

**AKSJESELSKAPERS AVTALER MED AKSJEIEIERE,
MEDLEMMER AV SELSKAPETS LEDELSE MV.**

**Særlig om endringene i aksjelovgivningen
november 2006**

Kandidatnummer: 385

Veileder: Kristin Normann

Leveringsfrist: 25.november 2006

Til sammen 17.857 ord

28.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven og avgrensning	1
1.2	Rettskilder og metode	2
1.3	Kort om innholdet av § 3-8	3
1.4	Avhandlingens oppbygning	4
<u>2</u>	<u>ET EU/EØS-RETTLIG PERSPEKTIV</u>	<u>6</u>
2.1	Annet selskapsdirektiv artikkel 10 og 11	7
2.2	Implementering av Annet selskapsdirektiv artikkel 10 og 11 i norsk rett	8
<u>3</u>	<u>HENSYNENE BAK REGLENE</u>	<u>10</u>
3.1	De generelle hensynene	10
3.2	Motivene bak de nye reglene	12
<u>4</u>	<u>MATERIELL REGEL?</u>	<u>14</u>
<u>5</u>	<u>SELSKAPETS MOTPARTER</u>	<u>16</u>
5.1	Aksjeeier	16
5.2	Aksjeeiers morselskap	17
5.3	Nærstående	18
5.3.1	Aksjeeier er en fysisk person	18
5.3.2	Aksjeeier er en juridisk person	18

5.4	Ledelsespersoner	19
5.5	”Opptrer i forståelse med”	20
6	<u>ARTER AV AVTALER SOM OMFATTES</u>	23
7	<u>YTELSENE FRA SELSKAPET MÅ VÆRE AV EN VISS VERDI</u>	25
8	<u>INNHALDET AV REDEGJØRELSEN</u>	29
9	<u>DE FLESTE AVTALER FALLER I PRAKSIS UTENFOR REGLENE</u>	31
9.1	Avtaler inngått i samsvar med reglene i § 2-4, jf. § 2-6 og § 10-2	31
9.2	Styregodtgjørelse og daglig leders arbeidsavtale	32
9.3	Noterte verdipapirer	33
9.4	”Avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet”	34
9.5	”Pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”	38
9.6	Minstebeløp	41
10	<u>SAKSBEHANDLINGEN</u>	42
11	<u>RETTSVIRKNINGER AV MANGLENDE OVERHOLDELSE AV § 3-8</u>	44
11.1	Avtalerettslige konsekvenser – ugyldighet	44
11.2	Om å la være å rapportere redegjørelsen til myndighetene – formfeil	46
12	<u>ER HENSYNENE ALLEREDE IVARETATT AV ANDRE REGELSETT?</u>	50
12.1	Utdeling	51

12.2	Vedtektenes virksomhetsangivelse	51
12.3	Lojalitetsprinsippet	52
12.4	Corporate Governance	53
12.5	Andre muligheter?	53
13	<u>ER DE KONKRETE ENDRINGENE EGNET TIL Å IVARETA HENSYNENE?</u>	56
13.1	Hvilken interesse ivaretar bestemmelsen?	56
13.2	Kan passivitet føre til ugyldighet?	57
13.3	Bør § 3-8 harmoniseres med endringene i Annet selskapsdirektiv?	58
14	<u>AVSLUTNING</u>	60
	<u>LITTERATURLISTE</u>	61
15	<u>VEDLEGG</u>	A
15.1	Tabell 1	A

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven og avgrensning

Enkelte bestemmelser i aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 (asl.) og allmennaksjeloven av 13. juni 1997 nr. 45 (aasl.) er blant annet begrunnet i hensynet til å hindre at det blir inngått særskilte avtaler mellom aksjeselskap og aksjeeier, selskapsledelsen mv., med den konsekvens at utbyttet blir ulikt fordelt mellom aksjeeierne og at enkelte aksjeeiere eller selskapet som sådant blir tilgodesett. Bestemmelsen skal bidra til å fremme hensynene til aksjeeierne og kreditorene, og skal bidra til å løse noen av de problemer som avtaler mellom et selskap med begrenset deltakerheftelse på den ene side og selskapets aksjeeiere eller noen i selskapsledelsen mv. på den annen, kan gi opphav til.

Jeg har valgt å avgrense avhandlingen til aksjelovene § 3-8, med hovedvekt på forslaget om endringer i Lov om endringer i aksjelovgivningen, jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) kapittel 6. Endringsforslaget reiser problemstillinger knyttet til selskapet, aksjeeierne og tredjemenn, samt til selskapsretten forøvrig. I avhandlingen vil de praktiske konsekvensene av endringsforslaget stå i fokus. Jeg vil se nærmere på hvorvidt de foreslåtte endringene er i overensstemmelse med de formål og hensyn som søkes ivaretatt, eller om de derimot står i et motsetningsforhold til disse hensynene. En beskrivelse av gjeldende rett på området vil være nødvendig for drøftelsene, men det er selve endringene i proposisjonen avhandlingen hovedsakelig vil omhandle.

Jeg avgrenser mot skatterettslige problemstillinger, men vil kort nevne at det har kommet forslag til endringer i skatteloven som oppstiller nye regler i forhold til internprising begrunnet i kontrollformål, jf. Høringsnotat om Internprising mellom nærstående foretak som kan få betydning for hvordan man avgjør "vanlig pris" etter § 3-8.

1.2 Rettskilder og metode

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper og lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskapsloven trådte i kraft 1. januar 1999, og erstattet lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper, som omfattet både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det er felles forarbeider til de to lovene. Det ble først utarbeidet et lovutkast, NOU 1992:29, som var en utredning fra Aksjelovgruppen.¹ Stortinget besluttet imidlertid å sende lovforslaget tilbake til Regjeringen. På grunnlag av utredningen fremla regjeringen Ot.prp. nr. 36 (1993-94) og Innst.O. nr. 45 (1994-95). I forbindelse med tilbakesendingen ble det foreslått å legge frem forslag til to nye lover for henholdsvis ”private” og ”allmenne” aksjeselskap (tilsvarende aksjeselskap og allmennaksjeselskap), i tillegg til at forpliktelsene i forhold til EØS-avtalen skulle ivaretas. Dette resulterte i endringslov av 22. desember 1995 nr. 80, og aksjeloven 1976 § 2-9 a ble inngått. Forarbeidene til denne endringsloven er: Ot.prp. nr. 4 (1995-96) og Innst.O. nr. 23 (1994-95). Det ble senere fremmet to nye lovforslag som resulterte i vedtakelse av lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Forarbeidene til disse er: NOU 1996:3 som var en utredning fra Aksjelovutvalget², Ot.prp. nr. 23 (1996-97), Ot.prp. nr. 39 (1996-97) og Innst.O. nr. 80 (1996-97). Utredningen fra Aksjelovutvalget bygger i stor grad på vurderinger og utredninger som fremkommer i lovforarbeidene til Aksjelovgruppen. Alle disse forarbeidene er relevante ved tolkningen og forståelsen av § 3-8.

Utover lovteksten selv og dens forarbeider, finnes det lite juridisk litteratur og rettspraksis om bestemmelsen. Aarbakke m.fl., Andenæs og Bråthen har skrevet om temaet, ellers er det kun få juridiske artikler jeg kan se finnes om dette, jf. Abrahamsen/ Aase og Perland. Ved siden av dette kan jeg finne én tolkningsuttalelse³ og ett høringsnotat⁴ fra Justisdepartementet. Det som finnes av juridisk litteratur vil dog bli trukket inn i fremstillingen der dette kan bidra til å belyse og eventuelt klargjøre drøftelsene.

¹ ”Aksjelovgruppen” var en arbeidsgruppe under ledelse av Magnus Aarbakke.

² ”Aksjelovutvalget” var et utvalg under ledelse av Erling Selvig.

³ Se tolkningsuttalelse av 28. september 2001.

⁴ Jf. ”Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper”.

Av rettspraksis som kan gi argumenter ved tolkningen av § 3-8 og reglene om transaksjoner mellom selskapet og aksjeeiere, finnes det så langt jeg kan se kun underrettspraksis⁵ og i svært begrenset grad. Den begrensede rettspraksisen kan skyldes at bestemmelsen har en preventiv virkning, at det er store mørketall slik at det er vanskelig å overvåke og kontrollere, at konfliktene løses før de kommer opp i noen rettsinstans, eller at det faktisk ikke foreligger noen konflikt mellom selskapet og aksjeeieren selv om reglene ikke er overholdt.

Ved høringsnotatet 28. juni 2004⁶ sendte Justis- og politidepartementet ut et relativt omfattende forslag om endringer i blant annet aksjelovens og allmennaksjelovens § 3-8, som dels begrenser, presiserer og utvider bestemmelsens rekkevidde. Bakgrunnen for høringsbrevet var at Stortingets justiskomiteé i forbindelse med vedtakelsen av lovene ba om at lovene skulle gjennomgå en ”etterkontroll” når det hadde gått fem år siden ikrafttredelsen.⁷ Det fremkom at det var behov for presiseringer og endringer i lovteksten da § 3-8 kan være vanskelig å tolke og således gir svak forutberegnelighet også ved fullt legitime transaksjoner mellom selskap og aksjeeier og ledelsespersoner. Forslagene blir, med noen endringer, fulgt opp i Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) som justiskomiteen sluttet seg til enstemmig, jf. Innst.O. nr. 12 (2006-2007).

1.3 Kort om innholdet av § 3-8

Aksjeloven av 6. juli 1957 § 18 hadde en lignende bestemmelse som dagens § 3-8. Bestemmelsen ble først ikke fulgt opp i aksjeloven av 1976-loven. Begrunnelsen for dette var at man antok at de alminnelige ansvarsreglene ville være tilstrekkelige.⁸ Loven ble imidlertid tilpasset de krav EØS-avtalen setter til selskapslovgivningen og som Norge var forpliktet til å innføre,⁹ og asl. 1976 § 2-9 a som gjaldt for allmennaksjeselskaper og som trådte i kraft i 1. januar 1996. Bestemmelsen skulle bidra til å hindre omgåelse av reglene

⁵ Jf. LB 2000-03682, LG 2002-00714, LB 2003-09811, LA-2006-38534.

⁶ Jf. Note 5.

⁷ Se Innst. O. nr. 80 (1996-97) s. 4.

⁸ Jf. NOU 1992:29 s. 80; Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 170.

⁹ Jf. Endringslov av 22. desember 1995 nr. 80.

om aksjeinnskudd i annet enn penger, og oppstilte visse saksbehandlingskrav for avtaler med en aksjeeier som ble inngått i løpet av to år etter stiftelsen av selskapet og som kunne fremstå som ledd i en ”etterstiftelse”.¹⁰ Aksjeloven 1976 § 2-9 a bygget på Annet selskapsdirektiv art. 11.¹¹

Ved vedtakelsen av aksjelovene i 1997 utgjorde § 3-8 endringer i forhold til gjeldende rett.¹² Anvendelsesområdet for regelen ble med aksjelovene av 1997 utvidet til også å gjelde for aksjeselskaper og fikk for øvrig et utvidet anvendelsesområde. Aksjelovene § 3-8 krever at visse større avtaler mellom et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap på den ene side, og den som er aksjeeier eller ledelsespersone eller tilhører en nærmere angitt krets på den annen side, må godkjennes på generalforsamlingen på bakgrunn av en detaljert redegjørelse og melding til Foretaksregisteret. § 3-8 er preseptorisk. Dersom avtalen ikke er godkjent av generalforsamlingen, er den ikke bindende for selskapet. Det eneste som skiller § 3-8 i aksjeloven fra § 3-8 i allmennaksjeloven er verdigrensen. For at det kreves generalforsamlingsgodkjennelse må vederlaget for aksjeselskaps vedkommende overstige en tidel av aksjekapitalen, mens vederlaget for allmennaksjeselskaps vedkommende må overstige en tjuedel av aksjekapitalen.

På grunn av avtalemotpartens nærhet til selskapet er det fare for at avtalen får et innhold som fremmer aksjeeiernes interesser fremfor selskapets. På bakgrunn av dette er et hovedformål med regelen at aksjekapitalen skal sikres mot utilbørlige disposisjoner fra aksjeeiernes side som kan være til skade for de øvrige aksjeeierne eller for kreditorene.

1.4 Avhandlingens oppbygning

Det foretas først en drøftelse av EU-rettslige tolkningsforståelser som belyser likheter og forskjeller ved forståelsen og rekkevidden av Annet selskapsdirektiv art. 11, jf. art. 10,

¹⁰ Begrepet ”etterstiftelse” omhandler tilfeller der en eller flere aksjeeiere får tilbake aksjeinnskuddet de skyter inn i selskapet kort tid etter stiftelsen ved å yte varer eller tjenester til selskapet som selskapet senere betaler overpris for. Dette innebærer omgåelse av saksbehandlingsreglene om tingsinnskudd, og en slik omgåelse vil være skadelig for selskapets øvrige aksjeeiere og for kreditorene.

¹¹ Jf. Innst.O. 1970; Ot.prp. nr. 19 (1974-75); Innst.O. nr. 50 (1975-76).

¹² Aksjelovene trådte i kraft 1. januar 1999.

sammenliknet med aksjelovene § 3-8 i avhandlingens kapittel 2. Fremstillingen er relativt utførlig. Dette er vurdert som hensiktsmessig fordi Norge må forholde seg til EU-retten, og forståelsen av problemstillingene forutsetter en viss kunnskap om systemet. I kapittel 3 presenteres hensynene bak § 3-8, motstriden mellom hensynene og en kort sammenligning mellom de norske hensynene versus de EU-rettslige hensynene. I juridisk litteratur har det vært spørsmål om hvorvidt § 3-8 er en materiell regel eller kun en saksbehandlingsregel. Denne problemstillingen blir drøftet i kapittel 4. I Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) fremmer Regjeringen fem endringsforslag. Det foreslås for det første å utvide virkeområdet for § 3-8 til ikke bare å omfatte avtaler mellom selskapet og en aksjeeier, men til også å omfatte avtaler mellom selskapet og selskapsledelsen, og avtaler mellom selskap i samme konsern, jf. avhandlingens kapittel 5. For det andre er det foreslått en omformulering med sikte på å få frem at alle slags avtaler omfattes uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger (forutsatt at avtalen ikke faller inn under en av unntaksreglene), jf. kapittel 6. Avtaler hvor ytelsene fra selskapet utgjør mer enn en tidel og en tjuedel av aksjekapitalen i henholdsvis aksjeselskap og allmennaksjeselskap, må godkjennes av generalforsamlingen dersom avtalen ikke faller inn under noen av unntaksbestemmelsene. Dette omtales nærmere i kapittel 7. Departementet fremsatte videre et endringsforslag som legger opp til en presisering med sikte på å klargjøre hva henvisningen i § 3-8 tredje ledd første punktum til § 2-6 innebærer, jf. avhandlingens kapittel 8. Departementet foreslår dessuten å innføre et minstebeløp for når aksjeloven § 3-8 kommer til anvendelse. Dette er omtalt i kapittel 9, jf. punkt 9.6. § 3-8 avviker fra de alminnelige regler om myndighetsfordelingen mellom selskapets ledende organer og generalforsamlingen og oppstiller særlige regler for saksbehandlingen, dette gjennomgås i kapittel 10. Kapittel 11 presenterer rettsvirkningene av henholdsvis form- og ugyldighetsfeil ved saksbehandlingen. Kapittel 12 er en vurdering av nytteverdien av bestemmelsen, mens kapittel 13 utgjør en drøftelse av hvorvidt det er andre muligheter for mer effektivt å ivareta hensynene bak bestemmelsen. Avslutningsvis i kapittel 14 vil det kort foretas en oppsummering.

2 Et EU/EØS-rettslig perspektiv

EU innledet allerede på 1960-tallet et harmoniseringsarbeid innen selskapsrettens område med vedtakelsen av første selskapsdirektiv i 1968.¹³ Selskapsrettslig EU-*acquis* innlemmes fortløpende i EØS-avtalen¹⁴ ved vedtak fra EØS-komiteen,¹⁵ og Norge er således forpliktet til å implementere denne sekundærretten fra EU. Et direktiv av særlig relevans for denne avhandlingen er direktiv 77/91/EØF. Direktivet benevnes gjerne Annet selskapsdirektiv eller kapitaldirektivet. Direktivets generelle formål er å sikre et minste likeverdig vern for aksjeselskapenes aksjeeiere og kreditorer gjennom en samordning av nasjonale bestemmelser om selskapenes stiftelse og om sikring, forhøyelse og nedsetting av selskapskapitalen. Formålet søkes blant annet ivarettatt ved at man, på nærmere bestemte vilkår, forbyr at kapitalen forringes gjennom uberettigede utdelinger til aksjeeierne og ved å begrense selskapets mulighet til å erverve egne aksjer.¹⁶

I september 2001 nedsatte Kommisjonen en ekspertgruppe¹⁷ med et formål om å modernisere den felleseuropeiske selskapsretten. På den bakgrunn kom Kommisjonen med sin meddelelse 'Om modernisering af selskabsretten og forbedret virksomhedsledelse i Den Europæiske Union – vejen frem' 21. mai 2003.¹⁸ Ett av to hovedformål bak denne handlingsplanen er å styrke aksjeeiernes rettigheter og beskyttelse av tredjemenn. Handlingsplanen la derfor opp til visse endringer i Annet selskapsdirektiv, og disse endringene er nylig vedtatt som direktiv 2006/68/EF. Endringsdirektivet trådte i kraft 15. oktober 2006 og nasjonal implementeringsfrist er 15. april 2008. Direktivet vil antakelig bli innlemmet i EØS-avtalen ved vedtak av EØS-komiteen uten videre tilpasningstekst og med samme implementeringsfrist som i EU.

