

Nærings- og handelsdepartementet
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Att: Elisabeth Berger

Oslo, 3. september 2007

Vår ref.:

Deres ref.:

Ansvarlig partner:
Hanne Skaarberg Holen

**Advokatfirmaet
PricewaterhouseCoopers AS**
Karenslyst allé 12
NO-0245 Oslo
Telefon: 02316 (+47 95260000)
Telefaks: (+47) 23 16 03 00
Org. nr.: 988 371 084
advokatfirmaet.pwc@no.pwc.com

Medlemmer av DNA

Oslo Bergen Kristiansand Stavanger Førde

HØRING - FORSLAG TIL NY FORSKRIFT ETTER AKSJELOVEN OM EIENDOMSSLESKAPERS ADGANG TIL Å STILLE SIKKERHET OG ENDRINGER I FORSKRIFT 18. DESEMBER 1998 NR. 1333

1 Innledning

Vi viser til Nærings- og handelsdepartementets brev av 11. november 2007 vedrørende den foreslåtte forskriften med hjemmel i lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven - asl) § 8-10 annet ledd. Forskriften skal gjøre det unødvendig for kjøpere av såkalte "rene" eiendomsselskaper ("single purpose"-selskaper) å søke departementet om dispensasjon fra asl § 8-10.

Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS, heretter PwC, har ingen kommentarer til endringene av forskrift av 18. desember 1998 nr. 1333 og vil i det følgende kun behandle forslaget til ny forskrift.

PwC støtter departements initiativ og ønske om forenkling, noe som på sikt kan føre til betydelige besparelser i tid og ressurser for aktørene i eiendomsmarkedet, i tråd med de mål som ligger til grunn for regjeringens prosjekt Kartlegging og forenkling 2006-2009.

De vilkår som stilles for å kunne bli omfattet av unntaket fra asl § 8-10 om finansielle assistanse som den foreslåtte forskriften åpner for, er i hovedsak godt begrunnet. Asl § 8-10 er bl.a. ment å hindre spekulative oppkjøp og andre oppkjøp der interessene til selskapet og andre med interesse i selskapet vil kunne bli skadelidende. Disse hensynene gjør seg oftest ikke like sterkt gjeldende for "rene" eiendomsselskaper.

PwC deler departementets grunntanke om at vilkårene som vil følge av forskriften i stor grad må sikre at de som omfattes av forskriften er slike "rene" eiendomsselskaper. Vilråene i den foreslåtte forskriften sikrer i hovedsak dette. Enkelte vilkår innsnevrer imidlertid anvendelsesområdet ytterligere, slik at forskriften kan få et for smalt anvendelsesområde. Dette, samt praktiske spørsmål knyttet til garantistillelsen, vil vi adressere i vår høringsuttalelse nedenfor.

I kapittel 2 nedenfor vil det bli gitt en oppsummering av PwCs forslag til endringer av forskriften. I kapittel 3-7 vil forslagene som fremmes i kapittel 2 bli begrunnet nærmere.

2 PwCs forslag

PwC forslår:

- at forskriftens § 1 annet ledd endres fra "Kreditor for pantekravet må være en finansinstitusjon etter lov av 10. juni 1988 nr 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner § 1-3."

til: "Kreditor for pantekravet må være en finansinstitusjon etter lov av 10. juni 1988 nr 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner § 1-3 eller noen som selskapet har konsernkontoavtale med."
 - at forskriftens § 2 nr 4) første punktum endres fra: "Selskapet må ikke ha eller få ansatte.",

til: "Selskapet må ikke ha ansatte."
 - at forskriftens § 3 annet ledd endres fra "Kjøper må etter ervervet være et selskap som omfattes av aksjeloven § 8-7 (3) nr 2."

Til ""Kjøper må etter ervervet være et selskap som omfattes av aksjeloven § 8-7 (3) nr 3 eller annet selskap.
- at forskriftens § 4 tilføres et annet punktum som klargjør hvorvidt aksjelovens §§ 3-8 og 3-9 får anvendelse for selve sikkerhetsstillelsen.

3 Ad forskriften § 1

PwC er enig med departementet i at det bør stilles krav til investeringsobjektet slik det foreslås for bestemmelsens første ledd og at unntaket begrenses til pantsettelse i fast eiendom jf. bestemmelsens tredje ledd.

Ved andre former for finansiell bistand vil lett hensynene bak asl § 8-10 kunne komme til anvendelse. Departementet bør derfor fortsatt ha kontrollen over slike tilfeller gjennom den dispensasjonsadgangen som departementet nå har. PwC tolker forslaget dit hen at dispensasjonsadgangen og dispensasjonspraksis ikke vil bli innsnevret som følge av den nye forskriften.

Vi ser ikke behovet for den begrensning som vurderes innført i bestemmelsens annet ledd, som forutsetter at kreditten ytes fra en finansinstitusjon. Fokuset flyttes med bestemmelsens annet ledd vekk fra kjøper og selger og deres interesser og mot långiver.

