

Når foreligger det en skjult utdeling etter sammenslutningsrettslige regler?

Kandidatnummer: 65

Antall ord: 14945



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet	4
1.2.1 Aksjeretten som utgangspunkt	4
1.2.2 Øvrige sammenslutninger	5
1.3 Avgrensninger	6
1.4 Metode	6
1.5 Fremstillingen videre	7
2 Begrepsavklaring	8
2.1 Sammenslutningsrettslige regler	8
2.2 Utdeling	8
2.3 Skjult utdeling	10
2.4. Oppsummering	11
3 Utdelingsbegrepets formål	12
3.1 Innledning	12
3.2 Aksjeselskap og allmennaksjeselskap	12
3.3 Ansvarlige selskaper og kommandittselskaper	13
3.4 Samvirkeforetak	14
3.5 Stiftelser	15
3.6 Foreninger	15
3.7 Private utdanningsinstitusjoner og barnehager	16
3.8 Oppsummering og veien videre	16
4 Utdelingsbegrepets økonomiske vilkår	18
4.1 Innledning	18
4.2 Verdibegrepet	18
4.3 Verdioverføring	19
4.3.1 Innledning	19
4.3.2 Verdioverføringsvilkåret i de ulike sammenslutningsformer	19
4.3.3 Oppsummering	20
4.4 Identifisering partenes ytelser	21
4.4.1 Innledning	21
4.4.2 Den annen parts ytelsesplikt	21
4.4.3 Verdien av den annen parts ytelse for sammenslutningen	21
4.4.4 Tilknytning mellom ytelse og motytelse	22
4.5 Skillet mellom ensidige disposisjoner og forretningsdisposisjoner	22
4.5.1 Innledning	22
4.5.2 Hvem er rett debitor?	23
4.5.3 Oppsummering	24
4.6 Verdsetting	24

4.6.1 Innledning	24
4.6.2 Virkelig verdi	24
4.6.3 Nærmere om markedsverdi	25
4.6.4 Virkelig verdi i praksis	26
4.6.5 Tidspunktet for verdsettelsen	26
4.6.6 Absolutt krav om likevekt?	27
4.6.7 Oppsummering	27
5 Utdelingsbegrepets personelle rekkevidde	28
5.1 Innledning	28
5.2 Aksjeselskap og allmennaksjeselskap	28
5.2.1 Aksjeeieren til gode	28
5.2.2 Fra selskapet	30
5.3 Ansvarlige selskaper og kommandittselskap	31
5.4 Samvirkeforetak	31
5.4.1 Medlemmet til gode	31
5.4.2 Fra samvirkeforetaket	31
5.5 Stiftelsesloven	32
5.6 Foreninger	33
5.7 Private utdanningsinstitusjoner og barnehager	33
6 Vilkåret om årsakssammenheng	36
6.1 Aksjeselskap og allmennaksjeselskap	36
6.1.1 Innledning	36
6.1.2 Formålet bak verdioverføringen	36
6.1.3 Typetilfeller der årsakssammenheng ikke foreligger	37
6.1.2 Typetilfeller der årsakssammenheng foreligger	39
6.2 Ansvarlige selskaper og kommandittselskaper	40
6.3 Samvirkeforetak	40
6.4 Stiftelser	42
6.5 Foreninger	42
6.6 Private utdanningsinstitusjoner og barnehager	42
7 Avslutning	44
8 Kilderegister	45
Lover	45
Forarbeider	45
Rettspraksis	47
Litteratur	47
Nettadresser	50
Personlig meddelelse	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven handler om når det foreligger en skjult utdeling etter sammenslutningsrettslige regler.

Et eksempel på en skjult utdeling kan være et selskap som overtar en leieavtale fra en aksjeeier. Det er i utgangspunktet uproblematisk; avtalen vil normalt gi selskapet rett på leieinntekter. Men hva om selskapet i realiteten utelukkende får forpliktelser? Selskapet, som åpenbart er underkapitalisert, klarer ikke å oppfylle de betydelige økonomiske forpliktelsene etter kontrakten. Aksjeeieren på sin side blir frigjort fra sitt personlige ansvar etter leieavtalen.¹

En kan også se for seg et aksjeselskap hvor aksjeeierne eier 100 % av aksjene i en skole, og som fremleier lokaler til skolen. Skolen betaler leie som er klart over markedspris. Midlene som benyttes til å betale leien er offentlige tilskudd som skal komme elevene til gode.²

Eksemplene viser noe sentralt; ofte vil utdelinger kamufleres som forretningsdisposisjoner. Det gir temaet et stort nedslagsfelt. Utdelingsbegrepet er imidlertid materielt.³ Det avgjørende er ikke om disposisjonen formelt fremstår forretningsmessig, dersom den i realiteten er en ulovlig utdeling. Grensen vil her ofte kunne være uklar.

