrøm være i strid med prinsippet om likebehandling av aksjonærene. At en aksjeeier får kjøpe aktiva fra selskapet for en betydelig rabattert pris vil kunne begunstige vedkommende aksjeeier på bekostning av de øvrige aksjeeiere. Dessuten vil transaksjoner som tapper selskapets egenkapital, ha den følge at utbyttegrunnlag blir redusert, hvori strider mot likhetsprinsippet. Videre virker det vilkårlig at reglens anvendelsesområde kun rammer de ugunstige kjøp selskapet foretar og ikke ugunstige salg.

Videre kan slike transaksjoner være i strid med minoritetsvernet eller misbruksprinsippet i aksjeloven § 6-28, hvis selskapet inngår avtalen med en aksjonærmajoritet i selskapet. Dersom det ikke er nødvendig å legge frem avtaler med motsatt ytelsesstrøm for generalforsamlingen, kan det gå på bekostning av mindretallets interesser. For eksempel kan selskapets verdier forsvinne gjennom såkalte tvilsomme transaksjoner med majoritetsaksjonæren, uten at minoritetsaksjonærene får informasjon eller kan ta stilling til

¹⁸ Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper: 2004-07-01.

¹⁹ Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper: 2004-07-01.

om avtalen tjener selskapets interesser. For at minoritetsvernet og at generalforsamlingen skal fungere som et effektivt kontrollorgan, burde transaksjoner med motsatt ytelsesstrøm som begunstiger en eller flere aksjonærer behandles på lik linje med avtaler hvor det er selskapet som kjøper ytelser fra aksjonæren.

Et neste spørsmål som kan stilles er om lån til aksjeeier omfattes av aksjeloven § 3-8. Utgangspunktet er at et selskap bare kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier eller noen av aksjeeierens nærstående innenfor rammen av de midler selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, jf aksjeloven § 8-7. I tillegg er det krav om at det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling. Det som regnes som kreditt vil være tradisjonelle pengelån og andre pengekreditter, men også overtagelse av eksisterende krav eller forpliktelser. Likeledes vil en sikkerhetsstillelse omfatte ulike pantsettelse og garantier for både nye og eksisterende krav. Begrensingene er ment å verne selskapskreditorene mot tapping av selskapets midler, herunder å sikre selskapets ivaretagelse og opprettholdelse av en forsvarlig egenkapital. Virkningen av at kreditt er gitt i strid med reglene i aksjeloven kapittel 8, vil være at disposisjonen er ugyldig. For eksempel vil et lån som ikke er ment å skulle tilbakebetales, og i tillegg er ytt mot en lavere rente enn markedsrenten, kunne være ugyldig etter aksjelovens regler om utbytte.

De samme betraktninger som det er redegjort om under spørsmålet om avtaler med motsatt ytelsesstrøm, gjør seg her like gjeldende ved løsningen. I og med at det er gitt egne regler i aksjeloven § 8-7, synes løsningen å være at lån til aksjonærer ikke omfattes av aksjeloven § 3-8.

Et annet spørsmål som er viet plass i rettslitteraturen²⁰ er om selskapets erverv av egne aksjer rammes av aksjeloven § 3-8. Kjøp av egne aksjer er i utgangspunktet regulert i aksjeloven kapittel 9. Et aksjeselskap kan uten å nedsette aksjekapitalen erverve egne aksjer, så fremt ervervet ikke medfører at aksjekapitalen med fradrag av det samlede pålydende av beholdningen av egne aksjer blir mindre enn minste tillatte aksjekapital.

²⁰ Andenæs, side 323 og Aarbakke m.fl. side 204.

Videre kan erverv av egne aksjer bare skje dersom selskapets frie egenkapital overstiger det vederlaget som skal ytes for aksjene. Det er flere årsaker til at generalforsamlingen gir samtykke til kjøp av egne aksjer, blant annet for å hindre fiendtlige oppkjøp, at aksjene skal benyttes som ledd i et aksjeprogram for ansatte, eller i forbindelse med en finansiell plassering. Det er naturlig at selskaper erverver egne aksjer i stedet for å nedsette aksjekapitalen hvis aksjen er likvid og prisen anses som gunstig.

Etter naturlig språklig forståelse kan aksjer betegnes som en eiendel, hvilket taler for at selskapets kjøp av egne aksjer omfattes av aksjeloven § 3-8. Derimot har juridisk teori²¹ antydnet at aksjeloven § 3-8 ikke kommer til anvendelse. Argumentasjonen er knyttet opp til at det finnes egne regler om erverv av egne aksjer, samt at saken allerede har vært behandlet på generalforsamlingen. Etter rettsteorien kreves ikke ervervet forelagt generalforsamlingen etter saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8.

Til tross for at lovens ordlyd trekker i retning at aksjeloven § 3-8 kommer til anvendelse ved erverv av egne aksjer, kan det likevel anføres argumenter som tilsier at aksjeloven § 3-8 bør fortolkes innskrenkende. I medhold av aksjeloven § 9-4 kan generalforsamlingen ved kvalifisert flertall gi samtykke til at styret på selskapets vegne erverver egne aksjer. Hvis aksjeloven § 3-8 skulle komme til anvendelse ved erverv av egne aksjer, stilles det altså et krav til dobbel godkjennelse fra generalforsamlingen. Det virker unødig å kreve at generalforsamlingen på ny behandler saken etter aksjeloven § 3-8, særlig av den grunn at erverv av egne aksjer krever kvalifisert flertall, mens avtalen etter aksjeloven § 3-8 kun krever simpelt flertall. Hensynet til generalforsamlingen som kontrollorgan synes å være tilfredsstillt. De samme betraktninger støttes også av økonomiske hensyn.

At aksjeloven § 3-8 ikke kommer til anvendelse ved erverv av egne aksjer støttes også av de hensyn som skal forsvare kreditors interesser. Ved at generalforsamlingen må ta stilling om de strenge vilkårene for å erverve egne aksjer i aksjeloven kapittel 9 er fulgt, synes kreditors interesser ivaretatt. Hensikten bak reglene er blant annet å sikre at selskapets

²¹ Andenæs, side 323 og Aarbakke m.fl. side 204.

egenkapital ikke blir betydelig svekket. I og med at det kun er selskapets frie kapitalgrunnlag som kan deles ut i utbytte, synes kredittrisikoen lav. Hensynet til generalforsamlingen som kontrollorgan og hensynet til kreditors interesser synes derfor ivaretatt, og trekker således i retning av at aksjeloven § 3-8 skal fortolkes innskrenkende.

Til dette kan det innvendes at reelle hensyn trekker i retning av at aksjeloven § 3-8 kommer til anvendelse på erverv av egne aksjer. At generalforsamlingen i medhold av aksjeloven §§ 9-2 flg. har utstedt en generell fullmakt for styret til å erverve egne aksjer på vegne av selskapet, utelukker ikke risikoen for myndighetsmisbruk. Blant annet foreligger det en reell risiko for at fullmakten til å erverve aksjer anvendes til fordel for en aksjeeier. For eksempel kan en aksjeeier havne i en akutt likviditetskrise, og av den grunn må avhende sine aksjer. På bakgrunn av rimelighetsbetraktninger er det neppe meningen at den generelle fullmakten er gitt for å hjelpe en aksjonær i en slik situasjon. Hvis styret benytter den generelle fullmakten til kun å kjøpe aksjer fra en aksjonær, vil det kunne betraktes som et myndighetsmisbruk. Reelle hensyn trekker således i retning av at aksjeloven § 3-8 ikke skal fortolkes innskrenkende.

I tillegg kan det anføres at selv om aksjonærdemokratiet gjør det mulig for en majoritetsaksjonær å stemme frem aksjekjøpsavtalen etter saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8, tilsier likebehandlingsprinsippet at minoritetsaksjonærene bør gis anledning til å få kjennskap om ervervet, og samtidig kunne gi uttrykk for sin holdning til transaksjonen. Hensynet til aksjonærene trekker således i retning av at erverv av egne aksjer omfattes av aksjeloven § 3-8.

Ved avgjørelsen av spørsmålet om selskapets erverv av egne aksjer omfattes av aksjeloven § 3-8, kan ikke lovens ordlyd veie tungt. Tungtveiende argumenter fra så vel juridisk teori, lovens formål og reelle hensyn tilsier at aksjeloven § 3-8 bør fortolkes innskrenkende. Særlig kan det anføres at det finnes egne misbruksregler i aksjeloven § 6-28 som kan komme til anvendelse, hvis styret anvender en generell fullmakt til å erverve egne aksjer til å fordelsbehandle en aksjeeier. Styret kan dessuten bli erstatningsansvarlige etter

aksjeloven § 17-1 hvis selskapet lider tap. I tillegg kan en lex specialis betraktning støtte oppunder at bestemmelsen skal tolkes innskrenkende, siden det er gitt strenge regler for hvordan en skal gå frem ved erverv av egne aksjer.²² Gjeldende rett blir således at selskapets erverv av egne aksjer ikke er omfattet av aksjeloven § 3-8, men kan anses uttømmende regulert i aksjeloven kapittel 9.

Spørsmålet er om konvertible lån/tegningsretter omfattes av aksjeloven § 3-8. Så vidt meg bekjent tar ingen rettskilder opp problemstillingen, men det kan anføres at lignende betraktninger som det er redegjort for overfor gjør seg like gjeldende her. Det som taler for at konvertible lån/tegningsretter skal rammes av aksjeloven § 3-8, er at viktige prinsipper i forbindelse med aksjekapitalforhøyelse ved nytegning settes til side, blant annet generalforsamlingens beslutningsrett om og når aksjekapitalen skal søkes forhøyet og aksjeeiernes fortrinnsrett. Disse prinsippene brytes når rettighetshaveren til enhver tid har rett til å konvertere lånet til aksjer. Slik sett fremstår reglene om konvertible lån som et middel til å omgå de alminnelige regler om kapitalforhøyelse ved nytegning. Ettersom opptak av konvertible lån er eksplisitt regulert i aksjeloven kapittel 11, hvor det stilles strenge krav til inngåelse av slike lån, blant annet at låneopptaket i utgangspunktet må besluttes av generalforsamlingen med kvalifisert flertall som for vedtektsendring og at lånet skal meldes til Foretaksregisteret, synes løsningen å være at konvertible lån kan gjennomføres uten at det er nødvendig med ny beslutning fra generalforsamlingen.

Dette viser at enkelte avtale typer faller utenfor saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8. For det første vil det gjelde avtaler hvor det gjennomføres tilsvarende saksbehandlingsprosedyre etter andre regler i aksjeloven, for eksempel ved selskapets erverv av egne aksjer eller at selskapet yter kreditt til aksjonær. For det andre vil det gjelde avtaler hvor det fremgår av selve avtalens natur at avtalen er inngått på vanlige markedsbetingelser, se punkt 2.2.3.

²² Abrahamsen/Aase, side 352.

2.1.5 "Vederlaget må utgjøre over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet"

Et vilkår for at en avtale om erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser fra en aksjeeier skal rammes av aksjeloven § 3-8, er at "vederlag fra selskapet må utgjøre over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet". Er vederlaget lavere, kreves det ikke slik saksbehandling som loven foreskriver. Kravet til minimum aksjekapital i aksjeselskaper er kr. 100.000, jf aksjeloven § 3-1. Dette innebærer for eksempel at dersom et selskap som har en aksjekapital på kr. 100.000 erverver en formuesgjenstand fra en aksjonær mot et vederlag som overstiger kr. 10.000, må generalforsamlingen gi sitt samtykke for at avtalen skal være gyldig inngått, med mindre et av unntakene i bestemmelsen kommer til anvendelse.

Problemstillingen blir å fastsette når skjæringspunktet for beregningen av vederlagets størrelse i forhold til selskapets aksjekapital inntreffer. Utgangspunktet for beregningen må være selskapets vedtektsbestemte aksjekapital. En språklig forståelse av lovens uttrykk "på tidspunktet for ervervet", kan oppfattes slik at skjæringstidspunktet inntreffer fra det tidspunkt da de kontraherende parter blir enige om hvilket vederlag aksjeselskapet skal yte. Altså forut for generalforsamlingens behandling av avtalen. Dernest kan lovteksten forstås slik at skjæringstidspunktet fastsettes til det tidspunkt når ytelsen skal presteres.

En plausibel tolking av "på tidspunktet for ervervet", blir at skjæringstidspunktet for beregningen av vederlaget inntreffer på det tidspunkt da avtalen blir bindende for selskapet, altså fra det øyeblikk generalforsamlingen gir sin godkjenning. En slik tolking harmonerer også best med uttalelser i lovens forarbeider og juridisk teori.²³

Videre har løsningen støtte i reelle hensyn. Dersom skjæringstidspunktet ikke tok utgangspunkt i et bestemt tidspunkt, kunne selskapet selv påvirke om avtalen skulle bli gyldig eller ikke. For eksempel kan det forekomme en situasjon at et erverv som tidligere

²³ Ot prp nr 23 side 45 og Bråthen, side 882.

ikke krevde generalforsamlingsbehandling, blir liggende over terskelverdiens grense ved at selskapet beslutter å nedsette aksjekapitalen. Beslutning om nedsettelse av aksjekapitalen treffes dessuten av generalforsamlingen, jf aksjeloven § 12-1, og anses først nedsatt når den er registrert i Foretaksregisteret, jf aksjeloven § 12-4.

Det avgjørende må være at skjæringstidspunktet for beregningen av vederlagets størrelse må være den vedtektsbestemte aksjekapital, da avtalen blir bindende for selskapet.

Løsningen har støtte i lovens forarbeider, juridisk teori, prinsippet om ytelse mot ytelse, og reelle hensyn.