Bestemmelsens annet ledd vil favorisere løsninger med finansinstitusjoner i forhold til bruk av konsernbanker. I asl § 8-7 (3) nr. 2 finner en bestemmelser som åpner for bruk av konsernkonto, og ved innføringen av denne bestemmelsen ble det uttrykkelig lagt til grunn at konserninterne banktjenester skal omfattes på samme måte som bruk av finansinstitusjoner. Av hensyn til sammenhengen i regelverket vil vi foreslå at forskriften her på samme måte likestiller løsninger med konserninterne banker når disse tilbyr konsernkontoavtaler.

4 Ad forskriften § 2

PwC er i hovedsak enig med departement når det gjelder de krav som stilles i § 2. Disse kravene er med på å avgrense virkeområdet til "single purpose"-eiendomselskaper. Forslaget legger i hovedsak opp til enkle og praktiserbare regler i forhold til § 2.

Departementet etterlyser i høringsnotatet innspill vedrørende tidspunktet for vurderingen. PwC mener at samtlige krav bør være oppfylt på tidspunktet for sikkerhetsstillelsen og at det da er uheldig at ett av kravene også retter seg mot fremtidige forhold. Det siktes til kravet om at selskapet ikke må "få" ansatte. Formålet med regelen bør tilsi at det er tilstrekkelig at ikke selskapet "har" ansatte. Vilåret om "får" bør etter vår mening strykes.

Dette kan begrunnes i flere forhold. Rent prinsipielt bør reglene være retts tekniske enkle og praktiserbare, noe som er hovedmotivet bak forskriften. Det er videre uheldig å la gyldigheten av en sikkerhetsstillelse bero på fremtidige forhold. Konsekvensen av at vilkåret brytes vil antakelig være at det foreligger en ulovlig sikkerhetsstillelse etter asl § 8-10. En bank vil antakelig i et slikt tilfelle kunne nekte å etterkomme et krav om omgjøring av panteretten. Det vil også kunne oppstå spørsmål om styrets ansvar i en slik situasjon.

I tillegg kan hensynet til konsistens i regelverket trekkes frem. I forhold til asl § 8-7 er det nettopp forholdene på transaksjonstidspunktet som er avgjørende og ikke etterfølgende forhold. Hensynene som ligger bak avgrensningen av asl § 8-7 gjør seg i like stor grad gjeldende for den foreslåtte forskriften. Fra kommentarutgaven¹ til aksjeloven side 618 flg. hitsettes det:

"Både for kreditt og sikkerhetsstillelse gjelder at det er forholdene på transaksjonstidspunktet som er avgjørende for transaksjonens lovlighet, jf uttrykkene "gi" kreditt og "stille" sikkerhet. En kreditt eller sikkerhetsstillelse som var lovlig da den ble gitt eller stillet, forblir således lovlig selv om forholdene senere endrer seg. Og omvendt vil en etterfølgende utvikling ikke reparere en ulovlighet som forelå på transaksjonstidspunktet."

Et annet problem som kan oppstå er innlåsnings effekter som følge av et krav om at målselskapet ikke kan få ansatte. Valget av om eiendommer skal utskilles i egne eiendomsselskaper eller om eiendommene skal ligge i samme selskap som annen virksomhet vil være begrunnet i økonomiske forhold. Det kan også tenkes tilfeller der en ønsker å samle flere eiendommer som ligger i forskjellige eiendomsselskaper i ett selskap. I begge tilfeller skissert over vil det lett kunne tenkes tilfeller der et av selskapene har ansatte i tillegg til daglig leder. Den skisserte regel vil kunne motvirke forretningsmessig begrunnede fusjoner og dermed indirekte motvirke de hensynene som ligger bak reglene om skattefri fusjon.

På bakgrunn av det ovenstående mener PwC at "få"-kravet bør sløyfes fra bestemmelsen.

5 Ad forskriften § 3

PwC deler departements syn om at kjøper bør eie alle aksjene indirekte eller direkte. Dette vil medføre at ikke minoritetsaksjonærer i målselskap vil bli lidende når sikkerhetsstillelsen blir gitt til fordel for en majoritetsaksjonær, enten direkte eller indirekte. Dispensasjonsadgangen vil være en mer hensiktsmessig reguleringsmåte for de tilfeller målselskapet har minoritetsaksjonærer.

¹ Magnus Aarbakke m. fl. Aksjeloven og allmennaksjeloven 2. utgave (2004)

5.1 Krav til selskapet som er kjøper

Bestemmelsens annet ledd har som målsetning å avgrense forskriftens virkeområde mot fysiske personer og andre selskapsdannelser som ikke omfattes av asl § 8-7 (3) nr. 2. En slik regel vil styre valg av selskapsform mot aksjeselskapsformen. Etter vårt syn bør slike regler være nøytrale i den forstand at det er de økonomiske forhold og forretningsmessige beslutninger som styrer valg av selskapsform. Det er gode grunner, slik PwC ser det, til at også ansvarlige selskaper, kommandittselskaper og samvirkeforetak mv. kan være omfattet av den foreslåtte forskriften.