I lys av dette er problemstillingen mer presist om det som tilsynelatende ser ut som en forretningsmessig disposisjon, likevel må betraktes som en ulovlig utdeling. Flere underproblemstillinger oppstår. For det første om det rettslig sett er relevant at utdelingen er skjult, eller om det er tilstrekkelig å vurdere om det foreligger en utdeling (punkt 2). For det andre om aksjerettens utdelingsbegrep kan tjene som utgangspunkt for utdelingsbegrepet i øvrige sammenslutninger (punkt 3).

Hvis det er tilfelle, er problemstillingene videre om det foreligger en verdioverføring (punkt 4), som tilgodeser den relevante personkrets (punkt 5) og som har årsakssammenheng med personkretsens rolle i sammenslutningen (punkt 6). De tre sistnevnte underproblemstillingene reiser i seg selv en rekke underproblemstillinger. For eksempel hvordan «verdier» skal forstås i relasjon til verdioverføringsvilkåret.

Det sammenslutningsrettslige motivet for å skjule en utdeling vil gjerne være å omgå utdelingsbegrensningene for den aktuelle sammenslutningen. Aksjeselskapet har for eksempel ikke nok fri egenkapital, jf. aksjeloven § 8-1. Skatterettslig kan ønsket være å unngå utbyttebeskatning.⁴ Mindre dramatisk kan årsaken ligge i manglende kunnskaper om utdelingsreglene.

¹ HR-2016-01440-A (65).

² LG-2016-166055.

³ Berge mfl. (2011) s. 17.

⁴ NOU 2003: 9 s. 219.

1.2 Aktualitet

1.2.1 Aksjeretten som utgangspunkt

Det ble utbetalt 334 milliarder i utbytte fra aksjeselskap i 2016.⁵ Dette er utbytte med forankring i generalforsamlingsvedtak. Hvor mye verdier som deles ut skjult, vites ikke.⁶

I aksjerettslig teori er fenomenet betegnet som misbruksrisikoen.⁷ Ved å bli aksjeeier gir investoren fra seg muligheten til å ensidig forvalte det vedkommende ga for aksjene. I stedet forutsetter aksjelovene⁸ at aksjeeier må utøve sin innflytelse som en del av et aksjeeierfelleskap via generalforsamlingen.

Aksjeeieren er ikke avskåret fra å inngå avtaler med selskapet. I de fleste tilfeller har kontraherende parter individuelle posisjoner de ønsker å optimalisere; typisk gjennom å betinge seg best mulig vilkår. Interessemotsetningen bidrar til balanserte avtalevilkår.⁹

Der interessemotsetningen ikke foreligger, kan ytelsesutvekslingen bli ubalansert på bekostning av andres interesser. I aksjeretten søker kapitalvernreglene å motvirke uheldige følger av den nære tilknytning mellom selskapet og aksjeeieren, hvor selskapet, kreditorer og øvrige aksjeeiere kan bli skadelidende.

Den individuelle interesse aksjeeieren kan ha, er ikke alltid sammenfallende med selskapsinteressen. Der aksjeeiers særinteresse avviker, oppstår det et spenningsforhold. Aksjeeieren kan for eksempel være uenig i selskapets kapitalforvaltning, og ha et mer kortsiktig gevinstperspektiv enn øvrige aksjeeiere.

Misbruksrisikoen er størst der aksjeeieren har dominerende innflytelse i selskapet. I mange selskapsforhold vil aksjemajoriteten og styret typisk være de samme eller opptre i forståelse med hverandre. Mellom majoriteten og styret kan det være et interessefelleskap som gir uheldige følger for minoritetens og kreditorenes interesser.

Majoriteten og styret har sammenlignet med minoriteten og kreditorene normalt større tilgang til selskapsinformasjon, og større påvirkningskraft over forvaltningen av selskapet. Disse forhold er antatt å utgjøre et insentiv for majoritet og ledelse til å misbruke aksjeselskapsforholdet på bekostning av minoritet og kreditorer.¹⁰

Forarbeidene til aksjelovene er illustrerende:

⁵ SSB (2017).

⁶ Lunder (2011) anslo, «høyst usikkert», skjult utbytte på 65 millioner i barnehagesektoren i 2010, jf. s. 74.

⁷ Reiersen (2015) s. 44 flg.

⁸ Med «aksjelovene» menes aksjeloven og allmennaksjeloven.

⁹ Preseptiviteten til dekningsloven kap. 7 bygger f.eks. på en slik forutsetning, se NOU 1972: 20 s. 310–311.

¹⁰ Reiersen (2015) s. 48.