¹³ Direktiv 68/152/EØF. I dag er det tolv selskapsdirektiver samt flere forordninger.

¹⁴ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27. november 1992 nr. 109.

¹⁵ Se artikkel 77 og vedlegg XXII.

¹⁶ Se direktivets annet og tredje fortalepunkt.

¹⁷ Den såkalte Jaap Winter-rapporten, som ble fremlagt 30. september 2002.

¹⁸ KOM (2003) 284.

2.1 Annet selskapsdirektiv artikkel 10 og 11

Annet selskapsdirektiv artikkel 10 omhandler regler om redegjørelse av tingsinnskudd ved stiftelse av selskaper. Hovedregelen i artikkel 10(1) bestemmer at ved tingsinnskudd skal det før selskapet stiftes eller før selskapet får tillatelse til å begynne virksomhet utarbeides en redegjørelse av en eller flere uavhengige sakkyndige.

Annet selskapsdirektiv artikkel 11 oppstiller en hovedregel om at transaksjoner med en eller flere av stifterne av selskapet, hvor selskapets vederlag er på over en tidel av den tegnede kapital, krever generalforsamlingens godkjennelse basert på en forutgående redegjørelse utført av en uavhengig sakkyndig. Bestemmelsen omhandler transaksjoner som foretas innen en periode på to år etter selskapets stiftelsesdato, da transaksjoner innen denne perioden står i særlig fare for å være reelle ”etterstiftelser”. Artikkel 11 er kun en regel om ”etterstiftelse” og skal forhindre at det ved stiftelsen av selskaper gjennomføres omgåelser av reglene om tilførsel av aksjekapital i form av tingsinnskudd.

Endringsdirektiv 2006/68/EF av 6. september 2006 innfører noen endringer i kapitaldirektivet art. 10 og art. 11. Hovedformålet med endringsdirektivet er å forenkle og modernisere Annet selskapsdirektiv for slik ’at øge erhvervslivets effektivitet og konkurrenceevne uden at svække den beskyttelse, som gives til aktionærer og kreditorer’.¹⁹ Endringene søker altså å lette kapitalrelaterte foranstaltninger i aksjeselskap og medfører dermed en oppmykning av gjeldende EU-rett.²⁰ Endringene innfører en nasjonal *adgang* til et utvidet unntak fra artikkel 10 (og dermed også artikkel 11) om sakkyndig redegjørelse ved tingsinnskudd, jf. ny art. 10 bokstav a. For alle unntakene gjelder at foretakene må utarbeide en erklæring inneholdende en beskrivelse av tingsinnskuddet, dets verdi og om verdien som et minimum reflekter aksjenes nominelle verdi, se ny artikkel 10 bokstav b.

¹⁹ Se endringsdirektivets andre fortalepunkt.

²⁰ Se endringsdirektivets artikkel 1 (2) som innfører ny artikkel 10a og 10b i Annet selskapsdirektiv.

2.2 Implementering av Annet selskapsdirektiv artikkel 10 og 11 i norsk rett

I tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser er direktivets artikkel 11 i dag implementert i norsk rett med anvendelse på norske allmennaksjeselskaper i aasl. § 3-8. Direktivet vil også *de facto* være ”implementert” for vanlige aksjeselskaper da aksjeloven inneholder en likelydende bestemmelse i § 3-8. Begrunnelsen for at de norske aksjelovene av 1997 er så vidt likelydende, er at de bygger på den grunntanke at det ikke bør være større forskjeller mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper enn de som kan begrunnes ut fra selskapstypenes særegenhet.

Annet selskapsdirektiv artikkel 10 er implementert i norsk rett gjennom aasl. § 2-6. Her er det en divergens mellom lovene; i aksjeloven er det tilstrekkelig at redegjørelsen bekreftes av statsautorisert eller registrert revisor, mens allmennaksjeloven stiller krav om en redegjørelse fra en uavhengig sakkyndig. Dette har sin bakgrunn i det nevnte faktum at det kun foreligger en EØS-rettslig forpliktelse til å implementere direktivets regler for allmennaksjeselskaper, og fordi (norsk) lovgiver fant at en tilsvarende regel for aksjeselskaper vil bli tungvind å administrere.

Aksjeloven § 2-6 har et videre anvendelsesområde enn art. 10 ved at bestemmelsen ikke er begrenset til kun å omfatte tingsinnskudd.²¹ § 2-6 får anvendelse både når selskaper skal overta eiendeler ved aksjeinnskudd og når de skal bli part i en avtale mot vederlag i annet enn aksjer, jf. 2-4 (1).²² Selv om EØS-tilpasningen i utgangspunktet var ment å være en minimumstilpasning, vedtok man altså likevel å utvide bestemmelsen til å gjelde ved overtakelse av eiendeler mot vederlag i annet enn aksjer.²³

En sammenligning mellom Annet selskapsdirektiv artikkel 10 og aksjelovene, viser at reglene i norsk rett om redegjørelse ved tingsinnskudd er absolutte og lovgiver har derfor ikke gitt unntak fra dem slik direktivet har åpnet for. Regelen i norsk rett er etter dette noe

²¹ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 17 og s. 50 flg.

²² Jf. Ot.prp. nr. 4 (1994-95) s. 19 flg.

²³ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1994-95) s. 19 flg.

strengere enn kravene i direktivet. Forutsatt at det ikke blir innført parallelle tilpasninger i norsk rett som i EU-retten, vil dette bety at de norske reglene vil avvike enda mer fra EU-retten enn hva tilfellet er i dag da innføringen i endringsdirektivet 2006/68/EF vil myke opp reglene om redegjørelse i forbindelse med tingsinnskudd ytterligere.

3 Hensynene bak reglene

3.1 De generelle hensynene

Saksbehandlingsregelen i § 3-8 tar for det første sikte på ”å hindre at kravene til opplysningsplikt og vurdering av tingsinnskudd omgås ved at selskapet stiftes ved kontantinnskudd og etterfølgende overdragelse av eiendeler til selskapet”.²⁴ Regelen skal bidra til å vanskeliggjøre omgåelse av reglene om tingsinnskudd ved stiftelse eller kapitalforhøyelse blant annet gjennom såkalte ”etterstiftelser”, fordi generalforsamlingen må godkjenne den aktuelle disposisjon.

Bestemmelsen gir videre uttrykk for et formelt likhetsprinsipp, som i følge § 4-1 går ut på at ”alle aksjer gir lik rett i selskapet”. Dette formelle likhetsprinsippet må ses i sammenheng med det materielle likhetsprinsipp som kommer til uttrykk i generalklausulene. Generalforsamlingen kan ikke fatte beslutning som er egnet til å gi visse aksjeeier eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeierers eller selskapets bekostning, jf. § 5-21. For ledelsen er det gitt en tilsvarende regel i § 6-28 første ledd. Aksjeeierne skal sikres en lik og rimelig adgang til å nyte godt av selskapets virksomhet gjennom den verdi aksjene har og det utbyttet de gir rett til. Paragraf 3-8 skal *verne om aksjeeierne*.

Aksjeeierne skal ikke måtte oppleve at verdier forsvinner ut av selskapet ved at det blir gjennomført utilbørlige transaksjoner.²⁵

Aksjelovent kapittel 3 avsnitt II og III om selskapskapitalen har generelle regler om selskapets adgang til å foreta utdelinger og andre disposisjoner til fordel for aksjeeierne som innebærer at den kapital aksjeeierne skal ha bundet i selskapet, eller som dette for øvrig trenger til virksomheten, blir svekket. Kreditorenes interesser knyttet til selskapskapitalen har særlig sammenheng med at aksjeeierne ikke hefter for selskapsforpliktelsene, jf. § 1-2. Utdelinger angriper grunnlaget for selskapets virksomhet

²⁴ Jf. NOU 1996:3 s. 149; Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24; Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 44.

²⁵ Jf. NOU 1996:3 s. 149.

og innebærer en trussel sett fra selskapskreditorenes side, fordi det dekningsgrunnlag selskapskapitalen skal utgjøre dermed kan bli utilstrekkelig.²⁶ Dette gjør det nødvendig å oppstille regler til beskyttelse av kreditorenes mulighet til å kunne søke dekning i selskapets midler. § 3-8 er et element i denne reguleringen og er av denne grunn også ment å være en *verneregulering overfor selskapets kreditorer*. Ved å tvinge aktørene til å iaktta visse formkrav ved den planlagte transaksjon, ikke minst i form av meldingsplikten til Foretaksregisteret, kan reglene ha en preventiv virkning på inngåelse av avtaler mellom selskapet og aksjeeieren eller ledelsespersoner. Ved å informere om transaksjonene skal bestemmelsen bidra til å sikre kreditorene mot en svekkelse av egenkapitalen gjennom utilbørlige disposisjoner ved overføringer til enkeltaksjeeiere. Departementet uttaler i NOU 1996:3 s.149 at bestemmelsen skal ”stille krav til informasjon og kontroll med større avtaler mellom selskapet og dets aksjeeiere som ikke er vanlige forretningsavtaler og at slike avtaler bør legges frem for generalforsamlingen”.²⁷ Gjennom krav om godkjenning for visse viktige disposisjoner, skal generalforsamlingen settes i stand til rent praktisk å ivareta rollen som et saksbehandlings- og kontrollorgan i forhold til aksjeeiernes interesser. Dette hensynet skal sikre åpenhet og verne om aksjeeiernes og kreditorers interesser. Etter forslaget § 3-8 annet ledd skal styret utarbeide en redegjørelse som skal meldes til Foretaksregisteret. Denne regelen skal gjøre det lettere for blant annet kreditor å føre kontroll med transaksjoner foretatt i debtors selskap. Om hensynet til kreditorene uttalte Justisdepartementet i Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s.14 at hensynet ikke bør drives så langt at det går på bekostning av andre hensyn. Departementet har uttalt at det kan være uheldig om norske selskaper underlegges strengere regler enn utenlandske selskaper.²⁸ Uttalelsen gjaldt vederlagets størrelse etter § 3-8, men momentet bør også vektlegges i større sammenheng. Kommisjonen nevner i handlingsplanen for selskapsrett av mai 2003²⁹ at fremtidige handlinger på selskapsrettens område på EU-nivå så vidt mulig skal imøtekomme to særlige hensyn. Det første viktige hensynet bak reglene er hensynet til å styrke aksjeeiernes rettigheter og verne om tredjeparter. Kommisjonen peker på at å sørge

²⁶ Jf. NOU 1996:3 s. 47-48.

²⁷ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24; Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 44.

²⁸ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 171.

²⁹ Jf. KOM (2003) s. 7-9.

for et effektivt og proporsjonert vern av aksjeeiere og tredjeparter må være i kjernen i all selskapsrett. Hensynene til aksjeeiere og tredjeparter skal sørge for tillit i næringslivet, som er en fundamental forutsetning for det andre viktige hensynet bak reglene på selskapsrettens område i EU, nemlig hensynet til effektivitet og konkurransevne i næringslivet. Sistnevnte hensyn vil bli viktigere og viktigere i fremtiden, men skal ikke svekkes på bekostning av beskyttelsen av kreditorer og aksjeeierer. Herunder vil selskaper kunne reagere hurtigere på utviklingen i markedet, med færre omkostninger og mindre tidsbruk.

3.2 Motivene bak de nye reglene

Ifølge Høringsnotatet var Justisdepartementets begrunnelse for å reise spørsmål om endringer i §§ 3-8 og 3-9 todelt.³⁰ Departementet hadde for det første mottatt innspill hvor det fremgikk at det kreves generalforsamlingsbeslutning i for mange tilfeller.

Departementet ytret med dette et ønske om å begrense antall generalforsamlingsgodkjennelser og poengterte at det ved å innsnevre bestemmelsens anvendelsesområde på denne måten ville være en mulighet for næringslivet å spare både tid og ressurser. Under høringsuttalelsen uttaler NHO at tendensen er at en rekke legitime transaksjoner i dag underlegges kostnadskrevenne saksbehandlings- og dokumentasjonskrav ved at det kreves generalforsamlingens godkjennelse i for mange tilfeller, og videre at departementet ikke går langt nok i å innskrenke virkeområdet for bestemmelsen i sitt lovforslag.³¹ NHO foreslår hele bestemmelsen opphevet og i stedet erstattet med en regel som kun gjelder "etterstiftelse". Departementet går imidlertid ikke så langt, og velger i stedet å begrense nødvendigheten av generalforsamlingsgodkjennelse til transaksjoner som overstiger et visst beløp.

For det andre hadde Regjeringen Bondevik II 9. juni 2004 lagt frem sin handlingsplan mot økonomisk kriminalitet,³² hvor regjeringen gikk inn for å vurdere endringer i aksjeloven og

³⁰ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41.

³¹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 43-44.

³² Regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet av 9. juni 2004.

allmennaksjeloven med sikte på å ”bedre kontrollen og gi mer åpenhet om kontrakter som er egnet til å skjule misbruk av ledende posisjoner i selskaper”.

Disse to motivene har gitt to konkrete utslag ved at det etter endringsforslaget ble foreslått en utvidelse av personkretsen, samt en utvidelse av det materielle anvendelsesområdet ved at det ytelsene kan gå begge veier. Begge disse endringene skal ivareta hensynet til å bedre kontrollen. Hensynet til å redusere antall generalforsamlingsbeslutninger er ikke fulgt opp, jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45. Departementet uttaler her at det ikke er for mange avtaler som må godkjennes og presiserer at vanlige avtaler ikke trenger godkjenning, slik at behovet for generalforsamlingen i praksis antakelig blir mindre.

4 Materielle regel?

I juridisk teori³³ har det vært tvil om § 3-8 ikke er en saksbehandlingsregel men også en materiell regel om verdien av ytelsene, jf. Aarbakke m.fl. Bakgrunnen for problemstillingen er henvisningen i § 3-8 til § 2-6 om bekreftelse av verdi. Det har vært uklart om slik bekreftelse skal gis. Det er nå vedtatt at en bekreftelse om verdiene skal avgis og spørsmålet er da om det gjelder en materiell regel om ”rimelig samsvar” mellom ytelsene. Hvis det gjelder en slik regel skulle konsekvensen være at avtaler er ugyldig dersom det ikke er slikt samsvar.

For § 3-8 første ledd tilsier at andre og tredje ledd ikke er gyldighetsregler. For første ledd sies det uttrykkelig at avtalen ikke blir bindende dersom det ikke foreligger generalforsamlingsgodkjenning, men det er ikke inntatt noen tilsvarende passus for annet og tredje ledd om redegjørelse. Dette tyder på at det ikke foreligger noe materielt krav om rimelig samsvar etter § 2-6 (1) nr. 4.³⁴ Jeg har ikke funnet uttalelser i forarbeidene som omtaler § 3-8 som noe annet enn en saksbehandlingsregel. Det fremgår av Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) at manglende redegjørelse ikke fører til ugyldighet, så lenge generalforsamlingen har godkjent avtalen. Det kan da virke som unaturlig å utlede en materiell regel ved å henvise til kravet om redegjørelse. Også Andenæs³⁵ omtaler bestemmelsen som en saksbehandlingsregel, og hevder at avtalens innhold ikke reguleres av bestemmelsen. Etter hva jeg kan se taler også reelle hensyn for at bestemmelsen er en saksbehandlingsregel. Hensyn til medkontrahenten taler for eksempel mot at det foreligger et materielt krav til rimelig samsvar. Medkontrahenten risikerer at avtalen på et senere tidspunkt vil bli ugyldig, noe som vil være uheldig og ofte urimelig.

I høringsnotatet er det angitt at redegjørelsen har til formål å ”belyse om det fra selskapets ståsted er tilstrekkelig likevekt mellom de ytelsene som skal presteres etter avtalen”. Dette tilsier at generalforsamlingen – så lenge den har fått relevante opplysninger – kan godkjenne en avtale selv om den er i disfavør av selskapet. Dette vil i praksis si at dersom

³³ Aarbakke m.fl. s. 208.

³⁴ Konferer Aarbakke m.fl. s. 208.

³⁵ Jf. Andenæs s. 322.

revisor konkluderer med at det ikke er rimelig samsvar mellom ytelsene, kan generalforsamlingen i praksis likevel godkjenne avtalen. En annen sak i denne sammenheng er at dette kan få konsekvenser etter §§ 3-6 og 3-7.

Et annet holdepunkt for at § 3-8 kun er en saksbehandlingsregel, har man ved å trekke en antitese fra § 3-9 første ledd. Ifølge § 3-9 første ledd skal transaksjoner i konsernforhold grunnes på ”vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”. I NOU 1996:3 s. 192 uttaler departementet til dette at det foreligger et ”krav om at det skal være likevekt i kontraktsforholdet når det gjelder partenes ytelse og vilkår ellers”.³⁶ At dette er sagt så uttrykkelig for § 3-9 sitt vedkommende må være et viktig moment i retning av at § 3-8 ikke er en tilsvarende materiell regel.

Etter min mening bør § 3-8 ikke anses som en materiell regel.

³⁶ Jf. Også Aarbakke m.fl. s. 211.

