

Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep
N-0030 OSLO

Deres ref:

2011/00306

Vår ref:

OB/04/2011

Arkiv:

Dato:

04.04.11

UTREDNING OM FORENKLING OG MODERNISERING AV AKSJELOVEN – HØRINGSUTTALELSE OM ENDRING AV § 1-4

1. Høringsuttalelsens hovedsynspunkt

Det vises til høringsbrev 17. januar 2011 med frist til 19. april 2011 for kommentarer.

Oljeindustriens Landsforening, OLF, har innspill som gjelder forslaget til endring av aksjeloven § 1-4 (2) annet og tredje punktum. OLF vil på det sterkeste støtte forslaget i høringsnotatet.

Dertil ønsker OLF å fremme synspunkter knyttet til den foreslåtte forskriftskompetansen i § 1-4 (2) tredje punktum. Det er ønskelig at det allerede i forarbeidene til en eventuell lovendring legges føringer på anvendelsesområdet for og utarbeidelsen av forskriften. Etter OLFs syn bør forskriften etter mønster fra Danmark utvide konsernunntaket til mor- og datterselskaper i nærmere angitte stater som omfatter viktige økonomiske samarbeidspartnere som bl.a. Canada, Japan og USA selv om disse ikke er parter i EØS-avtalen. De legislative hensyn for en forskrift som omfatter flere av Norges viktigste økonomiske samarbeidspartnere, er minst like tungtveiende og like aktuell som begrunnelsen for lovendringens § 1-4 (2) andre punktum.

2. Svakheter ved dagens regleverk

2.1 Forbudet mot lån og sikkerhetsstillelse. Formål og ulemper

Det hefter betydelige ulemper ved dagens regleverk. Vår støtte til den foreslåtte lovendringen må ses i lys av dette. Av den grunn vil vi innledningsvis redegjøre for vårt synspunkt på gjeldende rett.

Forslaget til endring av § 1-4 gjelder i realiteten § 8-7. Aksje- og allmennaksjeselskaper kan kun gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for en aksjonær eller noen av dennes nærstående innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, og bare når det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøking, se § 8-7 (1). Dette gjelder også kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for aksje- eller andelseier i annet selskap i samme konsern eller noen av dennes nærstående, se § 8-7 (2).

Formålet med forbudet er primært å beskytte selskapets kreditorer. Forbudet skal dels forebygge mot omgåelse av utdelingsreglene, jf. § 3-6, dels hindre at det ytes lån hvor aksjonærenes egeninteresse er mer fremtredende enn selskapsinteressen, og dels bidra til å beskytte selskapets likviditet. Dertil kan et slikt vern av selskapets kapitalgrunnlag bidra til å styrke minoritetsbeskyttelsen. Skrankene kan sammen med andre regler om minoritetsvern forebygge mot lån og sikkerhetsstillelse som favoriserer aksjemajoriteten på aksjonærfellesskapets bekostning.

Forbudet gjelder som nevnt kun den del av egenkapitalen som ikke kan benyttes til utdeling av utbytte. Aksjonærene kan få tilgang på disse midlene gjennom lån, sikkerhetsstillelse eller utdeling dersom det foretas en kapitalnedsettelse. *I mange tilfeller er imidlertid en kapitalnedsettelse intet alternativ.* Dette kan dels skyldes formalkrav og tidsaspektet forbundet med en slik prosess, krav i selskapets låneavtaler, eller fullt ut legitime skatterettslig avveininger. For eksempel innebærer skatterettens ulovfestede norm om "tynn kapitalisering" at datterselskaper med utenlandske morselskaper må ha en rimelig fordeling mellom egenkapital og fremmedkapital.

Ovennevnte forbud kan medføre at det akkumuleres et likviditetsoverskudd i selskaper med en betydelig positiv kontantstrøm. Det er denne overskuddslikviditeten som bør kunne gjøres tilgjengelig for resten av foretaksgruppen inntil selskapet selv har bruk for disse midlene. Et slikt likviditetsoverskudd kan i prinsippet reinvesteres i virksomheten, men til tider er videre investering i selskapet ikke optimalt. Dette kan blant annet skyldes at markedet for de aktuelle produkter er begrenset, at selskapet ikke har kapasitet eller kompetanse til å utvide virksomheten, at man ønsker å holde fokus på en vellykket kjernevirksomhet eller at midlene kan anvendes mer effektivt i andre virksomheter. Begrunnelsene kan være mange, og regelverket bør derfor legge til rette for at kapital anvendes der behovet og nytten er størst.