Videre er det et vilkår at ”vederlaget fra selskapet må utgjøre over en tidel av aksjekapitalen”. Lovens ordlyd tyder på at terskelverdien kun gjelder den enkelte avtale som inngås mellom selskapet og aksjonæren. Det kan imidlertid reises spørsmål om innholdet i aksjeloven § 3-8 skal forstås slik at en aksjonær kan omgå saksbehandlingsreglene ved å inngå flere selvstendige kontrakter med selskapet hvor ingen av avtalene isolert sett overstiger terskelverdien på ti prosent. En alminnelig språklig forståelse av lovens ordlyd trekker i retning av at aksjonæren kan inngå flere selvstendige kontrakter med aksjonæren, så fremt ingen av avtalene utgjør mer enn en tidel av aksjekapitalen.

Til dette kan det innvendes at lovtekstens beløpsbegrensning må tolkes strengt bokstavlig. Det kan forekomme at en forpliktelse splittes opp i en serie mindre overdragelser for å unngå å bli rammet av kravet om generalforsamlingens godkjenning. Et praktisk eksempel som kan illustrere problemet. Et eiendomsmeglerselskap kjøper løpende inn profileringsartikler av en aksjonær i takt med at meglerselskapet utvider til flere avdelinger, uten at en enkelt transaksjon isolert sett overstiger terskelverdien på ti prosent. Reelt sett kan imidlertid kjøpsavtalene av profileringsutstyret anses som en rammeavtale som er delt opp i stykkvise avtaler av den grunn for å omgå saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8. For å motvirke situasjoner hvor en aksjonær blir fordelsbehandlet, taler likebehandlingsprinsippet for at partene ikke kan dele opp avtaler for å unngå å bli rammet

av beløpsbegrensningen. De enkeltstående transaksjoner kan således bli vurdert som en samlet transaksjon av hensyn til de øvrige aksjonærene i selskapet. Imidlertid kan det virke strengt at avtaler som angår mer bagatellmessige forhold blir rammet av saksbehandlingsregelen. På den annen side fremgår det av forarbeidene²⁴ at unntaket om forretningsavtaler som er inngått på vanlige vilkår, delvis vil avhjelpe dette problemet.

Hvis hensikten til de kontraherende parter er å omgå saksbehandlingsreglene, trekker lovens formål og reelle hensyn for at partene kan rammes etter alminnelige omgåelsesbetraktninger. De samme synspunkter støttes også av lovens forarbeider og juridisk teori, hvor det fremgår at det kan være aktuelt å vurdere transaksjonenes samlede verdi etter en omgåelsesbetraktning.²⁵

I dette tilfelle må lovens formål og forarbeider med støtte i alminnelige omgåelsesbetraktninger veie tyngre enn lovens ordlyd. Avgjørende ved spørsmålet om aksjonæren kan inngå flere selvstendige avtaler med selskapet for å unngå å bli rammet av beløpsbegrensningen, må bero på en konkret helhetsvurdering, siden det neppe er mulig å presisere i loven når en slik omgåelse foreligger. Aktuelle momenter for at de enkeltstående transaksjoner skal vurderes som et avtalekompleks kan blant annet være om avtalen synes delt opp for å omgå saksbehandlingsreglene, antall transaksjoner som er gjennomført, om det foreligger innbyrdes sammenheng mellom transaksjonene, om vederlagenes størrelse ligger tett opp til terskelverdien og ikke minst tidsperioden mellom hver enkelt transaksjon. Hvis det konkluderes med at de selvstendige transaksjonene betraktes som en omgåelse av saksbehandlingsreglene, må dette lede til gjennomskjæring.

Spørsmålet blir således hvordan vederlaget skal fastsettes ved fremtidige og løpende ytelser. Lovens ordlyd gir ingen holdepunkter for hvordan forpliktelsen skal beregnes. Ut fra økonomiske betraktningmetoder er det nærliggende at dersom vederlaget forfaller på et senere tidspunkt, må vederlaget neddiskonteres til nåverdi. Ved løpende ytelser må det

²⁴ Ot prp nr 36 side 170.

²⁵ Ot prp nr 23 side 45 og Andenæs, side 324.

foretas en kapitalisering av selskapets vederlag. Det fremgår av forarbeidene og juridisk teori²⁶ at vederlagets størrelse for fremtidige ytelser, som for eksempel husleie- eller leasingavtaler, må neddiskonteres. For løpende tidsbestemte ytelser vil kontrakttidens lengde danne utgangspunktet for verdiberegningen av vederlagets størrelse. Hvis leieavtalen derimot er tidsubestemt, vil oppsigelsesfristen være grunnlaget for verdiberegningen. Av forarbeidene²⁷ fremgår det dessuten at oppsigelsestidens lengde også vil være avgjørende, dersom selskapet har ensidig adgang til å si opp avtalen. Det neddiskonterte/kapitaliserte beløp vil således være avgjørende i forhold til terskelverdien på ti prosent av aksjekapitalen.

Det finnes tilfeller hvor partene inngår avtale uten å ha fastlagt vederlaget på forhånd. Et praktisk eksempel er at en advokat som samtidig er aksjonær inngår avtale med selskapet om å yte juridisk bistand i forbindelse med en due diligence. Størrelsen på vederlaget selskapet skal yte ved et slikt oppdrag kan vanskelig fastsettes før en får en viss oversikt over situasjonen, samt at slike avtaler vil regelmessig kunne koste selskapet mer enn en tidel av aksjekapitalen. Spørsmålet blir om aksjeloven § 3-8 rammer tilfeller hvor vederlaget ikke er fastlagt på forhånd. Lovens ordlyd gir ikke noe direkte svar på løsningen, men det fremgår av lovens forarbeider²⁸ at slike avtaler fullt ut omfattes av aksjeloven § 3-8.

Imidlertid kan det ikke være meningen at uttalelsene i forarbeidene skal ramme alle tilfeller hvor det inngås avtale uten at vederlaget er fastsatt på forhånd. Hensynet til generalforsamlingen som kontrollorgan tilsier at det ikke kan være formålstjenlig at avtaler med ukjent vederlag legges frem for generalforsamlingen, dersom det er sikkert at avtalen ikke vil utgjøre over en tidel av aksjekapitalen. Hvorvidt en plikter å forelegge avtalen for generalforsamlingens godkjenning må derfor bero på en konkret vurdering. Hvis man ser på eksemplet ovenfor vil en slik avtale lett kunne overstige beløpsbegrensningen, særlig

²⁶ Ot prp nr 23 side 45, Andenæs, side 324 og Aarbakke m.fl. side 205.

²⁷ Ot prp nr 23 side 45.

²⁸ Ot prp nr 23 side 45.

hvis aksjekapitalen er på lovens minstenivå. Hvis derimot aksjekapitalen er på kr. 1 mill., vil det kunne stille seg annerledes. Gjeldende rett må således bli at en avtale pliktes forelagt generalforsamlingen hvis det er overveiende sannsynlig for at vederlaget vil overstige en tidel av aksjekapitalen.²⁹ Det må således legges avgjørende vekt på at løsningen dels har støtte i forarbeidene og dels i de hensyn som bestemmelsen skal ivareta.

Det kan forekomme situasjoner hvor selskapet er i ferd med å forhøye aksjekapitalen når ervervet skjer. Spørsmålet blir hva som er det relevante skjæringstidspunktet for aksjekapitalen. Ved kapitalforhøyelse anses aksjekapitalen forhøyet med det anmeldte beløp først når forhøyelsen er registrert i Foretaksregisteret, jf aksjeloven § 10-10. Teorien³⁰ hevder også at registreringen er avgjørende for hvilket beløp aksjekapitalen endelig skal anses forhøyet med. Videre er det i skatterettslitteraturen³¹ antydnet at skatteplikt først oppstår når en aksjetegner ved emisjon er blitt tildelt aksjer og selskapet har registrert kapitalforhøyelsen i Foretaksregisteret. Tilsvarende må gjelde når en konvertibel obligasjon er blitt konvertert til en aksje, ved fondsemisjoner og kapitalnedsettelse. Det avgjørende må være om ervervet oversteg den vedtektsbestemte og registrerte aksjekapital da avtalen ble inngått.

2.2 HVILKE TRANSAKSJONER ER UNNTATT FRA KRAVET OM GODKJENNELSE FRA GENERALFORSAMLINGEN?

Av aksjeloven § 3-8 første ledd nr. 1-3 er tre grupper transaksjoner unntatt fra de ordinære saksbehandlingsreglene, selv om vederlaget fra selskapet utgjør mer enn en tidel av aksjekapitalen. Det vil si at verken kravet til generalforsamlingens godkjenning eller melding til Foretaksregisteret er nødvendig ved avtaler inngått i samsvar med de reglene som gjelder tingsinnskudd ved stiftelsen eller ved kapitalforhøyelse, avtaler om kjøp av kursnoterte verdipapirer, eller vanlige forretningsavtaler som er inngått på armlengdebaserte vilkår.

²⁹ Abrahamsen/Aase, side 354.

³⁰ Aarbakke m.fl. side 695.

³¹ Aarbakke, Magnus, side 100.

2.2.1 "Avtale inngått i samsvar med reglene i § 2-4, jf § 2-6, og § 10-2"

En språklig forståelse av lovens ordlyd innebærer at "avtaler inngått i samsvar med reglene i aksjeloven § 2-4, jf § 2-6, og § 10-2", er bindende uten generalforsamlingens godkjenning. Det vil si at avtaler om innskudd i annet enn penger ved stiftelsen av aksjeselskapet eller i forbindelse med kapitalforhøyelse, er unntatt fra saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8.

En slik forståelse følger også av hensynene bak reglene. Det stilles strenge formkrav for å inngå avtaler om tingsinnskudd ved stiftelse eller ved kapitalforhøyelse, hvor styret skal utarbeide en skriftlig redegjørelse om de eiendeler som selskapet skal overta har en verdi som stemmer overens med det avtalte vederlag. Redegjørelsen skal også være bekreftet av statsautorisert revisor, jf aksjeloven § 2-6 annet ledd. Fordi selskapets bundne egenkapital vil være lik uansett om innskuddet er foretatt med eiendeler eller med penger, anses kreditors interesser for ivaretatt. I tillegg skal avtalen inntas i stiftelsesdokumentet, eventuelt kan hovedpunktene i avtalen eller redegjørelsen gjengis i stiftelsesdokumentet, og avtalen vedlegges stiftelsesdokumentet. I og med at aksjeeierne skal behandle og signere stiftelsesdokumentet, synes generalforsamlingens rolle som kontrollorgan og prinsippet om likebehandling av aksjonærene ivaretatt.

Avgjørende for hvorvidt en avtale om tingsinnskudd enten ved stiftelse eller emisjon er unndratt fra å følge saksbehandlingsreglene, beror på om formreglene i aksjeloven § 2-4, jf § 2-6 og § 10-2 er fulgt.

2.2.2 "Erverv av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering"

Det er intet krav til generalforsamlingens godkjenning ved "erverv av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering". Spørsmålet blir hva som menes med "verdipapir". Lovens ordlyd gir ingen holdepunkter for å definere uttrykket, eller angi hvilke verdipapirer som er omfattet av unntaket. Etter en naturlig språklig forståelse av "verdipapir" menes omsettelige aksjer, fondsaktiver, opsjoner, m.v. Imidlertid må det være slik at verdipapirbegrepet ikke er begrenset til nevnte finansielle instrumenter. Det kan være

nærliggende å ta utgangspunkt i definisjonen som fremgår av lov om verdipapirhandel av 19. juni 1997 nr. 79 § 1-2 annet og tredje ledd sett i sammenheng med de finansielle instrumenter som kan registreres i et verdipapirregister, jf lov om registrering av finansielle instrumenter (verdipapirregisterloven) av 5. juli 2002 nr. 64.

Avgjørende for at avtalen skal være omfattet av unntaket, er altså at det dreier seg om et verdipapir som kan registreres enten nasjonalt eller internasjonalt, og at markedsværdien fremkommer offentlig, for eksempel på børs.

2.2.3 "Forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler"

Kravet til generalforsamlingens godkjenning gjelder ikke for "forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlig for slike avtaler". For at transaksjonen skal omfattes av unntaket i aksjeloven § 3-8 første ledd nr. 3, oppstiller lovteksten to kumulative vilkår. Avtalen må både ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet, og avtalevilkårene må være armlengdebaserte som om avtalen var inngått mellom eksterne parter. Avtalevilkårene må med andre ord være fastsatt ut fra eksterne normer som er vanlige innenfor den aktuelle bransje. For eksempel kan et selskap kjøpe datatjenester fra en av sine aksjonærer, så fremt honoraret ligger innefor det som må anses som markedspris for datatjenester.

Det er ikke noe krav til at avtalen må være vanlig i den forstand at det gjelder en type avtale som selskapet ofte inngår. Det er tilstrekkelig at transaksjonen gjelder en forretningsavtale, altså en avtale som stifter rett og plikt. Av juridisk teori³² fremgår det at "forretningsavtaler" og avtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet er det samme. Dette innebærer at alle typer transaksjoner som et selskap foretar i sin virksomhet, må anses som "forretningsavtaler", forutsatt at avtalen ikke strider mot lov. Det er ikke nødvendig å sondre mellom transaksjoner som fradragsberettiget eller ikke.

³² Bråthen, side 885.

Problemstillingen blir således hva som menes med ”selskapets vanlige virksomhetsområde”. Lovens ordlyd åpner for flere alternative tolkinger. På den ene side kunne det tenkes at ordlyden kun omfatter avtaler inngått i tilknytning til selskapets kjernevirksomhet, det vil si det som selskapet historisk sett har drevet med. Dersom ordlyden skal forstås så snevert, vil blant annet leieavtale for selskapets lokaler falle utenfor unntaket. På den annen side kan ordlyden like godt forstås dithen at begrepet ”selskapets vanlige virksomhet” ikke bare refererer seg til selskapets kjernevirksomhet, men også omfatter avtaler som selskapet kan eller må inngå for å kunne utøve sin ordinære næringsvirksomhet. Dersom ordlyden skal forstås på bakgrunn av sistnevnte fortolking, vil også avtaler om støttefunksjoner falle innenfor unntakets anvendelsesområde. I tilfelle vil man kunne si at en leieavtale for selskapets lokaler faller innenfor selskapets ”vanlige virksomhetsområde”. Sistnevnte fortolking synes å samsvare best med ordlyden, og har for øvrig de beste grunner for seg.