«Avtaler med aksjeeiere [...] reiser etter utvalgets syn særlige spørsmål [...]. Dette gjelder selvsagt ikke vanlige forretningsavtaler hvor avtalens innhold lar seg sjekke av mot hva som er vanlig praksis i næringslivet eller til og med mot rent markedsmessig fastsatte prisforhold. I andre tilfelle kan det derimot tenkes at slike avtaler får et innhold som stemmer mer med aksjeeierens enn selskapets interesser. Avtaler som ikke er vanlige forretningsavtaler kan således utgjøre enten et brudd på likhetsprinsippet i aksjeretten eller en skjult uthuling av selskapets kapitalgrunnlag til skade for kreditorene.»¹¹

1.2.2 Øvrige sammenslutninger

Utover aksjeretten er temaet i liten grad behandlet. Det er likevel aktuelt for andre sammenslutninger. Med hensyn til for eksempel stiftelser kan det vises til høringsrunden for nåværende stiftelseslov. Økokrim uttaler:

«Erfaringen har vist at ‘tapping’ av stiftelsesmidlene svært ofte skjer i andre former, feks ved tilsynelatende forretningsmessige transaksjoner mellom oppretteren (eller hans nærstående) og stiftelsen. Dette omfatter enkeltstående transaksjoner, mer permanente forhold som forretningsføreravtaler, avtaler om å utføre rådgivningsvirksomhet mm. Praktisk kan forfordeling skje ved at varer og tjenester prises på en måte som tilgodeser oppretteren (eller hans nærstående) på stiftelsens bekostning.»¹²

Mediene har gjerne fokus på private utdanningsinstitusjoner og barnehager. Disse kan motta penger til driften fra det offentlige. Derfor har alle private utdanningsvirksomheter med offentlig støtte utdelingsforbud. Forbudet kan være et insentiv til å forsøke å skjule utdelinger.

Den mye omtalte «Westerdalssaken» er illustrerende. I 2014 ble Westerdals Høyskole AS fusjonert med Norsk institutt for scene og studio. I ettertid ble det reist spørsmål om eierne av Westerdals hadde beriket seg selv gjennom transaksjonene ved salget i 2014. Kunnskapsdepartementet fremmet krav om tilbakebetaling av statstilskudd og anmeldte saken til Økokrim. Det ble inngått forliksavtale mellom Westerdals og staten i 2017 der skolen forpliktet seg til å betale 42 millioner kroner. Økokrim henla sin siktelse i saken.¹³

Også på området for private utdannings- og barnehagevirksomheter er lovgiver oppmerksom på temaet. I forarbeidene til universitets- og høyskoleloven (uhl.) og fagskoleloven uttales det:

«På generelt grunnlag oppstår det en risiko for at parter som ikke er uavhengige av hverandre styres av andre hensyn enn gjensidig bebyrdende utveksling av varer eller tjenester. Dette kan for eksempel lede til overprising av varer eller tjenester, uforholdsmessig store innkjøp, uhensiktsmessig oppstyking av innkjøp, særlig gunstige lån og lignende.

¹¹ Ot.prp. nr. 36 (1993–1994) s. 50.

¹² Ot. prp. nr. 15 (2000–2001) s. 100. Se også Gjems-Onstad (2013) s. 65–66.

¹³ TOSLO-2016-149310.

Ekspertgruppen la til grunn at det i universitets- og høyskolesektoren og fagskolesektoren gjør seg gjeldende en særlig risiko for at handel med nærstående skjer etter andre vilkår enn markedspris. På bakgrunn av blant annet utdelingsforbudet, vil en utdanningstilbyder kunne ha et ønske om å føre midler ut av den regulerte virksomheten og over i et selskap som fritt kan disponere midlene.»¹⁴

1.3 Avgrensninger

Utdelingsregler har nær sammenheng med det som kan kalles kapitalvernregler, herunder regler om for eksempel forsvarlig egenkapital.¹⁵ Også andre regler begrenser sammenslutningenes transaksjoner, blant annet saksbehandlingsregler ved nærståendeavtaler, gaveregler, reglene om kreditt- og sikkerhetsstillelse og myndighetsmisbruksregler.

Strafferettens regler om utroskap og bedrageri, og konkursrettslige omstøtelsesregler støtter opp under slike regler. Også skatterettens regler kan nevnes. Videre har EØS-retten betydning for sammenslutningsretten på dette punkt. Problemet rundt skjult utbytte er ikke bare aktuelt i Norge, også internasjonalt.

Rettslig sett inngår emnet i en bred kontekst. Regelsettene nevnt ovenfor er relevante, men utenfor kjernen av problemstillingen. En nærmere behandling av reglene vil sprengte rammene for fremstillingen.

På grunn av oppgavens format må det også avgrenses også mot regler med nærmere tilknytning til emnet. Det avgrenses mot åpne utdelinger; utdelinger med grunnlag i formelt vedtak. Det samme gjelder regler en utdeling må behandles etter for å være lovlig, jf. for eksempel aksjelovene kapittel 8, jf. § 3-6 første avsnitt. Unntak gjelder der lovligheten har nær sammenheng med utdelingsbegrepet, for eksempel at utdeling til stiftelsens oppretter er forbudt, jf. stiftelsesloven § 19. Reglene om tilbakebetaling av ulovlig utdeling faller utenfor problemstillingen, jf. for eksempel aksjelovene § 3-7. Av plasshensyn må det også avgrenses mot bevisregler. Tilsvarende gjelder det skatterettslige utbyttebegrepet, som ikke er sammenfallende med det selskapsrettslige.¹⁶

Endelig kan nevnes at organisasjonsformer som faller utenfor sammenslutningsretten ikke drøftes. Unntaket er stiftelser, hvor temaet er aktuelt.