5 Selskapets motparter

Virkeområdet for aksjelovenes § 3-8 er begrenset til avtaler mellom selskapet og bestemte avtaleparter. Dette er i dag for det første avtaler mellom *selskap og aksjeeier*. I etterkontrollen av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper fremhever departementet viktigheten av å føre kontroll med og å oppnå større åpenhet rundt kontrakter som er egnet til å skjule misbruk av ledende posisjoner i selskaper. Departementet viser til behovet for åpenhet i forhold hvor man ”sitter på begge sider av bordet”, og de foreslår på denne bakgrunn at ”virkeområdet for § 3-8 utvides til ikke bare å omfatte avtaler mellom selskapet og en aksjeeier, men til også å omfatte avtaler med personer i selskapets ledelse”.³⁷ Aksjeeierne får derfor mulighet til å ta stilling til avtalenes innhold ved det nye endringsforslaget. Der man sitter på begge sider av bordet foreligger en fare for ubalanserte avtaler i selskapets disfavør. Departementet viser så til hensynene bak bestemmelsen som tilsier at ”avtaler med alle slags aktører i selskapet som er i en posisjon hvor de kan sette sine personlige interesser foran selskapets, bør omfattes.”

5.1 Aksjeeier

Avtaler med aksjeeierne vil fortsatt være omfattet av reglene. En aksjeeier er en fysisk eller juridisk person som er innført som aksjeeier i selskapets aksjeeierbok, eller i aksjeeierregisteret i Verdipapirsentralen, dersom selskapets aksjer er registrert der.³⁸ Hvor mange aksjer vedkommende eier, er uten betydning for kravet om generalforsamlingens godkjenning. Som *aksjeeier* regnes den som er aksjeeier på det tidspunkt da avtalen blir bindende for selskapet.³⁹ Avtaler mellom selskap og aksjeeier er det sentrale kontraktsforhold som rammes av § 3-8.

³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 42.

³⁸ Jf. § 4-2.

³⁹ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45.

5.2 Aksjeeiers morselskap

Også ved konserninterne transaksjoner kan det være så nære forbindelser at hensynene bak § 3-8 slår til, jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 42. Aksje- og allmennaksjelovens konserndefinisjon er inntatt i de respektive lovenes § 1-3, jf. § 1-4. Sentralt i denne definisjonen er om et selskap har ”bestemmende innflytelse” over et annet selskap. En avtale mellom selskap i samme konsern må ha godkjenning av generalforsamlingen for at avtalen skal være gyldig, jf. første ledd. Bakgrunnen for dette er at også slike avtaler vil gi anledning til å skjule urettmessige verdioverføringer fra selskapet, og bør derfor undergis samme regulering som aksjeeierne, selskapsledelsen mv. Avtaler mellom et selskap og en aksjeeiers morselskap er regulert gjennom en henvisning i § 3-9 første ledd tredje punktum. Bestemmelsen får imidlertid bare selvstendig betydning for konsernforhold i tilfeller der medkontrahenten ikke er aksjeeier eller likestilt med aksjeeier etter § 3-8 annet ledd - ettersom § 3-8 i slike tilfeller ville være direkte anvendelig⁴⁰ - og § 3-9 første ledd tredje punktum er derfor foreslått opphevet. Samtidig har forslaget medført en presisering av rekkevidden i konsernforhold da denne er uklar etter gjeldende rett.⁴¹ Også her innebærer antakelig forslaget en utvidelse av virkeområdet.

Det er faren for ulovlige utdelinger til eierne som i alminnelighet er bakgrunnen for reguleringer som forslaget fremsetter. Formålet med endringen er å sikre åpenhet om avtalene som inngås. Aksjeeierne og kreditorene har behov for den samme beskyttelsen uavhengig av om selskapet de har interesser i er en del av et konsern eller ikke. Dette slår imidlertid ikke til for aksjeeierne hvis selskapet er heleid.

I høringsnotatet hevder NHO at hensynene bak reglene i §§ 3-8 og 3-9 om kreditorbeskyttelse og beskyttelse av aksjeeierne, ikke blir ivaretatt i konsernforhold. NHO uttaler at hovedregelen om at disposisjoner mellom konsernselskaper må behandles i datterselskapenes generalforsamling ikke ser ut til å være velbegrunnet. I datterselskapenes generalforsamling vil morselskapet (medkontrahenten) per definisjon ha beslutningsflertallet. NHO kritiserer reglene og hevder at ettersom morselskapet har

⁴⁰ Jf. Aarbakke m.fl. s. 213.

⁴¹ Se Kapittel 5.3.2.

bestemmende innflytelse, er det unødvendig å kreve behandling i generalforsamlingen. Etter dette er det en problemstilling hvorvidt det å løfte dette opp på generalforsamlingsnivå er nødvendig for å ivareta hensynene bak reglene. Departementet er ikke enig i NHOs uttalelse, og begrunner dette med at § 3-8 uansett bare omfatter avtaler som ligger utenfor selskapets vanlige virksomhet, jf. unntaket i § 3-8 første ledd nr. 4. Avtalene bør av den grunn underlegges en kritisk vurdering.

5.3 Nærstående

Av § 3-8 fjerde ledd vil det følge at bestemmelsen også får anvendelse når tilsvarende avtaler som omtalt i første ledd, inngås med en aksjeeiers” nærstående, nærstående til en aksjeeiers morselskap eller den som handler etter avtale eller for øvrig opptre i forståelse med noen som nevnt i første ledd”. Denne utvidelsen skal hindre de mest nærliggende omgåelsesmuligheter av bestemmelsen.⁴² Det er altså ikke noe krav om at avtalen må ha sammenheng med vedkommendes aksjonærstilling.⁴³ Det avgjørende er om vedkommende er aksjeeier på avtaletidspunktet. ”Nærstående” kan være både fysiske og juridiske personer.

5.3.1 Aksjeeier er en fysisk person

Hvem som nærmere bestemt skal anses for nærstående til en fysisk person er definert i § 1-5 første ledd. Jeg viser kun kort til denne bestemmelsen da forståelsen av den ikke reiser spesielle spørsmål i forhold til § 3-8.

5.3.2 Aksjeeier er en juridisk person

Kravet om saksbehandling etter § 3-8 for et morsselskap som inngår avtale med sitt datterselskap skal ikke videreføres, se motsetningsvis ordlyden i § 3-9 første ledd tredje

⁴² Jf. NOU 1992:29 s. 80; Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 171; NOU 1996:3 s. 150.

⁴³ Jf. Bråthen 2004 s. 116; Abrahamsen/ Aase s. 346. (Annerledes i forhold til utdelingsbegrepet i § 3-6).

punktum som også omfatter slike avtaler. For avtaler mellom et datterselskap og et morselskap vil § 3-8 gjelde for datterselskapet, men ikke for morselskapet. Begrunnelsen for dette er at økonomiske overføringer nedover i et konsern gjennomgående er mindre problemfylte enn overføringer oppover i et konsern.⁴⁴ For øvrig er det i forslaget § 3-8 fjerde ledd tatt inn en tilføyelse om at også avtaler med "[n]ærstående til en aksjeeiers morselskap" skal omfattes av bestemmelsens anvendelsesområde, jf. § 1-5. Tilsvarende følger av nåværende § 3-9 første ledd tredje punktum. Som nærstående til en aksjeeiers morselskap skal etter den nye bestemmelsens anvendelsesområde gjelde morselskapets morselskap, dvs. "bestemor", og dets datterselskaper. En aksjeeiers morselskaps søsterselskaper skal dessuten omfattes av saksbehandlingsreglene. Grensen ved konserninterne transaksjoner er satt ved "oldemor", altså bestemors mor, slik at dette selskapet vil falle utenfor bestemmelsen.

5.4 Ledelsespersoner

I følge forslaget § 3-8 første ledd skal også "styremedlem" og "daglig leder" omfattes av saksbehandlingsregelen. Ved siden av styremedlemmer selv gjelder dessuten aksjelovene tilsvarende for "varamedlemmer og observatører så langt det passer", jf. § 6-9.

Observatører har ikke stemmerett, og slik jeg ser det er det vel da heller ikke hensiktsmessig at disse faller inn under bestemmelsens anvendelsesområde. Det samme gjelder imidlertid også for varamedlemmer som ikke møter. Dersom daglig leder er part i en avtale som omfattes av § 3-8, må også denne følge saksbehandlingsreglene etter de nye reglene.

Den norske Revisorforening fremmet i Justisdepartementets høringsnotat ønsker om at også avtaler med styremedlemmers og daglig leders nærstående etter § 1-5 burde omfattes av § 3-8. Departementet følger imidlertid ikke opp dette forslaget i den nye lovendringen. Departementet peker på at en slik utvidelse av personkretsen vil rekke for langt, og at slike avtaler uansett vil kunne rammes ved bestemmelsen i lovforslagets fjerde ledd (nåværende

⁴⁴ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

annet ledd) om noen som ”handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med de som er nevnt i første ledd”. Departementet åpner således for at også avtaler med styremedlemmers og daglig leders nærstående *kan* omfattes av fjerde ledd, men at dette ikke uttrykkelig skal tas inn i lovteksten. Det er altså ikke gitt at avtaler med styremedlemmers og daglig leders nærstående omfattes, men det er i hvert enkelt tilfelle avhengig av en konkret vurdering om det kan være aktuelt at disse kan komme inn under lovens uttrykk den som handler etter avtale eller for øvrig ”opptrer i forståelse med” en aksjeeier. Selv synes jeg at hensynet bak bestemmelsen tilser at også ledelsespersoners nærstående burde bli omfattet av bestemmelsen på lik linje med aksjeeierne og at en slik presisering burde tas inn i lovteksten.

5.5 ”Opptrer i forståelse med”

Som følge av det som er sagt ovenfor blir et annet spørsmål hva som ligger i lovens uttrykk ”den som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med en aksjeeier”.⁴⁵ Hvilke personer det refereres til her går ikke klart frem av ordlyden i loven og er heller ikke presisert i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45. Departementet uttalte her at det er et bevisst valg å unngå å presisere nærmere hva som ligger i dette begrepet.

Som følge av at personkretsen i første ledd er utvidet, endres fjerde ledd dessuten til å omfatte dem som ”opptrer i forståelse med” en aksjeeiers morselskap. Vurderingen må antas å bli tilsvarende lik som for fysiske personers vedkommende.

Som en følge av endringene i § 3-8, jf. § 3-9, er det også foreslått endringer i § 1-4 om selskaper som er likestilt med konsernselskaper, hvor reglene om datterselskaper også skal gjelde for datterselskaper med utenlandsk morselskap.

Av forarbeidene følger at aksjeeiers og andre ledelsespersoners fullmektig eller kommisjonær i denne sammenhengen er likestilt med aksjeeier. En fullmektig opptrer

⁴⁵ Likestillingen med noen som ”handler etter avtale med eller for øvrig i forståelse med en aksjonær”, har sitt mønster fra asl. 1976 § 3-9 tredje ledd bokstav c, jf. NOU 1992:29 s. 80.

imidlertid på aksjeeierens vegne, og jeg kan av den grunn vanskelig se hva som kan være grunnen til at denne fullmektigen personlig skal rammes av regelen. Det vil antakelig være annerledes for kommisjonæren som handler på vegne av seg selv. I Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45 er det uttalt at bestemmelsen videre vil være hjemmel for å ramme ”åpnbare omgåelser av lovens krav i form av bruk av stråmenn og lignende”. Så vidt jeg kan se ville antakelig alminnelige omgåelsesbetraktninger ramme slike tilfeller, slik at en presisering av dette ikke er nødvendig. I lovforarbeidene er det for øvrig fremhevet at bestemmelsens anvendelsesområde ikke er begrenset til slike tilfeller, men uten at det er gitt nærmere retningslinjer for hvordan grensene skal trekkes. Om dette hevder Abrahamsen/ Aase:⁴⁶ ”Når man skal avgjøre hvem som handler i forståelse med en aksjonær, må det avgjørende være om avtalen er initiert av vedkommende aksjonær, om aksjonæren drar fordel av den inngåtte avtale, og om bruken av vedkommende ikke-aksjonær fremstår som en proforma partskonstruksjon.” Det at man kan se hen til initiativtakeren av avtalen, vil jeg kunne se for meg kan være et moment av betydning. Det neste momentet om hvem som drar fordel av den inngåtte avtale, kan nok nyanseres noe. Jeg antar for eksempel at en avtale kan rammes selv om styremedlemmet mv. ikke har en økonomisk interesse i avtalen. Det sistnevnte momentet kan jeg ikke se får noen betydning ved siden av alminnelige proforma-regler.

Lignende uttrykk som ”opptrer i forståelse med” er imidlertid brukt andre steder i lovgivningen og kan kanskje kaste lys over hvordan uttrykket skal forstås på dette området. I verdipapirhandelsloven § 1-4 (5) er blant annet uttrykket ”forpliktende samarbeid” benyttet. Opptrer i forståelse med” må antas å være et strengere uttrykk enn dette, men det vil bare bli antakelser å si hvor grensen skal gå. Det er med dette begrenset eller ingen veiledning om hvordan dette uttrykket skal forstås, i ordlyden selv, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur.

En avgjørelse om hvorvidt noen opptråd i forståelse med noen vil ha en viktig side mot *inhabilitetsreglene*. Aksjeeierne har vern mot forskjellsbehandling i lovens regler om inhabilitet i § 6-27. Dersom styremedlemmer, varamedlemmer, observatører eller daglig

⁴⁶ Jf. Abrahamsen / Aase s. 348.

leder har en fremtredende særinteresse – personlig eller økonomisk – i den sak som skal behandles eller avgjøres, eller om deres nærstående har en slik interesse, er vedkommende inhabil etter § 6-27, jf. § 6-9. § 6-27 tar sikte på interessekonflikter, hvor styremedlemmer eller daglig leder har spesielle interesser som er fremmed for den interesse i selskapets anliggender som følge av vedkommendes verv som styremedlem eller daglig leder og eventuelt aksjeeier i selskapet.⁴⁷ Dersom en avtalemotpart som omfattes av § 3-8 ville vært inhabil etter § 6-27, jf. § 6-9, burde man kanskje se hen til om man også kan konstantere om vedkommende avtalemotpart har opptrådt i forståelse med vedkommende som har dratt fordel av transaksjonen. Dersom dette er tilfellet, vil avtalemotparten måtte ha fulgt saksbehandlingsreglene etter § 3-8 for at avtalen skal anses gyldig.

Den samme vurderingen vil antakelig legges til grunn ved konserninterne transaksjoner. Dersom det mellom nærstående foretak blir avtalt vilkår vedrørende finansielle relasjoner som avviker fra de vilkår som ville ha vært avtalt mellom uavhengige foretak, kan dette tale for at foretaket burde underlegges særlige saksbehandlingsregler i samsvar med § 3-8. Foretaket må da anses å regne som et foretak som ”opptrer i forståelse med” vedkommende foretak som har dratt fordel av transaksjonen.

⁴⁷ Jf. Aarbakke m.fl. s. 539; Andenæs 1998 s. 264.

6 Arter av avtaler som omfattes

Det som i dag omfattes av bestemmelsen er at selskapet yter penger. Formålet med bestemmelsen tilsier at det burde gå begge veier, men ordlyden, teori og praksis⁴⁸ tilsier at ytelsesstrømmen bare går en vei.

Med hensyn til arten av selskapets erverv oppstiller bestemmelsen ingen begrensninger. Foruten penger omfattes også eiendeler, tjenester og andre ytelser av enhver art.⁴⁹ At selskapets vederlag kan være annet enn penger, innebærer at avtaler om bytte er omfattet av bestemmelsen.

Ordlyden har bakgrunn i at asl. 1976 § 2-9 a opprinnelig var ment å være en regel om "etterstiftelse". § 3-8 vil fange opp tilfeller av "etterstiftelse", men er ikke begrenset til dette i og med at dens anvendelse ikke er begrenset til et visst tidsrom etter stiftelsen.⁵⁰ Bestemmelsen har fått et annet preg og et videre anvendelsesområde enn art. 11 ved at tidsberegningen på to år etter stiftelsen er utelatt, og at § 3-8 på denne måten regulerer avtaler mellom selskapet og dets aksjeeiere, ledelsespersoner mv. i hele selskapets levetid.

I Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) foreslo departementet en omformulering av § 3-8 med sikte på å presisere at alle avtaler omfattes, uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger (forutsatt at avtalen gjelder et tilstrekkelig høyt beløp og at avtalen ikke faller inn under noen av unntaksreglene). Som begrunnelse for dette forslaget peker departementet på hensynet bak bestemmelsen og funksjonen bestemmelsen får som følge av den foreslåtte utvidelsen av kretsen av avtaleparter, jf. punkt 4 ovenfor. Situasjonen kan for eksempel være at en aksjeeier eller noen i selskapsledelsen kjøper eiendeler, tjenester eller ytelser fra selskapet til en pris som ligger under markedspris. Dette begunstiger vedkommende aksjeeier og ledelsesperson på de øvriges bekostning (dersom det er flere) og svekker egenkapitalen. Hensynene bak regelen tilsier at når selskapet selger eiendeler, tjenester

⁴⁸ Jf. LG 2002-00714.

⁴⁹ Selskapets erverv av egne aksjer i henhold til fullmakt etter § 9-4 omfattes ikke av bestemmelsen ettersom saken da allerede har vært behandlet av generalforsamlingen, jf. Andenæs 1998 s. 323.

⁵⁰ Som Annet selskapsdirektiv art. 11, aksjeloven av 1976 § 2-9 a.

eller ytelser for billig, så må også denne avtalen fremlegges for generalforsamlingen. Det er liten reell grunn til å behandle de to typer transaksjoner forskjellig. I den foreslåtte lovteksten er det derfor inntatt et generelt avtalebegrep som må tolkes etter hva som fremkommer av det som er sagt ovenfor.