At støttefunksjonsavtaler bør omfattes av unntaket, samsvarer også med de hensyn som ligger bak aksjeloven § 3-8. Verken aksjonær- eller kreditorvernet, eller hensynet til generalforsamlingen som kontrollorgan, blir tilsidesatt ved at avtaler om støttefunksjoner omfattes av unntaket. Det virker unødvendig å legge frem slike avtaler for generalforsamlingen, forutsatt at det er saklig sammenheng mellom støttefunksjonene og den virksomhets som selskapet normalt utøver. Det foreligger heller ingen fare for uthuling av selskapskapitalen, eller fare for at en aksjonær blir utilbørlig begunstiget, så sant avtalen ellers blir inngått på armlengdes avstand. Et eksempel som kan illustrere problemet: Dersom et transportselskap kjøper lastebiler, er transaksjonen innenfor selskapets kjernevirksomhet. At slike avtaler er ment å være omfattet av unntakets anvendelsesområde er klart. Videre er transportselskapet avhengig av å inngå avtaler om støttefunksjoner for at man skal kunne operere i markedet, blant annet avtaler om leie av lokaler, kraft, telefontjenester m.v. På den annen side kan det spørres om transportselskapet kan selge sin faste eiendom til en aksjonær og deretter leie lokalet tilbake på langsiktig sale- and leaseback vilkår, selv om selskapet ikke tidligere har drevet med denne type virksomhet. Både kreditorer og aksjeeiere er opptatt at selskapet utnytter sine samlede ressurser

optimalt, og hvis avtalen er forretningsmessig og strategisk begrunnet vil det være naturlig at transaksjoner omfattes enten de faller innenfor kjernevirksomheten eller som en støttefunksjon. Likevel må det foretas en avgrensning mot avtaler som ikke er nødvendig for selskapets drift, samt at situasjonen må være slik at selskapet ville ha foretatt disposisjonen uten hensyn til aksjonærforholdet.

Hva som er nødvendig for selskapets drift, vil bero på en subjektiv vurdering. Spørsmålet må vurderes opp mot hva som faller utenfor selskapets virksomhetsområde. I medhold av aksjeloven § 2-2 skal vedtektene, som også er registrert i Foretaksregisteret, innholde formålet med selskapets virksomhet. Ved avgjørelsen kan det derfor være fornuftig å se til hva som er registrert i vedtektene. Imidlertid kan formålsangivelsen i vedtektene være unyansert angitt. Det vil si for vidt eller snevert i forhold til hva som faktisk er selskapets vanlige virksomhetsområde, slik at grensetilfeller nødvendigvis ville kunne oppstå. For eksempel kan det tenkes at et selskap har angitt følgende formål: Selskapet importer og eksporter elektronisk utstyr. En så vid formålsangivelse, gjør det vanskelig å avgrense til hvilke produkter som faller innenfor selskapets vanlige virksomhetsområde. Dersom selskapets kjernevirksomhet er kjøp og salg av Hi-fi-utstyr, vil import av store kvanta mobiltelefoner klart falle utenfor selskapets vanlige virksomhetsområde. Hvis selskapet derimot importerer Hi-fi-litteratur blir grensespørsmålet annerledes. Litteratur kan ikke anses som elektronisk utstyr. På den annen side er det naturlig sammenheng mellom selskapets kjernevirksomhet og litteraturen, og ut fra en rimelighetsvurdering vil man kunne godkjenne en utvidelse i sortimentet, slik at import av Hi-fi-litteratur vil falle innefor selskapets virksomhetsområde.

På den annen side kan det ikke ensidig ses på hva som er registrert i vedtektene. For eksempel kan det være nødvendig for selskapets drift at selskapet kjøper sponsorplass på en idrettsarena, selv om selskapet ikke er i sportsbransjen. Markedsføringsavtaler må anses som ytelser selskapet normalt trenger for å kunne drive forretningsvirksomhet.

Hva som menes med selskapets ”vanlige virksomhetsområde”, beror derfor på en konkret vurdering. Aktuelle momenter vil kunne være om selskapets erverv har sammenheng med de øvrige varer/tjenester som selskapet tilbyr, og om ytelsen tilbys av tilnærmet like bedrifter i bransjen. Videre må det tas høyde for den dynamiske utviklingen i bransjen. I dag er det meget vanlig at et selskap tilbyr kunden en totalløsning på varer/tjenester. Forutsetningen for å falle innenfor unntakets anvendelsesområde, er at transaksjonen må ligge innenfor selskapets forventede virksomhet.

Dersom avtalen enten faller utenfor ”selskapets virksomhetsområde” eller er unødvendig for selskapet, må avtalen legges frem for generalforsamlingen hvis vederlaget overstiger en tidel av aksjekapitalen.

Etter å ha konstatert at avtalen ligger innenfor selskapets vanlige virksomhetsområde, må ytterligere et vilkår være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse.

Problemstillingen blir om avtalen ”inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Hva som omfattes av ”vanlige vilkår” beror dels på skjønn, og grensetilfeller vil derved nødvendigvis kunne oppstå. En språklig forståelse med ”inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike forretningsavtaler”, kan tenkes å være at avtalevilkårene lar seg sjekke av mot hva som er vanlig praksis innenfor vedkommende bransje, eller mot rent markedsmessig fastsatte prisforhold. For eksempel vil en arbeidsavtale som er inngått på vilkår fastsatt i tariffavtale kunne falle inn under unntaksbestemmelsen.³³ Dersom det foreligger etablert praksis, kutyme eller annen sedvane for hvilke betingelser som gjelder for tilsvarende kontrakter inngått under tilsvarende omstendigheter, vil en avtale måtte inngås på disse vilkår for å unngå kravet til generalforsamlingens godkjenning. På den annen side kan ikke ordlyden forstås dithen at det kreves generalforsamlingsbehandling av forretningsavtaler som er gunstigere for selskapet enn det som er vanlig for liknende transaksjoner, selv om avtalen ikke kan karakteriseres for å være inngått på vanlige vilkår.

³³ NOU 1992:29 side 81.

Ordlyden presiserer at betingelsene både må innholde vanlig pris og andre vanlige vilkår for at unntaket skal komme til anvendelse. Spørsmålet blir om lovteksten kan tolkes innskrenkende, slik at det er tilstrekkelig at kun en av avtalebetingelsene karakteriseres som uvanlige. Selskapsrettslige prinsipper og hensyne bak aksjeloven § 3-8 trekker i retning av at det er tilstrekkelig at kun et av vilkårene må kunne karakteriseres som uvanlige. Dersom selskapet kjøper en eiendom av en aksjonær til en pris betydelig over markedsprisen, kan dette stride mot likebehandlingsprinsippet. Videre kan også en urimelig pris anses som en del av de totale avtalevilkår, slik at også de øvrige vilkår blir å betrakte som uvanlige. Det er derfor tilstrekkelig at disposisjonen kun inneholder en pris som ikke kan karakteriseres som vanlig, selv om ordlyden kan tyde på at vilkårene er kumulative.

Når grensen for hva som anses som vanlige avtalebetingelser er overtrådt, kan ikke angis generelt. Avgjørende må være om avtalen totalt sett fordeler den økonomiske risikoen på en måte som avviker fra normalen. Loven krever ikke at det må være tale om et vesentlig avvik. Med en gang vilkårene etter en samlet vurdering ikke er vanlige, kan aksjonæren og selskapet ikke påberope seg dette unntaket. Hva som er vanlig praksis i næringslivet for den type transaksjon det dreier seg om, vil veie tungt, og løsningen med henhold til hva som er "vanlige vilkår" vil derfor variere fra bransje til bransje. Det avgjørende vil være om forretningsavtalen er inngått på ordinære vilkår som om avtalen var inngått mellom eksterne parter innenfor den aktuelle bransje.

Spørsmålet blir om "vanlige vilkår" skal bedømmes ut fra objektive kriterier. En språklig forståelse av lovens ordlyd trekker i retning av objektive kriterier, siden det må foretas en sammenligning i forhold til hvilke vilkår som ellers er vanlig i bransjen. Innenfor diverse bransjer har det blitt utviklet normer for hvordan standardavtaler (agreed documents) bør se ut, blant annet innenfor entrepris-, forsikrings- og spedisjonssektoren. Er avtalevilkårene i tråd med alminnelige prinsipper, er synspunktet at avtalen må vurderes ut fra objektive kriterier. I enkelte bransjer finnes typiske avtalevilkår som er vanlige og et prisnivå som er tilnærmet likt, uavhengig hvilken leverandør man velger. Innenfor verdipapirhandelsbransjen kan kurtasjenivået sies å være tilnærmet likt, og av den grunn

finnes et eksternt sammenligningsgrunnlag. Hvis avtalen ikke fraviker vanlig prisnivå, vil man kunne si at avtalen er inngått på armlengdes avstand. Et annet eksempel er hvis et eiendomsselskap bruker en takstmann eller en eiendomsmegler som samtidig er aksjonær, og vilkårene er i overensstemmelse med eksterne normer for fastsettelse av vilkår på vedkommende område, kan ikke avtalen sies å være i strid med armlengdeprinsippet. Dette innebærer at dersom det kan påvises at avtalen er inngått på tilnærmet like vilkår som samsvarer med standarden på området, må vurderingen skje ut fra objektive kriterier.

I de bransjer som ikke er regulert med standardkontrakter, kan det være nærliggende å se til bakgrunnsretten. Videre kan det være nærliggende å se på bedriftens ordinære salgs- og leveringsbetingelser. Hvis avtalevilkårene avviker fra bakgrunnsretten og/eller bedriftens salgs- og leveringsbetingelser, taler dette for at avtalevilkårene må karakteriseres som uvanlige. Innen skilt- og dekorbransjen er det store variasjoner for hvordan en kalkulerer pris, siden alle avtaler vil være skreddersøm. Imidlertid kan det være grunnlag for å se hvordan selskapet tidligere har beregnet avanse, og dermed ta utgangspunkt i standardiserte avansetall eller normal dekningsgrad. Dersom prisnivået betydelig avviker fra normalen, taler dette for at avtalen må forelegges for generalforsamlingen. Dette trekker i retning av at ordlyden skal forstås slik at vurderingen må skje ut fra objektive kriterier.

Imidlertid kan ikke spørsmålet alene avgjøres på bakgrunn av ordlyden. Reelle hensyn med støtte i hensynene bak aksjeloven § 3-8, taler for at ordlyden må tolkes utvidende. Dersom unntaket om ”vanlige vilkår” skulle tas på ordet, kunne unntaket ikke påberopes i tilfeller der det ikke kan påvises noen klare normer for hva som er vanlige betingelser for tilsvarende avtaler. Av forarbeidene og juridisk teori³⁴ fremgår det at en neppe er avhengig av å kunne påvise ”vanlige vilkår” for at unntaket kommer til anvendelse. Subjektive synspunkter kan derfor være utslagsgivende, særlig i de tilfeller hvor det ikke kan påvises noen generell norm i bransjen.

³⁴ NOU 1992:29 side 81, og Andenæs, side 324-325.

Avtalens egenart kan også ha betydning i vurderingen. Innen parkeringsdriftsbransjen er det er neppe mulig å angi noen standardkalkyle, siden prisnivået er avhengig av flere faktorer. Prisnivået avhenger av hvor nært driftsobjektet ligger i forhold til andre driftsobjekter, og om det samme personellet kan benyttes på begge plasser. Det er normalt at prisnivået dumpes for å få innpass hos en eiendomsbesitter, eller at selskapet dekker alle omkostninger mot vederlag fra fremtidige inntekter. Hver avtale er spesiell og konkret utformet, slik at det ikke er mulig å finne noen klar bransjenorm som sammenligningsgrunnlag. I slike tilfeller, trekker det i retning av at vurderingen må bero på en konkret helhetsvurdering.

Dersom avtalen er så konkret utformet at det ikke finnes noe sammenligningsgrunnlag, vil vurderingsmomentene blant annet være om avtalen etter en helhetsvurdering fremtrer som balansert, lojal i forhold til minoritetsaksjonærene, i tråd med alminnelige forretningsmessige prinsipper, og om transaksjonen fremstår som gjennomført av hensyn til selskapets beste.³⁵

Gjeldende rett blir således at dersom avtalen og vilkårene ikke kan vurderes ut fra objektive kriterier, må det foretas en helhetsvurdering av om avtalen fremtrer som forretningsmessig begrunnet. Lovens ordlyd trekker i retning av at ordlyden må forstås ut fra objektive kriterier, men kan ikke få avgjørende vekt. Forarbeidene, saksbehandlingsreglens formål, juridisk teori og reelle hensyn trekker også i retning av at bedømmelsen i utgangspunktet skal baseres på objektive kriterier, men de nevnte rettskilder må gis avgjørende vekt, slik at saksbehandlingsreglen i aksjeloven § 3-8 skal skje etter en konkret helhetsvurdering i de tilfeller hvor det ikke finnes noe sammenligningsgrunnlag.

³⁵ Abrahamsen/Aase, side 356.

3 PARTSFORHOLD/SELSKAPETS MEDKONTRAHENT

At aksjeselskapet og deres aksjonærer er forskjellige rettssubjekter, kan være en kilde til flere problemer. Det typiske partsforhold som rammes av hovedregelen i aksjeloven § 3-8 om kravet til godkjenning fra generalforsamlingen, er avtaler mellom aksjeselskapet og aksjeeier. Erverv fra andre enn dem som er uttrykkelig nevnt i aksjeloven § 3-8, faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Sentralt blir derfor å fastslå hvem som er selskapets medkontrahent. Det er normalt enkelt å fastslå hvem som er selskapets medkontrahent, men det kan forekomme tilfeller hvor aksjonæren benytter seg av stråmenn eller andre proforma disposisjoner.

