

Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep
N-0030

lovavdelingen@jd.dep.no

Olav Kyrresgt. 11
PO Box 1233 Sentrum
NO-5811 Bergen
tel.: +47 55 21 52 00
fax: +47 55 21 52 01
bergen@wr.no
www.wr.no

Foretaksregisteret
NO 947 360 779 MVA

Vår ref.: 500027 ftr

Ansvarlig partner: Filip Tryuen

Bergen, 19. april 2011

HØRING - FORENKLING OG MODERNISERING AV AKSJELOVEN

1. Overordnede synspunkter på reformen

Det vises til høringsbrev datert 17. januar 2011. Frist for kommentarer er satt til 19. april 2011.

Som et av Norges største advokatfirmaer arbeider Wikborg, Rein & Co (Wikborg Rein) sammen med våre klienter daglig med de utfordringer og muligheter som ligger i dagens aksjeselskapslovgivning. I den anledning har vi observert at det særlig er to områder hvor det er stort behov for reformer.

Det første området gjelder en forenkling og modernisering av aksjeselskapslovgivningens regler om kapitalvern. Det andre området gjelder norske selskapers forhold der hvor disse inngår i en flernasjonal foretaksgruppe.

Wikborg Rein konstaterer med glede at forslaget som er sendt på høring på vesentlige punkter fanger opp ovennevnte utfordringer. Vi vil derfor innledningsvis gi vår klare støtte til initiativet og hovedprinsippene i forslaget. Reformen vil bidra til en vesentlig kostnadsbesparelse for norske bedrifter. Dertil kan en mer fleksibel kapitalstruktur bidra til etablering av ny virksomhet og nye arbeidsplasser, dels i form av omdisponering av kapital i norske selskaper og dels i form av konkurransemessige rammebetingelser som tiltrekker seg utenlandske foretak.

Utredningen som er sendt på høring gjelder reform av aksjeloven. I høringsbrevet er det reist spørsmål om tilsvarende endringer bør foretas i aksjeloven så langt disse passer. Wikborg Rein støtter en slik reform også for allmennaksjeloven. Dette gjelder særlig i forhold til reglene om kapitalvern.

Med bakgrunn i disse generelle betraktninger, vil vi kort kommentere enkelte spørsmål som er av særlig betydning.

L 2331914 V1 19 04 11 500027

2. Forslag til endring av § 1-4

Aksjeloven § 8-7 stiller opp skranker for adgangen til å yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for selskapets aksjonærer og tilknyttede interesser. Fra disse restriksjonene er det blant annet gjort et unntak for selskaper innen "samme konsern", se § 8-7 tredje ledd nr. 2. Dette unntaket, det såkalte "konsernunntaket" bygger på en solid legislativ begrunnelse om at selskaper innen samme konsern har en sammenfallende økonomisk interesse. Dertil kommer at konsernstrukturer er en effektiv måte å drive næringsvirksomhet på. Videre er de fleste foretak utover de helt marginale bedrifter organisert i konserner. Likevel er aksjeselskapslovgivningens regulering av konsernretten mangelfull. Det er generelt sett en dårlig sammenheng mellom lovens systematikk og slik næringsvirksomhet rent faktisk er organisert. Aksjeselskapslovgivningens regulering av konserner er kasuistisk.

Konsernunntaket i § 8-7 tredje ledd nr. 3 er et godt fundamentert og allment akseptert unntak fra hovedregelen i § 8-7 første ledd. Dertil er dette et eksempel på at lovgivningen ved kasuistikk har forsøkt å avhjelpe den mangelfulle generelle reguleringen av konsernretten. Svakheten ved dagens lovgivning i § 8-7 er således ikke selve konsernunntaket, men begrensningen i dette unntakets virkeområde.

Svakheten gjelder forholdet i konserner med andre morselskaper enn norske aksje- og allmennaksjeselskaper. En foretaksgruppe med sammenhengende eierskap på mer enn 50 % (bestemmende innflytelse) fanges opp av skrankene for kreditt og sikkerhetsstillelse i § 8-7 første jf. andre ledd. Konsernunntaket kunne i prinsippet avhjelpe dette, men på grunn av lovtekniske forhold gjelder unntaket i realiteten kun konserner hvor konsernspissen er et norsk aksje- eller allmennaksjeselskap. Dette følger av den noe kryptiske reguleringen i § 8-7 tredje ledd nr. 2, jf. § 1-4, jf. § 1-3 fjerde ledd.

