

NOTAT

Ansvarlig advokat:	Sverre Tysland
Til:	Nærings- og handelsdepartementet
Fra:	Advokatfirmaet Selmer DA
Dato:	7. april 2009
Emne:	Aker Solutions ASA – Allmennaksjeloven § 3-8
Vår ref.:	955200-v5

1. BAKGRUNN

Ved børsmelding 2. april 2009 offentliggjorde Aker Solutions ASA at det heleide datterselskapet Aker Solutions AS hadde inngått avtaler om kjøp av en rekke aksjeposter fra selskaper i Aker ASA-konsernet ("**Aksjepostene**"). Kjøp av Aksjepostene skal etter det opplyste finansieres ved at Aker Solutions ASA utsteder et obligasjonslån på ca. NOK 2 milliarder ("**Lånet**") hvor Aker ASA garanterer for tegning av og/eller tegner en vesentlig del av Lånet.

Aker Solutions ASA eies med ca. 40,2 % av Aker Holding AS. Aker ASA eier 60 % av Aker Holding AS, mens den norske stat eier 30 %, SAAB AB (publ.) 7,5 % og Investor AB (publ.) 2,5 %.

Vi er bedt om å vurdere om inngåelse av avtale mellom Aker ASA og Aker Solutions ASA vedrørende Lånet, herunder eventuell avtale om garanti for tegning av Lånet, omfattes av allmennaksjeloven (asal.) § 3-8, og således krever godkjenning fra generalforsamlingen i Aker Solutions ASA for å være rettslig bindende.

Videre er vi bedt om å vurdere om avtaler mellom selskaper i Aker ASA konsernet og Aker Solutions AS om kjøp av Aksjepostene utløser krav om generalforsamlingsbehandling i Aker Solutions ASA i henhold til asal. § 3-8.

2. KONKLUSJONER

Etter vårt syn vil inngåelse av avtale mellom Aker ASA og Aker Solutions ASA vedrørende Lånet kreve godkjenning fra generalforsamlingen i Aker Solutions ASA for å være rettslig bindende.

Etter vårt syn vil inngåelse av avtaler mellom selskaper i Aker ASA-konsernet og Aker Solutions AS om kjøp av Aksjepostene kreve godkjenning fra generalforsamlingen i Aker Solutions ASA for å være rettslig bindende.

3. AVTALE VEDRØRENDE LÅNET

Hovedregelen i asal. § 3-8 (1) første punktum lyder:

En avtale mellom selskapet og en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem eller daglig leder er ikke bindende for selskapet uten at avtalen godkjennes av generalforsamlingen hvis selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tjuedel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen.

Aker Solutions ASAs aksjekapital er NOK 548 millioner, og 5 % utgjør således NOK 27,4 millioner. I børsmelding offentliggjort av Aker ASA 2. april 2009 kl. 07:03:39, uttales følgende:

Aker Solutions har til hensikt å delfinansiere kjøpene og fremtidige investeringer gjennom et nytt, børsnotert obligasjonslån. Aker har bekreftet tegning av en milliard kroner i dette lånet som vil bli markedsført i obligasjonsmarkedet i løpet av april.

På bakgrunn av den andel av Lånet som i henhold til børsmeldingen skal tegnes av Aker ASA, må det legges til grunn at virkelig verdi av Aker Solutions ASAs ytelse til Aker ASA – det vil si nåverdien av fremtidige renter, evt. garantiprovisjon, på tidspunktet for avtaleinngåelse – vil overstige 5 % av Aker Solutions ASAs aksjekapital.

Ettersom Aker ASA er morselskap til Aker Holding AS, som igjen er aksjeeier i Aker Solutions ASA, vil en avtale mellom Aker ASA og Aker Solutions ASA vedrørende Lånet i utgangspunktet omfattes av asal. § 3-8.

Etter asal. § 3-8 (1) annet punktum gjelder den ovennevnte hovedregelen ikke for:

1. *avtale inngått i samsvar med reglene i § 2-4, jf § 2-6, og § 10-2,*
2. *avtale som nevnt i § 6-10 og § 6-16 a,*
3. *avtale om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering,*
4. *avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler.*

Unntakene i asal. § 3-8 (1) nr. 1 til 3 har ikke relevans for det aktuelle avtaleforholdet.

Med hensyn til unntaket i asal. § 3-8 (1) nr. 4 er det for det første et vilkår at avtalen inngås ”som ledd i selskapets vanlige virksomhet”. For det annet er det et vilkår at avtalen ”inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Det forutsettes i det følgende at det sistnevnte vilkåret vil være tilfredsstillt, dvs. at avtale vedrørende Lånet inngås på markedsmessige vilkår.

Aker Solutions ASAs vedtekter § 3 lyder:

Selskapets formål er å eie eller drive industri- og annen tilknyttet virksomhet, forvaltning av kapital og andre funksjoner for konsernet, samt delta i eller overta annen virksomhet.