Dertil kommer egenverdien av internfinansiering i en foretaksgruppe når ordinære kredittkanaler svikter. Finanskrisen i 2008-2009 har med tydelighet illustrert at mulighet for kreditt og sikkerhetsstillelse fra tilknyttede virksomheter kan være avgjørende for å berge konserner, og derved også arbeidsplasser i Norge.

2.2 Unntak fra forbudet. Oversikt

Aksje- og allmennaksjeloven åpner for tre unntak fra forbudet mot lån og sikkerhetsstillelse. For det første kan det gis kreditt i forbindelse med forretningsavtaler, se § 8-7 (3) nr. 1. Dette unntaket avhjelper imidlertid ikke situasjonen i selskaper der for eksempel en vellykket industrivirksomhet genererer en stor kontantstrøm. Se til sammenligning uttalelse fra Lovavdelingen i sak nr. 2951/79 hvor et likviditetsoverskudd i et eiendomsselskap ikke kunne lånes ut til andre deltakere i foretaksgruppen.

For det annet er det gjort unntak for kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for morselskap eller annet selskap i samme konsern, se § 8-7 (3) nr. 2. Dette betegnes som "konsernunntaket". Unntaket er en erkjennelse av at likviditet i størst mulig grad, innen rammen av en forsvarlig forvaltning, bør kunne anvendes innen samme konsern. Det sikrer optimal utnyttelse av konsernets ressurser. Unntaket er derfor solid forankret i selskapsrettens formål om å legge til rette for gode rammevilkår. *Problemet er at konsernunntaket kun omfatter deler av norsk næringsliv,* se punkt 2.3 nedenfor.

Det tredje unntaket fra forbudet gjelder deltakelse i konsernkontoordning, se § 8-7 (4). Bestemmelsen er innført for å avhjelpe mangler ved det generelle konsernunntaket. Problemet er imidlertid at unntaket bare delvis fyller et slikt formål, se punkt 2.3 nedenfor. Dertil er *unntaket for konsernkontoordninger formulert slik at det hersker en betydelig usikkerhet knyttet til rekkevidden av bestemmelsen*. Dette oppfattes som svært problematisk blant mange av de virksomheter unntaket er rettet mot.

Hvis det ytes kreditt mv. i strid med § 8-7, er disposisjonen ugyldig etter § 8-11 og midler pliktes tilbakeført. De personer som på selskapets vegne har godkjent en disposisjon i strid med § 8-7, risikerer personlig ansvar for tilbakeføring av midlene etter § 8-11, og disposisjoner i strid med § 8-7 kan derfor få meget alvorlige konsekvenser.

2.3 Konsernunntaket

Unntaket i § 8-7 (3) nr. 2 gjelder kun "konserner". Selskapet er i utgangspunktet kun en del av et "konsern" i lovens forstand der hvor konsernspissen er et norsk aksje- eller allmennaksjeselskap, se § 1-3 jf. § 1-4 (1).

Dette innebærer at norske datterselskaper med utenlandsk morselskap, og som ikke har norske aksje- eller allmennaksjeselskaper lenger opp i eierrekken, som hovedregel ikke er et "konsern". I slike tilfeller gjelder forbudet i § 8-7 (1) rettet mot lån og sikkerhet til fordel for andre selskaper i foretaksgruppen (det utenlandske konsernet). Dette gjelder også lån og sikkerhet til fordel for norske søsterselskaper.

Fra denne hovedregelen er det gjort et unntak i § 1-4 (2) annet punktum jf. § 8-7 (3) nr. 2. Konsernunntaket gjelder også lån og sikkerhetsstillelse "til fordel for morselskap som hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen, og som er undergitt lovgivning som tilsvarer eller er strengere enn reglene i §§ 8-7 til 8-9, og til fordel for datterselskap av et slikt morselskap hvis datterselskapet er undergitt slik lovgivning og hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen".

Dette unntaket er i praksis problematisk av to årsaker. For det første *omfatter det ikke konserner som hører hjemme i land som er viktige samarbeidspartner for norsk industri*. Morselskaper i USA og Japan faller for eksempel utenfor på grunn av EØS-vilkåret.

