

Krav til uavhengighet for tillitsvalgte og ansatte i finansforetak etter finansforetaksloven

Kandidatnummer: 164

Antall ord: 14983

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)*



Masteroppgave ved

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2015

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	4
1.1 PROBLEMSTILLINGEN	4
1.2 AKTUALITET	5
1.3 LEGALITETSPRINSIPPET	5
1.4 RETTSKILDEBILDET OG METODISKE UTFORDRINGER	6
1.5 LEGISLATIVE HENSYN BAK FINANSFORETAKSLOVEN §§9-1 TIL 9-4	7
1.6 FREMSTILLINGEN VIDERE	8
2. FORBUD MOT GJENSIDIG REPRESENTASJON ETTER FINANSFORETAKSLOVEN §9-1.	9
2.1 INNLEDNING	9
2.2. HVEM OMFATTES AV FORBUDET MOT GJENSIDIG REPRESENTASJON?	9
2.2.1 ”MEDLEM AV STYRET”, ”DAGLIG LEDER” OG DEN ”FAKTISKE LEDELSEN”	9
2.3 REKKEVIDDEN AV FORBUDET MOT GJENSIDIG REPRESENTASJON I FINANSFORETAKSLOVEN §9-1	14
2.3.1 BEGRENSNINGER FOR STYREMEDLEM I FINANSFORETAK	14
2.3.2 BEGRENSNINGER FOR ”DAGLIG LEDER” OG DEN ”FAKTISKE LEDELSEN” I FINANSFORETAK	15
2.3.3 TILLITSVALGTE OG ANSATTE KAN HA STILLING OG VERV I ANDRE FINANSFORETAK DERSOM DET ER ”UBETENKELIG UT FRA DE HENSYN LOVEN SKAL IVARETA”	16
2.3.4 TILLITSVALGTE OG ANSATTE KAN VÆRE ANSATT ELLER STYREMEDLEM I FORETAK INNENFOR SAMME KONSERN	21
2.3.5 TILLITSVALGTE OG ANSATTE KAN HA STILLING OG VERV I FORETAK SOM INNGÅR I ”SAMARBEIDENDE GRUPPER”	23
2.4 OPPSTILLER FINANSFORETAKSLOVEN §9-1 EN GOD REGEL?	23
3. FINANSFORETAKSLOVEN §9-2 OM FORBUDET MOT Å HA VERV ELLER STILLING I ANDRE FORETAK	25
3.1 INNLEDNING	25
3.2 REKKEVIDDEN AV FORBUDET I FINANSFORETAKSLOVEN §9-2 MOT Å HA STILLING ELLER VERV I ANDRE FORETAK	25
3.2.1 TILLITSVALGTE OG ANSATTE KAN IKKE HA VERV ELLER STILLING I FORETAK MED FORRETNINGSFORBINDELSE ELLER KUNDEFORHOLD TIL FINANSFORETAKET	25
3.2.2 TILLITSVALGTE OG ANSATTE KAN HA STILLING ELLER VERV I VIRKSOMHET FINANSFORETAKET KAN DRIVE ETTER FINANSFORETAKSLOVEN §13-2	27
3.2.3 TILLITSVALGTE OG ANSATTE KAN HA STILLING ELLER VERV I FORETAK HVOR FORRETNINGSFORBINDELSEN ER AV BEGRENSET OMFANG	30
3.2.4 FINANSTILSYNET KAN GI DISPENSASJON FOR STILLING ELLER VERV I ANDRE FORETAK VED ”SÆRLIGE TILFELLE”	30
3.3 UTGJØR FINANSFORETAKSLOVEN §9-2 EN GOD REGEL?	31
4. FINANSFORETAKSLOVEN §9-3 VEDRØRENDE FORBUD MOT Å DELTA I NÆRINGSLIVET	33
4.1 INNLEDNING	33
4.2 REKKEVIDDEN AV FORBUDET MOT Å DELTA I NÆRINGSLIVET ETTER FINANSFORETAKSLOVEN §9-3	33
4.2.1 ”VÆRE ANSVARLIG DELTAKER I NÆRINGSVIRKSOMHET”, ”AGENT” ELLER ”KOMMISJONÆR”	33
4.2.2 ”DAGLIG LEDER” OG ”DEN FAKTISKE LEDELSEN” KAN IKKE ”DRIVE(..) NÆRINGSVIRKSOMHET”	34
4.2.3 STYRET KAN GODKJENNE VIRKSOMHET AV ”BEGRENSET OMFANG”	38
4.3 OPPSTILLER FINANSFORETAKSLOVEN §9-3 EN GOD REGEL?	38

5. FINANSFORETAKSLOVEN §9-4 VEDRØRENDE FORBUD MOT Å MOTTA GODTGJØRELSER FRA ANDRE ENN FINANSFORETAKET	41
5.1 INNLEDNING	41
5.2 HVEM OMFATTES AV FORBUDET OM Å MOTTA GODTGJØRELSE FRA ANDRE ENN FINANSFORETAKET?	41
5.2.1 ”STYREMEDLEM”, ”DAGLIG LEDER” OG ”ANSATTE” I ”ET FINANSFORETAK”	41
5.2.2 GODTGJØRELSER TIL STYREMEDLEMMENES NÆRSTÅENDE ETTER ASAL. §1-5	45
5.3 REKKEVIDDEN AV FORBUDET MOT Å MOTTA GODTGJØRELSE FRA ANDRE ENN FINANSFORETAKET ETTER FINANSFORETAKSLOVEN §9-4.	45
5.3.1 DET MÅ FORELIGGE EN ”GODTGJØRELSE”	45
5.3.2 GODTGJØRELSEN MÅ VÆRE ”I ANLEDNING AV SITT ARBEID FOR FORETAKET”	47
5.3.3 UNNTAK I FINANSFORETAKSLOVEN §9-4(4) FRA FORBUDET MOT Å MOTTA GODTGJØRELSE FRA ANDRE ENN SELSKAPET.	49
5.4 OPPSTILLER FINANSFORETAKSLOVEN §9-4 EN GOD REGEL?	50
5.5 HVILKEN SELVSTENDIG BETYDNING HAR FINANSFORETAKSLOVEN §9-4 VED SIDEN AV STRAFFELOVENS REGLER OM ØKONOMISK UTROSKAP OG KORRUPSJON.	51
6. AVSLUTNING	54
7. KILDER	56
7.1 LOVER:	56
7.1.1 LOVER	56
7.1.2 OPPHEVEDE LOVER:	57
7.2 FORSKRIFTER:	57
7.3 EU DIREKTIV	57
7.4 OFFENTLIGE DOKUMENTER	57
7.5 RETTSAVGJØRELSER	59
7.5.1 HØYESTERETTSDOMMER	59
7.5.2 LAGMANNSRETTSAVGJØRELSER	60
7.5.3 AVGJØRELSER FRA VOLDGIFTSDOMSTOLEN	60
7.5.3 SAKER FRA FINANSTILSYNET	60
7.6 LITTERATUR	60
7.6.1 BØKER	60
7.6.2 ARTIKLER	61
7.6.3 NETTSIDER	61

1. Innledning

1.1 Problemstillingen

Temaet for masteroppgaven er krav til uavhengighet for ansatte og tillitsvalgte i finansforetak etter den nye finansforetaksloven, som ble vedtatt av Stortinget 10. april 2015.

Oppgaven skal redegjøre for finansforetaksloven §§9-1 til 9-4. Reglene omhandler krav til uavhengighet for tillitsvalgte og ansatte i finansforetak. Fremstillingen behandler både i hvilken grad tillitsvalgte og ansatte kan ha stilling eller verv i andre finansforetak, og om de selv kan drive næringsvirksomhet. Det skal også redegjøres for hvilken adgang de har til å motta godtgjørelser fra andre enn finansforetaket. Reglene begrenser tillitsvalgtes og ansattes handlefrihet utenfor finansforetaket. Formålet til bestemmelsene er å sikre tillitsvalgtes og ansattes uavhengighet, samt konkurranse mellom finansforetakene.¹

Oppgaven avgrensner mot reglene om inhabilitet, taushetsplikt og kreditt til ansatte og tillitsvalgte. Disse reglene skal i likhet med finansforetaksloven §§9-1 til 9-4 sikre ansattes og tillitsvalgtes uavhengighet.² De setter imidlertid begrensninger ved selve utøvelsen av stillingen eller vervet. Både fordi reglene er av en litt annen karakter enn de jeg skal behandle, samt av hensyn til oppgavens omfang, avgrenses det mot disse bestemmelsene.

Gjennom oppgaven vil jeg bidra til å belyse i hvilke situasjoner det stilles krav til uavhengighet for tillitsvalget og ansatte i finansforetak. Et sentralt tema i oppgaven er å kartlegge om og hvordan finansforetaksloven skiller seg fra tidligere lovgivning, og hva som er begrunnelsen for dette. Det foretas også egne vurderinger av om finansforetaksloven §§9-1 til 9-4 utgjør gode regler.

¹ NOU 2011: 8 bind B s. 779.

² NOU 2011: 8 bind B s. 779.

1.2 Aktualitet

Ettersom finansforetaksloven er en ny lov, er det aktuelt å redegjøre for hvilke endringer loven medfører. I tillegg utgjør kravet om uavhengighet for ansatte og tillitsvalgte i finansforetak en praktisk juridisk problemstilling. Samfunnsutviklingen har ført til at befolkningen har fått økt kompetanse og at det er opprettet flere finansforetak. I tillegg er det behov for å bruke samme kompetanse i flere foretak og på flere områder av næringslivet.

1.3 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet setter krav om at myndighetenes inngrep overfor borgerne må være positivt regulert i Stortingets lovgivning eller i forskrifter gitt med hjemmel i lov.³ Det strafferettslige legalitetsprinsippet er hjemlet i Grunnloven §96, mens på andre rettsområder følger legalitetsprinsippet av konstitusjonell sedvanerett. Finansforetaksloven §§9-1 til 9-4 utgjør inngrep i borgerens handlefrihet. De befinner seg dermed på legalitetsprinsippets området.

I denne fremstillingen er det legalitetsprinsippet som tolkingsprinsipp som er av betydning, herunder klarhetskravet.⁴ Det må vurderes hvor klar lovhjemmel som kreves ved spørsmålet om et inngrep ovenfor borgerne kan hjemles i finansforetaksloven §§9-1 til 9-4. Det problematiske er hvor stor vekt ordlyden må tillegges. Legalitetsprinsippet som tolkingsprinsipp er relativt.⁵ Det innebærer at desto større inngrep det er tale om, desto strengere krav stilles det til en klar lovhjemmel.

Ved finansforetaksloven §§9-1 til 9-4 er det tale om inngrep i økonomiske rettigheter. Det må derfor oppstilles et mildere klarhetskrav enn ved frihetsberøvelse eller sanksjonering. Ettersom det er en inngrepsituasjon må det imidlertid likevel oppstilles et strengt klarhetskrav. Overtredelse av bestemmelsene kan sanksjoneres med erstatningskrav, arbeidsrettslige sanksjoner og straff. At det er tale inngripende sanksjoner for borgeren

³ Dokument. 16 (2011-2012), Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 246.

⁴ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. Utgave Oslo 2007 s. 75 (heretter "Graver").

⁵ Graver s. 76.

underbygger at det må gjelde et strengt klarhetskrav. Det innebærer at ordlyden må tillegges stor vekt. Det er dermed begrenset i hvilken grad andre rettskilder kan gi grunnlag for en utvidende tolking, antiteser og analogier.⁶ Legalitetsprinsippet er imidlertid ikke til hinder for at finansforetaksloven §§9-1 til 9-4 tolkes til gunst for tillitsvalgte og ansatte.

1.4 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Finansforetaksloven skal erstatte sparebankloven, forretningsbankloven, finansieringsvirksomhetsloven, banksikringsloven samt deler av forsikringsvirksomhetsloven.⁷ Den tidligere finanslovgivningen er over 40 år gammel. Vedtakelsen av finansforetaksloven medfører at forarbeidene blir oppdatert. Forarbeidene til finansforetaksloven er derfor en viktig rettskilde i fremstillingen av finansforetaksloven §§9-1 til 9-4.

Finansforetaksloven §§9-1 til 9-3 bygger i stor grad på sparebankloven, forretningsbankloven og finansieringsvirksomhetsloven.⁸ Forarbeider, rettspraksis og øvrige rettskilder knyttet til disse lovene, er derfor sentrale rettskilder ved redegjørelsen av finansforetaksloven §§9-1 til 9-3.

Det er lite litteratur og rettspraksis vedrørende krav til uavhengighet for ansatte og tillitsvalgte i finansforetak. Finansforetaksloven §9-4 samsvarer i stor grad med asl. §6-17 og asal. §6-17.⁹ Ved redegjørelsen av finansforetaksloven §9-4, må det derfor trekkes paralleller til aksjeloven. Fordi allmennaksjeloven har store likhetstrekk med aksjeloven på dette området, er det ikke nødvendig å trekke denne loven inn i fremstillingen.

Oppgaven anvender saker fra Finanstilsynet ved redegjørelsen av reglene i finansforetaksloven.¹⁰ Finanstilsynet har et eget presedensregister.¹¹ Et presedens er en sak av prinsipiell betydning. Det innebærer at saken er retningsgivende for hvordan Finanstilsynet

⁶ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8. Utgave Oslo 2006 s. 352-353.

⁷ Prop. 125 L (2013-2014) s. 290.

⁸ NOU 2011: 8 bind B s. 779-783.

⁹ NOU 2011 bind B s. 783.

¹⁰ Kredittilsynet endret navn til Finanstilsynet like før årsskiftet 2009/2010.

¹¹ Se nettside til Finanstilsynets presedensregister i kildehenvisningen.

skal utøve sin praksis og tolke bestemmelser. Oppgaven skal også anvende saker fra Finanstilsynet som ikke har status som presedens. Disse sakene har mindre rettskildemessig vekt.

Sakene fra Finanstilsynet regnes som forvaltningspraksis. Forvaltningspraksis har generelt lav rettskildemessig vekt. Sakene fra Finanstilsynet har likevel stor rettskildemessig vekt ved redegjørelsen av bestemmelsene i finansforetaksloven. Dette fordi det er lite annen rettspraksis på område.

En metodisk utfordring knyttet til sakene fra Finanstilsynet er at det ikke alltid fremkommer hva som er begrunnelsen for resultatet. En annen utfordring er at ikke alle saker fra Finanstilsynet er tilgjengelig på Internett.

1.5 Legislative hensyn bak finansforetaksloven §§9-1 til 9-4

Ansatte og tillitsvalgte i finansforetak er underlagt alminnelige arbeidsrettslige regler. Finansforetak har imidlertid en viktig samfunnsøkonomisk rolle.¹² Dette fordi finansforetak har stor betydning for bedrifters og privatkunders økonomi. Det må derfor stilles ytterligere krav til tillitsvalgtes og ansattes uavhengighet enn hva som følger av arbeidsrettslige reglene.

Finansforetaksloven §§9-1 til 9-4 har til formål å sikre uavhengighet og integritet hos tillitsvalgte og ansatte.¹³ Reglene skal medføre at de har den uavhengighet som er påkrevd, for å utføre sine oppgaver på forsvarlig vis. Tillitsvalgte og ansatte skal ikke bli påvirket av særinteresser av privat eller offentlig karakter ved utøvelsen av sin stilling eller verv.¹⁴ Reglene skal forhindre at de kommer opp i en interessekonflikt, hvor de må velge mellom å handle i samsvar med finansforetakets eller en tredjepersons interesse. Formålet er at selskapets økonomi og forvaltning skal være uavhengig av utenforstående. At tillitsvalgte og ansatte er uavhengige er viktig for at de skal treffe beslutninger i finansforetaket på riktig grunnlag.

¹² NOU 2011: 8 bind B s. 601.

¹³ NOU 2011: 8 bind B s. 779.

¹⁴ NOU 2011: 8 bind B s. 781.

I tillegg er det viktig at ansatte og tillitsvalgte er uavhengige for å ivareta tilliten fra allmennheten til finansforetakene.¹⁵ Med tillit fra allmennheten menes tillit til at finansforetakene foretar beslutninger på riktig grunnlag.¹⁶ Bestemmelsene skal også sikre konkurransen mellom finansforetakene.¹⁷ Redusert innsyn i andre finansforetak skal minske risikoen for at finansforetakene samordner sine produkter.¹⁸

1.6 Fremstillingen videre

Hoveddelen er delt inn i fire kapitler, hvor hvert kapittel omhandler en av bestemmelsene i finansforetaksloven. I kapittel 2 redegjøres det for adgangen til å ha stilling eller verv i andre finansforetak. Kapittel 3 omhandler adgangen til å ha verv eller stilling i andre foretak med forretningsforbindelse eller kundeforhold til finansforetaket. Deretter skal det i kapittel 4 redegjøres for adgangen tillitsvalgte og ansatte i finansforetak har til å drive næringsvirksomhet. I kapittel 5 redegjøres det for adgangen til å motta godtgjørelser fra andre enn finansforetaket. I punkt 5.5 skal jeg kartlegge hvilken selvstendig betydning finansforetaksloven §9-4 har ved siden av straffelovens bestemmelser om korrupsjon og økonomisk utroskap. Kapittel 6 gir en avslutning på oppgaven.

¹⁵ NOU 2011: 8 bind B s. 781.

¹⁶ Prop. 125 L (2013-2014) s. 109.