Vedtektene angir uttrykkelig ”forvaltning av kapital (...) i konsernet” som et av Aker Solutions ASAs formål. Bestemmelsen er imidlertid ikke tilstrekkelig for å anse enhver finansieringsavtale som ledd i selskapets vanlige virksomhet etter asal. § 3-8 (1) nr. 4, jf. Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, 2006, s. 430:

At avtalen må ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet for å omfattes av unntaket, innebærer at den må ligge innenfor den virksomhet som faktisk er vanlig for selskapet. Det er altså ikke tilstrekkelig at avtalen ligger innenfor selskapets vedtektsbestemte virksomhetsområde.

Det må således vurderes om den konkrete avtale ligger innenfor den virksomhet som *faktisk* er vanlig for selskapet.

I alminnelighet må det legges til grunn at finansiering av datterselskapers virksomhet er innenfor et morselskaps vanlige virksomhet. Etter det vi har fått opplyst, er finansiering av konsernet en sentral funksjon i Aker Solutions ASAs virksomhet, og den overveiende finansiering av konsernet skjer via Aker Solutions ASA. På denne bakgrunn må det i utgangspunktet legges til grunn at låneopptak for å finansiere konsernets kapitalbehov ligger innenfor Aker Solutions ASAs vanlige virksomhet.

I den forliggende sak må det imidlertid tas i betraktning at Lånets formål er finansiering av samtidige og betydelige transaksjoner, og at kjøp av Aksjepostene i seg selv vil kunne ligge utenfor konsernets vanlige virksomhet. Dersom avtale om kjøp av Aksjepostene ikke ligger innenfor konsernets vanlige virksomhet, fremstår det som inkonsekvent å hevde at inngåelse av avtale om opptak av Lånet for finansiering av aksjekjøpene vil omfattes av asal. § 3-8 (1) nr. 4. Etter foreliggende opplysninger fremstår kjøp av Aksjepostene samlet å være av en slik størrelsesorden at transaksjonene sett under ett ikke kan sies å ligge innenfor Aker Solutions AS' eller konsernets vanlige virksomhet. Ifølge børsmeldingen fra Aker Solutions ASA 2. april 2009, representerer transaksjonene en investering på ca. NOK 2 milliarder, hvorav ca. 250 millioner kroner er tilbakebetaling av aksjonærlån. Videre fremgår det at selskapene som overtas har et investeringsprogram de nærmeste årene på vel NOK 2,5 milliarder. Til sammenligning er Aker Solutions ASAs markedsverdi per 7. april 2009 ca. NOK 9,7 milliarder.

Transaksjonens omfang bør etter vår vurdering være tilstrekkelig for å anse opptaket av Lånet for å ligge utenfor Aker Solutions ASAs vanlige virksomhet, også for det tilfelle at erverv av Aksjepostene ikke innebærer noen utvidelse av konsernets eksisterende virksomhetsområde.

Formålet med i asal. § 3-8 er sikre kontroll med inngåelse av avtaler som kan representere en risiko for *"utilbørlige disposisjoner fra aksjeeiernes side som kan være til skade for de øvrige aksjeeierne eller kreditorene"*, jf. NOU 1996:3 s. 149. Begrunnelsen for unntaket i asal. § 3-8 (1) nr. 4 må antas å være at alminnelig forretningsdrift ikke skal forhindres eller forsinkes ved generalforsamlingsbehandling. En avveining av disse hensynene taler etter vårt syn for at det ved tvilstilfeller legges en restriktiv fortolkning til grunn ved vurderinger av om avtaler omfattes av unntaksregelen i asal. § 3-8 (1) nr. 4.

Vår konklusjon er at unntaksbestemmelsen i asal. § 3-8 (1) nr. 4 ikke kommer til anvendelse for avtale vedrørende Lånet, og at inngåelse av slik avtale således krever godkjennelse fra generalforsamlingen i Aker Solutions ASA i henhold til hovedregelen i asal. § 3-8 (1) første punktum for å være bindende for selskapet.

4. AVTALE VEDRØRENDE KJØP AV AKSJEPOSTENE

Ettersom avtale om kjøp av Aksjepostene inngås med Aker Solutions AS som avtalepart (og ikke Aker Solutions ASA), vil avtaleforholdet i utgangspunktet falle utenfor anvendelsesområdet for asal. § 3-8 i relasjon til Aker Solutions ASA.

På grunnlag av de konkrete omstendighetene kan det imidlertid reises spørsmål om asal. § 3-8 må fortolkes utvidende, slik at inngåelse av bindende avtale mellom Aker Solutions AS og selskaper i Aker ASA-konsernet er betinget av godkjennelse fra generalforsamlingen i Aker Solutions ASA.

Rettstekniske hensyn og hensynet til forutberegnelighet kan tale for at asal. § 3-8 ikke tolkes utvidende. Konsekvensen av en utvidende fortolkning, vil innebære en begrensning i den formuesrettslige avtalefrihet som i utgangspunktet tilligger Aker Solutions AS som selvstendig rettssubjekt. Begrensningens "inngripende" karakter fremstår imidlertid som ubetydelig når Aker Solutions ASA er eiere, og transaksjonenes omfang og art gjør det utenkelig at datterselskapet foretar transaksjonene uten morselskapets godkjennelse.