Også for disse bør det være krav om tilsvarende konserntilknytning som etter asl § 8-7 (3) nr 2.

5.2 Behov for klargjøring av hvilke selskaper i andre EØS-land omfattes av unntaket

Aksjeloven § 8-7 (3) nr. 2 viser til asl §§ 1-3 og 1-4. Særlig kan § 1-4 (2) fremstå som uhåndterbar for andre enn jurister med spesialkompetanse innen selskapsrett, da den sidestiller med norske morselskaper "morselskap som hører hjemme i en stat som er parti EØS-avtalen, og som er undergitt lovgivning som tilsvarende eller er strengere enn reglene i §§ 8-7 til 8-9,..."

Temaet er i utgangspunktet vanskelig, ettersom sammenligningen av de ulike lovverk er krevende. Etter lovendringer i Sverige og Danmark de senere år, er det få, om noen, EØS-land som har lovgivning som har de samme begrensningene som asl §§ 8-7 til 8-9. For så vidt gjelder forskriften til asl § 8-10 blir dette ytterligere komplekst ved at sikkerhetsstillelse etter § 8-10 kan være lovlig eller ulovlig avhengig av vedkommende stats bestemmelser om lån som ikke knyttes til en oppkjøps situasjon.

I praksis har vi vanskelig for å se at selskaper i andre EØS-land kan basere seg på forskriften. Derfor vil vi signalisere at det er et behov for avklaring av spørsmålet om hvilke EØS-lands lovgivning som anses tilsvarende strenge som asl §§ 8-7 til 8-9. Ved denne avklaringen bør man også ha Norges forpliktelser etter EØS-avtale for øye.

6 **Ad forskriftens § 4**

Etter forskriftens § 4 er det stillet krav om at både ervervet og sikkerhetsstillelsen må være forretningsmessig begrunnet på ordinære forretningsmessige vilkår til markedsverdi.

Begrunnelsen i høringsnotatet knytter vurderingstemaet særlig opp mot to transaksjoner:

- kjøperens erverv av eiendomsselskapet, og
- låneavtalen mellom kjøperen og långiver.

I forhold til asl §§ 3-8 og 3-9 er det ytterligere en transaksjon som må vurderes: eiendomsselskapets garantistillelse overfor långiver. Sett fra eiendomsselskapets ståsted vil det kunne være vanskelig å se en forretningsmessig begrunnelse for å stille fast eiendom som sikkerhet for en erverver. Slik sikkerhetsstillelse vil regelmessig ligge utenfor eiendomsselskapets vedtektsfestede formål.

Høringsnotatet adresserer ikke konkret spørsmålet om hvorvidt det skal kreves at garantistillelsen gjøres på forretningsmessige betingelser sett fra eiendomsselskapets ståsted, d.v.s. om det kreves at eiendomsselskapet mottar garantiprovisjon. Dersom det skal være et krav om garantiprovisjon, må eiendomsselskapets styre ta stilling til hvor høy garantiprovisjonen skal være.


Dersom verdien av garantien overstiger 10 % av eiendomsselskapets aksjekapital – hvilket den lett kan gjøre – vil det også bli krav om at garantistillelsen må følge prosedyrene etter asl § 3-8. I så fall må det utarbeides en redegjørelse tilsvarende den som gjelder for tingsinnskudd, og både styret og revisor må avgi erklæring om at det er rimelig samsvar mellom selskapets ytelse og det vederlag som mottas. Redegjørelsen skal meldes Foretaksregisteret, og garantien kan ikke avgis før den er behandlet i eiendomsselskapets generalforsamling.

Dette innebærer at det fremdeles vil være en relativt tung prosess å få på plass en garantistillelse fra eiendomsselskapet.

Intensjonen i forskriften synes å være at man tilnærmer seg eiendomsselskaper og dets morselskap som én enhet. Forslaget bygger på en realitetstankegang, hvor det som egentlig overføres er fast eiendom. Hensikten er å likestille overføringen av fast eiendom og fast eiendom som blir eid gjennom et eiendomsselskap. Det vanlige hvor fast eiendom overføres separat, er nettopp det at kjøpesummen blir pantesikret i eiendommen, og at dette gjøres som en relativt enkel prosess.

Vi anser det derfor som viktig å få en avklaring om hvorvidt asl §§ 3-8 og 3-9 skal gjelde også for det rettslige forholdet mellom eiendomsselskapet og dets morselskap i tilknytning til garantistillelsen.

Med vennlig hilsen
for Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS


Hanne Skaarberg Holen
advokat (H)


Daniel M. H. Herde
advokatfullmektig