



Norwegian
Business School

Denne filen er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Open <https://biopen.bi.no>.

Den inneholder akseptert og fagfellevurdert versjon av artikkelen under. Den kan inneholde små forskjeller fra den publisert versjonen i tidsskriftet.

Bråthen, T. (2020). *Reguleringen av avtaler mellom selskapet og tilknyttede parter i norsk aksjeselskapsrett*, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 2020(2/3), 13-44. Retrieved from <https://www.jurabibliotek.dk/view/journals/nts/2020/2/3/article-p13.xml>

REGULERINGEN AV AVTALER MELLOM SELSKAPET OG TILKNYTTETE PARTER I NORSK AKSJESELSKAPSRETT

1. Innledning

Aksjeloven/allmennaksjeloven¹ § 3-8 oppstiller krav til aksjeselskapers/allmennaksjeselskapers saksbehandling i forbindelse med visse avtaler mellom selskapet på den ene siden og nærmere angitte tilknyttede parter på den andre. De någjeldende reglene ble vedtatt ved LOV-2019-12-06-77.² Norge fikk dermed sin femte generasjon lovregler om avtaler mellom selskapet og deres aksjonærer m.fl. siden LOV-1995-12-22-80, i kraft 1. januar 1996.

Aksjelovene § 3-8 har sin bakgrunn i det opprinnelige 2. selskapsdirektiv (77/91/EØF) art. 11.³ Etter EU-regelen skal statene ha regler om at selskaper av ASA-typen må følge tilsvarende prosedyre som ved tingsinnskudd dersom selskapet innen to år fra stiftelsen (registreringen) kjøper formuesgjenstand fra stifterne («Nachgründung»).⁴ Det sentrale siktemålet med EU-regelen har alltid vært å bidra til at den lovbestemte prosedyren for tingsinnskudd ikke lett skulle kunne omgås.⁵

Aksjelovene § 3-8 inneholder atskillig mer vidtrekkende regler enn sitt EU-rettslige opphav. Helt siden vedtakelsen av aksjelovene 1997 har den norske lovregelen mer generelt tatt sikte på å beskytte selskapskreditorenes interesser.⁶ Dessuten skal aksjelovene § 3-8 motvirke ulik behandling av aksjonærene herunder verne aksjonærminoriteten. Aksjelovene § 3-8 skal være et redskap for å forhindre at aksjonærmajoriteten og andre med en sentral posisjon i selskapet misbruker sin innflytelse til å oppnå uakseptabelt gode avtaler med selskapet i strid med aksjonærenes og selskapets interesse. Lovbestemmelsen skal dermed motvirke såkalt «tunneling», dvs. flytting av verdier ut av et selskap til aksjonærer eller ledelsen.⁷

Generelt kan det sies at den norske reguleringen av avtaler mellom selskapet og nærmere angitte tilknyttede parter avviker fra reguleringen i de fleste andre land, bl.a. de øvrige

¹ LOV-1997-06-13-44 og LOV-1997-06-13-45, forkortet hhv. «as1.» og «asal». Når aksjeloven og allmennaksjeloven omtales under ett, betegnes lovene som «aksjelovene».

² Med unntak av asl. § 3-8 (2)/asal. § 3-8 (3) om mellombalanse, se punkt 4.3.2 nedenfor, trådte lovendringen i kraft 1. januar 2020, jf. FOR-2019-12-06-1648.

³ Nå Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2017/1132 av 14. juni 2017 om visse aspekter i selskapsretten («generelt selskapsdirektiv») art. 52.

⁴ Om reguleringen av «Nachgründung» i 2. selskapsdirektiv art. 11, se f.eks. Werlauff: EU-selskapsret (3. utg., København 2002) s. 236 flg., Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 67-68).

⁵ Jf. f.eks. de Luca: European Company Law (Cambridge 2017) s. 171.

⁶ Jf. NOU 2016: 22 s. 131.

⁷ Om begrepet «tunneling», se f.eks. Johnson, Simon; Rafael La Porta; Lopez-de-Silanes, Florencio; Shleifer, Andrei: Tunneling. The American Economic Review; Nashville Vol. 90, Iss. 2, (May 2000): 22-27 (22), som skriver: «In this paper, we use the term "tunneling," coined originally to characterize the expropriation of minority shareholders in the Czech Republic (as in removing assets through an underground tunnel), to describe the transfer of assets and profits out of firms for the benefit of those who control them». Se også f.eks. Enriques: Related Party Transactions, I Gordon & Ringe (eds.): The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance (Oxford 2018) s. 506 flg. (s. 507-512).

nordiske landene.⁸ For ikke-børsnoterte danske aktieselskaber og anpartsselskaber inneholder selskabsloven §§ 42a flg. bare regler om «[e]fterfølgende erhvervelser» fra stiftere de første to årene etter at selskapet er registrert.⁹ Forarbeidene viser at vurderingene da den danske lovbestemmelsen ble utformet bare gjaldt spørsmålet om EU-kravene også skulle gjelde for anpartsselskaber, og en utvidelse av reglene etter mønster av den norske reguleringen var tydeligvis ikke noe tema.¹⁰ I Danmark anså man det ikke som ønskelig med regler som rekker lenger enn minimumskravene etter EU-retten. Også i Sverige er den tilsvarende reguleringen av «uppskjuten apport» fra stifter eller aksjonær de første to år etter registreringen i hovedsak begrenset til minimumskravene som følger av EU-reglene, jf. aktiebolagslagen 2. kap. 29§-31§.¹¹ De norske reglene har imidlertid flere fellestrekk med de engelske reglene i Companies Act 2006 sec. 190-196 om «substantial property transactions», men dette har aldri vært trukket frem i de norske lovforarbeidene eller rettspraksis.¹²

Denne artikkelen handler om reglene i aksjelovene § 3-8. Ettersom de någjeldende reglene er et resultat av en utvikling gjennom flere lovendringer, forstås de best i lys av lovhistorikken. I punkt 2 nedenfor behandles derfor de fire første fasene med lovregulering av avtaler mellom aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper og nærmere angitte tilknyttede parter. Punkt 3 omhandler opptakten til reglene som ble vedtatt ved LOV-2019-12-06-77, mens punkt 4 inneholder en gjennomgang av disse reglene. Avslutningsvis i punkt 5 finnes det noen sammenfattende synspunkter.

Allmennaksjeloven § 3-10 til § 3-19 har særregler om vesentlige avtaler mellom noterte selskaper og tilknyttede parter. Lovbestemmelsene ble tilføyd ved LOV-2019-12-06-77. Bakgrunnen er det reviderte aksjonærrettighetsdirektivet («SRD II»)¹³. Særreglene i allmennaksjeloven § 3-10 til § 3-19 behandles imidlertid ikke i denne artikkelen utover noen korte bemerkninger av hensyn til sammenhengen, se punkt 3.3 og 4.1 nedenfor.

⁸ Jf. European Model Companies Act section 2.13, som er begrenset til «Substantial Acquisitions after Registration» i to år etter stiftelsen av et Public Limited Liability Company. Se Krüger Andersen m.fl.: European Model Companies Act, Nordic & European Company Law LSN Research Paper Series No. 16-26 s. 55.

⁹ Jf. f.eks. Bunch & Corfixen Whitt: Selskabsloven (3. utg., København 2018) s. 259-265, Friis Hansen & Krenchel: Dansk selskabsret 2 Kapitalselskaber (5. utg., København 2019) s. 181-183.

¹⁰ Modernisering af selskabsretten, Betænkning 1498, November 2008, s. 136-139, Gomard: Stiftelse av kapitalselskaber. I Neville/Sørensen (red.): Den nye selskabslov (København 2009) s. 43 flg. (s. 57-58).

¹¹ Jf. f.eks. Andersson, Johannsson & Skog: Aktiebolagslagen, Del I Med supplement 13 (Stockholm 2018) 2:45-2:49 sml. Prop.2004/05:85 s. 536.

¹² Om «substantial property transactions», se f.eks. Gower: Principles of Modern Company Law (10. Edition, v/ Davies and Worthington, London 2016) s. 527-533.

¹³ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 64-65. Implementeringen av reguleringen av «related parties transaksjons (RPT)» i de nordiske land har fått stor oppmerksomhet, se f.eks. Skog: RPT – relgeringsmässiga utmaningar f'r Sverige och andra länder, NTS 2019:1 s. 1 flg., Smith, Korpela & Jørsboe: Aktionærrettighetsdirektivet og den danske implementering, NTS 2019:1 s. 11 flg., Søgaard: «Vesentlige transaksjoner mellom nærtstående» - et selskabsretlig armslengdeprincipp i ny forklædning, NTS 2019:2 s. 3 flg., Rasinaho: Regulation of related party transactions in Finland after SHRD II, NTS 2019:3 s. 15 flg., Nielsen & Schmith: Transaksjoner med nærtstående i børsnoteredes selskaber – en harmonisering uden konsekvenser? NTS 2020:1 s. 15 flg.

2. Utviklingen av reglene om selskapers transaksjoner med nærstående parter

2.1 Første fase – EØS-tilpasningen av aksjeloven 1976 (1995)

Første fase regulering av avtaler mellom selskap og aksjonær m.fl. kom da aksjeloven 1976 (opphevet) ble endret ved LOV-1995-12-22-89.¹⁴ Endringsloven hadde sin bakgrunn i EØS-avtalen, som krever at norsk aksjeselskapslovgivning skulle være tilpasset EUs regler på selskapsrettens område innen 1. januar 1996. Aksjeloven 1976 § 2-9 a gjennomførte dagjeldende 2. selskapsdirektiv (77/91/EØF) artikkel 11 om «Nachgründung» i norsk rett.¹⁵ En liknende bestemmelse fantes i forslaget til ny aksjelov som Stortinget i 1995 hadde vedtatt å sende tilbake til regjeringen.¹⁶ Aksjeloven 1976 § 2-9a bygget i stor grad på dette forslaget.

I tråd med 2. selskapsdirektiv artikkel 11 var formålet med aksjeloven 1976 § 2-9a å motvirke omgåelse av de strenge reglene om tingsinnskudd mv. ved stiftelse av allment aksjeselskap.¹⁷ Med noen unntak var det snakk om en minimumstilpasning til 2. selskapsdirektiv art. 11.¹⁸ Aksjeloven 1976 § 2-9a var således en lovbestemmelse om «etterstiftelse» («Nachgründung»). Lovregelen skulle bare gjelde saksbehandlingen ved visse avtaler inngått de første to år etter registreringen av selskapet.

Aksjeloven 1976 § 2-9a gjaldt for det første avtaler mellom et allment aksjeselskap og en aksjonær eller stifter. Hvor stor aksjepost aksjonæren var eier av, var uten betydning; én aksje var tilstrekkelig. I tillegg skulle regelen omfatte avtaler med nærmere angitte personer med tilknytning til aksjonær og stifter. Den relevante personkretsen var ifølge lovteksten vedkommendes ektefelle, person som vedkommende bor sammen med i ekteskapsliknende forhold, person som vedkommende er beslektet eller besvogret med i rett opp- eller nedstigende linje, og selskap der vedkommende eller de nevnte personer har bestemmende innflytelse. Personkretsen var større enn påkrevd etter 2. selskapsdirektiv artikkel 11, som bare omfatter avtaler mellom selskapet og stifter. Når aksjeloven 1976 § 2-9a likevel inkluderte erverv fra en større personkrets, var dette ifølge lovforarbeidene «for å gi bestemmelsen den tilsiktede effekt».¹⁹ Lovforarbeidene ga ingen ytterligere begrunnelse for

¹⁴ Se Bråthen: EØS-tilpasningen av lov om aksjeselskaper, Jussens Venner 1996:4 s. 242 flg. (s. 260-262). En slags parallell til aksjeloven 1976 § 2-9a fantes riktignok i aksjeloven 1957 (LOV-1957-07-06-4) § 18, se Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 67). Denne regelen gikk ut på at erverv ved frivillig overdragelse av bestående eller påtenkt anlegg eller faste eiendommer eller patenter for en sum som oversteg en femtedel av aksjekapitalen før utløpet av ett år etter selskapets registrering, bare kunne skje med samtykke fra flertallet på generalforsamlingen. Et ytterligere vilkår var at minst halvdelen av den stemmeberettigede kapital var representert på generalforsamlingen. Regelen ble ikke fulgt opp i aksjeloven 1976 (LOV-1976-06-04-59). Begrunnelsen var en antakelse om at de alminnelige ansvarsregler ville være tilstrekkelige, jf. Innstilling om lov om aksjeselskaper (1970) s. 59; Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 35.

¹⁵ Om reguleringen av «Nachgründung» i 2. selskapsdirektiv art. 11, se f.eks. Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 67-68).

¹⁶ Jf. Sttingsvedtak 9. mai 1995 sml. Innst. O. nr. 45 (1994-1995), Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 170-171, NOU 1992: 29 s. 80-81. Sml. Bråthen: Selskapsrett (6. utg., Oslo 2019) s. 56-57, Bråthen: Om 1990-årenes norske aksjelovreform, I Krüger Andersen (red.): Selskabers organisation (København 1997) s. 220 flg. (s. 222-229).

¹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24. Om tingsinnskudd, se f.eks. Bråthen: Selskapsrett (6. utg., Oslo 2019) s. 90. Betegnelsen allment aksjeselskap ble erstattet med allmennaksjeselskap (ASA) i allmennaksjeloven.

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 23-24 sml. NOU 1992: 29 s. 80-81, Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 170.

¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24.

fastsettelsen av personkretsen, og de inneholdt heller ingen nærmere vurdering av behovet for å ha en større personkrets enn 2. selskapsdirektiv krever.

En forutsetning for at aksjeloven 1976 § 2-9a skulle komme til anvendelse, var at vederlaget ved ervervet utgjorde minst ti prosent av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet. Bakgrunnen for at loven fastsatte en slik «terskel», lå i at det ble ansett som praktisk med et generelt unntak for avtaler av mindre verdi.²⁰

Saksbehandlingsregelen omfattet bare avtaler om «erverv av eiendeler» fra den angitte personkretsen, jf. aksjeloven 1976 § 2-9 a første punktum. Det ble ikke ansett som «nødvendig» at anvendelsesområdet skulle inkludere avtaler der selskapet var avhender.²¹

Loven gjorde uttrykkelig unntak for «forretningsavtaler på vanlige vilkår».²² Formuleringen stammer direkte fra Aarbakke-utvalgets innstilling i NOU 1992: 29, hvor det het:

«I uttrykket «forretningsavtaler» ligger at avtalen må ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet. Videre ligger det en begrensning i at avtalen må være inngått «på vanlige vilkår». Avtalevilkårene må etter dette være fastsatt i overensstemmelse med eventuelle eksterne normer for fastsettelse av avtalevilkår på vedkommende område. En arbeidsavtale som er inngått på vilkår fastsatt i tariffavtale, vil f.eks falle inn under unntaksbestemmelsen. Dersom man ikke kan vurdere avtalen ut fra denne typen «objektive kriterier», må det foretas en helhetsvurdering av om avtalen fremtrer som forretningsmessig begrunnet.»²³

Noen høringsinstanser hadde gitt uttrykk for at unntaksregelen heller burde formuleres i tråd med 2. selskapsdirektiv art. 11 som et unntak for «erverv som inngår som ledd i selskapets vanlige virksomhet».²⁴ Høringsinstansene hadde tidligere reist spørsmålet om uttrykket «forretningsavtaler på vanlige vilkår» var strengere enn unntaket i 2. selskapsdirektiv art. 11. Innspillet ble imidlertid avvist i proposisjonen under hensyn til at det var «en viktig forutsetning for at en avtale bør komme inn under unntaksreglene i siste ledd, at den er inngått på samme vilkår som selskapets vanlige forretningsavtaler».²⁵

Videre ble det gjort unntak for erverv av verdipapirer iht. offentlig kursnotering.²⁶ Unntaket kommer fra 2. selskapsdirektiv art. 11 nr. 2 og ble ikke nærmere vurdert i proposisjonen. Ved erverv av verdipapirer til en pris som bygger på offentlig kursnotering, er det imidlertid objektivt konstaterbart at selskapet betaler markedspris.²⁷

²⁰ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 170-171.