Slik jeg ser det er det kun avtaler ”mot vederlag” som omfattes av saksbehandlingsregelen, jf. formuleringen i § 3-8 (1) sammenholdt med § 3-6 (2), § 2-4 (1) nr. 2 og Aarbakke m.fl. s. 203 note 0.4. Dette innebærer etter min mening at avtaler som inngås hvor det ikke foreligger noen verdioverføring vil falle utenfor bestemmelsens virkeområde. Slike eksempler på ikke-økonomiske avtaler kan være avtale om konfidensialitet, samarbeidsavtaler, intensjonsavtaler, eller aksjonæravtaler. Det er imidlertid viktig å presisere at slike ikke-økonomiske avtaler kan bli etterfulgt av økonomiske avtaler som da må vurderes på vanlig måte.

7 Ytelsene fra selskapet må være av en viss verdi

For at saksbehandlingsregelen skal få anvendelse må vederlaget som selskapet skal yte tilsvare minst en tidel av aksjekapitalen i et aksjeselskap og minst en tjuedel i et allmennaksjeselskap, jf. § 3-8 første ledd første punktum. Vederlagsgrensen er fastsatt etter mønster av Annet selskapsdirektiv art. 11.⁵¹ Vilkåret om at selskapets vederlag må være mer enn henholdsvis 10 og 5 prosent av aksjekapitalen, må i utgangspunkt vurderes i forhold til hver enkelt avtale og i forhold til hver enkelt avtalepart.

Departementet uttaler i Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45 at vederlagets størrelse i forhold til selskapets aksjekapital må beregnes på tidspunktet ”når avtalen blir bindende for selskapet”. Dette vil etter departementets vurdering være tidspunktet for generalforsamlingens godkjenning. Slik jeg ser det kan det imidlertid anses problematisk om det er godkjennelsestidspunktet som er avgjørende for beregningen. Innkallingsfristen til møtet i generalforsamlingen er på henholdsvis en uke (for aksjeselskap) og to uker (for allmennaksjeselskap), jf. § 3-8 (3), jf. § 5-10 (2). I løpet av den tiden som går fra avtaleinngåelsen til godkjenning foreligger av generalforsamlingen, kan verdien av eiendeler utvikle seg i selskapets disfavør. Spørsmålet blir da om det er mer rimelig å legge et annet tidspunkt enn godkjennelsestidspunktet til grunn for beregningen. For meg virker det mer rimelig om man anvender § 2-7 analogisk, jf. §§ 2-8. I følge § 2-7 skal eiendeler som selskapet mottar som aksjeinnskudd vurderes til virkelig verdi på dagen for åpningsbalansen. Åpningsbalansen skal ifølge § 2-8 (2) tredje punktum være datert tidligst fire uker før stiftelsen. Også § 10-2 (3) fastsetter at revisors påtegning av redegjørelsen skal dateres fire uker før generalforsamlingens beslutning, jf. også § 10-12. Ved at man foretar beregningen av vederlaget størrelse i forhold til selskapets aksjekapital ved en slik fastsatt frist, gjør at man for eksempel ved handel av olje kan ta hensyn til at oljeprisen ofte vil variere i verdi. Ved å beregne verdien etter en slik frist vil da bidra til å gjøre

⁵¹ I Ot.prp. nr. 36 (1993-94) 170 legger departementet vekt på at det i EF-retten og både i dansk, finsk og svensk rett er tatt inn en begrensning i forhold til vederlagets størrelse. De påpeker videre at det kan være uheldig om norske selskaper underlegges strengere regler enn utenlandske selskaper i denne sammenheng, og går derfor inn for en verdibegrensning.

avtaleinngåelsen mer forutsigbar for avtalemotpartene ved at det ikke får betydning om verdien endrer seg i selskapets disfavør mellom avtaleinngåelsen og generalforsamlingens godkjenning.

Utgangspunktet for beregningen av vederlaget må være selskapets vedtektsbestemte aksjekapital når avtalen inngås, jf. asl. § 2-2 (1) nr. 4 og aasl. § 2-2 (1) nr. 5.

Dersom aksjekapitalen forhøyes i generalforsamlingen som skal behandle avtalen, antar jeg at man fortsatt må basere verdsettelsen på den vedtektsbestemte aksjekapitalen, da dette er mest i samsvar med § 10-10 første ledd.

Når selskapet skal yte *penge* vil det ikke foreligge noen særlige problemer ved verdifastsettelsen. Problemet med verdifastsettelsen vil først komme opp dersom selskapet skal yte noe *annet enn penge*, jf. § 2-4 første ledd nr. 1 eller § 10-2 første ledd nr. 1, jf. § 3-8 første ledd nr. 1. Det er markedsverdien av selskapets ytelse som skal måles mot aksjekapitalen. Det finnes mange måter å verdsette ytelse på, jf. Revisorforeningens uttalelse i Ot.prp. nr. 55 s. 44. Dette er en omfattende og komplisert prosess og jeg viser derfor bare kort til Revisorforeningens uttalelse vedrørende dette.

Et særlig spørsmål dukker opp ved avtaleinngåelser hvor det er usikkert hvilket omfang avtalen har. I forbindelse med *tjenesteytelser* forekommer det i praksis at det forhånd ikke avtales noe samlet vederlag, ettersom dette – for eksempel, men ikke nødvendigvis – vil bero på medgått tid. I så fall er det ikke mulig å verdsette selskapets vederlag. Slike avtaler vil imidlertid i prinsippet omfattes av bestemmelsen.⁵² I følge forarbeidene⁵³ skal det ved løpende ytelse foretas en kapitalisering av selskapets vederlag, hvor kontraktstidens lengde danner utgangspunkt for beregningen. Bråthen⁵⁴ hevder at ytelse som forfaller på et fremtidig tidspunkt, må neddiskonteres til nåverdi på ytelsestidspunktene. Det kan tenkes avtaleinngåelser om tjenesteytelser hvor vederlaget er basert på provisjon basert på oppnådd resultat, for eksempel eiendomsmegler. Det samme kan gjelde for kjøp av varer,

⁵² Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45.

⁵³ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45; se også Andenæs 1998 s. 324.

⁵⁴ Jf. Bråthen 2003 s. 883; se også Aarbakke m.fl. s. 205.

for eksempel rammeavtaler. Jeg antar at slike avtaler omfattes av § 3-8 da vederlaget antakelig vil komme til å overstige verdigrensen på et fremtidig tidspunkt. Det foreligger slik jeg ser det, reelt sett to muligheter for avtalemotpartene. Enten kan de anslå prisen, eller så kan de vente til at grensen faktisk nås. Aarbakke m.fl. s. 205 viser til at tjenesteytelser trolig må vurderes ut fra ”et anslag av avtalens verdi”. Slik jeg ser det kan man da velge å anslå et beløp som ikke overstiger grensen slik at avtalen faller utenfor § 3-8. Andenæs⁵⁵ hevder at ved avtaler der vederlaget ikke avtales på forhånd, må selskapet vurdere ”skjønnsmessig” hva prisen kan ”antas” å bli. Han uttaler videre at plikten til å forelegge avtalen for generalforsamlingen oppstår på det tidspunkt da prisen ”må antas” å overstige henholdsvis 10 og 5 prosent av aksjekapitalen. Det kan med dette virke som om han motsier seg selv, men jeg tolker dette som om han er enig med Aarbakke m.fl. på dette punkt. Selv synes jeg at en slik verdivurdering må være vanskelig og upresis. Det må anses mer hensiktsmessig å vurdere verdien når grensen er nådd. Tar man for eksempel en avtale mellom en advokat og en avtalemotpart om kjøp av advokatbistand i en sak, vil det være vanskelig for partene og fastslå eller anta hvor mange timer advokaten vil komme til å bruke på saken. I et slikt tilfelle kan det være mer hensiktsmessig både for selskapet og avtalemotparten å få godkjenning fra første dag. Hensynene til både kreditorene og aksjeeierne mv. vil bli bedre ivarettatt dersom det er forutsigbarhet med omfanget av avtalen.

I Ot.prp. nr. 23 (1996-97) side 44-45 uttaler Den norske Advokatforening at det ved løpende ytelse antakelig er ”oppsigelsestidens lengde” som skal legges til grunn ved beregningen av vederlagets størrelse. Det er slik jeg ser det to momenter av betydning for vurderingen. Det ene er kontraktstidens lengde og den andre er oppsigelsesadgangen. Gir avtalen selskapet en ensidig adgang til å si opp avtalen, må det være oppsigelsestidens lengde som i utgangspunktet er avgjørende. At dette i forarbeidene kun er angitt som utgangspunkter, begrunnes av departementet med faren for omgåelser, spesielt dersom den aktuelle aksjeeier har bestemmende innflytelse i selskapet.⁵⁶ Dersom selskapet og

⁵⁵ Jf. Andenæs 2006 s. 430.

⁵⁶ Jf. Aarbakke m.fl. s. 205.

motparten er inneforstått med at avtalen bare skal løpe for en minsteperiode ut over oppsigelsestiden tror jeg at denne minstetiden bør legges til grunn for beregningen. Jeg vil også anta at dersom det foreligger en løpende avtale med en oppsigelsestid som reelt sett ikke vil bli sagt opp, vil dette antakelig være en indikasjon på at § 3-8 vil bli omgått, selv om det vil være vanskelig å ta stilling til. Dette er kun en mulighet, da det er oppsigelsesadgangen som skal være avgjørende.

At bestemmelsens anvendelse er knyttet til vederlagets størrelse, innebærer en fare for omgåelser ved at det i stedet for én overdragelse foretas en serie mindre overdragelser hvor vederlaget etter den enkelte overdragelse holdes under verdigrensen. Enten avtaleparten er den samme i alle tilfeller, eller en eller flere av avtalene er inngått med noen som opptrer i forståelse med en aksjeeier, jf. annet ledd, vil slike tilfeller etter omstendighetene kunne rammes av alminnelige omgåelsesbetraktninger. Da må hele avtalekomplekset fremlegges for generalforsamlingens godkjenning.⁵⁷

⁵⁷ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45; Andenæs 1998 s. 324.

8 Innholdet av redegjørelsen

I følge § 3-8 tredje ledd skal styret sørge for at det utarbeides en redegjørelse for avtalen etter § 2-6. Ifølge § 2-6 første ledd skal man sørge for at det blir utarbeidet en redegjørelse om tingsinnskudd som det er knyttet særskilte rettigheter til. Formålet med regelen er å føre betryggende kontroll med tingsinnskuddet. Minstekrav til redegjørelsens innhold fremgår av § 2-6 første ledd nr. 1-4. Etter § 2-6 første ledd nr. 1 skal det gis beskrivelse av avtalen. Ifølge forarbeidene⁵⁸ skal beskrivelsen ”være så utfyllende at den gir en mulighet til å få et rimelig godt inntrykk av hva som skytes inn og gjenstandens verdi for selskapet”. Ifølge § 2-6 første ledd nr. 2 skal redegjørelsen inneholde opplysning om de prinsipper som er fulgt ved vurderingen av de eiendeler selskapet skal overta. Ifølge § 2-6 første ledd nr. 3 skal redegjørelsen inneholde opplysning om forhold som kan være av betydning for bedømmelsen av en avtale eller bestemmelse om at selskapet skal overta eiendeler eller bli part i en avtale. Det har vært uklart⁵⁹ hvorvidt henvisningen fra § 3-8 til § 2-6 også innebærer et materielt krav til likevekt mellom ytelsene, jf. § 2-6 første ledd nr. 4. Uklarhetene er nå løst i forslaget § 3-8 annet ledd, hvor departementet har gått inn for å klargjøre hva henvisningen innebærer. Endringsforslaget tydeliggjør at en tilsvarende regel som § 2-6 første ledd nr. 4 også gjelder etter § 3-8. Forslaget innebærer også en presisering av det er uten betydning om § 2-6 første ledd nr. 4 etter sin ordlyd ikke omfatter tilfeller hvor det er motparten som skal yte pengevederlaget.

Det fremgår ikke av loven hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for redegjørelsen, slik det gjør for tingsinnskudd, jf. det som er sagt foran i forbindelse med åpningsbalansen side 25. Her må antakelig tidspunktet falle sammen med tidspunktet for innkallingen, da dette er eneste holdepunkt, jf. § 2-8.⁶⁰ Kanskje kan også § 6-12 gi holdepunkt for at tidspunktet må være innenfor en forsvarlig tidsramme.

⁵⁸ Jf. NOU 1996:3 s. 109 jf. NOU 1992:29 s. 77.

⁵⁹ Jf. Aarbakke m.fl. s. 174-175; Andenæs 1998 s. 322.

⁶⁰ Jf. Aarbakke m.fl. s. 129.

Ansvar for redegjørelsen er regulert i § 2-6 annet ledd. Reglene er her noe forskjellig for henholdsvis aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Ifølge asl. § 2-6 annet ledd skal styret sørge for at redegjørelsen blir utarbeidet. Videre oppstilles et krav om at redegjørelsen bekreftes av *statsautorisert eller registrert revisor*. Ifølge asl. § 2-6 annet ledd skal stifterne sørge for at redegjørelsen blir utarbeidet av en eller flere *uavhengige sakkyndige*, og videre at statsautorisert eller registrert revisor skal benyttes som uavhengig revisor.

9 De fleste avtaler faller i praksis utenfor reglene

Det følger av aksjelovene § 3-8 at visse erverv faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde til tross for at vederlaget overstiger den lovbestemte grense. Om § 3-8 kommer til anvendelse på avtalen, beror altså både på størrelsen av vederlaget som selskapet skal yte og på det saklige innholdet av avtalen om selskapets erverv. Etter endringene i aksjelovene er det angitt fem alternative grupper av tilfeller hvor saksbehandlingsregelen i § 3-8 ikke kommer til anvendelse, jf. forslaget § 3-8 første ledd nr. 1-5. Avtalene som faller utenfor regnes som ”unntak”, selv om de i antall er så mange at de antakelig utgjør hovedregelen.

9.1 Avtaler inngått i samsvar med reglene i § 2-4, jf. § 2-6 og § 10-2

Det første unntaket gjelder *avtaler inngått i samsvar med reglene i § 2-4, jf. § 2-6 og § 10-2*, jf. § 3-8 første ledd nr. 1. Det er her snakk om *særskilte rettigheter i forbindelse med tingsinnskuddet*. § 2-4 oppstiller krav til stiftelsesdokumenter. Bestemmelsen regner opp to grupper av særskilte rettigheter som skal inntas og spesifiseres i redegjørelsen bortsett fra tingsinnskudd;⁶¹ (1) det tilfellet at selskapet skal overta andre eiendeler enn penger mot vederlag i annet enn aksjer, det vil i praksis si at selskapet skal kjøpe noe, (2) at selskapet skal bli part i en avtale, eller at noen skal ha særskilte rettigheter overfor selskapet eller fordeler av selskapet. Etter § 2-4 annet ledd kan formkravene i første ledd oppfylles ved at det i stiftelsesdokumentet enten henvises til avtalen, til bestemmelsen eller til redegjørelsen etter § 2-6. § 2-4 tredje ledd regulerer rettsvirkningen av at formkravene i første ledd eller annet ledd ikke er iaktatt. Avtalen kan da ikke gjøres gjeldende mot selskapet. Videre er det i unntaksbestemmelsen i § 3-8 første ledd nr. 1 henvist til § 2-6, som stiller krav om at dersom selskapet skal overta eiendeler eller bli part i en avtale som nevnt i § 2-4, skal det utarbeides en redegjørelse som oppfyller visse fastsatte *minstekrav*.⁶² Dette innebærer at § 2-6 gjelder når man har en avtale som omfattes av § 2-4. På samme

⁶¹ Som nevnt gjelder ikke § 3-8 for tingsinnskudd, men for særskilte rettigheter i forbindelse med tingsinnskudd.

⁶² Se også henvisningen fra § 2-4 annet ledd.

måte som henvisningen til § 2-4, innebærer henvisningen til § 10-2 at § 3-8 ikke gjelder for generalforsamlingens beslutning om ”særlige vilkår” ved kapitalforhøyelse i samsvar med § 10-2. For selve tingsinnskuddet gjelder §§ 2-4 og 2-6 uansett. Det er ved ”særlige rettigheter” § 3-8 kan ha selvstendig betydning. Unntaket i § 3-8 (1) nr. 1 er begrunnet i at § 2-4, jf. §§ 2-6 og 10-2 tar sikte på å ivareta de samme hensynene som § 3-8 tar sikte på å beskytte. Ut fra dette har ikke unntaket anvendelse i de tilfeller hvor en kapitalforhøyelse besluttet av *styret* i henhold til § 10-18, eller i henhold til styrets beslutning i forbindelse med en fusjon, jf. § 13-5.⁶³

9.2 Styregodtgjørelse og daglig leders arbeidsavtale

I og med at det personelle virkeområdet blir utvidet, vil også avtaler om styregodtgjørelse og ansettelsesavtalen for daglig leder i prinsippet bli omfattet av § 3-8. Styregodtgjørelse må alltid fastsettes av generalforsamlingen, jf. § 6-10. En endring av virkeområdet ville imidlertid i utgangspunktet innebære at også ansettelsesavtalen måtte godkjennes av generalforsamlingen, og at det måtte blitt utarbeidet en redegjørelse av avtalen etter reglene i § 2-6. At daglig leders ansettelsesavtale skal godkjennes av selskapets generalforsamling bryter med § 6-2 (2) om styrets myndighet til å tilsette daglig leder. Under høringsuttalelsen⁶⁴ peker Oslo Børs og Tekna på at et slikt godkjenningsskrav ville vært en uheldig side av forslaget. Høringsinstansene foreslår av denne grunn å fastslå at avtaler om godtgjørelse til styremedlemmer og avtaler om lønn og godtgjørelse til daglig leder *ikke* skal omfattes av bestemmelsen. Departementet sluttet seg til dette synspunktet, og viste til at når det gjelder godtgjørelse til styremedlemmene, og lønn og godtgjørelse til daglig leder, reguleres dette av egne bestemmelser i loven.⁶⁵ Det er med dette, av blant annet

⁶³ Jf. NOU 1996:3 s. 150; Aarbakke m.fl. s. 204; Andenæs 1998 s. 430.