1.4 Metode

Problemstillingen undersøkes i et bredt sammenslutningsrettslig område. Lovgivningen er spredt. I mange tilfeller avhjelper forarbeidene rettskildesituasjonen. Aksjelovene definerer utdelingsbegrepet,

¹⁴ Prop. 44 L (2016–2017) s. 44. Tilsvarende i forarbeidene til barnehageloven, jf. Prop. 98 L (2011–2012) s. 20.

¹⁵ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 122.

¹⁶ Reiersen (2015) s. 78.

men lar mange spørsmål stå ubesvarte. Det er begrenset med rettspraksis om skjulte utdelinger i sammenslutningsretten. Særlig tre høyesterettsdommer er sentrale i aksjeretten med hensyn til oppgavens tema, og de blir det vist til der de er relevante. I teorien er temaet behandlet mest i aksjeretten, om enn noe sparsomt. Et unntak er en bok basert på en doktoravhandling om utdelingsbegrepet i aksjeretten.¹⁷

Det som særpreger fremstillingen er at den fokuserer på ett emne, vurdert mot reglene for ulike sammenslutninger. I de tilfeller de autoritative rettskilder ikke gir klart svar, er system- og formålsbetraktninger viktige. Derfor er det viet plass til utdelingsbegrepets formål i punkt 3.

For å kunne analysere sammenslutningsretten har jeg valgt å identifisere momenter som kan vurderes alle steder. På den måten får reglene for hver sammenslutning et felles utgangspunkt. I oppgaven har jeg identifisert tre sammenligningsmomenter (punktene 4, 5 og 6). Analysen ser på rekkevidden for hvert enkelt moment. En slik metode kan betegnes som komparativrettslig innenfor ett nasjonalt rettsområde.¹⁸

Metoden har og likheter med såkalt induksjonsanalogi, som er vanlig å benytte i kontraktsretten.¹⁹ Etter hvert som kontraktslovgivningen får større omfang, vil det kunne stilles spørsmål om lovreglene bygger på en felles rettstanke. Tilsvarende gjelder i sammenslutningsretten, hvor lovgivningen gradvis har blitt mer omfattende.

1.5 Fremstillingen videre

I punkt 2 og 3 drøftes sentrale begreper og hensynene bak reglene. Dette er viktig for å forstå og begrunne hvordan resten av oppgaven i punkt 4 til 6 legges opp. Hovedsynspunktet er at det avgjørende ved spørsmålet om når en skjult utdeling foreligger, er om i det i det hele tatt foreligger en utdeling (punkt 2). Ved vurderingen av om det foreligger en utdeling må utgangspunktet være hvordan begrepet forstås i aksjeretten (punkt 3). Om en utdeling foreligger vurderes i tre ledd, se punktene 4, 5 og 6. Fordi aksjeretten bare er et utgangspunkt, foretas det en løpende komparativ analyse i regelsettene til de andre sammenslutningsformene underveis.

¹⁷ Reiersen (2015).

¹⁸ Innen komparativ rett identifiseres bestemte momenter på tvers av rettskulturer, se Sunde (2017) s. 23.

¹⁹ Monsen (2012) s. 102.

2 Begrepsavklaring

2.1 Sammenslutningsrettslige regler

Problemstillingen nevner «sammenslutningsrettslige» regler. Med det menes reglene for hver sammenslutning. Selskaper, samvirkeforetak og foreninger er etter vanlig definisjon sammenslutninger.²⁰ Slike kan kalles alminnelige sammenslutninger.

Stiftelser faller utenfor sammenslutningsbegrepet. Til tross for det, vil også de behandles; problemstillingen er relevant for stiftelser.

Oppgaven dekker også sammenslutninger organisert som utdanningsinstitusjoner og barnehager. Slike kan kalles særlige sammenslutninger. Der lovene som regulerer slik virksomhet omtales samlet, blir uttrykket «virksomhetslovene» benyttet. Uttrykket «utdanningslovene» benyttes der det bare siktes til lovene som regulerer privat utdanningsvirksomhet.

Der det siktes til all lovgivning, både alminnelige og særlige sammenslutninger og stiftelser, benyttes «sammenslutningslovene».

2.2 Utdeling

Oppgaven handler om når en skjult utdeling foreligger. Det forutsetter at det foreligger en utdeling. Utdelingsbegrepet er ikke entydig, og noe ulikt behandlet i de ulike regelsettene. Det er likevel slik at man i det vesentlige bygger på samme system som etter aksjeretten. Nedenfor skal det redegjøres for hva en utdeling er etter ulike sammenslutningsrettslige regler.

