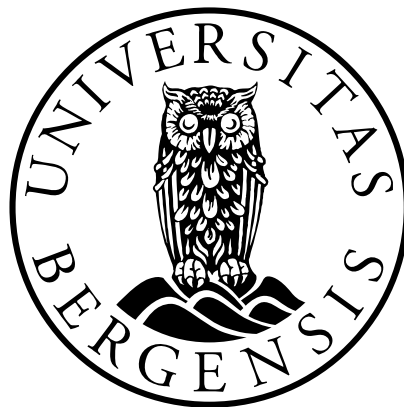


En analyse av kommende endringer i aksjeloven § 3-8

Kandidatnummer: 100

Antall ord: 14 462



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og rettslig plassering.....	3
1.2 Avgrensning og presisering	4
1.3 Rettskildebilde og metodiske utfordringer	5
1.4 Veien videre.....	5
2 Historikken bak aksjeloven § 3-8.....	6
3 Hensyn.....	8
3.1 Generelt om hensyn	8
3.2 Vern av aksjonærer	8
3.3 Vern av selskapskreditorer	9
3.4 Hensynet til åpenhet og kontroll.....	10
4 Endringer.....	12
4.1 Generelt om endringene.....	12
4.2 Utvidet krav til dokumentasjon	12
4.2.1 Innholdet i redegjørelsen	12
4.2.2 Innholdet i erklæringen.....	13
4.2.3 Signeringen.....	14
4.2.4 Utsendelsen	15
4.3 Kompetanseendringer	16
4.3.1 Overføring av beslutningsmyndighet	16
4.3.2 Utvidet ansvar	17
4.4 Ny personkrets.....	18
4.4.1 Opphevelse av "opptre i forståelse med"	18
4.4.2 Nærstående av styremedlem og daglig leder	20
4.5 Unntakene	21
4.5.1 Terskelverdi.....	21
4.5.2 Minstebeløp	23
4.5.3 Forretningsmessige avtaler	25
4.5.4 Krisehåndtering etter finansforetaksloven	27
4.6 Rettsvirkningene av brudd.....	27

4.6.1	Generelt.....	27
4.6.2	Manglende styregodkjennelse.....	28
4.6.3	Godtrovurderingen	29
4.7	Delt ikraftsettelse.....	30
5	Avsluttende bemerkninger	32
6	Kilderegister	33

1 Innledning

1.1 Tema og rettslig plassering

Avtaler som inngås mellom selskaper og dets aksjonærer, medlemmer av ledelsen eller andre nærstående er både vanlige, praktiske og nødvendige, men slike avtaler medfører også en risiko. En part med en nær tilknytning til selskapet vil fort havne i en interessekonflikt når han eller hun gjennomfører en transaksjon med selskapet. Risikoen er at medkontrahentens interesser prioriteres på bekostning av selskapets interesser.

For å unngå dette finnes det en saksbehandlings- og gyldighetsregel i aksjeloven¹ og allmennaksjeloven² § 3-8 som regulerer avtaler mellom selskapet og en nærmere angitt krets av personer. Det er denne bestemmelsen og de kommende endringene av bestemmelsen som er temaet for oppgaven. Det er liten tvil om at tanken bak regelen er fornuftig og at den verner om viktige hensyn som aksjelovene skal ivareta. Til tross for dette har både reglens utforming og eksistens vært gjenstand for kritikk fra flere hold.³

Bestemmelsen kommer til anvendelse i et høyt antall saker, og antall meldepliktige avtaler som var innrapportert i 2018 var 2681.⁴ Kostnaden for å følge saksbehandlingsreglene i bestemmelsen vil variere fra avtale til avtale, men de ble av aksjelovutvalget som leverte NOU 2016: 22 Aksjelovgivning for økt verdiskapning estimert til å gjennomsnittlig ligge på 25.000 kroner per avtale for både interne og eksterne kostnader, noe utvalget mente var "et meget nøkternt anslag" og at de kunne "være betydelig høyere".⁵ Gitt at man legger til grunn dette "nøkterne anslaget" til utvalget var kostnadene i 2018 på 67 millioner kroner. I seg selv er ikke 67 millioner kroner nødvendigvis et avskrekkende beløp, men dette er altså etter utvalgets syn et nøkternt anslag og kun en gjennomsnittsberegning. For noen transaksjoner vil kostnadene være langt høyere.

I alle tilfeller er det nødvendig med en begrunnelse for disse transaksjonskostnadene, og det er blitt stilt spørsmål om en slik begrunnelse egentlig eksisterer.⁶ Aksjelovutvalget konkluderte i 2016 med at bestemmelsen ikke burde "oppretholdes i sin nåværende form".⁷ Og noen har gått så langt som å anbefale bestemmelsen i sin helhet burde oppheves.⁸

Årsaken til kritikken har gjerne vært todelt, for det første har den gått på at bestemmelsen har et uklart virkeområde, både når det gjelder hvilke type avtaler som omfattes og for hvilke medkontrahenter den gjelder for. Og da konsekvensene med å ikke følge regelen er at avtalen er ugyldig antas det at mange avtaler behandles i tråd med bestemmelsen kun for at "man skal være på den sikre siden".⁹ Videre er det av de som mener at bestemmelsen i sin helhet burde oppheves, eller i det minste gjennomgå en dramatisk endring, vært hevdet at den ikke bringer noe nytt til bordet. De mener at bestemmelsen ikke er egnet til å ivareta interessene til kreditorer eller

¹ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

² Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.

³ Se f.eks NOU 2016: 22 s. 129, Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 43 og Perland (2004) s. 532-533,

⁴ Antallet er hentet fra søk i Brønnøysundsregistrene med kriteriene: dato: 01.01.2018 til 31.12.2018, sted: hele landet og kunngjøringstype: meldepliktige avtaler.

⁵ NOU 2016: 22 s. 140.

⁶ Se fotnote 3.

⁷ NOU 2016: 22 s. 149.

⁸ Perland og Sandvik (2016) s. 28, dette er en utredning bestilt av NHO som er en interesseorganisasjon for næringslivet og utført av blant annet Perland som er en kjent kritiker av bestemmelsen (se fotnote 3). Rapporten bør derfor ikke ubetinget legges til grunn som nøytral.

⁹ NOU 2016: 22 s. 140.

mindretallaksjonærer, og at de hensyn aksjeloven § 3-8 ønsker ivareta allerede er tilstrekkelig vernet i de andre reglene i aksjeloven og allmennaksjeloven.¹⁰ I lys av dette er synspunktet at kostnadene med å følge bestemmelsen vanskelig kan forsvares.

I Prop. 135 L har Regjeringen forslått endringer i blant annet aksje- og allmennaksjeloven § 3-8. Stortinget vedtok loven tirsdag 3. desember og det ble i statsråd fredag 6. desember bestemt at endringene i aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-8 skal tre i kraft fra 1. januar 2020, med unntak av aksjeloven § 3-8 annet ledd og allmennaksjeloven § 3-8 tredje ledd (se nærmere punkt 4.7).¹¹ Endringene kommer i forbindelse med en større endring av aksjelovgivning som blant annet har bakgrunn i et endringsdirektiv fra EU.¹² Lovendringen vil innebære at bestemmelsen som helhet fortsatt vil stille mange av de samme kravene som i dag, men likevel med flere vesensforskjellige endringer. Oppgaven vil ta for seg disse endringene og se nærmere på konsekvensen av dem, spesielt i lys av den tidligere kritikken som er rettet mot bestemmelsen.

1.2 Avgrensning og presisering

Bestemmelsen i dagens aksjeloven § 3-8 og allmennaksjeloven § 3-8 er tilnærmet identiske, og har i tidligere fremstillinger ofte av praktiske grunner blitt behandlet sammen.¹³ Også etter lovendringen vil aksjelovene § 3-8 være svært like, men på bakgrunn av kravene som stilles i endringsdirektivet vil det bli tatt inn nye bestemmelser i allmennaksjeloven §§ 3-10 til 3-19 som nå vil regulere noterte allmennaksjeselskaper.

Der man tidligere skilte mellom vanlige aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, og hvor bestemmelsene i hovedsak var likelydende vil det nå oppstå et skille hvor man på den ene siden har vanlige aksjeselskaper og unoterte allmennaksjeselskaper. Disse reguleres av de tilnærmet identiske § 3-8 i de respektive lovene, og noterte allmennaksjeselskaper på den andre siden som reguleres av allmennaksjeloven §§ 3-10 til 3-19.

Oppgaven vil derfor fokusere utelukkende på konsekvensene av endringen for aksjeselskaper og unoterte allmennaksjeselskaper, og da bestemmelsene i praksis vil være likelydende vil det bli tatt utgangspunkt i aksjeloven § 3-8. Betragtninger og funn i oppgaven vil derfor i de fleste tilfeller også gjelde for unoterte allmennaksjeselskaper, selv om det kan tenkes noen unntak. Spesielt kan det tenkes at siden ugyldighetsvirkningen nå er betinget av en godtrovurdering, vil dette fort kunne få forskjellig utslag i et aksjeselskap og et unotert allmennaksjeselskap, da en aksjeeier i et vanlig aksjeselskap ofte vil ha et langt nærmere forhold til selskapet enn en aksjonær i et allmennaksjeselskap (se nærmere om dette i punkt 4.6.3).

¹⁰ Perland (2004) s. 532-533.

¹¹ Lov 6. desember 2019 nr. 77 om endringer i aksjelovgivningen mv. (langsiktig eierskap i noterte selskaper mv.).

¹² Direktiv (EU) 2017/828.

¹³ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 14

1.3 Rettskildebilde og metode

Oppgaven tar for seg konsekvensene av en endring som per nå ikke har trådt i kraft, dette medfører at den nye bestemmelsen har et svært begrenset rettskildeomfang. Endringene viderefører likevel de fleste av hovedelementene i den nåværende bestemmelsen og mange av synspunktene vil fortsatt gjøre seg gjeldene.

Bestemmelsen har sin bakgrunn i EUs annet selskapsdirektiv, men har i dag et annet og til dels svært utvidet virkeområdet (se nærmere i punkt 2.1). Norsk aksjelovgivning har vært utviklet gjennom et nordisk samarbeid og andre nordiske kilder kan derfor vært til hjelp ved avklaring av rettsspørsmål på området.¹⁴ Men de danske og svenske bestemmelser som regulerer lignende forhold er likevel ikke direkte sammenlignbare med den norske bestemmelsen.¹⁵ Bestemmelsens særnorske karakter gjør derfor at utenlandsk rett er til begrenset hjelp.

De mange endringene bestemmelsen har vært gjennom siden sitt inntog i norsk rett gjør likevel at det eksisterer et bredt spekter av lovforarbeider og tilhørende høringsuttalelser, der forarbeidene til nåværende lovendring naturligvis vil komme i en særskilt viktig stilling. Videre har bestemmelsens praktiske natur gjort at det eksisterer en god del juridisk litteratur. Samtidig er det påfallende få avklarende dommer om en så praktisk og omdiskutert bestemmelse, det eksisterer noe ting- og lagmannsrettspraksis men ingen sentrale og avklarende dommer fra Høyesterett.

Oppgaven vil i første rekke ha en rettsdogmatisk tilnærming.¹⁶ Det aktuelle er hvordan bestemmelsen i tråd med rettskildelæren kan antas å bli praktisert i fremtiden. Men i forlengelsen av dette vil oppgaven også ha et mer rettspolitisk tilsnitt og ta stilling til om endringene faktisk er hensiktsmessige.

1.4 Veien videre

Det er nødvendig å se på hvordan nåværende bestemmelse kom til for at man skal kunne forstå motivasjonen bak de kommende endringene og konsekvensene av dem. Den historiske utviklingen fram til dagens bestemmelse vil derfor først bli presentert, deretter vil oppgaven se på hensynene som den nåværende bestemmelsen skal ivareta. Så vil de kommende endringene bli gjennomgått, og i den forbindelse vil også nåværende bestemmelse kort bli presentert i den grad det er nødvendig for å forstå hva endringene faktisk innebærer. Avslutningsvis kommer det noen betraktninger rundt konsekvensene av endringene.

¹⁴ Bråthen (2008) s. 49.

¹⁵ Svenske aktiebolagslagen 2. kap 29 § - 31 § og danske selskabsloven § 42, § 42 a, § 43 og § 44.

¹⁶ Slik beskrevet i Graver (2008).

2 Historikken bak aksjeloven § 3-8

Forløperen til dagens bestemmelse kom inn i norsk lov i 1995 og var da å finne som § 2-9 a i aksjeloven 1976¹⁷. Bakgrunnen for dette var EUs annet selskapsdirektiv¹⁸ som krevde tilpasninger av den norske aksjelovgivning.

Kravet som da ble stilt av EØS-retten var et krav om en kontrollregel av såkalt etterstiftelse eller "nachgründung", det vil si av avtaler om kapitalinnskudd i tiden etter at selskapet er stiftet. Regelen trengte etter direktivet kun gjelde for erverv av selskapets aktiva fra aksjonær, eier eller en nærstående av dem, og kun i de to første årene selskapets stiftelse, videre gjaldt den kun for allmennaksjeselskaper.¹⁹ Den norske regelen som ble innført på dette tidspunktet lå nært opp til minimumskravene som direktivet stilte.²⁰

Dagens bestemmelse i aksjeloven § 3-8 så deretter sitt lys ved innføringen av aksje- og allmennaksjeloven § 3-8 i 1997, og fikk på dette tidspunktet sitt virkeområde betraktelig utvidet.²¹ Reglen ble nå slik at den ikke skulle begrenses til en tidsperiode etter stiftelsen, da man mente at denne typen avtaler reiste særlige spørsmål uavhengig av når de ble inngått.²² Videre ble bestemmelsen også endret til å gjelde vanlige aksjeselskaper da man mente at de samme problemstillingene gjorde seg gjeldene for vanlige aksjeselskaper som for allmennaksjeselskaper.²³

Ved vedtakelsen av aksjeloven av 1997 ba justiskomiteen om at det skulle foretas en evaluering av loven fem år etter at den trådte i kraft.²⁴ I forbindelse med denne etterkontrollen ble det sendt ut et høringsbrev fra justisdepartementet hvor man anmodet om endringer i bestemmelsen. En av årsakene til dette var at man hadde fått innspill om at for mange avtaler ble rammet av bestemmelsen.²⁵ På bakgrunn av dette og Bondevik II regjeringens handleplan mot økonomisk kriminalitet ble det gjort diverse endringer.

