Finans Norge

Nærings- og
fiskeridepartementet

Dette brev er levert digitalt til
www.regjeringen.no

Dato: 05.04.2016
Vår ref.: 15-1182
Deres ref.:

Høring – forslag til forenklinger i aksjeloven og allmennaksjeloven

Vi viser til Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev av 02.02.2016 vedlagt høringsnotat med forslag til endringer i aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 8-7 og 8-10.

Finans Norge er positiv til departementets initiativ og ønsket om å iverksette tiltak for å legge til rette for et velfungerende marked for kjøp og salg av selskaper, herunder å øke selskapenes avtalefrihet og legge til rette for et enklere og mer forutsigbart regelverk. Vi har imidlertid noen kommentarer til de fremsatte forslag og de vurderinger som ligger til grunn, og vil i det nedenstående helt kort skissere disse. Vi utdyper gjerne de enkelte punkter om det skulle være ønskelig i forbindelse med departementets videre arbeid med en proposisjon.

Det foreslås å endre aksjeselskapslovene (heretter begge benevnt asl) § 8-10 slik at målselskapet gis en vid adgang til å stille sikkerhet for oppkjøpslån. En slik endring vil være en forenkling og bedring av reglene sett fra kjøpers side. Målselskapets interessenter vil imidlertid risikere å få sin rettslige og faktiske posisjon svekket ved en endring som foreslått. Etter vår vurdering vil det være en styrke om departementet går grundigere igjennom denne siden av forslaget i det videre arbeidet, sett hen til formålet med bestemmelsen. Vi ber i denne forbindelse departementet vurdere to tiltak som kan bidra forenklinger og forutsigbarhet samtidig som løsningen fortsatt ivaretar formålet med bestemmelsen.

Finans Norge deler fullt ut departementets oppfatning om at gjeldende unntaksforskrift ikke lenger fungerer tilfredsstillende, noe som ble tydelig illustrert i mindretallets uttalelse i Rt 2013 s 1601. Det er i dag knyttet for stor usikkerhet til praktiseringen av bestemmelsene, noe som gjør dem mindre anvendbare både for næringslivet (kjøper / selger) og bankene som kreditorer og panthavere. Vi konstaterer at antall søknader om dispensasjon er redusert

som følge av forskriften som var ment å ta unna de klare typetilfellene, men ser samtidig at grensen for hva som anses som et såkalt rent eiendomsselskap er vanskelig å praktisere, hvilket kan være hemmende for omsetningen av eiendomsselskaper. Vi ber derfor departementet være tydelig på ambisjonen om å klargjøre rettstilstanden i den kommende proposisjonen, slik at hensynet til de næringsdrivende, kreditorene og investorene blir ivaretatt.

Hvis forskriften oppheves vil de tolkningsproblemene og uklarhetene som beskrives i nevnte rettsavgjørelse opphøre. Tilsvarende vil departementet ikke lenger belastes med arbeid knyttet til unntak etter enkeltvedtak. Men de foreslåtte nye reglene vil medføre nye utfordringer for aktørene ved at tolkningsproblemene skyves fra spørsmålet om målselskapet er et "rent eiendomsselskap" som det ikke foreligger konkrete utviklingsplaner for, til om bistanden fra målselskapet faktisk ytes på "vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper". Sistnevnte vurderingstema er for øvrig en standard som må vurderes også i andre sammenhenger innen selskapsretten, der det er utviklet visse standarder det kan tas utgangspunkt i, men ikke desto mindre vil det nye vurderingstemaet kunne stå i fare for å bli temmelig omfattende.

Til dette kommer at partene i forretningslivet har et behov for forutsigbarhet når denne standarden skal tolkes i relasjon til denne typen disposisjoner i form av sikkerheter. Helt konkret står vi her overfor en vurdering av hvordan et målselskap skal kunne tilby sikkerheter typisk i fast eiendom gjennom pantsettelse, og i den forbindelse hvilket honorar målselskapet bør kreve i den forbindelse for at disposisjonen skal fremstå som forretningsmessig fundert. Dette beror igjen på en konkret vurdering av risikoen i form av (1) størrelsen på sikkerheten (skadepotensialet), og en vurdering av (2) kredittrisikoen i form av en kredittvurdering av kjøperselskapet (sannsynligheten for mislighold og at banken vil gå etter sikkerheten). Vi står med andre ord overfor en konkret vurdering av prisen på sikkerheten målselskapet skal stille, ikke hvorvidt prisen på målselskapets aksjer er forretningsmessige eller ikke. Dette skiller denne vurderingen fra andre tilsvarende vurderinger av forretningsmessige vilkår og prinsipper innen selskapsretten. Andre momenter som kan inngå i vurderingen av standarden om vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper er betydningen av at det foreligger eller etableres et konsern, om det er kjernevirksomhet eller mer perifer virksomhet. Videre kan nytte og eller interesse av transaksjonen og/eller vederlaget som ytes for garantistillelsen være viktige momenter. Det samme gjelder grensen mot utdeling og en gjensidig bebyrdende avtale. For at reglene skal bli så sikre og forutberegnelige som mulig bør det sies noe om relevans og vekt av de momenter i standarden. For næringslivet vil det ha stor nytteverdi om det sies noe i proposisjonen om anvendelsen av denne standarden i denne relasjonen. Også andre kan ha nytte av en slik avklaring som rådgivere, kreditorer, medkontrahenter, domstolene og myndighetene.