Med utgangspunkt i *aksjelovene* må en disposisjon oppfylle tre vilkår for å anses som en utdeling. For det første må det foreligge overføring av verdier. For det andre må verdioverføringen komme aksjeeier til gode. For det tredje må det være årsakssammenheng mellom verdioverføringen og aksjeeierskapet. De to første vilkår kan utledes av lovteksten, jf. § 3-6 andre avsnitt første setning. Det siste vilkåret følger av rettspraksis.²¹

En utdeling er etter *selskapsloven* definert på tilsvarende måte som i aksjelovene, jf. § 2-26 fjerde avsnitt andre setning. I motsetning til aksjeretten er det ingen rettspraksis som har innfortolket et årsakskrav. Betydningen av det vil diskuteres i kapittelet om årsakssammenheng.

I både *samvirke-loven*, *stiftelsesloven*, *universitets- og høyskoleloven (uhl.)* og *fagskoleloven* er utdelingsbegrepet brukt, men ikke definert, jf. henholdsvis §§ 31, 19, 8 og 1.²² Ifølge forarbeidene til endringsloven til uhl. og fagskoleloven skal disse lovenes utdelingsbegrep være som i aksjeloven § 3-

²⁰ Fjørtoft (2014a) s. 392–393.

²¹ Rt. 2008 s. 385, Arkatunet, (avsnitt 71).

²² For uhl. og fagskoleloven gjelder dette fra 1. januar 2018, jf. endringslov nr. 39/2017.

6.²³ Av forarbeidene til de øvrige ovennevnte lovene fremgår det at utdelingsbegrepet i utgangspunktet er sammenfallende med aksjelovens.²⁴ På noen punkter er det ulikheter, som vil kommenteres underveis i oppgaven.

Foreningsretten er ulovfestet. Foreninger kan ikke foreta utdelinger til medlemmene.²⁵ Og til andre kan det kun skje i samsvar med foreningsformålet.²⁶ Avhengig av hvem som tilgodeses, er det etter foreningsretten enten utdelingsforbud eller -begrensninger. Dermed må foreningsretten operere med et utdelingsbegrep, der det blir spørsmål om en disposisjon omfattes av forbudet eller begrensningene.

Utgangspunktet må være at det foreningsrettslige utdelingsbegrep forstås som det aksjerettslige, om enn tilpasset foreningsforhold. Slik tilnærmes utdelingsbegrepet i de andre sammenslutningsformene. En annen sak er det at dersom disposisjonen er en utdeling, vil foreningen i utgangspunktet anses for å være et selskap.²⁷ Da vil selskapsloven gjelde med mindre deltakerne har avtalt begrenset ansvar, jf. Rt. 1983 s. 1401.²⁸

Mens utdelingsforbudet er uttrykkelig i uhl. og fagskoleloven, kommer det mer indirekte til uttrykk i *de øvrige utdanningslovene*. Det heter at utdanningsinstitusjonen ikke kan gi «utbytte eller på annen måte overføre overskudd til eier eller dens nærstående».²⁹ Uttrykket «på annen måte» viser at ingen form for utdeling er tillatt etter disse lovene.³⁰

Som nevnt følger det av forarbeidene til endringsloven til uhl. og fagskoleloven at utdelingsbegrepet i disse lovene skal forstås som etter aksjelovene § 3-6. På området for private utdanningsinstitusjoner legger lovgiver vekt på rettslikhet når det gjelder utdelingsforbudet med hensyn til statstilskuddet. I folkehøyskolen ble regler tilsvarende friskoleloven § 6-3 innført fordi det ville «bidra til rettslikhet mellom ulike typer skoler som i hovedsak er finansiert med offentlige tilskudd».³¹ At utdelingsforbudet som kommer i uhl. også skal gjelde fagskoler som mottar statlige tilskudd ble i forarbeidene begrunnet med at det burde «foretas en harmonisering for institusjoner som mottar tilskudd».³² Aksjerettens utdelingsbegrep er derfor også aktuelt for de øvrige utdanningslovene.

Barnehageloven har ikke et utdelingsforbud; barnehagen kan ha et rimelig årsresultat, jf. barnehageloven § 14 a første avsnitt andre setning. Et stort utbytte kan imidlertid føre til avkorting i det kommunale tilskuddet.³³ Eieren kan tenkes å i stedet ville dele ut utbyttet via ubalanserte avtaler i strid med § 14 a andre avsnitt bokstav b. Ved vurderingen av om sistnevnte bestemmelse er overtrådt

²³ Prop. 44 L (2016–2017) s. 30.

²⁴ NOU 2002: 6 s. 351 (samvirkeloven), Ot.prp. nr. 15 (2000–2001) s. 98 (stiftelsesloven).

²⁵ NOU 2002: 6 s. 139.

²⁶ Woxholt (2008) s. 126, Gjems-Onstad s. 160.

²⁷ NOU 2002: 6 s. 139.

²⁸ Aarbakke (2010) s. 121

²⁹ Friskolelova § 6-3 og voksenopplæringsloven § 23.

³⁰ I Prop. 84 L (2014–2015) s. 78 heter det at «det ikke er tillatt for eierne å ta åpent eller skjult utbytte» med hensyn til friskoleloven § 6-3.

³¹ Prop. 78 L (2016-2017) s. 36.

³² Private høyskoler og fagskoler i samfunnets tjeneste (2014) s. 16.