²¹ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24. Erverv av tjenester var da heller ikke omfattet av 2. selskapsdirektiv art. 11.

²² Jf. Bråthen: EØS-tilpasningen av lov om aksjeselskaper, Jussens Venner 1996:4 s. 242 flg. (s. 261-262).

²³ NOU 1992: 29 s. 81.

²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24.

²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24 sml. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 171.

²⁶ Jf. Bråthen: EØS-tilpasningen av lov om aksjeselskaper, Jussens Venner 1996:4 s. 242 flg. (s. 261-262).

²⁷ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. (3. utg., Bergen 2015) s. 42-46, Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven (4. utg., Oslo 2017) s. 214-215.

Etter saksbehandlingsregelen i aksjeloven 1976 § 2-9a måtte avtalen vedtas på generalforsamlingen for å være bindende. Aksjelovens vanlige regler om flertallsvedtak skulle gjelde slik at flertallet av stemmene på generalforsamlingen ble avgjørende for om avtalen var vedtatt. Aksjeloven har ingen inhabilitetsregel som gjelder for generalforsamlingens behandling av avtaler mellom selskapet og aksjonærer.²⁸ Generelt er inhabilitetsregelen for aksjonærer på generalforsamlingen begrenset til noen få situasjoner, og blant disse er ikke avtaleinngåelse med aksjonærer.²⁹

At aksjeloven 1976 § 2-9a innførte ugyldighet som konsekvens av brudd på saksbehandlingsregelen, fikk ikke spesiell oppmerksomhet i lovforarbeidene. Det ble heller ikke kommentert at norsk rett her gikk lenger enn påkrevd i 2. selskapsdirektiv art. 11, som ikke hadde noen bestemmelse om rettsvirkningen av brudd på plikten til å vedta avtalen i generalforsamlingen. Lovforarbeidene tyder på at ugyldighetsregelen ble ansett som en naturlig følge av at kompetansen til å beslutte at selskapet skulle inngå slike avtaler var lagt til generalforsamlingen.³⁰ At manglende overholdelse av saksbehandlingsregelen også utløste en plikt for revisor til å påpeke lovbruddet ble ikke nevnt.³¹

Generalforsamlingens beslutning skulle treffes på grunnlag av en nærmere angitt redegjørelse for ervervet. Redegjørelsen skulle utarbeides etter reglene om tingsinnskudd og selskapets overtakelse av eiendeler mot vederlag i annet enn aksjer, jf. aksjeloven 1976 § 2-4a. Dermed skulle den utarbeides av én eller flere uavhengige sakkyndige, dvs. av registrert eller statsautorisert revisor.³² Styret var ansvarlig for at redegjørelsen ble utarbeidet og for at den ble fremlagt for generalforsamlingen.³³ Redegjørelsen skulle for det første inneholde en beskrivelse av ervervet.³⁴ Beskrivelsen skulle være minst så utfyllende at den gjør det mulig å få et rimelig godt inntrykk av hva som skytes inn og gjenstandens verdi for selskapet.³⁵ For det annet skulle redegjørelsen gi opplysning om de prinsipper som var anvendt ved vurderingen av innskuddet.³⁶ Og for det tredje skulle redegjørelsen inneholde en erklæring om at verdien av de eiendeler selskapet skulle overta, minst svarer til det avtalte vederlag.³⁷ Redegjørelsen skulle vedlegges innkallingen til generalforsamlingen, som skal gjøres kjent for samtlige aksjonærer.

Redegjørelsen skulle «uten opphold meldes til Foretaksregisteret», jf. aksjeloven 1976 § 2-9a tredje ledd. For øvrig skulle det ikke skje noen melding av selve avtalen.

²⁸ Jf. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 352.

²⁹ Jf. Bråthen: Inhabilitet på generalforsamlingen i aksjeselskaper, I Benestad Anderssen og Bråthen (red): Moderne forretningsjus III (Bergen 2016) s. 47-61.

³⁰ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24 sml. NOU 1992: 29 s. 80.

³¹ Jf. Birkeland: Ekstern revisors handleplikter (Oslo 2017) s. 342-347.

³² Jf. diskusjonen i Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 20-21.

³³ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 24.

³⁴ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 79-80.

³⁵ Jf. NOU 1992: 29 s. 77 sml. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 21.

³⁶ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 80-81.

³⁷ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 82-83.

2.2 Annen fase – aksjelovene 1997

Saksbehandlingsregelen ble videreført i aksjelovene av 1997.³⁸ Under lovforberedelsene gikk Selvig-utvalget imidlertid inn for en «betydelig utvidelse av bestemmelsens virkeområde» sammenliknet med aksjeloven 1976 § 2-9a.³⁹ Utvalget fremhevet i denne forbindelse den brede begrunnelsen for regelen (nevnt i punkt 1 foran). Ifølge Selvig-utvalget burde det «stilles krav til informasjon og kontroll med større avtaler mellom selskapet og dets aksjeeiere som ikke er vanlige forretningsavtaler, og ... slike avtaler bør legges fram for generalforsamlingen. Dette vil etter utvalgets mening være en viktig side av selve sikringen av selskapskapitalen mot utilbørlige disposisjoner fra aksjeeiernes side som kan være til skade for de øvrige aksjeeiere eller kreditorene».⁴⁰

Høringsinstansene som uttalte seg, var positive til regelen, men det ble foreslått enkelte presiseringer.⁴¹ Innvendingene som fremkom i høringen, ble imidlertid ikke hensyntatt i særlig grad. Selvig-utvalgets forslag ble i det alt vesentlige fulgt opp i proposisjonen og senere vedtatt.

Slik aksjelovene av 1997 § 3-8 ble vedtatt, måtte nærmere definerte avtaler mellom selskapet og aksjonærer m.fl. fortsatt besluttes gjennom flertallsvedtak i selskapets generalforsamling for å være gyldige, jf. punkt 2.1 foran.⁴² Det var ingen endringer i stemmeretts- og avstemningsreglene, herunder inhabilitetsregelen.

Reguleringen var imidlertid ikke lenger begrenset til allmennaksjeselskap (ASA), men den gjaldt også for alle aksjeselskaper uansett selskapets størrelse. Utvidelsen til aksjeselskaper lå utenfor det som var påkrevd etter 2. selskapsdirektiv art. 11. Selvig-utvalget mente imidlertid «at de hensyn regelen skal ivareta også gjør seg gjeldende for ... [aksjeselskapene], særlig fordi det her ofte er et nært forhold mellom selskapet og aksjeeierne».⁴³ Etter Selvig-utvalgets oppfatning tilsa således både hensynet til kreditorer og minoritetsaksjonærer at regelen burde lovfestes i begge aksjelovene.⁴⁴ Konsekvensen var at saksbehandlingsregelen kom til å omfatte vesentlig flere selskaper enn tidligere.

Lovbestemmelsen var nesten identiske i begge aksjelovene.⁴⁵ Ifølge begge lover gjaldt regelen for selskapets «erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser».⁴⁶ At erverv av «tjenester

³⁸ Ettersom asl. § 3-8 utvilsomt er en saksbehandlingsregel, er uttalelsen i HR-2019-1073-A (avsnitt 84), om at «Et § 3-8-ansvar krever først og fremst at avtalen bryter med de materielle begrensninger som er oppstilt i første ledd», vel ikke helt heldig. Men det er for øvrig ingen holdepunkter i dommen for at Høyesterett anser asl. § 3-8 som noe annet enn en saksbehandlingsregel.

³⁹ Jf. NOU 1996: 3. s. 149 sml. NOU 1992: 29 og Ot.prp. nr. 36 (1993-94).

⁴⁰ NOU 1996: 3 s. 149.

⁴¹ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 44-45.

⁴² Jf. Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett, I Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (København 2003) s. 875 flg., Abrahamsen og Aase: Aksjeloven/allmennaksjeloven §3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær, Tidsskrift for Forretningsjus 2004/3 s. 341-372.

⁴³ Jf. NOU 1996:3 s. 149.

⁴⁴ Jf. Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett, I Iversen, Kristensen, Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 875 flg. (s. 877).

⁴⁵ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 170.

⁴⁶ Jf. Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett, I Iversen, Kristensen, Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (København 2003) s. 875 flg. (s. 880).

eller ytelser» nå var tatt inn i loven i tillegg til erverv av «eiendeler», fikk ikke oppmerksomhet i lovforarbeidene.

For både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper var terskelen for når saksbehandlingsregelen i aksjelovene § 3-8 måtte følges, fastsatt i forhold til aksjekapitalen. På denne tiden var kravet til minste aksjekapital 100.000 kroner for aksjeselskap og én million kroner for allmennaksjeselskap. En av høringsinstansene hadde imidlertid reist spørsmål om terskelen heller burde knyttes til selskapets (reelle) egenkapital i stedet for aksjekapitalen.⁴⁷ Departementet avviste innspillet under henvisning til at det «i denne sammenhengen [er] en fordel med et entydig kriterium».⁴⁸ Departementet pekte også på at en slik løsning ville innebære at enhver avtale mellom aksjonærer og selskaper som ikke har positiv egenkapital, ville bli omfattet. For selskaper med en svært høy egenkapital, kunne bestemmelsen derimot «i praksis bli uten anvendelse – noe som er uheldig sett fra minoritetens ståsted».⁴⁹ Endelig pekte departementet på at det for allmennaksjeselskap uansett fulgte av 2. selskapsdirektiv artikkel 11 at saksbehandlingsregelen måtte knyttes til aksjekapitalen for erverv innen to år etter at selskapet var stiftet.

En forskjell mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper var imidlertid hvor stor andel av aksjekapitalen avtalens verdi måtte ha for å utløse saksbehandlingsregelen. For aksjeselskap måtte verdien av selskapets vederlag utgjøre minst ti prosent av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet. For allmennaksjeselskap var terskelen redusert til fem prosent av aksjekapitalen. Som eneste begrunnelse for denne reduksjonen ble det i proposisjonen påpekt at «allmennaksjeselskap regelmessig vil ha større aksjekapital enn et aksjeselskap».⁵⁰ Konsekvensen var imidlertid at flere av allmennaksjeselskapenes avtaler var omfattet enn under aksjeloven 1976 § 2-9a. I proposisjonen ble det understreket at det ikke skulle være mulig å oppdele transaksjonen i flere mindre transaksjoner for å komme under grensen.⁵¹ Hva dette nærmere skulle innebære, fremgår imidlertid ikke.⁵²

En betydelig utvidelse av virkeområdet for saksbehandlingsregelen var videre at regelen skulle gjelde avtaler om erverv fra aksjonær m.fl. uten hensyn til hvilket tidspunkt avtalen inngås, og således også avtaler som inngås senere enn to år etter stiftelsen av selskapet.⁵³ Dermed mistet aksjelovene § 3-8 sin karakter av å være en regel om «Nachgründung». Selvig-utvalget tok utgangspunkt i at avtaler med aksjonærene der vederlaget utgjør så mye som ti prosent av aksjekapitalen eller mer, reiser særlige spørsmål uavhengig av tidspunktet de inngås.⁵⁴ Ifølge Selvig-utvalget kunne slike avtaler få et innhold som er mer i tråd med aksjonærens interesser enn selskapets, og dermed kunne avtalen utgjøre et brudd på

⁴⁷ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 44-45.

⁴⁸ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45.

⁴⁹ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45.

⁵⁰ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 187 sml. NOU 1996: 3 s. 220.

⁵¹ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45. Problemstillingen var påpekt av en av høringsinstansene.

⁵² Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 22-29, 31-32, Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 213-214, Sigurdson: Avtaler mellom selskaper og aksjonærer, ledelsespersoner mv. – reglene blir mer omfattende, I Steenstrup Stordrange Juridisk Årbok 2006-2007 (Oslo 2006) s. 117-128 (s. 121).

⁵³ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 135. Regelen gjaldt også avtaler inngått før selskapet, jf. Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett, I Iversen, Kristensen, Werlauff (red.): Hyldestkrift til Jørgen Nørgaard (København 2003) s. 875 flg. (s. 881).

⁵⁴ Jf. NOU 1996: 3 s. 50 og 149.

likhetsprinsippet eller en skjult uthuling av selskapets kapitalgrunnlag til skade for kreditorene. Synspunktet ble fulgt opp i proposisjonen.⁵⁵

Aksjelovene gjorde fortsatt unntak for visse forretningsavtaler. Unntaket skulle nå omfatte «forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler». Ifølge Selvig-utvalget var unntaket dermed gitt en «noe mer presis utforming enn i gjeldende lov § 2-9 a siste ledd».⁵⁶ Verken høringsinstansene eller proposisjonen kommenterte den nye formuleringen.⁵⁷ Og verken Selvig-utvalget eller proposisjonen gjorde noe forsøk på å utdype hva som lå i unntaket.⁵⁸ Betydningen av at lovteksten dermed kom til å fjerne seg fra utgangspunktet i 2. selskapsdirektiv art. 11, ble heller ikke kommentert.⁵⁹ I rettspraksis ble unntaksregelen forstått slik at det måtte foretas en helhetsvurdering av avtalen, jf. f.eks. LA-2006-38534.

Videre ble det gjort unntak for avtale om tingsinnskudd mv. inngått i samsvar med aksjelovene § 2-4 jf. § 2-6, og § 10-2. Dette har sammenheng med at reglene om tingsinnskudd mv. ved stiftelse og kapitalforhøyelse skal ivareta de samme hensyn som aksjelovene § 3-8 tar sikte på å beskytte.⁶⁰ Unntaket for erverv av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering ble videreført.

Saksbehandlingsregelen i aksjelovene § 3-8 skulle omfatte både avtaler med aksjonærer og «en aksjeeiers nærstående». Hvem som anses som «nærstående», måtte fastslås ut fra legaldefinisjonen i aksjelovene § 5-1 (1). Når kretsen av «nærstående» ble knyttet til denne legaldefinisjonen, ble imidlertid personkretsen utvidet sammenliknet med aksjeloven 1976 § 2-9a. Dermed omfattes nemlig også avtaler med aksjonærens søsken og deres slektninger i rett opp eller nedstigende linje eller søsken, samt ektefelle og samboer til slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, samt ektefelle og samboer til søsken, og dessuten selskap som noen av disse hadde bestemmende innflytelse i. Videre omfattes avtaler mellom datterselskaper i samme konsern («søsterselskaper»).⁶¹

For å hindre omgåelser skulle aksjelovene § 3-8 dessuten omfatte avtale med «noen som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med en aksjeeier».⁶² Bestemmelsen

⁵⁵ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 44-45.

⁵⁶ Jf. NOU 1996: 3 s. 150. Om vilkåret «pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler», se f.eks. LB-2014-134597. Det synes imidlertid som om lagmannsretten i realiteten argumenterte med at avtalen ikke kunne anses som inngått «som ledd i selskapets vanlige virksomhet», som også var et vilkår for at unntaket skulle komme til anvendelse, slik lovteksten lød etter lovendringen ved «etterkontrollen» (2006), sml. punkt 2.3 nedenfor. Dermed foretok lagmannsretten i realiteten en helhetsvurdering av avtalen.

⁵⁷ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 44-45, 135.

⁵⁸ I Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45 heter det imidlertid at «Ved avtaler med en advokat som også er aksjeeier i selskapet, vil bestemmelsen altså ikke gjelde dersom advokatens honorar ligger innenfor det som må anses som markedspris for advokattjenester».

⁵⁹ Jf. forslaget i NOU 1992: 29 s. 31, som samsvarte med unntaket i 2. selskapsdirektiv art. 11 nr. 2.

⁶⁰ Jf. Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett, I Iversen, Kristensen, Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (København 2003) s. 875 flg. (s. 884), Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 42-46, Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 214-215.

⁶¹ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 136.