¹⁷ NOU 2011: 8 bind B s. 779.

¹⁸ NOU 1986: 5 s. 152.

2. Forbud mot gjensidig representasjon etter finansforetaksloven §9-1.

2.1 Innledning

Finansforetaksloven §9-1 oppstiller et forbud mot at tillitsvalgte og ansatte er styremedlem eller inngår i den ”faktiske ledelsen” i et annet finansforetak. Bestemmelsen bygger på fil. §2-8. Fil. §2-8 er presisert og avgrenset i forskrift §§1-3 1. juni 1990 nr. 433 om gjensidig representasjon i styrende organer (heretter ”forskriften”). Fil. §2-8 og forskriften blir opphevet når finansforetaksloven trer i kraft.¹⁹

Oppgaven skal redegjøre for hva som gjelder etter finansforetaksloven §9-1. Hovedfokuset i kapitlet er å kartlegge hvordan finansforetaksloven §9-1 skiller seg fra fil. §2-8 og forskriften, samt hva som er begrunnelsen for ulikhetene. Under punkt 2.4 skal jeg foreta en vurdering av om finansforetaksloven §9-1 utgjør en god regel.

2.2. Hvem omfattes av forbudet mot gjensidig representasjon?

2.2.1 ”Medlem av styret”, ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen”

Etter finansforetaksloven §9-1(1) kan ikke ”medlem av styret i et finansforetak (...) samtidig være medlem av styret i et annet finansforetak”. Videre kan ikke ”daglig leder” eller andre personer som inngår i den ”faktiske ledelsen” samtidig være ”medlem av styret” eller inngå i den ”faktiske ledelsen” i et annet finansforetak, jf. finansforetaksloven §9-1(2). Det skal redegjøres for hvem omfattes av finansforetaksloven §9-1.

Ordlyden ”medlem av styret” tilsier at vedkommende må være styremedlem. Det må derfor redegjøres for når vedkommende regnes som styremedlem.

En person er ”styremedlem” fra tidspunktet vedkommende er valgt av generalforsamlingen med mindre annet er avtalt, jf. asl. §6-6(2) og asal. §6-6(2). Asl. §6-6(2) gjelder for finansforetak organisert som aksjeselskap, jf. asl. §1-1. Asal. §6-6(2) gjelder for finansforetak organisert som allmennaksjeselskap, jf. asal. §1-1. Asal. §6-6 gjelder ”tilsvarende for foretak

¹⁹ Prop. 125 L (2013-2014) s. 290.

som ikke er organisert som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap”, jf. finansforetaksloven §8-4(5).

I likhet med finansforetaksloven §9-1(1) oppstiller fil. §2-8 et forbud mot at en person samtidig kan være styremedlem i to finansforetak, jf. forskriften §3. Finansforetaksloven §9-1(1) viderefører dette forbudet..

Forbudet i finansforetaksloven §9-1(2) omfatter ”daglig leder”. Ved vurderingen av hvem som er ”daglig leder”, er det uten betydning hva som er betegnelsen på stillingen, så lenge vedkommende i realiteten utøver oppgavene som tilligger daglig leder.²⁰ Fil. §2-8 omfatter også ”daglig leder”, jf. forskriften §1(2). I motsetning til fil. §2-8 er ”daglig leder” tatt inn i lovteksten i finansforetaksloven §9-1(2). Det er derfor mer tydelig at forbudet mot gjensidig representasjon omfatter ”daglig leder” etter finansforetaksloven §9-1 enn etter den gamle regelen.

Det neste spørsmålet er hvem som omfattes av den ”faktiske ledelsen”, jf. finansforetaksloven §9-1(2). Ordlyden tilsier at den formelle stillingsbetegnelsen ikke er avgjørende. Forarbeidene fastsetter at formålet er å ramme dem som rent faktisk treffer beslutninger i finansforetaket.²¹ Vilkåret omfatter dermed personer utover selskapets formelle ledelse.

Det må foretas en konkret vurdering av hvilke personer i det enkelte finansforetaket som omfattes av den ”faktiske ledelsen”.²² Ved fastsettelsen av hvem som omfattes må det legges vekt på at ledelsen formelt og reelt sett skal være uavhengige fra andre finansforetak og tredjepersoner.²³ Ledere, som har ansvar for en vesentlig del av foretakets virksomhet, har så stor myndighet at vedkommende omfattes av den ”faktiske ledelsen”.²⁴ Dette gjelder uavhengig av om vedkommende inngår i foretakets ledergruppe.

²⁰ Pål Mathisen, Forbudet mot godtgjørelse fra andre enn aksjeselskapet: Reglene i aksjeselskapslovgivningen om forbudet mot og begrensningen av godtgjørelse fra andre enn aksjeselskapet, *Tidsskrift for forretningsjuss*, 2003 nr.3, s. 316-368 (s.343), (heretter ”Mathisen”).

²¹ Prop. 125 L (2013-2013) s. 109.

²² Prop. 125 L (2013-2013) s. 109.

²³ NOU 1998:14 s. 199.

²⁴ NOU 2011: 8 bind B s. 782.

Ordlyden ”faktiske ledelsen” etter finansforetaksloven §9-1(2) er en oversettelse av ”effectively run the undertaking”, jf. Solvency II Directive (2009/138/EC) (heretter ”solvens 2 direktivet”) artikkel 42.²⁵

Forarbeidene uttaler at ”om (...) det kan være uklart hva som menes med faktisk ledelse, viser departementet (...) i denne forbindelse også til definisjon av «management body» i Capital requirements directive IV 2013/36/EU (heretter ”CRD IV”) artikkel 3 nr.1(7)”.²⁶

Begrepet ”management body” omfatter ”the persons who effectively direct the business of the institution”, jf. CRD IV art.3 nr.1 (7). Vilåret samsvarer med begrepet ”effectively run the undertaking” i solvens 2 direktivet artikkel 42.²⁷ Begrepet ”management body” samsvarer derfor med personkretsen som omfattes av ”faktiske ledelsen”, jf. finansforetaksloven §9-1(2). Det må derfor kartlegges hva som ligger i ”management body”, jf. CRD IV art.3 nr.1(7).

Begrepet ”management body” omfatter ”an institution's body or bodies, which are appointed in accordance with national law, which are empowered to set the institution's strategy, objectives and overall direction, and which oversee and monitor management decision-making”, jf. CRD IV art.3 nr.1(7). Det fremkommer av CRD IV direktivet at hvorvidt vedkommende har utøvende- eller tilsynsfunksjoner er viktige momenter ved ”management body”, jf. CRD IV art. 3 nr. 1(7).²⁸ Det kan trekkes ut av de ovennevnte internasjonale kildene at dersom en ansatt har utøvende- eller tilsynsfunksjoner, er det momenter som taler for at vedkommende inngår i den ”faktiske ledelsen” etter finansforetaksloven §9-1(2).

Det er også benyttet lignende begrep i annen lovgivning. I likhet med finansforetaksloven §9-1(2) benytter vphl. §9-9(2) begrepet ”faktiske ledelsen”. Børsloven §10(2) benytter begrepet ”andre som faktisk deltar i ledelsen”. Både lovteksten og forarbeidene til vphl. §9-9(2) og børsloven §10(2) er tause vedrørende hva som ligger i vilkårene. Det kan derfor ikke trekkes paralleller til verdipapirhandelloven eller børsloven ved redegjørelsen av begrepet ”faktiske ledelsen” etter finansforetakslov §9-1(2).

²⁵ Prop. 125 L (2013-2014) s. 181.

²⁶ Prop. 125 L (2013-2014) s. 60.

²⁷ Prop. 125 L (2013-2014) s. 181.

²⁸ CRD IV avsnitt 56.

Begrepet ”faktiske ledelsen” i finansforetaksloven §9-1(2) bygger på vilkåret ”ledende stilling” i fil. §2-8 og forskriften §1(2).²⁹ Spørsmålet er om vilkåret ”faktiske ledelsen” skiller seg fra ”ledende stilling”, slik at den nye regelen medfører en endring. For å besvare spørsmålet, skal det først redegjøres for hva som ligger i ”ledende stilling”, jf. fil. §2-8.

Ordlyden ”ledende stilling” tilsier isolert sett at vedkommendes formelle stillingstittel er avgjørende. Forarbeidene er tause vedrørende hva som ligger i begrepet. Det må derfor vurderes om det kan trekkes paralleller til annen lovgivning.

Arbeidsmiljøloven kapittel 10 oppstiller regler om arbeids- og fritid. Kapitlet kommer ikke til anvendelse for personer med ”ledende stilling”, jf. aml. §10-12(1). Spørsmålet er om aml. §10-12(1), samt hensynene bak bestemmelsen, er tilstrekkelig lik fil. §2-8 og forskriften §1(2) til at rettskilder knyttet til aml. §10-12(1) har overføringsverdi til begrepet ”ledende stilling” etter fil. §2-8 og forskriften §1(2).

At bestemmelsene har identisk ordlyd trekker sterkt i retning av at rettskilder knyttet til aml. §10-12(1) har overføringsverdi.

Bakgrunnen for at arbeidsmiljøloven kapittel 10 om arbeidstid ikke gjelder for personer med ”ledende stilling” etter aml. §10-12(1) er hensynet til bedriftens produktivitet.³⁰ Fil. §2-8 og forskriften §1(2) er imidlertid begrunnet i å motvirke redusert konkurranse mellom finansforetakene og sikre at tillitsvalgte og ansatte i finansforetak er uavhengige.³¹ Aml. §10-12(1) er dermed begrunnet i andre hensyn enn fil. §2-8 og forskriften §1(2).

At bestemmelsene er begrunnet i ulike hensyn tillegges likevel liten vekt. Dette fordi både aml. §10-12(1) og fil. §2-8, samt forskriften §1(2), tar sikte på å omfatte personer som i kraft av sin stilling må undergis strengere krav enn andre arbeidstakere. I tillegg kommer aml. §10-12(1) til anvendelse på tillitsvalgte og ansatte i finansforetak, jf. aml. §1-2. Det avgjørende er derfor at bestemmelsene benytter identisk begrep. Rettskilder knyttet til aml. §10-12(1) har

²⁹ NOU 2011: 8 bind B s. 781.

³⁰ Arne Fanebust, *innføring i arbeidsrett den individuelle del*, 3. Utgave, Oslo 2013 s. 200-201 (heretter ”Fanebust”).

³¹ NOU 1986: 5 s. 105 og s.152.

dermed overføringsverdi til redegjørelsen av ”ledende stilling”, jf. fil. §2-8 og forskriften §1(2).

Spørsmålet er hva som kan utledes av rettskildene knyttet til ”ledende stilling” etter aml. §10-12(1). Ifølge bestemmelsen må vedkommendes hovedoppgaver være av ledende art.³² Det avgjørende er vedkommendes faktiske stilling og funksjon, herunder om vedkommende har klare lederfunksjoner.³³ Vurderingsmomenter er stillingens funksjon, arbeids- og ansvarsområde.³⁴ Stillingens tittel og lønn viktige momenter, men er ikke avgjørende.

Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 §41 at et viktig moment er om personen selv må vurdere behovet for egen arbeidsinnsats og kan kontrollere sin egen arbeidstid.³⁵ Aml. §10-12 viderefører arbeidsmiljøloven 1977 §41, slik at rettskilder knyttet til den tidligere arbeidsmiljøloven har overføringsverdi.³⁶ Hvorvidt vedkommende kontrollerer egen arbeidstid er således et moment ved ”ledende stilling” etter aml. §10-12(1).

LB-2007-101453 illustrerer hvilke momenter som må tillegges vekt ved avgjørelsen av om det foreligger en ”ledende stilling”, jf. aml. §10-12(1). Spørsmålet var om en utviklingsleder i et programvareselskap hadde krav på overtidsbetaling etter arbeidsmiljøloven 1977 §49 nr. 3. Dette forutsatte at han ikke hadde stilling av ”ledende art” etter arbeidsmiljøloven 1977 §41. Lagmannsretten uttalte at ”A hadde arbeid av produserende, ikke av ledende art. A hadde ikke personalansvar. Han hadde ikke innflytelse eller ansvar for fastsettelse av lønn, ferier, avspasering, delegering av arbeidsoppgaver eller kompetanseutvikling. Han hadde heller ikke budsjettansvar”. Rettskilder knyttet til arbeidsmiljøloven 1977 §41 har som nevnt overføringsverdi. Det utledes derfor av dommen at dersom den ansatte har personalansvar og har innflytelse eller ansvar for fastsettelse av lønn, ferier m.v. taler det for at vedkommende har ”ledende stilling”, jf. aml. §10-12(1).

Det kan utledes av de ovennevnte kildene knyttet til aml. §10-12(1) at hvorvidt vedkommende har klare lederfunksjoner, timelønn, arbeidsområde, stillingstittel, om vedkommende kan

³² Trond Dalheim. Kommentar til aml. §10-12 på www.rettsdata.no note 339. (heretter ”Dalheim”).

³³ Fanebust s. 202.

³⁴ Dalheim note 339.

³⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 59.

³⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 322.

bestemme sin egen arbeidstid og har personalansvar er viktige momenter. Disse momentene står dermed sentralt i vurderingen av om det forekommer ”ledende stilling” i relasjon til fil. §2-8 og forskriften §1(2).

Det kan imidlertid spørres om tilsvarende momenter også gjør seg gjeldende ved vurderingen av hvem som omfattes av den ”faktiske ledelsen”, jf. finansforetaksloven §9-1(2). Vilkåret bygger som nevnt på begrepet ”ledende stilling” i fil. §2-8. I tillegg vil personer med ”ledende stilling” treffe beslutninger i finansforetaket. Personkretsen som omfattes av fil. §2-8, omfattes derfor av den ”faktiske ledelsen” etter finansforetaksloven §9-1(2). De ovennevnte momentene er derfor relevante ved tolkingen av uttrykket den ”faktiske ledelsen” i finansforetaksloven §9-1(2).

Begrepet ”faktiske ledelsen” skiller seg likevel fra ”ledende stilling”. Dette fordi den omfatter personer som rent faktisk treffer beslutninger uavhengig av om vedkommende har arbeidsoppgaver av ledende art. Finansforetaksloven §9-1(2) omfatter derfor en videre personkrets enn fil. §2-8 og forskriften §1(2). Etersom finansforetaksloven §9-1(2) omfatter personer som i realiteten treffer beslutninger i foretaket, kan det hevdes at den nye regelen i større grad sikrer at finansforetakets ledelse reelt sett er uavhengig enn den gamle regelen.

2.3 Rekkevidden av forbudet mot gjensidig representasjon i finansforetaksloven §9-1

2.3.1 Begrensninger for styremedlem i finansforetak

Finansforetaksloven §9-1(1) forbyr et ”medlem av styret” i å være ”medlem av styret i et annet finansforetak”. En person kan dermed ikke samtidig være styremedlem i to finansforetak. Spørsmålet er hvilke andre begrensninger som gjelder for styremedlemmer i finansforetak.

Finansforetaksloven §9-1(2) forhindrer styremedlemmer i å være medlem av generalforsamlingen eller bedriftsforsamlingen i et annet finansforetak. Dette fordi generalforsamlingen og bedriftsforsamlingen treffer beslutninger i finansforetaket. De omfattes derfor av den ”faktiske ledelsen”, jf. finansforetaksloven §9-1(2). Etter

finansforetaksloven §9-1(2) kan ikke den ”faktiske ledelsen” være styremedlem i et annet finansforetak, se punkt 2.3.2.

Begrensningene for styremedlem som følger av finansforetaksloven §9-1 har paralleller i tidligere lovgivning. Etter fil. §2-8 kan ”medlem av et styrende organ (...) i en finansinstitusjon (...) ikke samtidig være medlem av et styrende organ i en annen finansinstitusjon”. Bestemmelsen forbyr i likhet med finansforetaksloven §9-1 styremedlem i finansforetaket å være styremedlem i et annet finansforetak.³⁷

Forbudet i fil. §2-8 mot å være ”medlem av et styrende organ i en annen finansinstitusjon” omfatter også ”formann eller nestformann i representantskap/bedriftsforsamling/forstanderskap i en finansinstitusjon”, jf. forskriften §1(1). Fil. §2-8 forbyr dermed styremedlem i å være medlem i øverste myndighet i et annet finansforetak.³⁸ Banklovkommisjonen mente at det var et behov for en samlebetegnelse for øverste myndigheten i finansforetak ved vedtakelsen av finansforetaksloven.³⁹ Under den nye loven er det generalforsamlingen som har øverst myndighet i finansforetaket. Finansforetaksloven §9-1(2) viderefører dermed forbudet i den gamle regelen mot at styremedlem i et finansforetak er medlem av den øverste myndighet i et annet finansforetak.

2.3.2 Begrensninger for ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” i finansforetak

”Daglig leder” eller den ”faktiske ledelsen” kan ikke være styremedlem eller inngå i den ”faktiske ledelsen” i et annet finansforetak, jf. finansforetaksloven §9-1(2). Spørsmålet er hvilke begrensninger finansforetaksloven §9-1(2) oppstiller for ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen”.

Et spørsmål er om finansforetaksloven §9-1(2) er til hinder for at en person kan være ”daglig leder” i to finansforetak. Lovteksten fastsetter at ”daglig leder” inngår i den ”faktiske ledelsen”. Å være daglig leder i et annet finansforetak omfattes derfor av den ”faktiske

³⁷ Jørgen Keiserud, note 93 til fil. §2-8, tilgjengelig 01.05.2015, på www.rettsdata.no.