Den siste lovendring av betydning²⁶ før de kommende endringene kom i 2013, også da på bakgrunn av at man mente at bestemmelsen fortsatt favnet for vidt og førte til unødvendig kostnader.²⁷ Men man landet likevel på at man ikke vil gjøre noen "vesentlige endringer i bestemmelsen i denne omgang".²⁸ Endringene innebar at to unntak ble tilføyd loven, avtaler som omfattes av aksjeloven § 8-7 for heleide foretaksgrupper og avtaler inngått i samsvar med reglene aksjeloven § 8-10 ble nå holdt utenfor bestemmelsens virkeområde.

Regelen har gått fra å være en ren regel som skulle hindre omgåelse av etterstiftelsesreglene til å være en langt mer generell regel som nå på et mer helhetlig vis skal kunne beskytte kreditorer og aksjonærer.²⁹ Og etter sine EØS-rettslige forpliktelser behøver Norge strengt tatt ikke reglene i aksjeloven § 3-8. Endringsdirektivet har kun effekt for noterte selskaper, og de foreslåtte

¹⁷ Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.

¹⁸ Annet rådsdirektiv 77/91/EØF.

¹⁹ Bråthen (2007) s. 67-68.

²⁰ NOU 1992: 29 s. 80.

²¹ NOU 2016: 22 s. 130

²² NOU 1996: 3 s. 50

²³ Ibid. s. 149.

²⁴ Innst. O. nr. 80 (1996-1997) s. 4

²⁵ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41

²⁶ Endring ved lov. 9. mai 2014 nr 16 gjaldt kun en presisering av et av de to unntakene som ble innført i 2013.

²⁷ Prop. 111 L (2012-2013) s. 78

²⁸ Ibid. s. 79.

²⁹ NOU 2016: 22 s. 131.

endringene i §§ 3-10 til 3-19 i allmennaksjeloven er tilstrekkelig til å oppfylle Norges EØS-rettslige forpliktelser.

De kommende endringene i aksjeloven § 3-8 må derfor først og fremst ses i sammenheng med det uttrykte ønsket om å ha likelydende bestemmelser i aksjeloven og allmennaksjeloven, så fremst "det ikke er gode grunner for noe annet", i tillegg til den nevnte kritikken av dagens bestemmelse.³⁰ Endringene i aksjeloven § 3-8 er derfor litt på siden av hovedformålet med de øvrige endringene i aksjelovgivningen som i stor grad går ut på å fremme langsiktig eierskap i noterte selskaper, samt å tilpasse loven til endringsdirektivet.

³⁰ Prop. 135 L s. 45.

3 Hensyn

3.1 Generelt om hensyn

Aksjelovgivning skal ivareta mange ulike og i blant motstridende hensyn.³¹ Reglene må være utformet på en økonomisk hensiktsmessig måte, de må både ivareta samfunnsøkonomiske hensyn men også evne å skape verdier for aksjonærene.³² Samtidig er det flere andre grupper som søkes beskyttet av reglene, deriblant leverandører, kreditorer og ansatte i aksjeselskapene.³³ Ofte vil reglene som skal verne de sistnevnte gruppene komme i konflikt med det selskapet selv mener er effektiv og hensiktsmessig drift av selskapet, og i en slik interesseavveining er det ikke noe klart svar på hva som skal veie tyngst.³⁴

Som nevnt i punkt 2 var aksjeloven § 3-8 i utgangspunktet en regel for å forhindre omgåelse av reglene om etterstiftelse, men den har hatt en betydelig utvikling siden og må nå anses som en langt mer generell bestemmelse som ivaretar flere ulike hensyn.³⁵ Når bestemmelsen i sin nåværende form har vært oppe til debatt er det spesielt tre overordnede hensyn som har vært fremhevet som sentrale: vern av aksjonærinteresser; vern av kreditorinteresser; hensynet til åpenhet og kontroll med avtaler.³⁶ Alle hensyn som aksjeloven som helhet også forsøker å ivareta.³⁷ Som oppgaven skal komme tilbake til er det likevel slik at ett av disse hensynene må anses å være mer fremtredende og viktig sammenlignet med de to andre.

En konkretisering av formålet bak bestemmelsen gjør også at det blir enklere å klarlegge ytterrammene for den nye bestemmelsen. I tvilstilfeller vil det kunne tenkes at dersom hensynene bak bestemmelsen i betryggende grad ivaretatt gjennom andre regler så trenger ikke transaksjonen i tillegg å behandles i tråd med reglene i aksjeloven § 3-8.³⁸ En gjennomgang av hensynene bak bestemmelsen er derfor nødvendig for å kunne klarlegge hvordan den nye bestemmelsen i fremtiden vil praktiseres. Det er også nødvendig for å vurdere om de kommende endringene faktisk har noe for seg, eller om dagens kritikk fortsatt vil gjøre seg gjeldende.

3.2 Vern for aksjonærer

I aksjeloven § 4-1 står det at "alle aksjer gir like rett i selskapet", dette er et utslag av det såkalte likhetsprinsippet om gjennomsyrrer både aksjeloven og allmennaksjeloven. Prinsippet går ut på at en enkelt aksje i utgangspunktet skal gi lik rett uavhengig av om eieren av aksjen er majoritetseier eller minoritetseier.³⁹ Videre finnes det i aksjelovgivningen også flere bestemmelser som gir minoritetsrettigheter hvor formålet er å beskytte minoriteten mot majoriteten.⁴⁰ Dette er to sentrale prinsipper som aksjeloven § 3-8 søker å ivareta.⁴¹

³¹ Prop. 111L (2012-2013) s. 20.

³² Braathen (2008) s. 56.

³³ Ibid.

³⁴ Prop. 111L (2012-2013) s. 20

³⁵ Braathen (2007) s. 69.

³⁶ NOU 2016: 22 s. 131

³⁷ Braathen (2008) s. 56-57

³⁸ Braathen (2007) s. 71

³⁹ Andenæs (2016) s. 127

⁴⁰ Ibid. s. 134

⁴¹ Berge og Røsås 2015 s. 13

Hensynet til å ivareta likhetsprinsippet og minoritetsvernet gjør seg kun gjeldene i selskaper hvor man har flere enn en aksjonær, og det er først i selskaper med flere aksjonærer at reglene aksjeloven § 3-8 kommer inn som et selvstendig moment for å verne om aksjonærer.⁴² Vernet ligger da i at selskapet må følge de saksbehandlingsregler som finnes i bestemmelsen, og mest sentralt er det at avtaler som faller innenfor virkeområdet til bestemmelsen må godkjennes av generalforsamlingen. Alle aksjonærer har i kraft av aksjeloven § 5-2 rett til å være tilstede på generalforsamlingen. Følges reglene i aksjeloven § 3-8 andre ledd vil all relevant informasjon om den potensielt skadelige avtalen bli bragt fram for alle aksjonærene som deltar, og enhver aksjonær vil ha mulighet til å påpeke eventuelle problemer de har med avtalen på generalforsamlingen. Denne muligheten gir likevel ingen materiell beskyttelse for minoritetsaksjonærer, det er ene og alene opp til flertallet i generalforsamlingen å bestemme om avtalen skal godkjennes. Og avstemmingen skjer etter de vanlige reglene om alminnelig flertall i aksjeloven § 5-17.

Dette betyr at flertallet kan velge å godkjenne avtaler til tross for at saksbehandlingsreglene i bestemmelsen ikke er oppfylt, det er for eksempel ikke nødvendig at det er på plass en redegjørelse eller revisorbekreftelse for at Generalforsamlingen skal kunne godkjenne avtalen. Flertallet kan også velge å godkjenne en avtale hvor redegjørelsen viser at det ikke er samsvar mellom ytelsene.⁴³ Aksjeloven § 3-8 oppstiller derfor ingen materiell beskyttelse for aksjonærer som ikke representerer flertallet i et selskap.

3.3 Vern av selskapskreditorer

Bestemmelsen skal også kunne gi en beskyttelse for selskapets kreditorer⁴⁴, som i praksis blir en beskyttelse av selskapets bundne egenkapital⁴⁵, og tanken er at man gjennom denne reguleringen forsøker forhindre avtaler som kan uthule denne egenkapitalen.

På samme måte som ved beskyttelsen av aksjonærinteressene gir ikke bestemmelsen noe materielt vern for kreditorerne, kreditorer må i utgangspunktet akseptere alle avtaler som selskapet velger å inngå. Det materielle vernet for kreditorerne ligger først og fremst i reglene om forsvarlig egenkapital i aksjeloven § 3-4, utdeling i aksjeloven § 3-6 og myndighetsmisbruk i aksjeloven § 5-21, og det er først ved brudd på disse reglene at kreditorerne vil kunne gripe inn i selskapets anliggender.⁴⁶ I motsetning til aksjonærer har kreditorer ikke noe krav på å delta på den generalforsamlingen hvor avtalen skal behandles. De har derfor verken rett på informasjon om at avtalen skal behandles på kommende generalforsamling eller mulighet til å utøve noe form for innflytelse ved å bringe opp sine reservasjoner rundt avtalen før den inngås.

En viss informasjonsverdi for kreditorerne er likevel å finne i bestemmelsen. Etter aksjeloven § 3-8 andre ledd siste punktum skal redegjørelsen for avtalen "uten opphold meldes til Foretaksregisteret". Dette vil gi kreditorerne et varsel om at det er inngått en potensielt skadelig avtale, dette er kun av begrenset verdi da kreditor ikke har noen direkte muligheter til å agere på bakgrunn av denne informasjonen. Det er heller ikke slik at et manglende varsel om redegjørelse til Foretaksregisteret er en gyldighetsforutsetning. Denne redegjørelsen skal riktignok kontrolleres

⁴² Perland og Sandvik (2016) s. 10.

⁴³ NOU 2016: 22 s, 141.

⁴⁴ NOU 1996: 3 s. 149.

⁴⁵ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 13.

⁴⁶ Perland og Sandvik (2016) s. 13.

av revisor, noe som indirekte gir en viss beskyttelse for kreditor da en tredjeperson er innblandet i avtalen. Men heller ikke revisorbekreftelse er som nevnt en gyldighetsforutsetning.

En kuriositet ved bestemmelsen er at i konkurssituasjoner vil et konkursbo kunne påberope seg ugyldighet etter § 3-8 hvis en avtalen har utviklet seg uheldig for selskapet og generalforsamlingen aldri godkjente den, dette til tross for at avtalen i seg selv var helt legitim ved inngåelsestidspunktet.⁴⁷ Dette kan i visse tilfeller være å anse som en tilfeldig fordel for kreditorene, men dette kan også gi selskapet en mulighet til å spekulere i om avtalen vil utvikle seg gunstig for dem.⁴⁸ Dersom selskapet ved avtaleinngåelse ikke gjennomfører generalforsamlingsgodkjennelse og avtalen senere skulle utvikle seg negativ vil det oppstå en mulighet til å slå en strek over avtalen. Dermed oppstår det en spekulasjonsadgang som kan skade medkontrahenten som potensielt er i kreditorposisjon.

Det eksisterer altså ikke noe materielt vern for kreditor etter bestemmelsen, og det er ytterst begrenset i hvor stor grad kreditor drar nytte av kravene om revisorbekreftelse av redegjørelsen og innrapportering av denne til Foretaksregisteret.

3.4 Hensynet til åpenhet og kontroll

Et bærende hensyn bak bestemmelsen er å sikre åpenhet og kontroll rundt den type avtaler "hvor det kan være grunn til å frykte at partene kan ha noe å skjule".⁴⁹ Det eksisterer et behov for at avtaler mellom selskapet og personer med en nær tilknytning til selskapet kommer fram i lyset og blir kjent.⁵⁰ Det er ikke nødvendigvis et hovedpoeng for bestemmelsen å fastslå at avtalene som inngås er ulovlige, men kravet om at avtalene skal fram i lyset og at det dermed blir åpenhet rundt dem vil kunne virke preventivt.⁵¹

Da bestemmelsen som nevnt ikke inneholder noen materielle begrensninger som gir noen faktisk beskyttelse av aksjonærer og kreditorer må hensynet til åpenhet og kontroll kunne sies å være det mest bærende hensynet. I NOU 2016:22 konkluderte utvalget endog med at "hensynet til åpenhet og kontroll om avtalen er det eneste gode argumentet som kunne tale for å videreføre reguleringen".⁵²

Etter regnskapsloven⁵³ § 7-30b "skal [det] opplyses om vesentlige transaksjoner med nærstående", og det kunne derfor tenkes at hensynet til åpenhet og kontroll med avtalen var ivarettatt gjennom denne bestemmelsen. Denne bestemmelsen gjelder likevel for en noe annen personkrets, eksempelvis er ikke mindretallsaksjonærer omfattet.⁵⁴ Videre vil opplysningene om avtalen kun bli presentert i forbindelse med årsregnskapet, og det kan derfor gå lang tid fra transaksjonen blir gjennomført til en aksjonær eller kreditor får kunnskap om den. På bakgrunn av dette konkluderte aksjelovsutvalget med at man trengte en selvstendig regel som skulle regulere aksjonærers rett på informasjon om nærstående transaksjoner.⁵⁵

⁴⁷ NOU 2016: 22 s. 143.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006), s. 45.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² NOU 2016: 22 s. 144

⁵³ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap.