⁶⁴ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 44.

⁶⁵ Hvem som fastsetter godtgjørelse til daglig leder er ikke regulert i loven. Myndigheten til å fastsette godtgjørelsen må da trolig ligge hos styret, jf. asl. § 6-2 (2) og (3) og aasl. § 6-2 (2), hvis ikke annet er bestemt i vedtektene. At styret har denne kompetansen innebærer at det ikke er nødvendig å innhente samtykke fra generalforsamlingen. I høringsnotatet av 24. oktober 2003 foreslo departementet å gi regler om saksbehandlingen i forbindelse med lønn og annen godtgjørelse til daglig leder og andre ledende ansatte, jf. også Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) kap. 15.

hensiktsmessighetsårsaker, foreslått en bestemmelse i § 3-8 første ledd annet punktum nr. 2, som fastslår at ”avtale om lønn og godtgjørelse til daglig leder og avtale som nevnt i § 6-10”. Dersom styremedlemmer mottar godtgjørelse fra noe annet enn styret selv,⁶⁶ omfattes det ikke av unntaket og må således godkjennes av generalforsamlingen.

9.3 Noterte verdipapirer

Det tredje unntaket gjelder ”avtale om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering”, jf. forslaget § 3-8 første ledd annet punktum nr. 3.⁶⁷ Begrepet verdipapir er en samlebetegnelse for aksjer og obligasjoner og finansielle instrumenter som er avledet av disse, jf. vphl. § 1-2 tredje ledd nr. 1-3. Offentlig kursnotering vil i praksis si kursnotering på regulert markedsplass.

Ordlyden i forslaget er justert noe som følge av at første ledd er endret til å gjelde alle slags avtaler uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger (sml. nåværende § 3-8 første ledd annet punktum nr. 2). Dette innebærer at unntaket ikke bare gjelder når selskapet erverver verdipapirer, men også hvor selskapet overdrar slike verdipapirer til den annen part. Ut over dette har unntaksbestemmelsen ikke fått noe nytt virkeområde. Erverv eller overdragelse av noterte verdipapirer er etter dette å anse som *vanlige avtaler* etter § 3-8. Unntaket er begrunnet i at kursnoteringen normalt vil gjenspeile verdien av verdipapirene, slik at det vil være mulig å fastslå at selskapet betaler markedspris og at avtalen dermed ikke gir medkontrahenten fordeler på selskapets bekostning. Partene kjenner som oftest ikke hverandre ved salg av aksjer på børs, og prisen som selskapet betaler for verdipapiret vil være faktisk markedspris.⁶⁸ Ved kjøp av slike verdipapirer – typisk børsnoterte aksjer – vil ikke overpris være aktuelt og generalforsamlingsbehandling vil dermed være unødvendig. Dette innebærer derfor verken uthuling av selskapskapitalen eller begunstigelse av enkeltaksjeeier på de øvrige aksjeeiernes bekostning.

⁶⁶ Jf. § 6-17.

⁶⁷ Unntaket tilsvarende unntaket i kapitaldirektivets art. 11 nr. 2 for ”erverv på børs”.

⁶⁸ Jf. Børslovens regler om markedskurs kapittel III.

9.4 "Avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet"

Etter forslaget § 3-8 første ledd nr. 4 skal "avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet" og som inneholder "pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler", unntas fra kravet om godkjenning i generalforsamlingen.⁶⁹ Dette unntaket er av stor praktisk betydning og er sentralt ved vurderingen av bestemmelsens hensiktsmessighet og berettigelse.⁷⁰ Hva unntaksbestemmelsen om "forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet" har omfattet, har imidlertid vært uklart.

I NOU 1996:3 side 150 beskriver departementet *unntaket om vanlige forretningsavtaler* som "avtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet og inneholder vilkår som er vanlige for slike avtaler". Uttalelsen sier ikke noe utover det som er inntatt i lovteksten, og gir ingen særlig veiledning i forhold til hvordan begrepet "forretningsavtaler" skal forstås. Heller ikke ellers i forarbeidene kan jeg se at det foreligger noen presiseringer av hva dette unntaket omfatter.

Bråthen⁷¹ hevder at § 3-8 i utgangspunktet ikke kommer til anvendelse på forretningsmessige disposisjoner mellom selskap og aksjeeier som også ville blitt foretatt med utenforstående tredjemann. En slik avtale vil ikke ha til hensikt å tilgodese en aksjeeier på bekostning av de øvrige aksjeeierne. Det blir dermed en vurdering av om avtalen ville ha funnet sted uavhengig av hvem den inngås med. Situasjonen må altså være slik at selskapet ville ha foretatt disposisjonen *uten hensyn til forholdet til aksjeeieren* for å falle inn under unntaket.

På dette området kan muligens praksis i tilknytning til skatteloven § 13-1 ha interesse.⁷² Skatteloven § 13-1 bygger på armlengdeprinsippet. Når det foreligger et interessefelleskap mellom to parter, forutsettes vilkår i transaksjoner de to partene imellom å skje på armlengdevilkår, altså de vilkår som ville bli avtalt mellom de to parter. Når et aksjeselskap

⁶⁹ Unntaket i § 3-8 (1) nr. 3 bygger på Annet selskapsdirektiv artikkel 11 nr. 2 og ble videreført fra aksjeloven av 1976 § 2-9 a.

⁷⁰ Jf. Departementets uttalelse i Ot.prp. nr.55 (2005-2006) s. 47.

⁷¹ Jf. Bråthen 2003 s. 886; Aarbakke m.fl. s. 175.

⁷² Jf. Aarbakke m.fl. s. 206.

handler med en aksjeeier, forutsettes den samme norm å bli lagt til grunn, jf. § 3-8. For konserninterne transaksjoner gir § 3-9 anvisning på samme prinsipp. Dersom det er utenkelig at avtalen ville ha blitt til hvis det ikke hadde vært for forholdet mellom selskapet og aksjeeieren, vil dette antakelig være et moment som trekker i retning av at avtalen ikke omfattes av unntaksbestemmelsen.⁷³

Et beslektet unntak til § 3-8 (1) nr. 3 finnes i aksjelovens § 8-7 (3) nr. 1, som bestemmer at vilkårene for aksjonærlån ikke gjelder for kreditt med vanlig løpetid i forbindelse med "forretningsavtaler". Hvilken betydning som tillegges begrepet "forretningsavtaler" i denne bestemmelsen, kan være et tolkningsmoment. Når lovbestemmelsene sees i sammenheng kan det tyde på at unntaket etter aksjelovens § 3-8 (1) nr. 3 er snevrere enn unntaket fra reglene om aksjonærlån i aksjelovens § 8-7 (3) nr. 1: Det kreves noe mer enn at det dreier seg om en vanlig "forretningsavtale" og avtalen må dessuten være i overensstemmelse med hva selskapet historisk sett har drevet med. Bråthen⁷⁴ hevder at imidlertid at loven neppe krever at avtalen må være i overensstemmelse med hva selskapet historisk sett har drevet med, for å utgjøre en "vanlig avtale". Det kan etter min mening være vanskelig å se hvordan en avtale kan være "vanlig" dersom man ikke kan sammenligne med hvilke typer avtaler selskapet, eller lignende selskap, tidligere har inngått.

Om den danske aksjelovens § 6 c, stk. 3 om "sædvanlige forretningsdisposisjoner" legger Werlauff⁷⁵ til grunn at slike disposisjoner antas å være "alminnelig dagligdags samhandel – uden for særlige forskrifter, som tilsigter at sikre selskabet og dets kreditorer mod tilsidesættelse af arm's length hensyn". Dette er et moment som også trekker i motsatt retning enn Bråthens slutning.

I etterkontrollen av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper forelå det opprinnelig ikke noe forslag fra departementets side om å endre ordlyden i dette unntaket, men forslaget kom opp fra noen av høringsinstansene under den påfølgende høringsrunden. Særlig Tekna og Advokatfirmaet Wikborg & Rein & Co. pekte på problematikken rundt unntaket i § 3-8 første ledd annet punktum nr. 3 da ordlyden, forarbeider og praksis gir

⁷³ Jf. Aarbakke m.fl. s. 206.

⁷⁴ Jf. Bråthen 2003 s. 885-886.

⁷⁵ Jf. Werlauff s. 79.

liten veiledning om hvordan begrepet ”forretningsavtaler” skal forstås. Det ble reist spørsmål om begrepet ”forretningsavtaler” innebærer at avtalen må knytte seg til selskapets ”kjernevirksomhet”, eller om også avtaler vedrørende virksomhetens støttefunksjoner til omfattes. Advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co. reiste spørsmål om hva som er innenfor selskapets ”vanlige virksomhet”; om dette kun omfatter ”avtaler som utgjør selskapets kjernevirksomhet (bilfabrikken selger biler) eller om det også omfatter avtaler som ethvert selskap normalt inngår (avtale om leie av kontorlokaler, regnskapstjenester etc.)” og ønsket en presisering fra departementets side angående dette. Departementet poengterte⁷⁶ at det er et viktig formål med bestemmelsen at man unngår å vanskeliggjøre gjennomføringen av legitime transaksjoner, men at det på den annen side er vanskelig å utforme en lovtekst som treffer helt presist i forhold til dette siktemålet. Departementet uttalte:

”Uansett hvordan man utformer en slik bestemmelse må avgrensningen langt på vei foretas etter et konkret skjønn, og det nærmere innhold av bestemmelsen må utvikles gjennom praksis”.

Siktemålet med bestemmelsen er først og fremst å ramme avtaler det også etter andre regelsett i aksjelovgivningen eller på annet grunnlag kan være grunn til å underkaste en kritisk vurdering. Noen praktiske eksempler på slike avtaler kan være kjøp av tjenester fra nærstående (for eksempel hytteleie), kjøp av varer fra nærstående (for eksempel hytte, bil, båt, varepartier etc.) og avtaler om lån til nærstående. Dette er avtaler som ikke er nødvendig for selskapet å inngå og som i tillegg (som regel) faller utenfor den virksomheten som selskapet driver. Disse tilleggsavtalene er det enklere å misbruke, da det ikke er klart definert fra departementet sin side hvilke ytelser som er nødvendige for virksomheten. Departementet sluttet seg med dette til høringsinstansenes ønske om en *klargjøring* av hvor langt unntaksbestemmelsen rekker. Departementet viste for det første til behovet for at bestemmelsen ”fanger opp slike avtaler som fremstår som ordinære og uproblematisk, og der hensynene bak bestemmelsen i mindre grad slår til”.⁷⁷ De anførte videre at ”gode grunner taler for at også andre ordinære avtaler enn de som har å gjøre med

⁷⁶ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

⁷⁷ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

selskapets kjernevirksomhet, omfattes av unntaket”. Unntaksbestemmelsen omfatter etter endringen avtaler som selskapet har behov for å inngå som ledd i en vanlig virksomhet. Noen avtaler er helt særegne for bestemte virksomheter. Selgere av varer må enten kjøpe inn råvarer til produksjon av egne varer, eller de må kjøpe inn ferdigvarer til videresalg. Selgere av tjenester må inngå avtaler om bemanning og kjøpe inn driftsmidler. Men det er visse type avtaler som er felles for alle, eller de fleste selskaper, og det er disse avtalene som nå er klargjort at skal gå inn under unntaket. Dersom loven stilte krav om at avtalen, må være innenfor selskapets kjernevirksomhet for å komme inn under unntaket, ville man for eksempel ikke kunne si at et selskaps husleieavtale er en avtale innenfor selskapets vanlige virksomhet. Det samme ville også rammet andre vanlige avtaler som inngås av de fleste selskaper, som for eksempel: ansettelsesavtaler, avtaler om driftsmidler, avtaler om kontorrekvisita, forsikringsavtaler, eller regnskapsavtaler. Etter uttalelsene i forarbeidene regnes slike avtaler som vanlige og det skal mye til for at slike avtaler faller utenfor unntaksbestemmelsen. Så lenge vilkårene og prisene samsvarer med hva som er vanlig på markedet (se nedenfor om dette), ville det vært upraktisk og ressurskrevende for en effektiv virksomhet dersom det skulle kreves generalforsamlingsgodkjennelse i slike tilfeller. Avtaler som antakelig vil omfattes av saksbehandlingsregelen vil for eksempel være: advokattjenester, finansiell tilrettelegger, ansattegoder, driftsmidler til ny virksomhet, salg ved opphør av virksomhet, sponsoravtaler, gaver, låneavtaler etc.

Et moment som kan ha betydning ved avgjørelsen av om vi har med ”avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet” å gjøre, kan være *betydningen av vedtekter og andre uttalelser*. Selskapets vedtekter inneholder bestemmelser av grunnleggende og varig karakter om selskapets forhold. Dersom det er inntatt bestemmelser i vedtektene om hva selskapets virksomhet skal gå ut på, vil dette i stor grad gjenspeile om avtalen etter virksomhetens art er ”vanlig”. Et annet moment som kan ha betydning, kan være å se hen til hva daglig leder (dersom selskapet har daglig leder) har foretatt seg på vegne av selskapet. Har daglig leder kompetanse til å handle slik han har gjort? Dersom daglig leder gått ut over sine ordinære arbeidsoppgaver, kan dette trekke i retning av at avtalen er av uvanlig art og at avtalen således ikke faller inn under unntaksbestemmelsen.

Jeg vil dessuten anta at dersom det er lovbestemte myndighetspålegg som ligger bak avtaleinngåelsen, for eksempel regnskapsførsel eller avtale om tjenstepensjon, vil dette antakelig være en vanlig avtale som dermed ikke trenger godkjenning i generalforsamlingen.

9.5 "Pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler"

Selv om det dreier seg om *"avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet"*, må ytterligere et vilkår være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Ervervet må skje til *"pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler"*, jf. forslaget § 3-8 første ledd annet punktum nr. 3. Vilkårene er kumulative.

Ved avgjørelsen av om vilkårene er "vanlige" ser departementet i NOU 1992:29 s. 81 hen til om avtalevilkårene er "fastsatt i overensstemmelse med eventuelle eksterne normer for fastsettelse av avtalevilkår på vedkommende område".⁷⁸ Hva som i næringslivet er å anse som vanlig praksis for en avtale på et område, må veie tungt.⁷⁹ Dersom avtalen i overensstemmelse med slike eksterne normer for fastsettelse av avtalevilkår på samme område, må avtalen sies å falle inn under unntaket. Departementet uttaler videre at dersom slike eksterne normer ikke foreligger, må det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av avtalen, som fremtrer som balansert og lojal i forhold til aksjeeierne og i tråd med alminnelige forretningsmessige prinsipper.⁸⁰ Avtalen må være på nivå med andre, liknende eller alternative disposisjoner. Det er ikke krav om at man inngår mange slike avtaler/vanligvis inngår slike avtaler, for eksempel bruk av advokattjenester eller eiendomsmegler.

Hva som er uvanlig pris eller uvanlig vilkår, må bestemmes ut i fra om avtalen totalt sett fordeler den økonomiske risikoen på en måte som avviker fra normalen. Loven krever ikke

⁷⁸ Uttalelsen ble gjengitt med tilslutning i Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s.171 og Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24, se videre NOU 1996:3 s. 50.

⁷⁹ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45.

⁸⁰ Jf. NOU 1992:29 s. 81, Bråthen 2003 s. 886.

at det må være tale om et vesentlig avvik. Med en gang vilkårene etter en samlet vurdering ikke er ”vanlige”, kan ikke aksjeeieren og selskapet påberope seg dette unntaket.

Om det dreier seg om rent markedsmessig fastsatte prisforhold, vil altså være av betydning for vurderingen. Hva som er ”vanlig” med hensyn til pris og andre vilkår vil kunne variere fra bransje til bransje. Jo større økonomisk fordel disposisjonen vil ha for selskapet, desto større grunn er det til å anta at den ligger innenfor unntaket i aksjelovenes § 3-8 (1) nr. 3. Er det tatt inn vilkår i avtalen om varighet og oppsigelighet, kan dette for eksempel være elementer av betydning når man skal avgjøre om det er ”armlengdes avstand” mellom avtalepartene.

Den 25. oktober 2006 avsa Agder lagmannsrett dom i en sak vedrørende krav om ugyldighet, subsidiært revisjon, for to leieavtaler mellom Nøtterøy Golfbane AS og Nøtterøy Drivingrange AS på ulike selskapsrettslige grunnlag.⁸¹ Avtalene var inngått av personer med avgjørende innflytelse i begge selskaper. Lagmannsretten kom enstemmig til at begge avtaler skulle kjennes ugyldige, dels på grunn av manglende behandling på generalforsamling etter § 3-8, dels på grunn av ugyldig styrevedtak. Lagmannsretten kom til at det ikke var balanse mellom avtalene mellom Nøtterøy Golfbane AS og Nøtterøy Drivingrange AS. Begge leieavtalene var uoppsigelige for Nøtterøy Golfbane AS i en kontraktsperiode på henholdsvis 10 år og 80 år, mens avtalene for Nøtterøy Drivingrange AS kunne sies opp med henholdsvis ett år og tre måneders varsel. I dommen kom lagmannsretten etter en helhetsvurdering fremt til at leieavtalen som bandt seg til 10 år og hvor leieprisen var satt til 160 000 kroner i året, ikke var en forretningsmessig ordinær eller velgrunnet disposisjon, slik at unntaket i § 3-8 første ledd nr. 3 for vanlige forretningsmessige avtaler ikke kom til anvendelse. Etter hva som fremkommer av dommen skal det altså foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet.