³⁸ NOU 2011: 8 bind B s. 754.

³⁹ NOU 2011: 8 bind B s. 754.

ledelsen av virksomhet i et annet finansforetak”, jf finansforetaksloven §9-1(2). Samme person kan dermed ikke være daglig leder i mer enn et finansforetak.

Et annet spørsmål er om finansforetaksloven §9-1(2) oppstiller forbud mot å være daglig leder i både et mor- og datterselskap i samme konsern. ”Daglig leder” omfattes som nevnt av den ”faktiske ledelsen”. Mor- og datterselskap er ulike rettssubjekt, slik at et foretak innenfor samme konsern er ”et annet finansforetak”, jf. finansforetaksloven §9-1(2).⁴⁰

Finansforetaksloven §9-1(3) oppstiller imidlertid unntak fra finansforetaksloven §9-1(1) og (2), dersom vedkommende er ”ansatt” i ”foretak i samme konsern”, se punkt 2.3.4. Samme person kan derfor være daglig leder i både mor- og datterselskap i samme konsern.

Fil. §2-8 fastsetter at personer med ”ledende stilling” ikke kan være ”medlem av styrende organer”. Om vilkåret ”medlem av styrende organer”, se punkt 2.3.1. Forbudet mot å inngå i den ”faktiske ledelsen” i et annet finansforetak skiller seg fra den fil. §2-8 og forskriften §1 ved at vilkåret ikke er begrenset til formelle organer i et annet finansforetak. Etter finansforetaksloven §9-1 er det tilstrekkelig at vedkommende treffer beslutninger i et annet finansforetak. I tillegg skiller finansforetaksloven §9-1(2) seg videre fra den tidligere regelen ved at en person ikke samtidig kan være daglig leder i to finansforetak. Finansforetaksloven oppstiller derfor et strengere krav til uavhengighet for finansforetakets ledelse enn den gamle regelen.

2.3.3 Tillitsvalgte og ansatte kan ha stilling og verv i andre finansforetak dersom det er ”ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta”

Tillitsvalgte og ansatte kan ha stilling eller verv i andre finansforetak dersom det ”må anses ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta”, jf. finansforetaksloven §9-1(1) og (2).

Ordlyden ”ubetenkelig” oppstiller en høy terskel for at tillitsvalgte eller ansatte kan ha stilling eller verv i andre finansforetak. Den tilsier at stillingen eller vervet ikke må stride mot de legislative hensyn som begrunner forbudet mot gjensidig representasjon. Hensyn som begrunner forbudet, er konkurransemessige hensyn, finansiell stabilitet og tillit fra

⁴⁰ Geir Woxholth, *Selskapsrett*, 5. utgave Oslo 2013 s. 361 (heretter ”Woxholth”).

allmennheten til finansforetakene.⁴¹ Med finansiell stabilitet menes at finansforetakene virker på en hensiktsmessig og betryggende måte.⁴²

Finansforetaksloven §9-1 bygger som nevnt på fil. §2-8 og forskriften §3.⁴³ Forskriften §3 fastsetter at det kan gis dispensasjon fra forbudet mot gjensidig representasjon i fil. §2-8, dersom stillingen eller vervet er ”ubetenkelig ut fra et konkurransemessig synspunkt”.

Både forskriften §3 og finansforetaksloven §9-1(1) og (2) benytter begrepet ”ubetenkelig”. Begge bestemmelsene er begrunnet ut fra hensynet til tillitsvalgtes og ansattes uavhengighet, samt å ivareta konkurransen mellom finansforetak.⁴⁴ Ordlyden, samt hensynene bak bestemmelsene, er derfor tilstrekkelig lik til at rettskilder knyttet til fil. §2-8 og forskriften §3 har overføringsverdi til vilkåret ”ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta” i finansforetaksloven §9-1(1) og (2).

Spørsmålet er dermed hva som kan utledes av rettskildene knyttet til fil. §2-8 og forskriften §3. Ordlyden og forarbeidene knyttet til fil. §2-8 og forskriften §3 gir liten veiledning vedrørende hva som ligger i ”ubetenkelig”. Finanstilsynet har gitt noen retningslinjer i sin praksis.

Finanstilsynet har i sak 09/4383 fastsatt at vilkåret ”ubetenkelig” er snevert. De uttalte at utgangspunktet for vurderingen er om stillingen eller vervet i større grad er ubetenkelig enn det som følger av forskriften §2. Forskriften §2 fastsetter at ansatte og tillitsvalgte kan ha verv eller stilling i to foretak som inngår i samme konsern.

Finansforetaksloven §9-1(3) viderefører unntaket fra forskrift §2, se punkt 2.3.4. Saken har derfor overføringsverdi. Hvorvidt stillingen eller vervet er ”ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta” etter finansforetaksloven §9-1(1) og (2), beror dermed bl.a. på om den er mer ubetenkelig enn å ha stilling eller verv i to finansforetak i samme konsern.

⁴¹ Prop. 125 L (2013-2014) s. 181.

⁴² Prop. 125 L (2013-2014) s. 21.

⁴³ NOU 2011: 8 bind b s. 781.

⁴⁴ For finansforetaksloven §9-1 fremgår dette av NOU 2011: 8 bind B s. 782. For fil. §2-8 og forskriften §3 fremgår det bl.a. av NOU 1986: 5 s. 152.

I sak 09/4383 har Finanstilsynet uttalt at det beror på en konkret skjønnsmessig vurdering hvorvidt det skal gis dispensasjon fra fil. §2-8. Uttalelsen tas til inntekt for at Finanstilsynet ikke har plikt til å gi dispensasjon selv om vilkårene i finansforetaksloven §9-1 er oppfylt.

Etter finansforetaksloven §9-1(1) og (2) er som nevnt konkurransemessige hensyn relevant. Spørsmålet er når konkurransemessige hensyn tilsier at en stilling eller verv er "ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta" etter finansforetaksloven §9-1(1) og (2). Det skal kartlegges hvilke momenter som inngår i konkurransemessige hensyn.

I sak 09/10365 fra Finanstilsynet var spørsmålet om vedkommende kunne inneha styreverv i BNbank ASA samtidig som han var administrerende direktør i Sparebank 1 SMN. Tilfelle var omfattet av fil. §2-8. Finanstilsynet hadde i en sak tidligere fastsatt at det foreslå særlige omstendigheter ved ervervet av aksjeposten i BNbank ASA (tidligere Glitnir Bank), se sak 08/14250 nedenfor. Finanstilsynet la til grunn at disse omstendighetene fortsatt gjorde seg gjeldende. Det forelå derfor "tungtveiende hensyn", slik at det ble gitt dispensasjon etter forskriften §3.

Finanstilsynet la vekt på at "både SpareBank 1 SMN og BNbank ASA driver bankvirksomhet, henholdsvis som sparebank og forretningsbank". Det kunne ikke "trekkes et klart skille mellom foretakenes virksomhet med hensyn til potensielle nye kunder, verken geografisk eller saklig". Det kan utledes av saken at dersom begge finansforetakene driver bankvirksomhet, trekker det i retning av at de er i konkurranse med hverandre. Det samme gjelder dersom de tilbyr samme varer eller tjenester innenfor det samme geografiske området.

Finanstilsynet uttalte at et moment som taler for at finansforetakene ikke er i konkurranse med hverandre, er dersom det ene finansforetaket har eierinteresser i det andre finansforetaket. Da vil finansforetakene normalt ha sammenfallende interesser. Det er derfor mindre risiko for at finansforetakene tilbyr samme varer og tjenester innenfor samme geografiske område. Det ble likevel ikke tillagt vekt i saken ettersom BNbank ASA skulle være en "reell sidestilt konkurrent til eierbankene".

I saken 08616-2/2002 var spørsmålet om vedkommende kunne inneha styreverv i både Oslo pensjonsforsikring og Fokus bank ASA. Saken er et presedens, slik at den må tillegges stor

vekt.⁴⁵ Finanstilsynet uttalte at de ”vurderer de konkurransemessige sidene i saken (...) i tre markeder: konkurranse om utlån, konkurranse om erverv av obligasjoner og konkurranse om pensjons- og forsikringsprodukter”. Hvorvidt finansforetakene er i konkurranse med hverandre beror derfor på om de konkurrerer om å tilby utlån, erverv av obligasjoner eller pensjons- og forsikringsprodukter innenfor samme geografiske området.

Hvorvidt konkurransemessige hensyn tilsier at en stilling eller verv er ”ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta” etter finansforetaksloven §9-1(1) og (2), beror i stor grad på momentene som fremkommer av sakene fra Finanstilsynet. Viktige momenter er dermed om begge finansforetak driver bankvirksomhet, om de tilbyr samme varer eller tjenester innenfor samme geografiske område og om det ene finansforetaket har eierinteresser i det andre finansforetaket.

Det kan spørres om adgangen til å gi dispensasjon etter finansforetaksloven §9-1(1) og (2) skiller seg fra dispensasjonsadgangen etter den gamle regelen. For å gi dispensasjon etter forskriften §3 må stillingen eller vervet være ”ubetenkelig ut fra konkurransemessige hensyn”, eller det må foreligge ”særlig tungtveiende hensyn”.

Etter ordlyden ”ubetenkelig ut fra et konkurransemessig synspunkt” er det kun konkurransemessige hensyn som er relevant. Andre hensyn kan likevel tas i betraktning under vilkåret ”særlig tungtveiende hensyn”.

Ordlyden ”ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta” ifølge finansforetaksloven §9-1 tilsier at flere hensyn er relevant, som hensynet til konkurranse, finansiell stabilitet og tillit til finansforetakene.⁴⁶ Finansforetaksloven §9-1 er derfor mer tydelig enn fil. §2-8 og forskriften §3 på at det ikke kun er konkurransemessige hensyn som er relevant ved vurderingen av om det skal gis dispensasjon.

Forskriften §3 gir også adgang for dispensasjon ved ”særlig tungtveiende hensyn”. Bestemmelsen fastsetter at det kan gis dispensasjon dersom det foreligger tilstrekkelig tungtveiende omstendigheter.

⁴⁵ Se Finanstilsynets presedensregister.

⁴⁶ Prop. 125 L (2013-2014) s. 181.

Sak 08/14250 er illustrerende. Glitnir Bank ASA var i en vanskelig situasjon som følge av den internasjonale finanskrisen. Dette førte til at den ble ervervet av et konsortium av Sparebank 1-banker. Det var derfor viktig for Glitnir Bank ASA å få et velfungerende styre med bl.a. bankfaglig kompetanse, som kunne ivareta hensynet til både kunder og ansatte på en god måte.⁴⁷ Det nye styret som Glitnir Bank ASA ønsket å velge oppfylte disse kriteriene, men hadde stilling i andre finansinstitusjoner. Finanstilsynet fastsatte at dette var ”særlig tungtveiende hensyn”, slik at det kunne gis dispensasjon fra forbudet mot gjensidig representasjon etter forskriften §3.

Finansforetaksloven §9-1 viderefører ikke adgangen til å gi dispensasjon fra forbudet mot gjensidig representasjon ved ”særlig tungtveiende hensyn”. Den oppstiller et absolutt krav om at stillingen eller vervet må være ”ubetenkelig ut fra de hensyn loven skal ivareta”. Etter finansforetaksloven §9-1(1) og (2) er det ikke adgang til å ta i betraktning særlige omstendigheter for et konkret finansforetak i vurderingen av om det skal gis dispensasjon. Det var det adgang til etter forskriften §3. Det kan spørres om hvorfor nye regelen oppstiller en snevrere adgang til å gi dispensasjon fra forbudet mot gjensidig representasjon enn forskriften §3.

Forarbeidene fastsetter ikke eksplisitt hvorfor finansforetaksloven oppstiller en snevrere adgang til å gi dispensasjon. Det fremkommer likevel av forarbeidene at konkurransen i finansmarkedet er sterkt økende. Utenlandske institusjoner kan som følge av EØS-avtalen etablere seg fritt i Norge samt drive grenseoverskridende virksomhet.⁴⁸ Et strengere forbud bidrar i større grad til et velfungerende marked, herunder rettferdig konkurranse mellom finansforetakene. Tillitsvalgte og ansatte får mindre innsyn i andre finansforetak, hvilket reduserer risikoen for at finansforetakene samordner sine produkter og tjenester.⁴⁹ Det sikrer også utviklingen av nye produkter ved at risikoen for at finansforetak skal kopiere andre finansforetaks produkter reduseres.⁵⁰ Det kan derfor hevdes at finansforetaksloven §9-1 oppstiller en strengere regel enn fil. §2-8 og forskriften §3 for å ivareta konkurransen mellom finansforetak.

⁴⁷ Glitnir Bank ASAs søknad om dispensasjon sendt 1. Desember 2008. Søknaden om dispensasjon er unntatt offentlighet, men jeg fikk innsyn fra Finanstilsynet.

⁴⁸ NOU 1998:14 s. 131.

⁴⁹ NOU 1986: 5 s. 152.

⁵⁰ NOU 1986: 5 s. 152.

2.3.4 Tillitsvalgte og ansatte kan være ansatt eller styremedlem i foretak innenfor samme konsern

Tillitsvalgte og ansatte i et finansforetak kan være ”ansatt i foretak i samme konsern eller medlem av styre i et annet foretak i konsernet”, jf. §9-1(3). Den oppstiller unntak fra forbudet mot gjensidig representasjon i finansforetaksloven §9-1(1) og (2). Bestemmelsen viderefører forskriften §2(1)1. pkt. som oppstiller tilsvarende unntak.⁵¹

Hensynet til rasjonell og kostnadseffektiv drift av finansforetakene tilsier at funksjoner knyttet til den daglige drift bør kunne utføres av ansatte og tillitsvalgte i andre foretak i konsernet.⁵² I tillegg gjør ikke hensynet bak forbudet mot gjensidig representasjon, herunder å motvirke redusert konkurranse mellom finansinstitusjonene, seg gjeldende i like stor grad i disse tilfellene.⁵³ Selskapene har sammenfallende interesser grunnet morselskapets ”bestemmende innflytelse”, jf. asl. §1-3. Mor- og datterselskap vil derfor normalt samordne sin virksomhet, slik at de ikke står i et konkurranseforhold med hverandre. Dette er bakgrunnen for unntaket i finansforetaksloven §9-1(3).

Finansforetaksloven §8-5(2) fastsetter imidlertid at kun ”tre firedeler av styrets medlemmer (kan) være ansatt i foretak i konsernet eller medlem av styre i annet foretak i konsernet”. En fjerdedel av styret i datterselskapet kan dermed ikke kan ha styreverv eller være ansatt i morselskapet.

Bakgrunnen for bestemmelsen er at uavhengige styremedlem utgjør en nyttig motvekt og korrektiv til styremedlem som har tilknytning til andre foretak i konsernet.⁵⁴ Dette er viktig fordi morselskapets interesser ikke alltid samsvarer med datterforetakets interesser. Morselskapets interesse er f.eks. ikke er i samsvar med datterselskapets interesse, dersom all risikofylt virksomhet er plassert i datterselskapet. I slike tilfeller kan morselskapet ha et ønske

⁵¹ NOU 2011: 8 bind B s. 781.

⁵² Sak fra Finanstilsynet 12/12028.

⁵³ Sak fra Finanstilsynet med 09/4383.

⁵⁴ Sak fra Finanstilsynet 09/4383.

om å unngå datterselskapets kreditorer. Det er imidlertid ikke i datterselskapets interesse at morselskapet unnviker datterselskapets kreditorer.⁵⁵

En problemstilling som har vært oppe i Finanstilsynets praksis er hvorvidt det er adgang til å gi dispensasjon fra kravet om at en fjerdedel av styremedlemmene skal være uavhengig fra andre selskap i konsernet. Finansforetaksloven §8-5(2) viderefører forskriften §2(1)2. pkt, slik at rettskilder knyttet til den gamle regelen har overføringsverdi.⁵⁶ Finanstilsynet har i sak 09/4383 fastsett at det ikke er adgang til å gi dispensasjon fra forskriften §2(1) 2. De uttalte at forskriften §2 oppstiller et tvingende minstekrav til uavhengig representasjon for datterforetak i konsern. Dersom det kunne gis dispensasjon fra forskriften §2, kunne kravet om at en fjerdedel av styret skal være uavhengig i praksis omgå. Saken tas til inntekt for at det ikke adgang til å gi dispensasjon fra finansforetaksloven §8-5(2).

Finansforetaksloven §8-5 oppstiller i tillegg andre krav som skal ivareta uavhengighet til datterforetak i konsern. Styrelederen i morselskapet må ha tillatelse fra Finanstilsynet for å være styremedlem i datterforetaket, jf. finansforetaksloven §8-5(3). Styreleder i datterforetaket kan imidlertid være ansatt i morselskapet, jf. finansforetaksloven §8-5(2)2. pkt.