⁵⁴ Forskrift 7. september 2006 nr. 1062 § 7-30b-1.

⁵⁵ NOU 2016: 22 s. 148.

Det ligger altså ingen materiell beskyttelse for mindretallaksjonær eller kreditor i aksjeloven § 3-8, vernet av disse stammer i realiteten fra at bestemmelsen skaper åpenhet om avtalene, og til en viss grad at en utenforstående kontrollerer avtalene i forbindelse med kravet til revisorgodkjenning. Som tidligere nevnt i punkt 3.1 vil det når det oppstår tvil om en transaksjon skal rammes av aksjelovens § 3-8 være relevant å se hen til om hensynene ivaretas gjennom andre regler i aksjeloven. Og da det nå legges til grunn at hensynet til åpenhet og kontroll i stor grad er hovedformålet bak bestemmelsen, så vil dette hensynet komme i en særstilling når man skal klargjøre rammene og virkningene av den nye bestemmelsen.

4 Endringer

4.1 Generelt om endringene

Sammenlignet med de foreslåtte endringene i NOU 2016:22 og i høringsnotatet⁵⁶ er ikke de kommende endringene så drastiske, bestemmelsen opprettholdes i sin nåværende form men med en rekke endringer. Kravet til generalforsamlingsgodkjennelse blir erstattet av et krav om styregodkjennelse. Manglende godkjennelse vil nå ikke lenger bety ubetinget ugyldighet da det innføres et krav om god tro hos medkontrahent. Det generelle unntaket for avtaler under et visst beløp videreføres, men det oppjusteres til 100 000 kroner. Mens terskelverdien for når avtalen er stor nok til å i det hele tatt omfattes av bestemmelsen endres til avtaler hvor den virkelige verdien av selskapets ytelse er mer enn 2,5 % av balansesum. Ellers gjøres det mindre endringer i personkretsen som regnes som nærstående. Saksbehandlingsreglene blir hovedsak de samme, men med visse endringer i kravene til dokumentasjonen.

4.2 Utvidet krav til dokumentasjon

Det ble i høringsnotatet foreslått at man skulle gå bort fra kravet om at redegjørelsen bekreftes av en revisor, dette forslaget ble av flere høringsinstanser møtt med skepsis og man har valgt å beholde dette kravet.⁵⁷ Det er likevel gjort flere endringer i hvordan dokumentasjonen skal utformes og hvem som må ta utforme de ulike delene.

4.2.1 Innholdet i redegjørelsen

Bestemmelsens tredje ledd første punktum vil nå lyde slik:

"Styret skal sørge for at det utarbeides en redegjørelse for avtalen etter reglene i § 2-6 første ledd og annet ledd."

Styret må etter endringene fortsatt sørge for at det utarbeides en redegjørelse i tråd med aksjeloven § 2-6 første og andre ledd i de tilfeller styret vurderer at aksjeloven § 3-8 kommer til anvendelse. At styret skal "sørge" for at redegjørelsen bli utarbeidet betyr at denne kan utarbeides av eksterne.⁵⁸ Det er likevel styret som har ansvaret for innholdet selv om redegjørelsen blir gjort av for eksempel en ekstern advokat.⁵⁹ Kravene til redegjørelsen vil variere alt ettersom hvilken type avtale det er snakk om, men generelt burde redegjørelsen inneholde en beskrivelse av avtalen, hvilke vurderingsprinsipper som er lagt til grunn og opplysninger om forhold som kan være av betydning.⁶⁰ Tidligere skulle denne redegjørelsen også inneholde en erklæring om at " *det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta*". Styret skal etter endringene fortsatt levere en slik erklæring, men denne skal ikke lenger inngå som en del av redegjørelsen og dermed ikke godkjennes av revisor.

⁵⁶ Forslaget i høringsnotatet er oppsummert i Prop. 135 L s. 46-49.

⁵⁷ Prop. 135 L s. 76

⁵⁸ Ved dagens løsning er det for unoterte ASA'er et krav om at redegjørelsen skal utarbeides av en uavhengig sakkyndig jf. allmennaksjeloven § 2-6 andre ledd. Dette blir nå endret slik at det i likhet med vanlige aksjeselskap er tilstrekkelig at revisor bekrefter en redegjørelse styret har utarbeidet.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 132

⁶⁰ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 79 -81

4.2.2 Innholdet i erklæringen

Bestemmelsens tredje ledd andre punktum vil nå lyde slik:

"Styret skal avgi en erklæring om at avtalen er i selskapets interesse, at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og at kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i § 3-4 vil være oppfylt."

Den nye bestemmelsen innfører nå et krav til en erklæring som skal holdes separat fra redegjørelsen. To av de tre momentene i erklæringen er helt nye da redegjørelsen etter den nåværende bestemmelsen som nevnt skal inneholde en erklæring om "*rimelig samsvar mellom verdiene*" i ytelsene. De to nye kravene knytter seg til selskapsinteressen og en bekreftelse på at man overholder kravene som stilles til likviditet og egenkapital.

Det er i lovteksten ikke lagt noen føringen på hvilke momenter som skal inngå i styrets vurdering av om avtalen er i "*selskapets interesse*" og dette er et bevist valg.⁶¹ Departementet sier likevel en del om hvordan vurderingen bør foretas, og det uttales blant annet at "[s]elskapets interesse omhandler mer enn bare interessene til aksjeeierne, kreditorer, ansatte, markedet og samfunnet. Den handler om hva som er det beste for selskapet som selvstendig juridisk person på kort og lang sikt."⁶² Dette er riktignok uttalelser som gjelder kravet til erklæring etter aksjeloven § 8-10 om adgang til å finansiell bistand ved tredjepersoner aksjeerverv i selskapet, men departementet har gitt uttrykk for at "selskapets interesse" skal tolkes likt i aksjeloven § 3-8.⁶³ Også i teorien er det lagt til grunn selskapsinteressen består av langt mer enn aksjonærenes økonomiske vinning.⁶⁴ Høyesterett har også uttalt at "[s]elskapsinteressen er et mindre entydig begrep. Et selskap skal naturligvis ivareta aksjonærinteressen, men har også ansvar for de ansatte, for selskapets medkontrahenter og kreditorer, og for oppfyllelse av andre forpliktelser det måtte ha overfor omgivelsene og samfunnet for øvrig. Dermed kan det være en del av selskapsinteressen å sikre selskapets videre drift".⁶⁵ På bakgrunn av dette står styret relativt fritt til hvordan de vil utforme erklæringen om at avtalen er i "*selskapets interesse*" og hva de skal vektlegge.

Det følger av aksjeloven § 3-4 at "[s]elskapet skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet". Det er styret som er ansvarlig for forvaltningen av selskapet etter aksjeloven § 6-12 og det er dermed styret som er ansvarlig for at man har forsvarlig egenkapital og likviditet.⁶⁶ Videre skal egenkapital og likviditeten være forsvarlig til "enhver tid", dermed må styret fortløpende vurdere den økonomiske situasjonen i selskapet.⁶⁷ At styret nå må avgi en erklæring på at avtalen som faller innenfor aksjeloven § 3-8 ikke fører til at man bryter reglene i aksjeloven § 3-4 er derfor i realiteten ikke noen utvidelse av verken plikter eller ansvar for styret. Det nevnes i forarbeidene at vurderingen "skal skje ut fra forholdene i selskapet, herunder fasen selskapet er i" og at vurderingen må ta "utgangspunkt i forholdene på vurderingstidspunktet".⁶⁸ Men dette er allerede momenter som er lagt til grunn i

⁶¹ Prop. 135 L s. 104 sml. 94.

⁶² Ibid. s. 95.

⁶³ Ibid. s. 104.

⁶⁴ Aarbakke mfl. (2017) s. 506 og Andenæs s. 344-345.

⁶⁵ HR-2018-570-A (avsnitt 41).

⁶⁶ Aarbakke m.fl (2017) s. 182.

⁶⁷ Ibid. s. 184

⁶⁸ Prop. 135 L (2018-2019) s. 104

dagens vurderingen etter aksjeloven § 3-4.⁶⁹ Det eneste reelle endring nå er altså at styret må skrive under på en erklæring på at avtalen ikke fører til at man går i brudd med denne plikten, selve vurderingen har styret hele tiden måttet foreta.

Det må legges til grunn at prinsippene for å foreta vurderingen om "*rimelig samsvar mellom verdiene*" på ytelsene er den samme som tidligere, til tross for at den ikke lenger skal inkluderes i den revisorbekreftede redegjørelsen. Dette betyr blant annet at vurderingen må basere seg på virkelig verdi.⁷⁰ Som nevnt over kan selve redegjørelsen foretas av andre, men selve erklæringen må utføres av styret selv og kan ikke settes bort. Ulike utfordringer som kan oppstå for styret på bakgrunn av dette og andre deler av erklæringen vil bli diskutert nærmere i punkt 4.3.2.

4.2.3 Signeringen

Bestemmelsens tredje ledd tredje og fjerde punktum vil nå lyde slik:

"Redegjørelsen og erklæringen skal dateres og signeres av samtlige styremedlemmer, med unntak av styremedlemmer som var inhabile etter § 6-27 ved styrets behandling av saken. Har en som skal signere, innvendinger mot redegjørelsen eller erklæringen, skal vedkommende signere med påtegnet forbehold og gjøre rede for innvendingene i redegjørelsen"

Med det nye kravet om at styret må avgi en erklæring er det også kommet regler om hvem som har plikt til å signere dokumentene. Hovedregelen er at alle styremedlemmer skal signere begge dokumentene, bortsett fra de som etter aksjeloven § 6-27 er inhabile. Det er opp til styret å bestemme om erklæringen skal tas med i samme dokument som redegjørelsen, men i alle tilfeller plikter styremedlemmene å signere og datere begge dokumentene.⁷¹

Styremedlemmer som på bakgrunn av langvarig fravær ikke har kunnet opprettholde tilstrekkelig kunnskap om virksomheten plikter ikke signere, men dette gjelder bare hvis styremedlemmet faktisk ikke har hatt mulighet til dette. Styremedlemmer som for eksempel har vært ute i ferie eller bare opptatt med andre arbeidsoppgaver må fortsatt signere, dette til tross for at de kanskje ikke har satt seg ordentlig inn i avtalen som skal behandles.⁷²

Kravet om at alle styremedlemmer må signere medfører at også styremedlemmer som er uenige med innholdet i redegjørelsen eller erklæringen, eller uenige i at avtalen i det hele tatt inngås må signere disse dokumentene.⁷³ Det følger derfor av tredje ledd fjerde punktum at dersom en av de som plikter å signere har innvendinger mot erklæringen eller redegjørelsen så skal man "*signere med påtegnet forbehold og gjøre rede for innvendingene i redegjørelsen*". Det vil her være særdeles viktig for styremedlemmer som er uenige med innholdet å få dette fram, signeres det uten et forbehold vil den som signerte kunne bli både erstatningsansvarlig og strafferettslig ansvarlig uavhengig av om de stemte for at selve avtalen skulle inngås eller ikke. Erstatnings- eller straffeansvaret kan i dette tilfellet bygge utelukkende på opplysningene som fremgår av redegjørelsen og erklæringen.⁷⁴ Et styremedlem kan videre tenkes å bli ansvarlig selv om man ikke

⁶⁹ Se blant annet Aarbakke m.fl (2017) s. 185 og HR-2016-1440-A.

⁷⁰ Berge og Gåseide Røsås (2016) s. 82.

⁷¹ Prop. 135 L (2018-2019) s. 105.

⁷² Ibid.

⁷³ En beslutning fra styret krever etter aksjeloven § 6-25 kun alminnelig flertall så fremst strengere stemmereglene ikke følger av vedtektene.

⁷⁴ Prop. 135 L (2018-2019) s. 105.

deltok på selve avstemningen om avtalen, hvis de har vært med i diskusjonen og senere signert erklæringen.⁷⁵

At et styremedlem skal kunne holdes ansvarlig i et av de overnevnte tilfellene kan virke strengt, men ser man dette i sammenheng med punk 4.2.4 under om hvem redegjørelsen og erklæringen skal sendes til gir det mening. Det er gjennom påtegnende forbehold og de innvendinger styremedlemmer potensielt kommer med at de ulike aksjeeierne kan få en oppfordring til å reagere på avtalen. Og sett i lys av styrets øvrige plikter etter aksjelovens kapittel 6 gir det mening at styremedlemmer som unngår å melde fra om sine innvendinger kan bli holdt ansvarlig.

4.2.4 Utsendelsen

Bestemmelsens fjerde ledd vil nå lyde slik:

"Redegjørelsen og erklæringen etter tredje ledd skal uten opphold sendes til alle aksjeeiere med kjent adresse og til Foretaksregisteret"

Tidligere skulle redegjørelsen vedlegges innkallingen til generalforsamlingen slik at alle aksjonærer fikk tilstrekkelig informasjon om avtalen i forkant av avstemningen. Da avtalen ikke lenger skal behandles på generalforsamlingen er dette ikke lenger hensiktsmessig. Både den revisorbekreftede redegjørelsen og styrets erklæring skal nå i stedet sendes til samtlige aksjeeiere med kjent adressen og til Foretaksregisteret. Med kjent adresse må det antas at det er adressen som fremgår av aksjeeierboken etter reglene i aksjeloven § 4-5 andre ledd som er gjeldende. Og det kan neppe oppstilles noen undersøkelsesplikt for styret til å forsikre seg om at den oppførte adressen er gjeldende adresse, kanskje sett bort fra i mindre selskaper med en veldig oversiktlig eierkrets.⁷⁶

Redegjørelsen og erklæringen skal sendes ut til både aksjonærer og Foretaksregisteret "uten opphold", noe som må tolkes som at den må sendes ut så snart de foreligger og er signert etter reglene omtalt i punkt 4.2.3. Tidligere måtte meldingen til Foretaksregisteret skje før avtalen ble behandlet av generalforsamlingen.⁷⁷ Dette er ikke lenger nå aktuelt og tidsfristen går nå alene ut på å gjøre dette "uten opphold". Det har i teorien blitt tatt til ordet for at en frist på en uke her er naturlig.⁷⁸ Det er ingen grunn til at dette skal stilles seg annerledes ved de kommende endringene, som vi skal se i punkt 4.6 vil likevel en oversittelse av denne fristen ha liten betydning.