⁶² Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45.

skulle fange opp tilfeller hvor den reelle interessen i avtalen ligger hos aksjonæren eller noen som må likestilles med aksjonæren.⁶³

Styret skulle fortsatt sørge for at det utarbeides en redegjørelse for selskapets erverv. Redegjørelsen skulle følge reglene i aksjelovene § 2-6 om aksjeinnskudd med andre eiendeler enn penger og særskilte rettigheter. Kravet var en videreføring av aksjeloven 1976 § 2-9a sml. § 2-4a. Redegjørelsen skulle således bl.a. inneholde en erklæring om at de eiendeler selskapet skal overta, «har en verdi som minst svarer til det avtalte vederlaget». I allmennaksjeselskap skulle redegjørelsen utarbeides av revisor, mens den i aksjeselskap kunne utarbeides av aksjonærene og bekreftes av revisor.⁶⁴ En nyhet i aksjelovene § 2-6 (1) nr. 3 var at redegjørelsen skulle inneholde opplysninger om forhold som «kan være av betydning for bedømmelsen av en avtale eller bestemmelse om at selskapet skal overta eiendeler eller bli part i en avtale». Opplysningsplikten etter dette alternativet har imidlertid spilt liten rolle i praksis.⁶⁵

Etter aksjelovene § 2-6 skal redegjørelsen signeres av stifterne. For avtaler som omfattes av aksjelovene § 3-8, ble kravet oppfattet som at samtlige styremedlemmer måtte signere redegjørelsen.⁶⁶ Derimot innebar det neppe at redegjørelsen måtte være behandlet og vedtatt av styret.⁶⁷

Redegjørelsen skulle vedlegges innkallingen til generalforsamlingen, og den skulle uten opphold meldes til Foretaksregisteret.

En konsekvens av at avtaler inngått i strid med aksjelovene § 3-8 ikke var bindende, var at ytelsene skulle tilbakeføres. I motsetning til det som følger av aksjelovene § 3-7 (1) annet punktum for utdelinger, gjorde aksjelovene § 3-8 ikke noe unntak fra tilbakeføringsplikten der medkontrahenten var i god tro. Og i motsetning til tremånedersfristen som ifølge aksjelovene § 5-22 gjelder for å reise søksmål om gyldigheten av generalforsamlingens beslutninger, oppstilte aksjeloven ingen tidsfrist for selskapets adgang til å påberope ugyldighet på grunn av brudd på aksjelovene § 3-8.⁶⁸

2.3 Tredje fase – «etterkontrollen» (2006)

Endringen ved LOV-2006-12-15-88 i forbindelse med «etterkontrollen» av aksjelovene hadde sin bakgrunn i bl.a. Handlingsplan mot økonomisk kriminalitet, fremlagt av

⁶³ Jf. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 222 sml. Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 79-80), Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 67-69.

⁶⁴ Jf. Birkeland: Ekstern revisors handleplikter (Oslo 2017) s. 339-347 om revisors kontroll med aksjelovene § 3-8.

⁶⁵ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 81.

⁶⁶ Jf. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 219.

⁶⁷ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 83.

⁶⁸ Jf. Haugstvedt: Brudd på aksjelovens § 3-8 – En lovfestet angrenerett uten angrefrist?, NTS 2011:3 s. 9 flg. (s. 23).

regjeringen Bondevik II 9. juni 2004.⁶⁹ Lovendringen innebar dels en kraftig utvidelse og dels en viss innskrenkning av anvendelsesområdet for saksbehandlingsregelen.⁷⁰

Forut for høringsbrevet som lå til grunn for etterkontrollen, hadde departementet mottatt innspill med anmodning om at aksjelovene § 3-8 burde vurderes. Ifølge proposisjonen var «[t]endensen i disse innspillene ... at det kreves beslutning av generalforsamlingen i for mange tilfeller».⁷¹ Høringen viste for øvrig at høringsinstansene var delt i sitt syn på lovreguleringen.⁷² Noen høringsinstanser uttrykte støtte til forslaget i høringsbrevet, mens andre var temmelig skeptiske til hele eller deler av forslaget.⁷³ I det vesentlige ble lovendringen imidlertid vedtatt slik det var lagt opp til i høringsbrevet.⁷⁴

Flere høringsinstanser gikk inn for at aksjelovene § 3-8 burde begrenses til «etterstiftelse».⁷⁵ Blant disse var det høringsinstanser som tidligere uttrykkelig hadde støttet regelen slik den var innført i aksjelovene 1997 § 3-8. Ønsket ble imidlertid ikke etterkommet bl.a. under henvisning til at de hensyn som aksjelovene § 3-8 var ment å ivareta, ikke kunne anses tilstrekkelig oppfylt gjennom andre bestemmelser i aksjelovene eller øvrig lovgivning.⁷⁶ Departementet påpekte i denne forbindelse at «[e]t viktig formål med bestemmelsene er å sikre åpenhet om kontrakter hvor det kan være grunn til å frykte at partene kan ha noe å skjule. Selv om aksjelovgivningens bestemmelser om ulovlige utdelinger og myndighetsmisbruk mv. trekker i samme retning som § 3-8, har disse bestemmelsene en

⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41. Se kritikken mot at anbefalingen i Handlingsplan mot økonomisk kriminalitet er omformet til endring av aksjelovene § 3-8 i Perland: Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004/4 s. 526 flg. (s. 536-537).

⁷⁰ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46. Lovendringen trådte i kraft 1. januar 2007. Generelt om endringene ved LOV-2006-12-15-88, se Bråthen: Etterkontrollen av de norske aksjelovene, NTS 2006:2 s. 32-46.

⁷¹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41.

⁷² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 43-45. Se også kritikken i Perland: Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004/4 s. 526 flg. (s. 531-537).

⁷³ Se f.eks. NHOs kritikk i Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 43-44: «NHO mener at de hensynene som er anført som begrunnelse for reglene i §§ 3-8 og 3-9, allerede er tilstrekkelig ivare tatt gjennom andre regler i aksjelovgivningen. Slik vi oppfatter det, er reglene dels begrunnet i hensynet til å sikre likhetsprinsippet i aksjeretten (enkeltaksjonærer skal ikke gjennom avtaler forfordes på bekostning av de øvrige), og dels for å verne om kreditorenes interesser. Disse hensynene beskyttes allerede gjennom reglene om styrets og daglig leders forpliktelser, reglene om inhabilitet, likhetsgrunnsetningen, forbudet mot misbruk av posisjon i selskapet, og ikke minst av reglene om utdelinger. I tillegg mener vi at det er tvilsomt om reglene i §§ 3-8 og 3-9 er egnet til å ivareta disse hensynene: En minoritetsaksjonær vil på generalforsamlingen ikke kunne forhindre en avtale mellom selskapet og majoritetsaksjonær, og kreditorene vernes dårlig ved å overlate vurderingen til aksjonærene i generalforsamlingen. Vi mener tvert i mot at reglene i §§ 3-8 og 3-9 kan virke mot sin hensikt, ved at de åpner for misbruk der et flertall i generalforsamlingen kan omgjøre legitime avtaler mellom selskapet og en aksjonær, hvis det viser seg at avtalen ikke er gunstig for selskapet. Kritikken mot reglene gjør seg særlig gjeldende i konsernforhold, hvor vi ikke kan se at reglene gir verken kreditorbeskyttelse eller minoritetsbeskyttelse. Etersom morselskapet har bestemmende innflytelse, fremstår det som helt unødvendig å kreve behandling i generalforsamlingen. NHO mener som nevnt at reglene i §§ 3-8 og 3-9 bør erstattes av en regel som kun rammer etterstiftelse. Dette vil gi en nødvendig forenkling og spare ressurser for næringslivet. Hvis reglene videreføres etter den modell departementet foreslår i høringsnotatet, bør det uansett innføres et generelt unntak for transaksjoner innenfor et konsern.»

⁷⁴ Innvendinger mot å utvide området for aksjelovene § 3-8 ble i proposisjonen avvist bl.a. under henvisning til de var fremsatt av høringsinstanser som «i hovedsak [synes] å være imot en utvidelse fordi de er imot bestemmelsen som sådan», jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

⁷⁵ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 43. Blant de høringsinstanser som nå ønsket at anvendelsesområdet for aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 burde innsnevres til en regel om «etterstiftelse», var det flere som tidligere uttrykkelig hadde uttrykt støtte til regelen som ble innført i aksjelovene 1997 § 3-8.

⁷⁶ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

annen funksjon enn § 3-8. Hovedpoenget med § 3-8 er ikke å fastslå at disposisjonene nødvendigvis er ulovlige, men å få dem frem i lyset. Dette kan dessuten ha en preventiv betydning». ⁷⁷

Utgangspunktet etter lovendringen i forbindelse med etterkontrollen var at nærmere angitte avtaler måtte vedtas i generalforsamlingen for å være gyldige. Proposisjonen forutsatte at dette også kunne skje i ettertid. ⁷⁸ I høringen var det imidlertid foreslått at styret først måtte godkjenne avtalen. Forslaget ble ikke fulgt opp i proposisjonen. ⁷⁹

Etter lovendringen skulle saksbehandlingsregelen i aksjelovene § 3-8 fortsatt omfatte visse avtaler med aksjonærene og andre fysiske og juridiske personer med nærmere angitt tilknytning til disse, jf. punkt 2.2 foran. Personkretsen ble imidlertid utvidet på flere punkter. En nyhet var at saksbehandlingsregelen også skulle gjelde avtaler mellom selskapet og styremedlemmene og daglig leder. ⁸⁰ Begrunnelsen var at også styremedlemmer og daglig leder etter departementets syn er «i en posisjon hvor de kunne sette sine personlige interesser foran selskapets». ⁸¹ Departementet ville imidlertid ikke la saksbehandlingsregelen omfatte avtaler med nærstående til styremedlemmene og daglig leder under henvisning til at den dermed kunne rekke for langt. ⁸² Dessuten kunne avtaler med slike nærstående ifølge departementet uansett rammes fordi de var inngått med «noen som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med» styremedlem og daglig leder. ⁸³

I proposisjonen ble anvendelsen i aksjelovene § 3-8 i konsernforhold nærmere vurdert. ⁸⁴ Departementet fremhevet at datterselskap måtte etterleve saksbehandlingsregelen i forbindelse med avtaler med morselskapet. ⁸⁵ Dette gjaldt selv om morselskapet var eier av 100 prosent av datterselskapet. Også i slike tilfeller ble det ansett å være «grunn til å sikre åpenhet og gjennomsiktighet» om avtaler som ligger utenfor selskapets vanlige virksomhet. ⁸⁶ I anledning av at en av høringsinstansene hadde påpekt at det ga lite mening å kreve beslutning i generalforsamlingen i heleide datterselskaper, anførte departementet at andre elementer i aksjelovene § 3-8, særlig knyttet til redegjørelsen, tilsa at heleide datterselskaper burde følge regelen. ⁸⁷ Ved avtaler mellom morselskap og datterselskap skulle saksbehandlingsregelen derimot ikke gjelde for morselskapet. ⁸⁸ Begrunnelsen var at økonomiske overføringer fra morselskapet til datterselskapet nedover i konsern ble ansett som gjennomgående mindre problemfylte enn overføringer som går motsatt vei. ⁸⁹

⁷⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

⁷⁸ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

⁷⁹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47. Se f.eks. LB-2017-44327.

⁸⁰ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 61-62.

⁸¹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46 sml. s. 42.

⁸² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

⁸³ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

⁸⁵ Jf. Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 80-81).

⁸⁶ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

⁸⁷ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

⁸⁸ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47. Sml. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 212.

⁸⁹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47 sml. s. 42-43.

Også avtaler med «en aksjeeiers morselskap» og nærstående til dette morselskapet skulle heretter være omfattet.⁹⁰ Dette innebar en klar utvidelse av regelens anvendelsesområde i konsernforhold. Formuleringen innebærer at også avtaler mellom selskapet og dets «bestemor» skulle være omfattet. Videre skulle avtaler med nærstående til et aksjeeiers morselskap være omfattet. Dermed måtte saksbehandlingsregelen også følges ved avtaler med selskaper i et annet konsern. Ifølge lovforarbeidene kan det «[o]gså her ... være så nære forbindelser at hensynene bak saksbehandlingsreglene i § 3–8 slår til».⁹¹ Tanken var nok at avtaler med datterselskaper i konsern der «en aksjeeiers morselskap» (dvs. selskapets «bestemor») er avtalepart, kunne representere en omgåelse av kravet til å følge saksbehandlingsregelen.

Det skjedde videre en betydelig utvidelse ved at saksbehandlingsregelen i prinsippet skulle omfatte ikke bare avtaler om selskapets erverv mv. fra den relevante persongruppen, men alle slags avtaler, uavhengig av hvem som yter pengevederlaget. Regelen skulle dermed gjelde for selskapets avtaler om bl.a. kjøp og salg av varer og tjenester, ansettelsesavtaler, leieavtaler, låneavtaler, og ulike typer konsulent- og rådgivningsavtaler mv. I proposisjonen ble utvidelsen ikke nærmere analysert utover konstatering av at «[h]ensynet bak bestemmelsen og også den funksjonen bestemmelsen får som følge av den utvidelsen av kretsen av avtaleparter som er foreslått foran, tilsier at alle typer avtaler omfattes, uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger».⁹² At lovendringen ville medføre en rekke grensesnitt mot andre lovregulerte egenkapitaltransaksjoner, f.eks. utbytte og kredittstillelse, ble imidlertid ikke nevnt.

En konsekvens av at aksjelovene § 3-8 skulle omfatte alle slags avtaler, var at loven måtte gjenspeile at det er verdien av selskapets ytelse som er avgjørende dersom selskapets medkontrahent skal yte pengevederlaget.⁹³ Kriteriet ble derfor om «selskapets ytelse har en virkelig verdi» som utgjør over ti prosent/fem prosent av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen. Kriteriet «virkelig verdi», som også brukes i andre sammenhenger i aksjelovene, forutsetter imidlertid en nærmere verdivurdering.⁹⁴ Lovforarbeidene fremhevet at presiseringen av at det er virkelig verdi som er avgjørende, også tar sikte på å forhindre tvil om aksjeloven § 3-6 (3) får anvendelse ved vurderingen av om avtalen må behandles i tråd med saksbehandlingsregelen.⁹⁵

Ved lovendringen ble også unntakene i aksjelovene § 3-8 (1) annet punktum utvidet. En nyhet var at saksbehandlingsregelen ikke skulle gjelde for aksjeselskapers avtaler der selskapets ytelse på tidspunktet avtalen ble bindende for selskapet har en virkelig verdi som

⁹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 162. Sml. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 211.

⁹¹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 42.

⁹² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46. Se imidlertid Abrahamsen og Aase: Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær, Tidsskrift for Forretningsjus 2004/3 s. 341 (s. 352-353).

⁹³ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163.

⁹⁴ Jf. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 22-30 sml. f.eks. LB-2012-81143. Se om kriteriet «aksjenes virkelige verdi» i A. Woxholth: Aksjenes virkelige verdi, Jussens Venner 02-03/2019 s. 77-130.

⁹⁵ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163. Etter aksjelovene § 3-6 (3) er det ved beregningen av adgangen til utdeling fra selskapet eiendelers balanseførte verdi som er bestemmende, jf. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven 197-198.

utgjør mindre enn 50.000 kroner.⁹⁶ Bakgrunnen var at grensen på ti prosent av aksjekapitalen ble ansett som for lav, særlig for aksjeselskaper med liten aksjekapital, slik at saksbehandlingsregelen omfatter for mange avtaler.⁹⁷ En forutsetning var imidlertid at styret hadde godkjent avtalen. Begrunnelsen var at det var ønskelig med en viss kontroll med slike avtaler uten å måtte følge hele den omfattende saksbehandlingsprosedyren etter asl. § 3-8.⁹⁸ Realiteten i unntaket var at det ble etablert en ekstra minste «terskelverdi». For allmennaksjeselskaper ble det ikke innført noen tilsvarende regel.