På bakgrunn av det ovennevnte samsvarer finansforetaksloven §§8-5 og 9-1(3) i stor grad med den tidligere lovgivningen. Finansforetaksloven oppstiller likevel et strengere krav til uavhengighet for datterselskap i konsern enn den tidligere lovgivningen. Etter forsikringsvirksomhetsloven §5-1 har det kunne gis tillatelse til å ha identisk styre i morselskapet og datterselskapet. Denne regelen oppheves når finansforetaksloven trer i kraft.⁵⁷ Finansforetaksloven viderefører ikke adgangen for forsikringsselskap m.v. til å ha identisk styre i mor- og datterselskap innenfor samme konsern. Forarbeidene peker på at strukturendringene innenfor finanssektoren, har ført til at en større del av virksomheten organiseres som datterforetak innenfor et begrenset antall finanskonsern, undergitt ledelse av morselskapet.⁵⁸ Det er derfor lagt vekt på å sikre at styremedlemmer i datterforetaket skal være uavhengige av morselskapet. Finansforetaksloven medfører dermed at datterselskap i

⁵⁵ Mathisen s. 362.

⁵⁶ NOU 2011: 8 bind B s. 762.

⁵⁷ Prop. 125 L (2013-2014) s. 290.

⁵⁸ NOU 2011: 8 bind B s. 762-763.

konsern i forsikringsselskap m.v. i større grad blir uavhengig fra morselskapet, og markerer at datterselskapet har et selvstendig ansvar for virksomheten.

I tillegg fastsetter finansforetaksloven §8-5(3) at styreleder i morselskapet må ha tillatelse fra Finanstilsynet for å være medlem av styret i datterforetaket i konsernet. Bestemmelsen har ingen parallell i tidligere lovgivning. Forarbeidene begrunner regelen i hensynet til datterforetakets uavhengighet, og at morselskapets innflytelse på datterselskapet prinsipielt skal utøves via generalforsamlingen.⁵⁹ Finansforetaksloven §9-1 innskrenker muligheten for at styreleder i morselskapet kan være styremedlem i datterselskapet i et konsern.

2.3.5 Tillitsvalgte og ansatte kan ha stilling og verv i foretak som inngår i ”samarbeidende grupper”

Etter finansforetaksloven §9-1(4) kan ansatte og tillitsvalgte ha stilling eller verv i foretak som inngår i ”samarbeidende grupper”. Det er ”et samarbeid mellom finansforetak (...) hvor finansforetakene direkte eller indirekte til sammen har mer enn 50 prosent av eierinteressene”, jf. finansforetaksloven §17-12(1). Bestemmelsen viderefører forskriften §2(2) 1. pkt.⁶⁰

Finansforetaksloven §9-1(3) oppstiller imidlertid krav om at en fjerdedel av styremedlemmene må være uavhengig fra eierselskapene. Den skiller seg fra forskriften §2(2)2. pkt. som oppstiller krav om at ”minst to femtedeler av styremedlemmene” skal være uavhengige fra eierselskapene. Den nye regelen medfører derfor at finansforetak i samarbeidende grupper i større grad blir uavhengige av sine eierselskaper enn den gamle regelen.

2.4 Oppstiller finansforetaksloven §9-1 en god regel?

På den ene siden reduserer finansforetaksloven §9-1 risikoen for at tillitsvalgte eller ansatte kommer i en lojalitetskonflikt ved å oppstille et strengere forbud mot gjensidig representasjon enn fil. §2-8 og forskriften §§1 til 3. Dette fordi tillitsvalgte og ansatte får mindre tilknytning

⁵⁹ NOU 2011: 8 bind B s. 763.

⁶⁰ NOU 2011: 8 bind B s. 781.

til andre finansforetak. Bestemmelsen sikrer i større grad at tillitsvalgte og ansatte handler i samsvar med finansforetakets interesse enn den gamle regelen. Dette underbygges av at finansforetaksloven §9-1 i motsetning til den gamle regelen omfatter personkretsen, som faktisk treffer beslutninger i finansforetaket. Den ivaretar også i større grad konkurranse mellom finansforetakene ettersom innsyn i andre finansforetak reduseres. Dette tilsier at finansforetaksloven §9-1 oppstiller en god regel.

På den annen side har finansforetakene behov for kompetanse, herunder personer med særlig sakkyndighet på visse områder.⁶¹ Slike personer kan også være etterspurt i andre finansforetak. I tillegg kan det være ønskelig for nyetablerte finansforetak, eller finansforetak med økonomiske problemer, å ansette personer med erfaring fra andre finansforetak. Det kan være vanskelig å få tak i slike personer, som ikke allerede har verv eller stilling i andre finansforetak. Et strengere forbud gjør dette enda vanskeligere.

Det kan derfor hevdes at finansforetaksloven §9-1 oppstiller en for streng regel, da den ikke viderefører adgangen til å gi dispensasjon ved ”særlig tungtveiende hensyn”. Det kan som nevnt være vanskelig for finansforetaket å ansette kompetente personer innen kort tid. Det burde derfor være adgang til å gjøre unntak fra forbudet mot gjensidig representasjon f.eks. for finansforetak med økonomiske problemer eller som er i oppstartsfasen.

Finansforetaksloven §9-1 oppstiller dermed et for strengt forbud vedrørende gjensidig representasjon.

⁶¹ NOU 1986: 5 s. 152.

3. Finansforetaksloven §9-2 om forbudet mot å ha verv eller stilling i andre foretak

3.1 Innledning

Finansforetaksloven §9-2 oppstiller et forbud mot ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” kan være ansatt eller styremedlem i et foretak som ”driver annen næringsvirksomhet”, og som har et ”kundeforhold” eller ”annen forretningsforbindelse” til finansforetaket. Bestemmelsen bygger på spbl. §19 og fbl. §10.⁶² Begge bestemmelsene oppheves når finansforetaksloven trer i kraft.⁶³

Temaet for punkt 3 er om og hvordan finansforetaksloven §9-2 skiller seg fra spbl. §19 og fbl. §10, og hva som er begrunnelsen for dette. I punkt 3.3 skal jeg vurdere om finansforetaksloven §9-2 oppstiller en god regel.

Forbudet i finansforetaksloven §9-2 omfatter ”daglig leder og den ”faktiske ledelsen”, se punkt 2.2.1 foran. Det ble drøftet om bestemmelsen skulle omfatte nærstående til tillitsvalgte og ansatte.⁶⁴ Det ble ikke inntatt i bestemmelsen. Forarbeidene fastsetter at alminnelige regler om gjennomskjæring skal anvendes ved forsøk på omgåelse av bestemmelsen.

3.2 Rekkevidden av forbudet i finansforetaksloven §9-2 mot å ha stilling eller verv i andre foretak

3.2.1 Tillitsvalgte og ansatte kan ikke ha verv eller stilling i foretak med forretningsforbindelse eller kundeforhold til finansforetaket

Det følger av finansforetaksloven §9-2(1) at ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” ikke kan være ”ansatt” eller ”medlem av styret” i foretak som ”driver annen næringsvirksomhet”, og som har et ”kundeforhold” eller ”forretningsforbindelse” med finansforetaket. Det skal først redegjøres for hva som ligger i vilkåret ”driver annen næringsvirksomhet”.

⁶² NOU 2011: 8 bind B s. 782.

⁶³ Prop. 125 L (2013-2014) s. 290.

⁶⁴ NOU 1998: 14 s. 253.

Ordlyden ”driver annen næringsvirksomhet” omfatter all næringsvirksomhet utenom finansforetak. Vilkåret omfatter imidlertid ikke virksomhet som er opplistet i finansforetaksloven §13-2, jf. finansforetaksloven §9-2(2) bokstav a. Se mer om dette i punkt 3.2.2 nedenfor.

For at det skal være forbudt å ha verv eller stilling i et foretak, må det foreligge et ”kundeforhold” eller en ”forretningsforbindelse” med finansforetaket, jf. finansforetaksloven §9-2(1). Spørsmålet er hva som ligger i disse begrepene.

Ordlyden ”kundeforhold” innebærer at foretaket må inngå avtaler om kjøp av tjenester eller varer med finansforetaket over en lengre tidsperiode. Begrepet ”forretningsforbindelse” tilsier foretaket over en lengre tidsperiode har et form for samarbeid med finansforetaket. Det kan utledes av ordlyden at det ikke er tilstrekkelig at det foreligger et engangskjøp eller et engangssamarbeid. Ordlyden tilsier at dersom det er naturlig å holde kontakten etter at samarbeidet eller avtalen er avsluttet, trekker det i retning av at det forekommer en ”forretningsforbindelse” eller ”kundeforhold”.

Verken forarbeidene til den nye eller gamle regelen gir veiledning for hva som ligger i begrepene. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene til finansforetaksloven §9-2 at bestemmelsen er av vesentlig betydning for å sikre ryddighet mellom finansforetaket og dets kunder og forretningsforbindelser. Forarbeidsuttalelsene tas til inntekt for at det må oppstilles en lav terskel for at det skal foreligge et ”kundeforhold” eller en ”forretningsforbindelse” etter finansforetaksloven §9-2(1).

Lignende begreper er også benyttet i annen lovgivning. Kml. §5 benytter i likhet med finansforetaksloven §9-2(1) begrepet ”forretningsforbindelse”. Forarbeidene til kml. §5 er imidlertid tause vedrørende hva som ligger i begrepet. Det kan derfor ikke trekkes paralleller til kml. §5 ved redegjørelsen av ”forretningsforbindelse” etter finansforetaksloven §9-2(1).

Det kan dermed spørres om finansforetaksloven §9-2(1) skiller seg fra tidligere regler, slik at den medfører en endring.

Vilkårene ”kundeforhold” og ”foretningsforbindelse” i finansforetaksloven §9-2 har paralleller i tidligere lovgivning. Etter spbl. §19 og fbl. §10 må foretaket ha et ”kundeforhold” eller ”foretningsforbindelse” med finansforetaket, for at tillitsvalgte eller ansatte ikke kan ha stilling eller verv i foretaket. Vilkårene ble innført i spbl. §19 og fbl. §10 ved en lovendring i 2004. Før lovendringen var det ikke adgang til å ha styreverv i annen næringsvirksomhet. Formålet med innføringen av vilkårene var å myke opp bestemmelsen.⁶⁵ Flere kvalifiserte personer skulle bli tilgjengelige for styreverv. Spesielt skulle bestemmelsene føre til økt rekruttering av kvinnelige styremedlemmer. Flere kvinner har ledende stillinger i banker, hvilket har forhindret dem fra å ta styreverv i næringslivet.⁶⁶ Finansforetaksloven §9-2(1) viderefører oppmykningen av spbl. §19 og fbl. §10 som ble innført i 2004.

3.2.2 Tillitsvalgte og ansatte kan ha stilling eller verv i virksomhet finansforetaket kan drive etter finansforetaksloven §13-2

Forbudet i finansforetaksloven §9-2(1) gjelder ikke ”virksomhet som foretaket kan (...) drive i medhold av §13-2”, jf. finansforetaksloven §9-2(2) bokstav a. ”Daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” kan dermed ha stilling eller verv i virksomhet som er drevet av finansforetaket og ”som har naturlig tilknytning til den virksomhet tillatelsen omfatter”, jf. finansforetaksloven §13-2(1). Spørsmålet er hvilke virksomheter som omfattes av dette unntaket.

Ordlyden tilsier at det må foretas en konkret vurdering. Utgangspunktet er hvilke virksomheter som nasjonalt eller internasjonalt vanligvis drives av tilsvarende finansforetak.⁶⁷ Vurderingen er av dynamisk karakter, slik at den kan påvirkes av utviklingen innenfor de ulike deler av finansnæringen. Hensynet til selskapets soliditet og konkurransemessige hensyn i forhold til foretak innenfor samme marked som virksomheten, må avveies opp mot finansforetakets og samfunnets behov for de tjenester virksomheten omfatter.⁶⁸

⁶⁵ Ot.prp. nr. 52 (2003-2004) s. 14.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 52 (2003-2004) s. 14.

⁶⁷ NOU 2011: 8 bind B s. 670.

⁶⁸ NOU 2011: 8 bind B s. 670.

Finansforetaksloven §13-2(1) viderefører fbl. §19 og spbl. §24.⁶⁹ Etter fbl. §19 kan ”en forretningsbank (...) utføre alle forretninger og tjenester som det er vanlig eller naturlig at banker utfører”. Spbl. §24 inneholder tilsvarende regel, men har en litt annen ordlyd.⁷⁰

Rettskilder knyttet til disse bestemmelsene har derfor overføringsverdi. Juridisk litteratur har lagt til grunn at regnskapsføring, finansiell konsulentbistand, eiendomsmegling og salg av finansielle tjenester fra andre tjenesteytere omfattes av fbl. §19 og spbl. §24.⁷¹ Det tas til inntekt for tillitsvalgte og ansatte i finansforetak kan ha stilling og verv i slike virksomheter, dersom de er drevet av finansforetaket. I praksis driver en rekke finansforetak slik virksomhet.

Unntaket har parallell i tidligere lovgivning. Finanstilsynet i sak 9271-2/2002 lagt til grunn at virksomhet, som er vanlig eller naturlig at finansforetak utfører, ikke rammes av fbl. §10. Saken er et presedens.⁷² Spørsmålet var om banksjefen kunne være styremedlem i et selskap finansforetaket drev for å leie ut bankgården. Finanstilsynet uttalte at det var naturlig at banken drev slik utleievirksomhet. Det ble lagt vekt på at virksomheten var begrenset til utleie av eiendommen og at banken var både deleier og leietaker i bygget. Banksjefen kunne derfor være styremedlem i utleievirksomheten. Saken tas til inntekt for at ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” kan ha verv eller stilling i virksomhet, som finansforetaket driver med sikte på alminnelig drift av bankgårder, jf. §9-2(2) bokstav a, jf. §13-2(1). I praksis er det heller ikke uvanlig at eiendomsmeglingsforetak eller regnskapskontor tilknyttet et finansforetak har styremedlemmer fra finansforetaket.

Finansforetak kan også ”drive” eller ”delta i(...) annen virksomhet(...) i den utstrekning dette er nødvendig som ledd i en økonomisk sanering eller redningsaksjon, for å få dekket krav, for å få avvirket et forsikringsoppgjør eller som ledd i en ordinær fullregningsgaranti”, jf. 13-2(2). Spørsmålet er hvilke virksomheter ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” kan ha stilling eller verv i med hjemmel i dette unntaket, jf. finansforetaksloven §9-2(2) bokstav a.

Ordlyden ”virksomhet (...) som ledd i en økonomisk sanering eller redningsaksjon” tilsier at de kan ha verv eller stilling i annen virksomhet finansforetaket driver eller deltar i fordi

⁶⁹ NOU 2011: 8 bind B s. 670.

⁷⁰ NOU 2011: 8 bind B s. 670.

⁷¹ Jørgen Keiserud, note 66 til forretningsbankloven §19, tilgjengelig på www.rettsdata.no 14.05.2014.

⁷² Se Finanstilsynets presedensregister.

foretaket har økonomiske problemer. Unntaket har likhetstrekk med det tidligere unntaket for selskap under ”likvidasjon og administrasjon” etter fbl. §10(2) og spbl. §19(2).

Finansforetaksloven §13(2) omfatter også virksomhet som er ”nødvendig(...) for å få dekket krav” eller ”å få avviklet forsikringsskadeoppgjør”. Det samsvarer med vilkåret ”virksomhet (...) for å få dekning av krav”, jf. fbl. §19(2)2. pkt.⁷³ Rettskilder knyttet til fbl. §19(2)2. pkt. har derfor overføringsverdi til hva som omfattes av finansforetaksloven §§9-2(2) bokstav a og 13-2(2).

Juridisk teori har lagt til grunn at etter fbl. §19(2)2. pkt. kan banken drive alle former for næringsvirksomhet som ledd i å inndrive et kredittengasjement.⁷⁴ Det tas til inntekt for at ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” kan ha verv eller stilling i alle virksomhet banken driver for å inndrive et kredittengasjement.

Rt. 1979 1249 illustrerer forskjellen på den nye og gamle reglen. Spørsmålet i saken var om konkursboet eller banken hadde krav på en tollrefusjon. Et skipsverft hadde gått konkurs før det hadde fått fullført en ny bygning. Banken drev i medhold av fbl. §19(2) 2. pkt. verkstedsvirksomhet for å få bygget ferdig bygningen og få dekket sitt krav.

Etter finansforetaksloven §9-2(2) bokstav a kan banken ansette personer som inngår i den ”faktiske ledelsen” og styremedlemmer i selskapet, som driver den ovennevnte verkstedsvirksomheten. Det var det ikke adgang til etter den gamle regelen. Den nye regelen medfører derfor en videre adgang for finansforetaket til å benytte seg av sine egne tillitsvalgte og ansatte.

Det kan spørres om hva som er formålet bak unntaket etter finansforetaksloven §9-2(2) bokstav a. Dette fremkommer verken av forarbeidene til den nye eller gamle loven, eller den ovennevnte saken fra Finanstilsynet. Hva som er naturlig bankvirksomhet kan endre seg over tid. Finansforetakene kan derfor ha behov for å supplere og fornye sitt tjenesteaspekt.⁷⁵ Finansforetaksloven §9-2(2) bokstav a medfører at finansforetak som utvider sitt

⁷³ NOU 2011: 8 bind B s. 672.

⁷⁴ Jørgen Keiserud, note 68 til forretningsbankloven §19, tilgjengelig på www.rettsdata.no 14.05.2014.