3.1 AKSJEEIER

Aksjeloven § 3-8 første ledd rammer avtaler om erverv av formuesgoder og tjenester mellom aksjeselskapet og dets aksjonærer. I denne relasjon må det avgjøres hva som ligger i uttrykket ”aksjeeier”.

Etter alminnelig språkbruk forstås ”aksjeeier” som en som besitter en andel i et aksjeselskap. Det fremgår av lovens forarbeider³⁶ at med begrepet ”aksjeeier” menes både den som har vært eier av en aksje helt fra stiftelsen av selskapet, og den som har ervervet aksjer på et senere stadium. En ”aksjeeier” kan være enten en fysisk eller juridisk person, men forutsetningen er at eierforholdet er innført i selskapets aksjeeierbok eller i aksjeeierregisteret i Verdipapirregisteret, se aksjeloven §§ 4-2 flg.

Spørsmålet er om begrepet ”aksjeeier” kan fortolkes innskrenkende slik at ikke alle avtaler mellom selskapet og aksjonær rammes av bestemmelsen, eller om begrepet ”aksjeeier” må

³⁶ NOU 1992:29 side 80, Ot prp nr 36 side 171.

tolkes utvidende til også å omfatte fremtidige aksjonærer. Det er denne grensedragningen som er mest aktuelt å forfølge her. Derimot er det klart at selskapets erverv fra tidligere aksjonærer faller utenfor lovens anvendelsesområde.

Det forekommer at selskaper har en eller flere majoritetsaksjonærer som alene eller til sammen representerer for eksempel over 90% av aksjekapitalen, mens det er noen få som kanskje bare eier 1% av aksjene og således ikke har noen reell innflytelse over selskapet. Spørsmålet blir om det er et krav til å eie et visst antall aksjer før kravet om generalforsamlingens godkjenning kommer til anvendelse. Lovens ordlyd trekker i retning av at samtlige aksjeeiere rammes av bestemmelsen, siden aksjeeier er angitt som et ubestemt antall. Det er også antatt i rettsteorien³⁷ at bestemmelsen kommer til anvendelse uavhengig av hvor mange aksjer man har. Videre er det antatt at aksjeloven § 3-8 kommer til anvendelse selv om det ikke skulle være noen sammenheng mellom den inngåtte avtale og vedkommendes aksjonærstilling. Det er følgelig uten rettslig betydning hvorvidt avtalen ville blitt inngått uavhengig av medkontrahentens stilling som aksjonær i selskapet. Begrepet ”aksjeeier” kan ikke tolkes innskrenkende, det er altså kun et krav om å eie en aksje før hovedregelen kommer til anvendelse.

I enkelte praktiske tilfelle kan det inntreffe situasjoner hvor en utenforstående (fysisk eller juridisk) person inngår en avtale med selskapet, og på samme tidspunkt vurderer å bli aksjeeier, for eksempel i forbindelse med at det finnes tilgjengelige aksjer i markedet eller i forbindelse med en kapitalforhøyelse (emisjon). Spørsmålet er om bestemmelsen kan tolkes utvidende slik at den omfatter personer med løsere tilknytning på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Lovteksten kan forstås slik at begrepet ”aksjeeier” ikke omfatter fremtidige aksjonærer. Synspunktet støttes også av teorien³⁸, der det er antatt at personer med fremtidige planer om å bli aksjeeier ikke rammes, siden de i utgangspunktet ikke har tilstrekkelig nær tilknytning til aksjonærrollen. Avgjørende for å bli betraktet som ”aksjeeier” blir om en eier andeler i selskapet før tidspunktet for avtaleinngåelsen.

³⁷ Andenæs, side 323.

³⁸ Abrahamsen/Aase, side 346.

Det kan tenkes omstendigheter som gjør at domstolene likevel anser en fremtidig aksjonær som aksjeeier på avtaletidspunktet. En praktisk situasjon som kan oppstå er for eksempel at en kunde/leverandør inngår kontrakt først, og deretter tegner eller erverver aksjer kort tid etter kontraktsinngåelsen. Hvis bestemmelsen skal forstås dithen at det beror på hvordan partene ordner rekkefølgen av kontraktsforholdet og aksjeervervet, kan partene påvirke om kravet til samtykke fra generalforsamlingen inntreffer. Spørsmålet blir om aksjeloven § 3-8 må forstås på bakgrunn av objektive kriterier med henhold til tidspunktet for når en blir ansett som aksjeeier. Ordlyden trekker i retning av en objektiv vurdering, siden ordlyden gir uttrykk for at aksjeervervet må ha skjedd forut for kontraktsinngåelsen. Dersom vurderingen skal skje etter subjektive kriterier, kan løsningen føre til urimelige løsninger og bli vanskelig å håndtere i praksis. Både selskapet og dets medkontrahent har behov for å kunne forutberegne når man blir rettslig bundet.

Hvis kontrakten er inngått kort tid forut for og uavhengig av aksjeervervet, taler dette for at paragrafen ikke kommer til anvendelse. Derimot hvis det er en naturlig sammenheng mellom avtalen og aksjeervervet, kan det tenkes at domstolene tolker "aksjeeier" utvidende, slik at man faktisk blir ansett som aksjonær i lovens forstand. Et eksempel kan være at kontrakten angir at betalingen skal gjøres opp med aksjer i selskapet, eller at medkontrahentens gjeld blir gjort opp med aksjer. Det er imidlertid mest nærliggende at slike tilfeller vil bli rammet av reglen i annet ledd, jf begrepet "opptrer i forståelse med".

Det er også slik at dersom en avtale blir inngått på bakgrunn av at selskapet har kommet i en vanskelig økonomisk situasjon, og medkontrahentens gjeld blir gjort opp med aksjer, blir dette å anse omgåelse av reglene for tingsinnskudd. Avtaler om tingsinnskudd skal behandles av generalforsamlingen etter aksjeloven § 10-2, med dertil tilhørende redegjørelse fra revisor, jf aksjeloven § 2-6. I henhold til juridisk rettsoppfatning³⁹ trekker dette i retning at det ikke er behov for å kreve en ytterligere godkjenning av generalforsamlingen, og følgelig ikke behov for å anvende reglene i aksjeloven § 3-8.

³⁹ Abrahamsen/Aase, side 346.

Løsningen blir altså at begrepet ”aksjeeier” skal fortolkes på bakgrunn av objektive kriterier. Dette har støtte særlig i lovens ordlyd, men også i lovens forarbeider og formål. Som ”aksjeeier” regnes den som eier en eller flere andeler i selskapet på det tidspunkt avtalen blir bindende for selskapet.

Dette innebærer at den som har opsjoner på aksjer i selskapet, tegnet seg i emisjon, innehar konvertible obligasjoner m.v., kan inngå avtaler med selskapet uten å bli rammet av kravet til generalforsamlingsbehandling. Det avgjørende tidspunktet for nye aksjers rettigheter er regulert i aksjeloven § 10-11. Bestemmelsen tar utgangspunkt i registreringstidspunktet i Foretaksregisteret, men med forbehold om at noe annet kan være fastsatt i generalforsamlingens beslutning.

3.2 UTVIDET PERSONKRETS

Som utgangspunkt er det kun avtaler mellom selskapet og aksjonæren som rammes av bestemmelsen, men aksjeloven § 3-8 annet ledd utvider anvendelsesområdet til også å gjelde erverv fra personer og selskaper som har nær tilknytning til aksjeeieren selv, og likestiller det med erverv fra aksjeeieren selv. Annet ledd omfatter avtaler mellom selskapet og aksjeeierens ”nærstående eller noen som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med en aksjeeier”. Bakgrunnen for å utvide personkretsen må ses i sammenheng med bestemmelsens formål, dels det å hindre omgåelse av kontrollen med tingsinnskudd, og dels å gi bestemmelsen den tilsiktede effekt i forhold til formålet.⁴⁰

Hvem som regnes som ”nærstående” fremgår av legaldefinisjonen i aksjeloven § 1-5. Jeg velger å ikke forfølge spørsmålet her. Nærmere om problemstillingen, se Aarbakke m.fl. side 100-102 og Andenæs side 34. Hvis selskapets medkontrahent rammes av legaldefinisjonen om ”nærstående”, kommer hovedregelen i første ledd om krav til samtykke fra generalforsamlingen til anvendelse.

⁴⁰ NOU 1992:29 side 80.

Spørsmålet er hvem som omfattes av ”noen som handler etter avtale eller for øvrig opptre i forståelse med en aksjeeier”. En språklig forståelse av ordlyden tilsier at bruk av fullmektig og kommisjonærer omfattes, men det er neppe mulig å trekke noen eksakt grense for hvilke partsforhold som omfattes. Løsningen må derfor bero på en konkret vurdering. Det er mest naturlig å forstå bestemmelsen dithen at den referer seg til subjektive forhold hos de involverte parter, slik at grensdragningen ikke kan avgjøres på bakgrunn av objektive kriterier. Dette har støtte i lovens forarbeider⁴¹ og formål. Det fremgår også av forarbeidene at det ikke er hensiktsmessig å presisere hva som ligger i begrepet ”opptre i forståelse med”. Lovgivers begrunnelse for regelens utforming var ønsket om å gi klar hjemmel for å ramme åpenbare omgåelser av lovens krav, for eksempel hvor aksjonæren bruker stråmenn eller lignende.

Grensen for hva som faller innenfor bestemmelsens anvendelsesområde må derfor tolkes på bakgrunn av bestemmelsens formål, og i tvilstilfeller med støtte i reelle hensyn. Det er omstendighetene rundt partskonstruksjonen som må vurderes. Aktuelle momenter som det bør legges vekt på, er om det er aksjonæren eller selskapets formelle medkontrahent som oppnår en fordel av den inngåtte avtale, og om det er aksjeeieren som har tatt initiativet til avtalen.

Basert på reelle hensyn kan det også være aktuelt å se om disposisjonen er egnet til å krenke minoritetsaksjonærenes eller kreditorenes interesser ved at selskapskapitalen svekkes. Dersom avtalen i stor grad representerer en krenkelse av deres interesser, kan det ikke kreves mye før avtaleparten har opptrådt i forståelse med aksjeeiere, særlig om aksjonæren har initiert avtalen eller oppnådd en begunstigelse av transaksjonen. Det siste kan også sies å ha støtte i forarbeidene⁴², som angir at det kan være grunnlag for utvide bestemmelsens anvendelsesområde, dersom reglen skal være tilstrekkelig effektiv i forhold til formålet.

⁴¹ Ot prp nr 23 side 45.

⁴² Ot prp nr 36 side 171 og NOU 1996:3 side 150.

Det fremgår også av forarbeidene⁴³ at dersom selskapet er i tvil om vilkårene for om bestemmelsen er oppfylt, kan man alltid følge de saksbehandlingsregler som bestemmelsen gir anvisning på. Ut fra kontrollhensynet, minoritetsvernet og kreditorhensynet, bør terskelen for å forelegge slike ”gråsoneavtaler” for generalforsamlingen ikke være høy.⁴⁴

Anvendelse av stråmenn som avtalepart eller bruk av proforma partskonstruksjoner er således ment å falle innenfor bestemmelsen, jf begrepet ”opptrer i forståelse med”.

⁴³ Ot prp nr 23 side 45.

⁴⁴ Abrahamsen/Aase, side 349.

4 SAKSBEHANDLINGSREGLER

Avtaler mellom selskapet og dets aksjonærer vil som oftest være inngått av ett av de ledende selskapsorganer, herunder styret eller daglig leder. Dette henger gjerne sammen med at de personer som omfattes av aksjeloven § 3-8 sitter i ledende posisjoner i selskapet, og dermed har innflytelse til å skaffe seg fordelaktige avtaler med selskapet.

4.1 STYRETS PLIKTER

Utgangspunktet er at forvaltningen av selskapet hører under styret, jf aksjeloven § 6-12. Det er styret som skal ta stilling til om avtalen mellom selskapet og aksjonær skal legges frem for generalforsamlingen. Behandlingen av avtalen skjer i et styremøte (eller på annen betryggende måte), jf aksjeloven § 6-19. Forut for styrebehandling skal styreleder varsle de øvrige styremedlemmer på en hensiktsmessig måte, samt gi alle styremedlemmer tilstrekkelig med tid til å forberede seg, jf aksjeloven §§ 6-20 flg. Det er tilstrekkelig at styrets beslutning treffes med simpelt flertall, med mindre noe annet fremgår av vedtektene, jf aksjeloven § 6-25. Er det daglig leder som har inngått avtalen på vegne av selskapet, må daglig leder legge frem kontrakten for styret, fordi avtalen må karakteriseres som å ha stor betydning eller være av uvanlig art, jf aksjeloven §§ 6-14 og 6-15. Uavhengig av hvem som har inngått avtalen bør styret ta stilling til om avtalen skal legges frem for generalforsamlingen. Dette har blant annet støtte i prinsippet om corporate governance.

Spørsmålet blir om styret plikter å legge frem alle avtaler inngått mellom selskapet og dets aksjeeiere. Spørsmålet er ikke direkte regulert i loven, og må derfor bero på en konkret bedømmelse. Vurderingstemaet for styret er først og fremst om avtalen overskrider terskelverdien eller om avtalen er inngått på markedsbetingelser.