Videre ble det gjort uttrykkelig unntak for avtaler om styrehonorarer og ansettelsesavtaler med daglig leder.⁹⁹ Unntaket var blitt nødvendig som følge av at aksjelovene § 3-8 skulle gjelde for selskapets erverv av tjenester fra aksjonær, styremedlem og daglig leder. For avtaler om godtgjørelse til styremedlemmer og avtaler om lønn og godtgjørelse til daglig leder gjelder det dessuten egne saksbehandlingsregler.¹⁰⁰

Særlig unntaket for «avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler» skulle begrense rekkevidden av saksbehandlingsregelen.¹⁰¹ Gjennom lovendringen ble formuleringen «forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet ...», slik loven tidligere lød, erstattet med «avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet ...». Ifølge proposisjonen skulle unntaksbestemmelsen dermed «i størst mulig grad fange... opp slike avtaler som fremstår som ordinære og uproblematiske, og der hensynene bak bestemmelsen i mindre grad slår til».¹⁰² Det fremheves også at siktemålet måtte være «å finne frem til en utforming av § 3-8, jf. § 3-9, som gjør reglene treffsikre i forhold til de disposisjoner som søkes rammet, og at de ikke på en unødig måte vanskeliggjør gjennomføringen av legitime transaksjoner».¹⁰³ Etter den nye formuleringen skulle unntaket bli sammenfallende med den tilsvarende unntaksbestemmelsen i 2. selskapsdirektiv artikkel 11 nr. 2.¹⁰⁴ Siktemålet var å få frem at vanlige avtaler som selskapet har behov for å inngå for å kunne utøve sin virksomhet, skulle være omfattet av unntaksbestemmelsen.¹⁰⁵ Avtalen behøver ikke å knytte seg direkte til selskapets kjernevirksomhet for at den skal være omfattet. Ifølge proposisjonen omfatter unntaket bl.a. avtaler som ethvert selskap normalt inngår (avtale om leie av kontorlokaler, regnskapstjenester etc.).¹⁰⁶ I praksis har bl.a. en firmahytteordning blitt ansett for å falle inn

⁹⁶ Jf. Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 77-78).

⁹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46-47.

⁹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

⁹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46, Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 38-40, Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 215.

¹⁰⁰ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46

¹⁰¹ Jf. aksjeloven § 3-8 (1) annet punktum nr. 4 slik den da lød.

¹⁰² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

¹⁰³ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45 sml. s. 47.

¹⁰⁴ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹⁰⁵ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48. Om vurderingen i konsernforhold, se Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 84) sml. punkt 4.3.3.2 nedenfor.

¹⁰⁶ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48. Se imidlertid LB-2014-134597, hvor lagmannsretten lot det stå åpent om et salg av boligeiendom fra selskap som drev med utvikling og salg av boligeiendommer, til et selskap som var heleid av aksjonærene, kunne regnes som en «avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet ...». Overdragelsen var den eneste hvor selskapet overdro et prosjekt og ikke solgte eiendom direkte til forbrukere, og aksjonærene fikk gjort opp en større del av kjøpesummen gjennom motregning med sitt påståtte krav mot selskapet.

under unntaksbestemmelsen, jf. LG-2017-122024. Det har vært antatt at unntaksregelen i realiteten var blitt hovedregelen for avtaler mellom selskapet og aksjonærer m.fl.¹⁰⁷ Slik unntaket var blitt formulert, ble det imidlertid reist spørsmål om f.eks. selskapets avtale med daglig leder der ansettelsesvilkårene avvek fra det som er «vanlige for slike avtaler», måtte behandles i tråd med aksjelovene § 3-8.¹⁰⁸

Styret skulle fortsatt sørge for at det var utarbeidet en revisorbekreftet redegjørelse iht. aksjelovene § 2-6 for selskapets erverv. På et punkt ble det vedtatt en presisering for å klargjøre innholdet av erklæringen etter § 2-6 første ledd nr. 4.¹⁰⁹ Redegjørelsen skulle heretter «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».¹¹⁰ Hensikten var å «oppklare en usikkerhet om hva henvisningen til § 2-6 omfatter».¹¹¹ Det ble også påpekt at redegjørelsen burde gjenspeile «det som faktisk er mulig å uttale seg om».¹¹² Erklæringen skulle «belyse om det fra selskapets ståsted er tilstrekkelig likevekt mellom de ytelser som skal presteres etter avtalen».¹¹³ I proposisjonen ble det imidlertid uttalt at overtredelse av kravet om utarbeidelse av en redegjørelse og melding til Foretaksregisteret ikke hadde ugyldighetsvirkning; slik loven var utformet, var ugyldighetsvirkningen begrenset til overtredelse av kravet om godkjenning av generalforsamlingen.¹¹⁴

2.4 Fjerde fase – «forenklinger» på bakgrunn av «Knudsen-utredningen» (2013)

Aksjelovene § 3-8 sto ikke sentralt under arbeidet med LOV-2013-06-14-40. Selv om det i Knudsen-utredningen ikke var foreslått endringer i bestemmelsene, tok likevel enkelte av høringsinstansene opp behovet for endringer.¹¹⁵ Departementet ville imidlertid ikke foreslå vesentlige endringer. De eneste reelle endringene som ble vedtatt, besto i tilføyelse av to unntak.¹¹⁶

Det første unntaket gjaldt avtaler i konsern, jf. asl. § 3-8 (1) annet punktum nr. 6/asal. § 3-8 (1) annet punktum nr. 5 sml. aksjelovene § 8-7 (3) nr. 2 og 3.¹¹⁷ Unntaksbestemmelsen skulle legge til rette for konsernintern finansiering, og siktemålet var å fastslå at det ikke var nødvendig å behandle ellers lovlige konserninterne lån og sikkerhetsstillelse i tråd med aksjelovene § 3-8.¹¹⁸ For å unngå problemstillinger knyttet til mindretallsvern, ble unntaket

¹⁰⁷ Jf. Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 83), Bråthen: Styremedlem og aksjonær (2. utg., Bergen 2009) s. 204.

¹⁰⁸ Jf. Perland: Kapitalbeskyttelse for enhverpris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004/4 s. 526 flg. (s. 535).

¹⁰⁹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹¹⁰ Jf. Reiersen: Aksjelovens utdelingsbegrep (Oslo 2015) s. 324 jf. s. 330, som skriver om at styret skal avgi en erklæring «om at det er «rimelig likevekt» mellom partenes ytelser, men dette var altså ikke lovens ordlyd.

¹¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163 sml. s. 48 og 43.

¹¹² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48 jf. s. 44.

¹¹³ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 84 jf. s. 43.

¹¹⁴ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48. Se Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 210 om noen andre situasjoner hvor resultatet kan bli ugyldighet.

¹¹⁵ Jf. Prop. 111 L (2012-2013) s. 79.

¹¹⁶ Jf. også Prop. 111 L (2012-2013) s. 109 sml. 120 om endringen i aksjelovene § 3-8 (2).

¹¹⁷ Jf. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 218-219.

¹¹⁸ Jf. Prop. 111 L (2012-2013) s. 80, sml. Bråthen: Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapers garantier for morselskapets lån, I Bråthen (red): Moderne forretningsjus II (Bergen 2011) s. 43 flg.

begrenset til konsernforhold eller konsernlignende forhold der datterselskapet er heleid.¹¹⁹ Proposisjonen fremhevet at kreditt til og sikkerhetsstillelse til fordel for aksjonærer m.fl. måtte behandles etter både de ordinære reglene i aksjelovene §§ 8-7 flg. og aksjelovene § 3-8 dersom vilkårene for øvrig var oppfylt.¹²⁰

For det annet ble det presisert at saksbehandlingsregelen i aksjelovene § 3-8 og regelen i aksjelovene § 8-10, som på visse vilkår tillater at selskapet yter finansiell bistand i forbindelse med erverv av selskapets aksjer, ikke skulle gjelde ved siden av hverandre, jf. asl. § 3-8 (1) annet punktum nr. 7 og asal. § 3-8 (1) annet punktum nr. 6.¹²¹ Ifølge proposisjonen var det ikke nødvendig at både saksbehandlingsreglene i aksjelovene § 8-10 og reglene i aksjelovene § 3-8 skulle anvendes i samme sak.¹²²

For øvrig var det ikke meningen å gjøre noen «vesentlige endringer i bestemmelsen i denne omgang».¹²³

3. Opptakten til de någjeldende regler

3.1 Kritikken mot reguleringen av transaksjoner med tilknyttede parter

Gjennom årene var det reist kritikk mot flere sider ved reguleringen i aksjelovene § 3-8.¹²⁴ En kritisk analyse finnes i utredningen «Vurdering av aksjelovens § 3-8» (2016), skrevet av advokatene Olav Perland og Sverre Sandvik på oppdrag fra NHO.¹²⁵ Kritikken er nærmere analysert i Bråthen-utvalgets innstilling.¹²⁶

Perland og Sandvik innleder slik:

«Det er vår erfaring at bestemmelsen i asl § 3-8 medfører betydelig merarbeid, kostnader og risiko for alle typer aksjeselskaper i ulike sammenhenger. Dette har sammenheng både med fortsatt betydelig rettslig uklarhet rundt bestemmelsens anvendelsesområde, effekten av den saksbehandling som bestemmelsen forutsetter og enkelttilfeller hvor selskapet ikke har oppfylt saksbehandlingskravene i bestemmelsen. I forhold til alle disse aspekter pådras selskapene kostnader til advokathonorarer, revisjonshonorarer og egen tidsbruk. Det også vår erfaring at problemstillinger knyttet til bestemmelsen er svært hyppig forekommende. Etter vår oppfatning er dette blant de bestemmelsene i aksjelovgivningen som volder selskapene størst besvær i praksis. Dette er særlig uheldig ettersom konsekvensen av

¹¹⁹ Jf. Prop. 111 L (2012-2013) s. 80.

¹²⁰ Jf. Prop.111 L (2012-2013) s. 79.

¹²¹ Jf. Prop.111 L (2012-2013) s. 80, Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 219.

¹²² Jf. Prop.111 L (2012-2013) s. 80.

¹²³ Jf. Prop.111 L (2012-2013) s. 79.

¹²⁴ Jf. f.eks. Prop.111 L (2012-2013) s. 78-79.

¹²⁵ Jf. Perland/Sandvik: Vurdering av aksjelovens § 3-8, utredning skrevet på oppdrag fra NHO, 23. juni 2016, <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/utredning.pdf>.

¹²⁶ Jf. NOU 2016: 22 s. 129, 139 flg.

brudd på bestemmelsen i asl § 3-8 er absolutt ugyldighet av avtalen, hvilket i sin tur forsterker usikkerheten knyttet til bestemmelsen.»¹²⁷

De største juridiske problemene med aksjelovene § 3-8 har vært de rettslige uklarhetene ved bestemmelsens saklige og personelle anvendelsesområde, sett i sammenheng med ugyldighetsvirkningen. Svakhetene ved aksjelovene § 3-8 gjorde at lovregelen ikke kunne skape betryggende rammer rundt transaksjoner mellom selskapet og tilknyttede parter, slik formålet var.¹²⁸ Fordi det dreier seg om en saksbehandlingsregel, kunne aksjelovene § 3-8 ikke tjene som noe forbud mot bestemte disposisjoner.¹²⁹ I tillegg mente Bråthen-utvalget at disse hensynene ivaretas tilstrekkelig godt av andre bestemmelser i lovverket.¹³⁰ Bråthen-utvalget viste bl.a. til kravet til forsvarlig egenkapital og styrets handleplikt i aksjelovens § 3-4 og § 3-5, reglene om utdelinger i § 3-6 og § 3-7, likebehandlingsprinsippet i § 4-1 og forbudene mot myndighetsmisbruk i § 5-21 og § 6-28.

Det var bl.a. rettet kritikk mot uklarheter ved unntaket for forretningsmessige avtaler.¹³¹ Problemet knytter seg for det første til hva som kan sies å utgjøre avtaler som inngås som «ledd i selskapets vanlige virksomhet». Et eksempel var ifølge Perland og Sandvik ombytting av tidligere obligasjoner med nye obligasjoner i forbindelse med refinansiering og restrukturering av selskapets gjeldsstruktur der aksjonærer i selskapet også er obligasjonseiere. Et annet eksempel knyttet seg til konsernforhold med ulike typer avtaler om kostnadsfordeling, felles sikkerhetsstillelse til ekstern kreditor, intern utveksling av varer, tjenester, infrastruktur og rettigheter og bruk av fellesfunksjoner. En tredje problemstilling kan oppstå hvor selskapet gjøres til part i aksjonæravtale.

For det annet knytter det seg usikkerhet til hva som ligger i kravet til «pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler». Ut fra ordlyden kunne avtaler som ikke inneholder pris og vilkår som er vanlige i praksis, tenkes å falle utenfor unntaket selv om prisen og vilkårene for øvrig kan anses som forretningsmessig begrunnet.

Samtidig hadde aksjelovene § 3-8 et komplisert skjæringspunkt mot andre av aksjelovens bestemmelser med til dels overlappende anvendelsesområder. Dette gjaldt bl.a. reglene om utbytte i aksjelovene §§ 8-1 flg., konsernbidrag i aksjelovene § 8-5, gaver i aksjelovene § 8-6, aksjonærlån i aksjelovene § 8-7, og kjøp av egne aksjer i aksjelovene kapittel 9.

Det var også rettet kritikk mot at aksjelovene § 3-8 som utgangspunkt også omfattet avtale med noen som handler etter avtale med en aksjonær eller for øvrig «opptrer i forståelse med» en aksjonær.¹³² Perland og Sandvik antok at «selskaper i vesentlige transaksjoner for å være

¹²⁷ Perland og Sandvik punkt 5.1.

¹²⁸ Jf. NOU 2016: 22 s. 139.

¹²⁹ Som det følger direkte av HR-2019-1073-A, kan ikke uttalelsen i dommen (avsnitt 84) om at «Et § 3-8-ansvar krever først og fremst at avtalen bryter med de materielle begrensninger som er oppstilt i første ledd ... » forstås som uttrykk for noe annet. Uttalelsen er bare en henvisning til vilkåret om at «selskapets ytelse ... [må ha] en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen».

¹³⁰ Jf. NOU 2016: 22 s. 149.

¹³¹ Jf. Perland og Sandvik punkt 5.3 sml. Prop.111 L (2018-2019) s. 57-58.

¹³² Jf. Matre: Nærstående transaksjoner i konsernforhold, Revisjon og regnskap 6/2009 s. 18-24 (s. 20).

på den sikre siden behandler avtaler etter asl § 3-8 også for avtaler med utenforstående parter som er langt utenfor det man må anta var det tiltenkte virkeområdet for bestemmelsen».¹³³

Det knyttet seg videre rettslige uklarheter til reglene om redegjørelsen, kanskje særlig til kravet til hva redegjørelsen skulle si om verdsettelsen av ytelsene. For atypiske og mer komplekse avtaleforhold kan det være vanskelig å si om det «er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta», og i noen tilfeller var det heller ikke tilsiktet slikt samsvar uten at det i dette verken behøvde å ligge forskjellsbehandling mellom aksjonærene eller uthuling av selskapsformuen.¹³⁴ Men det var også så vidt stor usikkerhet omkring revisors erklæring om redegjørelsen at verdien av denne var diskutabel.¹³⁵

Videre ble det påpekt at regelen om ugyldighet ved brudd på aksjelovene § 3-8 kunne ramme medkontrahtenter som hadde vært i aktsom god tro, og at regelen ga selskapet ved majoritetsaksjonæren eller nye eiere/et nytt styre en utilsiktet spekulasjonsadgang på bekostning av medkontrahtenten. Samtidig kunne ugyldighetsregelen medføre at selskapets konkursbo fikk en tilfeldig fordel. Dette kunne virke spesielt urimelig fordi også materielt sett helt legitime transaksjoner rammes av ugyldighet der saksbehandlingsregelen ikke var fulgt.¹³⁶ For mange fremsto det dessuten som paradoksalt at selskapet i ettertid kunne påberope feil i egen saksbehandling som begrunnelse for å komme ut av en avtale som selskapet ikke lenger ønsket å stå ved. Dette måtte igjen ses i sammenheng med at bestemmelsen i stor grad var ukjent for små og mellomstore bedrifter. Perland og Sandvik skriver således:

«Ut fra en realistisk betraktning må det likevel legges til grunn at bestemmelsen i asl § 3-8 i praksis sannsynligvis er ukjent for mange av landets hundretusentalls aksjeselskaper. Det er vår erfaring selv fra mellomstore til større foretak at bestemmelsen er ukjent for ledelsen, og at det er overraskende når vi gir råd om at avtaler må vurderes i forhold til den. For små foretak har det nærmest hørt til unntakene at våre klienter har kjent til bestemmelsen før vi har gjort dem oppmerksom på den. Det innebærer i så fall en betydelig risiko for at det inngås et betydelig antall avtaler i strid med bestemmelsen som dermed også er ugyldige.»¹³⁷

Det var formentlig fordi en streng håndheving av de formelle kravene til skade for aksjonær som manglet kjennskap til reglene, at domstolene i noen tilfeller har sett bort fra kravet til formell beslutning i generalforsamling der det er grunn til å tro at avtalen ville blitt vedtatt der («implisitt godkjenning fra generalforsamlingen»), jf. LG-2017-122024 og LH-2018-25384.