Årsaken til at disse dokumentene skal sendes ut til aksjeeierne er at samtlige aksjonærer skal få informasjon om avtalen og på bakgrunn av dette ha muligheten til å agere.⁷⁹ Skulle noen aksjonærer ha innvendinger mot avtalen vil man deretter kunne kreve ytterligere informasjon om den etter reglene i aksjeloven § 5-15. Det ble i høringsnotatet foreslått at en aksjeeier skulle kunne kreve at avtalen ble tatt opp til behandling på en ekstraordinært generalforsamling, men departementet valgt å ikke følge opp forslaget.⁸⁰ En aksjeeier vil likevel kunne kreve at avtalen skal drøftes på neste generalforsamling i tråd med reglene i aksjeloven § 5-11. Og hvis den aktuelle aksjeeieren eier minst en tidel av aksjekapitalen kan han eller hun etter aksjeloven § 5-6 kreve at det avholdes en ekstraordinær generalforsamling hvor avtalen skal drøftes. At aksjeeiere

⁷⁵ Ibid. s. 95. Dette gjelder spesifikt erklæring etter aksjeloven § 8-10 men de samme synspunkt gjør seg gjeldene.

⁷⁶ Aarbakke m.fl (2017). s. 375.

⁷⁷ Ibid. s. 219.

⁷⁸ Aase og Abrahamsen (2004) s. 362.

⁷⁹ Prop. 135 L (2018-2019) s. 76.

⁸⁰ Ibid.

mottar redegjørelsen og erklæringen har derfor fortsatt en verdi, men muligheten for aksjonærer til å ubetinget kreve avtalen behandlet på en ekstraordinær generalforsamling ville vernet om mindretallsaksjonærene i større grad. Dette ville likevel ikke gitt noen materiell beskyttelse, da flertallet i alle tilfeller ville ha hatt muligheten til å godkjenne avtalen uansett innhold.

Årsaken til at dokumentene også skal sendes til Foretaksregisteret er i hovedsak for å sikre notoritet.⁸¹ Slik som ved den nåværende loven skal Foretaksregisteret kun publisere en melding om at de har mottatt en redegjørelse om inngått avtale etter aksjeloven § 3-8. Det ble i høringsnotatet foreslått at selve redegjørelsen også skulle kunngjøres i Brønnøysundsregistrenes elektroniske kunngjøringsløsning, men på grunn av utfordringen knyttet til offentliggjøring av potensielt forretningssensitive opplysninger valgt departementet å ikke gå for denne løsningen.⁸²

Den løsningen som ble foreslått i høringsnotatet ville gjort det enklere for kreditorer å få en oversikt over innholdet i avtalen, og dermed til en viss grad styrket kreditorvernet. Foretaksregisteret vil likevel publisere en melding om at en redegjørelse for avtale etter aksjeloven § 3-8 er blitt inngått, og en kreditor som ønsker innsyn i hva dette dreier seg om kan begjære innsyn etter offentleglova.⁸³ Terskelen er nok i praksis langt høyere for å be om innsyn kontra å sjekke en redegjørelse som allerede ligger åpent tilgjengelig på Brønnøysundsregisteret. Det er lite trolig at mindre profesjonelle kreditorer i normaltillfeller vil ta seg bryet med å det hele tatt sjekke registeret for slike avtaler og enda mindre be om innsyn. Det er gjerne bare de mer profesjonelle kreditorene som følger med på slike kunngjøringer i Foretaksregisteret, og da gjerne gjennom betalte abonnementstjenester.⁸⁴ I realiteten har valget om å ikke gå for full publisering slik som foreslått i høringsnotatet derfor neppe noen stor innvirkning på kreditorvernet, og som nevnt i punkt 3.3 er det uansett begrenset hvilken muligheter kreditor har hvis redegjørelsen skulle vise seg å inneholde urovekkende opplysninger.

4.3 Kompetanseendringer

4.3.1 Overføring av beslutningsmyndighet

Den mest substansielle endringen av aksjeloven § 3-8 er at man nå ikke lenger vil kreve at generalforsamlingen må godkjenne avtalene som faller inn under virkeområdet. Kompetansen vil nå bli lagt ene og alene til styret. Det vil altså nå ikke være opp til aksjeeierene å stemme over dette på en generalforsamling. Reelt sett vil dette kun få betydning for de som representerer flertallet på generalforsamlingen.

Et av hovedargumentet for at departementet har gått inn for en slik løsning er at det å tillegge styret denne kompetansen er i tråd med det ansvaret styret allerede er gitt i resten av aksjeloven.⁸⁵ I norsk rett er det i utgangspunktet opp til styret å ta de fleste store og viktige avgjørelsene og det eksisterer ikke noen generell plikt til å fremlegge slike avgjørelser for generalforsamlingen. Så lenge avtalene er lovlige og innenfor selskapets vedtekter er det fritt fram for styret å inngå avtalene.⁸⁶ Styret er videre selskapets øverste styrende organ og skal i alle saker uansett ivareta selskapets interesser. Det er derfor naturlig at styret også i disse tilfellene skal ha

⁸¹ Ibid. s. 105.

⁸² Ibid. s. 76.

⁸³ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd.

⁸⁴ Prop. 135 L s. 99.

⁸⁵ Ibid. 74.

⁸⁶ Braathen (2008) s. 65.

denne kompetansen. Avhengig av hvor mange aksjonærer selskapet har vil dette kunne innebære reduksjoner i både kostnader og tidsbruk. Spesielt for selskaper med mange aksjonærer vil dette kunne være positivt. Selskaper med få aksjonærer har gjerne stort overlapp mellom aksjonærer og styremedlemmer og det vil derfor innebære en begrenset forandring for dem da det ikke blir noen forandring blant personene som må godkjenne avtalen for dem.

Som nevnt i punkt 1.1 har det blitt stilt spørsmål om aksjeloven § 3-8 er overflødig, og det kan nå diskuteres om den i så fall ikke blir enda mer overflødig. Ved en fullstendig oppheving av aksjeloven § 3-8 ville denne kompetansen i alle tilfeller være lagt til styret etter asl. § 6-12 jf. § 6-14 annet ledd. Ved en oppheving ville man likevel kun måtte fulgt de ordinære reglene i aksjelovens kapittel 6, mens man nå i tillegg må følge kravene til dokumentasjon som er presentert i punkt 4.2 med de følger dette får.

4.3.2 Utvidet ansvar

At styret nå får utvidet kompetanse medfører også at de får utvidede plikter, og ytterligere plikter vil kunne føre til ytterligere risiko for mislighold av disse pliktene. Det er spesielt det utvidede kravet til dokumentasjon i form av styrets erklæring som diskutert i punk 4.2.2 som kan danne grunnlag for ansvar her. Det påpekes eksplisitt i lovforslaget at "[s]tyremedlemmer kan etter omstendighetene pådra seg erstatnings- eller straffeansvar for de opplysningene som er gitt".⁸⁷

Det stilles ikke krav til revisorgodkjenning av erklæringen som styret nå skal produsere, og da erklæringen kan inneholde vanskelige avveininger kan feilaktig informasjon her potensielt få store konsekvenser for styremedlemmer. Det er spesielt kravet om at erklæringen skal inneholde en bekreftelse på at det er "*rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta*" som kan være problematisk.

For de fleste avtaler vil ikke en slik bekreftelse være et problem, avtaler generelt inngås i de fleste tilfeller nettopp fordi det er samsvar mellom ytelsene. Det kan likevel oppstå problemer når dette skal bekreftes fordi aksjeloven § 3-8 gjerne kun kommer til anvendelse ved avtaler som er litt utenfor det vanlige (se nærmere punkt 4.5.3 om unntaket for forretningsmessig avtaler). Det første problemet ligger i at det kan være vanskelig å verdsette selve ytelsen, dette kommer spesielt på spissen når det er snakk om konserninterne avtaler hvor det for eksempel skal ytes sikkerhetstillegg for finansiering.⁸⁸ For heleide foretaksgrupper ble dette delvis løst ved lovendringen av aksjeloven i 2013 hvor det ble innført et unntak for avtale om lån og sikkerhetstillegg etter aksjelovens § 8-7 i aksjeloven. Men problemet består fortsatt for deleide foretaksgrupper. I disse og andre situasjoner er det selve verdsettelsen av de ulike ytelsene som er vanskelig å gjøre på en god måte, og det vil derfor være kunne være vanskelig for styret å sitte med informasjon nok til å med sikkerhet avgi en erklæring på at ytelsene faktisk er i samsvar.

Tidligere har det vært et krav om at revisor skal godkjenne erklæringen, og dersom det har vært tvil om vil en revisor fort være tilbakeholden med å godkjenne denne. Det kan nok nå tenkes at mange styremedlemmer i selskaper rundt om i landet er hakket lempeligere i sin vurdering om dette sammenlignet med autoriserte revisorer. I hvert fall må det antas at styremedlemmene gjerne vil være det i de tilfeller de mener avtalen helt klart er i selskapets interesse, men at samsvar mellom ytelsene er vanskelig å fastslå med sikkerhet.

⁸⁷ Prop. 135 L (2018-2019) s. 105.

⁸⁸ Bråthen (2011) s. 43 og Langseth (2012) s. 177-178.

Et annet tilfellet vil være der selskapet inngår en avtalen hvor verdien selskapet mottar er klart større enn verdien på selskapets ytelse, for eksempel i et tilfellet der en aksjonær er villig til å selge noe langt billigere enn markedspris til selskapet. Det er lagt til grunn at kravet til erklæring om samsvar mellom ytelsene i slike tilfeller ikke stenger for at avtaler med slikt innhold kan inngås, bestemmelsen oppstiller ingen materiell regel om avtalens innhold.⁸⁹ Men hvorvidt man i de tilfellene kan oppfylle kravet til redegjørelsen etter ordlyden i bestemmelsen er mindre sikkert. Berge og Gåseide Røsås mener at redegjørelsen i disse tilfellene kan utformes på samme måte som vanlig.⁹⁰ En tolkningsuttalelse fra Lovavdelingen om dette gir ikke noe klart svar på hvordan selve redegjørelsen skal utformes, men Lovavdelingen skriver at "uansett hvordan man velger å lese § 3-8 (...) vil ikke denne bestemmelsen være til hinder for at generalforsamlingen godkjenner en avtale med dette innholdet".⁹¹

Med de nye endringene vil ikke en avtale med et slik innhold presenteres for generalforsamlingen, men styret må fortsatt bekrefte samsvar. Ved en streng tolkning av ordlyden vil det rett og slett ikke være mulig for styret å følge kravene i bestemmelsen i disse situasjonene. Dette må likevel anses å spille en mindre rolle i virkelige verden. En slik avtale vil være gunstig for alle med en eller annen form for tilknytning til selskapet. Det vil likevel rett og slett ikke være mulig å avgi en erklæring som oppfyller kravene etter ordlyden, samtidig vil dette spille en mindre rolle da det er vanskelig å se for seg at noen medlemmer av styret i en slik situasjon skal kunne bli stilt til ansvar og den er heller ingen gyldighetsforutsetning.

Erklæringen kan i motsetning til redegjørelsen ikke settes bort til andre enn styret selv, men sett i lys av det potensielle ansvaret styremedlemmene kan pådra seg ved utformingen av erklæringen er det grunn til å tro at man i hvert fall ved kompliserte transaksjonsstrukturer vil innhente eksternt hjelp til disse vurderingene. Men for enklere transaksjoner er den en åpenbar forenkling.

Styret får både utvidet myndighet og en skjerpet ansvarsnorm, men det er fortsatt de samme reglene som tidligere som gjelder for selve erstatningsansvaret. Dette betyr at det er aksjeloven § 17-1 og aksjeloven § 3-7 annet ledd jf. nye aksjeloven § 3-8 femte ledd som vil danne grunnlaget for et eventuelt erstatningsansvar.

4.4 Ny personkrets

Den relevante personkretsen som rammes av bestemmelsen må regnes som uttømmende.⁹² Og de kommende endringene medfører i hovedsak at det er de samme medkontrahentene som faller inn under bestemmelsen, men det blir likevel gjort mindre endringer.

4.4.1 Opphevelse av "opptre i forståelse med"

I någjeldende bestemmelse er det et krav om at dersom selskapets avtalemotpart er en person eller et selskap om "*handler etter avtale eller for øvrig opptre i forståelse med*" en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem eller daglig leder så må avtalen behandles i tråd med saksbehandlingsreglene i bestemmelsen. Hva som ligger i begrepet "*opptre i forståelse med*" har skapt stor usikkerhet, og departementet sier i lovforslaget seg enig i at rekkevidden av dette alternativet kan være uklart og man har derfor valgt å oppheve dette.⁹³ Spesielt trekkes det fram

⁸⁹ Se blant annet Berge og Gåseide Røsås s. 82. og Reiersen (2015) s. 325.

⁹⁰ Berge og Gåseide Røsås s. 82.

⁹¹ Justisdepartementets lovavdeling (2008).

⁹² Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 55.