⁷⁵ Jørgen Keiserud, note 66 til forretningsbankloven §19, tilgjengelig på www.rettsdata.no 14.05.2014.

tjenestespekter, kan ansette sine egne ansatte og tillitsvalgte i den nye virksomheten. Det samme gjelder dersom finansforetaket driver virksomhet, for å inndrive et krav. Dette er mindre ressurskrevende enn om finansforetaket må ansette personer som ikke allerede er ansatt eller har tillitsverv i finansforetaket. Dessuten legger det til rette for synergieffekter. Finansforetaket kan således utpeke personer med den kompetansen finansforetaket ønsker. Grunnet eierinteressene til finansforetaket vil finansforetaket og virksomheten i hovedsak ha sammenfallende interesser. Det er derfor ikke like stor risiko for at det skal oppstå lojalitetskonflikt i et slikt tilfelle sammenlignet med tillitsverv eller stillinger i andre foretak. Dette er trolig bakgrunnen for unntaket i finansforetaksloven §9-2(2) bokstav a.

3.2.3 Tillitsvalgte og ansatte kan ha stilling eller verv i foretak hvor forretningsforbindelsen er av begrenset omfang

Tillitsvalgte og ansatte kan ha stilling eller verv i foretak hvor ”forretningsforbindelsen” er av ”begrenset omfang” og ”styret i finansforetaksloven har godkjent at den ansatte innehar vervet eller stillingen”, jf. finansforetaksloven §9-2(2) bokstav b. Forarbeidene begrunner unntaket i at det er praktisk og forsvarlig i spørsmålet om kryssende verv eller stilling i annen næringsvirksomhet.⁷⁶ Unntaket har ingen paralleller i tidligere lovgivning.

Ordlyden ”begrenset omfang” tilsier at det må foretas en konkret vurdering. Etter ordlyden er antall ansatte, virksomhetens geografiske område og virksomhetens økonomiske omsetning relevante momenter. Ordlyden ”forretningsforbindelse” avgrenser mot ”kundeforhold”. Det er dermed ikke adgang til å ha stilling eller verv i et foretak med ”kundeforhold” til finansforetaket uavhengig av om det er av begrenset omfang.

3.2.4 Finanstilsynet kan gi dispensasjon for stilling eller verv i andre foretak ved ”særlige tilfelle”

Etter finansforetaksloven §9-2(3) kan departementet ved forskrift eller enkeltvedtak i ”særlige tilfelle” gjøre unntak fra forbudet i finansforetaksloven §9-2(1). Ordlyden tilsier at dersom det foreligger tilstrekkelig tungtveiende omstendigheter kan Finanstilsynet gi dispensasjon.

⁷⁶ NOU 2011:8 bind B s. 782.

Fbl. §10 og spbl. §19 gir adgang for å gi dispensasjon i ”særlige tilfelle”. Ettersom fbl. §10 og spbl. §19 benytter identisk begrep med finansforetaksloven §9-2(3), samt at finansforetaksloven §9-2 bygger på disse bestemmelsene, har rettskilder knyttet til de gamle reglene overføringsverdi.

Forarbeidene til spbl. §19 og fbl. §10 fastsetter at det må foreligge spesielle og sterke grunner for å gi dispensasjon.⁷⁷ Finanstilsynet har i sak 08216-2/2002 uttalt at de følger en restriktiv praksis vedrørende dispensasjon fra spbl. §19 og fbl. §10. Saken regnes som presedens, slik at den må tillegges stor vekt.⁷⁸ Dette tas til inntekt for at det er en høy terskel for at det foreligger ”særlige tilfelle” etter finansforetaksloven §9-2(3).

Finanstilsynet har i sak 08216-2/2002 opplistet typetilfeller hvor det gjerne gis dispensasjon fra spbl. §19 og fbl. §10.

Finanstilsynet fastsetter i saken at dispensasjon kan gis ved f.eks. styreverv i ideelle organisasjoner. Et annet typetilfelle er virksomheter som har store økonomiske vanskeligheter, og hvor banken har et sterkt behov for å ivareta sine interesser. Det samme gjelder vernede bedrifter, hvor banken har en betydelig eierinteresse. Det tas til inntekt for at det er lavere terskel for at det skal foreligge ”særlige tilfelle” etter §9-2(3) ved de ovennevnte virksomhetene.

3.3 Utgjør finansforetaksloven §9-2 en god regel?

Ved å videreføre kravet om at foretaket må ha et ”kunde-forhold” eller ”forretningsforbindelse” legger finansforetaksloven §9-2 til rette for at næringslivet kan benytte seg av kompetansen som ofte befinner seg i finansforetak. I motsetning til fbl. §10 og spbl. §19 oppstiller finansforetaksloven §9-2 et unntak for stilling eller verv i virksomheter, som banken driver for å inndrive et kredittengasjement. Finansforetaket får dermed videre

⁷⁷ Innstilling om I. Lov om Sparebanker og II. Lov om forretningsbanker fra Penge- og Bankkomiteen av 1950 s. 86.

⁷⁸ Se Finanstilsynets presedensregister.

adgang til å benytte seg av kompetansen til sine egne styremedlemmer eller ansatte etter den nye regelen. Det tilsier at finansforetaksloven §9-2 oppstiller en god regel.

I tillegg kan det hevdes at finansforetaksloven §9-2 utgjør en god regel ettersom den oppstiller unntak for stilling eller verv i foretak som er av ”begrenset karakter”, jf. §9-2(2) bokstav b. Dersom forretningsforbindelsen er av begrenset karakter har ikke finansforetaket like sterk tilknytning til foretaket. Det er derfor mindre risiko for at det skal oppstå en lojalitetskonflikt.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om det utgjør en god regel at styret må gi sin godkjennelse for at den ansatte eller tillitsvalgte kan ha stilling eller verv i foretak, hvor forretningsforbindelse med begrenset karakter. Et krav om samtykke fra styret medfører at styret kan kontrollere at vedkommende har den påkrevde uavhengighet.

Det er imidlertid en risiko for at styret ikke gir sin godkjennelse, for å unngå risikoen for at vedkommendes uavhengighet skal reduseres som følge av stillingen eller vervet. Det tillegges vekt at risikoen for lojalitetskonflikt er liten når forretningsforbindelsen er av begrenset omfang, samt at næringslivet har behov for å benytte seg av kompetansen som befinner seg i finansforetak. Det hevdes derfor at et krav om samtykke fra styret ikke utgjør en god regel.

4. Finansforetaksloven §9-3 vedrørende forbud mot å delta i næringslivet

4.1 Innledning

Finansforetaksloven §9-3 forbyr ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” i å ”drive” eller være ”ansvarlig deltaker i næringsvirksomhet”, samt være ”agent eller kommisjonær for noen som driver slik virksomhet”. Bestemmelsen skal sikre at finansforetakets ledelse er uavhengig i forhold til næringslivet finansforetaket betjener.⁷⁹ Hvem som omfattes av ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” er behandlet i punkt 2.2.1 foran.

I likhet med finansforetaksloven §9-2 bygger §9-3 på fbl. §10 og spbl. §19.⁸⁰ Hovedfokuset er å kartlegge hvordan finansforetaksloven §9-3 skiller seg fra fbl. §10 og spbl. §19, og hva som er begrunnelsen for dette. Avslutningsvis skal jeg i punkt 4.3 foreta en vurdering av om finansforetaksloven §9-3 utgjør en god regel.

Finansforetaksloven omfatter bank, kredittforetak, finansieringsforetak, forsikringsforetak, pensjonsforetak, holdingforetak i konsern og finanskonsern, jf. finansforetaksloven §1-2 bokstav a-f og finansforetaksloven §1-4. Fbl. §10 og spbl. §19 omfatter kun sparebanker og forretningsbanker, jf. fbl. §1 og spbl. §1. De øvrige typer av finansinstitusjoner har ikke tidligere vært undergitt regler om ledelsens adgang til å delta i annen næringsvirksomhet.⁸¹ Finansforetaksloven §9-3 omfatter dermed flere finansinstitusjoner enn spbl. §19 og fbl. §10.

4.2 Rekkevidden av forbudet mot å delta i næringslivet etter finansforetaksloven §9-3

4.2.1 ”Være ansvarlig deltaker i næringsvirksomhet”, ”agent” eller ”kommisjonær”

Oppgaven skal først redegjøre for hva som ligger i ”ansvarlig deltaker i næringsvirksomhet”, jf. finansforetaksloven §9-3(1). Ordlyden ”næringsvirksomhet” omfatter all virksomhet

⁷⁹ NOU 2011: 8 bind B s. 783.

⁸⁰ NOU 2011: 8 bind B s. 783.

⁸¹ NOU 1998: 14 s. 253.

uavhengig av hvilken bransje den utøves i. Ordlyden ”ansvarlig deltaker” tilsier at vedkommende må ha ansvar for selskapets forpliktelser. Deltaker i et ”selskap” etter sel. §1-2(1) bokstav a er ansvarlig for selskapets forpliktelser, jf. sel. §2-4(1). Ordlyden ”ansvarlig deltaker” peker derfor på at vedkommende må være deltaker i et ”selskap” etter sel. §1-2(1) bokstav a. Spørsmålet er hva som omfattes av dette vilkåret.

Begrepet ”selskap” i sel. §1-2(1) bokstav a omfatter å være deltaker i ansvarlige selskap (ANS og DA), indre selskap, stille deltaker og kommandittselskap, jf. sel. §1-2 (1) bokstav a-g. Finansforetaksloven §9-3 forhindrer dermed ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” i å delta i slike selskapsformer.

Finansforetaksloven §9-3 er imidlertid ikke til hinder for at ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” deltar i ideelle organisasjoner, tingsrettslige sameie, samvirkeforetak, eierseksjonssameier, borettslag eller inngå kontraktsforhold. Dette fordi aktivitetene ikke omfattes av ”selskap” etter sel. §1-2(1).⁸²

En ”kommisjonær” selger og kjøper varer i eget navn, men for en annens regning, jf. kml. §4. ”Daglig leder” og personer i den ”faktiske ledelsen” kan ikke være kommisjonær etter finansforetaksloven §9-3.

En ”agent” har ”påatt seg selvstendig og over tid å virke for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning ved å innhente ordrer til hovedmannen eller ved å inngå avtaler i hovedmannens navn”, jf. agl. §1. ”Daglig leder” og personer i den ”faktiske ledelsen” kan ikke være agent etter finansforetaksloven §9-3.

4.2.2 ”Daglig leder” og ”den faktiske ledelsen” kan ikke ”drive(..) næringsvirksomhet”

Det kan stilles spørsmål om ”drive(..) næringsvirksomhet” i finansforetaksloven §9-3(1) oppstiller forbud mot å ha ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap etter asl. §1-3(2). ”Bestemmende innflytelse” innebærer å eie så mange aksjer i et aksjeselskap at vedkommende representerer flertallet eller har rett til å velge flertallet av aksjeselskapets styre, jf. asl. §1-3(2).

⁸² Woxholth s. 36 og s. 43-48.

Ordlyden ”drive(..) næringsvirksomhet” er taus vedrørende problemstillingen.

Legalitetsprinsippet som tolkingsprinsipp oppstiller som nevnt et strengt klarhetskrav ved finansforetaksloven §9-3. Det kan derfor hevdes at ordlyden ikke utgjør en tilstrekkelig klar hjemmel, for å oppstille forbud mot å ha ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap.

Ordlyden trekker derfor i retning av at det ikke kan oppstilles et slikt forbud.

Tilsvarende problemstilling har vært behandlet i juridisk teori ved emgll. §5-2. Etter eiendomsmeglingsloven §5-2 kan ikke ansatte m.v. ”direkte eller indirekte drive handel med fast eiendom eller drive annen virksomhet som er egnet til å svekke tilliten til foretakets integritet og uavhengighet”. Bestemmelsen regulerer adgangen eiendomsmeglere har til å drive annen næringsvirksomhet enn eiendomsmegling.⁸³

Ordlyden ”indirekte(...) drive handel eller annen virksomhet” tilsier at bestemmelsen omfatter når vedkommende driver handel gjennom et aksjeselskap han dominerer. En slik forståelse er også lagt til grunn i juridisk teori.⁸⁴ Å ha ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap kan derfor rammes av emgll. §5-2.

Spørsmålet er om emgll. §5-2, samt hensynene bak bestemmelsen, er tilstrekkelig lik finansforetaksloven §9-3(1) til at teorien kan tas til inntekt for at finansforetaksloven §9-3(1) oppstiller et forbud mot å ha ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap.

Ordlyden i finansforetaksloven §9-3 skiller seg fra ordlyden i emgll. §5-2 ved at den ikke oppstiller forbud mot å ”indirekte(...)drive(...)virksomhet”. I tillegg er bestemmelsene ulikt utformet. Finansforetaksloven §9-3 inneholder i motsetning til emgll. §5-2 ikke et skjønsmessig vilkår. Dersom å ha ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap omfattes av finansforetaksloven §9-3(1) medfører bestemmelsen et absolutt forbud. At bestemmelsene har ulik ordlyd og er ulikt utformet tilsier at rettskilder knyttet til emgll. §5-2 ikke har overføringsverdi.

⁸³ Tore Bråthen, *Eiendomsmeglingsloven kommentarutgave*, Oslo 2013 s. 178 (heretter ”Bråthen”).

⁸⁴ Bråthen s. 180.

Begge bestemmelsene er begrunnet ut fra hensynet til uavhengighet og tillit fra allmennheten.⁸⁵ Hensynet til uavhengighet og tillit til foretakene gjør seg imidlertid sterkere gjeldende for eiendomsmeglere. Dette fordi eiendomsmeglere i motsetning til ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” i finansforetak opptrer som mellommenn. Eiendomsmeglere skal ivareta både kjøpers og selgers interesse.⁸⁶ På bakgrunn av at bestemmelsene har ulik ordlyd og er ulikt utformet, samt at hensynet til uavhengighet gjør seg sterkere gjeldende for eiendomsmeglere, har ikke rettskilder knyttet til emgll. §5-2 overføringsverdi. Teorien knyttet til emgll. §5-2 kan derfor ikke tas til inntekt for at å ha ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap rammes av finansforetaksloven §9-3(1).

Etter sktl. §2-2(1) bokstav a er ”aksjeselskap” et eget skattesubjekt. At aksjeselskapet driver virksomhet som eget skattesubjekt er uten betydning for aksjeeieren som skattesubjekt. I skattemessig henseende er det derfor selskapet som driver virksomheten, mens aksjeeieren kun er eier av selskapet. Det kan tas til inntekt for at det er aksjeselskapet som ”driver(...) næringsvirksomhet” etter §9-3, mens aksjeeieren kun er eier i aksjeselskapet. Parallellen til skatteloven tilsier at ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap ikke omfattes av finansforetaksloven §9-3(1).

Det må legges vekt på at aksjeselskapet og privatpersonen er to ulike rettssubjekt. En aksjeeier hefter i motsetning til deltakere i ANS ikke solidarisk og personlig for selskapets forpliktelser. Det er derfor mindre risiko for at det skal oppstå en lojalitetskonflikt enn når vedkommende er deltaker i et ANS. Det hevdes derfor at hensynet til uavhengighet og tillit til finansforetakene blir tilstrekkelig ivaretatt, selv om finansforetakets ledelse kan ha ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap. I tillegg legges det vekt på at aksjeselskap utgjør en viktig form for kapitalplassering. Av hensyn til tillitsvalgtes og ansattes privatøkonomi og handlefrihet, må ikke finansforetaksloven §9-3 rekke videre enn nødvendig for å ivareta sitt formål.

⁸⁵ For emgll. §5-2 fremkommer dette av Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) s. 123 og Ot.prp. nr. 59 (1988-89) s. 18. For finansforetaksloven §9-3 fremkommer dette av NOU 2011: 8 bind B s. 783 og s. 781.

⁸⁶ Bråthen s. 225.

På bakgrunn av hensynet til tillitsvalgte og ansattes handlefrihet, at det er mindre risiko for lojalitetskonflikt, samt parallellen til skatteloven §2-2(1), omfattes ikke ”bestemmende innflytelse” i et aksjeselskap etter asl. §1-3(2) av finansforetaksloven §9-3(1).

Enkeltpersonforetak omfattes av ”drive(...)næringsvirksomhet”, jf. finansforetaksloven §9-3(1). Dette fordi foretaket og privatpersonen er samme rettssubjekt, og vedkommende hefter for selskapets forpliktelser.⁸⁷ Finansforetaksloven §9-3(1) forhindrer ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” i å drive enkeltpersonforetak.

Det kan spørres om finansforetaksloven §9-3(1) skiller seg fra fbl.§10 og spbl.§19, slik at den nye bestemmelsen medfører en endring.

Før en lovendring i 2004 ga fbl. §10 og spbl. §19 et forbud mot å ”drive handel, industri eller skipsfart eller delta som ansvarlig medlem eller være styremedlem i selskap som driver slik virksomhet”. Dette vilkåret ble tatt ut av bestemmelsene ved lovendringen. Ordlyden før lovendringen har likhetstrekk med ordlyden i finansforetaksloven §9-3. Bakgrunnen for lovendringen var at Finansdepartementet mente at interessekonflikten mellom næringslivet og finansforetakets ansatte og tillitsvalgte, kunne reguleres av bankens interne retningslinjer og habilitetsreglene.⁸⁸ Denne interessekonflikten reguleres heretter av finansforetaksloven §9-3. Finansforetaksloven §9-3(1) skiller seg dermed fra de gamle reglene ved at den oppstiller forbud mot å være deltaker i ”selskap” etter selskapsloven og drive enkeltpersonforetak. Den ivaretar i større grad at ”daglig leder” og den ”faktiske ledelse” er uavhengige fra næringslivet.