¹³³ Perland og Sandvik punkt 5.4.

¹³⁴ Jf. Perland og Sandvik punkt 5.5.

¹³⁵ Jf. Perland og Sandvik punkt 5.6 sml. SA 3802 punkt 118-128.

¹³⁶ Jf. Perland og Sandvik punkt 5.7, Haugstvedt: Brudd på aksjelovens § 3-8 – En lovfestet angrerett uten angrefrist?, NTS 2011:3 s. 9 flg. (s. 23).

¹³⁷ Perland og Sandvik punkt 5.2.

Generelt var det dessuten mange uklarheter i grenselandet mellom ugyldighetsregelen i aksjelovene § 3-8 og alminnelig formuerett.¹³⁸

Perland og Sandvik påpekte også at aksjelovene § 3-8 kunne være konfliktskapende i aksjonærforhold:

«Det er også vår erfaring at bestemmelsen i asl § 3-8 er konfliktskapende i aksjonærforhold. I et betydelig antall av de aksjonærkonflikter vi har befattning med, inngår mer eller mindre velfunderte anklager om brudd på asl § 3-8 som en del av konflikten. Dette kan være både tilfeller hvor et klart brudd på bestemmelsen i ettertid benyttes som et pressmiddel i en aksjonærkonflikt, eller hvor en uklarhet om det foreligger slikt brudd benyttes på samme måte. Dette må antas å være en utilsiktet effekt av bestemmelsen.»¹³⁹

Som Perland og Sandvik var inne på, hadde konsekvensene av uklarhetene vært at en rekke avtaler ble behandlet etter aksjelovene § 3-8 for at selskapene og avtalepartene «skulle være på den sikre siden».¹⁴⁰ Dermed ble det utarbeidet flere redegjørelser, innhentet flere revisorbekreftelser og truffet flere vedtak på generalforsamling enn strengt tatt nødvendig.¹⁴¹ Bråthen-utvalget antok at kostnadene ved å etterleve saksbehandlingsreglene i aksjelovene § 3-8 var betydelige.¹⁴² Deres forsiktige anslag var at samlede kostnader ved vedtakelse og dokumentasjon i henhold til aksjelovene § 3-8 i 2015 utgjorde mer enn 91 millioner kroner.¹⁴³

¹³⁸ Jf. Haugstvedt: Brudd på aksjelovens § 3-8 – En lovfestet angrenerett uten angrefrist?, NTS 2011:3 s. 9 flg. sml. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 98.

¹³⁹ Perland og Sandvik punkt 5.7.

¹⁴⁰ Jf. NOU 2016: 22 s. 140.

¹⁴¹ Det finnes ingen oversikt over antall transaksjoner, men søk på <https://w2.brreg.no/kunngjoring/index.jsp> viser antall registrerte meldinger i Foretaksregisteret, jf. punkt 4.5.4 nedenfor. En registrering kan imidlertid inneholde flere avtaler/redegjørelser, og antallet registreringer gir bare en antydning om nivået på antall transaksjoner. Antallet registreringer er følgende:
T.o.m. 28.06.2020: 1311 registreringer/2019: 2687 registreringer/2018: 2681 registreringer/2017: 2434 registreringer/2016: 3191 registreringer/2015: 3657 registreringer/2014: 3774 registreringer/2013: 4081 registreringer/2012: 4006 registreringer/2011: 3867 registreringer/2010: 1272 registreringer.

¹⁴² Jf. NOU 2016: 22 s. 140. Bråthen-utvalget gjorde ikke noe forsøk på å tallfeste kostnadene ved å undersøke forekomsten og innholdet av avtaler omfattet av aksjelovene § 3-8 i forbindelse med transaksjoner, jf. Blaauw: M&A En praktisk innføring (Oslo 2019) s. 65.

¹⁴³ Sml. NHOs anslag i Finansavisen JUS 12. mai 2011 s. 8 om at kostnadene i normaltillfellene utgjorde mellom 20.000 og 50.000 kroner. I NOU 2016: 22 ble det ikke gjort noe anslag over kostnadene ved vedtakelse og dokumentasjon i tilfeller hvor det strengt tatt ikke hadde vært nødvendig å følge saksbehandlingsreglene i aksjelovene § 3-8. Se i denne forbindelse også Perland og Sandvik punkt 5.3, som skriver: «I praksis for større selskaper vil banker som finansierer viktige transaksjoner som potensielt omfattes av asl § 3-8, kreve enten en "legal opinion" på at det ikke er nødvendig å følge bestemmelsen, eller at bestemmelsen faktisk blir fylt. Dette gjelder selv om man befinner seg innenfor et område hvor det er rimelig grad av sannsynlighet for at unntaket faktisk er anvendelig. For advokater vil det være vanskelig å gi noen uforbeholden "legal opinion" om at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse. Dermed blir det nødvendig å oppfylle kravene i asl § 3-8, selv om det mest sannsynlig ikke ville vært nødvendig. Selv om banker ikke er involvert, vil regelmessig rådet fra advokater og trolig revisorer være at man bør oppfylle kravene i asl § 3-8 dersom det er tvil om man er innenfor unntaket eller ikke. I praksis blir det derfor bare for klare tilfeller, hvor det er tålelig opplagt at unntaket gjelder, at unntaket får betydning.»

3.2 Forslaget i NOU 2016:22

I NOU 2016: 22 Aksjelovgivning for økt verdiskaping foreslo Bråthen-utvalget vesentlige endringer i § 3-8 i både aksjeloven og allmennaksjeloven.¹⁴⁴

Bråthen-utvalget tok utgangspunkt i at «det kan være gode grunner til at det inngås avtale mellom selskapet og dets aksjonærer mv. Det finnes en rekke slike avtaler som utvilsomt er i selskapet interesse. Det er derfor ingen grunn til generelt å forby avtaler mellom selskapet og dets nærstående».¹⁴⁵

Etter Bråthen-utvalgets oppfatning var «hensynet til åpenhet og kontroll om avtalen ... det eneste gode argumentet som kunne tale for å videreføre reguleringen» slik den var.¹⁴⁶

Utvalget vurderte spesielt hensynet til åpenhet og kontroll sett i lys av regnskapsrettens krav, herunder forslaget i NOU 2015: 10 Ny lov om regnskapsplikt. Etter en gjennomgang av regnskapsloven § 7-30b og forslaget til lov om regnskapsplikt § 6-28 for små foretak og § 6-42 for foretak som ikke er små, var Bråthen-utvalgets konklusjon at det var enkelte forskjeller mellom regnskapsreglene og aksjelovene § 3-8 «hovedsakelig knyttet til hvilke transaksjoner som omfattes, hvor aksjelovene § 3-8 har et langt videre omfang, og det faktum at opplysninger i noter til årsregnskapet alltid vil måtte komme i ettertid av at transaksjonene er gjennomført».¹⁴⁷

I tråd med dette foreslo Bråthen-utvalget bl.a. å erstatte kravet om behandling i generalforsamlingen med en plikt til å gi samtlige aksjeeiere melding om avtalen. I tillegg foreslo utvalget at brudd på saksbehandlingsregelen ikke uten videre skulle kunne gi grunnlag for ugyldighet.

Forslagene ble ikke behandlet ved den første oppfølgingen av NOU 2016:22 i Prop.112L (2016–2017) Endringer i aksjelovgivningen mv. (modernisering og forenkling).

Departementet fremholdt i denne proposisjonen at det ville komme tilbake med forslag til endringer.¹⁴⁸

3.3 Det reviderte aksjonærrettighetsdirektivet («SRD II»)

Endringsdirektiv (EU) 2017/828 til direktiv 2007/36/EF om utøvelse av visse aksjeeierrettigheter i selskaper med aksjer som er tatt opp til handel på et regulert marked (aksjonærrettighetsdirektivet, «SRD II»), forelå ikke da Bråthen-utvalget utarbeidet sin utredning.¹⁴⁹ SRD II artikkel 9c gir regler om godkjenning av vesentlige transaksjoner

¹⁴⁴ Jf. NOU 2016: 22 kap. 12.

¹⁴⁵ NOU 2016: 22 s. 139. Jf. Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett, I Iversen, Kristensen, Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (København 2003) s. 875 flg. (s. 875) som ser behovet i lys av at selskap og aksjonær er forskjellige rettssubjekter. Se videre f.eks. Kraakman m.fl.: *The Anatomy of Corporate Law* (3rd. edition, Oxford 2017) s. 146-147, Paccos: *Procedural and substantive review of RPTs*, I Enriques & Tröger: *The Law and Finance of Related Party Transactions* (Cambridge 2019) s. 181 flg. (s. 182).

¹⁴⁶ Jf. NOU 2016: 22 s. 144.

¹⁴⁷ Jf. NOU 2016: 22 s. 148.

¹⁴⁸ Jf. Prop. 112 L (2016-2017) s. 14.

¹⁴⁹ Se imidlertid NOU 2016: 22 s. 138-139 med omtale av forslaget til det reviderte aksjonærrettighetsdirektivet.

mellom noterte selskaper og tilknyttede parter.¹⁵⁰ Andre selskaper, dvs. ikke-børsnoterte allmennaksjeselskaper og aksjeselskaper, er ikke omfattet av endringsdirektivet. For noterte allmennaksjeselskaper er direktivkravene på enkelte områder mer utførlige enn kravene ifølge asal. § 3-8.¹⁵¹ Ifølge SRD II artikkel 9c skal selskapene offentliggjøre en melding om slike avtaler.

4. De någjeldende reglene

4.1 Generelt om de nye reglene

Ved LOV-2019-12-06-77 ble det vedtatt en rekke endringer i aksjelovene § 3-8. Som nevnt i punkt 1, er dette femte fase regulering av selskapenes transaksjoner med tilknyttede parter. Samtidig ble det vedtatt nye regler om avtaler mellom børsnoterte allmennaksjeselskaper og deres aksjonærer m.fl., jf. asal. § 3-10 til § 3-19. Som nevnt i punkt 1 foran, behandles imidlertid ikke reglene som ble vedtatt for at Norge skulle oppfylle sine forpliktelser etter SRD II, i denne artikkelen. De nye reglene i asal. § 3-8 må ses i sammenheng med ny asal. § 2-10a, som gjelder avtale om etterfølgende erverv av eiendeler fra stifter m.fl. i tiden etter at selskapet er stiftet. Asal. § 2-10a behandles imidlertid ikke her.

Etter lovendringen har aksjeloven og allmennaksjeloven langt på vei identiske regler om saksbehandlingen og vilkår for gyldighet av nærmere angitte avtaler i aksjeselskaper og ikke-børsnoterte allmennaksjeselskaper, mens det gjelder atskillig mer detaljerte regler for børsnoterte allmennaksjeselskaper, se allmennaksjeloven §§ 3-10 flg. Grunnen til at aksjeloven og allmennaksjeloven for øvrig har likelydende bestemmelser for aksjeselskaper og ikke-børsnoterte allmennaksjeselskaper er et ønske om likhet hvis det «ikke er gode grunner for noe annet».¹⁵²

4.2 Anvendelsesområdet

Saksbehandlingen må være i henhold til aksjelovene § 3-8 dersom selskapets avtale inngås med

- (1) en aksjonær, en aksjonærs morselskap, et styremedlem eller daglig leder,
- (2) nærstående til noen som er nevnt i (1), eller
- (3) noen som handler etter avtale med noen som er nevnt i (1).

Den tidligere regelen om at kravene til saksbehandlingen gjaldt ved selskapets avtaler med noen som «for øvrig opptrer i forståelse med» persongruppene under (1) og (2) (jf. punkt 2.2 foran), er imidlertid ikke videreført. Begrunnelsen var at denne delen av den tidligere lovbestemmelsen i praksis hadde voldt betydelige tolkingsproblemer.¹⁵³ En konsekvens av lovendringen er imidlertid at en problematisk avtaletype helt faller utenfor anvendelsesområdet for aksjelovene § 3-8. Tidligere var oppfatningen at datterselskapets garantistillelse for morselskapets forpliktelser var omfattet av aksjelovene § 3-8 fordi det var

¹⁵⁰ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 8-11 sml. f.eks. Jensen & Thomsen: Væsentlige ændringer til aktionærrettighedsdirektivet, NTS 2017 s. 1-11.

¹⁵¹ Jf. punkt 1 foran.

¹⁵² Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 45.

¹⁵³ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 75. Sml. f.eks. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 67-69.

snakk om en avtale med tredjemann (banken) som var inngått i forståelse med en aksjonær (morselskapet).¹⁵⁴ Det fremgår ikke av proposisjonen om denne konsekvensen var tilsiktet.

I proposisjonen antas det imidlertid at «[b]ruk av for eksempel stråmenn for å unngå behandling etter § 3-8, vil kunne rammes av alminnelige omgåelsesbetraktninger».¹⁵⁵

En utvidelse av anvendelsesområdet (jf. punkt 2.3 foran) skjedde ved at nærstående til styremedlem og daglig leder er blitt inkludert i kretsen. I proposisjonen ble denne utvidelsen for det første begrunnet med at «[n]ærstående til styremedlemmer og daglig leder vil ofte ha et formuesfellesskap og dermed også en felles økonomisk interesse i avtaler som inngås med selskapet. Om avtalen inngås med styremedlemmet eller daglig leder eller med vedkommendes nærstående, vil derfor ofte ha mindre betydning».¹⁵⁶ Uttalelsen er kanskje treffende i noen tilfeller, men så bred som kretsen «nærstående» er ifølge aksjelovene § 1-5 (1), er synspunktet høyst diskutabelt generelt sett. Utvidelsen ble også begrunnet med at alternativet «for øvrig opptrer i forståelse med» er tatt ut av loven.¹⁵⁷ Alternativet «for øvrig opptrer i forståelse med» forutsatte imidlertid en konkret vurdering.¹⁵⁸ Realiteten i lovendringen er en utvidelse av anvendelsesområdet for saksbehandlingsregelen.

4.3 Det saklige virkeområdet

4.3.1 Innledning

Det saklige virkeområdet for saksbehandlingsregelen er i store trekk videreført, jf. asl. § 3-8 (1) og (2)/asal. § 3-8 (2) og (3). Kravene til saksbehandlingen skal dermed fortsatt gjelde for avtaler av ethvert slag forutsatt at vilkårene for øvrig er til stede.