Det foreslås ingen endringer i asl § 8-11. Vi legger dermed til grunn at virkningen av brudd på bestemmelsene i asl §§ 8-7 og 8-10 vil være ugyldighet dersom mottaker av målselskapets bistand i form av sikkerhet ikke er i aktsom god tro. Den nevnte rettsavgjørelsen synliggjorde et svært strengt aktsomhetsansvar for banken. Finans Norge ber følgelig om at konsekvensen av brudd som beskrevet drøftes spesifikt i en proposisjon i relasjon til de berørte parter, herunder kjøperselskap, målselskap, styrerepresentanter, kredittgivere og mottaker av bistand i form av sikkerheter. Typisk vil det i ettertid kunne dukke opp opplysninger som kan tilsi at bistanden ikke var tiltrekkelig forretningsmessig motivert, herunder om dette burde vært undersøkt nærmere på tidspunktet for sikkerhetsstillelsen.

Det foreslås i utkastet at målselskapets styre tillegges et ansvar for kredittvurdering av kjøperselskapet. Vi deler ikke uten videre departementets vurdering på dette punktet. Etter vår erfaring vil det være svært varierende hvorvidt målselskapets styre vil ha kompetanse til å foreta en slik vurdering. Allerede per i dag anser utgående styre i målselskapet i praksis at styrevervet opphører idet avtale om salg av målselskapet inngås. Videre ser vi at styreansvaret ved en feil kredittvurdering vil gjøre det vanskelig å få styret til å foreta en slik vurdering.

På bakgrunn av ovenstående tillater vi oss å fremme to forslag:

Forslag 1: Finans Norges forslag er å unnta kjøperselskapet fra kravet om sikkerhetsstillelse for de tilfellene der kjøperselskapet oppnår såkalt bestemmende innflytelse som nevnt i asl § 1-3 i målselskapet. Det forutsettes at vurderingen her blir tilsvarende som i dagens asl § 8-7 tredje ledd nr. 2. Vi antar at presumsjonen om at transaksjoner i konsern som et utgangspunkt skjer på alminnelige forretningsmessige vilkår og prinsipper slår inn tilnærmet tilsvarende også her, samt at fordelen av å være med i et konsern også tillegges vekt ved vurderingen også i disse tilfellene. Det vises bl.a. til formålet bak, og forarbeidene til § 8-7, der det bla gis uttrykk for at det er et reelt behov for å verne selskapskreditorene mot tapping av selskapets midler, men at det foreligger en aksept fra lovgiver om at et konsern må betraktes som en økonomisk enhet hvor lån mellom selskapene i konsernet må presumeres å være forretningsmessig begrunnet, se eksempelvis slike betraktninger som formulert i Or.prp. nr. 65 (1998-99) side 28 til 29.

Dersom kjøperselskapet ikke får bestemmende innflytelse over målselskapet, men for eksempel kun oppnår 49 prosent eller mindre av stemmene, er vi tilbake i § 8-10 slik bestemmelsen lyder i dag med utbyttebegrensning og betryggende sikkerhet mv.

Forslag 2: I tillegg kan det som en støtte til målselskapets beslutning vurderes å stille krav om at målselskapets revisor, det være seg i eller utenfor konsern, bekrefter at avtalen er inngått på vanlige forretningsmessige vilkår. Vi antar at en bekreftelse på dette fra en kompetent, ekstern og uavhengig autoritet vil kunne være et egnet virkemiddel for å sikre at også

målselskapets interesser ivaretas. En merknad til dette er at man da gjerne vil stå overfor de samme utfordringer som erfares i forhold til å få revisors bekreftelse for transaksjoner som faller innenfor asl § 3-8, typisk ved realkausjoner. Etter vår vurdering vil en nærmere vurdering fra departementet om hva som forstås med «vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper» være en god veileder også i forhold til bestemmelser utover asl § 8-10 hvor tilsvarende standard skal vurderes.

For øvrig vil hensynet til minoritetsvernet et stykke på vei være ivaretatt ved bestemmelsen i § 3-8 slik den nå lyder etter siste lovendring. Etter vår vurdering kan imidlertid det foreliggende utkastet skape noe problematikk knyttet til minoritetsvernet i aksjeloven § 3-8, idet sikkerhetsstillelse til aksjeeier eller deres nærstående skal skje på armlengdes avstand eller forretningsmessige vilkår eller prinsipper.

Vi vil også påpeke at fusjon er en lovlig disposisjon i forhold til asl § 8-10. Vi ber om at departementet klargjør dette i det videre arbeidet, og dermed fjerner den usikkerheten som ligger i uttalelsen i NOU 1992 nr 29 side 180.

Med vennlig hilsen
Finans Norge

Carl Flock
juridisk fagdirektør

Evy Ann Hagen
advokat