⁹³ Se blant annet Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 55 og Prop. 135 L (2018-2019) s. 85.

at det for mindre selskaper som har begrenset med juridisk kompetanse kan være vanskelig å skjønne hvilke personer som faktisk omfattes av dette. Et alternativ kunne vært for departementet å presisere hva som faktiske ligger i dette alternativet, men da formuleringen først ble inntatt i loven mente man at en presiseringen ikke var hensiktsmessig å gjøre dette fordi man nettopp trengte en vid formulering.⁹⁴

Det lovgiver ønsket da vilkåret ble tatt inn i loven var å få en "klar hjemmel til å ramme åpenbare omgørelser av lovens krav, for eksempel der hvor aksjeeieren bruker stråmenn eller liknende".⁹⁵ Men det ble videre påpekt at alternativet ikke skulle være begrenset til rene omgørelsestilfeller. At dette alternativet nå fjernes fra loven betyr likevel ikke at man nå åpner for slike stråmennløsninger, det presiseres av departementet at avtalestrukturer som baserer seg på stråmenn "etter omstendighetene rammes av alminnelige omgørelsesbetraktninger".⁹⁶

Henviing til alminnelige omgørelsesbetraktninger er ikke uproblematisk. Selv om man skal være forsiktig med å ordlydstolke forarbeidsuttalelser tilsier en naturlig forståelse av omgørelse at noen med hensikt forsøker å komme seg rundt en regel. Altså er den en forutsetning for omgørelse at man forsøker komme seg utenfor bestemmelsen gjennom måten man strukturerer avtalen på. Dette støttes også av at man i de originale forarbeidene til aksjeloven uttalte at alternativet "opptre i forståelse med" må ses i lys av subjektive forhold hos avtaleparten.⁹⁷ Dette er til dels problematisk da aksjeloven § 3-8 er ment å være en regel som skal være relativt enkel å praktisere, og nettopp derfor er den stort sett basert på objektive regler. Om selskapet inngår en avtale med en motpart som tilfeldigvis omfattes av den relevante personkretsen, for eksempel en nær slektning av en aksjeeier, så omfattes avtalen likevel av aksjeloven § 3-8 uavhengig av om selskapet hadde kunnskap om dette.⁹⁸ I en slik situasjon vil selskapet opptre som i alle andre avtaler som ikke involverer noen med tilknytning til selskapet, og det er derfor ingen av hensynene til bestemmelsen som tilsier at avtalen da skal omfattes. Til tross for dette er det ingen tvil om at den i slike tilfeller gjør det.⁹⁹

En omgørelsesregel som inneholder et subjektivt element der man krever omgørelshensikt fører til en langt mer uklar regel. Videre er det selve avtalens innhold og hvem medkontrahent som i utgangspunktet er avgjørende for hvorvidt aksjonærer trenger informasjon om at avtalen er inngått, motivasjonen til medkontrahentet er mindre viktig i vurderingen om avtalen objektivt sett er skadelig for kreditorer eller aksjonærfellesskapet.

Fjerningen av vilkåret "opptre i forståelse med" fører likevel unektelig til at bestemmelsen blir enklere å praktisere. I de tilfeller man handler etter avtale med en person eller selskap i den gitte personkretsen vil dette være klart nok omfattet av ordlyden bestemmelsen, men i de tilfeller medkontrahenten ikke gjør det trenger man ikke lenger bekymre seg for å være omfattet av aksjeloven § 3-8 så lenge dette ikke blir gjort for å omgå reglene.

4.4.2 *Nærstående av styremedlem og daglig leder*

⁹⁴ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 45.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Prop. 135 L (2018-2019) s. 75.

⁹⁷ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 45.

⁹⁸ Berge og Røsås Gåseide (2015) s. 55

⁹⁹ Ibid.

Aksjelovutvalget foreslo i NOU 2016:22 at alternativet "*opptre i forståelse med noen som nevnt i første ledd*" skulle oppheves, og som sett over blir dette nå gjort, men i aksjelovutvalgets forslag var det ikke foreslått noen ytterligere endringer i den relevante personkretsen.¹⁰⁰ Dette ville hatt den uheldige konsekvens at nærstående til daglig leder og styremedlem ville falt utenfor bestemmelsen bortsett fra i omgåelsestilfeller. Slik nåværende bestemmelse er utformet rammes ikke nærstående av daglig leder eller styremedlemmer automatisk av bestemmelsen, men kun gjennom alternativet "*opptre i forståelse med*" som fort vil aktualiseres dersom man som ektefelle av daglig leder i et selskap inngår en avtale med selskapet. Daglig leder eller styremedlemmer vil i disse tilfellene gjerne ha direkte økonomisk interesse i avtalen, eller i hvert fall en interesse som ligger utenfor det man kan kalle den normale selskapsinteressen.¹⁰¹ Det vil ofte være like stor fare for at selskapets interesser blir nedprioritert i en slik situasjon som i en situasjon der daglig leder selv er medkontrahent, og hensynene bak bestemmelsen tilsier derfor at man skal følge sakbehandlingsreglene også når medkontrahent er nærstående til denne persongruppen.

At transaksjoner for nærstående til daglig leder og styremedlemmer fort rammes av "*opptre i forståelse med*" var nettopp en av grunnene til at man ved etterkontrollen av aksjeloven i 2006 unnlot å ta de inn som en egen persongruppe i bestemmelsen.¹⁰² Videre mente man da at bestemmelsen ville kunne rekke for langt da den etter aksjeloven § 6-9 ville kunne få betydning for varamedlemmer og observatører. At også nærstående til disse to gruppene etter endringene kan omfattes av regelen virker ikke til å være verken drøftet eller problematisert av departementet i denne omgangen.

Den potensielt uheldige konsekvensen med at nærstående til daglig leder og styremedlemmer falt utenfor bestemmelsen med en oppheving av "*opptre i forståelse med*" har man likevel i ettertid blitt oppmerksom på og i den kommende lovendringen er "nærstående" til både styremedlem og daglig leder omfattet. Rent lovteknisk er dette gjort slik at "nærstående" nå viser til oppramsingen av nærstående i første ledd første punktum i bestemmelsen hvor alle relevante nærstående nå er plassert. Dette sammenlignet med tidligere hvor man kun viste til "nærstående til aksjeeier eller nærstående til en aksjeeiers morselskap". Årsaken til at man har valgt å inkludere nærstående til daglig leder og styremedlemmer er at daglig leder og styremedlem gjerne har et formuesfellesskap med nærstående, og dermed er det av mindre betydning hvorvidt avtalen inngås med daglig leder eller nærstående.¹⁰³

Inkluderingen av nærstående fører ikke til at bestemmelsen blir vanskeligere å overholde. Endringen medfører at man fjerner et alternativ som er vanskelig å tolke og legger til en klart definert gruppe. Dette innebærer en klar forenkling og det vil nå bli lettere for selskapene å kartlegge hvem som omfattes av bestemmelsen.

4.5 Unntakene

¹⁰⁰ NOU 2016: 22 s. 150

¹⁰¹ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 68

¹⁰² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

¹⁰³ Prop. 135 L (2018-2019) s. 75

De fleste unntakene fra hovedregelen blir videreført, men det gjøres enkelte endringer i noen av unntakene og det blir tatt inn et nytt unntak for krisehåndtering etter finansforetaksloven¹⁰⁴.

4.5.1 Terskelverdi

Terskelverdien for når behandling etter bestemmelsen skal kreves blir nå endret. Ved dagens bestemmelse trenger ikke avtaler å godkjennes av generalforsamlingen dersom selskapets ytelse har en virkelig verdi på ti prosent eller mindre av aksjekapitalen. Hovedformålet med denne begrensningen er at regelen kun skal gjelde for transaksjoner som må anses som vesentlige for det enkelte selskap.¹⁰⁵ Det ble ved innføringen drøftet hvorvidt det ikke var bedre å benytte seg av den reelle egenkapitalen i selskapet, men dette ble ansett som lite hensiktsmessig.¹⁰⁶ Videre var det slik at selskapsdirektiv artikkel 11 krevde at regelen for allmennaksjeselskaper måtte knytte seg til aksjekapitalen for erverv som skjedde de to første årene.¹⁰⁷

Valget av å bruke aksjekapital som beregningsgrunnlag har ført til en regel som er enkel å praktisere, å finne en prosentvis andel av aksjekapitalen er noe et hvert selskap uavhengig av størrelse er i stand til. Dette betyr likevel ikke at det i realiteten er et godt beregningsgrunnlag. Formålet med å ha et fastsatt beregningsgrunnlaget er å fastsette en utregningsmetode som gir et reelt bilde på hvor vesentlig selskapets ytelse faktisk er. Den formelle aksjekapitalen i et selskap gir ikke nødvendigvis et godt bilde av den nåværende økonomien i selskapet, og dermed ikke et godt bilde på hvorvidt transaksjonen burde anses som vesentlig for selskapet. Selskaper med svært ulik størrelse kan ha samme aksjekapital. Det var derfor bred enighet i høringsinstansene om at terskelen ikke lenger burde knyttes til aksjekapitalen.¹⁰⁸

Ved lovendring har man valgt å knytte terskelen til 2,5 prosent av selskapets balansesum (verdien av eiendelene i balansen) etter sist godkjente årsregnskap. Balansesum som beregningsgrunnlag vil gi et langt mer oppdatert bilde av selskapets økonomiske situasjon og derfor være et bedre grunnlag for å anslå om en transaksjon burde anses som vesentlig eller ikke. Videre mener departementet at hensynet til et konsistent regelverk tilsier at man benytter seg av balansesum da dette benyttes som beregningsgrunnlag flere andre steder i aksjeloven.¹⁰⁹ Terskelen på 2,5 prosent av balansesummen er fastsatt i samråd med de ulike høringsinstansene som mente at dette var et fornuftig nivå å legge seg på.¹¹⁰ Det er for øvrig den samme terskelverdien som aksjelovutvalget foreslo etter en skjønnsmessig vurdering.¹¹¹

Aksjeloven gjelder for alle aksjeselskaper i Norge uavhengig av hvor store de er og hvilken sektor de operere i. Det er derfor utfordrende å finne et beregningsgrunnlag som gir tilfredsstillende resultater for alle selskaper. Balansesummen vil for eksempel på ulike tidspunkt i regnskapsåret kunne se svært forskjellig ut i et advokatfirma sammenlignet med en bilforhandler, selv om dette ikke nødvendigvis gjenspeiler seg i størrelsen på selskapet.¹¹² En forskjell i balansesum trenger derfor ikke bety at terskelen for hva som burde regnes som en vesentlig transaksjon burde være forskjellig. Alternativer som omsetning, resultat før skatt eller reell egenkapital medfører likevel

¹⁰⁴ Lov 10. april 2015 nr. 17.

¹⁰⁵ Ibid. s. 65.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Prop. 135 L (2018-2019) s. 65.

¹⁰⁹ Ibid. s. 66.

¹¹⁰ Ibid. s. 65.

¹¹¹ NOU 2016: 22 s. 150.

¹¹² Se f.eks Havstein og Moen (2015) s. 20.

andre utfordringer som beregningsgrunnlag. Endringen fra aksjekapital til balansesum medfører uansett at tallene som legges til grunn baserer seg på et mer oppdatert og reelt bilde av den økonomiske situasjonen i selskapet.

Et problemet med å ta utgangspunkt i balansesummen i sist godkjente årsregnskap er at balansen ikke nødvendigvis er den samme i årsregnskapet som i tidspunktet for transaksjonen. Gjennom et regnskapsår skjer det ulike transaksjoner som påvirker balansen i selskapet, utbetalinger vil redusere kontantbeholdning og investeringer kan øke verdier, derfor vil balansen ved en regnskapsperiode gjerne være forskjellig ved inngangen til en regnskapsperiode sammenlignet med utgangen.¹¹³ Derfor åpner man i bestemmelsens andre ledd for at terskelverdien kan bygge på en mellombalanse etter reglene i aksjeloven § 8-2 a første ledd, dersom mellombalansen er "registrert i og kunngjort av Regnskapsregisteret". Man valgte å åpne for dette blant annet fordi man tilbake i 2013 åpnet for at visse transaksjoner som for eksempel ekstraordinært utbytte kunne gjøres på grunnlag av en mellombalanse.¹¹⁴ Videre stiller aksjeloven § 8-2 a krav om at mellombalanse utarbeides etter de samme regler som årsregnskapet. Mellombalansen vil derfor være kvalitetssikret på samme måte som årsregnskapet og det er derfor ingen grunn til at denne ikke skal kunne benyttes.

For selskaper som ikke har fastsatt et årsregnskap eller en terskelverdi blir beregningen nå gjort ut fra 2,5 prosent av samlet pålydende og overkurs på aksjer som selskapet har utstedt. Denne terskelverdien kan ikke brukes av selskaper som har fastsatt årsregnskap eller mellombalanse.¹¹⁵ Det er positivt at man i disse unntakstilfellene velger å se på pålydende og overkurs og ikke utelukkende aksjekapitalen slik som tidligere, da man ved å inkludere disse vil få et mer realistisk bilde av selskapets økonomi.

For å illustrere hva endringen fra 10 prosent av aksjekapital til 2,5 % av balansesummen i realiteten innebærer har jeg i tabellen under sett på et knippe tilfeldig utvalgte selskaper og sammenlignet verdiene.¹¹⁶

Selskap	Type bedrift	10 % av aksjekapital	2,5 % av balansesum
Cutters AS	Frisørkjede	16 342,30	1 604 525,00
Right AS	Konsulentselskap	90 825,80	261 575,00
Momek Personell AS	Utleie av arbeidskraft	25 000,00	594 000,00
Eidsiva Energi AS	Kraftprodusent	103 712 852,40	451 980 275,00
Sea Sushi Bar AS	Sushirestaurant	3 000,00	26 450,00
Elkjøp Norge AS	Elektronikkjede	7 524 012,50	53 545 025,00
Vincci Oslo AS	Klesbutikk	160 000,00	232 450,00

¹¹³ Havstein og Moen (2015) s. 20.