³³ Lunder (2011) s. 51.

må det tas stilling til om avtalen helt eller delvis er en utdeling. Aksjerettens utdelingsbegrep må her kunne anvendes.

2.3 Skjult utdeling

Hva som ligger i at en utdeling er «skjult» er ikke definert i noen sammenslutningsrettslige lover. Uttrykket «skjult utdeling» dukker likevel opp i forarbeidene til disse lovene, rettspraksis og teori.³⁴

I *aksjeretten* er en skjult utdeling en disposisjon som innholdsmessig oppfylder vilkårene for å bli ansett som en utdeling, men som ikke har vært behandlet i generalforsamling slik reglene om utdeling krever. Er utdelingen forankret i generalforsamlingsvedtak er den derimot åpen.³⁵

Skillet mellom åpen og skjult utdeling har ikke betydning for om en disposisjon skal anses for en utdeling.³⁶ Relevansen av skillet har sammenheng med rettsvirkningene av en ulovlig utdeling, jf. aksjelovene § 3-7 andre avsnitt første setning. I teorien er bestemmelsen tolket slik at en skjult utdeling skal tilbakeføres selv om mottaker var i god tro. Er derimot utdelingen åpen frigjøres den godtroende mottaker fra restitusjonsplikt.³⁷ Det er trolig omgåelseshensyn som best kan begrunne et slikt skille.³⁸

Også *selskapsloven* har tilbakeføringsregel som rammer ulovlig utdeling, jf. § 2-26 fjerde avsnitt siste setning. I motsetning til aksjelovene, er det imidlertid her intet unntak for restitusjonsplikt for synlige utdelinger ved mottakers gode tro. Det gjør skillet mellom åpne og skjulte utdelinger rettslig irrelevant for selskaper som omfattes av selskapsloven.

Når det gjelder *samvirkeforetak*, har også samvirke-loven en tilbakeføringsregel der det er blitt gjennomført en ulovlig utdeling, jf. § 31 andre avsnitt første setning. I likhet med aksjelovene, er restitusjonsplikten etter samvirke-loven avhengig av mottakers gode tro, jf. § 31 andre avsnitt andre setning.

Etter ordlyden er den gode tro imidlertid frigjørende uavhengig av om utdelingen er skjult eller ikke. I forarbeidene tas det uttrykkelig avstand fra en sontring mellom åpne og skjulte utdelinger slik som etter aksjelovene.³⁹

For *stiftelser* har skillet mellom synlige og skjulte utdelinger samme betydning som i aksjelovene, jf. stiftelsesloven § 19 tredje avsnitt, som viser til aksjeloven § 3-7 første avsnitt andre setning. Forarbeidene legger til grunn at tilbakeføringsplikten skal være tilsvarende som etter aksjelovene.⁴⁰

³⁴ Forskjellig uttrykk benyttes om det samme, for eksempel maskert og kamuflert utbytte.

³⁵ Reiersen (2015) s. 88 og 90.

³⁶ Folkvord (2013) s. 18.

³⁷ Andenæs (2016) s. 241, Reiersen (2015) s. 89, Aarbakke mfl. (2012) s. 196.

³⁸ Keiserud (2000) s. 497–498.

³⁹ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 270.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 15 (2000–2001) s. 99.

En skjult utdeling i stiftelsesretten er en utdeling uten forankring i styrevedtak. Da er tilbakeføringsplikten absolutt. Er utdelingen ulovlig på annet grunnlag, kan mottakers gode tro frigjøre for restitusjonsplikt.⁴¹

I forarbeidene til ny stiftelseslov er tilbakeføringsplikten etter § 19 tredje avsnitt foreslått videreført.⁴² I stedet for å videreføre henvisningen til aksjeloven, er innholdet skrevet inn i bestemmelsen. Ordlyden er identisk med tilbakeføringsregelen i samvirkeloven § 31. Ingen av høringsinstansene har tatt opp forholdet, så departementets behandling vil avdekke om striden mellom ordlyd og intensjon blir avklart.

I *foreningsretten* er det ingen regel om tilbakeføring av ulovlige utdelinger slik som etter den øvrige sammenslutningslovgivningen. I tilfelle utdeling vil foreningen bli å anse som et selskap slik at selskapslovens tilbakeføringsregler kommer til anvendelse.

Rettslig er skillet mellom synlige og skjulte utdelinger i foreningsretten irrelevant. Det gjelder likevel et utdelingsforbud. For å omgå dette vil det kunne være aktuelt å innrette disposisjonene slik at de ikke fremtrer som utdelinger, selv om de i realiteten er det.

Private *utdanningsinstitusjoner* som mottar statsstøtte har lovbestemte utdelingsforbud. Dersom utdeling finner sted kan denne kreves tilbake av utdanningsdepartementet.⁴³ Siden utdeling er forbudt, gjelder tilbakeføringsplikten uavhengig av om utdelingen er synlig eller skjult.