Det kan hevdes at bakgrunnen for forbudet i finansforetaksloven §9-3 er at retningslinjer og habilitetsregler ikke i tilstrekkelig grad kan ivareta vedkommendes uavhengighet, slik det ble hevdet ved lovendringen av fbl. §10 og spbl. §19 i 2004.⁸⁹ Ordlyden ”særlig betydning” og «fremtredende (...) særinteresse» i asal. §6-27 fastsetter en høy terskel for inhabilitet i finansforetak, jf. finansforetaksloven §9-5. Det er dermed flere interessekonflikter som

⁸⁷ Woxholth s. 42.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 52 (2003-2004) s. 14.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 52 (2003-2004) s. 14.

omfattes av finansforetaksloven §9-3 enn habilitetsreglene. I tillegg har ikke styret tilsvarende kompetanse eller erfaring som Finanstilsynet når de skal fastsette interne retningslinjer.

4.2.3 Styret kan godkjenne virksomhet av ”begrenset omfang”

Etter finansforetaksloven §9-3(2) kan styret godkjenne at vedkommende ”driver, deltar i eller er agent eller kommisjoner for virksomhet av begrenset omfang”. Se nærmere punkt 3.2.3 foran om begrepet ”virksomhet av begrenset omfang”.

Departementet kan ved forskrift eller enkeltvedtak i ”særlige tilfelle” gjøre unntak fra forbudet i finansforetaksloven §9-3(1), jf. §9-3(3), sml. punkt 3.2.4 foran.

4.3 Oppstiller finansforetaksloven §9-3 en god regel?

Ved å oppstille et forbud mot å være deltaker i ”selskap” etter sel. §1-2(1) bokstav a og drive enkeltpersonforetak ivaretar finansforetaksloven §9-3 i større grad enn de gamle reglene ansattes og tillitsvalgtes uavhengighet fra næringslivet.⁹⁰ Bestemmelsen forhindrer at vedkommende gjennom sin deltakelse i næringslivet kommer i et konkurranseforhold med bankens kunder. Dette bidrar til at beslutninger i finansforetaket blir foretatt på riktig grunnlag, hvilket øket tilliten fra allmennheten til finansforetakene. Finansforetaksloven §9-3 øker også tilliten til næringslivet ved å forhindre at det i realiteten er banken som styrer virksomheten. Det ovennevnte tilsier at finansforetaksloven §9-3 utgjør en god regel.

Finansforetaksloven §9-3 omfatter imidlertid all næringsvirksomhet uavhengig av hvilket saksområde eller bransje virksomheten utøves i. Det kan hevdes at finansforetaksloven §9-3 burde vært begrenset til å forby deltakelse i næringsvirksomhet innenfor saksområdet til den enkelte ansatte. Da er vedkommendes arbeid i banken knyttet til et annet saksområde enn hva virksomheten omhandler. Det er derfor liten risiko for at det skal oppstå en interessekonflikt. I tillegg står ikke virksomheten i et konkurranseforhold med andre virksomheter, som den tillitsvalgte eller ansatte skal f. eks. vurdere lånesøknaden til. Det må også legges vekt på at deltakelse i næringslivet kan medføre mer innsikt, hvilket kan gi et bedre grunnlag for å foreta beslutninger i finansforetaket. Det er derfor ikke ønskelig at finansforetaksloven §9-3 rekker

⁹⁰ Ot.prp. nr. 52 (2003-2004) s. 14.

videre enn nødvendig for å ivareta sitt formål, herunder at finansforetakets ledelse skal være uavhengig fra næringslivet de betjener.

En innvending er at det er lettere å anvende et absolutt forbud enn en skjønnsmessig regel vedrørende om en stilling eller verv og virksomheten er innenfor samme saksområde. Rettstekniske hensyn, herunder at regelen skal være lett å anvende samt ikke medføre for mange grensedragninger, tilsier at finansforetaksloven §9-3 er en god regel.

Det må imidlertid legges vekt på at finansforetaksloven §9-3 legger store begrensninger på ansattes og tillitsvalgtes handlefrihet. Et eksempel er der den bankansatte og vedkommendes ektefelle driver et mindre gårdsbruk ved siden av bankjobben. Dersom gårdsvirksomheten er av en viss varighet og omfang, samt er egnet til å gå med økonomisk overskudd, omfattes den av ”selskap”, jf. sel. §§1-2(1) bokstav a.⁹¹ Et annet eksempel er f.eks. der vedkommende driver en mindre importvirksomhet av kaffebønner ved siden av bankjobben. Dersom en slik aktivitet er av et visst omfang og varighet, samt er egnet til å gi økonomisk overskudd, regnes det som enkeltpersonforetak.⁹² Det samme gjelder dersom vedkommende har en blogg, som gjennom mindre sponsoravtaler, går med økonomisk overskudd. ”Daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” er forhindret i å utøve i de ovennevnte aktivitetene etter finansforetaksloven §9-3. Dersom virksomheten ikke inngår i saksområde til den tillitsvalgte eller ansatte i finansforetaket er det som nevnt liten risiko for lojalitetskonflikt. Det tilsier at finansforetaksloven §9-3 setter for store begrensninger på ansattes og tillitsvalgtes handlefrihet ved å forby deltakelse i all næringsvirksomhet.

Det ovennevnte må likevel modifieres, da vedkommende kan drive virksomhet av begrenset omfang, jf. finansforetaksloven §9-3(2). Det forutsetter imidlertid et samtykke fra styret. Styret kan dermed avskjære ”daglig leder” og den ”faktiske ledelsen” i å delta i næringslivet. Hensynet til tillitsvalgtes og ansattes handlefrihet, samt at deltakelse i næringsvirksomhet kan gi økt innsikt, tilsier at styret ikke burde ha adgang til å nekte vedkommende å delta i næringslivet. Det tillegges derfor begrenset vekt at finansforetaksloven §9-3 oppstiller et slikt unntak.

⁹¹ Woxholth s. 33-34.

⁹² Woxholth s. 42.

Det avgjørende må være at ansatte og tillitsvalgte er tilstrekkelig uavhengige fra næringslivet ved et forbud mot å delta i næringsvirksomhet innenfor vedkommendes saksområdet i banken. Det hevdes derfor at finansforetaksloven §9-3 oppstiller et for strengt forbudt vedrørende deltakelse i næringslivet.

5. Finansforetaksloven §9-4 vedrørende forbud mot å motta godtgjørelser fra andre enn finansforetaket

5.1 Innledning

Finansforetaksloven §9-4 oppstiller et forbud mot å motta godtgjørelser fra andre enn finansforetaket. Den svarer i det vesentlige til asl. §6-17 og asal. §6-17.⁹³ Finansforetak organisert som aksjeselskap har vært regulert av asl. §6-17, jf. asl. §1-1. Asal. §6-17 har regulert sparebanker og gjensidige forsikringsforetak, jf. spbl. §20 og fbl. §5-3.

Finansforetaksloven §9-4 har forrang for asl. §6-17 og asal. §6-17, jf. finansforetaksloven §7-4. Finansforetak som tidligere var regulert av asl. §6-17 og asal. §6-17 reguleres, heretter av finansforetaksloven §9-4.

Hovedfokuset i kapittelet er å redegjøre for hvordan finansforetaksloven §9-4 skiller seg fra asl. §6-17, og hva som er begrunnelsen for dette. I punkt 5.4 foretas en vurdering av om finansforetaksloven §9-4 er en god regel.

Det skal i punkt 5.5 redegjøres for hvilken selvstendig betydning finansforetaksloven §9-4 har ved siden av strl. §§275, 276 og 276a om økonomisk utroskap og korrupsjon.

5.2 Hvem omfattes av forbudet om å motta godtgjørelse fra andre enn finansforetaket?

5.2.1 ”Styremedlem”, ”daglig leder” og ”ansatte” i ”et finansforetak”

Hvem som regnes som ”styremedlem” og ”daglig leder” er tidligere gjennomgått i punkt 2.2.1. Etersom finansforetaksloven §9-4 omhandler mottakelse av godtgjørelser oppstår det likevel noen problemstillinger knyttet til ”styremedlemmer” og ”daglig leder”, som ikke gjør seg gjeldende ved finansforetaksloven §§9-1 til 9-3. Det skal bl.a. redegjøres hvorvidt bestemmelsen omfatter fremtidige og tidligere styremedlemmer eller daglige leder. Det skal imidlertid først redegjøres for hvem som omfattes av ”ansatte” i finansforetaksloven §9-4.

⁹³ NOU 2011: 8 bind B s. 783.

Ordlyden ”andre ansatte i et finansforetaket” omfatter arbeidstakere i finansforetaket. Bestemmelsen skal forhindre omgåelse i form av at et styremedlem benytter underordnede som stråmenn.⁹⁴

Ordlyden ”ansatte” omfatter ansatte i et datterforetak innenfor et konsern. Ansatte i datterforetaket kan derfor ikke motta godtgjørelse fra andre enn datterforetaket, se mer om dette under punkt 5.3.2.

Et spørsmål er finansforetaksloven §9-4 omfatter aksjeselskap hvor ”styremedlemmer, daglig leder” eller ”ansatte” alene eller sammen med andre har ”bestemmende innflytelse” etter asl. §1-3(2). Tilfellet omfattes ikke av ordlyden. Spørsmålet er om ordlyden kan tolkes utvidende.

Juridisk teori har fastsatt at asl. §6-17 før lovendringen i 2006 omfatter aksjeselskap hvor styremedlemmer, daglig leder eller ansatte har ”bestemmende innflytelse”, jf. asl. §1-3(2).⁹⁵ Finansforetaksloven §9-4 svarer i det vesentlige til asl. §6-17 før lovendringen i 2006.⁹⁶ Asl. §6-17 før lovendringen i 2006 omhandlet i likhet med finansforetaksloven §9-4 godtgjørelser som styremedlemmer, daglig leder og ansatte mottar ”i anledning av sitt arbeid”. I tillegg er begge bestemmelsene er begrunnet i ansattes og tillitsvalgtes uavhengighet.⁹⁷ Rettskilder knyttet til asl. §6-17 før lovendringen i 2006 har dermed overføringsverdi til finansforetaksloven §9-4. Teorien tas til inntekt for at finansforetaksloven §9-4 kan tolkes utvidende.

En slik forståelse underbygges av det åpner for omgåelse av bestemmelsen, dersom vedkommende kan benytte et selskap til å motta en godtgjørelse for seg. På bakgrunn av den nevnte teorien, samt hensynet til å unngå omgåelse, tolkes finansforetaksloven §9-4 utvidende til å omfatte aksjeselskap hvor ”styremedlemmer, daglig leder” eller ”ansatte” har ”bestemmende innflytelse” etter asl. §1-3(2).

⁹⁴ Tore Bråthen og Ole Gjems- Onstad, *Moderne forretningsjus*, Oslo 2001 s. 18 (heretter ”Bråthen og Gjems-Onstad”).

⁹⁵ Bråthen og Gjems – Onstad s. 18.

⁹⁶ NOU 2011: 8 bind B s. 783.

⁹⁷ For asl. §6-17 fremkommer dette bl.a. av Bråthen og Gjems – Onstad s. 14-16. For finansforetaksloven §9-4 se NOU 2011: 8 bind B s. 783

Et annet spørsmål er om bestemmelsen omfatter tidligere ”styremedlemmer”, ”daglig leder ” og ”ansatte”. Utgangspunktet er at finansforetaksloven §9-4 varer til styrevervet eller stillingen opphører.⁹⁸ Bestemmelsen er ikke til hinder for at styremedlemmer eller ansatte kan motta godtgjørelser som er avtalt etter at ansettelsesforholdet er avsluttet.⁹⁹ Dette fordi godtgjørelsen ikke har påvirket vedkommendes utførelse av stillingen eller vervet.

Spørsmålet er om finansforetaksloven §9-4 omfatter når ”styremedlemmer”, ”daglig leder ” og ”ansatte i et finansforetaket” avtaler en godtgjørelse under ansettelsesforholdet, men mottar godtgjørelsen etter at ansettelsesforholdet er avsluttet.

Ordlyden i finansforetaksloven §9-4 er taus vedrørende problemstillingen.

Høyesterett har i Rt. 1923 s. 630 fastsatt at det avgjørende etter aktieloven 1910 §56 var om godtgjørelsen hadde sammenheng med vedkommendes arbeid for selskapet.¹⁰⁰ Juridisk teori har lagt til grunn at dommen har relevans til spørsmålet om tidligere styremedlemmer var omfattet av asl. §6-17 før lovendringen i 2006.¹⁰¹ Rettskilder knyttet til asl. §6-17 har overføringsverdi, se punkt 5.2.1. Teorien tas til inntekt for at dommen har overføringsverdi til finansforetaksloven §9-4. Dommen tilsier at finansforetaksloven §9-4 omfatter tidligere ”styremedlemmer”, ”daglig leder” og ”ansatte”, dersom godtgjørelsen har sammenheng med vedkommendes arbeid i finansforetaket.

Hensynet til å unngå omgåelse av bestemmelsen trekker i samme retning. Det åpner for omgåelse, dersom styremedlemmer eller ansatte kan vente med å motta godtgjørelsen til ansettelsesforholdet er avsluttet. På bakgrunn av den nevnte høyesterettsdommen, samt hensynet til å unngå omgåelse, omfatter finansforetaksloven §9-4 tidligere ”styremedlemmer”, ”daglig leder” og ”ansatte”. Dette gjelder likevel kun dersom godtgjørelsen har sammenheng med vedkommendes arbeid i finansforetaket.

Det kan også stilles spørsmål om finansforetaksloven §9-4 omfatter fremtidige ”styremedlemmer”, ”daglig leder ” og ”ansatte”. Spørsmålet kommer på spissen når en

⁹⁸ Bråthen og Gjems – Onstad s. 17.

⁹⁹ Bråthen og Gjems – Onstad s. 17.

¹⁰⁰ Bråthen og Gjems- Onstad s. 17.

¹⁰¹ Bråthen og Gjems- Onstad s. 17.

aksjeinnbyder mottar provisjon fra en tredjeperson i forbindelse med stiftelse av selskapet, og aksjeinnbyderen på et senere tidspunkt blir ansatt, daglig leder eller styremedlem i finansforetaket.¹⁰² Finansforetaksloven §9-4 regulerer ikke tilfellet. Spørsmålet er om finansforetaksloven §9-4 kan anvendes analogisk, eller om et slikt krav må fremmes etter alminnelig erstatningsrettslige regler. Spørsmålet har vært oppe i noen rettsavgjørelser knyttet til asl. §6-17 før lovendringen i 2006. Rettskilder knyttet til bestemmelsen som nevnt overføringsverdi, se punkt 5.2.1.

Høyesterett har i Rt. 1931 s. 41 uttalt at skibsaktieloven 1916 §56(2) ikke kunne anvendes analogisk på en aksjeinnbyder, som mottok provisjon ved stiftelse av selskapet. Asl. 1916 §56(2) har likhetstrekk med finansforetaksloven §9-4.¹⁰³ Dommen taler derfor mot en analogisk tolking. Dommen er imidlertid gammel, slik at den har begrenset vekt.

Finansforetaksloven §9-4 er på legalitetsprinsippets område, samt at aksjeloven og finansforetaksloven er gjennomregulerte rettsområder. Det skal derfor mer til for at finansforetaksloven §9-4 kan anvendes analogisk.

I tillegg skiller en aksjeinnbyderen seg fra tillitsvalgte og ansatte i et finansforetak. En aksjeinnbyder er i motsetning til tillitsvalgte og ansatte i et finansforetak ikke i et tjenesteforhold til selskapet, og kan ikke inngå avtaler med bindende virkning for selskapet. Dette taler også mot at finansforetaksloven §9-4 kan anvendes analogisk på en aksjeinnbyder, som mottar provisjon av en tredjeperson ved stiftelse av selskapet.

I ND 1982 354 ble et disponentselskap, som var stifter av et kommandittselskap, dømt til å tilbakebetale en ulovlig mottatt godtgjørelse. Det avgjørende var at aksjeinnbyderen hadde ansvar for stiftelsen etter aksjeloven 1957 §13 nr. 5 a siste punktum, som retten anvendte analogisk på kommandittselskap. Denne bestemmelsen er ikke videreført i aksjelovgivningen. Juridisk teori har imidlertid lagt til grunn at resultatet i saken kunne vært bygget på at disponentselskapet hadde handlet illojalt ovenfor selskapet etter asl. 1957 §59. Asl. 1957 §59 har likhetstrekk med asl. §6-17, og teorien har fastsatt at saken kunne vært løst etter asl. §6-

¹⁰² Mathisen s. 342.

¹⁰³ Mathisen s. 342.

17.¹⁰⁴ Teorien, samt den ovennevnte voldgiftsdommen, kan derfor tas til inntekt for at finansforetaksloven §9-4 kan anvendes analogisk. En slik forståelse underbygges av hensynet til å unngå omgåelse av bestemmelsen.

Teorien og voldgiftssaken tillegges avgjørende vekt ettersom de er av nyere dato enn den ovennevnte høyesterettsavgjørelsen. Finansforetaksloven §9-4 kan dermed anvendes analogisk på aksjeinnbydere, som mottar godtgjørelse fra en tredjeperson ved stiftelse av selskapet, og på et senere tidspunkt blir ”styremedlem(mer)”, ”daglig leder” eller ”ansatt(e)” i finansforetaket.