¹¹⁴ Prop. 135 L (2018-2019) s. 66.

¹¹⁵ Ibid. s. 104.

¹¹⁶ Tallene er basert på regnskapstall fra 2018 som rapport på proff.no samt siste innrapporterte aksjekapital som registrert Brønnøysundsregisteret.

Umiddelbart ser man her at endringen medfører at terskelverdien økes betraktelig i de fleste tilfeller. Dette var også forventet og blant annet Finans Norge meldte i høringsrunden at endringen nok kom til å "innebære en ikke uvesentlig økning av terskelverdien".¹¹⁷

Endringen vil heller ikke ha noe å si for mindre selskaper, som illustrert med sushibutikken her, da unntaket for avtaler hvor selskapets ytelse har en virkelig verdi på under 100 000 kroner gjør at terskelverdien ikke får noen selvstendig betydning (se nærmere om dette i punkt 4.5.2). For noen av Norges største aksjeselskaper vil endringen medføre en betydelig høyere terskelverdi. For et massivt selskap som Eidsiva Energi vil man derfor i teorien etter endringen kunne gjennomføre en transaksjon hvor selskapet yter en tjeneste med en verdi på 400 millioner kroner uten at denne trengs å behandles i tråd med aksjeloven § 3-8. Dette trenger likevel ikke være spesielt problematisk, avtaler som er vanlige for selskapet og forretningsmessig begrunnet trengs etter unntaket i sjette ledd nr. 1 normalt ikke behandles etter reglene i bestemmelsen (se nærmere i punkt 4.5.3). Og en avtale med en verdi på 400 millioner som ikke kan anses som forretningsmessig vil i tråd med reglene i aksjeloven kapittel 6 og da spesielt § 6-14 sannsynligvis måtte løftes opp på styrenivå i alle tilfeller.

Omleggingen av hvordan man beregner terskelverdien ser derfor ut til å få størst konsekvenser for mellomstore selskaper. Og spesielt for selskaper som har påfallende lav aksjekapital sammenlignet med størrelsen på selskapet (som illustrert med Cutters AS) vil dette kunne føre til at langt færre avtaler trengs å behandles i tråd med reglene i bestemmelsen.

4.5.2 Minstebeløp

Den nåværende bestemmelsen inneholder et unntak i første ledd nr. 5 for avtaler hvor "*selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør mindre enn 50 000 kroner*" og avtalen er godkjent av styret. Dette unntaket har bare betydning for selskaper som har en aksjekapital på under 500 000 kroner.¹¹⁸ Unntaket ble i høringsnotatet foreslått opphevet, men i lys av innspill fra høringsinstanser mente departementet at det av rent praktiske årsaker fortsatt er behov for å holde utenfor avtaler hvor selskapets ytelse er under en viss verdi.¹¹⁹ Uten et slikt unntak vil dette føre til en del selskaper med lav balansesum må behandle avtaler av nærmest ubetydelig verdi etter bestemmelsen.¹²⁰ Noe som fort ville ført til unødvendige administrative kostnader for mindre selskaper.

Videre ble det drøftet om det ikke var hensiktsmessig å knytte denne verdien til et dynamisk beløp slik at minstebeløpet kunne justeres kontinuerlig i tråd med den generelle prisstigningen i samfunnet. Men av hensyn til ønske om å ha en klar og enkel regel valgte man et fastsatt beløp på 100 000 kroner.¹²¹ Beløpet ble delvis satt på bakgrunn av prisstigningen som har funnet sted siden januar 2007, men en ren justering i tråd med tall fra Statistisk sentralbyrå ville kun ført til en økning av beløpet til 65 000 kroner. Også andre endringer i regelverket ble derfor vektlagt i fastleggningen av dette beløpet.¹²²

¹¹⁷ Prop. 135 L s. 56.

¹¹⁸ Berge og Røsås Gåseide (2015) s. 33.

¹¹⁹ Prop. 135 L (2018-2019) s. 75.

¹²⁰ Ibid. s. 67.

¹²¹ Ibid. s. 75.

¹²² Ibid.

Departementet går ikke noe nærmere inn på hvilke øvrige endringer i regelverket de sikter til, men det må antas at det spesielt er endringen i beregningsgrunnlag for terskelen for selskapets ytelse (som diskutert i punkt 4.5.1) som ligger bak valget om å legge seg på 100 000 kroner. Etter endringen vil unntaket for avtaler under 100 000 kroner kun ha betydning for selskaper som har en balansesum på under fire millioner kroner.¹²³

Selv om dette unntaket kan virke hensiktsmessig må det stilles spørsmål om man i lys av hensynene bak bestemmelsen kan forsvare det.¹²⁴ Avtaler som inngår i selskapets vanlige forretningsvirksomhet trenger ikke behandles etter reglene i bestemmelsen (se nærmere punkt 4.5.3). Med andre ord vil unntaket om at ytelsen har en verdi på under 100 000 kroner kun få betydning når det gjelder en avtale som ikke har noe med selskapets vanlige forretningsvirksomhet å gjøre. Og avtaler som ikke er grunnet i forretningsmessige hensyn vil i fort kunne innebære en fare for at interessene til aksjonærfellesskapet og kreditorer blir nedprioritert.

Etter dagens bestemmelse er det et krav om at avtalene under 50 000 kroner er "godkjent av styret" for at unntaket skal gjelde. Årsaken til dette var et ønske om ha en viss kontroll over slike avtaler, uten at man måtte følge hele den omfattende saksbehandlingsprosessen i aksjeloven § 3-8.¹²⁵ Dette tas ved endringene ut av lovteksten, men det er ikke gitt noen nærmere begrunnelse på dette annet enn at departementet ikke foreslår det videreført.¹²⁶ Til tross for at styret nå har fått kompetanse til å godkjenne avtaler som omfattes av saksbehandlingsreglene i bestemmelsen ville det ikke vært noe i veien for å videreføre kravet om at de også måtte godkjenne avtaler med en verdi på under 100 000 kroner etter en enklere saksbehandling. Sett i lys av at dette er transaksjoner som skjer med nærstående av selskapet og transaksjonen ikke har tilknytning til selskapets vanlige forretningsområde er det betenkelig at disse kan gjennomføres helt uten at styret skal se på avtalene.

For mange selskaper vil transaksjoner rett i underkant av 100 000 kroner være å anse som relativt vesentlige og burde nok anses som risikofylte transaksjoner. Økokrim stilte seg for eksempel skeptisk til den objektive grensen på 2,5 prosent av balansesummen, og kom med et eksempel der et selskap hadde en balansesum på 10 millioner. I dette tilfellet ville transaksjoner med en verdi på under 250 000 kroner ikke være omfattet av saksbehandlingsreglene i aksjeloven § 3-8, en sum som Økokrim mente var "lang over grensen for hva – som når det er snakk om risikoområdet nærstående transaksjoner – bør anses som en vesentlig transaksjon".¹²⁷

Økokrim mener altså objektivt sett at 250 000 kroner er over grensen uansett størrelsen på selskapet. Og for et mindre selskap vil en transaksjon med en verdi på 99 999 lett være å anse som enda mer vesentlig enn transaksjonen i Økokrims eksempel, men den vil automatisk holdes utenfor bestemmelsen. Det er derfor meget mulig at grensen på 100 000 kroner er satt for høyt når man tar i betraktning alle de mindre aksjeselskapene i Norge med lav balansesum. Det må også påpekes at det ikke er mulig for et selskap å dele opp en transaksjon for å komme under grensen, da dette fort vil bli rammet av alminnelige omgåelsesbetraktninger.¹²⁸

Selv om denne endringen vil kutte ned på unødvendig administrative byrder for selskaper er en dobling av beløpsgrensen i unntaket samtidig som man fjerner kravet til at styret skal ha godkjent

¹²³ 2,5 % av fire millioner er 100 000 og for selskaper med balansesum høyere enn fire millioner vil terskelen for selskapets ytelse i første ledd gjøre at unntaket blir uten betydning.

¹²⁴ Se også Bråthen (2007) s. 76.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

¹²⁶ Prop. 135 L (2018-2019) s. 106.

¹²⁷ Prop. 135 L (2018-2019) s. 57.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

avtalen ikke optimalt. Økokrim hadde et ønske om at prosentsatsen på 2,5 prosent av balansesummen skulle "kombineres med et objektivt beløp som er lavt nok til å virke forebyggende og atferdsregulerende".¹²⁹ En slik løsning ville fungert for selskaper med en høy balansesum og forsikret at avtaler av objektiv sett stor verdi også ble behandlet i tråd med reglene. Dette potensielle maksimumsbeløpet måtte likevel være vesentlig høyere enn unntaket man nå får på 100 000 kroner, og ville derfor ikke være egnet til å verne om aksjonærfellesskapet og kreditorene i selskaper med lav balansesum. En enkel løsningen for å fortsatt ha en viss kontroll på avtaler som er under 100 000 kroner men ikke oppfyller noen av de andre unntakene ville vært å videreføre kravet til at styre med godkjenne også disse avtalene, men da etter en forenklet prosess.

Det er styrets ansvar etter aksjeloven § 6-12 første og tredje ledd å påse at aksjeloven § 3-8 blir etterlevd, og dermed også styrets ansvar å vurdere om bestemmelsen kommer til anvendelse.¹³⁰ I de tilfellene styret selv inngår avtalen kan kanskje vurderingen av hvorvidt avtalen faller inn under bestemmelsen være vanskelig, men styret har i hvert fall en anledning til å vurdere dette. Men avtaler inngås hele tiden uten styrets involvering, og det er derfor viktig at man har på plass rutiner som sikrer en vurdering av om aksjeloven § 3-8 skal anvendes.¹³¹ Vurderingen av om unntaket om ytelser under 100 000 kroner skal anvendes er etter loven svært enkel, og man behøver egentlig ikke ha rutiner på dette når verdien konstaterbart er på under 100 000 kroner. Men i lys av det som er sagt over bør kanskje styret i mindre selskaper innføre rutiner på kontroll av avtaler med nærstående selv når disse har en verdi på under 100 000 kroner. Det vil derfor være fornuftig om man fortsetter å praktisere kravet om forenklet styre godkjenning slik som ved nåværende bestemmelse.

4.5.3 Forretningsmessige avtaler

Det mest praktiske unntaket i dagens aksjeloven § 3-8 er unntaket i første ledd nr. 4 som holder "avtaler som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler" utenfor bestemmelsen. Unntaket er så praktisk at flere har uttrykt at det i realiteten er blitt hovedregelen for aksjeloven § 3-8.¹³² De fleste avtaler som et selskap inngår er nettopp slike vanlige forretningsmessige avtaler og kan derfor holdes utenfor bestemmelsen.

Uttrykket "*selskapets vanlige virksomhet*" må forstås slik at ikke bare avtaler som er i selskapets kjernevirksomhet skal kunne holdes utenfor bestemmelsen.¹³³ Avtaler som er normale for selskaper *generelt* trenger heller ikke behandles etter reglene i bestemmelsen.¹³⁴ Dermed må unntaket anses som todelt, og for å vurdere om avtalen må behandles i tråd med aksjeloven § 3-8 må man se på om avtalen er vanlig innenfor den spesifikke virksomheten selskapet opererer i, eller om den er vanlig for næringsvirksomhet generelt.¹³⁵ Den subjektive vurderingen vil være konkret fra tilfelle til tilfellet, og må basere seg på hva virksomheten faktisk driver med. Men både formålet bak opprettelsen av selskapet og innholdet i vedtektene kan bli vektlagt, spesielt hvis de er spesifikke.¹³⁶

¹²⁹ Prop. 135 L (2018-2019) s. 57.

¹³⁰ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 75.

¹³¹ Ibid.

¹³² Se eksempelvis Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 19, Bråthen (2007) s. 83.

¹³³ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 34.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹³⁵ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 34.

¹³⁶ RG 2010 s. 1423 (Agder lagmannsrett).

Utfordringen med den nåværende bestemmelsen har vært ordlyden "*inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler*". Vilkåret er uproblematisk dersom avtaler gjelder en ytelse som har en fastsatt pris på markedet, eller om ytelsen som selskapet tilbyr også tilbys andre kunder på samme pris og vilkår.¹³⁷ En streng ordlydstolkning byr derimot på problemer hvis det ikke finnes avtaler av lignende type å sammenligne med, da er det ikke mulig å fastslå at avtalen inneholder vilkår som er "*vanlige for slike avtaler*". På dette punktet kan bestemmelsen likevel ikke tolkes bokstavelig.¹³⁸ Finnes det ikke sammenlignbare avtaler må man foreta "en helhetsvurdering av om avtalen fremtrer som forretningsmessig begrunnet".¹³⁹ Etter ordlyden er dette ingen selvfølge og spesielt for mindre bedrifter som ikke har stort av juridisk kompetanse kunne dette vilkåret by på problemer.