Heller ikke for private *barnehager* er skillet mellom skjulte eller åpne utdelinger relevant rettslig sett. Fordi eiere av private barnehager som nevnt har et insentiv til å dele ut utbytte via omveier, er skjult utbytte likevel praktisk aktuelt. Der barnehagens avtaler med eier mv. er en utdeling vil ikke årsresultatet anses «rimelig», jf. ordlyden «[d]ette innebærer at [...]» i § 14 a første avsnitt tredje setning. Der dette avdekkes vil kommunen kunne kreve tilbake tilskuddet, jf. § 16 a andre avsnitt.

2.4. Oppsummering

Begrepet skjult utdeling har ikke betydning for om det etter ulike sammenslutningsrettslige regler foreligger en utdeling. Der det har betydning at en utdeling er skjult, er i forbindelse med tilbakeføringsplikten ved en ulovlig utdeling. I slike tilfeller er det lett å konstatere at utdelingen er skjult; den mangler formelt vedtak. Skjulte utdelinger har derimot praktisk relevans. Utdelingen kan for eksempel bli forsøkt skjult for å unngå at den skal utløse utdelingsreglene. Da blir det vanskeligere å vurdere om en utdeling foreligger.

⁴¹ Knudsen (2013) notene 106 og 108.

⁴² NOU 2016: 21 s. 106.

⁴³ Friskoleloven § 7-2 a, folkehøgskoleloven § 3 og voksenopplæringsloven § 12. Verken universitets- og høyskoleloven og fagskoleloven har slik hjemmel, men vil få det ved ikrafttredelsen av endringslov nr. 39/2017.

3 Utdelingsbegrepets formål

3.1 Innledning

Vi har sett hva en utdeling er i ulike sammenslutninger, og at om den er skjult som regel ikke har rettslig betydning. Det sentrale er om det foreligger en ulovlig utdeling. Aksjerettens utdelingsbegrep er legaldefinert, og mest utviklet rettskildemessig. Spørsmålet er derfor om en kan ta utgangspunkt i aksjelovens utdelingsbegrep når det i andre sammenslutninger er relevant å ta stilling til om en utdeling strider mot sammenslutningens utdelingsforbud eller -begrensning.

Innledningsvis er det påvist faktiske likheter med hensyn til skjult utdeling på tvers av sammenslutningsretten, se punkt 1.2 om aktualitet. For å ta utgangspunkt i aksjelovens utdelingsbegrep bør også formålet bak utdelingsbegrepet være likt på tvers av sammenslutningsformene.⁴⁴ Om det er tilfelle skal undersøkes i det videre. Det gjøres ved å se på hvilket formål utdelingsbegrepet har i de ulike sammenslutninger, og hvilke hensyn som ligger bak utdelingsreglene.

3.2 Aksjeselskap og allmennaksjeselskap

Spørsmålet er hva som er formålet med aksjelovens utdelingsbegrep. Sett i sammenheng med § 3-6 første avsnitt, kommer det frem at utdelinger i aksjeretten ikke er forbudt. Adgangen er imidlertid begrenset; utdelinger kan «bare skje» etter nærmere bestemte regler. Formålet med utdelingsbegrepet må da være å bestemme hvilke av selskapets disposisjoner som skal behandles etter disse reglene.

De bestemte regler det er tale om, er i § 3-6 første avsnitt omtalt som reglene om «utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning». Samlet kan disse reglene kalles utdelingsregler. Utdelingsreglene oppstiller begrensninger på utdelingens beløpsmessige størrelse og hvilket selskapsorgan som er kompetent, jf. for eksempel henholdsvis §§ 8-1 og 8-2.

Hvorfor er det viktig at utdelinger skjer i samsvar med lovens regler? I forarbeidene heter det at reglene som begrenser utdelingsadgangen fra selskapet har til formål å sikre selskapskapitalen. Bakgrunnen for reglene er i hovedsak behovet for kreditorvern.⁴⁵

Aksjeeierne har ikke «personlig ansvar for selskapets forpliktelser», jf. § 1-1 andre avsnitt. Det er ikke aksjeeierne, men selskapet, som er ansvarlig overfor kreditorene, jf. § 1-2 første avsnitt. Et begrenset ansvar for aksjeeieren forutsetter et skille mellom selskapets og aksjeeierens verdier.⁴⁶ Skillet realiseres ved at aksjeselskapets verdier som utgangspunkt er forbeholdt selskapskreditorene; kreditorene har

⁴⁴ Se Andenæs (2009b) s. 71 om graden av likhet som moment ved vurdering av analogispørsmål.

⁴⁵ NOU 1996: 3 s. 38. Også andre interesser ivaretas av utdelingsreglene, herunder selskapets og øvrige aksjeeieres.