Svakheten i denne hjemmelskjeden ligger i § 1-4 andre ledd andre punktum og formuleringen "tilsvarende eller strengere regler enn §§ 8-7 til 8-9". Konsekvensen av denne formuleringen, sammenholdt med de retningslinjer som trekkes opp i Lovavdelingens uttalelse nr. 2001/02870, har medført at de fleste aktører ikke tør ta sjansen på å yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for andre konsernselskaper enn der hvor konsernspissen er et norsk aksje- eller allmennaksjeselskap. Konsekvensene av et brudd på § 8-7 er store ved at et lån eller en sikkerhet er ugyldig, jf. § 8-11.

Dette er en svært uheldig situasjon for norsk næringsliv. Norge er en integrert del av den globale økonomien. Norske foretak har datterselskaper i utlandet og utenlandske foretak har selskaper i Norge. I mange tilfeller er det ønskelig at slik etablering foretas i form av et norsk aksje- eller allmennaksjeselskap. Svakheteene ved dagens regelverk medfører imidlertid at norske selskaper med utenlandsk mor ikke kan ta del i den konsernfinansiering som er naturlig i enhver foretaksgruppe av noe størrelse. Dette gjør det mindre attraktivt å etablere virksomhet i Norge, ikke minst sett hen til at regelverket er vesentlig mer fleksibelt i våre nordiske naboland.

Lovgiver har på et tidligere tidspunkt forsøkt å avhjelpe enkelte av disse ulempene ved innføring av et særlig unntak for konsernkontoavtaler, se § 8-7 fjerde ledd. Intensjonen var god, men problemet med slik kasuistisk regulering er at vilkårene for unntaket i praksis er meget vanskelige å avklare. Kjerneområdet for en konsernkonto er riktignok klart, men i praksis benyttes en rekke arrangementer som skaper problematiske avgrensninger. Dette skaper store utfordringer for blant annet finansnæringen som daglig må forholde seg til regelverket for konsernkontoavtaler.

Forslaget i høringsbrevet til § 1-4 andre ledd nytt andre og tredje punktum avhjelper på en mønstergyldig måte mange av de utfordringer som er skissert ovenfor. Ved å foreslå en løsning som kombinerer det beste ved både den svenske og danske lovreformen, åpnes det for håndterbare regler i forhold til selskaper med forankring i alle land som er våre viktigste økonomiske samarbeidspartnere. Dette vil gjøre det mer attraktivt å etablere ny virksomhet og nye arbeidsplasser i Norge. Samtidig vil finansnæringen oppnå betydelige besparelser hva gjelder kredittrisiko og merarbeid.

Hensynet til kreditorer og arbeidstakere i norske selskaper med utenlandsk morselskap er dels ivare tatt ved den kvalitetskontroll som hjemles i forskriften og dels i øvrige regler om kapitalvern, herunder aksje- og allmennaksjeloven §§ 3-4, 3-6, 3-9 og kapittel 8.

Wikborg Rein vil derfor klart støtte forslaget til § 1-4 andre ledd nytt andre og tredje punktum både hva gjelder aksje- og allmennaksjeselskaper. Dertil vil vi anbefale at *forskriftshjemmelen* umiddelbart benyttes slik at morselskaper i sentrale økonomiske samarbeidspartnere som f. eks. USA og Japan også inkluderes. På dette punkt kan den danske selskapslovreformen tjene som eksempel. Danske myndigheter har hatt et proaktivt forhold til både utarbeidelse og iverksettelse av aksjelovreformen. Dette har resultert i at forskriften til den danske selskapsloven § 211 andre ledd trådte i kraft kun én måned etter lovbestemmelsens ikrafttredelse.