Dette var noe departementet var enig i og man mente at vilkåret skapte usikkerhet.¹⁴⁰ Derfor har man ved lovendringen nå valgt å endre vilkåret til at det i tillegg til å inngå som "*ledd i selskapets vanlige virksomhet*" i stedet må være "*grunnet i vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper*". I kravet om at kjøp og salgavtaler må være "grunnet i vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper" ligger det at prisene normalt må være satt til markedsverdi.¹⁴¹ Den bredere drøftelsen om hvorvidt man har å gjøre med "*forretningsmessige vilkår og prinsipper*" må ta utgangspunkt i om avtalen er forretningsmessig begrunnet.¹⁴²

Endringen medfører at bestemmelsen nå får samme ordlyd som aksjeloven § 3-9 første ledd som omhandler transaksjoner mellom selskap i samme konsern. I forarbeidene til denne bestemmelsen ble det uttalt at det "ligger et krav om at det skal være likevekt i kontraktsforholdet når det gjelder partenes ytelse og vilkår ellers" og at en transaksjon ikke skal "innebære en ensidig overføring fra ett selskap til et annet som ikke er forretningsmessig begrunnet".¹⁴³ Departementet mener at de samme betraktningene burde legges til grunn for aksjeloven § 3-8.¹⁴⁴

Departementet utdyper så at de mener vurderingen av om avtalen er forretningsmessig grunnet må "vurderes på bakgrunn av behovet for avtalen og om avtalen er i selskapets/konsernets interesse".¹⁴⁵ Akkurat denne uttalelsen er til en viss grad forvirrende, det er ikke nødvendigvis noen sammenheng mellom en avtale som skjer på "*vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper*" og en avtale som er i selskapets interesse. Men poenget til departementet sett i lys av uttalelsen om aksjeloven § 3-9 er nok at selv om en transaksjon i det ytre fremstår som forretningsmessig kan den fortsatt rammes av bestemmelsen hvis den helt klart strider mot selskapets interesse.

Det har blitt tatt til orde for at domstolene burde være varsomme med å overprøve styrets skjønn i vurderingen av om vilkåret "*pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler*" er oppfylt.¹⁴⁶ Dette synspunktet må også videreføres, sett bort fra tilfeller hvor man kan ha mistanke om omgåelsesforsøk burde det legges stor vekt på styrets egen vurdering av om transaksjonen var hensiktsmessig og grunnet på "*vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper*" og i forlengelsen om den er i selskapets interesse. Dette skal normalt ikke være opp til domstolen å vurdere.

¹³⁷ Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 36.

¹³⁸ Bråthen (2007) s. 85.

¹³⁹ NOU 1992: 29 s. 81, dette er også lagt til grunn i LA-2006-38534.

¹⁴⁰ Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

¹⁴³ NOU 1996: 3 s. 192.

¹⁴⁴ Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Bråthen (2007) s. 85.

Selv om det endelige vurderingstemaet ikke blir vesensforskjellig ved endringen er det positivt at man har fått en avklaring av den noe misvisende ordlyden. Spesielt for mindre selskaper vil det nå være enklere å forholde seg til bestemmelsen, og så lenge transaksjonen skjer i forbindelse med selskapets vanlige virksomhet og er forretningsmessig begrunnet burde styret ikke være bekymret for at avtalen skal kunne rammes av bestemmelsen på noe vis. Endringen kan derfor antas å ha den effekten at man unngår at flere avtaler enn nødvendig blir behandlet etter reglene, og dermed unngår man unødvendige kostander.

4.5.4 *Krisehåndtering etter finansforetaksloven*

Et helt nytt unntak som kommer er at avtaler "*som er godkjent av Finanstilsynet etter reglene i finansforetaksloven kapittel 20*" ikke omfattes av bestemmelsen. Dette åpner for at man ikke trenger følge saksbehandlingsreglene for transaksjoner mellom nærstående i krisesituasjoner hvor mange følger reglene i finansforetaksloven kapittel 20. Slike krisehåndteringssituasjoner er allerede strengt regulert og det vil ikke være noe behov å følge reglene i aksjeloven § 3-8 i tillegg.

4.6 **Rettsvirkningene av brudd**

4.6.1 *Generelt*

Dagens regel fremstår som relativt klar, er en avtale som omfattes av aksjeloven § 3-8 inngått uten generalforsamlingsgodkjennelse er den ikke bindende for selskapet. Det er videre sikkert rett at medkontrahenten ikke kan påberope seg noen form for godtroerverv etter reglene i aksjeloven § 6-33.¹⁴⁷ Regelen har derfor i blant vært beskrevet som streng, da den kan gi urimelige resultater for medkontrahenten.¹⁴⁸ På en annen side så er kanskje ikke ubetinget ugyldig en så streng regel når man hensyntar hvem som er medkontrahenten, i de fleste tilfeller vil jo dette være personer med en sterk tilknytning til selskapet.¹⁴⁹

Som nevnt i punkt 3.3 åpner likevel en ubetinget ugyldighetsregel opp for en utilsiktet spekulasjonsadgang for selskapet og en potensielt tilfeldig fordel for et konkursbo, og dette er noe departementet ikke ønsket å videreføre.¹⁵⁰ Derfor innføres det et krav om ond tro hos medkontrahenten for at avtalen skal kunne ugyldiggjøres.

Dersom avtalen er å anse som ugyldig slår den nye bestemmelsen fast at "*[o]ppfyllelse i henhold til avtale som ikke binder selskapet skal tilbakeføres*". I utgangspunktet skal dette være en naturalrestitusjon, men dersom dette ikke er mulig må medkontrahenten tilbakeføre verdien av den mottatte ytelsen.¹⁵¹ Bestemmelsen er her kun en videreføring av nåværende rettstilstand.

¹⁴⁷ Prop 135. L (2018-2019) s. 40.

¹⁴⁸ Bråthen (2007) s. 89.

¹⁴⁹ Berge og Gåseide (2015) s. 93.

¹⁵⁰ Prop 135. L (2018-2019) s. 79.

¹⁵¹ Berge og Gåseide (2015) s. 101.

4.6.2 Manglende styregodkjennelse

Bestemmelsen femte ledd vil nå lyde slik:

"Avtale inngått i strid med første ledd er ikke bindende for selskapet om selskapet godtgjør at medkontrahenten forsto eller burde ha forstått at styret ikke har godkjent avtalen"

Det første som er verdt å merke seg er at det etter ordlyden i utgangspunktet kun er manglende styregodkjennelse som kan føre til ugyldighet. Dette er videre bekreftet av departementet som i lovforslaget skriver at verken overtredelse av kravet til redegjørelse, erklæring eller manglende innsendelse til aksjeeiere og Foretaksregisteret har ugyldighet som rettsvirkning.¹⁵²

Utgangspunktet virker derfor til å være klart, det er et skille mellom personelle kompetanseoverskridelser og brudd på de saksbehandlingskravene som bestemmelsen ellers stiller opp. Det har tidligere vært en viss debatt i hvilken grad brudd på saksbehandlingsregler kunne føre til ugyldighet i de tilfellene der dette kunne ha hatt en direkte effekt på generalforsamlingsgodkjennelsen.¹⁵³ Spesielt de tilfellene hvor styret har lagt fram feilaktig eller mangelfull informasjon til generalforsamlingen har blitt ansett som en saksbehandlingsfeil som har tilstrekkelig kausalitet med generalforsamlingsvedtaket til at avtalen kan bli ansett som ugyldig.¹⁵⁴

Hvorvidt det kan oppstilles noen slik regel etter endringene er mer usikkert. Det har vært spekulert i om man også nå kan oppstille en form for kausalitetskrav mellom saksbehandlingsfeil og styrets vedtak, og da basert på lignende tanker som i Rt. 2003 s. 1501.¹⁵⁵ Dommen omhandler tilbakebetaling av utdelt utbytte etter aksjeloven 1976 § 12-8, hvor Høyesterett kommer til at når det gjelder saksbehandlingsfeil så må det "ved grove feil være tilstrekkelig at innvirkning ikke kan utelukkes".¹⁵⁶ Etter nåværende bestemmelsen har saksbehandlingsfeilen potensielt en direkte effekt på hvorvidt generalforsamlingen har tilstrekkelig kunnskap til å fatte et vedtak basert på riktig informasjon. Etter endringen er det opp til styret alene og godkjenne transaksjonen, og redegjørelse og erklæring sendes kun ut i etterkant. Det er derfor vanskelig å se hvordan det nå skal være mulig å etablere kausalitet mellom redegjørelsen, erklæring og utsendelsen av disse og selve styrets vedtak om at transaksjonen skal godkjennes. Det vil derfor være vanskelig å kunne vise at saksbehandlingsfeilen har hatt noen relevant innvirkning på styrevedtaket.

Brudd på saksbehandlingsregler etter dagens bestemmelsen kan ha ulike uheldige virkninger for den personkretsen aksjeloven § 3-8 er ment å beskytte, men til syvende og siste må aksjonærene godkjenne avtalen på generalforsamlingen. Og sett bort i fra tilfeller hvor aksjonærer ble direkte villedet om avtalen er det ikke spesielt problematisk at saksbehandlingsreglene ikke blir fulgt. Etter endringene er det først ved mottatt redegjørelse om avtalen at aksjonærene kan ta stilling til om de mener transaksjonen er forsvarlig eller ikke (potensielt vil de også kunne få informasjon om dette i årsregnskapet, men som nevnt i punkt 3.4 vil dette ikke alltid være tilfelle). Derfor er det rettspolitisk ikke åpenbart at kravet til god tro utelukkende burde knytte seg til selve styregodkjennelsen. Dersom medkontrahenten forsto eller burde ha forstått at redegjørelsen var mangelfull eller ikke-eksisterende kan det være gode grunner til at også dette burde føre til ugyldighet.

¹⁵² Prop. 135 L s. 105.

¹⁵³ Se Aase og Abrahamsen (2004) s. 363-365. sml. Bråthen (2011) s. 59.

¹⁵⁴ Aarbakke mfl. (2017) s. 210.

¹⁵⁵ Perland (2019).

¹⁵⁶ Rt. 2003 s. 1501 avsnitt (48).

4.6.3 Godtrovurderingen

Vurderingtemaet er om «medkontrahenten forsto eller burde ha forstått at styret ikke har godkjent avtalen». Ordlyden her gir anvisning på en klassisk godtrovurdering, og spørsmålet blir om medkontrahenten var i aktsomt god tro. Dette bekreftes også i lovforslaget hvor departementet sier at det er formålstjenelig at man innfører en godtrovurdering slik som i aksjeloven § 6-33.¹⁵⁷ Vurderingen blir likevel ikke helt den samme da aksjeloven § 6-33 i tillegg inneholder et vilkår om at «det ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldene». Dette vilkåret gir etter departementets syn ikke noe mening i en vurdering etter aksjeloven § 3-8, da det vanskelig kan gjøres en «selvstendig vurdering av om det er redelig eller ikke for medkontrahenten å gjøre avtalen gjeldene, når medkontrahenten først forsto eller burde ha forstått at styret (...) ikke har godkjent avtalen».¹⁵⁸

Utgangspunktet for en godtrovurdering etter aksjeloven § 6-33 og dermed også nå aksjeloven § 3-8 er det samme som ved andre klassiske godtrovurderinger, og kan treffende beskrives som «om at det som ser ut, prater og oppfører seg som en and, som oftest må regnes for å være en and».¹⁵⁹ En medkontrahent skal altså kunne basere seg på de synbare forhold og skal i utgangspunktet kunne stole på disse. Det er likevel ett moment som er særskilt viktig for godtrovurderingen etter aksjeloven § 3-8, og det er medkontrahentens tilknytning til selskapet.¹⁶⁰ Bestemmelsen kommer kun til anvendelse når medkontrahenten er nærstående, og dermed vil medkontrahenten på et eller annet nivå være innblandet i selskapet. Dette var som nevnt i punk 4.6.1 nettopp noe av begrunnelsen for at man etter dagens løsning har en ubetinget ugyldighetsregel.

Det påpekes av departementet at en medkontrahent med særlig nær tilknytning, som for eksempel daglig leder, normalt aldri vil være i god tro dersom man mangler styregodkjennelse.¹⁶¹ I forbindelse med etterkontrollen av aksjeloven i 2006 uttalte departementet da de bestemte seg for ubetinget ugyldighetsregel at "[d]et er vanskelig å tenke seg at en slik motpart [aksjeeier, aksjeieres morselskap, styremedlem eller daglig leder] med rimelighet skulle kunne påberope seg noen villfarelse med hensyn til de faktiske forhold som medførte ugyldighet".¹⁶² Lignende synspunkter må også legges til grunn for denne gruppen etter endringene og terskelen for at disse er i god tro ved manglende styregodkjennelse må være høy.

For medkontrahenter kan det også oppstå et spørsmål om det eksisterer en undersøkelsesplikt. Høyesterett har drøftet dette i relasjon til aksjeloven § 6-33, hvor det uttales at «[a]ksjeloven bygger på den forutsetning at medkontrahenter i alminnelighet ikke skal ha noen undersøkelsesplikt» og at det bare er i de tilfeller der det «foreligger noen særlig grunn til mistanke (...) at medkontrahenten kan ha plikt til å foreta nærmere undersøkelser».¹⁶³ Departementet mener at slik synspunkter også burde legges til grunn for aksjeloven § 3-8.¹⁶⁴ Uttalelsen fra Høyesterett retter seg derimot mot "medkontrahenter i alminnelighet" når de uttaler at det ikke foreligger noen særlig undersøkelsesplikt i aksjeloven. For transaksjoner som rammes av aksjeloven § 3-8 vil man aldri ha med "medkontrahenter i alminnelighet" å gjøre, og terskelen for

¹⁵⁷ Prop. 135 L s. 79.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Meyer-Myklestad s. 356.

¹⁶⁰ Prop. 135 L s. 105.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹⁶³ Rt. 2005 s. 268 (avsnitt 39).

¹⁶⁴ Prop. 135 L s. 106.

når det foreligger en grunn til mistanke, og dermed en undersøkelsesplikt, må være lavere desto nærmere tilknytning medkontrahenten har til selskapet.

Avtalen er kun bindende hvis "*selskapet godtgjør*" at medkontrahenten ikke var i aktsom god tro. Samme begrep brukes i aksjeloven § 6-33 hvor det i forarbeidene er uttalt at "[d]et må vera nok at selskapet etter vanlege reglar sannsynleggjer at motparten ikke var i aktsam god tru".¹⁶⁵ Og departementet mente at samme synspunkt må legges til grunn i vurderinger etter vurderingen i aksjeloven § 3-8.¹⁶⁶ Beviskravet blir derfor vanlig sannsynlighetsovervekt.