En av høringsinstansene hadde reist spørsmål om loven burde gjøre uttrykkelig unntak for avtaler som omfattes av aksjelovene kap. 9 til 14, dvs. for avtale om erverv av aksjer i samsvar med reglene i kapittel 9, avtale om kapitalforhøyelse som nevnt i § 10-1, § 10-2 eller § 10-17, avtale om lån som nevnt i § 11-1, § 11-9 eller § 11-14, avtale om tegningsrettsaksjer som nevnt § 11-10, avtale om frittstående tegningsretter som nevnt i § 11-12, avtale om nedsettelse av aksjekapitalen som nevnt i § 12-1 eller § 12-7, avtale om fusjon som nevnt i kapittel 13 og avtale om fisjon som nevnt i kapittel 14.¹⁵⁹ Departementet ønsket imidlertid ikke å lovfeste dette nå, men mente at det var grunn til å vurdere nærmere om det skulle reguleres i aksjelovene § 3-8.¹⁶⁰ Departementet fremholdt i denne forbindelse at «[e]t sentralt tema i vurderingen vil være om interessene som aksjelovene § 3-8 er ment å beskytte, har tilstrekkelig vern etter aksjelovene kapittel 9 til 14 og øvrige bestemmelser i aksjelovene».¹⁶¹

¹⁵⁴ Jf. Bråthen: Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapets garantier for morselskapets lån, I Bråthen (red.): Moderne forretningsjus II (Bergen 2011) s. 43 flg. (s. 52-53).

¹⁵⁵ Jf. Prop.135 L (2018-2019) s. 104, sml. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45, Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 222 om tidligere asl. § 3-8 (4).

¹⁵⁶ Prop.135 (2018-2019) s. 75.

¹⁵⁷ Jf. Prop.135 (2018-2019) s. 75.

¹⁵⁸ Jf. Matre: Aker-saken: Nærståendetransaksjoner i konsernforhold, Revisjon og regnskap nr. 6/2009 s. 18 flg. (s. 20). Sml. LB-2010-174342, hvor en påstand om at en avtale med tredjemann var inngått «I forståelse med aksjeeier» ikke førte frem.

¹⁵⁹ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 59.

¹⁶⁰ Jf. Prop.135 L (2018-2019) s. 73.

¹⁶¹ Jf. Prop.135 L (2018-2019) s. 73.

Det er således fortsatt et tolkingsspørsmål om aksjelovene § 3-8 og de ovennevnte lovbestemmelsene gjelder ved siden av hverandre.

4.3.2 Terskelverdien

En viktig endring er at terskelverdien for om saksbehandlingsregelen kommer til anvendelse heretter er knyttet til selskapets balanse, sml. punkt 2.2 foran. Det avgjørende er altså ikke lenger om avtalen har en verdi som overstiger ti prosent av aksjekapitalen i aksjeselskaper/fem prosent i allmennaksjeselskaper, men om selskapets ytelse på avtaletidspunktet har en virkelig verdi på mer enn 2,5 prosent av balansesummen i selskapets sist godkjente årsregnskap, jf. asl. § 3-8 (1)/asal. § 3-8 (2).

Som begrunnelse for at terskelen ikke lenger skal være knyttet til aksjekapitalen, anfører proposisjonen at balansesummen antas å gi et bedre grunnlag for å vurdere avtalens betydning for selskapets økonomi.¹⁶² Det påpekes at den formelle aksjekapitalen sjelden gir et dekkende bilde av selskapets økonomi, og at balansesummen er en mer oppdatert beskrivelse av selskapets økonomiske situasjon. I proposisjonen fremheves det også at beregningene for en rekke transaksjoner i aksjeloven og allmennaksjeloven er basert på balansesummen i årsregnskapet eller i en mellombalanse, og at hensynet til et konsistent regelverk tilsier at beregningen for transaksjoner etter aksjelovene § 3-8 bør være basert på selskapets balansesum.¹⁶³

En konsekvens av endringen er imidlertid at terskelen i de fleste tilfeller er blitt hevet – til dels vesentlig.¹⁶⁴ Klart færre avtaler må således behandles etter saksbehandlingsregelen i aksjelovene § 3-8 enn tidligere.

Fordi selskapets balanse kan endres etter utløpet av regnskapsperioden, kan terskelen være høyere enn 2,5 prosent av balansesummen som fremgår av årsregnskapet. Selskapet kan bestemme at terskelen skal være basert på en mellombalanse, jf. asl. § 3-8 (2)/asal. § 3-8 (3) sml. aksjelovene § 8-2a (1). Har selskapet revisor, må mellombalansen være revidert. Der selskapet ikke har revisor, kreves det imidlertid ikke at mellombalansen skal være revidert.

¹⁶² Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 66 sml. s. 47.

¹⁶³ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 66.

¹⁶⁴ Kand. nr. 100/JUS399 Universitetet i Bergen høsten 2019 gjorde en undersøkelse av «et knippe tilfeldig utvalgte selskaper» og avdekket følgende basert på regnskapstall fra 2018 som rapportert på proff.no samt sist innrapporterte aksjekapital som er registrert i Brønnøysundregisteret:

Selskap	Type bedrift	10% av aksjekapitalen	2,5% av balansesum
Cutters AS	Frisørkjede	16 342,30	1 604 525
Right AS	Konsulentselskap	90 825,80	261 575
Momek Personell AS	Utleie av arbeidskraft	25 000	5 924 000
Eidsiva Energi AS	Kraftprodusent	103 712 852,40	451 980 275
Sea Sushi Bar AS	Sushirestaurant	3 000,00	26 450
Elkjøp Norge AS	Elektronikkjede	7 524 012,50	53 545 025
Vincci Oslo AS	Klesbutikk	160 000	232 450

Mellombalansen skal være registrert i og kunngjort av Regnskapsregisteret, jf. asl. § 3-8 (2)/asal. § 3-8 (3) (ikke i kraft).¹⁶⁵ For selskaper som verken har godkjent årsregnskap eller mellombalanse, skal terskelverdien være 2,5 prosent av samlet pålydende og overkurs på de aksjene som selskapet har utstedt, jf. asl. § 3-8 (2)/asal. § 3-8 (3) (ikke i kraft). Selskaper som har godkjent årsregnskap eller mellombalanse, kan ikke velge isteden å bruke denne regelen.¹⁶⁶

4.3.3 Unntakene

4.3.3.1 Unntakene som er videreført

Flere av de tidligere spesielle unntakene for bestemte typer avtaler er videreført i asl. § 3-8 (6)/asal. § 3-8 (7) uten materielle endringer. Dette gjelder for det første unntaket for avtaler som er inngått i samsvar med reglene i aksjelovene § 2-4, jf. § 2-6, og § 10-2, jf. asl. § 3-8 (6) nr. 3/asal. § 3-8 (7) nr. 3, jf. punkt 2.2 foran. For det annet inneholder asl. § 3-8 (6) nr. 4/asal. § 3-8 (7) nr. 4 unntaket for avtale om lønn og godtgjørelse til daglig leder og avtale som nevnt i aksjelovene § 6-10, jf. punkt 2.3 foran. For det tredje er asl. § 3-8 (6) nr. 5/asal. § 3-8 (7) nr. 5 nå hjemmel for unntaket for overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering, jf. punkt 2.1 foran. Ordlyden er imidlertid noe endret for å være tilpasset begrepsbruken i verdipapirhandelloven.¹⁶⁷ For det fjerde er det fortsatt et unntak for avtale som omfattes av aksjelovene § 8-7 (3) første punktum nr. 2 og 3, jf. annet punktum, dersom morselskapet eller den juridiske personen eier samtlige aksjer i selskapet, jf. asl. § 3-8 (6) nr. 6/asal. § 3-8 (7) nr. 6 sml. punkt 2.4 foran. Og for det femte er det unntaket for avtale inngått i samsvar med reglene gitt i eller i medhold av aksjelovene § 8-10, jf. asl. § 3-8 (6) nr. 7/asal. § 3-8 (7) nr. 7 sml. punkt 2.4 foran.

4.3.3.2 Avtaler av liten verdi

Det gjelder fortsatt et unntak for aksjeselskapers avtaler som ligger under en nærmere angitt beløpsgrense uten hensyn til om vilkårene ellers skulle tilsi at saksbehandlingsregelen skulle følges, jf. asl. § 3-8 (6) nr. 2. I høringsnotatet hadde departementet gått inn for å oppheve unntaksregelen, men ut fra høringsinstansenes innspill gikk departementet likevel inn for å videreføre unntaket.¹⁶⁸

Tidligere gjaldt unntaket for avtaler av liten verdi bare for aksjeselskaper. Ved lovendringen ble den samme regelen innført for unoterte allmennaksjeselskaper, jf. asal. § 3-8 (7) nr. 2. Dermed er reglene også på dette punktet like for aksjeselskaper og unoterte allmennaksjeselskaper. Proposisjonen inneholder ingen nærmere vurdering av hvorfor unntaksregelen ble innført for unoterte allmennaksjeselskaper.

En av høringsinstansene foreslo at minsteterskelen burde knyttes til et dynamisk beløp.¹⁶⁹ Etter departementets syn ville dette imidlertid gjort det vanskeligere for selskapene å forholde seg til grensen, og forslaget ble derfor ikke fulgt opp.

¹⁶⁵ Jf. FOR-2019-12-11-1715 Overgangsregler til lov 6. desember 2019 nr. 77 om endringer i aksjelovgivning mv. (langsiktig eierskap i noterte selskaper mv) § 4.

¹⁶⁶ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 104.

¹⁶⁷ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 106.

¹⁶⁸ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 75.

¹⁶⁹ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 75.

En endring består i at beløpsgrensen er hevet slik at det gjelder et unntak fra saksbehandlingsregelen der selskapets ytelse på tidspunktet for avtalen har en virkelig verdi på mindre enn 100.000 kroner, jf. asl. § 3-8 (6) nr. 2. Departementet begrunnet ikke økningen på annen måte enn at den måtte ses i sammenheng med «prisutviklingen og de øvrige forslåtte endringene i regelverket».¹⁷⁰ Økningen er en del høyere enn prisutviklingen basert på konsumprisindeksen skulle tilsi.¹⁷¹ Videre kreves det ikke lenger at avtalen skal godkjennes av styret. Endringen er bare kommentert med at departementet ikke ønsket å videreføre regelen.¹⁷² Men opphevelsen av kravet om styrebehandling gir selskapene større fleksibilitet. Uansett kan nok en del avtaler med nærstående innenfor beløpsgrensen på 100.000 kroner falle utenfor daglig leders myndighetsområde fordi avtalen etter selskapets forhold er av uvanlig art. I så fall følger det av den alminnelige regelen i aksjelovene § 6-14 (2) at saken må behandles i styret. For både styrets og daglig leders avtaler gjelder dessuten inhabilitetsregelen i aksjelovene § 6-27, noe som kan tilsi behandling i overordnet organ, dvs. av styret eller i generalforsamlingen.

4.3.3.3 Forretningsmessige avtaler

Det viktigste spesielle unntaket gjelder fortsatt «avtaler som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og som er grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper», jf. asl. § 3-8 (6) nr. 1/asal. § 3-8 (7) nr. 1.

Som det fremgår av ordlyden, må to vilkår være oppfylt for at unntaket kommer til anvendelse. For det første må avtalen være inngått som ledd i selskapets vanlige virksomhet. Vilkåret er videreført fra tidligere, jf. punkt 2.3 foran. For det annet må avtalen være «grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper». Dette vilkåret er omformulert i LOV-2019-12-06-77.

Kriteriet «grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper» ble vedtatt til erstatning for det tidligere kravet om at avtalene måtte inneholde «pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler», jf. punkt 2.2, 2.3 og 3.1 foran. Lovendringen skulle fjerne usikkerheten som skyldtes at det hadde vært uklart om det var nødvendig å påvise at det forelå noen konkret markedspraksis for vilkårene.¹⁷³ Samtidig ble det bl.a. i forbindelse med høringen fremholdt at det sjelden foreligger eller kan utledes alminnelige vilkår for slike avtaler.¹⁷⁴ Som nevnt i punkt 2.1 foran, har det imidlertid helt siden Aarbakke-utvalgets innstilling i NOU 1992: 29 vært klart at det måtte skje en helhetsvurdering av avtaleforholdet. Dette har bl.a. gjort det mulig å se avtaleforholdet under ett med tanke på om det gir en skjev fordeling av rettigheter og plikter, jf. f.eks. LA-2006-38534.

Begrepet «vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper» brukes også flere andre steder i aksjelovene. Opprinnelig ble begrepet introdusert i aksjelovene § 3-9 (1) om transaksjoner mellom selskap i samme konsern. I forarbeidene til aksjelovene § 3-9 (1) heter det at det i «vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper» ligger «et krav om at det skal være likevekt

¹⁷⁰ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 75.

¹⁷¹ 50 000 kr i 2007 tilsvarte 65 330,19 kr i 2019, jf. <https://www.ssb.no/kpi>.

¹⁷² Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 106.

¹⁷³ Jf. Perland og Sandvik punkt 5.5 sml. punkt 3.1 foran.

¹⁷⁴ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

i kontraktsforholdet når det gjelder partenes ytelse og vilkår ellers. Det som fremstår som en forretningsmessig transaksjon mellom konsernselskaper, skal ikke innebære en ensidig overføring fra ett selskap til et annet som ikke er forretningsmessig begrunnet». ¹⁷⁵ Senere ble det samme begrepet også inntatt i aksjelovene § 8-10 (1) om kreditt og annen finansiell bistand til erverv av aksjer i selskapet mv. ¹⁷⁶ Både i Prop.111 L (2012–2013) og Prop.135 L (2018-2019) sies det at «liknende synspunkter også bør legges til grunn» for hhv. aksjelovene § 8-10 (1) og § 3-8 (6) nr. 1/asal. § 3-8 (7) nr. 1. Det finnes imidlertid svært lite relevant praksis om forståelsen av begrepet «vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper» i relasjon til aksjelovene § 3-9 og § 8-10.

Ifølge forarbeidene til LOV-2019-12-06-77 innebærer kriteriet «som er grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper» at kjøp eller salg av formuesgoder «normalt» skal skje til markedsverdi. ¹⁷⁷ Hva som ligger i reservasjonen «normalt», sier forarbeidene ikke noe om. Det fremgår imidlertid av proposisjonen at kravet til vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper må vurderes ut fra hva som er forretningsmessig begrunnet for den aktuelle avtalen. ¹⁷⁸ Hvorvidt avtalen er forretningsmessig begrunnet, må bl.a. ses «på bakgrunn av behovet for avtalen og om avtalen er i selskapets/konsernets interesse». ¹⁷⁹ Det sies også i proposisjonen at en avtale som reelt sett innebærer en tapping av selskapet fordi det er særlig risiko for at avtalemotparten ikke vil kunne oppfylle sine forpliktelser etter avtalen, kan være i strid med vilkåret om «vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper». ¹⁸⁰

Når forarbeidene sier at vurderingen av om avtalen er forretningsmessig begrunnet bl.a. må ses ut fra om den er i konsernets interesse, gir de støtte for en konserntankegang. Noe liknende var det argumentert for tidligere, men da manglet så tydelig støtte i lovforarbeidene. ¹⁸¹ Et sentralt element i selskapsinteressen hos det enkelte selskap i konsernet er nettopp å være en del av konsernet. ¹⁸² Innenfor rammene av unntaket i asl. § 3-8 (6) nr. 1/asal. § 3-8 (7) nr. 1 kan selskaper i konsern derfor seg imellom inngå avtaler som innebærer elementer av fordeling av konsernets felles kostnader. Forutsetningen må være at avtalen er tilpasset forholdene i det enkelte konsern for å sikre en realøkonomisk riktig fordeling mellom konsernselskapene.

4.3.3.4 Avtale som er godkjent av Finanstilsynet etter reglene i finansforetaksloven

En nyhet ved lovendringen var unntaket for avtale som er godkjent av Finanstilsynet etter reglene i finansforetaksloven kapittel 20, jf. asl. § 3-8 (6) nr. 8/asal. § 3-8 (7) nr. 8. Unntaksbestemmelsen har sin bakgrunn i SRD II artikkel 9c nr. 6 bokstav d). ¹⁸³ Unntaket omfatter avtaler om konsernintern støtte i forbindelse med at det er truffet vedtak om

¹⁷⁵ Jf. NOU 1996: 3 s. 192.