Hvis styret beslutter at avtalen skal fremlegges for generalforsamlingen, må styret ta initiativ til å utarbeide en redegjørelse for ervervet, slik at generalforsamlingen kan behandle saken på et korrekt grunnlag. Om styret fatter et vedtak hvor de ikke finner det nødvendig at avtalen må fremlegges for generalforsamlingen, tilsier blant annet corporate governance prinsippet at styret av ryddighetshensyn likevel bør innkalle til generalforsamling for å informere de øvrige aksjeeiere om at det er blitt inngått en avtale med en av aksjonærene.⁴⁵ Prinsippet om god virksomhetsstyring har generelt sett til hensikt å arbeide for åpenhet og varsomhet når det gjelder transaksjoner mellom selskapet og nærstående til selskapet. Et annet moment som tilsier at styret bør legge frem avtalen for generalforsamlingen er at styret kan bli erstatningsansvarlige hvis det har påført selskapet tap under sin forvaltning av selskapet, jf aksjeloven § 17-1. Hvis styret legger avgjørelsen til generalforsamlingen, kan aksjonærene neppe vinne frem i et erstatningssøksmål mot styremedlemmene.

Det forekommer også tilfeller hvor styret er i tvil om avtalen skal legges frem for generalforsamlingen. Styret har i slike tilfelle mulighet til å innhente juridisk rådgivning i forbindelse med vurderingen. Dersom styret i etterkant kan dokumentere at rådgiveren konkluderte med at det ikke var nødvendig å fremlegge avtalen for generalforsamlingen, vil motparten i et erstatningssøksmål ha tung bevisbyrde for at styret har opptrådt uaktsomt.

Ved styrebehandling er i utgangspunktet et styremedlem inhabil ved styrets behandling av spørsmål rundt egne personlige og økonomiske interesser, jf aksjeloven § 6-27. Dersom selskapet kun eies av en aksjeeier, og aksjonæren utgjør både styret og generalforsamling vil inhabilitetsreglene ikke gjelde. Det skyldes at det ikke foreligger noen interessekonflikt mellom styremedlemmet og de samlede aksjonærinteresser. I selskaper med flere aksjonærer, blir spørsmålet om et styremedlem som enten er aksjeeier eller representerer en aksjeeier kan delta under behandlingen av om avtalen skal forelegges for generalforsamlingen.

⁴⁵ Abrahamsen/Aase, side 358.

Hvis avtaleparten er aksjonær og samtidig sitter som styremedlem, følger det av lovteksten i aksjeloven § 6-27 at vedkommende er inhabil. Etter rettsteorien vil dessuten et styremedlem også være inhabil hvis medlemmet representerer en aksjonær.⁴⁶ Dette reiser et underliggende spørsmål om et styremedlem også er inhabil ved at det er ansatt hos det selskapet som er avtalepart. Lovteksten gir ikke noe direkte svar på spørsmålet, og det må derfor løses på bakgrunn av andre rettskilder. Juridisk teori⁴⁷ sier at styremedlemmet som oftest vil være inhabilt ved at styremedlemmet er ansatt i det selskap som er selskapets medkontrahent. Dette tyder på at styremedlemmet er inhabilt ved alle konstallasjoner mellom et styremedlem og en aksjonær. På den annen side må dette ses i lys av hvilken stilling styremedlemmet har i det aktuelle selskap som har inngått avtalen. Hvis styremedlemmet har en ledende stilling hos selskapets medkontrahent, eller har vært involvert enten direkte eller indirekte i forbindelse med avtaleinngåelsen, så trekker dette klart i retning at styremedlemmet er inhabil under styrebehandlingen. Hvis derimot styremedlemmet har hatt en mer tilbaketrukket rolle i forbindelse med avtaleinngåelsen, trekker dette i retning av at styremedlemmet ikke er inhabil under styrebehandlingen. Om et styremedlem er inhabil, må bero på en konkret avveining av hvor nær tilknytning det er mellom styremedlemmet og hans representasjonen for aksjeeieren.

4.1.1 Utarbeide redegjørelse for ervervet

Er det inngått avtale mellom selskapet og aksjeeier som må behandles av generalforsamlingen, plikter styret å utarbeide en revisorbekreftet redegjørelse for ervervet etter prinsippene i aksjeloven § 2-6. Redegjørelsen skal vedlegges innkallingen til generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 3-8.

I rettslitteraturen⁴⁸ blir det drøftet om henvisningen også gjelder regelen i aksjeloven § 2-6 første ledd nr. 4, hvor styret må erklære at de eiendeler selskapet skal overta utgjør en verdi som minst svarer til det avtalte vederlaget. Hvis redegjørelsen fra styret må inkludere en slik erklæring, innebærer dette et materielt krav om likevekt mellom ytelsene ved

⁴⁶ Andenæs, side 325.

⁴⁷ Andenæs, side 264.

⁴⁸ Aarbakke m.fl. side 208.

transaksjoner mellom selskapet og en aksjeeier. Spørsmålet blir om henvisningen i aksjeloven § 3-8 til aksjeloven § 2-6 skal tolkes innskrenkende, slik at det ikke er nødvendig å redegjøre for selskapets ytelse i tillegg til aksjonærens ytelse.

Ordlyden i aksjeloven § 3-8 tar ikke forbehold fra aksjeloven § 2-6 første ledd nr. 4, og lovens ordlyd trekker således i retning at henvisningen gjelder hele aksjeloven § 2-6. Forarbeidene⁴⁹ omtaler aksjeloven § 3-8 som en saksbehandlingsregel, hvilket indikerer at bestemmelsen ikke stiller et materielt krav til avtalens innhold. Også i juridisk teori⁵⁰ konkluderes det med at aksjeloven § 2-6 første ledd nr. 4 ikke kommer til anvendelse på de tilfeller som rammes av aksjeloven § 3-8. Teorien legger avgjørende vekt på at aksjeloven § 3-8 er en prosessuell regel. Foretaksregisteret har opplyst at de i sin praksis legger til grunn at ordlyden skal tolkes bokstavlig, hvilket indikerer at registrering blir nektet dersom styrets redegjørelse ikke nevner at det er likevekt mellom ytelsene.⁵¹

At styret må redegjøre for at det er likevekt mellom ytelsene støttes også av de formål som aksjeloven § 3-8 skal beskytte, samt reelle hensyn. Både minoritetsvernshensynet og likebehandlingsprinsippet trekker i retning at styret må redegjøre for begge ytelsene. Skal aksjonærene kunne ta stilling til om avtalen skal være bindende for selskapet, bør samtlige aksjonærer få tilstrekkelig informasjon for å vurdere om avtalen skal inngås. Dersom det ikke redegjøres for selskapets eiendel, vil de øvrige aksjonærene neppe ha noen mulighet til å vurdere om avtalen de facto innebærer en urimelig begunstigelse av aksjonæren som har inngått av avtalen med selskapet.

Tungtveiende grunner taler for at styret må redegjøre for at det er likevekt mellom ytelsene. Det er vanskelig å se noen beskyttelsesverdig grunn for at selskapet skal kunne inngå avtaler med en aksjonær hvor vederlaget ikke har samme verdi som ytelsene og samtidig holde dette skjult for de øvrige aksjonærer. Dersom formuesoverføring fra selskapet til

⁴⁹ NOU 1996:3 side 50 og Ot prp nr 23 side 135.

⁵⁰ Aarbakke m.fl side 208.

⁵¹ Abrahamsen/Aase, side 360.

aksjonæren er ønskelig, bør dette skje åpent og ikke gjennom en tilsynelatende balansert transaksjon.⁵² Dette har også støtte i formålet med å hindre skjult utbetaling (maskert utbytte), og dermed verne om kreditors interesser.

I forbindelse med revisjon av aksjeloven, har Justisdepartementet⁵³ foreslått at redegjørelsen skal innholde en erklæring fra revisor om at verdien av det vederlag selskapet skal motta minst tilsvare verdien av det vederlag selskapet skal yte. Departementet syn er at dette ikke innebærer noen regelendring, kun en presisering. Begrunnelsen for forslaget til en slik presisering er at § 2-6 første ledd n. 4 etter ordlyden ikke regulerer avtaler hvor er motparten som skal yte pengevederlaget. Lovens etterarbeider trekker således i retning av at styret må redegjøre for begge parters ytelser.

Rettsstilstanden må anses som noe usikker, men det er neppe grunnlag for å tolke henvisningen i aksjeloven § 3-8 til aksjeloven § 2-6 innskrenkende. Aksjeloven må forstås dithen at det er nødvendig å redegjøre for selskapets ytelse i tillegg til aksjonærens ytelse. Styret må altså bekrefte at de eiendeler selskapet skal overta har en verdi som minst svarer til det avtalte vederlaget. Lovens ordlyd med støtte i lovens formål og reelle hensyn må veie tyngre enn juridisk teori i dette tilfelle. Siden forarbeidene heller ikke tydelig tar forbehold må løsningen være at styret må redegjøre for at det er likevekt mellom ytelsene i et avtaleforhold med en aksjonær.

4.1.2 Melding til foretaksregisteret

Aksjeloven § 3-8 tredje ledd angir også at styrets revisorbekreftede redegjørelse skal ”uten opphold” meldes til Foretaksregisteret. Det fremgår av forarbeidene⁵⁴ at bakgrunnen for at redegjørelsen skal sendes foretaksregisteret, skyldes at EUs annet selskapsdirektiv art 11, jf art 10 nr 3 krever at redegjørelsen skal offentliggjøres.

⁵² Abrahamsen/Aase, side 361.

⁵³ Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. 2004-07-01.

⁵⁴ NOU 1996:3 side 150.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”uten opphold” kan tolkes som straks eller umiddelbart. En slik forståelse støttes også av teorien, hvor det uttales at begrepet i forbindelse med aksjeloven § 4-5 skal tolkes som umiddelbart.⁵⁵ Det er neppe mulig å gi noen eksakt tidsgrense før tidsbruken er overskredet, slik at løsningen må bero på en konkret vurdering. Etter juridisk rettsoppfatning må styret oversende redegjørelsen til Foretaksregisteret innen en uke.⁵⁶ At det gis nevnte tidsbruk er begrunnet med at styret må få innhentet de nødvendige signaturer og få tid til å fylle ut blanketten som skal sendes med redegjørelsen. Avgjørende blir om styret har utøvd et forsvarlig tidsbruk etter at redegjørelsen er utarbeidet, før den blir sendt til Foretaksregisteret for registrering.

Det kan reises spørsmål om selskapets styre har plikt til å sende inn redegjørelsen før generalforsamlingen har godkjent avtalen. En naturlig språklig forståelse taler for at innsendelsesplikten inntreffer på det tidspunkt redegjørelsen er ferdig. I juridisk teori er det ulike oppfatninger av hvordan bestemmelsen skal forstås.⁵⁷ Aarbakke legger til grunn at redegjørelsen skal sendes Foretaksregisteret selv om avtalen ennå ikke er behandlet av generalforsamlingen, mens Andenæs legger til grunn at innsendelsesplikten kun gjelder i de tilfeller hvor generalforsamlingen gir sitt samtykke til avtalen. Siden teorien har et springende synspunkt for hvordan bestemmelsen skal forstås, kan det ikke legges avgjørende vekt på rettsteorien.

Reelle hensyn taler mot at lovens ordlyd skal tolkes bokstavlig. En innsendelsesplikt før generalforsamlingen har gitt sin aksept av avtalen, vil kunne medføre at styret i mange tilfeller gir Foretaksregisteret villedende opplysninger og unødig merarbeid. Det er kun de avtaler som blir effektive som kan sies å være av interesse for Foretaksregisteret og kreditorene.

⁵⁵ Aarbakke m.fl side 232.

⁵⁶ Abrahamsen/Aase, side 362.

⁵⁷ Aarbakke m.fl. side 207 og Andenæs, side 325.

Et reelt hensyn som taler for at ordlyden skal tas på ordet er tidsaspektet. Behandlingstiden hos Foretaksregisteret er normalt 2-6 uker, og i løpet av denne tiden bør det være mulig å få avviklet generalforsamlingsbehandling. Dersom generalforsamlingen ikke samtykker til avtalen, er det normalt en kurant sak å trekke registreringen. Rettstilstanden må kunne betegnes som usikker, men det er mest nærliggende å legge avgjørende vekt på lovens ordlyd. Dette medfører at styrets redegjørelse skal sendes Foretaksregisteret før den er behandlet av generalforsamlingen.

4.2 SAKSBEHANDLING VED GENERALFORSAMLING

Saksbehandlingsreglene ved generalforsamling fremgår ikke av aksjeloven § 3-8, men følger av supplerende bestemmelser i aksjeloven.

På hvilket tidspunkt må styret innkalle til generalforsamling? Spørsmålet er ikke regulert i aksjeloven. Ut fra rimelighetsbetraktninger bør det kunne kreves av hensyn til avtalepartene at avgjørelsen om avtalen skal være bindende ikke utsettes for lenge. Styret bør derfor innkalle til generalforsamling kort tid etter at redegjørelsen er ferdig utarbeidet. Hva som må anses som kort tid, vil variere etter omstendighetene. Det er ikke grunnlag for å vente til den ordinære generalforsamling, så fremt denne ikke allerede er fastsatt i nær fremtid. En annen sak er at dersom det tar for lang tid før selskapet gjennomfører generalforsamlingsbehandling, kan selskapet komme i erstatningsansvar overfor selskapets medkontrahent. For å unngå dette bør styret innkalle til generalforsamling så snart det er klart at selskapet vil inngå en avtale med en aksjonær.

Av aksjeloven § 5-3 fjerde ledd følger det at en aksjonær kun er inhabil i forbindelse med avstemming om det skal reises søksmål mot aksjonæren. Dette innebærer at aksjeeieren som avtalepart kan delta i avstemmingen på generalforsamlingen uten å bli betraktet som inhabil. Spørsmålet blir om det stilles et strengere flertallkrav på generalforsamlingen i og med at aksjonæren selv kan delta ved avstemmingen. Etter aksjeloven § 5-17 er simpelt flertall tilstrekkelig, med mindre annet fremgår av vedtektene. Dette innebærer at majoriteten ved sin stemmevekt kan tvinge gjennom avtalen på generalforsamlingen, uten

at en protesterende minoritetsaksjonærs interesser blir ivaretatt. Aksjeloven § 3-8 tilstår ikke minoritetsaksjonærene noe direkte vern, men indirekte fungerer saksbehandlingsreglene som et vern for minoritetsaksjonærene. På generalforsamlingen skal det gis informasjon om avtalen, slik at minoritetsaksjonærene kan gi uttrykk for sin holdning og ta stilling til avtalen.