For det annet er unntaket i § 1-4 (2) annet punktum problematisk fordi det er *vanskelig å avklare om regelverket i de aktuelle EØS-land fyller vilkårene*. Det foreligger eksempler på uttalelser i juridisk teori som indikerer at reglene er like strenge i Danmark, Frankrike og Sverige, i alle fall før de nye lovreformene i Sverige og Danmark. På den annen side har vi erfart at en rekke advokater i Norge ikke er villige til å gi en "clean opinion" på at regelverket selv i våre nordiske naboland fyller vilkåret i § 1-4 (2) annet punktum. Dette skyldes blant annet tvetydige budskap i så vel lovens forarbeider som i Lovavdelingens tolkningsuttalelse i sak nr. 2001/02870. I sistnevnte uttalelse gis det en del veiledende momenter, men likevel slik at uttalelsen også preges av manglende avklaring. Lovavdelingen skriver for eksempel at selskapene "selvsagt [har] muligheten til å avholde seg fra å benytte seg av rettigheter som må anses som usikre". Sett fra næringslivets side er denne type rettslig regulering svært problematisk. Styret er ansvarlig for at selskapet overholder forbudet i § 8-7, og i mange tilfeller er derfor fravær av muligheten for å få en "clean opinion" i praksis likestilt med et absolutt forbud.

Konsernunntaketets begrensninger fremstår tilsynelatende som en ulempe (kun) for utenlandske morselskap. Som del av konsern vil imidlertid *det som er til ulempe for morselskapet/konsernet, indirekte også representere en ulempe for datterselskapet*. Norske selskaper er tjent med å være del av et konsern som driver sin virksomhet mest mulig effektivt, også for den del av konsernets virksomhet som finner sted utenfor Norge. Dette betinger at konsernets kapital må kunne benyttes slik konsernet finner det formålstjenlig. For eksempel vil en mer effektiv kapitalflyt kunne bidra til å styrke et konserns kredittrating, noe som i tur kan gi lavere rentekostnader både på konsern- og (datter)selskapsnivå. Mulighet for å bidra med finansielle midler på en effektiv måte kan med andre ord være "hjelp til selvhjelp". *En slik mulighet vil styrke de norske selskapene og derigjennom bidra til å trygge norske arbeidsplasser.*

Dagens regelverk bidrar med andre ord til å *svække Norges posisjon og konkurranseevne* når utenlandske konserner skal velge lokalisering av virksomhet og tilhørende arbeidsplasser. Når et forventet likviditetsoverskudd bindes opp i det enkeltstående norske datterselskapet i vesentlig større grad enn hva som gjelder datterselskaper i Danmark og Sverige, må Norge kompensere og redusere på andre rammevilkår for å fremstå som like attraktivt for utenlandske investeringer. Dette bør være unødvendig ettersom konsernunntaket relativt enkelt kan tilpasses en modell som våre naboland følger.

2.4 Konsernkontoen

Konserner med virksomhet av noe omfang benytter ofte konsernkonto. Formålet er å få en bedre likviditetsflyt i konsernet. Konsernkontosystemet kan være organisert som intern mellomregning mellom konsernselskapene eller det kan opprettes konsernkonto hos tredjemann, typisk en bank. I sistnevnte tilfelle stiller ofte alle konsernselskapene garanti for morselskapets forpliktelse etter hovedkontoen. I utgangspunktet rammes derfor dette av forbudet i § 8-7 (1).

Der hvor konsernspissen er et norsk aksje- eller allmennaksjeselskap er det uproblematisk for datterselskapet å delta i en konsernkontoordning. Denne type sikkerhetsstilling faller inn under det generelle konsernunntaket i § 8-7 (3) nr. 2. Som nevnt i punkt 2.2 ovenfor, faller imidlertid norske datterselskaper med utenlandsk mor i praksis utenfor konsernunntaket. Konsernkontoen i § 8-7 (4) jf. § 1-4 (2) første punktum ble derfor innført for å avhjelpe svakhetene ved det generelle konsernunntaket. Konsernkontoen har slik sett kun praktisk betydning for selskaper med utenlandsk morselskap.

Det hefter en viss usikkerhet ved omfanget av konsernkontoen. I Lovavdelingens tolkningsuttalelse i sak nr. 2004/06494 fremgår det at konsernkotobegrepet både omfatter såkalte "nullsaldosystemer" (dvs. daglige avregninger av mellomværende) og andre løsninger som faller innenfor en naturlig forståelse av ordlyden i § 8-7 (4). Bestemmelsen i § 8-7 (4) annet punktum hjemler at det i forskrift kan fastsettes hva som anses som en konsernkontoordning. Slik forskrift er ikke utarbeidet fordi "det vil kunne være vanskelig å utarbeide en forskrift som gir en nærmere regulering av hva som anses som en konsernkontoordning enn hva loven allerede gir, uten at dette vil kunne ha negative virkninger på finansinstitusjonenes videre produktutvikling på området" (jf. sak nr. 2004/06494).