Bråthen⁸² hevder at ervervet må være ”forretningsmessig begrunnet” sett fra selskapets synsvinkel, og at avtalen må være egnet til å gi selskapet en økonomisk vinning eller

⁸¹ Jf. LA-2006-38534.

⁸² Jf. Bråthen 2003 s. 886.

beskytte det mot tap for at avtalen skal omfattes av unntaket. Ut fra formålet med § 3-8 gjelder ikke saksbehandlingsregelen for forretningsavtaler som er mer gunstige enn det som er vanlig for slike avtaler, slik at forretningsmessige avtaler som er mer gunstige for selskapet enn det som er vanlig, må godtas. Ytelsene skal være presumptivt balanserte. I den utstrekning avtalen er ubalansert og innebærer en overføring av verdier til en av partene, kan dette ramme selskapet og dets aksjeeierfelleskap på en måte som gjør at verdien av aksjene svekkes. Dersom det er et slikt materielt krav til likevekt som Bråthen antyder, så kan jeg imidlertid ikke se hvorfor det er tatt inn et unntak om ”rimelig samsvar” i § 3-8 første ledd nr.1.

Abrahamsen og Aase⁸³ hevder at man neppe er avhengig av å kunne påvise ”vanlige vilkår” for at unntaksbestemmelsen skal kunne komme til anvendelse. De hevder: ”Det kan eksempelvis tenkes en situasjon og en avtale som er så vidt spesiell og konkret begrunnet, at det er vanskelig å finne noen klar bransjenorm som sammenligningsgrunnlag.” Dersom det er slik at det foreligger en så spesiell og konkret begrunnet, vil jeg være i tvil om at avtalen da kan være ”vanlig”. Abrahamsen og Aase hevder videre at det er naturlig å forstå ordlyden dit hen, at dersom det foreligger en ”kutyme for hvilke betingelser som gjelder for tilsvarende avtaler inngått under hovedsakelig tilsvarende omstendigheter”, så vil en avtale måtte inngås på disse betingelser for at generalforsamlingsbehandling ikke skal være påkrevd.⁸⁴ Slik jeg ser det, sier ikke denne uttalelsen mye. Det vil antakelig kun foreligge slike klare kutymer i standard kjøps forhold, og vil med dette ikke være noe godt vurderingsmoment i forhold til andre kontraktsforhold.

Det er revisor som skal bekrefte at pris og vilkår er vanlige. Dersom revisor konkluderer med at det ikke er vanlig pris eller vilkår, kan generalforsamlingen likevel velge å godkjenne avtalen. Da er man plutselig inne i unntaket og trenger ikke generalforsamlingsgodkjenning. Da gjelder dette egentlig bare for avtaler som ikke er vanlige.

⁸³ Jf. Tff nr. 3 2004 s. 356.

⁸⁴ Jf. Tff nr. 3 2004 s. 355.

9.6 Minstebeløp

Departementets fjerde forslag i Etterkontrollen av aksjelovene går ut på å innføre et minstebeløp for når aksjeloven § 3-8 kan komme til anvendelse. Forslaget innebærer en regel om at bestemmelsen ikke skal gjelde for avtaler med et vederlag som utgjør mindre enn 50 000 kroner, under forutsetning av at avtalen da er godkjent av styret, jf. forslaget § 3-8 første ledd nr. 5. Bakgrunnen for forslaget er at for aksjeselskaper med lav aksjekapital medfører grensen på en tidel av aksjekapitalen at bestemmelsen kommer til anvendelse i svært mange tilfeller.

Forslaget berører ikke allmennaksjeloven. Under høringsrunden foreslår Advokatfirmaet Wikborg & Rein en nedre grense på 200 000 kroner for allmennaksjeselskaper, men dette forslaget ble ikke fulgt opp av departementet.

For enkelte mindre selskaper vil endringen utgjøre en viktig begrensning, men for mange selskaper vil unntaket antakelig ha liten betydning i praksis.

10 Saksbehandlingen

De avtaler § 3-8 første ledd omhandler, vil i alminnelighet kunne inngås av styret eller daglig leder, jf. §§ 6-30 og 6-32. Det er disse organer som også inngår de avtaler som omfattes av bestemmelsen. § 3-8 legger imidlertid kompetansen til å binde selskapet etter disse avtalene til *generalforsamlingen* med den begrunnelse at avtalemotpartene skal få kjennskap til og mulighet til å kunne ta standpunkt til avtalene.

Når generalforsamlingen skal behandle en avtale etter forslaget første eller fjerde ledd, skal det først utarbeides en *redegjørelse av styret*, jf. forslaget § 3-8 (2) jf. § 2-6.

Redegjørelsen skal være saksdokument ved generalforsamlingens behandling av avtalen og styret har ansvaret for at det blir slik. Kravet om at det skal utarbeides en redegjørelse for avtalen, innebærer at det er avtalepartenes ytelser som skal vurderes. Se mer om redegjørelsen i kapittel 9 ovenfor.

Styret har ansvaret for at avtaler som hører under generalforsamlingen, blir forelagt denne, jf. forslaget annet ledd. Det er i denne sammenheng oppstilt frist for styret til *innkalling* av generalforsamling. Innkallingen skal foretas i samsvar med de kravene som er oppstilt i § 5-10. Innkallingsfristen er på senest en uke før generalforsamlingen skal holdes i aksjeselskap og to uker før i allmennaksjeselskap, dersom ikke vedtektene setter en lengre frist.

Etter redegjørelsen er vedlagt innkallingen, men allerede før generalforsamlingen treffer sitt vedtak om avtalen skal godkjennes eller ikke, skal redegjørelsen *uten opphold meldes til Foretaksregisteret*. Avtalen må være godkjent av generalforsamlingen for å bli bindende, jf. § 3-8 (1). Om ikke annet er bestemt i selskapets vedtekter treffes generalforsamlingens beslutning med alminnelig flertall, jf. § 5-17.

Tidspunktet for innhenting av generalforsamlingens godkjennelse er her uten betydning. En avtale kan inngås uten at slik godkjennelse er innhentet på forhånd, men det er viktig å presisere at den under ingen omstendighet er bindende før godkjennelse fra

generalforsamlingen foreligger. I forslaget tredje ledd er det forutsatt at avtalen kan være oppfylt før ugyldighetsinnsigelse fremsettes. Aarbakke m.fl.⁸⁵ mener at dette formentlig må bety at en avtale som dekkes av bestemmelsen kan iverksettes av styret med forbehold om generalforsamlingens samtykke. Dette vil i så fall antakelig være begrunnet i at avtalemotparten ikke vet om ugyldighetsinnsigelsen, eller fordi vedkommende ikke bryr seg om å påberope seg innsigelsen.

⁸⁵ Jf. Aarbakke m.fl. s. 204.

11 Rettsvirkninger av manglende overholdelse av § 3-8

11.1 Avtalerettslige konsekvenser – ugyldighet

Dersom en avtale som omfattes av § 3-8 ikke er godkjent av generalforsamlingen slik loven foreskriver, er avtalen ”ikke bindende for selskapet”, jf. § 3-8 første ledd første punktum. Selskapet er ikke bundet til transaksjonsavtalen før gyldig godkjennelsesbeslutning har funnet sted i generalforsamlingen. Aksjelovens § 3-8 regulerer med dette en spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangel, som gjør det mulig for blant annet et nytt styre, nye aksjeeier og selskapets konkursbo i ettertid å angripe avtaler som selskapet har inngått. Også et eksisterende styre kan angripe avtalen som er inngått – som en slags angrenerett. At en avtale er ugyldig etter § 3-8 fordi den mangler generalforsamlingens godkjenning, er i samsvar med det prinsipp som gjelder ellers i aksjelovgivning ved overtredelse av ufravikelige regler om funksjonsfordelingen mellom selskapsorganene.⁸⁶ Skal saksbehandlingsreglene ha en reell funksjon, må overtredelse medføre sanksjoner. Men hva er egentlig konsekvensen av ugyldighet i dette tilfellet?

Dersom ytelsene etter en avtale som er inngått i strid med § 3-8 ikke er utvekslet, settes det en strek over avtalen – selskapet behøver ikke å oppfylle sine forpliktelser etter avtalen. Sanksjonen hvor en avtale er oppfylt uten at saksbehandlingsreglene er fulgt, går ut på at partene i utgangspunktet har en plikt til å tilbakeføre ytelsene, jf. forslaget § 3-8 (3) første pkt. Både selskapets og motpartenes ytelse skal tilbakeføres. Eventuelt må motparten erstatte nettoverdien av det mottatte. Har avtaleparten oppfylt sin del av avtalen, kan han til gjengjeld kreve sin egen ytelse tilbakeført og han kan holde tilbake selskapets ytelse inntil det skjer. Selv om loven bruker uttrykket ”tilbakeføre”, er avtalepartens plikt ikke begrenset til å være en ren restitusjonsplikt.⁸⁷ Medkontrahentens ytelse kan for eksempel være forbrukt i selskapet, slik at restitusjon av ytelsen ikke er mulig. Advokatfirmaet Grette

⁸⁶ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s.48, jf. Aarbakke m.fl. s. 559-560.

⁸⁷ Jf. Aarbakke m.fl. s. 208.

uttalte under høringen at restitusjon av ytelsene må skje i form av pengekrav, og peker på problematikken rundt det å vurdere en ytelses (som ofte er en tjeneste) egentlige verdi. Kan det mottatte ikke restitueres, går plikten over til en verdierstatningsplikt fordi dette er forbrukt eller anvendt på annen måte av avtaleparten.⁸⁸ Løsningen følger av en risikovurdering, der det fremtrer som mer rimelig å la mottakeren bære risikoen for slike forhold enn den som har prestert en ytelse. Det er antatt i teorien at verdien av ytelsen som en hovedregel uansett skal tilbakeføres til avtaleparten.⁸⁹ Dersom tilbakeføring av ytelsene er umulig fordi medkontrahenten ikke er betalingsdyktig eller ikke finnes, er den eller de som har medvirket til oppfyllelsen av den ulovlige avtalen ansvarlige.⁹⁰ Ifølge forslaget § 3-8 tredje ledd annet punktum følger at ansvarsregelen i § 3-7 annet ledd gjelder tilsvarende. Av henvisningen følger blant annet at ansvar er betinget av forsett eller uaktsomhet, og at ansvar videre er betinget av og begrenset til tap som selskapet lider ved restitusjonskravet ikke fører frem. Erstatningsplikten er subsidiær i forhold til restitusjonsplikten.

I juridisk litteratur⁹¹ er det reist kritikk mot avtaleugydigheten som inntreffer ved brudd på §§ 3-8 og 3-9 fordi den i normaltillfellene vanskelig får noen økonomisk virkning og bestemmelsen sett opp mot § 3-7 og vil således bli materielt sett overflødig. Bestemmelsen om ulovlige utdelinger i § 3-7 gjelder imidlertid kun aksjeeiere, jf. § 3-6 (2), og det er ikke inntatt en tilsvarende utvidelse av personkretsen som saksbehandlingsregelen i § 3-8. § 3-7 regulerer imidlertid medvirkning og da *kan* også ledelsespersoner bli omfattet, jf. Aarbakke m.fl. side 201. Departementet konkluderte imidlertid med at det ikke var noe behov for endringer når det gjelder rettsvirkningene av brudd på § 3-8.

Innenfor sitt område er § 3-8 absolutt, det betyr at selv om man er en liten aksjeeier i selskapet uten innflytelse og man har vurdert avtalen som en avtale inngått som ledd i selskapets vanlige virksomhet etter unntaket i § 3-8 (1) nr. 4, vil en såkalt rettsvillfarelse

⁸⁸ Jf. Krokeide s. 353 flg.

⁸⁹ Jf. Andenæs 1998 s. 342; Aarbakke m.fl. s. 175; Abrahamsen/ Aase s. 368.

⁹⁰ Jf. NOU 1996:3 s. 150.

⁹¹ Jf. Særlig Abrahamsen/ Aase; Grettes uttalelse i Høringsnotatet; og Perland.

ikke medføre at man er i aktsom god tro. Det kan tenkes at medkontrahenten påberoper seg at han har vært i god tro, jf. legitimasjonsregelen i § 6-33. Det er imidlertid sikker rett at § 6-33 ikke gjelder i tilfeller hvor § 3-8 er overtrådt.⁹² Plikten til å tilbakeføre ytelsene gjelder uavhengig av om avtaleparten kjente eller burde ha kjent til at avtalen ikke var bindende for selskapet.

11.2 Om å la være å rapportere redegjørelsen til myndighetene – formfeil

Kravet om at visse avtaler må registreres i Foretaksregisteret, er først og fremst begrunnet i at kreditorene skal få tilgang til kunnskap om hvilke bindinger selskapet har til enkeltaksjeeier, samtidig som det er viktig at avtaler mellom selskap og aksjeeier gis notoritet. Det skal med dette føres kontroll med at det er balanse i avtaleforholdet og rimelig samsvar mellom ytelsene. Kreditorvernet vil derfor i prinsippet ikke bli ivaretatt dersom avtalen ikke meldes til Foretaksregisteret. Uten at kreditoren gjøres kjent med avtalen, kan han heller ikke angripe den for så å påberope seg ugyldighet. Manglende melding til Foretaksregisteret kan få stor praktisk betydning for kreditorene, særlig i selskaper med en eneaksjonær, siden kravet om godkjennelse av generalforsamlingen ikke vil innebære noen begrensning alene i slike situasjoner. Her vil kreditorbeskyttelsen gjennom offentliggjøring i Foretaksregisteret være kreditors eneste måte å få kjennskap til om selskapet tappes for midler via uvanlige avtaler.

Slik jeg ser det er imidlertid ikke hensynet til kreditorene tilstrekkelig ivaretatt gjennom denne meldeplikten. Jeg har fått opplyst av Foretaksregisteret, at de i sin registreringspraksis ikke kunngjør et selskaps registrering av en avtale som har krevd generalforsamlingsgodkjennelse etter § 3-8. Det er *åpnet for* at enhver kan få slik informasjon om et selskap, men dette krever at informasjonen etterspørres og man får kun tilgang til informasjonen mot gebyr til Foretaksregisteret. Etter min vurdering er ikke hensynet til kreditorenes interesser tilfredsstillende ivaretatt da informasjonen er så vanskelig tilgjengelig for offentligheten.

⁹² Jf. NOU 1996:3 s. 150.

Av lovens ordlyd fremgår det at generalforsamlingen er gitt kompetanse til å binde selskapet, jf. § 3-8 første ledd.⁹³ Ordlyden nevner ikke at avtalen også må meldes til Foretaksregisteret for å bli bindende. Dette innebærer at selskapet kan bli bundet av avtalen før den er meldt til Foretaksregisteret. Abrahamsen/ Aase poengterer i sin artikkel⁹⁴ at kreditorvernet ikke blir ivaretatt dersom avtalen ikke meldes til Foretaksregisteret. De hevder at siden kreditor er avhengig av at styret følger reglene for å få kunnskap om transaksjoner som er foretatt i selskap, burde ikke selskapet bli rettslig bundet av avtalen før den var korrekt meldt. Loven er imidlertid klar i formuleringen på dette punkt og selskapet blir bundet allerede på tidspunktet for generalforsamlingsbeslutningen. Jeg vil si meg enig med Abrahamsen/ Aase om at loven muligens er noe uheldig utformet på dette punkt, under forutsetning av at bestemmelsen faktisk ivaretar kreditorenes interesser ved at redegjørelsen blir meldt til Foretaksregisteret. I og med at det er godkjennelsestidspunktet som er det avgjørende for at avtalen skal bli gyldig, vil innmeldingen til Foretaksregistret kunne ivareta notoritetshensyn.

En interessant problemstilling i denne forbindelse er dessuten hvorvidt tallene på innmeldte redegjørelser registrert hos Foretaksregisteret gjenspeiler det reelle antall inngåtte avtaler som vil omfattes av § 3-8. For å finne ut om det er store mørketall på dette området, innhentet jeg en statistikk fra Foretaksregisteret 4. oktober 2006.⁹⁵ Tabell 1 gir en oversikt over antall aksjeselskap og allmennaksjeselskap som i perioden 01.01.1999-26.09.2006 årlig meldte inn sine redegjørelser til Foretaksregisteret i samsvar med kravet i ny § 3-8 annet ledd. Man kan lese ut av tabellen at det i 1999 i alt ble meldt inn hundre transaksjoner. Tatt i betraktning at det fantes 143 250 aksje- og allmennaksjeselskaper i Norge dette året, må man kunne si at antall innmeldte transaksjoner var svært lavt i forhold til hvor mange avtaler man må kunne anta inngås årlig. Saksbehandlingsbestemmelsen var imidlertid helt ny på denne tiden, og det lave tallet kan være begrunnet i at det tok litt tid før selskapene fikk kunnskap om regelen. At det i 2005 ble registrert kun 1254

⁹³ Jf. Kapittel 11.