Et annet spørsmål er om generalforsamlingen har kompetanse til å justere avtalen for deretter å godkjenne avtalen i endret form. Det er antydning i juridisk teori⁵⁸ at generalforsamlingens kompetanse er begrenset til enten å godta eller forkaste avtalen. Synspunktet samsvarer også med de alminnelige regler om kompetansefordeling mellom ledelsen og generalforsamlingen. Kompetansefordelingen er fordelt mellom de ulike organer, hvor det er styret som innkaller og utarbeider saksdokumenter som skal behandles på generalforsamlingen, mens generalforsamlingen har som oppgave å fatte beslutninger. Videre vil det være et brudd på alminnelige saksbehandlingsprinsipper i selskapsretten om generalforsamlingen skulle kunne drive detaljstyring av forvaltningen i selskapet. Dette trekker i retning av at generalforsamlingen ikke kan justere avtalen for deretter å godkjenne avtalen i endret form.

Synspunktet støttes også av reelle hensyn. Hvis generalforsamlingen er misfornøyd, har de anledning til å forkaste avtalen, og anmode ledelsen i selskapet om å fremforhandle en ny og bedre avtale. En ny avtale må deretter legges frem for generalforsamlingens godkjenning. På bakgrunn av juridisk teori, alminnelige saksbehandlingsprinsipper, reelle hensyn og prinsippet om kompetansefordeling, har ikke generalforsamlingen kompetanse til å justere avtalen for deretter å godkjenne avtalen i endret form.

⁵⁸ Andenæs, side 325.

5 RETTSVIRKNINGER AV SAKSBEHANDLINGSFEIL

Kompetansen til å binde selskapet ved avtaler som omfattes av aksjeloven § 3-8, er som nevnt lagt til generalforsamlingen. I utgangspunktet vil en avtale som er inngått i strid med prosedyrereglene fastsatt i aksjeloven § 3-8 utgjøre en avtalerettslig tilblivelsesmangel, og medføre at avtalen er ugyldig, jf første ledd. Er allerede avtalen oppfylt, følger det av fjerde ledd at selskapets ytelse skal tilbakeføres.

Det er antatt i juridisk teori⁵⁹ at selskapets medkontrahent ikke kan angripe avtaler som vedkommende har inngått med selskapet, med den påstand at avtalen er ugyldig fordi saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8 ikke er fulgt. Derimot kan selskapets styre, øvrige aksjonærer og selskapets konkursbo i ettertid påberope seg at avtalen ikke er bindende for selskapet.

Der hvor selskapets styre bevisst ikke har fremlagt avtalen for generalforsamlingen, er det klart at avtalen ikke vil være bindende for selskapet. Derimot kan det forekomme situasjoner hvor selskapet har forsøkt å følge saksbehandlingsreglene uten å lykkes. Problemstillingen blir om absolutt alle saksbehandlingsfeil har den konsekvens at avtalen blir ugyldig, eller om det må innfortolkes et kausalitetskrav, det vil si et krav om at feilen må ha hatt, eventuelt kunne ha hatt, betydning for generalforsamlingens beslutning.

5.1 SAKSBEHANDLINGSFEIL

Lovens ordlyd er taus med henhold til hvilke rettsvirkninger som inntreffer, for eksempel ved habilitetsfeil i styret, ved mangler når det gjelder styrets redegjørelse, eller at selskapet unnlater eller sender melding for sent til Foretaksregisteret.

⁵⁹ Bråthen, side 892.

Spørsmålet om kausalitet var oppe til diskusjon i Rt 2003-1501. Saken gjaldt spørsmål om tilbakebetaling av utdelt utbytte etter vedtak på ordinær generalforsamling, fordi innkallingsreglene ikke var fulgt. Retten forkastet tilbakebetalingskravet på grunn av sakens særegenhet, selv om saksbehandlingsfeilen hadde hatt innvirkning på resultatet. Høyesterett kom til at et generalforsamlingsvedtak generelt ikke uten videre blir ugyldig dersom det er begått formelle feil, og at det måtte oppstilles et krav til kausalitet. Retten henter støtte for sin konklusjon, med at det er bred enighet i selskapsrettslig litteratur om at det må oppstilles et kausalitetskrav.

Høyesterett nevner også at innholdet i et kausalitetskrav kan være forskjellig alt ettersom hva slags feil en står overfor. Retten påpeker at når det gjelder tilsidesettelse av regler som er vesentlige for at aksjeeierne skal kunne ivareta sine interesser på generalforsamlinger, må det oppstilles en sterk presumsjon for at feilen har hatt betydning.

Ved vurderingen av om saksbehandlingsfeil skal føre til ugyldighet, vil løsningen vil bero på hvilken type saksbehandlingsfeil som er begått og om feilen har hatt innvirkning på generalforsamlingens beslutning. Videre vil det være relevant å ta hensyn til feilens grovhet. Dersom generalforsamlingens beslutning lider av en kvalifisert saksbehandlingsfeil, er konsekvensen at selskapet ikke er bundet av avtalen.

5.2 TYPER SAKSBEHANDLINGSFEIL

En type saksbehandlingsfeil kan være at beslutningen ikke er nedfelt i en protokoll, eller at stemmerettsreglene ikke er fulgt. Imidlertid behøver ikke saksbehandlingsfeilen å få innvirkning på generalforsamlingens beslutning. Derfor må det reelle forhold legges til grunn, og feilen kan ikke i seg selv medføre at avtalen blir ugyldig.

5.2.1 Habilitet i styret

Spørsmålet blir hvilken rettsvirkning som inntreffer dersom et inhabilt styremedlem har deltatt under styrebehandlingen. Løsningen beror på en konkret avveining.

I juridisk teori⁶⁰ er det antydnet at det kun er i tilfeller hvor stemmetallet i styret viser at vedtaket kunne ha blitt et annet om habilitetsreglene hadde blitt fulgt, som kan få den konsekvens at generalforsamlingens vedtak er ugyldig. Imidlertid kan et inhabilt styremedlem også ha innflytelse utover selve stemmeprosessen. Ved vurderingen må man se på de faktiske omstendigheter, blant annet styremedlemmets rolle i styret. Det er mest nærliggende at inhabilitet i styret har størst innvirkning i forbindelse med styrets vurdering om avtalen skal legges frem for generalforsamlingen, eller ikke.

Dersom habilitetsreglene i styret ikke er fulgt, og avtalen likevel blir forelagt generalforsamlingen er det neppe grunn til å tillegge saksbehandlingsfeilen stor vekt, siden det er opp til generalforsamlingen selv å fatte et vedtak. Dersom stemmetallet i styret kan få innvirkning på generalforsamlingens beslutning, trekker hensynet til åpenhet og kontrollmulighet at avtalen blir ugyldig. Høyesterettspraksis har i forbindelse med en lignende bestemmelse i forvaltningsretten, tolket det slik at det ikke må foreligge en fjerntliggende mulighet for at saksbehandlingsfeilen kan ha hatt avgjørende betydning for utfallet. Hvis det foreligger en slik mulighet, skal altså vedtaket erklæres som ugyldig.

5.2.2 Mangler ved styrets redegjørelse

Er det inngått en avtale mellom selskapet og aksjeeier, plikter styret å utarbeide en redegjørelse for ervervet etter reglene i aksjeloven § 2-6 som skal vedlegges innkallingen til generalforsamlingen. Det er redegjørelsen som er det faktiske grunnlaget for generalforsamlingens beslutning. Viser det seg at styret har unnlatt å utarbeide en redegjørelse, vil det være klart at en slik saksbehandlingsfeil vil kunne virke inn på generalforsamlingens beslutning, slik at avtalen blir ugyldig.

Spørsmålet blir om det samme gjelder i de tilfeller hvor styret har utarbeidet en mangelfull redegjørelse. Aksjeloven § 2-6 første ledd angir minstekravene til redegjørelsens innhold. En mangelfull redegjørelse kan blant annet skyldes at styret har gitt en feil beskrivelse av

⁶⁰ Andenæs, side 266, og Abrahamsen/Aase, side 363.

avtalen, feilaktig opplysninger om hvilke prinsipper som er fulgt ved verdivurderingen av ytelsen, manglende opplysninger om forhold som kan være av betydning for bedømmelsen av avtalen, eller mangelfull erklæring om at de eiendeler selskapet skal overta har en verdi som minst svarer til det avtalte vederlaget. Dessuten kan redegjørelsen være mangelfull fordi revisor ikke har gitt en bekreftende erklæring, jf aksjeloven § 2-6 annet ledd.

Som nevnt overfor må løsningen bero på en konkret vurdering. Selv om avtalen er behandlet på generalforsamlingen, kan beslutningen ha blitt påvirket av en mangelfull redegjørelse. Hensynene bak aksjeloven § 3-8 taler således for at avtalen blir ugyldig, dersom saksbehandlingsfeilen har hatt innvirkning på generalforsamlingens beslutning. Skal generalforsamlingen kunne fatte en rett beslutning, bør styret informere og gi korrekte opplysninger om avtalens innhold. Dersom det viser seg at informasjon styret har gitt, ikke er i overensstemmelse med kravene etter aksjeloven § 2-6, taler mye for at avtalen ikke er bindende for selskapet. Løsningen støttes også av juridisk teori, som angir at den faktiske hovedregel vil være at et generalforsamlingsvedtak fattet uten at det foreligger redegjørelse i tråd med aksjeloven § 2-6, ikke er gyldig.⁶¹

5.2.3 Manglende eller forsinket melding til Foretaksregisteret

Som nevnt skal styrets revisorbekreftede redegjørelse meldes til Foretaksregisteret før den er behandlet av generalforsamlingen. Hvilke rettslige konsekvenser inntreder dersom selskapet misligholder innsendelsesplikten til Foretaksregisteret?

En språklig forståelse av ordlyden i aksjeloven § 3-8 tilsier at selskapet er bundet av avtalen, uavhengig om selskapet melder avtalen eller ikke til Foretaksregisteret. Det er generalforsamlingen som er gitt kompetanse til å binde selskapet. Ordlyden nevner ikke at avtalen også må meldes til Foretaksregisteret for å bli gyldig.

⁶¹ Abrahamsen/Aase, side 364.

I juridisk teori⁶² er det reist spørsmål om innsendelsesplikten er en form- eller gyldighetsregel. Teorien konkluderer med at regelen må anses som en formregel, men antyder likevel på bakgrunn av rettspolitiske betraktninger at regelen burde ha vært en gyldighetsregel. Årsaken skyldes at kreditorvernet ikke ivaretas fullt ut. Dersom avtalen ikke meldes Foretaksregisteret, vil kreditorene ikke kunne angripe eller påberope seg avtalens ugyldighet på grunn av dens manglende notoritet. Kreditorvernet gir derfor støtte til at manglende eller for sen melding til Foretaksregisteret, bør forstås som en gyldighetsregel. EUs selskapsdirektiv taler også for at bestemmelsen må forstås som en gyldighetsregel, siden den krever at avtalen offentliggjøres. På den annen siden kan reglen forstås som en formregel. Kontrollhensynet og likhetsprinsippet synes ivaretatt, i og med at kompetansen til å binde selskapet er lagt til generalforsamlingen. Hensynene bak reglen spriker og kan således ikke veie tungt ved avgjørelsen.

Ved avgjørelsen av spørsmålet kan det ikke ses bort fra ordlyden. En klar ordlyden må med støtte i juridisk teori veie tyngre enn kreditorvernet i dette tilfelle. De rettslige konsekvenser som inntreder dersom selskapet misligholder innsendelsesplikten til Foretaksregisteret, må være at selskapet blir bundet når generalforsamlingen har fattet et gyldig vedtak. Konklusjonen må dessuten være at innsendelsesplikten kun anses som et formkrav, ikke som en gyldighetsregel. Dersom det foreligger saksbehandlingsfeil som ikke får som konsekvens at generalforsamlingens vedtak er ugyldig, er virkningene begrensete.

5.3 REPARASJON AV SAKSBEHANDLINGSFEIL.

Spørsmålet blir om selskapet kan reparere saksbehandlingsfeil ved å legge frem avtalen for generalforsamlingen i etterkant. Lovteksten løser ikke spørsmålet.

I henhold til aksjeloven § 5-23, må aksjonær, styremedlem eller daglig leder anlegge søksmål om gyldigheten av generalforsamlingens beslutning innen 3 måneder. Dersom

⁶² Abrahamsen/Aase, side 364.

ingen har reist søksmål innen tidsfristen, vil generalforsamlingens beslutning bli ansett som gyldig. Løsningen har også støtte i juridisk teori⁶³, som antyder at saksbehandlingsfeil repareres når tidsfristen i aksjeloven § 5-23 er utløpt, eller at det er truffet ny beslutning som ikke lider av noen saksbehandlingsfeil. Argumentet er imidlertid ikke direkte relatert til aksjeloven § 3-8, men i forhold til ulovlige utdelinger i aksjeloven §§ 3-6 og 3-7. Synspunktene i teorien støttes også av en generell uttalelse gitt i Rt 2003-1501 (48), hvor retten antydnet at feil i visse tilfelle må kunne repareres. Retten tar imidlertid ikke stilling til når reparasjon eventuelt kan være aktuelt. Generalforsamlingen som kontrollorgan er også ivaretatt dersom en godtar reparasjon i etterkant.