At man nå innfører et unntak for en medkontrahent som er i aktsom god tro er derfor i realiteten bare en mindre endring av i aksjeloven § 3-8. Endringen avskaffer muligheten for selskapet til å spekulere i avtalen, og konkursboet vil ikke lenger kunne oppnå en tilfeldig fordel, på bekostningen av en godtroende medkontrahent. Men bortsett fra det vil nok regelen i praksis være en sikkerhetsventil for de få tilfeller hvor den nærstående medkontrahenten faktisk var i aktsom god tro. Dette kan være i situasjoner hvor man på bakgrunn av en feilaktig, men forsvarlig, verdivurdering kommer fram til at selskapets ytelse er mindre enn 2,5% av balansesummen, eller er mindre enn 100 000 kroner. Hvis både medkontrahenten og selskapet derfor antar at styregodkjennelse er unødvendig og det senere skulle vise seg at verdivurderingen var feilaktig vil avtalen nå være gyldig.¹⁶⁷

Som illustrert i tabellen i punk 4.5.1 er det et svært stort spenn mellom aksjeselskaper som reguleres av aksjeloven § 3-8, fra selskaper med milliardomsetning til svært små butikker. Det varierer derfor hvor profesjonelle de ulike selskapene er, og hvilken kunnskap om reglene i aksjeloven de innehar. Det er til å anta at veldig mange som sitter i styret i de mindre selskapene ikke har kontroll på aksjeloven, og at mange ikke har kunnskap om reglene i aksjeloven § 3-8.¹⁶⁸ Derfor inngås det nok stadig avtaler som er i strid med bestemmelsen uten at styret eller medkontrahenten nødvendigvis er klar over dette. Det er sikker rett at rettsvillfarelse ikke unntar en medkontrahent fra å være i ond tro.¹⁶⁹ Inntakelsen av et vilkår om god tro vil derfor ikke føre til at problemet med at det inngås mange slike ugyldige avtaler, uten at aktørene faktisk er klar over det, forsvinner.

4.7 Delt ikraftsettelse

Aksjeloven § 3-8 andre ledd og allmennaksjeloven § 3-8 tredje ledd trer i motsetning til resten av bestemmelsen ikke i kraft fra 1. januar 2020.¹⁷⁰ Det er ikke fastsatt noen dato for ikrafttreddelsen av denne delen. Bestemmelsene lyder som følger:

" Terskelverdien etter første ledd første punktum kan bygge på en mellombalanse etter § 8-2 a første ledd som er registrert i og kunngjort av Regnskapsregisteret. Har selskapet ikke fastsatt et årsregnskap eller en mellombalanse, er terskelverdien 2,5 prosent av samlet pålydende og overkurs på de aksjene som selskapet har utstedt"

¹⁶⁵ NOU 1996: 33 s. 141.

¹⁶⁶ Prop. 135 L s. 80.

¹⁶⁷ Sml. med tidligere hvor denne avtalen ville vært ugyldig se. Berge og Gåseide Røsås (2015) s. 93.

¹⁶⁸ Perland og Sandvik (2016) s. 20.

¹⁶⁹ Se blant annet Rt. 1995 s. 1026 og Falkanger (1999) s. 252.

¹⁷⁰ Forskrift 6. desember 2019 nr. 1648.

Årsaken til at denne delen ikke skal tre i kraft fra 1. januar 2020 er ikke diskutert i forbindelse med vedtakelsen av loven men det må antast å være fordi det enda ikke er på plass regler om hvordan registrering og kunngjøring av mellombalanser skal skje i Regnskapsregisteret. Regler for dette er under behandling og forslag til forskrift som skal regulere dette ble sendt ut i 9. august og hadde høringsfrist 15. oktober i år.¹⁷¹ Når dette er ferdigbehandlet må også Regnskapsregisteret få på plass de rent tekniske løsningene for innsending og registrering. Før dette er på plass vil man ikke kunne oppfylle ordlyden "*registrert i og kunngjort av Regnskapsregisteret*" og det ville kunne skapt forvirring om denne delen av bestemmelsen ble inntatt i loven før dette var fikset. Det er derfor uklart nøyaktig når aksjeloven § 3-8 andre ledd vil trå i kraft og selskaper faktisk kan benytte seg av mellombalansen i utregningen.

Der det foreligger tekniske grunner til at mellombalanse ikke kan registreres og kunngjøres av Regnskapsregisteret er det uvisst hvorfor også andre ledd andre punktum i bestemmelsen ikke skal tre i kraft fra og med 1. januar 2020. Fra dette tidspunkt vil det oppstå et problem for selskaper som ikke har et godkjent årsregnskap. Det vil ikke være mulig å regne ut en terskelverdi etter bestemmelsen først ledd, og da bestemmelsens andre ledd ikke har trådt i kraft har man etter lovens ordlyden ingen mulighet til å regne ut terskelverdien basert på samlede pålydende og overkurs for utstedte aksjer. Det er vanskelig å se dette som noe annet enn en glipp i utformingen av forskriften for den delte ikraftsettingen av loven. Det er ingen grunn til at andre ledd andre punktum ikke skal tre i kraft fra 1. januar 2020. Dette betyr at det fra årsskifte etter ordlyden i bestemmelsen ikke vil være noen minsteterskel for selskaper som ikke har et godkjent årsregnskap. Dermed vil enhver avtale som omfattes av bestemmelsen men som ikke faller inn under noen av unntakene vil måtte behandles i tråd med saksbehandlingsreglene.

Hvorvidt en domstol faktisk hadde ugyldiggjort en avtale hvor selskapets verdi på ytelsen faktisk var langt under "*2,5 prosent av samlet pålydende og overkurs*" fordi den ikke var behandlet i tråd med reglene i bestemmelsen er noe usikkert, det ville kanskje oppleves som svært urimelig da det åpenbart er lovgivers vilje at slike avtaler ikke skal trenge følge disse reglene. Men fram til bestemmelsens andre ledd trår i kraft vil anbefalingen til selskaper uten godkjent årsregnskap være at enhver avtale som omfattes av aksjeloven § 3-8 og ikke av noen av unntakene behandles i tråd med saksbehandlingsreglene uansett den virkelige verdien på ytelsen. Dette er svært uheldig da man ved endringen ønsket å unngå at avtaler ble behandlet etter aksjeloven § 3-8 bare for at "man skal være på den sikre siden".¹⁷²

¹⁷¹ Jf. Forslag til ny forskrift om registrering og offentliggjøring av mellombalanser – alminnelig høring (19/4204-7).

¹⁷² NOU 2016: 22 s. 140.

5 Avsluttende bemerkninger

Det analysen først og fremst har vist er at det ikke har funnet sted noen radikale endringer av bestemmelsen, noe som egentlig er som forventet all den tid departementet ønsket å videreføre reguleringen av transaksjoner med nærstående. Det er likevel påfallende hvor få av argumentene og forslagene som var framsatt av aksjelovutvalget i NOU 2016: 22 og i forslaget i høringsnotatet som har blitt imøtegått i forbindelse med vedtakelse av disse endringene. Enkelte unntak har blitt presisert, smutthull for spekulasjonsadgang har blitt lukket og bestemmelsen er nå bedre egnet til kostnadseffektiv drift av selskaper. Men det store spørsmålet om bestemmelsen i det hele tatt burde opprettholdes i sin nåværende form er i mindre grad blitt diskutert.

Bestemmelsen oppstiller etter endringene fortsatt ikke noe materielt vern for kreditorer eller aksjonærer, og at disse avtalene ikke lenger skal drøftes på generalforsamlingen kan i realiteten ses på som en svekkelse av minoritetsvernet.

Styremedlemmer i aksjeselskaper rundt om i landet får nå også utvidet myndighet, og dermed utvidet ansvar. Det gjenstår å om styremedlemmer vil være risikoaverse og dermed be om ekstern rådgivning på samme nivå som i dag og at administrasjonskostnadene derfor i stor grad blir de samme, eller om man velger å være mer selvstendig.

Alt i alt kan det virke som man allerede fra starten av prosessen har vært preget av et ønske om å ikke gjøre for drastiske endringer i bestemmelsen. Man kan mistenkte at tanken som ble framsatt allerede i 1996 ved vedtakelse av aksjeloven fortsatt preger lovgiver: "[e]r man i tvil om vilkårene for å anvende bestemmelsen er oppfylt, har man alltid den mulige utvei å følge de saksbehandlingsreglene som paragrafen gir anvisning på".¹⁷³ En slik tankegang harmonerer dårlig med ønsket om en effektiv og kostnadsbesparende aksjelovgivning som legger til rette for økonomisk vinning både for aksjonærer og samfunnet. Selv om endringene langt på vei letter på de administrative byrdene som man tidligere har hatt hadde det vært ønskelig om man i større grad tok for seg de mer drastiske endringene som ble foreslått av aksjelovsutvalget i 2016 og i alle fall drøftet disse.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

6 Kilderegister

Lovregister

Norsk lov

Aksjeloven 1976	Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper
Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
Allmennaksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.
Regnskapsloven	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap
Offentleglova	Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd
Finansforetaksloven	Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern.
Lov 6. desember 2019 nr. 77	Lov 6. desember 2019 nr. 77 om endringer i aksjelovgivningen mv. (langiktig eierskap i noterte selskaper mv.)
Forskrift 7. september 2006 nr. 1062	Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av regnskapsloven av 17. juli 1998 nr. 56.
Forskrift 6. desember 2019 nr. 1648	Delt ikraftsetting av lov 6. desember 2019 nr. 77 om endringer i aksjelovgivningen mv. (langiktig eierskap i noterte selskaper mv.).

Dansk lov

Selskabsloven	Lov 12. juni 2009 nr. 470 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven).
---------------	--

Svensk lov

Aktiebolagslagen	Aktiebolagslag (2005:551)
------------------	---------------------------

EU/EØS lovgivning

Annet rådsdirektiv 77/91/EØF	Annet rådsdirektiv 77/91/EØF av 13. desember 1976 om samordning av de garantier som kreves i medlemsstatene av selskaper som definert i traktatens artikkel 58 annet ledd for å verne selskapsdeltakeres og tredjemanns
------------------------------	---

interesser når det gjelder stiftelsen av åpne aksjeselskaper og sikring og endring av deres kapital, med det formål å gjøre slike garantier likeverdige

Direktiv 2017/828

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2017/828 av 17. mai 2017 om endring av direktiv 2007/36/EF om fremme av langsiktig aksjonæringasjement

Forarbeidsregister

NOU 1992: 29

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper

NOU 1996: 3

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)

Ot.prp.nr.23 (1996–1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Innst. O.nr. 80 (1996-1997)

Innst. O.nr. 80 (1996-1997) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringer i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgjeving m.m..

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

Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Prop. 111 L (2012-2013)

Prop. 111 L (2012-2013) Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger).

NOU 2016: 22

NOU 2016: 22 Aksjelovgivning for økt verdiskaping

Prop. 135 L (2018-2019)

Prop. 135 L (2018-2019) Endringer i aksjelovgivningen mv. (langsiktig eierskap i noterte selskaper mv.).

Domsregister

Rt. 1995 s. 1026

Rt. 2003 s. 1501

HR-2016-1440-A

HR-2016-570-A

RG 2010 s. 1423 (Agder lagmannsrett)

Litteratur

- Aarbakke m.fl (2017) Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre, *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Lovkommentar*, 4. utgave (2017).
- Aase og Abrahamsen (2004) Aase, Sindre og Abrahamsen, Thomas, *Aksjeloven/ allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær*, *Tidsskrift for Forretningsjus (TfF)* 2004 s. 341-372.
- Andenæs (2016) Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave ved Ole. Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen (2016).
- Berge og Gåseide Røsås (2015) Berge, Stig og Gåseide Røsås, Lars Eirik, *Avtaler med aksjeeiere mv. – aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 i praksis*, 3. utgave (2015).
- Bråthen (2007) Bråthen, Tore, *Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen*, *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret (NTS)*, 2007:3, s. 65-89.
- Bråthen (2008) Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 3. utgave (2008).
- Bråthen (2011) Bråthen, Tore, *Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapets garantier for morselskapets lån*, *Moderne Forretningsjus II* (2011), s. 43-59.
- Falkanger (1999) Falkanger, Aage Thor, *God tro* (1999).
- Graver (2008) Graver, Hans Petter, "Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger",

- Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR)*, 2008, s. 149-178.
- Havstein og Moen (2015) Havstein, Bjørgunn og Moen, Tove-Gunn, *Finansregnskap – Grunnleggende teori og bokføring*, 3. utgave (2015).
- Justisdepartementets lovavdeling (2008). Tolkningsuttalelse fra lovavdelingen avgitt 4. juli 2008, referanse 200804088 EP ASL.
- Langseth (2012) Langseth, Erik, Kreditt i konsernforhold. Noen praktiske spørsmål vedrørende aksjelovene § 3-8 og utbytte reglene, *Tidsskrift for forretningsjus (Tff)* 2012, s. 156-178.
- Meyer-Myklestad (2012) Meyer-Myklestad, Johannes, Rett og legitimasjon i aksjeselskapsretten, *Jussens Venner* (2012), 346-362.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (2004).
- Perland (2004) Perland, Olav Fr., Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, *Tidsskrift for forretningsjus (Tff)*, 2004 s. 562-580.
- Perland (2019) Perland, Olav Fr, Endringer i aksjeloven § 3-8, foredrag under Den årlige selskapsrett- og transaksjonskonferansen, Sandefjord, 21. oktober 2019.
- Perland og Sandvik (2016) Perland, Olav Fr. og Sandvik, Sverre, *Vurdering av Aksjelovens § 3-8, utredning av Advokatfirmaet Wiersholm AS for Næringslivets Hovedorganisasjon* (2016).
- Reiersen (2015) Reiersen, Hedvig Bugge, *Aksjelovens utdelingsbegrep* (2015).