⁹⁴ Jf. Tff 2004 nr. 3 side 364-365.

⁹⁵ Se vedlegg, Tabell 1.

redegjørelser av i alt 165 659 selskaper, kan imidlertid også tyde på at det kan være mange som ikke sender inn sine redegjørelser til Foretaksregisteret. Særlig viser det lave tallet seg for allmennaksjeselskapers vedkommende, hvor kun 14 av 1254 avtaler ble registrert. Allmennaksjeselskaper har ofte høy aksjekapital, og dette fører til at det antakelig sjeldnere inngås avtaler som vil omfattes av § 3-8 enn for aksjeselskaper. Det lave tallet får meg imidlertid til å stille spørsmål ved hvorvidt kontrollen med selskapene er godt nok ivaretatt. Antall innmeldte transaksjoner økte i årene fra regelen trådte i kraft i 1999 og frem til i dag, parallelt med en økning i antall registrerte selskaper.⁹⁶ Et blikk på den prosentvise økningen viser imidlertid at antall registrerte redegjørelser ikke har økt i særlig grad. Statistikken i tabell 1 reiser følgende spørsmål: Hva kan grunnen være til at styret lar være å følge saksbehandlingsregelen på dette punkt? Hva er den rettslige konsekvensen av at styrets innsendingsplikt ikke overholdes? Iverksettes det sanksjoner mot selskapet dersom styret ikke melder i fra til Foretaksregisteret?

Når det gjelder rettsvirkningene av for sen eller manglende innsendelse av redegjørelsen, er problemstillingen om dette kan føre til at selskapet skulle bli ubundet av avtalen (ugyldighetsregel), eller om selskapet forblir bundet uansett hvilke brudd på innsendelsesplikten som måtte forekomme (formregel). Et moment som taler for at manglende eller for sen innmelding kun er en formfeil og ikke en gyldighetsfeil, er ordlyden selv. Det følger ikke av ordlyden i § 3-8 at transaksjonen blir ugyldig dersom den ikke meldes til Foretaksregisteret. I juridisk teori⁹⁷ er det også hevdet at brudd på innsendingsplikten kun er en formfeil. Jeg forutsetter etter dette at brudd på innmeldingsplikten ikke kan føre til ugyldighet. Virkningen av at denne meldeplikten blir brutt, vil være for styret å rette opp feilen. Foretaksregisterets lovlighetskontroll vil eventuelt, etter foretaksregisterloven, kunne komme kreditorene til hjelp, jf. fregl. § 5-1 og

⁹⁶ Ved Skattereformen av 2004/2006 ble det innført en ny § 2-38 i skatteloven hvor etter et aksjeselskap ble fritatt fra gevinstbeskatning ved salg av aksjer etter andre selskap. Som en overgang fra § 2-38 fikk personlige skatteyttere som eide mer enn 10 % av aksjene –alene eller sammen med noen – i ett selskap anledning til å overføre disse skattefritt inntil 31.12.2005. Ordningen var populær og oppsvingningen av antall selskaper 2005 skyldes antakelig dette.

⁹⁷ Jf. TtF 2004 s. 365.

§ 5-2, ved at en eventuell registreringsnektelse medfører at feilen må rettes opp, og ny melding må sendes inn til Foretaksregisteret.

Det er etter det jeg kan se kun en formfeil at innsendingen ikke blir foretatt. I denne forbindelse er det heller ingen sanksjoner som kan iverksettes overfor selskapet ved brudd på meldeplikten. Da Foretaksregisteret heller ikke offentliggjør innmeldingene, vil jeg konkludere med at hensynet til kreditorene ikke blir ivaretatt. Rapporteringen til Foretaksregisteret vil kun være av preventiv betydning.

12 Er hensynene allerede ivaretatt av andre regelsett?

Uten § 3-8 kunne aksjeeierer foretatt kontantinnskudd i forbindelse med stiftelsen av selskapet, og selskapet kunne deretter benyttet disse midlene til å erverve eiendeler eller virksomhet fra aksjeeierne. Aksjelovene § 3-8 kommer imidlertid i tillegg til alminnelige regler av betydning for avtaler inngått på vegne av selskapet,⁹⁸ slik at avtaler som går klar av § 3-8 etter omstendighetene kan rammes av andre regler. I Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) mangler en nærmere gjennomgang om hvorvidt § 3-8 er tilstrekkelig, - eller om det eventuelt kan gjøres endringer i andre bestemmelser i lovgivningen for å ivareta de samme hensynene som § 3-8 er ment å ivareta. Under høringsrunden ble det rettet kritikk mot §§ 3-8 og 3-9 i forhold til denne problemstillingen. NHO uttaler under høringen at på en generalforsamling vil ikke aksjeeieren ”kunne forhindre en avtale mellom selskapet og majoritetsaksjonærer, og kreditorene vernes dårlig ved å overlate vurderingen til aksjonærene i generalforsamlingen”. De sier videre at bestemmelsene i stedet virker mot sin hensikt ”ved at de åpner for misbruk der et flertall i generalforsamlingen kan omgjøre legitime avtaler mellom selskapet og en aksjeeier, hvis det viser seg at avtalen ikke er gunstig for selskapet”. Også i juridisk teori⁹⁹ blir nytteverdien av § 3-8 diskutert.

Spørsmål rundt behovet for aksjelovens § 3-8 vil i det følgende bli vurdert i sammenheng med aktuelle enkelttemaer, gjerne i tilknytning til andre bestemmelser i aksjelovene eller øvrig lovgivning som skal ivareta samme hensyn. I den grad § 3-8 ikke gir noen beskyttelse av betydning ut over det som allerede følger av andre regler, kan regelen anses som overflødig og bør ikke opprettholdes. Dette gjelder særlig dersom regelen samtidig medfører betydelige negative konsekvenser.

⁹⁸ Jf. Bråthen 2003 s. 879-880.

⁹⁹ Jf. Perland s. 532.

12.1 Utdeling

Bestemmelsens materielle virkeområde har en viktig side mot begrensningene i adgangen til *utdelinger* fra selskap til aksjeeier. I henhold til § 3-6 annet ledd betraktes ”enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode” som utdeling, og hensynet til kreditorbeskyttelse ivaretas ved at bestemmelsen hindrer uthuling av selskapskapitalen. Dette må også omfatte overføring av verdier ved at selskapet betaler overpris for varer eller tjenester kjøpt fra aksjeeier. Slike disposisjoner kan bare lovlig gjennomføres på en av de måter som er angitt i § 3-6 første ledd. Innebærer verdioverføringen fra selskapet etter forholdene et ”maskert” utbytte, uttales det i rettspraksis at § 3-8 og utbyttereglene i § 3-6, jf. § 8-1 kan gjelde side om side, dvs. at avtalen kan rammes av både § 3-8 og utbyttereglene.¹⁰⁰ Til dette hevder Perland¹⁰¹ at § 3-8, i forhold til kreditorene, bare har selvstendig betydning for transaksjoner som *ikke* innebærer noen ”overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeier til gode”. I sin kritikk mot § 3-8 peker han på at det er vanskelig å se at kreditorer har noen berettiget interesse i å forhindre disposisjoner som ikke har slike følger. Jeg følger Perland et stykke på vei i drøftelsen, men regelen vil likevel fortsatt ha interesse for aksjeeierne. § 3-6 er en materiell regel, men den sier ikke noe om hvordan ting skal gjøres. § 3-8 supplerer dermed § 3-6 ved at den er en saksbehandlingsregel.

12.2 Vedtektenes virksomhetsangivelse

Et annet spørsmål er hvorvidt det finnes *vedtekter* i selskapet som hindrer det i å inngå bestemte type avtaler. Vedtektenes virksomhetsangivelse kan begrense hvilke avtaler styret eller daglig leder kan inngå. På denne måten vil både kreditorer og aksjeeier beskyttes av regelen om at disposisjoner foretatt av selskapet må ligge innenfor selskapets vedtektsbestemte formål.¹⁰² Virksomhetsangivelsen er imidlertid ofte vidt formulert, noe som vil begrense nytten en del. Virksomhetsangivelsen skal på den annen side heller ikke

¹⁰⁰ Se også LG.2002-00714 hvor lagmannsretten uttaler følgende om forholdet mellom §§ 3-7 og 3-8: ”Det bemerkes forøvrig at aksjelovens regler om ulovlig utdeling i § 3-7 jfr § 3-6, også i en viss utstrekning vil fange opp salg fra et aksjeselskap til en aksjonær som medfører en skjult verdioverføring til aksjonæren [...]”

¹⁰¹ Jf. Perland s. 532.

¹⁰² Jf. Bråthen 2003 s. 879.

være for snever fordi dette ville ha snevret inn ledelsens handlefrihet for mye. Det er vanskelig å foreta en presis formulering av hvor grensen skal gå i vedtektene, slik at § 3-8 vil ha en viktig tilleggsfunksjon også i forhold til disse.

12.3 Lojalitetsprinsippet

Aksje- og allmennaksjeloven bygger på et majoritetsprinsipp: generalforsamlingen er selskapets overordnede myndighet, jf. § 5-1 (1), og de fleste avgjørelser i generalforsamlingen kan treffes ved flertallsbeslutninger, jfr. §§ 5-17 til 5-19. Dette skal sikre fleksibilitet. På den annen side åpner majoritetsprinsippet for misbruk av flertallskompetansen. I et aksjeselskap er det nemlig ikke uvanlig at det oppstår uenighet mellom en majoritet og en minoritet vedrørende driften av selskapet. En minoritet må derfor som hovedregel finne seg i å bli nedstemt i saker der majoriteten har en annen oppfatning. Aksjeeierne er på bakgrunn av dette gitt et vern gjennom generalklausulene i §§ 5-21 og 6-28. Tanken bak generalklausulene er å sikre et effektivt *minoritetsvern* uten å legge alt for sterke begrensninger på den handlefrihet som følger av majoritetsprinsippet. Paragraf 6-28 vil komme til anvendelse i den situasjon at styret bruker en fullmakt til erverv av egne aksjer til å begünstige enkelte aksjeeiere – noe som antakelig går lenger enn hva § 3-8 omfatter. Aksjeeierne har dessuten et vern mot forskjellsbehandling i *likhetsgrunnsetningen* i lovens § 4-1. Likhetsgrunnsetningen og myndighetsmisbruksbestemmelsen vil etter dette antakelig kunne hindre at enkelte aksjeeiere mv. blir forfordelt på bekostning av andre. § 3-8 får likevel betydning i tillegg til lojalitetsprinsippet, da § 3-8 setter krav til saksbehandlingen og skaper notoritet for selskapet.

12.4 Corporate Governance

En arbeidsgruppe der utstedere, interessegrupper, eiere og Oslo Børs er representert, kalt NUES,¹⁰³ utga 8. desember 2005 en *anbefaling til norsk eierstyring og selskapsledelse* ("corporate governance"). Anbefalingen retter seg mot børsnoterte selskaper, men det sies at den kan være nyttig også for ikke-børsnoterte selskaper med spredt eierskap og hvor aksjene er gjenstand for regelmessig omsetning. Som det fremgår av tabellen i vedlegg 1, er det sjelden at allmennaksjeselskap benytter godkjennelse etter § 3-8.

Anbefalingen retter seg i første rekke til selskapenes styrever, som bør behandle den og ta stilling til hvordan selskapet skal følge hvert enkelt punkt. Etter anbefalingens punkt 4 fremgår det blant annet at styret bør sørge for at det foreligger en "verdivurdering fra en uavhengig tredjepart" ved ikke uvesentlige transaksjoner mellom selskapet og aksjeeier, styremedlem, ledende ansatte eller nærstående av disse. Det står videre at det samme må gjelde "ved transaksjoner mellom selskaper i samme konsern der det er minoritetsaksjonærer", og at selskaper bør ha "retningslinjer som sikrer at styremedlemmer og ledende ansatte melder fra til styret hvis de direkte eller indirekte har en vesentlig interesse i en avtale som inngås av selskapet". Man kan etter dette se at anbefalingen om eierstyring og selskapsledelse tar opp og gir regler for mye av det samme som reguleres av § 3-8 (og § 3-9). Anbefalingen om god virksomhetsstyring er imidlertid ikke rettslig bindende. Anbefalingen er ment å være rådgivende for selskapet, og vil dermed uansett kun være et supplement til § 3-8.

12.5 Andre muligheter?

Asl./aasl. § 8-6 omhandler gaver fra aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, og det fremgår av bestemmelsen at generalforsamlingen kan beslutte å gi gaver som "anses rimelige ut fra gavens formål, selskapets stilling og omstendighetene for øvrig". Reglene gjelder uavhengig av om mottakeren er en aksjeeier. Gavebegrepet antas i Aarbakke

¹⁰³ Arbeidsgruppen Norsk Utvalg for Eierstyring og Selskapsledelse (NUES) består av: Aksjonærforeningen i Norge, Den norske revisorforening, Eierforum, Finansnæringens hovedorganisasjon, Norske Finansanalytikerens Forening, Norske Pensjonskassers Forening, Næringslivets Hovedorganisasjon, Oslo Børs og Verdipapirfondenes forening.

m.fl.¹⁰⁴ å omfatte ”enhver ensidig økonomisk ytelse fra selskapet som ikke direkte eller indirekte kommer en eller flere aksjeeiere til gode, jf. § 3-6 annet ledd, og som heller ikke har karakter av omkostning i selskapets virksomhet”. Også ytelser til aksjeeiere vil imidlertid etter omstendighetene kunne betraktes som gaver dersom det ikke er en slik sammenheng mellom aksjeinnehavet og selskapets ytelse at ytelsen har karakter av utbetaling på aksjer, jf. § 3-6 annet ledd. At mottakeren yter et visst vederlag, utelukker ikke at det kan foreligge en gave, dersom det er klart misforhold mellom ytelsenes verdi og selskapets ytelse også for øvrig fremstår som en gave. Visse avtaler som eller ville ha blitt omfattet av § 3-8 vil kunne falle inn under gavebegrepet i § 8-6 dersom § 3-8 ikke hadde blitt opprettholdt. § 3-8 vil imidlertid også her i motsetning til § 8-6, være en saksbehandlingsregel som ivaretar hensynet til notoritet.

Dekningsloven 8. juni 1984 nr. 59 har regler om *omstøtelse*, jf. dekl. §§ 5-2 og 5-4, som også kan ivareta noen av de samme hensynene som § 3-8 er ment å ivareta. Dersom en majoritetsaksjeeier, som for eksempel samtidig sitter som daglig leder, kort tid forut for en konkurs har tatt ut store beløp som lønn fra selskapet, vil kunne bli rammet av § 3-8. Det er sikker rett at konkursboet i slike tilfeller kan tre inn i selskapets tilbakeføringskrav, og kan kreve restitusjon av ytelsene hvor dette er mulig. Dekningslovens regler vil på denne måten i tilfeller av konkurs verne om aksjeeierne og kreditorene. Omstøtelsesreglene vil likevel ikke omfatte alle avtaler som omfattes av § 3-8, da regelen kun gjelder i konkurssituasjoner.

Regnskapsloven 17. juli 1998 nr. 56 knytter regnskapsplikt til aksjeselskap og allmennaksjeselskap, jf. rskl. § 1-2 første ledd nr. 1 og 2. Selskapets årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning er offentlige dokumenter, og skal meldes for registrering i Regnskapsregisteret i Brønnøysund, jf. rskl. §§ 8-1 og 8-2. Reglene i regnskapsloven vil også bidra til å ivareta hensynene skal ivaretas etter § 3-8, da reglene søker kontroll og notoritet med et selskaps anliggende. Regnskapsloven har bestemmelser om at enkelte

¹⁰⁴ Jf. Aarbakke m.fl. side 609.

typer opplysninger om ledelsens godtgjørelse skal inntas i noter i årsregnskapet.¹⁰⁵

Regnskapsloven kan her kanskje gjelde videre enn § 3-8 ved at bestemmelsene bedre ivaretar hensynet til kreditorene ved at opplysninger offentliggjøres i Regnskapsregisteret.

Av hva jeg kan se foreligger det ingen opplysningsplikt om avtaler som vil omfattes av § 3-8 i selskapets årsberetning.

Etter straffelovens § 275 straffes den som med hensikt prøver ”å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning eller å skade, forsømmer en annens anliggender som han styrer eller har tilsyn med, eller handler mot den annens tarv”. Bestemmelsen sier ingenting om saksbehandlingen, og kan ikke selvstendig kunne ivareta de samme hensynene som § 3-8 er ment å ivareta.

Når det gjelder avtaler med daglig leder kunne man tenke seg at dette skulle være en styresak slik regelen er i dag.

¹⁰⁵ Jf. Regnskapsloven § 7-31 og § 7-44.

13 Er de konkrete endringene egnet til å ivareta hensynene?

I Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) uttaler departementet¹⁰⁶ at de er uenig med de høringsinstanser som mener at andre bestemmelser i aksjelovgivningen er tilstrekkelig til å ivareta samme hensyn som § 3-8 er ment å ivareta. Departementet uttaler:

”Hovedpoenget med § 3-8 er ikke å fastslå at disposisjonene nødvendigvis er ulovlige, men å få de frem i lyset. Dette kan dessuten ha en preventiv betydning.”

Utvidelsen av det personelle og det materielle anvendelsesområdet vil føre til at flere transaksjoner krever generalforsamlingsgodkjenning, noe som vil bidra til at kontrollhensynet blir bedre ivaretatt. De andre endringene som gjøres er av klargjørende art. Saksbehandlingsregelen står derfor i all hovedsak slik den har gjort tidligere, og endringene som er vedtatt vil ha mindre materiell betydning.