Formentlig kan etterfølgende reparasjon av ugyldige transaksjoner også påberopes ved andre saksbehandlingsregler i aksjeloven. Ved løsningen må det legges avgjørende vekt på rettspraksis med støtte i juridisk teori. En etterfølgende reparasjon har således den konsekvens at avtalen blir rettslig bindende for så vel selskapet som aksjeeieren, og at tilbakesøkningskrav ikke kan fremmes.

5.4 PASSIVITET

I de situasjoner hvor generalforsamlingens vedtak lider av saksbehandlingsfeil, kan det gå lang tid før noen fremmer innsigelse mot avtalens gyldighet. Spørsmålet blir om selskapet kan bli bundet på bakgrunn av passivitetsbetraktninger.

I utgangspunktet er det viktig at saksbehandlingsreglene følges for å sikre at samtlige aksjeeieres og kreditorers interesser blir ivaretatt. Imidlertid kan faktisk unnlattelse av å reise søksmål/fremme krav etter omstendighetene medføre at kravet må anses forspilt ved passivitet. I Rt 2003-1501 konstaterte retten at minoritetsaksjonærene kunne klandres for ikke å ha protestert tidligere. Det hadde gått ca. 7 måneder før mindretallet krevde utbyttet tilbakebetalt. Retten presiserte at selskapet måtte ha vært klar over at innkallingsreglene var brutt på et tidlig tidspunkt og derfor burde ha reagert tidligere.

⁶³ Andenæs, side 342.

Med støtte i høyesterettspraksis, kan selskaper bli bundet av passivitetsbetraktninger, selv om saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8 ikke er fulgt.

Et interessant spørsmål er om ugyldighet kan kreves dersom samtlige aksjeeiere (eller mer enn 50%) har vært kjent med avtalen fra start av. Dette kan være aktuelt i mindre selskaper hvor en aktøren som ledd i helhetsavtale får rett til å levere tjenester til selskapet over lengre tid mot at aksjonæren gir fra seg stemmemakt/eierandel. Kan de øvrige aksjonærer, eventuelt kreditorer, kreve avtalen ugyldig senere under henvisning til at den formelle prosedyren i aksjeloven § 3-8 ikke er fulgt?

Det som taler for at de øvrige aksjonærer ikke kan påberope seg avtalens ugyldighet, er at flertallet har det avgjørende ord på generalforsamlingen og at betydningen vil bli den samme dersom prosedyrereguleringene hadde blitt fulgt. Høyesterett sa i Rt 2003-1501 at samtykke fra de berørte vil kunne medføre at saksbehandlingsfeilen ikke får betydning. Imidlertid må uttalelsen ses i lys av at den var gitt generelt og uten noen særskilt begrunnelse, og heller ikke i sammenheng med resultatet ellers. Det kan tenkes tilfeller hvor uttalelsen gis vekt, for eksempel i de tilfeller hvor samtlige aksjeeiere har vært informert om avtalen eller hvor minoritetsaksjonærene gis motytelser ved at majoriteten gir fra seg stemmemakt. I slike tilfeller tilsier reelle hensyn at avtalen bør opprettholdes, enten på bakgrunn av passivitetsbetraktninger eller at man ser situasjonen som en avtalekonstruksjon om etablering av plikt til å stemme for en påfølgende godkjenning. De aksjeeiere som eventuelt føler seg tilsidesatt, bør under slike omstendigheter reagere raskt dersom man ikke skal bli bundet av avtalen. Dessuten har Høyesterett som nevnt antydning at visse saksbehandlingsfeil kan repareres ved at generalforsamlingen på et senere tidspunkt får anledning til å ta stilling til avtalen.

Dersom avtalen ikke er tilgjengelig for alle minoritetsaksjonærer eller kreditorer, stiller spørsmålet seg annerledes. Selv om flertallet av aksjeeierne kan tvinge gjennom avtalen på generalforsamling, er en grunnleggende aksjonærrettighet anledningen til si sin mening og

diskutere innholdet i avtalen. Dette bekreftes også i Rt 2003-1501, hvor det uttales at prosedyrefeilten dermed kunne ha virket inn på generalforsamlingens beslutning.

Samlet sett tyder løsningen på at det avgjørende vil være hvem som påberoper seg avtalens ugyldighet og om vedkommende hadde kjennskap til avtalen. Er det kreditor som påberoper seg avtalens ugyldighet, synes løsningen å være at avtalen ikke kan opprettholdes. Dersom en aksjonær eller kreditor anlegger sak, bør aksjeeieren/kreditoren ikke kunne bli møtt med at selskapet visste om disposisjonens enkeltheter, så lenge saksøkeren selv ikke hadde samme informasjon. Tatt i betraktning at aksjeloven § 3-8 ikke bare skal ivareta aksjeeiernes interesser, men også kreditors interesser, kan en slik løsning kun godtas i de tilfeller hvor samtlige aksjeeiere har hatt kjennskap til avtalen, forutsatt at avtalens ugyldighet ikke påberopes av noen som ikke har hatt kunnskap om transaksjonen.

5.5 RESTITUSJONSOPPGJØR

Der verken selskapet eller medkontrahenten har oppfylt sin del av avtalen, er de rettslige virkningene begrensede. Selskapet kan tilbakeholde sin ytelse uten å bli møtt med misligholdsbeføyelser fra medkontrahentens side. Medkontrahenten derimot er bundet av avtalen, men behøver heller ikke å yte sin del avtalen dersom selskapet ikke har ytt sin del. Dette har særlig støtte i prinsippet om ytelse mot ytelse. Av lojalitetshensyn bør selskapet underrette medkontrahenten at avtalen er ugyldig og ikke skal gjennomføres.

Restitusjon er dermed kun aktuelt i de tilfeller hvor avtalen helt eller delvis er oppfylt til tross for at saksbehandlingsreglene ikke er fulgt. Etter aksjeloven § 3-8 fjerde ledd første punktum skal det skje en tilbakeføring av ytelsene. Restitusjonsprinsippet tilsier at både selskapets og aksjonærens ytelse skal tilbakeføres. I forbindelse med restitusjonsoppgjøret må det sondres mellom tilfeller hvor partene faktisk kan tilbakelevere ytelsen etter avtalen, og tilfeller hvor partene ikke kan tilbakelevere ytelsen etter avtalen.

5.5.1 Restitusjon hvor ytelsen kan tilbakeføres

Utgangspunktet er som nevnt at begge parter skal tilbakeføre sine ytelser. I de situasjoner hvor ytelsen er i behold, plikter selskapet å tilbakelevere ytelsen, og aksjonæren plikter å tilbakeføre det mottatte vederlag.

Om ytelsen er i behold, kan det reises spørsmål om hvilken part som må dekke kostnadene for gjennomføringen av restitusjonsoppgjøret. Kostnadene ved restitusjon kan bli betydelige. En praktisk situasjon som kan illustrere problemet, vil være hvor selskapet har ervervet fast eiendom fra en aksjonær. Ved reversering av fast eiendom påløper betydelige kostnader knyttet til dokumentavgift og tinglysningsgebyr. Videre kan restitusjonsoppgjøret bli mer komplisert, dersom det vederlag selskapet har ytt har gått til dekning av aksjonærens gjeld på eiendommen. Aksjonæren må mulig låne midler for å kunne tilbakeføre vederlaget. Verken loven eller forarbeidene omtaler problemet, men i teorien⁶⁴ er det antatt at den avtalepart som har skyld for at avtalen ikke blir bindende, må stå ansvarlig. Hvor transaksjonen er gjennomført før generalforsamlingen har fattet et vedtak, må løsningen være at selskapet må dekke restitusjonskostnadene uansett om de blir betydelige.

Et annet spørsmål som heller ikke er løst i ordlyden, er om partene har en ubetinget plikt til å restituere ytelsen uavhengig av om motparten tilbakefører sin del. I teorien⁶⁵ er det antydning at hensynet til bestemmelsens effektivitet neppe er så tungtveiende at avtaleparten har en ubetinget tilbakeføringsplikt. Reelle hensyn og prinsippet om ytelse mot ytelse tilsier også at dersom selskapet ikke tilbakefører det mottatte, er det liten grunn at medkontrahenten blir gjort skadelidende. Konklusjonen må således bli at det ikke foreligger en ubetinget plikt til å restituere ytelsen uten å se hen til om motparten tilbakefører sin ytelse.

⁶⁴ Abrahamsen/Aase, side 368.

⁶⁵ Abrahamsen/Aase, side 367 og Aarbakke m.fl. side 208.

Av forarbeidene og juridisk teori går det frem at restitusjonsplikten gjelder uansett om avtaleparten var kjent med eller burde ha kjent til at avtalen ikke var bindende for selskapet.⁶⁶ Medkontrahenten/aksjonæren kan således ikke påberope seg godtroerverv, da legitimasjonsregelen i aksjelovens § 6-33 om overskridelse av myndighet ikke kommer til anvendelse hvor aksjeloven § 3-8 er overtrådt. På den annen side hevder rettsteorien⁶⁷ at selskapets tilbakeføringskrav kan være avskåret på grunn av ekstinksjon. Det vil si at medkontrahenten har overført det mottatte til en godtroende tredjemann. Om hvilke ekstinksjonsregler som eventuelt kommer til anvendelse, utdypes ikke noe nærmere sett i forhold til oppgavens tema.

5.5.2 Restitusjon hvor ytelsen ikke kan tilbakeføres

Som nevnt overfor, er utgangspunktet at ytelse og motytelse skal tilbakeføres. I situasjoner hvor ytelsen ikke lenger er i behold, vil ytelsen ikke kunne reverseres, eksempelvis ved rådgivende tjenester. Spørsmålet blir hvordan restitusjonsoppgjøret skal foretas når ytelsen er forbrukt.

En språklig forståelse av uttrykket ”oppfyllelse i henhold til avtale som ikke binder selskapet, skal tilbakeføres”, peker i retning at det skal skje en naturalrestitusjon. Ordlyden gir derfor ikke svar på spørsmålet i tilfeller hvor selskapet eller medkontrahenten rent faktisk ikke kan tilbakelevere sin ytelse etter avtalen. På den annen side inneholder heller ikke bestemmelsen noe forbehold om at det mottatte er i behold. Derimot konkluderer juridisk teori⁶⁸ at i slike situasjoner omgjøres restitusjonskravet til å bli en verdierstatningsplikt. Det vil si at rettsvirkningen blir at parten må erstatte nettoverdien av det mottatte. Løsningen har også støtte i reelle hensyn. Av risikohensyn er det rimelig å la selskapet bære risikoen, siden selskapet har gjennomført transaksjonen før avtalen er formelt gyldig vedtatt. At avtalen senere blir underkjent av generalforsamlingen, må selskapet selv ta ansvar for. Ut fra en risikovurdering er det rimelig at verdien settes til det

⁶⁶ NOU 1992:29 side 80, NOU 1996:3 side 150, Andenæs side 326, Aarbakke m.fl. side 208.

⁶⁷ Abrahamsen/Aase, side 366 og Aarbakke m.fl. 209.

⁶⁸ Aarbakke m.fl. side 208.

som opprinnelig ble ytt i vederlag, særlig hvis tidsperioden mellom transaksjonen og restitusjonsoppgjøret er kort. Imidlertid er det klart at når aksjeeieren har mottatt vederlag i penger, må han uansett restituere vederlaget selv om det er forbrukt, fordi penger er en generisk ytelse.

I og med at restitusjonskravet omgjøres til å bli en verdierstatningsplikt i de tilfeller hvor ytelsen ikke kan restitueres, blir spørsmålet om det gjelder en berikelsesbegrensning. Juridisk teori⁶⁹ hevder at det ikke gjelder noen berikelsesbegrensning. Med støtte i teorien blir hovedregelen at selskapet må tilbakeføre den fulle verdien av ytelsen. På den annen side kan ikke hovedregelen gjelde som noe annet enn et utgangspunkt. Reelle hensyn tilsier at en må se på de konkrete omstendighetene, siden restitusjonsoppgjøret kan bli meget urimelig i de tilfeller hvor tjenesten er utsatt for store prisfluktasjoner. Det er ikke umulig at domstolene i slike tilfeller kommer til at restitusjonskravet blir urimelig, og derved fordeler tapet mellom partene. Rettstilstanden må derfor betegnes som usikker.

Lignende spørsmål kan også stilles der selskapet går konkurs. Jeg velger å ikke forfølge spørsmålet her. Nærmere om problemstillingen, se Andenæs side 344 flg.

⁶⁹ Andenæs, side 342.

6 ANSVARSREGLER

Aksjeloven § 3-8 fjerde ledd annet punktum angir at ansvarsreglene i § 3-7 annet ledd gjelder tilsvarende ved brudd på saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8. Det følger av aksjeloven § 3-7 annet ledd at ”den som på selskapets vegne medvirker til en beslutning eller gjennomføring av ulovlig utdeling, er ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført selskapet”. I relasjon til aksjeloven § 3-8 må uttrykket ”ulovlig utdeling” forstås som ugyldig avtale/transaksjon. Det vil si at medvirkeren kan bli ansvarlig for det tap selskapet lider som følge av den ugyldige transaksjonen. Ordlyden gir dessuten adgang til å lempe erstatningsansvaret etter lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 § 5-2. Bakgrunnen er at erstatningsansvaret kan bli meget omfattende. I det følgende vil det ikke bli redegjort hvorfor og i hvilke tilfelle lemping kan være aktuelt.

Det kan stilles spørsmål om erstatningsplikten er subsidiær i forhold til restitusjonsplikten. Lovens formulering ”er ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført selskapet” kan tolkes på flere alternative måter. En tolking kan være at restitusjon er den primære konsekvensen av brudd på saksbehandlingsreglene. På den annen side kan lovens formulering forstås dithen at restitusjonsplikten og erstatningsplikten er likestilt. Ordlyden kan derfor sies å være uklar. I juridisk teori er meningen delte.⁷⁰ Andenæs antyder at løsningen er usikker, men legger til grunn at pliktene formentlig er likestilte. Derimot konkluderer så vel Aarbakke m.fl. som Abrahamsen/Aase at erstatningsansvaret er subsidiært.