¹⁷⁶ Jf. Prop. 111 L (2012-2013) s. 116.

¹⁷⁷ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

¹⁷⁸ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

¹⁷⁹ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

¹⁸⁰ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 71.

¹⁸¹ Jf. Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, NTS 2007:3 s. 65 flg. (s. 84).

¹⁸² Bråthen: Konserninterne transaksjoner i aksjeselskapsretten (upublisert manuskript, 2020) punkt 4.

¹⁸³ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 49, 70, 76.

krisehåndtering etter finansforetaksloven § 20-8.¹⁸⁴ Dermed er det ikke nødvendig å etterleve saksbehandlingsreglene for selskapets transaksjoner med tilknyttede parter i krisesituasjoner som er omfattet av finansforetaksloven kapittel 20. Siden slike krisehåndteringssituasjoner allerede er strengt regulert, ble det ikke ansett nødvendig at reglene i aksjelovene § 3-8 skulle gjelde i tillegg.

4.4 Selskapets godkjenning av avtalen

Etter endringen ved LOV-2019-12-06-77 skal de relevante avtaler godkjennes av styret, jf. asl. § 3-8 (1)/asal. § 3-8 (2). Det kreves således ikke lenger beslutning i generalforsamlingen. I proposisjonen ble det påpekt at det korresponderte med styrets ansvar og myndighet etter aksjelovene for øvrig at kompetansen til å godkjenne slike avtaler ble lagt til styret.¹⁸⁵ Proposisjonen fremhevet i denne forbindelse at forvaltningen av selskapet hører under styret, at styret har ansvaret for å sikre at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital og likviditet, og at styret har et ansvar for å ivareta selskapets interesser. Samtidig kan overføring av godkjenningskompetansen fra generalforsamlingen til styret redusere både kostnader og tidsforbruk.¹⁸⁶ Dette gjelder spesielt hvis selskapet har mange aksjonærer. En annen konsekvens av at godkjenningskompetansen er overført fra generalforsamlingen til styret, er at avtalene kommer inn under de vanlige reglene om styreansvaret.¹⁸⁷

Styrets kompetanse er ikke eksklusiv. Avtalen kan forelegges generalforsamlingen etter styrets initiativ eller kreves fremlagt for generalforsamlingen etter vanlige regler.¹⁸⁸

Loven sier ikke når i prosessen styret skal godkjenne de relevante avtaler, men den forutsetter nok at godkjenning normalt skal gis før avtalen inngås. Med tanke på å unngå ugyldighetsvirkningen, må løsningen imidlertid være tilsvarende som tidligere gjaldt generalforsamlingens godkjenning av avtalene. Denne godkjenningen kunne gis før eller etter at avtale inngås.¹⁸⁹

For styrets behandling av avtaler som omfattes av aksjelovene § 3-8, gjelder vanlige saksbehandlingsregler.¹⁹⁰ Dette innebærer bl.a. at styremedlem som er inhabil, verken kan delta i behandlingen eller avgjørelsen av saken, jf. aksjelovene § 6-27 (1).¹⁹¹ Er så mange av styremedlemmene inhabile at styret ikke er beslutningsdyktig, må avtalen i henhold til vanlige regler vedtas i generalforsamlingen, jf. Rt-1999-330.

¹⁸⁴ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 106.

¹⁸⁵ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 74.

¹⁸⁶ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 74.

¹⁸⁷ Jf. i samme retning Jensen og Berg: Forslaget til forenklet aksjelov: Øker styrets risiko for ansvar, Revisjon og Regnskap nr. 8/2016 s. 43-44.

¹⁸⁸ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 76.

¹⁸⁹ Jf. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 209 sml. Haugstvedt: Brudd på aksjelovens § 3-8 – En lovfestet angrenerett uten angrefrist?, NTS 2011:3 s. 9 flg. (s. 14), LB-2017-44327.

¹⁹⁰ Jf. Bråthen: Selskapsrett s. 196-199.

¹⁹¹ Om inhabilitet for styremedlem som også har ledende stilling i et selskap som er avtalemotpart, se Bråthen: Inhabilitet for styremedlem med ledende stilling i annet selskap, I Sui Generis Festskrift til Stein Evju (Oslo 2016) s. 98-108.

4.5 Styrets redegjørelse og erklæring

4.5.1 *Plikten til å utarbeide redegjørelse*

Styrets plikt til å sørge for at det utarbeides en redegjørelse om avtaler som omfattes av saksbehandlingsregelen, er videreført, jf. asl. § 3-8 (3) sml. § 2-6 (1) og (2)/asal. § 3-8 (4) sml. § 2-6 (1) og (2). Redegjørelsen kan være mer omfattende enn minstekravene etter aksjelovene § 2-6.¹⁹²

Styret kan selv utarbeide redegjørelsen. I motsetning til tidligere kan dette også gjøres av styret i allmennaksjeselskaper. Bakgrunnen var at reglene ifølge proposisjonen burde være like for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper på dette punktet.¹⁹³ Styret kan imidlertid også overlate til andre å utarbeide den.¹⁹⁴ I motsetning til tidligere (jf. punkt 2.2 foran) forutsetter loven nå at redegjørelsen skal styrebehandles i tråd med vanlige saksbehandlingsregler.

Redegjørelsen skal bekreftes av revisor, jf. asl. § 3-8 (3) sml. § 2-6 (2)/asal. § 3-8 (4) sml. § 2-6 (1) og (2).¹⁹⁵ Dette gjelder også for aksjeselskaper som har fravalgt revisjon av årsregnskapet etter asl. § 7-6.¹⁹⁶

4.5.2 *Erklæringen*

En nyhet er at styret i tillegg til redegjørelsen skal utarbeide en erklæring, jf. asl. § 3-8 (3)/asal. § 3-8 (4). Erklæringen kan tas inn i samme dokument som redegjørelsen, men den kan ikke integreres i denne. Kravene til erklæringen innebærer en presisering av styrets plikt til kvalitetssikring av selskapets grunnlag for avtalen.¹⁹⁷

Erklæringen skal behandle tre elementer: (1) at avtalen er i selskapets interesse, (2) at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte, og verdien av det vederlaget selskapet skal motta, og (3) at selskapet fortsatt vil ha forsvarlig egenkapital og likviditet.

Det første og tredje elementet i erklæringen er nytt, mens styrets uttalelse om (2) at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta, hadde en slags parallell fra før, jf. punkt 2.3 foran. En konsekvens av at uttalelsen om (2) at det er rimelig samsvar mellom verdien av vederlagene heretter skal inngå i styrets erklæring og ikke i redegjørelsen, er at revisor ikke lenger skal uttale seg om dette.

Når styret i sin erklæring skal si om avtalen er i selskapets interesse, står det rent prinsipielt overfor en utfordring. Kriteriet «selskapets interesse» rommer svært mye, og det ble ifølge forarbeidene bevisst ikke lagt føringer i lovteksten på hvilke momenter som skal tas med ved

¹⁹² Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 69.

¹⁹³ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 76.

¹⁹⁴ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 69.

¹⁹⁵ Jf. Prop. 135 L s. 76 sml. s. 59-60, 68-69, 104.

¹⁹⁶ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 104.

¹⁹⁷ Jf. Perland: Endringer av aksjelovens § 3-8, Revisjon og regnskap nr. 7 2019 s. 30 flg. (s. 32).

vurderingen av hva som er selskapets interesse.¹⁹⁸ Det fremheves imidlertid at «at vurderingen er mer enn kun en bedømmelse av ytelsens påvirkning på selskapets likviditet og solvens».¹⁹⁹ Det sies videre 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».²⁰⁰ I HR-2018-570-A (avsnitt 41) uttalte Høyesterett at det kan være «en del av selskapsinteressen å sikre selskapets videre drift».

Styrets erklæring om at «kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i § 3-4 vil være oppfylt» dreier seg om forhold som styret generelt må overvåke.²⁰¹ Men også her er kriteriene skjønnsmessige. For styret er det imidlertid ikke bare ved utformingen av denne erklæringen at det kan være utfordrende å forholde seg til skjønnsmessige kriterier.

4.5.3 Datering og signering av redegjørelsen og erklæringen

Både redegjørelsen og styrets erklæring skal dateres og signeres av samtlige styremedlemmer, jf. asl. § 3-8 (3)/asal. § 3-8 (4). I tråd med vanlige regler kan signering skje elektronisk.²⁰²

Plikten til å signere gjelder ikke styremedlem som er inhabil ved styrets behandling av saken, jf. asl. § 3-8 (3)/asal. § 3-8 (4) sml. aksjelovene § 6-27.²⁰³ I praksis hadde det tidligere vært en viss usikkerhet om dette, formentlig på grunn av ulike oppfatninger i juridisk litteratur.²⁰⁴

Hvis en som skal signere, har innvendinger mot redegjørelsen eller erklæringen, skal vedkommende signere med påtegnet forbehold og gjøre rede for innvendingene i redegjørelsen, jf. asl. § 3-8 (3)/asal. § 3-8 (4). Det er således ikke tilstrekkelig å innta en dissens i styreprotokollen i henhold til de vanlige regler i aksjelovene § 6-29 (2).

4.5.4 Utsendelse av redegjørelsen og erklæringen til aksjonærene og Foretaksregisteret

Redegjørelsen og styrets erklæring må uten opphold for det første sendes til alle aksjonærer med kjent adresse, jf. asl. § 3-8 (4)/asal. § 3-8 (5)). Dermed får aksjonærene kjennskap til avtalen og mulighet til å reagere mot den.²⁰⁵ På bakgrunn av dette, kan aksjonærene kreve at avtalen tas opp på ordinær generalforsamling i henhold til aksjelovene § 5-11, eller at det skal innkalles til ekstraordinær generalforsamling i tråd med vanlige regler, jf. asl. § 5-6/asal. § 5-7.²⁰⁶

¹⁹⁸ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 104 sml. s. 94.

¹⁹⁹ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 104 sml. s. 94.

²⁰⁰ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 104 sml. s. 94.

²⁰¹ Jf. f.eks. Bråthen: Selskapsrett s. 139-145.

²⁰² Jf. Bråthen og Minde: Nye norske regler om utarbeidelse og oppbevaring av selskapsdokumentasjon og kommunikasjon mellom aksjonærer og aksjeselskap, NTS 2017: 2 s. 104-115 (s. 112).

²⁰³ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 76 sml. s. 105 og s. 69.

²⁰⁴ Jf. Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 219 sml. Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 83-84.

²⁰⁵ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 95 i tilknytning til erklæringen etter aksjelovene § 8-10.

²⁰⁶ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 76 om at forslaget fra høringsnotatet om at aksjonærene kunne kreve at avtalen skulle behandles på ekstraordinær generalforsamling, og at avtalen i så fall ikke kunne tre i kraft før generalforsamlingens godkjenning foreligger, ikke var fulgt opp.

For det annet skal redegjørelsen og styrets erklæring uten opphold sendes til Foretaksregisteret, jf. asl. § 3-8 (4)/asal. § 3-8 (5). Dette skal sikre notoritet om avtalen.²⁰⁷

Som tidligere skal Foretaksregisteret publisere en opplysning om at registeret har mottatt en redegjørelse for inngåelse av avtale etter aksjelovene § 3-8. Selve redegjørelsen eller erklæringen skal derimot ikke kunngjøres.²⁰⁸ Dette har sammenheng med at slik kunngjøring kunne bli problematisk ved forretningsensitive opplysninger.²⁰⁹ Den som ønsker innsyn i redegjørelsen eller erklæringen, kan imidlertid fremme en begjæring om innsyn til Brønnøysundregistrene, som deretter behandler den etter reglene i offentleglova.²¹⁰

4.5.5 Styrets ansvar for redegjørelsen og erklæringen

Proposisjonen understreker at den som signerer en redegjørelse eller en erklæring uten forbehold, etter omstendighetene kan pådra seg erstatnings- eller straffansvar for de opplysningene som er gitt.²¹¹ Plikten til å utarbeide erklæring innebærer nok i realiteten at styreansvaret ved selskapets avtaler med aksjonær m.fl. er blitt skjerpet.²¹² Dette gjelder trolig spesielt der styret i erklæringen opplyser at avtalen er i selskapets interesse, og at det er rimelig samsvar mellom verdien av vederlaget selskapet skal yte og verdien av vederlaget selskapet skal motta.

4.6 Konsekvenser av brudd på saksbehandlingsregelen

Ved LOV-2019-12-06-77 er det også vedtatt endringer i konsekvensene av brudd på saksbehandlingsregelen.

Ved brudd på kravet om at nærmere angitte avtaler skal godkjennes av styret, kan resultatet fortsatt bli ugyldighet, jf. asl. § 3-8 (5)/asal. § 3-8 (6)). Overtredelse av kravet til utarbeidelse av redegjørelse og erklæring ifølge asl. § 3-8 (3)/asal. § 3-8 (4) og kravet i asl. § 3-8 (4)/asal. § 3-8 (5) om at dokumentene skal sendes til samtlige aksjonærer og til Foretaksregisteret, har derimot ikke slik rettsvirkning etter bestemmelsen.²¹³

En forutsetning for at manglende styregodkjennelse skal medføre ugyldighet er at selskapet kan godtgjøre at medkontrahenten forsto eller burde forstått at styret, eventuelt generalforsamlingen, ikke har godkjent avtalen, jf. asl. § 3-8 (5)/asal. § 3-8 (6). Ugyldighetsregelen avviker fra aksjelovene § 6-33, hvor det også er et krav om at det «det ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldende».²¹⁴ Etter ugyldighetsregelen i asl. § 3-8 (5)/asal. § 3-8 (6) skal det således ikke foretas noen vurdering av om det ville stride mot redelighet å gjøre avtalen gjeldende.

²⁰⁷ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 69.

²⁰⁸ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 76.

²⁰⁹ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 69.

²¹⁰ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 105.

²¹¹ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 105.

²¹² Jf. Perland: Endringer av aksjelovens § 3-8, Revisjon og regnskap nr. 7 2019 s. 30 flg. (s. 32).

²¹³ Jf. Prop. 135 L (2018-2019) s. 105.

²¹⁴ Jf. Bråthen: Ugyldighet når Styret, firmategner eller daglig leder overskrider sin myndighet – betydningen av redelighetskravet, I Hjelmeng (red.): Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm (Bergen 2016) s. 107 flg.

Ifølge motivene skal det etter asl. § 3-8 (5)/asal. § 3-8 (6) være tilstrekkelig at selskapet sannsynliggjør at medkontrahenten ikke har vært i aktsom god tro.²¹⁵ På den annen side fremhever proposisjonen at utgangspunktet etter Rt-2005-268 er at selskapets medkontrahenter i alminnelighet ikke har noen undersøkelsesplikt i forbindelse med avtaleinngåelse, og at liknende synspunkter bør legges til grunn ved vurderingen etter asl. § 3-8 (5)/asal. § 3-8 (6).

Dersom det foreligger særlig grunn til mistanke, kan medkontrahenten ifølge Rt-2005-268 ha en plikt til å foreta nærmere undersøkelser. Anvendt på transaksjoner som omfattes av aksjelovene § 3-8, kan avtalepartenes nærhet til selskapet lett tenkes å tilsi utvidet undersøkelsesplikt med hensyn til om avtalen er godkjent av styret. Men der medkontrahenten ut fra en forsvarlig undersøkelse og vurdering feilaktig har kommet til at selskapets ytelse utgjør mindre enn 2,5 prosent av balansesummen eller er mindre enn 100.000 kroner, blir resultatet neppe ugyldighet.

I utgangspunktet er det ikke nødvendig at avtaleparten har eller burde ha kjent til hvorvidt det er utarbeidet redegjørelse og erklæring i tråd med lovens krav. Dette gjelder trolig med forbehold for tilfeller hvor styrets godkjennelse har blitt påvirket av at redegjørelse og erklæring ikke er utarbeidet eller er mangelfull, og dette medfører at styrets godkjennelse er ugyldig, noe avtaleparten kjente eller burde kjent til. Hvorvidt det må legges til grunn at kontraktsparten burde kjent til mangler i saksbehandlingen, kan bl.a. bero på hvor nær forbindelse vedkommende har til selskapet.