Dette innebærer for det første at konsernkontoen ikke omfatter det som er det egentlige problemet med at konsernunntaket ikke gjelder datterselskaper med utenlandsk mor. Konsernkontoordninger kan neppe tolkes til å omfatte ensidige og varige utlån fra datterselskapet. Man går da langt utover formålet med kortsiktig likviditetsforvaltning. Av den

grunn vil heller ikke konsernkontoinntaket, selv om grensen for dette skulle bli avklart, være egnet til å avhjelpe at konserner med norske datterselskaper og utenlandsk mor har vesentlig dårligere rammebetingelser enn konserner med f.eks. svenske og danske datterselskaper med utenlandsk mor.

For det annet er også utformingen av dagens regelverk i § 8-7 (4) første punktum i seg selv problematisk. Vi har allerede nevnt usikkerheten knyttet til selve konsernkotobegrepet. Dertil kommer at "midlene på kontiene bare kan brukes i konsernets virksomhet". Sistnevnte formulering skaper usikkerhet knyttet til om hva som regnes som "virksomhet", samt om midler i konsernkontosystemet alene må anvendes innen rammen av deltakerne i systemet, eller om det også omfatter andre selskaper i samme konsern (men ikke ut av konsernet). Tatt på ordet innebærer dessuten denne formuleringen at det legges begrensninger på alle midler i konsernkontosystemet, dvs. også de som tilhører utenlandske konsernselskaper. En slik forståelse vil kunne medføre at det norske datterselskapet holdes utenfor konsernkontosystemet, og at konsernkontoinntaket slik sett ikke fungerer etter sitt formål. Alternativt kan man legge til grunn en innskrenkende tolkning som bygger på at restriksjonene kun gjelder det norske datterselskapets midler i konsernkontosystemet. Heller ikke dette er en god løsning. Dette skyldes dels den rettslige usikkerhet som gjelder og dels at selv med en slik tolkning vil ledelsen i det norske i datterselskapet ha en betydelig utfordring med å kunne dokumentere at det norske selskapets midler benyttes i samsvar med konsernkontoordningens formål.

Poenget er således at konsernkontoinntaket er for snevert i forhold til næringslivets behov. Tatt på ordet er reglene dessuten uegnede. Dertil hefter det slik usikkerhet knyttet til hva som er gjeldende rett og til hva som er påkrevet dokumentasjon at regelverket uansett ikke fyller selv den tiltenkte funksjon.

3. Forslag til lovendring

I våre nordiske naboland har man, til tross for et strengere utgangspunkt enn i Norge, valgt en mer fleksibel modell for lån og sikkerhetsstillelse i flernasjonale konserner. I Danmark og Sverige likestilles nasjonale konserner i langt større grad med konserner hvor morselskapet hører hjemme i andre land som det er naturlig å sammenligne seg med.

Det forslaget som nå er på høring fanger opp det beste i både den svenske og danske modellen.

Forslaget til endring av § 1-4 (2) andre og tredje punktum vil videreføre de hensyn dagens lovgivning beskytter, og vil verken svekke kreditorvernet eller minoritetsbeskyttelsen i avgjørende grad når dette ses i sammenheng med øvrige skranker i aksje- og allmennaksjeloven. Dertil kommer at en rekke lovendringer som foreslås i høringsnotatet, bidrar til å styrke fokus på kravet til forsvarlig egenkapital. Med økt fokus på mer smidig kapitalstruktur, er det ut fra systemorienterte hensyn naturlig at man også ser på konsernunntakets omfang.

Forslaget i høringsnotatet vil bidra til likebehandling av alle norske selskaper som inngår i et konsern. Etter vårt syn vil endringen være et betydelig bidrag til mer konkurransedyktige rammebetingelser for norske bedrifter med utenlandsk morselskap. Dette vil igjen føre til at eksisterende arbeidsplasser sikres. Videre kan forslaget bidra til at det blir like attraktivt å

etablere ny virksomhet i Norge som i våre naboland. Dertil vil dagens rettsusikkerhet for eksisterende virksomheter avklares.

OLF vil derfor på det sterkeste støtte forslaget til endring av § 1-4 (2) andre punktum som utvider konsernunntaket til mor- og datterselskaper i EØS-stater.

Videre vil OLF med samme styrke støtte forslaget om en forskriftshjemmel som åpner for å utvide konsernunntaket til mor- og datterselskaper i nærmere angitte stater som ikke er parter i EØS-avtalen, jf. forslaget til ny § 1-4 (2) tredje punktum. I et realøkonomisk perspektiv er det kunstig å skille mellom EØS-stater og andre stater med tett økonomisk samarbeid med Norge og hvis selskapslovgivning ivaretar grunnleggende krav til kreditorvern. En slik forskriftskompetanse vil være av meget stor betydning for norsk petroleumsindustri hvor konsernspissen i en rekke sentrale aktører er selskaper i blant annet Canada, Japan og USA.