Hensynet til ensartethet og effektivisering av det vern asal. § 3-8 er ment å gi, kan på den annen side tale for at bestemmelsen tolkes utvidende i et tilfelle som det foreliggende. Aker Solutions ASA fremstår som reell erverver av Aksjepostene. Transaksjonene synes å ha vært initiert av Aker ASA og Aker Solutions ASA, og reell prosjektstyring og beslutningskompetanse synes å ha tilligget de samme parter. Ved opptak av Lånet er det Aker Solutions ASA som finansierer kjøpet av Aksjepostene og bærer den konserneksterne finansielle risikoen knyttet til transaksjonene.

En avtale om kjøp av Aksjepostene ville ha medført krav om generalforsamlingsbehandling etter asal. § 3-8 dersom Aker Solutions ASA selv var avtalepart. Ettersom Aker Solutions AS er heleid av Aker Solutions ASA, og kreditorforpliktelser knyttet til transaksjonen i betydelig grad tilligger sistnevnte selskap, er det liten realitetsforskjell for Aker Solutions ASAs aksjeeiere og kreditorer om avtale om kjøp av Aksjepostene foretas av Aker Solutions AS eller Aker Solutions ASA. Det er på denne bakgrunn naturlig å anse Aker Solutions AS og Aker Solutions ASA som én enhet i relasjon til transaksjonene. Det sentrale formålet bak asal. § 3-8 – vern mot utilbørlige disposisjoner som kan være til skade for aksjeeiere eller kreditorer – trekker i retning av en utvidende fortolkning av asal. § 3-8 og krav om generalforsamlingsbehandling i Aker Solutions ASA.

Uttalelser i aksjelovenes forarbeider gir en viss støtte for at asal. § 3-8 kan tolkes utvidende for å forhindre omgåelser, selv om uttalelsene ikke er knyttet til et direkte sammenlignbart tilfelle, jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45:

Når det gjelder problemet med at bestemmelsen kan omgås ved at det i stedet for én overdragelse foretas en serie mindre overdragelser uten generalforsamlingens godkjenning, må det være åpenbart at slike transaksjoner etter omstendighetene kan rammes av alminnelige omgåelsesbetraktninger. Det er imidlertid neppe mulig eller hensiktsmessig å presisere i loven når en slik omgåelse foreligger, jf likevel nedenfor om bruk av stråmenn mv. Departementet antar at det forhold at avtaler inngått i strid med bestemmelsen vil være ugyldige, vil være et tilstrekkelig incitament til å etterleve bestemmelsen. Dette innebærer blant annet at eventuelle nye eiere eller selskapets konkursbo kan angripe en slik avtale.

Etter departementets syn er det heller ikke hensiktsmessig å presisere nærmere i loven hva som ligger i uttrykket « opptrer i forståelse med ». Med denne ordlyden vil man ha en klar hjemmel til å ramme åpenbare omgåelser av lovens krav, for eksempel der hvor aksjeeieren bruker stråmenn eller liknende. Paragrafens virkeområde er imidlertid ikke begrenset til slike tilfeller. Men siden bestemmelsen i første rekke knytter seg til subjektive forhold hos avtalepartene, er det ikke mulig å uttrykke i generelle vendinger hvor grensen går. Er man i tvil om vilkårene for å anvende bestemmelsen er oppfylt, har man alltid den mulige utvei å følge de saksbehandlingsreglene som paragrafen gir anvisning på.

Etter vår vurdering har det foreliggende tilfellet karakter av en omgåelse av det vern asal. § 3-8 er ment å gi, selv om det ikke skulle foreligge konkret omgåelseshensikt. På bakgrunn av de ovennevnte rettskildefaktorer bør asal. § 3-8 fortolkes utvidende, slik at inngåelse av bindende avtale mellom Aker Solutions AS og selskaper i Aker ASA konsernet er betinget av godkjenning fra generalforsamlingen i Aker Solutions ASA.

Rettsfølgen av at saksbehandlingsreglene i asal. § 3-8 ikke følges, er at avtalen er ugyldig og at avtalepartenes ytelser skal tilbakeføres. Den som medvirker til beslutning om inngåelse av avtale uten generalforsamlingens godkjenning, vil etter omstendighetene kunne være ansvarlig for at tap selskapet lider ved uteblivende restitusjon. På denne bakgrunn er det vanlig i praksis – og må anses som god selskapsledelse – at tvilstilfeller knyttet til asal. § 3-8 behandles på generalforsamlingen. Det vises i den forbindelse til de ovennevnte uttalelser i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997). Vi kan for øvrig ikke se legitime hensyn som taler imot at generalforsamlingen i Aker Solutions ASA får seg forelagt avtalen om kjøp av Aksjepostene til godkjenning.