3. Forslag til endring av § 3-4

Kravet til forsvarlig egenkapital i § 3-4 og den tilhørende handleplikten i § 3-5 gjør strengt tatt at det ikke er behov for regler om en aksjekapital på mer enn NOK 1 og utbytteregler med utgangspunkt i bokført egenkapital, sml. §§ 3-1 og 8-1. Vi innser imidlertid at det er politisk umulig å avskaffe reglene i §§ 3-1 og 8-1.

Dette innebærer at man ved en reform i første omgang bør søke å effektivisere kravet til forsvarlig egenkapital. Forslaget til nytt andre punktum i § 3-4 er her et skritt i riktig retning. Riktignok oppfatter vi ikke dette som et endringsforslag, men snarere en kodifisering. Etter vår mening gjelder også dagens krav til forsvarlig egenkapital en samlet vurdering av selskapets *kapitalgrunnlag*. Den foreslåtte tilføyelsen vil derfor primært ha en pedagogisk funksjon.

Vi støtter enhver endring som ved pedagogiske virkemidler bidrar til å gi § 3-4 en relevant plass i regelverket. Det samme gjelder presiseringer som styrker forsvarlighetskravets funksjon, og herunder bidrar til at styrene inntar en proaktiv holdning til selskapets samlede økonomiske situasjon.

4. Behov for presisering av § 3-8

I punkt 5.5.14 i utredningen som er på høring slås det kort fast at det ikke er behov for endringer av § 3-8. Det vises her blant annet til at unntaksregelen i § 3-8 første ledd nr. 4 har fått en hensiktsmessig utforming.

Wikborg Rein er ikke enig i dette. Tvert om vil vi på det sterkeste anbefale at departementet foreslår å justere bestemmelsens ordlyd. Vi mottar daglig spørsmål om disposisjoner faller inn under § 3-8. Vår erfaring er at særlig unntaket i § 3-8 første ledd nr. 4 oppfattes som problematisk.

En aktuell situasjon er der hvor et selskap stiller sikkerhet til fordel for et annet selskap i samme konsern. Dette er ikke nødvendigvis en del av "selskapets vanlige virksomhet". Dagens regelverk skaper derfor unødige usikkerhet selv om det strengt tatt er kreditor (ofte en finansinstitusjon), ikke det andre konsernselskapet, som er mottaker av sikkerhetsstillelsen. Det foreligger forutsetningsvis også en avtale mellom debitor og den som stiller sikkerhet. For et konsern kan det således være problematisk å etablere en kreditt dersom man ikke får et advokatfirma som kan avgi en "clean opinion" om sikkerhetens gyldighet til den aktuelle finansinstitusjon. I praksis velger man derfor ofte å heller følge en § 3-8 prosedyre. Også i en slik situasjon oppstår det imidlertid problemer. Her vil en revisor som skal avgi erklæring etter § 3-8 andre ledd, møte på utfordringer når det skal erklæres at det er rimelig samsvar mellom ytelsenes verdi.

Poenget er derfor at det utarbeides en rekke unødige redegjørelser med tilhørende generalforsamlinger kun for å være på den sikre siden i forhold til § 3-8. Dertil kommer at kravet til redegjørelsens innhold forsinker fremdriften i mange transaksjoner. Samlet sett utgjør denne prosedyren en betydelig transaksjonskostnad for næringslivet. Vi vil derfor oppfordre departementet til å presisere vilkårene i § 3-8 første ledd nr. 4.

5. Forslag til ny § 8-1 a

Wikborg Rein støtter forslaget til ny § 8-1a og den tilhørende justeringen av § 8-7 første ledd. Muligheten for å benytte en mellombalanse som grunnlag for ekstraordinært utbytte svekker verken kreditorvernet, minoritetsvernet eller hensynet til selskapets ansatte. Tvert om vil dette på en forsvarlig måte frigjøre kapital som i gitte situasjoner forblir innelåst i et selskap, til tross for at kapitalen er planlagt disponert til oppstart av annen virksomhet. Dagens regelverk har lite å si for om kapitalen til slutt blir tatt ut av eierne, men gir kun en ubegrunnet forsinkelse som kan utgjøre mer enn ett år før kapitalen kan omdisponeres.

Forslaget til ny § 8-1 a bør også gjelde for allmennaksjeloven.

Med vennlig hilsen
WIKBORG, REIN & CO.


Filip Truyen