Et spørsmål er om vurderingen av avtalepartens gode tro påvirkes av at selskapet har plikt til å sende styrets redegjørelse og erklæring til Foretaksregisteret i henhold til asl. § 3-8 (4)/asal. § 3-8 (5). Normalt skal alle forhold som er registrert i Foretaksregisteret, regnes som kjent der en lovbestemmelse forutsetter at god tro har betydning, jf. foretaksregisterloven § 10-1 (1). I forarbeidene til LOV-2019-12-06-77 fremgår det imidlertid at Foretaksregisteret i «likhet med det som gjelder i dag vil ... publisere en opplysning om at registeret har mottatt en redegjørelse for inngåelse av avtale etter § 3-8».²¹⁶ Dette kan neppe likestilles med registrering i Foretaksregisteret, jf. foretaksregisterloven § 10-1 (1).²¹⁷

Det er ikke gjort noen endringer i revisors plikt til å føre kontroll med selskapets overholdelse av aksjelovene § 3-8.²¹⁸

²¹⁵ Jf. Prop. 135 L (2018–2019) s. 105.

²¹⁶ Jf. Prop. 135 L (2018–2019) s. 105.

²¹⁷ Jf. Brønnøysundregistrens høringsuttalelse, gjengitt i Prop. 135 L (2018-2019) s. 64. Sml. Perland: Endringer av aksjelovens § 3-8, Revisjon og regnskap nr. 7 2019 s. 30 flg. (s. 32). Likevel kan det kanskje ikke helt utelukkes at publiseringspraksisen til Foretaksregisteret etter omstendighetene kan tilsi at avtaleparten burde sjekket om det er gitt slik kunngjøring. Ifølge Perland kan et praktisk råd derfor være at avtaleparten for sikkerhets skyld sørger for å kunne avvente sin oppfyllelse av avtalen inntil kunngjøring fra Foretaksregisteret foreligger.

²¹⁸ Jf. Birkeland: Ekstern revisors handleplikter s. 342-347 sml. Finanstilsynets brev av 20. juni 2016 «Vedtak om tilbakekall av godkjenning som statsautorisert revisor» (ref. 13/10491) punkt 6.

5. Avslutning

Som gjennomgangen har vist, er de någjeldende saksbehandlingsreglene for transaksjoner mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper på den ene side og tilknyttede parter på den andre siden utviklet i fem faser over en periode på ca. 25 år. Som det har fremgått, har lovgivningen om transaksjoner mellom selskapet og visse tilknyttede parter primært gjennomgått en utvikling på følgende felter:

- (1) Den opprinnelige regelen om at avtaler som omfattes av aksjelovene § 3-8, måtte vedtas i generalforsamlingen, ble i 2019 erstattet av en regel om at avtalene må vedtas i styret og gjøres kjent for alle selskapets aksjonærer, se punkt 2.1, 2.2, 4.4 og 4.5. Dette har medført en enklere vedtakelsesprosedyre i alle tilfeller hvor styret ikke er avskåret fra å vedta avtalen. Kan styret ikke treffe vedtaket, typisk på grunn av inhabilitet, må avtalen fortsatt vedtas i generalforsamlingen. Samtidig innebærer endringen ved LOV-2019-12-06-77 et skifte av «Legal Strategy for Related-Party Transactions».²¹⁹ Lovreguleringen har gått fra det som i internasjonal juridisk debatt har vært betegnet som «The decision rights strategy: Shareholder voting» til «The affiliation strategy ... Mandatory disclosure» og «Agent incentives strategies ... Letting the board decide».²²⁰ Den reelle betydningen av denne overgangen er likevel ikke veldig stor ved avtaler mellom selskapet og aksjonærer ettersom flertallet på generalforsamlingen uansett har kunnet stemme igjennom avtaler med seg selv. I slike tilfeller hadde også den tidligere regelen primært funksjon som «mandatory disclosure». Ettersom det gjelder strengere inhabilitetsregler i styret enn i generalforsamlingen, gir imidlertid den någjeldende regelen dårligere mulighet for direkte aksjonærinnflytelse enn den tidligere, og således innebærer den et styrket minoritetsvern.
- (2) Den opprinnelige regelen om at brudd på kravet til vedtak i generalforsamlingen ubetinget medfører ugyldighet, ble i 2019 erstattet av en regel om at ugyldighet ikke inntreder dersom selskapet kan godtgjøre at medkontrahenten forsto eller burde ha forstått at styret, eventuelt generalforsamlingen, ikke har godkjent avtalen, se punkt 2.1 og 4.6. Dermed er noe av kritikken mot at regelen kunne virke urimelig og som en «felle» imøtekommet, jf. punkt 3.1 foran.
- (3) Aksjeloven 1976 § 2-9a regulerte saksbehandlingen ved nærmere angitte avtaler inngått de første to årene etter at selskapet var stiftet («etterstiftelse») i allment aksjeselskap (allmennaksjeselskap), mens reglene i aksjelovene av 1997 gjelder for hele selskapets levetid, se punkt 2.1 og 2.2 foran. Dermed skal ikke reglene bare ta sikte på å motvirke omgåelse av reglene om tilførsel av kapital i forbindelse med at selskapet stiftes, men de skal også bidra til generell minoritetsbeskyttelse i både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.

²¹⁹ Jf. Kraakman m.fl.: *The Anatomy of Corporate Law* (3rd. edition, Oxford 2017) s. 147 flg.

²²⁰ Jf. Kraakman m.fl.: *The Anatomy of Corporate Law* (3rd. edition, Oxford 2017) s. 147, 153, 156. Sml. Kraakman m.fl. s. 33-35 om begrepet «affiliation strategy».

- (4) Terskelen som angir den nedre verdigrensen for avtaler som må behandles i tråd med saksbehandlingsregelen dersom øvrige vilkår er oppfylt, er endret fra å være på mer enn ti prosent av aksjekapitalen i allmennaksjeselskaper via mer enn ti prosent av aksjekapitalen i aksjeselskaper/fem prosent av aksjekapitalen i allmennaksjeselskaper, til etter lovendringen i 2019 å skulle ha en virkelig verdi på mer enn 2,5 prosent av selskapets balanse, se punkt 2.1, 2.2 og 4.3.2 foran. Realiteten er at atskillig færre avtaler enn tidligere må behandles i tråd med saksbehandlingsregelen. Dermed blir det også færre tilfeller der tolkningsproblemene knyttet til aksjelovene § 3-8 oppstår.
- (5) Fra opprinnelig bare å regulere selskapets erverv fra aksjonærer m.fl., ble anvendelsesområdet i 2006 utvidet til i utgangspunktet å omfatte alle slags avtaler mellom selskapet og den relevante personkretsen, se punkt 2.1, 2.2 og 2.3 foran. Utvidelsen innebar at det oppsto en rekke kompliserte juridiske spørsmål om grensesnittet mellom avtaler som skal behandles etter aksjelovene § 3-8, og andre egenkapitaldisposisjoner, se punkt 3.1 foran.
- (6) «Katalogen» over unntak er blitt utvidet fra bare å omfatte visse forretningsavtaler samt verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering, slik løsningen var i aksjeloven 1976 § 2-9a, til nå å omfatte hele åtte forskjellige typer unntak, se punkt 2.1 og 4.3.3 foran. Unntaket for forretningsavtaler, som utvilsomt er det viktigste, har vært (om)formulert hele fire ganger, se punkt 2.1, 2.2, 2.3 og 4.3.3.3 foran.
- (7) Den lovfastsatte personkretsen av medkontrahtenter, som opprinnelig besto av aksjonær og stifter samt en begrenset gruppe likestilt med dem, er stadig blitt utvidet. Etter lovendringen i 2019 omfattes «en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem eller daglig leder» samt deres nærstående, se punkt 2.1, 2.2 og 4.2 foran.
- (8) De praktisk viktige reglene om redegjørelsen for avtalene er blitt presisert i flere omganger, se punkt 2.1, 2.2, 2.3 og 4.5.1 foran. Reglene ble i 2019 supplert med en regel om at styret skal utarbeide en erklæring, se punkt 4.5.2 foran. Aksjelovene har således implementert en metode for «Third Party Advice and Fairness Opinions».²²¹

De mange lovendringene må i seg selv anses som uttrykk for at lovgiver har hatt vanskelig med å finne en tilstrekkelig god regulering av avtaler mellom selskapet og tilknyttede parter.²²² Årsaken kan dels være utfordringer med å finne den beste juridiske utformingen, dels kan lovendringene ha sammenheng med at lovgivers syn på behovet for lovregulering har skiftet gjennom tiden.

Et nærliggende spørsmål er om reguleringen av transaksjoner mellom aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper og aksjonærer m.fl. har bygget på tilstrekkelige faktiske kunnskaper om hva slags utfordringer selskapenes transaksjoner med tilknyttede parter utgjør i Norge. Det er riktignok alminnelig kjent at det i Norge har forekommet

²²¹ Jf. f.eks. Enriques: Related Party Transactions, I Gordon & Ringe (eds.): The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance (Oxford 2018) s. 506-531 (s. 525-526).

²²² Jf. f.eks. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45 sml. punkt 2.3 foran.

kritikkverdige transaksjoner mellom selskaper og tilknyttede parter, og bl.a. i juridisk og økonomisk litteratur uttrykkes det generelt skepsis mot slike avtaler.²²³ Det finnes imidlertid ingen spor i lovforarbeidene av at lovgiver i forbindelse med noen av lovdringene har basert seg på empiriske undersøkelser som viser hvor mange transaksjoner mellom selskaper og tilknyttede parter som foretas årlig, og hvor mange av dem som kunne true interessene til minoritetsaksjonærer eller kreditorer. Det finnes heller ingen kartlegging av hvem som er selskapets motpart i slike transaksjoner – f.eks. om det er avtaler med andre selskaper i samme konsern, eventuelt hvor mange transaksjoner som foregår innenfor heleide konserner. Lovforarbeidene inneholder ingen tegn på at det har vært foretatt en juridisk kartlegging av hvor mange transaksjoner mellom selskaper og tilknyttede parter som også reguleres av andre regler.

Som nevnt i punkt 2.3 foran, var endringene i forbindelse med etterkontrollen (2006) begrunnet i arbeidet mot økonomisk kriminalitet. På Lovdata finnes det imidlertid ingen straffedom hvor tiltalte er dømt for overtredelse av aksjelovene § 3-8 og heller ingen straffedom hvor tiltale er tatt ut etter bestemmelsen. Dette tyder på at aksjelovene § 3-8 har hatt marginal – om overhodet noen – betydning i arbeidet mot økonomisk kriminalitet.

Det har vært antatt at kostnadene forbundet med å etterleve aksjelovene § 3-8 er store, se punkt 3.1 foran. Lovgivers bevissthet om kostnadene ved å etterleve saksbehandlingsregelen har nok vært noe varierende gjennom tiden. F.eks. da høringsinstanser før vedtakelsen av aksjelovene 1997 hadde innvendinger mot presisjonsnivået i angivelsen av anvendelsesområdet for saksbehandlingsregelen, ble de i proposisjonen møtt med at om «man [er] 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».²²⁴ At dette kunne påføre selskapene unødvendige kostnader ble imidlertid ikke nevnt.²²⁵

Til dels har kritikk mot bestemmelsen vært tatt lett på. F.eks. ble innvendinger mot å utvide området for aksjelovene § 3-8 i forbindelse med «etterkontrollen» (sml. punkt 2.3 foran) i proposisjonen avvist bl.a. under henvisning til de var fremsatt av høringsinstanser som «i hovedsak [synes] å være imot en utvidelse fordi de er imot bestemmelsen som sådan».²²⁶ Kritikken har imidlertid vært nokså konsistent. F.eks. kunne de fleste argumentene som Perland i 2004 anførte mot innholdet i aksjelovene § 3-8, gjentas av Perland og Sandvik i 2016.²²⁷ Argumentene ble vurdert av Bråthen-utvalget, som i alt vesentlig sluttet seg til dem, se punkt 3.1 foran. Forholdet mellom aksjelovene § 3-8 og andre overlappende eller

²²³ Jf. f.eks. Johnson, Simon; Rafael La Porta; Lopez-de-Silanes, Florencio; Shleifer, Andrei: Tunneling. *The American Economic Review*; Nashville Vol. 90, Iss. 2, (May 2000): 22-27, sml. OECD (2012), *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264168008-en> s. 20-21.

²²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 45.

²²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 127 om økonomiske og administrative konsekvenser for private.

²²⁶ Innvendinger mot å utvide området for aksjelovene § 3-8 ble i proposisjonen avvist bl.a. under henvisning til de var fremsatt av høringsinstanser som «i hovedsak [synes] å være imot en utvidelse fordi de er imot bestemmelsen som sådan», jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

²²⁷ Perland: Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, *Tidsskrift for Forretningsjus* 2004/4 s. 526 flg. (s. 531-537), Perland og Sandvik: Vurdering av aksjelovens § 3-8, utredning skrevet på oppdrag fra NHO, 23. juni 2016, <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/utredning.pdf>.

tilgrensende regler har vært trukket frem ved en rekke anledninger.²²⁸ Spesielt forholdet mellom utbytte og aksjelovene § 3-8 har vært omdiskutert. Det har vært en nokså utbredt oppfatning at aksjelovene § 3-8 og utbytteregele ne gjelder ved siden av hverandre slik at det etter omstendighetene kan være nødvendig å følge begge regelsett, typisk ved gavesalg til aksjonær.²²⁹ Andre har derimot uttrykt tvil om utbytteregele ne og aksjelovene § 3-8 gjelder ved siden av hverandre.²³⁰ Uansett kunne man kanskje forventet at det ville fremgått av lovforarbeidene dersom meningen var at aksjelovene § 3-8 skulle komme i tillegg til reglene om utbytte.

På noen punkter synes lovgiver å ha resignert overfor de juridiske problemene som aksjelovene § 3-8 gir opphav til. Som nevnt i punkt 4.3.1 foran, har lovgiver ennå ikke tatt standpunkt til om hensynet til aksjonærminoriteter og kreditorer er tilstrekkelig godt ivaretatt gjennom aksjelovene kap. 9-14.

Det kan også spørres om lovgiver helt har tatt inn over seg hvor langt kravene til å følge saksbehandlingsregelen rekker. Hvis vilkårene for øvrig er til stede, omfattes f.eks. selskapets avtaler med et selskap hvor samboeren til søster/bror av et styremedlem eier mer enn 50 prosent av de stemmeberettigede aksjene, se punkt 4.2 foran. Slike forbindelser kan nok være vanskelig å avdekke, og det er lite realistisk å tro at alle aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper har tilstrekkelig innsikt i regelverket til å kunne forholde seg til dette.

Til tross for at reglene om avtaler mellom selskapet og nærmere angitte tilknyttede parter har vært en del av norsk rett siden 1996 og har gjennomgått for flere store revisjoner, fremstår regelverket fortsatt som noe uferdig på mange punkter. Det er kanskje ikke spesielt dristig å anta at reglene ennå ikke har funnet sin endelige form.

²²⁸ Se f.eks. Perland: Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tidsskrift for Forretningsjus 2004/4 s. 526 flg. (s. 531-537).

²²⁹ Jf. Langseth: Kreditt i konsernforhold. Noen praktiske spørsmål vedrørende aksjelovene § 3-8 og utbytteregele ne, Tidsskrift for Forretningsjus 2012:3 s. 156 flg. (s. 158-159), Berge og Røsås: Avtaler med aksjeeiere mv. s. 21, Reiersen: Aksjelovens utdelingsbegrep (Oslo 2015) s. 320-324.

²³⁰ Bråthen: NTS 2007:3 s. 73-74, Bråthen: Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapets garantier for morselskapets lån, I Bråthen (red.): Moderne forretningsjus II (Bergen 2011) s. 43 flg. (s. 46-47).