Reelle hensyn trekker i retning at erstatningsansvaret er av subsidiær karakter. Det kan virke tilfeldig om selskapet kan velge å unnlate å restituere, og derved i stedet kreve erstatning. Dersom erstatningsplikten er likestilt, vil det være fare for at erstatning kun vil bli krevet i de tilfeller restitusjon ikke er gunstig for selskapet, for eksempel ved betydelig

⁷⁰ Andenæs, side 343, Aarbakke m.fl. side 201 og Abrahamsen/Aase, side 369.

prisfall i etterkant av transaksjonen. Dersom selskapet har kjøpt eiendom fra aksjonæren, vil det kunne være gunstig for selskapet å kreve erstatningskompensasjon i stedet for å reversere ytelsene, på grunn av de store transaksjonskostnadene det innebærer å reversere eiendom. Videre virker det unødig å velge en hardere reaksjon enn nødvendig overfor medvirkeren. Et erstatningssøksmål mot medvirker er ikke alltid den beste måten å reparere skadevirkningene av at selskapet har inngått en avtale i strid med aksjeloven § 3-8. Prosessøkonomiske hensyn taler også for at erstatningsplikten er subsidiær i forhold til tilbakeføringsplikten. Å restituere ytelsene er rimeligere og enklere enn å bevise at noen har opptrådt ansvarsbetingende.

Rettstilstanden må betegnes som usikker. Det er imidlertid nærliggende å anta at erstatningsansvaret kun inntreffer i den grad restitusjonskravet ikke fører frem. Løsningen har dels støtte i ordlyden, og dels støtte i juridisk teori sammenholdt med reelle hensyn.

6.1 ANSVARSSUBJEKT

Ansvarssubjektet etter lovens ordlyd er ”den som medvirker på selskapets vegne til en beslutning eller gjennomføring av ulovlig utdeling”. Vanligvis inngås avtaler som omfattes av aksjeloven § 3-8 enten av styret eller daglig leder. Det er nærliggende at ordlyden henviser til nevnte personer. Lovens formulering kan forstås dithen at personkretsen ikke skal tolkes så snevert, men også omfatte personer som har ytt rådgivende bistand, for eksempel selskapets revisor, regnskapsfører og advokat. Det er nærliggende at sistnevnte tolking er den rette løsningen, med støtte i juridisk teori.⁷¹ Ansvaret er med andre ord ikke betinget av at vedkommende er aksjonær i selskapet.

Erstatningsansvaret er individuelt. Om det foreligger erstatningsbetinget adferd må derfor vurderes med utgangspunkt i de beslutninger som vedkommende har tatt del i. Dersom et styremedlem er uenig i styrets flertall om avtalens gyldighet, kan styremedlemmet fri seg fra eventuelt ansvar ved å stemme mot beslutningen, noe som skal fremgå av

⁷¹ Aarbakke m.fl. side 201.

styreprotokollen, jf. aksjeloven § 6-29. Hvis uenigheten gjelder potensielt ansvarsbetingede beslutninger, vil bruken av denne retten være av avgjørende betydning i forhold til det individuelle styremedlemmets ansvar. Dersom et styremedlem ikke har deltatt i behandlingen i styret, vil han i utgangspunktet ikke hefte for eventuell mangelfull saksbehandling.

Flere personer kan være erstatningsansvarlig for samme handling, eksempelvis et samlet styre. Spørsmålet blir om de involverte er solidarisk erstatningsansvarlig. Ordlyden løser ikke spørsmålet, men rettsteorien hevder at der flere er erstatningsansvarlige gjelder de alminnelige regler om solidaransvar fullt ut.⁷² For eksempel kan alle styremedlemmer bli solidaransvarlig for selskapets samlede tap. Den som innfrir erstatningsbeløpet, vil ha regressrett overfor medansvarlige.

6.2 ANSVARSGRUNNLAG

Innen aksjeretten er betingelsene for å bli erstatningsansvarlig de samme som ellers i erstatningsretten. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom tapet og handlingen. Problemstillingen blir hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder for å kunne bli erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 3-8.

Ansvarsgrunnlaget i aksjeloven § 3-7 annet ledd er betinget av at vedkommende ”forsto eller burde ha forstått” at utdelingen er ulovlig. En språklig forståelse av ”forsto”, kan forstås som forsett. Det vil si at vedkommende som har medvirket på selskapets vegne, med viten og vilje har oppfylt avtalen til tross for at vedkommende visste at handlingen var i strid med saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8. Med ”burde ha forstått” menes uaktsomhet. Det vil si et brudd på en handlingsnorm knyttet til utøvelsen av den rolle medvirkeren har i beslutnings-/gjennomføringsfasen. Medvirkeren må uansett hvordan en karakteriserer handlingen være å bebreide.

⁷² Andenæs, side 343 og Aarbakke m.fl. side 201.

Problemstillingen blir å avgjøre når vedkommende har opptrådt ansvarsbetingende. Avgjørelsen må bero på konkret vurdering, altså om vedkommende forsto eller burde ha forstått at avtalen ble inngått mellom selskapet og en aksjeeier, og at vederlaget utgjorde over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet. Grensedragningen må skje på bakgrunn av de faktiske omstendigheter som forelå da beslutningen/gjennomføringen inntraff, bedømt opp mot de forventninger det vanligvis er grunnlag for å stille til virksomheten til så vel styremedlem som daglig leder, advokat og revisor.

Ifølge rettsteorien er nærliggende å anta at nevnte personer ikke kan påberope seg ansvarsfrihet fordi man ikke kjente til reglene i aksjeloven.⁷³ Det samme vil gjelde dersom man hevder å være i villfarelse med henhold til aksjonærforhold og størrelsen på aksjekapitalen. På bakgrunn av de nevnte personers stilling i selskapet eller i tilknytning til selskapet, må det kunne oppstilles et strengt krav til deres aktsomhet. Det vil si at ansvarsformen har klare likhetstrekk med et profesjonsansvar.

På den annen side kan ansvarsvurderingen stille seg noe annerledes i de tilfeller hvor styret har tatt feil i grensedragningen om hvorvidt en avtale var å anse som vanlig avtale, jf. unntaket i første ledd nr. 3. Aktsomhetsvurderingen må her bero på hvor grundig saksforholdet er vurdert, og eventuelt om det er innhentet eksternt rådgivning. Det er nærliggende å anta at det skal en del til før et ansvarsgrunnlag kan sies å foreligge for forretningsmessige feilvurderinger. Feilen må altså være relatert til beslutninger utover det å ta forretningsmessige risiki.

Er det daglig leder som har inngått avtalen med en aksjonær uten å informere styret, vil aktsomhetsvurderingen bero på om styret har ført et tilfredsstillende tilsyn med den daglige ledelse.

⁷³ Abrahamsen/Aase, side 369.

6.3 PROSESS VED TILBAKEFØRINGSKRAV

I det følgende gis det kun en kort orientering om de viktigste rettsregler i forhold til det å fremme restitusjonskrav/erstatningskrav.

Generalforsamlingen har som selskapets øverste organ myndighet til å beslutte om selskapet skal forfølge restitusjonskravet. Dersom selskapet treffer beslutning om å kreve restitusjonsoppgjør, jf aksjeloven § 3-8 fjerde ledd, er styret ansvarlig for prosessen. I de tilfeller hvor det ikke er noe å hente hos medkontrahenten/aksjonæren, kan styret rette erstatningskravet direkte mot de som har vært involvert i selve avtaleslutningen. Etter aksjeloven § 17-1 kan tillitsvalgte m.v. bli erstatningsansvarlig for det tap selskapet lider fordi ytelsen ikke kan restitueres. Forutsetningen er at det kan påvises skyld ved utførelsen av transaksjonen, for eksempel at daglig leder bevisst har unndratt å legge frem avtaler som rammes av aksjeloven § 3-8 for generalforsamlingens beslutning.

Derimot om generalforsamlingen har truffet beslutning om ansvarsfrihet eller at kravet ikke skal gjøres gjeldende, følger det av aksjeloven § 17-7 annet ledd at aksjeloven §§ 17-4 og 17-5 gjelder tilsvarende for selskapets krav på tilbakeføring etter aksjeloven § 3-8. Dette betyr at etter aksjeloven § 17-4 har aksjeeiere som eier minst en tidel av aksjekapitalen en subsidiær rett til å fremme tilbakeføringskravet på selskapets vegne. Alternativt kan aksjeeiere på egne vegne rette restitusjonskravet mot tillitsvalgte m.v., under forutsetning at selskapet har minst ett hundre aksjeeiere og at de aksjeeiere som retter kravet eier minst ti prosent av det samlede antall aksjer. En annen alternativ fremgangsmåte er at selskapet omgjør generalforsamlingens beslutning, dersom beslutningen var grunnet på uriktige opplysninger, jf aksjeloven § 17-5.

Tilbakeføringsansvaret foreldes etter lov om foreldelse av fordringer av 18. mai 1979 nr. 18, § 12 nr. 1. Det vil si tidligst et år etter at tillitsvervet opphører.

7 AVSLUTNING

Som nevnt tidligere er de rettslige vurderingene i aksjeloven § 3-8 skjønsmessige. Justisdepartementet⁷⁴ har derfor med bakgrunn i regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet av 9. juni 2004 foreslått å revidere aksjeloven § 3-8. Endringene innebærer en utvidelse av virkeområdet, dels med henhold til hvem som rammes av bestemmelsen, dels at avtaler med motsatt ytelsesstrøm skal omfattes. I tillegg er det foreslått at transaksjonen må overskride NOK 50.000 før samtykke fra generalforsamlingen kreves. For transaksjoner under dette beløp er det forutsatt at avtalen skal være godkjent av styret for at selskapet skal bli bundet av avtalen. Videre har departementet foreslått å presisere lovteksten slik at det må avgis en erklæring som tilsier at det er likevekt mellom ytelsene, og at selskapets ytelse er vurdert til virkelig verdi.

Departementet foreslår at aksjeloven § 3-8 utvides til ikke bare å omfatte avtaler mellom selskapet og aksjeeier, men også avtaler mellom selskapet og et styremedlem, daglig leder, og en aksjeeiers søsterselskap, morselskap, morselskapets morselskap (bestemor). Departementet angir at det er behov for strengere regler og større åpenhet i forhold hvor man sitter på begge sider av bordet. Den nåværende utforming av aksjeloven § 3-8, rammer ikke avtaler inngått mellom selskapet og for eksempel en daglig leder, med mindre vedkommende er aksjeeier. I realiteten kan faktisk daglig leder forhandle avtaler med seg selv, hvilket kan medføre ubalanserte avtaler i selskapets disfavør. Faren for personlig vinning er under slike omstendigheter like aktuelt som om vedkommende hadde vært aksjeeier.

Hensynet til generalforsamlingen som kontrollorgan er like fremtredende ved slike transaksjoner, ikke bare i de tilfeller hvor avtalen er inngått mellom selskapet og aksjeeier.

⁷⁴ Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper: 2004-07-01, punkt 8.3 og 19.1.

Partenes kryssende interesser taler således for en utvidelse av bestemmelsen. Selv om det ikke er uttalt fra departementets side, kan revisjonen også ses på bakgrunn av det internasjonale arbeidet som foregår med henhold til utarbeidelse av etiske retningslinjer for god virksomhetsstyring (corporate governance).

Dersom endringene i aksjeloven § 3-8 gjennomføres, vil flere av problemstillingene som er reist i oppgaven, bli nærmere avklart. Likevel vil bestemmelsen fortsatt bære preg av svært skjønnsmessige vurderinger. Grensedragningen i forhold til unntaket i første ledd nr. 3 og om erstatningsplikten er subsidiær i forhold til tilbakeføringsplikten, vil fortsatt være like uavklart. Rettstilstanden er og vil etter eventuell revisjon av bestemmelsen fortsatt være uklar på enkelte områder.

Avslutningsvis kan det sies at det er viktig at selskapets ledende organer har kjennskap til aksjeloven § 3-8, og vet hvordan man skal håndtere transaksjoner mellom selskapet og dets aksjeeiere. Styret bør derfor iverksette forebyggende tiltak for å unngå overtredelse av aksjeloven § 3-8. Styret kan fastsette instruksjoner som selskapet må følge når selskapet inngår avtaler med aksjeeier. Styret er satt til å forvalte alle aksjeeiernes interesser, ikke bare enkeltes interesser. Slike retningslinjer vil derfor kunne bidra til at aksjonærene behandles likt, at selskapskapitalen ikke svekkes, og ikke minst redusere risikoen for styreansvar.

8 Litteraturliste

Andenæs, Mats Henry: *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* (1998) 2. opplag.

Aarbakke, Magnus; Aarbakke, Asle; Knudsen, Gudmund; Ofstad, Tone og Skåre, Jan: *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave* (2004) 2. utgave.

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

Bråthen, Tore, *Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett*. Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, København 2003.

Aarbakke, Magnus: *Skatt på formue* (1998) Oslo, 3. utgave.

Forarbeider:

NOU 1992:29. Lov om aksjeselskaper.

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

NOU 1996:3. Ny aksjelovgivning.

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

Innst. O. nr. 80 – 1996-97.

Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Justisdepartementet.

Transaksjoner mellom selskapet og aksjeeiere mv. - §§ 3-8 og 3-9. Dato: 2004-07-01.

Lovavdelingens uttalelser, Justisdepartementet. *Tolking av aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-8 første ledd*. Dato: 2001-09-28. Publisert: JDLOV-2001-7116.

Rettspraksis:

Høyesterett. Publisert: RT-2003-1501.

Gulating lagmannsrett – kjennelse. Dato: 2002-06-13. Publisert: LG-2002-714.