5.2.2 Godtgjørelser til styremedlemmenes nærstående etter asal. §1-5

Godtgjørelser som styremedlem, daglig leder og ansatte ikke kan motta, kan heller ikke mottas av vedkommendes ”nærstående etter asal. §1-5”, jf. finansforetaksloven §9-4(2). Personkretsen er videre enn om den skulle omfattet ”personlig nærstående” i asal. §1-5(2). Det innebærer at bl.a. søsken, slektninger i både opp – og nedstigende linje og søsken til ektefelle/samboer omfattes av forbudet. Finansforetaksloven §9-4 skiller seg fra asl. §6-17 ved at den omfatter ”ansattes nærstående”. Den nye regelen omfatter dermed en videre personkrets enn asl. §6-17.

5.3 Rekkevidden av forbudet mot å motta godtgjørelse fra andre enn finansforetaket etter finansforetaksloven §9-4.

5.3.1 Det må foreligge en ”godtgjørelse”

Ordlyden ”godtgjørelse” omfatter enhver form for berikelse.¹⁰⁵ Det har ingen betydning om godtgjørelsen har form som finansobjekt, realobjekt eller immateriell rettighet.¹⁰⁶ Det er tilstrekkelig at godtgjørelsen har økonomisk verdi, og det kan ikke innfortolkes et krav om at godtgjørelsen skal være omsettelig. Det avgjørende er om ytelsen er egnet til å oppfattes som en ”godtgjørelse” ut fra objektive kriterier.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Mathisen s. 343.

¹⁰⁵ Mathisen s. 347.

¹⁰⁶ Bråthen og Gjems-Onstad s. 20.

¹⁰⁷ Mathisen s. 347.

Det fremkommer av forarbeidene at vilkåret ”godtgjørelse” ikke omfatter mindre og minnelige gaver i tilknytning til spesielle begivenheter og høytider, så lenge det er i samsvar med retningslinjer vedtatt av finansforetaket.¹⁰⁸ Begrepet ”godtgjørelse” avgrenser dermed mot alminnelig kundepleie. Hensynet til at næringslivet skal kunne profilere selskapet, ivareta kunder og etablere nye relasjoner til finansforetak tilsier at tillitsvalgte og ansatte i finansforetak bør kunne motta alminnelig kundepleie. I tillegg er slike ytelser av begrenset økonomisk verdi, slik at det er liten risiko for at det skal oppstå en interessekonflikt.

Det kan spørres om når en verdioverføring kan karakteriseres som alminnelig kundepleie, slik at den ikke omfattes av ”godtgjørelse” i finansforetaksloven §9-4.

Strl. §276a regulerer korrupsjon, og avgrenser i likhet med finansforetaksloven §9-4 mot alminnelig kundepleie. Spørsmålet er om strl. §276a, samt hensynene bak, er tilstrekkelig lik til at rettskilder knyttet til strl. §276a kan veiledning vedrørende grensedragningen mellom ”godtgjørelse” og alminnelig kundepleie.

Etter strl. §276a må det være tale om en ”utilbørlig fordel”. Det fremkommer av forarbeidene at det ikke er tilstrekkelig at forholdet er kritikkverdig, men at det må foreligge et klart klanderverdig forhold.¹⁰⁹ Vilkåret ”utilbørlig fordel” oppstiller således en høyere terskel enn ”godtgjørelse” i finansforetaksloven §9-4. Strl. §276a omfatter imidlertid korrupsjon innenfor privatrettslig sektor.¹¹⁰ Det innebærer at strl. §276a kan overlape tilfeller som rammes av finansforetaksloven §9-4. I tillegg er strl. §276a i likhet med finansforetaksloven §9-4 begrunnet i hensynet til vedkommendes uavhengighet og tillit fra allmennheten.¹¹¹ Bestemmelsene, samt hensynene bak, er dermed tilstrekkelig lik til at rettskilder knyttet til strl. §276a har overføringsverdi. Spørsmålet er hva som kan utledes av rettskildene knyttet til strl. §276a.

¹⁰⁸ Prop.125 L (2013-2014) lov om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven) s. 109.

¹⁰⁹ NOU 2002: 22 s. 31.

¹¹⁰ NOU 2002: 22 s. 30.

¹¹¹ For finansforetaksloven §9-4 fremgår det av NOU 2011: 8 bind B s. 783 og 781. For strl. §276a fremkommer dette av bl.a. av Rt. 2014 s. 786 avsnitt 17 og NOU 2002: 22 s. 30 flg.

Forarbeidene til strl. §276a fastsetter at vurderingsmomenter er ”ytelsens formål, ytelsens art og verdi,(...) hvilket regelsett som eksisterer i bedriften(..) og ellers hvilken posisjon henholdsvis giver og mottaker til ytelsen har”.¹¹²

Rt. 2014 786 omhandlet grensen mellom korrupsjon i strl. §276a og lovlig kundepleie. Høyesterett kom frem til at tre middager på til sammen 4454 kr ikke kunne anses som ”utilbørlig fordel” etter strl. §276a. I dommen viser Høyesterett også til lagmannsrettens uttalelse om at ”arrangementene tidsmessige ikke var lagt til forestående konkrete beslutninger”. Det ble således lagt vekt på at berikelsen ikke var gitt i en forhandlingssituasjon. Dette fordi det er større risiko for at vedkommende skal bli påvirket i en forhandlingssituasjon ettersom avtalen ikke er ferdig utformet.

Det utledes fra forarbeidene og høyesterettsdommen knyttet til strl. §276a at ytelsens verdi, formål, tidspunkt den blir gitt, samt regelsett i finansforetaket, er viktige vurderingsmomenter ved grensedragningen mellom ”godtgjørelse” og alminnelig kundepleie etter finansforetaksloven §9-4.

5.3.2 Godtgjørelsen må være ”i anledning av sitt arbeid for foretaket”

Ordlyden ”i anledning av sitt arbeid” oppstiller et krav om at det må være en sammenheng mellom godtgjørelse og arbeidet i finansforetaket. Finansforetaksloven §9-4 omfatter all form for returkomisjon, kommisjon og annet vederlag.¹¹³

Ordlyden omfatter også formuesoverføringer som mottas ved passivitet. Dette fordi ordlyden ikke stenger for en slik forståelse, og det kan være i tredjemanns interesse at selskapet forholder seg passivt. Formålet om å ivareta tillitsvalgtes og ansattes uavhengighet gjør seg dermed gjeldende.

¹¹² Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 29.

¹¹³ NOU 2011: 8 bind B s. 785.

Etter finansforetaksloven §9-4(1)2. pkt. rammer bestemmelsen også når en medkontrahent eller en av dennes representanter har betinget seg godtgjørelse hos foretaket. Det gjelder ingen reservasjon for når det følger av kutyme at selskapet skal betale mellommannsgodtgjørelse.¹¹⁴

Det kan spørres om vilkåret ”i anledning av sitt arbeid” skiller seg fra den tidligere regelen i asl. §6-17. Asl. §6-17 setter forbud mot å motta godtgjørelser i anledning av ”rettshandel”. Det skal dermed kartlegges hvordan vilkåret ”i anledning av sitt arbeid” skiller seg fra begrepet ”rettshandel”.

I motsetning til vilkåret ”rettshandel” oppstiller ikke vilkåret ”i anledning av sitt arbeid” krav om at godtgjørelsen må være knyttet til en avtaleinngåelse eller beslutningstype.¹¹⁵

Finansforetaksloven §9-4 skiller seg også fra asl. §6-17 ved at den omfatter tilfelle hvor en kreditor gir godtgjørelse til et styremedlem. Det samme gjelder når et styremedlem i et datterselskap lønnes av morselskapet i et konsern. Finansforetaksloven §9-4 oppstiller dermed et strengere forbud mot å motta godtgjørelser enn asl. §6-17.

Det kan spørres hvorfor finansforetaksloven §9-4 oppstiller et strengere forbud enn aksjeloven §6-17 vedrørende adgangen til å motta godtgjørelse fra andre enn finansforetaket.

Forarbeidene fastsetter at det i forlengelsen av finansforetaksloven §§9-1 til 9-3 foreligger et behov for en utbygging av bestemmelsene i finanslovgivningen, som skal ivareta tillitsvalgtes og ansattes uavhengighet.¹¹⁶ Finansforetaksloven §9-4 oppstiller derfor en strengere regel for å imøtekomme et behov for et strengere regelverk vedrørende uavhengighet for tillitsvalgte og ansatte i finansforetak.

I tillegg oppstiller finansforetaksloven §9-4 en strengere regel for at tillitsvalgte og ansatte i større grad skal være uavhengige av morselskapet og kreditor.¹¹⁷ Ved at tillitsvalgte og ansatte ikke kan motta godtgjørelse fra kreditor eller morselskap sikrer finansforetaksloven §9-4 at vedkommende ikke føler seg forpliktet til å handle i samsvar med morselskapets eller

¹¹⁴ Magnus Aarbakke, Jan Skåre, Gudmund Knudsen, og Tone Ofstad, *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*, 3. utgave Oslo 2012 s. 502 (heretter ”Aarbakke, Skåre, Knudsen og Ofstad”).

¹¹⁵ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 366.

¹¹⁶ NOU 2011: 8 bind B s. 781.

¹¹⁷ NOU 2011: 8 bind B s. 783.

kreditors interesse. Dette er viktig fordi morselskapets interesser ikke alltid samsvarer med finansforetakets interesser, se punkt 2.3.4 foran. Kreditors interesse er heller ikke alltid i samsvar med finansforetakets interesse. Kreditor vil først og fremst sikre sin egen investering i selskapet, og at selskapet oppfyller sine forpliktelser overfor kreditor.¹¹⁸

Videre følger det av forarbeidene at finansforetaksloven §9-4 oppstiller en strengere regel enn asl. §6-17 fordi ordlyden ”rettshandel” ikke omfatter alle former for godtgjørelse som vil og bør være lovstridige. Ordlyden ”i anledning av sitt arbeid” omfatter i større utstrekning godtgjørelser som kan være lovstridige etter reglene om myndighetsmisbruk, inhabilitet og konserninterne transaksjoner.¹¹⁹ Finansforetaksloven §9-4 oppstiller derfor en strengere regel for å i større grad omfatte handlinger som bør være lovstridige.

I tillegg har finansforetak et større behov for klare linjer og ryddige forhold enn aksjeselskap. Forarbeidene til finansforetaksloven fremhever at asl. §6-17 skaper uønsket uklarhet om den skal gjelde på finansområdet. At det er et større behov for klare linjer i finanslovgivningen kan illustreres ved at fil. §2a-8(2) i motsetning til asal. §3-9 markerer et prinsipielt skille mellom foretak i et konsern.¹ Begrunnelsen for at finansforetak har et særlig behov for klare linjer og ryddige forhold er for å ivareta tilliten fra allmennheten om at beslutninger i finansforetak blir avgjort på saklig grunnlag.¹²⁰ Finansforetakene spiller som nevnt en viktig samfunnsøkonomisk rolle ettersom de har innvirkning på bedrifters og privatpersoners økonomi. Dette gjør seg ikke gjeldene for aksjeselskap. Finansforetaksloven §9-4 oppstiller derfor en strengere regel enn asl. §6-17 for å ivareta tilliten til allmennheten.

5.3.3 Unntak i finansforetaksloven §9-4(4) fra forbudet mot å motta godtgjørelse fra andre enn selskapet.

Styremedlem kan etter finansforetaksloven §9-4(4) motta ”vanlig mellommannsgodtgjørelse dersom styret i finansforetaket tillater dette og har fastsett regler om slik virksomhet”.

Mellommannsvirksomhet er når omsetningen gjelder et formuesgode som ikke tilhører

¹¹⁸ Mathisen s. 360.

¹¹⁹ NOU 2011:8 bind B s. 784.

¹²⁰ NOU 2011: 8 bind B s. 781.

mellommannen og er for tredjemanns regning.¹²¹ I motsetning til asl. §6-17 må styret godkjenne mellommannsgodtgjørelsen etter finansforetaksloven §9-4. Den nye regelen medfører derfor en snevrere adgang til å motta mellommannsgodtgjørelse.

5.4 Oppstiller finansforetaksloven §9-4 en god regel?

Ved å oppstille et strengere forbud enn asl. §6-17 vedrørende å motta godtgjørelser bidrar finansforetaksloven §9-4 i større grad til at tillitsvalgte og ansatte er uavhengige fra tredjepersoner. Ved å omfatte konserninterne transaksjoner og transaksjoner fra kreditor blir ansatte og tillitsvalgte mer uavhengige fra morselskapet og kreditor enn ved asl. §6-17. Uavhengige tillitsvalgte og ansatte sikrer at forretningsavtaler ikke blir mindre inntektsgivende, og at finansforetakets tillit og omdømme ikke utsettes for skade.

Det kan også hevdes at finansforetaksloven §9-4 i større grad ivaretar konkurransen mellom finansforetakene enn asl. §6-17. Dette fordi finansforetakene får like økonomiske rammebetingelser. Morselskap, kreditor eller aksjonærer kan ikke gi selskapet økonomisk bistand i form av å lønne ansatte eller styremedlemmer. Selskap med velstående aksjonærer, kreditorer eller morselskap, likestilles dermed med andre finansforetak.

I tillegg omfatter finansforetaksloven i større grad godtgjørelser som er forbudt etter andre bestemmelser. Det blir derfor mer tydelig og forutberegnlig hvilke godtgjørelser tillitsvalgte og ansatte kan motta. Det ovennevnte tilsier at finansforetaksloven §9-4 utgjør en god regel.

Det kan imidlertid hevdes at ut fra hensynet til forutberegnelighet burde finansforetaksloven §9-4 hatt en ikke uttømmende oppramsing av hvilke momenter, som er av betydning i vurderingen av om det foreligger en ”godtgjørelse”. Bestemmelsen kunne f. eks fastsatt at verdien av ytelsen, åpenhet rundt ytelsen og hvilket tidspunkt ytelsen blir gitt er av betydning. Ettersom et erstatningskrav fra selskapet, oppsigelse eller straff er inngripende sanksjoner, er det viktig at hensynet til forutberegnelighet ivaretas. I tillegg har næringslivet behov for å benytte kundebehandling for å bygge og ivareta relasjoner med finansforetak. Dersom det er uklart hva som anses som ”godtgjørelse”, kan det medføre at ansatte i bank ikke vil motta kundepleie fra næringslivet fordi de frykter å overtre finansforetaksloven §9-4.

¹²¹ NOU 1987: 14 s. 46.

Finansforetaksloven §9-4 burde derfor hatt en liste over hvilke momenter som er av betydning i relasjon om det forekommer en ”godtgjørelse”.

5.5 Hvilken selvstendig betydning har finansforetaksloven §9-4 ved siden av straffelovens regler om økonomisk utroskap og korrupsjon.

Strl. §§275 og 276 regulerer økonomisk utroskap, mens strl. §276a regulerer korrupsjon. Bestemmelsene er en strafferettslig regulering av å motta en ulovlig berikelse fra andre enn selskapet. De regulerer forholdet mellom styremedlemmer eller ansatte og påtalemyndighetene.¹²² Finansforetaksloven §9-4 er dels en strafferettslig regulering (§22-1), dels en offentligrettslig regulering (§22-2) og dels en privatrettslig regulering (§9-4(3)). Spørsmål er hvilken selvstendig betydning finansforetaksloven §9-4 ved siden av strl. §§275, jf. 276 og strl. §276a.

Ordlyden ”utilbørlig fordel”, jf. strl. §276a oppstiller som nevnt en høyere terskel enn ”godtgjørelse”, jf. finansforetaksloven §9-4. Vilkåret ”uberettiget vinning eller skade”, jf. strl. §275 skiller seg også fra ”godtgjørelse” ved at den oppstiller krav om tilegnelses- eller skadehensikt.¹²³ I tillegg gjelder det et strengere beviskrav og de materielle straffbarhetsvilkårene må være oppfylt ved straffelovens bestemmelser.¹²⁴ Strl. §§275, 276 eog 276a kommer til anvendelse innenfor både offentlig- og privat sektor.¹²⁵ Finansforetaksloven §9-4 rammer dermed tilfeller innenfor privat sektor, som ikke er så alvorlige at de rammes av strl. §§275, 276 eller 276a.

Ettersom strl. §§275, jf. 276 og 276a gjelder i privat sektor kan bestemmelsene overlappet tilfeller, som rammes av finansforetaksloven §9-4. Det kan derfor spørres om finansforetaksloven §9-4 alltid er overtrådt dersom strl. §§275, 276 eller 276a er overtrådt, eller om finansforetaksloven §9-4 er en selvstendig hjemmel.

¹²² Mathisen s. 321.

¹²³ Finn Haugen, *Strafferett – håndbok*, Oslo 2004 s. 280.

¹²⁴ Mathisen s. 321.

¹²⁵ For strl. §276a fremkommer det av NOU 2002: 22 s. 30. Ettersom strl. §§275 og 276 i likhet med strl. §276a omhandler vinningskriminalitet samt hensynet konsekvens i lovgivningen legges det til grunn at også strl. §§275 og 276 gjelder både i privat- og offentlig sektor.