4. Nærmere om forskriftskompetansen

Det er ønskelig at det i forarbeidene til en eventuell lovendring legges føringer for bruk av forskriftskompetansen i § 1-4 (2) tredje punktum. Dette er allerede indikert i høringsnotatet s. 104 hvor det refereres til forutsetningene fra det danske lovutvalgets side hva gjelder en delvis likeartet forskriftsbestemmelse. Det danske lovutvalget presiserte at en forskriftshjemmel, foruten om EØS-stater, burde omfatte stater i OECDs landrisikoklassifikasjoner i de to beste kategorier. Dette er viderført i den danske forskriften til Selskabsloven § 211 (2) som lyder:

"Nr. 275 af 25. marts 2010

...

Moderselskaber, der kan modtage lån m.v.

§ 1. Et kapitalselskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yte lån eller stille sikkerhed for et moderselskab, der er et aktieselskab, partnerselskab, anpartsselskab eller selskab med en tilsvarende retsform, hvis moderselskabet

- 1) har hjemsted i et andet EU-land, et EØS-land eller Schweiz eller
- 2) har hjemsted i Australien, Canada, Hongkong, Japan, Sydkorea, New Zealand, Singapore, Taiwan eller USA.

Ikrafttræden

§ 2. Bekendtgørelsen træder i kraft den 31. marts 2010."

Den danske forskriften er av interesse med tanke på hvilke land som bør inngå i det norske konsernunntaket. Som tidligere nevnt tilsier konkurransehensyn at vi minst er på linje med våre nordiske naboland. Dertil viser sitatet ovenfor at den danske forskriften forelå straks etter lovendringens ikrafttredelse.

Forarbeidene til den danske loven presiserer for øvrig at lån til konsernselskap må være forsvarlig hva angår kredittisiko, avkastning og øvrige vilkår. Lånet er dessuten forutsatt vurdert av revisor i forbindelse med årlig revisjon. Videre fremheves muligheten for erstatnings- eventuelt straffeansvar for ledelsen i det långivende selskap. Mekanismene som den danske lovgiver vektlegger for å unngå omgøelser og misbruk, er med andre ord ikke ulik de begrensninger som allerede finnes i det norske regelverk, jf. bl.a. aksjeloven §§ 3-6, 3-8, 3-9 og 8-11.

5. Allmennaksjeloven

I høringsnotatet foreslås det at endringene av aksjelovens kapitalregler også bør gjelde allmennaksjeselskaper. OLF støtter dette. De hensyn som er drøftet ovenfor, gjør seg gjeldende med samme styrke for begge selskapsformer. Dertil bør kapitalvernreglene i aksje- og allmennaksjeselskaper som hovedregel være parallelle.

En endring av allmennaksjeloven § 1-4 (2) andre og tredje punktum vil ikke komme i konflikt med Andre selskapsrettsdirektiv. Tvert om er det norske regelverket her avvikende fra hva som gjelder i andre EØS-stater. Som nevnt er dette nettopp en av utfordringene ved dagens bestemmelser i aksje- og allmennaksjeloven § 8-7 (3) nr. 2 jf. § 1-4 (2).

6. Oppsummering

OLF støtter forslaget til endring av aksjeloven § 1-4 (2). Det bør foretas en tilsvarende endring i allmennaksjeloven.

Videre vil OLF oppfordre om at Justis- og politidepartementet snarest mulig utarbeider slik forskrift som hjemles i forslaget til § 1-4 (2) tredje punktum. Etter mønster fra dansk rett bør forskriften omfatte land som inngår i OECDs landrisikoklassifikasjoner for de to beste kategorier. En slik forskrift vil være av stor betydning for norske bedrifter hvor konsernspissen er selskaper i blant annet Canada, Japan og USA.

OLF mener forslaget i høringsnotatet og en tilhørende forskrift etter ovennevnte rammer, vil bedre rammebetingelsene for norske bedrifter med utenlandsk morselskap. Dette gjelder både små, mellomstore og store bedrifter. Dette vil igjen føre til:

- at slike bedrifter blir tryggere og eksisterende arbeidsplasser sikres,
- at det blir like attraktivt å etablere ny virksomhet i Norge som i våre naboland, og
- at en vesentlig rettsusikkerhet for eksisterende virksomheter avklares.

Med vennlig hilsen
OLF Oljeindustriens Landsforening



Gro Brækken
Adm. Dir.