13.1 Hvilken interesse ivaretar bestemmelsen?

Selskapet kan i utgangspunktet unngå å oppfylle sin del av avtalen uten å bli møtt med misligholdsbeføyelser fra medkontrahentens side, jf. ordlyden i § 3-8. Selskapets medkontrahent er bundet av avtalen og kan ikke påberope seg at avtalen er ugyldig fordi § 3-8 er overtrådt.¹⁰⁷ Dette åpner for misbruk fra selskapets side og kan av denne grunn være svært uheldig for medkontrahenten. Reelt sett må det likevel anses mulig for medkontrahenten å fremsette ugyldighetsinnsigelser i visse situasjoner, blant annet ved antasert mislighold. At ikke medkontrahenten kan fremsette ugyldighetsinnsigelser i denne sammenheng, vil for meg virke helt urimelig. Muligheten til å fremsette ugyldighetsinnsigelser burde i prinsippet også ellers være den samme for medkontrahenten som for selskapet.

Også Perland¹⁰⁸ er kritisk til om hensynene til kreditorene og aksjeeierne blir tilstrekkelig ivaretatt igjennom § 3-8. Perland peker særlig på at hensynet til kreditorene og aksjeeierne

¹⁰⁶ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

¹⁰⁷ Jf. Bråthen 2003 s. 892.

¹⁰⁸ Jf. Perland s. 531.

blir ”illusorisk” i og med at det er aksjemajoriteten som har det avgjørende ord i generalforsamlingen i henhold til § 3-8. Det er paradoksalt at selskapet selv kan påberope seg egne gyldighetsvilkår som grunnlag for å være ubundet av ellers fullt legitime avtaler. Det kan være fristende for selskapet å påberope ugyldighet der avtalen viser seg å være ugunstig, noe som ofte vil virke svært urimelig for selskapets medkontrahent. Regelen gjelder i hele selskapets levetid og kan komme til anvendelse ved relativt små vederlag. Dessuten er unntaket for forretningsmessige avtaler nokså skjønnsmessig. Det er etter dette tvilsomt om saksbehandlingsregelen ivaretar aksjeeiernes likhetsprinsipp.

13.2 Kan passivitet føre til ugyldighet?

Etter tidligere rett hadde selskapet kun mulighet til å gjøre ugyldighetsinnsigelser mot saksbehandlingen innen to år etter stiftelsen, jf. asl. 1976 § 2-9 a. I dag gjelder imidlertid reglene generelt og begrenses således ikke til den første perioden etter stiftelsen eller nytegning av aksjekapital. Det foreligger etter gjeldende rett ingen tidsmessig avskjæring av selskapets adgang til å gjøre gjeldende at avtalen ikke er bindende. Restitusjonsoppgjør kan derfor i praksis gjøres gjeldende flere år etter at avtalen ble inngått og gjennomført. Særlig gjelder dette når transaksjonen for øvrig er fullt legitim. Så langt jeg kan se er dette ikke drøftet i forarbeidene til § 3-8. Perland¹⁰⁹ taler imidlertid for en innskrenkning av bestemmelsens anvendelsesområde delvis på bakgrunn av dette. Jeg kan langt på vei si meg enig med Perland, da et slikt restitusjonskrav som settes frem flere år etter at avtalen er gjennomført, vil være en inngripende sanksjon overfor medkontrahenten. Det kan være verdt å vurdere om det i denne forbindelse kan være grunnlag for at man kan gjøre passivitetsbetraktninger gjeldende dersom innsigelser blir fremsatt lang tid etter at avtalen ble oppfylt. Både rimelighetshensyn og forutsigbarhetshensyn taler etter min mening for at avtalen ikke kan anses ugyldig som følge av foreldelse av kravet.

¹⁰⁹ Jf. Perland s. 534.

13.3 Bør § 3-8 harmoniseres med endringene i Annet selskapsdirektiv?

Norge har en EØS-rettslig forpliktelse til å implementere Annet selskapsdirektiv artikkel 10 og 11, likeledes endringsdirektiv 2006/68/EF innen direktivets egne implementeringsfrist etter at det er blitt innlemmet i EØS-avtalen. Derimot ser vi at direktivet på dette punkt oppstiller en nasjonal *adgang* til unntak fra sakkyndig redegjørelse på en rekke punkter, og spørsmålet blir da om Norge bør bruke denne adgangen. På bakgrunn av endringsdirektiv 2006/68/EF oppstår de videre spørsmålene *om* og eventuelt *hvordan* endringsdirektivet, altså oppmykningen av Annet selskapsdirektiv artiklene 10 og 11, skal implementeres i norsk rett. I denne sammenheng dukker det opp to særlige problemstillinger.

Den første er *hvorvidt Norge bør myke opp regelen om redegjørelse ved tingsinnskudd i aasl. § 3-8 (3), jf. § 2-6, etter art. 11, jf. art. 10 bokstav a og b*. Den hovedsakelige forskjellen mellom gjeldende norsk rett og art. 10 bokstav a, er fristen for vurderingen av tingsinnskuddet og at den uavhengige sakkyndige vurderingen ikke nødvendigvis er foretatt i den hensikt å stifte et aksjeselskap. Art. 10 bokstav a innebærer som nevnt at verdipapirer som er omsatt på et regulert marked senest seks måneder forut for betaling av det faktiske vederlaget, er tilstrekkelig til å vurdere verdien av verdipapiret. At verdipapiret er handlet på et regulert marked, gir en indikasjon på den virkelige verdien av innskuddet. Verdien kan imidlertid i løpet av denne tidsperioden endre seg vesentlig uten at det blir foretatt en nærmere sakkyndig redegjørelse, og verdipapirer er særlig utsatt for påvirkninger som kan endre deres verdi. Direktivet inkluderer her en sikkerhetsventil i tilfeller der ekstraordinære omstendigheter medfører en vesentlig endring av innskuddets verdi. I disse tilfellene kommer direktivets art. 10 til anvendelse, og hensynene til aksjeeiere og kreditorer er således ivaretatt. I norsk rett er tidsfristen derimot fire uker før åpningsbalansen,¹¹⁰ men verdien av innskuddet kan i løpet av denne perioden også endres. Noen sikkerhetsventil i slike situasjoner finnes ikke i aksjelovene, og dette er et argument i retning av å harmonisere bestemmelsene. Imidlertid er vilkåret ”ekstraordinære begivenheder” skjønnsmessig, slik at det kan være vanskelig å bestemme hvorvidt vilkåret er oppfylt, og dette kan skape unødvendig usikkerhet for selskapets ledelse. Dette trekker i retning av å opprettholde de gjeldende saksbehandlingsreglene.

¹¹⁰ Jf. § 2-8.

Når det gjelder regelen om innskudd med andre verdier enn penger og verdipapirer som har vært gjenstand for en anerkjent uavhengig vurdering senest seks måneder forut for det faktiske vederlaget, er kravene til den foreliggende vurderingen etter § 3-8 strenge. Også her er det som i art. 10 bokstav a nr. 1 annet ledd, inntatt en sikkerhetsventil, og i tillegg kan stifterne som samlet eier ti prosent av aksjekapitalen kreve ny vurdering av innskuddet etter reglene i selskapsdirektivets art. 10. Disse reglene bidrar til å begrense muligheten for mislighold, og dermed ivaretas stifternes interesser i at kapitalen som blir tilført selskapet er reell. Dette er et tungtveiende argument for at aksjelovenes § 2-6 bør harmoniseres med endringen av direktivet. Men det kan stilles spørsmål ved hvor grundig aksjeeier i et aksjeselskap fører tilsyn med ledelsen, og dermed hvor stor reell betydning en eventuell endring av bestemmelsen vil gi. Av hensyn til aksjeeierne gir dagens bestemmelser sannsynligvis et større vern enn art. 10. Kravet om offentliggjørelsen av erklæringen, avgitt av en uavhengig sakkyndig, er med på å skape publisitet og notoritet overfor stifterne, kreditorene og fremtidige investorer. Men også i disse tilfellene foreligger en risiko for at det ikke er den virkelige verdien som blir tilført selskapet på grunn av endringer i markedet som kan påvirke verdien av tingsinnskuddet.

Den andre problemstillingen er *hvorvidt Norge mer generelt bør endre hele bestemmelsen for å skape rettsenhet med EUs regler*. Virkningen av å beholde § 3-8 slik den er utformet i dag, vil være at norske selskaper pålegges en større byrde enn selskaper i andre land i Europa. *Bråthen* hevder at § 3-8 kan medføre at transaksjonskostnadene ved avtaler mellom selskap og aksjeeier eller deres nærstående blir så høye at de utgjør et hinder for bonafide-avtaler.¹¹¹ Dette kan også gjelde avtaler som neppe omfattes av § 3-8, men likevel blir behandlet i tråd med regelen fordi man ønsker å være på den sikre siden.

Harmonisering med EUs selskapsrett er et moment av betydning for samfunnet generelt for nyskaping og sysselsetting. I juridisk teori er det uttalt at "[f]orholdene bør legges til rette for at den norske aksje- og allmennaksjeselskapsformen kan være attraktive alternativer for de som ønsker å drive næringsvirksomhet i Norge".¹¹²

¹¹¹ Jf. *Bråthen* 2003 s. 878.

¹¹² Jf. *Perland* s. 528.

14 Avslutning

I denne oppgaven har jeg gjort rede for reglene om avtaler mellom selskapet og aksjeeier, selskapsledelse mv, med hovedvekt på hvilke endringer som er skjedd etter Ot.prp. nr. 55 (2005-2006). Det er få materielle nyheter som følger med endringene, men det har skjedd en utvidelse av anvendelsesområdet og regelen vil med dette antakelig bli mer praktisk anvendelig. Utvidelsene er i første rekke begrunnet i kontrollhensyn og skal ivareta kreditorenes og aksjeeiernes interesser ved å bidra til å hindre at selskapskapitalen svekkes ved inngåelser av utilbørlige avtaler, særlig mellom nærstående parter i selskapet. Å ivareta selskapenes behov for fleksibilitet som oftest innebærer større ansvar og myndighet til ledelsen, kan komme i motsetning til aksjeeiernes behov og ønsket om å kontrollere viktige endringer i selskapet. Overføring av myndighet og ansvar til styret og ledelse kan også komme i konflikt med mer samfunnsmessige behov for sterkere kontroll og oppfølging av næringslivet. Behov som kanskje har blitt – og kommer til å bli sterkere med årene. Bekjempelse av økonomisk kriminalitet har en viktig side mot hvordan forvaltningen av selskaper organiseres og til hvilke muligheter lovreguleringen åpner for hva gjelder disposisjoner med selskapets kapital. Åpenhet rundt de forhold som berører denne type disponering gjennom blant annet krav til offentliggjøring, tvinger selskaper til å gi innsyn i hvordan selskapet forvaltes. Det vil kunne virke preventivt med hensyn til nevnte problemstillinger. Ved en gjennomgang av andre regler som kan ivareta samme hensyn som § 3-8 er ment å ivareta, er det er nok den preventive virkningen på grunn av ugyldighetsfølger (notoritet) som er den viktigste rollen § 3-8 har i dag.

Kanskje burde § 3-8 få et mer innskrenket anvendelsesområde enn det bestemmelsen har i dag for å hindre omgåelsesmulighetene og omgåelsesviljen ytterligere, ved at det inntas strengere regler angående godkjennelsen, passivitet og andre forhold som sier at selskapet likevel er bundet til avtaleinngåelsen.

Litteraturliste

- Aarbakke Magnus Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer, 2. utgave Oslo 2004
- Abrahamsen/ Aase Thomas Abrahamsen og Sindre Aase, ”Aksjeloven/ allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær”, i Tidsskrift for Forretningsjus nr 3 2004 s. 341 flg.
- Andenæs Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og allmenn-Aksjeselskaper, 2. utgave Oslo 1998
- Andenæs Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper, 2. utgave Oslo 2006
- Bråthen Tore Bråthen, ”Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett”, i Bråthen til Nørgaard s. 875 flg. København 2003.
- Bråthen Tore Bråthen, Styremedlem og aksjonær, 2004
- Krokeide ”Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter” i Tidsskrift for Forretningsjus 1982 s. 353 flg.
- Perland Olav Fr. Perland, ”Kapitalbeskyttelse for enhver pris?”, i Tidsskrift for Forretningsjus nr. 4 s. 526 flg.

Werlauff

Erik Werlauff, Werlauff's kommenterende
Aktieselskabslov, 2002

Woxholth

Geir Woxholth, Selskapsrett, Oslo 2004.

Lovregister

Aksjeloven (asl.)	Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44
Aksjeloven (asl.)	Lov om aksjeselskaper 4. juni 1976 nr. 59 (opphevet)
Allmennaksjeloven (aasl.)	Lov om allmennaksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 45
Børsloven (børsl.)	Lov om børsvirksomhet m.m. 17. november 2000 nr. 80
Dekningsloven (deknl.)	Lov om fordringshavernes dekningsrett 8. juni 1984 nr. 59
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeids- område (EØS) m.v. 27. nov. 1992 nr. 109
Endringslov	Lov om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om Aksjeselskaper m.v. (EØS-tilpasning)
Foretaksregisterloven (fregl.)	Lov om registrering av foretak 21. juni 1985 nr. 78
Regnskapsloven (rskl.)	Lov om årsregnskap m.v. 17. juli 1998 nr. 56
Skatteloven (sktl.)	Lov om skatt av formue og inntekt 26. mars 1999 nr.14

Verdipapirhandelloven (vphl.) Lov om verdipapirhandel 1. desember 1997 nr. 15

Utenlandske lover

Aktieselskabsloven Lovbekendtgørelse af 7. mai 2000 nr. 324

EU- og EØS rettsakter

Romatraktaten Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap,
Roma 25. mars 1957

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeids-
område av 27. november 1992 nr. 109

Forarbeider

Norges offentlige utredninger

NOU 1992:29

Lov om aksjeselskaper

NOU 1996:3

Ny aksjelovgivning

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 19 (1974-75)

Ot.prp. nr. 36 (1993-94)

Om lov om aksjeselskaper

Ot.prp. nr. 4 (1995-96)

Om lov om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper m.v. (EØS-tilpasning)

Ot.prp. nr. 23 (1996-97)

Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskap (allmennaksjeselskapsloven)

Ot.prp. nr. 39 (1996-97)

Om lov om endringer i annen lovgivning som følge av ny aksjelovgivning m.v.

Ot.prp. nr. 55 (2005-2006)

Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.v.

Innstillinger til Odelstinget

Innst.O. nr. 50 (1975-76)

Innst.O. nr. 70

Innst.O. nr. 23 (1995-96)

Innstilling frå justiskomiteen om lov om endringar i lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskap m.v. (EØS-tilpasning)

Innst.O. nr. 45 (1994-95)

Innstilling frå justiskomiteen om lov om Aksjeselskap

Innst.O. nr. 80 (1996-97)

Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeselskapsloven)

Innst.O. nr. 12 (2006-2007)

Innstilling frå justiskomiteen om lov om Endringar i aksjelovgivinga o.a.

Høringsnotater

Regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet av 9. juni 2004

(http://www.odin.dep.no/filarkiv/213_538/Handl.plan)

Justisdepartementets høringsbrev av 28.06.04 om ”Etterkontroll av lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” (snr. 200405676 EP)

(<http://www.odin.dep.no/jd/norsk/publ/hoeringsnotater/012041-080099/dok-bn.html>)

Tolkningsuttalelser

Tolkningsuttalelse av 28. september 2001 (2001/07116 EP TO/KR)

(<http://www.dep.no/jd/tolkningsuttalelser/>)

EU-dokumenter

Direktiv 68/152/EØF av 9. mars 1968

KOM (2003), Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-parlamentet om modernisering av selskabsretten og forbedret virksomhetsledelse i Den Europæiske Union

KOM (2004), Forslag til Europa-parlamentets og Rådets direktiv om ændring af Rådets direktiv 77/91/EØF, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital

Commision working document, Detailed explanation (by article) of Proposal COM (2004)

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/68/EF af 6. september 2006 om ændring af Rådets direktiv 77/91/EØF for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital

Domsregister

LB-2000-03682	Borgarting lagmannsrett - Kjennelse
LG-2002-00714	Gulating lagmannsrett – Kjennelse
LA-2003-09811	
LA-2006-38534	Agder lagmannsrett – Dom

15 Vedlegg

15.1 Tabell 1

År	Antall meldte avtaler	Antall AS/ASA per 31.12.	Andel (i %) av alle AS/ASA som har meldt avtaler	Antall meldte avtaler for ASA	ASAs andel (i %) av alle avtaler som er meldt
1999	100	143 250	0,07	1	1,00
2000	489	148 358	0,33	13	2,66
2001	663	150 732	0,44	16	2,41
2002	774	152 565	0,51	11	1,42
2003	822	153 077	0,54	14	1,70
2004	1 147	154 972	0,74	22	1,92
2005	1 254	165 659	0,76	14	1,12
2006	1 728	190 536	0,91	11	0,64
Totalt	6 977			102	1,46

For 2006 er antall AS/ASA oppgitt per 26.9.

¹¹³ En svakhet ved statistikken er at den ikke innebefatter størrelsen på selskapenes aksjekapital, da vederlaget fra aksjeselskapet må utgjøre over ti prosent av aksjekapitalen for at det stilles krav om godkjenning av generalforsamlingen.