Høyesterett fastsatte i Rt. 1995-1536 at strl. §275 er en selvstendig hjemmel ved siden av aksjeloven 1976 §8–16. De uttalte at den ikke kan ”tolkes så snevert at det bare omfatter vinning ved handlinger som er uttrykkelig forbudt i lov, arbeids- eller oppdragsavtale eller andre bestemmelser”.

Asl. 1976 §8-16 omhandler i likhet med finansforetaksloven §9-4 adgangen til å motta formuesoverføringer fra andre enn selskapet. I tillegg har rettskilder knyttet til aksjeloven som nevnt overføringsverdi. Dommen tas til inntekt for at strl. §§275, 276 og 276a er selvstendige hjemler ved siden av finansforetaksloven §9-4. De kan derfor være overtrådt uten at finansforetaksloven §9-4 er overtrådt. Hvorvidt det foreligger brudd på finansforetaksloven §9-4 er likevel et viktig moment i vurderingen av om strl. §§275, 276 og 276a er overtrådt.¹²⁶ Finansforetaksloven §9-4 har dermed selvstendig betydning i form av at den ikke nødvendigvis er overtrådt, dersom strl. §§275, 276 eller 276a er overtrådt.

Dernest kan det stilles spørsmål om det utgjør en god regel at finansforetaksloven §9-4 har selvstendig betydning som en privatrettslig, offentligrettslig og strafferettslig bestemmelse ved siden av strl. §§275, 276 eller 276a.

At finansforetaksloven §9-4 er en privatrettslig regel innebærer at arbeidsgiver kan anvende arbeidsrettslige sanksjoner, og at selskapet kan fremme et erstatningskrav, jf. finansforetaksloven §9-4(3). At bestemmelsen er en offentligrettslig regel innebærer at departementet kan gi pålegg, jf. finansforetaksloven §22-2. Det er klart at det er et behov for å kunne sanksjonere overtredelse av finansforetaksloven §9-4 med privatrettslige, arbeidsrettslige og offentligrettslige sanksjoner. Dette fordi bestemmelsen rammer mildere tilfeller enn etter strl. §§275, 276 eller 276a. Finansforetaksloven §9-4 rekker ikke for langt som privatrettslig eller offentligrettslig regel.

Etter finansforetaksloven §22-1 kan overtredelse av finansforetaksloven §9-4 sanksjoneres med bøter, eller under ”særlig skjerpene omstendigheter” fengsel inntil et år. Spørsmålet er om finansforetaksloven §9-4 rekker for langt som en straffesanksjonert bestemmelse. Det problematiske er om det bør kunne ilegges fengsel eller bøter ved overtredelse av

¹²⁶ Se LB-2009-141024 punkt 4.3.

finansforetaksloven §9-4, eller om straff etter strl. §§275, 276 eller 276a burde vært tilstrekkelig.

Det kan hevdes at det er et behov for å kunne ilegge straff ved mildere tilfeller enn hva som omfattes at §§275, 276 eller 276a. Dette fordi korrupsjon etter strl. §276a har en høy strafferamme og medfører en sterk samfunnsfordømmelse.¹²⁷ Finansforetaksloven §9-4 og 22-1 medfører at det kan ilegges straff innenfor privatsektor uten at det medfører like sterk samfunnsfordømmelse eller høy strafferamme som ved korrupsjon. Det kan hevdes at dette er en god regel ettersom fengsel eller bøter etter finansforetaksloven §9-4 kan virke preventivt. Prevensjonshensynet, herunder hensynet til at finansforetaksloven §9-4 skal ha en avskrekkende effekt og derigjennom bidra til å forhindre uønskede handlinger, tilsier at den ikke rekker for langt som en straffesanksjonert bestemmelse.

Det kan imidlertid virke uoversiktlig at det kan ilegges straff etter både finansforetaksloven §9-4 og strl. §§275, 276 eller 276a. Det må tillegges særlig vekt ettersom et viktig hensyn bak finansforetaksloven var å skape et oversiktlig regelverk.¹²⁸ Hensynet til et tydelig regelverk tilsier at den rekker for langt som en straffesanksjonert bestemmelse.

Det fremkommer av forarbeidene strl. §276a at et viktig hensyn bak kriminaliseringen av korrupsjon innenfor privat sektor er at forretningsavtaler kan bli mindre inntektsgivende, og foretakets omdømme og tillit kan utsettes for skade.¹²⁹ I tillegg kan korrupsjon medføre redusert konkurranse og virke illojalt ovenfor næringsdrivende og forbrukere.

Finansforetaksloven §9-4 rammer som nevnt mildere tilfeller enn strl. 276a. Det innebærer at tillitshensynet samt hensynet til rettferdig konkurranse ikke gjør seg like gjeldende ved finansforetaksloven §9-4 som ved strl. 276a. Det følger videre av forarbeidene til strl. §276a at bestemmelsen skal være et middel mot svart økonomi, herunder forhindre dokumentforfalskning, skatteunndragelser osv.¹³⁰ Dette hensynet gjør seg ikke særlig gjeldende ved finansforetaksloven §9-4. På bakgrunn av det ovennevnte er det ikke like sterke grunner for å ilegge straff etter finansforetaksloven §9-4 som etter strl. §§275, 276 eller 276a.

¹²⁷ Rt. 2014 s. 786 avsnitt 15.

¹²⁸ Prop 125 L (2013-2014) s. 18.

¹²⁹ NOU 2002:22 avsnitt 5.1 s. 30.

¹³⁰ NOU 2002:22 avsnitt 5.1 s. 30.

I tillegg må det legges vekt på at det kan ilegges både privatrettslige og offentligrettslige sanksjoner ved overtredelse av finansforetaksloven §9-4. Et erstatningskrav eller en oppsigelse m.v. kan virke inngripende på vedkommendes privatøkonomi. Det hevdes derfor at slike sanksjoner virker tilstrekkelig preventivt. Det kan også hevdes at det er større samsvar mellom mål og middel ved arbeidsrettslige, offentlige og privatrettslige sanksjoner. Dette fordi finansforetaksloven §9-4 rammer mildere tilfeller enn strl. §§275,276 og 276a. Dette trekker i retning av at det ikke burde ilegges straff ved overtredelse av finansforetaksloven §9-4.

Det avgjørende må være at andre sanksjoner kan virke tilstrekkelig preventivt, og er mer forholdsmessig enn straff ved overtredelse av finansforetaksloven §9-4. I tillegg er det ikke like sterke grunner for å ilegge straff ved finansforetaksloven §9-4 som ved strl. §§275,276 og 276a. Det burde derfor ikke være adgang til å ilegge straff ved overtredelse av finansforetaksloven §9-4. Konklusjonen er at finansforetaksloven §9-4 rekker for langt som en straffesanksjonert bestemmelse.

6. Avslutning

På bakgrunn av det som er gjennomgått i kapittel 2 til 5 oppstiller finansforetaksloven strengere regler vedrørende tillitsvalgte og ansattes uavhengighet enn den tidligere lovgivningen. Dette viser seg bl.a. ved at finansforetaksloven oppstiller et nytt forbud mot å være ansvarlig deltaker i ”selskap”, jf. sel. §1-2(1)bokstav a, enkeltpersonforetak, samt motta transaksjoner fra morselskap eller kreditor. I tillegg innsnevrer finansforetaksloven dispensasjonsadgangen fra forbudet mot gjensidig representasjon.

Ved å oppstille strengere regler ivaretar finansforetaksloven i større grad at tillitsvalgte og ansattes uavhengighet, samt konkurranse mellom finansforetak, enn de gamle reglene. Det kan imidlertid hevdes at finansforetaksloven burde tatt mer hensyn til konkrete omstendigheter for det enkelte finansforetak, og hensyn til tillitsvalgte og ansattes handlefrihet. Dette ble i større grad ivaretatt ved den gamle lovgivningen.

Etter flere av bestemmelsene kreves det samtykke fra styret, for at unntakene fra reglene om uavhengighet skal komme til anvendelse. Da kan styret i stor grad sikre at tillitsvalgte og ansatte har den påkrevde uavhengighet.

Ved å overlate samtykke til styret er det imidlertid en risiko for styret setter begrensninger for tillitsvalgtes og ansattes handlefrihet, fordi de ikke vil risikere at en annen aktivitet skal redusere vedkommendes uavhengighet. Ansatte og tillitsvalgte har dermed ingen garanti for å få den handlefrihet, som unntakene gir rom for. Hensynet til ansattes og tillitsvalgtes handlefrihet, samt næringslivets behov for å benytte seg av kompetanse innenfor finansforetak, tilsier at finansforetaksloven i for stor grad krever samtykke fra styret. Loven burde derfor enten stille mindre krav til samtykke fra styret, eller ha snevrere unntak hvor samtykke fra styret ikke er nødvendig.

7. Kilder

7.1 Lover:

7.1.1 Lover

Lov om Kongeriket Norges Grunnlov LOV 17. mai 1814 ("Grunnloven")

Lov om finansforetak og finanskonsern 10 april. 2015 nr. 17 ("finansforetaksloven")

Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44 ("aksjeloven" eller "asl.")

Lov om allmennaksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 45 ("allmennaksjeloven" eller "asal.")

Lov om sparebanker 24. mai 1961 nr. 1 ("sparebankloven" eller "spbl.")

Lov om finansieringsvirksomhetsloven og finansinstitusjoner 6. oktober 1988 nr. 40 ("finansieringsvirksomhetsloven" eller "fil.")

Lov om forretningsbanker 24. mai 1961nr 2 ("forretningsbankloven" eller "fbl.")

Almindelig borgerlig straffelov 1902 22. mai nr. 10 ("straffeloven" eller "strl.")

Lov om eiendomsmegling 24. juni 1938 nr. 13 ("eiendomsmeglingsloven" eller "emgl")

Lov om sikringsordninger for banker, forsikringssekskapenes garantiordninger og offentlig administrasjon m.v. av finansinstitusjoner 6. desember 1996 nr. 75 (banksikringsloven).

Lov om forsikringssekskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. 10. juni 2005 nr. 44 ("forsikringsvirksomhetsloven" eller "forsvl.")

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni 2005 nr. 62 ("arbeidsmiljøloven" eller "aml.")

Lov om ansvarlige selskap og kommandittselskaper 21. juni 1985 nr. 83 ("selskapsloven" eller "sel.")

Lov om kommisjon 30. juni 1916 nr. 1 ("kommisjonsloven" eller "kml.")

Lov om handelsagenter og handelsreisende 19. juni 1992 ("agenturloven" eller "agl.")

Lov om verdipapirhandel 2007 29. juni nr. 75 ("verdipapirhandelloyen" eller "vphl.")

Lov om regulerte markeder 2007 29. juni nr. 74 ("børsloven")

Lov om skatt av formue og inntekt 25. mars 1999 nr. 14 ("skatteloyen" eller "sktl.")

7.1.2 Opphevede lover:

Aktieloyen 1910 19. juli nr. 1 ("aktieloyen 1910")

Skibsaktieloyen. Lov 1916 26. juli nr. 9 ("skibsaktieloyen 1916")

Lov om aksjeselskaper 1976 4. juni nr. 59 ("aksjeloyen 1976")

Arbeidsmiljøloyen 1977 4. februar nr. nr. 4. ("Arbeidsmiljøloyen 1977")

7.2 Forskrifter:

Forskrift 1. Juni 1990 nr. 433 om gjensidig representasjon i styrende organer ("forskriften")

7.3 EU direktiv

Capital requirements directive IV, 27.06.2013, (2013/36/EU)

Solvency II Directive, 17.01.2015, (2009/138/EC)

7.4 Offentlige dokumenter

Finansdepartementet. 20.06.2014. Prop. 125 L (2013-2014) lov om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven). Tilgjengelig på

<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/Prop-125-L-20132014/id763465/>.

Finansdepartementet. 27.05.2011. NOU 2011:8 B Ny finanslovgivning, lov om finansforetak og finanskonsern, utredning nr. 24 fra Banklovkommisjonen. Tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/NOU/forarbeid/nou-2011-8b?searchResultContext=1287>.

Finans- og tolldepartementet, FIN. mars 1987. NOU 1987: 14 Eiendomsmegling. Hentet fra <https://lovdata.no/pro/#document/NOU/forarbeid/nou-1987-14?searchResultContext=1815>.

Finans- og toll departementet. 10.02.1986. NOU 1986:5 konkurransen på finansmarkedet. Hentet fra <https://lovdata.no/pro/#document/NOU/forarbeid/nou-1986-5?searchResultContext=2043>

Justis og beredskapsdepartementet. 25.04.2003 Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon), Hentet fra <https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-78-200203?searchResultContext=1239>.

Finansdepartementet. 02.04.2004. Ot.prp. nr. 52 (2003-2004) Om lov om endringer i lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag mv. (gjennomføring av forordning (EF) 2560/2001 om betalinger på tvers av landegrensene i euro (euroforordningen) m.m.) Hentet fra https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-52-200304/KAPITTEL_3-1.

Innstilling om lov om sparebanker og lov om forretningsbanker fra Penge og Bankkomiteen 1950. 19.12.1958. Tilgjengelig på www.rettsdata.no.

Stortinget. 19.12.2011. Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Tilgjengelig på <https://www.stortinget.no/Global/pdf/Dokumentserien/2011-2012/dok16-201112.pdf>.

Arbeids- og sosialdepartementet. 25.02.2005. Ot.prp. nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-49-200405?searchResultContext=5020>.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet. 02.04.1976. Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

Tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-41-197576?searchResultContext=5836>.

Finans- og tolldepartementet, FIN Banklovkommisjonen. 18.08.1998. NOU 1998: 14

Finansforetak m.v utredning nr. 4 fra banklovkommisjonen. Tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/NOU/forarbeid/nou-1998-14?searchResultContext=1127>.

Justis- og politidepartementet, 18.12.2002, NOU 2002:22 En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon, tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/NOU/forarbeid/nou-2002-22>.

Finansdepartementet. 15.12.2006. Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) om lov om eiendomsmegling.

Tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-16-200607?searchResultContext=1537>.

Finansdepartementet. 31.03.1989. Or.prp. nr. 59 om lov om eiendomsmegling. Tilgjengelig

på <https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-59-198889?searchResultContext=2039>.

7.5 Rettsavgjørelser

7.5.1 Høyesterettsdommer

Rt. 1923 s. 630

Rt. 1995 s. 1536

Rt. 1979 s. 1249

Rt. 1931 s. 41

Rt. 2014 s. 786

7.5.2 Lagmannsrettsavgjørelser

LB-2009-141024

LB – 2007-101453

7.5.3 Avgjørelser fra voldgiftsdomstolen

ND 1982 s. 354

7.5.3 Saker fra Finanstilsynet

9271-2/2002

04/4383

08616/2-2002

08/14250

09/10365

Glitnir Bank ASAs søknad om dispensasjon sendt 1. Desember 2008.

12/12028.

7.6 Litteratur

7.6.1 Bøker

- Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave (Oslo 2006)

- Bråthen, Tore og Gjems-Onstad, Ole, *Moderne forretningsjus* (Oslo 2001)

- Aarbakke, Magnus, Skåre, Jan, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone, og Aarbakke, Asle, *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer* (Otta 1999)

- Aarbakke, Magnus, Skåre, Jan, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone, og Aarbakke, Asle, *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*, 3. Utgave (Oslo 2012)

- Bråthen, Tore, *Eiendomsmeglingsloven kommentarutgave* (Oslo 2013)
- Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 5. Utgave (Oslo 2014)
- Woxholth, Geir, *Selskapsloven med kommentarer*, (Oslo 2005).
- Haugen, Finn, *Stafferett-håndbok*, 3. Utgave (Oslo 2004)
- Arne Fanebust, *innføring i arbeidsrett den individuelle del*, 3. Utgave (Oslo 2013)
- Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. Utgave (Oslo 2007)
- Smith, Eivind, Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 8. utgave (Oslo 2006)
- Lunde, Tore, Mestad, Ingvild, Lundby Michaelsen, Terje, *Markedsføringsloven med kommentarer* (Oslo 2010)
- Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fredrik, *Alminnelig strafferett*, 5. Utgave, (Oslo 2009)

7.6.2 Artikler

- Mathisen, Pål, ”Forbudet mot godtgjørelse fra andre enn aksjeselskapet: Reglene i aksjeselskapslovgivningen om forbudet mot og begrensningen av godtgjørelse fra andre enn aksjeselskapet”, *Tidsskrift for forretningsjus nr. 3*, 2003 s. 316-380.

7.6.3 Nettsider

Trond Dalheim. Kommentar til aml. §10-12 på rettsdata note 339. Hentet fra <http://abo.rettsdata.no.pva.uib.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D62z2EzA710z2D12#gL20050617z2D62z2EzA710z2D12> .

Finanstilsynets presedensregister. Tilgjengelig på <http://www.finanstilsynet.no/no/Venstremeny/Presedensregister/?lawid=>.

Jørgen Keiserud, note 93 til fil. §2-8, 12.05.201, tilgjengelig på

http://abo.rechtsdata.no.pva.uib.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=finansieringsvirksomhetslov&sDest=gL19880610z2D40#gL19880610z2D40z2EzA72z2D8

Jørgen Keiserud, note 66 knyttet til forretningsbankloven §19, 14.04.2014, tilgjengelig på

http://abo.rechtsdata.no.pva.uib.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=fbl&sDest=gL19610524z2D2#gL19610524z2D2z2EzA719

Jørgen Keiserud, note 68 til forretningsbankloven §19, tilgjengelig på www.rechtsdata.no
14.05.2014.