⁴⁶ Reiersen (2015) s. 42–43.

førsterett på dekning.⁴⁷ Skal kreditorvernet være reelt kan ikke aksjeeierne få utbetalt kapital som egentlig skal være bundet opp til sikring av kreditorenes krav.⁴⁸

På den annen side er det fra aksjeeierens side ønskelig med utbytte. Dette er i samsvar med at formålet med aksjeselskap som hovedregel er å gi aksjeeierne utbytte, jf. § 2-2 andre avsnitt som forutsetningsvis uttrykker dette. Derfor er utdelingsbegrensningene utformet med sikte på å finne en rimelig balanse mellom aksjeeiernes interesser i utdelinger og kreditorenes interesse i at kapitalen forblir i selskapet.⁴⁹

Det er på denne bakgrunn at loven har en regel som definerer transaksjoner som svekker selskapsformuen og samtidig tilgodeser aksjeeieren. Dersom slike transaksjoner ikke er gjennomført i tråd med regler som er ment å balansere de kryssende hensyn, er de ulovlig og kan tilbakeføres selskapet, jf. § 3-7.

Formålet med å definere utdelinger så vidt som det gjøres i § 3-6 andre avsnitt kan på bakgrunn av dette formuleres som å hindre at utdelingsreglene blir satt til side.⁵⁰ Ved å gjøre dette, bidrar begrepet, sammen med andre regler i loven, til å sikre selskapets verdier.

3.3 Ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

I motsetning til i aksjeretten, har deltakerne i *ansvarlige selskaper* et «ubegrenset, personlig ansvar» for selskapsforpliktelsene, jf. selskapsloven § 1-2 bokstav b. Det er derfor ikke ansett nødvendig å ha regler om bunden egenkapital for ansvarlig selskap.⁵¹ Ifølge forarbeidene har det personlige deltakeransvaret blitt ansett som tilstrekkelig garanti for kreditorene.⁵²

Likevel har lovgiver funnet det nødvendig å ha utdelingsbegrensninger også i selskapsloven, jf. blant annet § 2-26 fjerde avsnitt. Ifølge bestemmelsen kan utdeling ikke finne sted dersom det «åpenbart ville skade selskapets eller kreditorenes interesser».

Bestemmelsen er ufravikelig, jf. forutsetningsvis § 2-26 femte avsnitt.⁵³ Ufravikeligheten tilsier at bestemmelsens primære formål er å beskytte kreditorinteressene.⁵⁴ Utdelingsreglene etter selskapsloven ivaretar dermed dels de samme hensyn som etter aksjelovene.

Ansvarlig selskap er ansett som den selskapsformen som gir deltakerne lettest tilgang til selskapets overskudd.⁵⁵ Det gjenspeiles i ordlyden, jf. «åpenbart». Fordi deltakerne er personlig ansvarlige overfor

⁴⁷ Prop. 111 L (2012–2013) s. 58.

⁴⁸ NOU 1996: 3 s. 39.

⁴⁹ Prop. 111 L (2012–2013) s. 47.

⁵⁰ Reiersen (2015) s. 29.

⁵¹ Woxholt (2014) s. 77.

⁵² NOU 1980: 19 s. 84.

⁵³ NOU 1980: 19 s. 122.

⁵⁴ Woxholt (2014) s. 27 og 263.

⁵⁵ Gjems-Onstad (2013) s. 139, Folkvord (2013) s. 39-40.

selskapskreditorene, vil ikke utdelinger normalt skade kreditorenes interesser.⁵⁶ Det gjør at utdelingsbegrensningene i praksis ikke er særlig aktuelle.⁵⁷

Deltakerne i et *kommandittselskap* (KS) har dels ubegrenset, dels begrenset ansvar, jf. § 1-2 første avsnitt bokstav e. Fordi komplementaren ofte er et AS, har samtlige deltakere i praksis begrenset ansvar.⁵⁸ Slektskapet til aksjeselskapene er på dette punkt nært. Det kan begrunne hvorfor KS har ytterligere begrensninger på utdelingsadgangen, jf. § 3-16 om bunden egenkapital. Denne regel gjelder i tillegg til § 2-26 for KS. I forarbeidene er § 3-16 begrunnet i de samme hensyn som aksjeloven 1976 § 12-5, i dag videreført i aksjelovene § 8-1.⁵⁹

3.4 Samvirkeforetak

For samvirkeforetak er formålet bak lovens utdelingsbegrensninger stort sett det samme som for aksjeselskap. Det henger sammen med at også medlemmene i samvirkeforetak har begrenset ansvar, jf. samvirkeloven § 3 første avsnitt.

Samvirkeloven skiller seg fra aksjelovene ved at en ikke har regler om bunden egenkapital. I stedet ivaretas kreditorvernet ved kravet om forsvarlig egenkapital, jf. § 31 første avsnitt første setning, smh. § 25 første avsnitt.⁶⁰

Utdelingsreglene blir i forarbeidene drøftet i et kreditorperspektiv.⁶¹ Det fremheves at formålet med slike regler blant annet er å forhindre uautoriserte uttak fra medlemmenes side.⁶² Utdelingsreglene skal også ivareta andre interesser, herunder interessene til medlemmene, arbeidstakerinteresser og mer allmenne samfunnsinteresser.⁶³

For samvirkeretten er det særlig medlemsinteressen som særpreger utdelingsreglene. Det enkelte medlemmet skal få utdeling i henhold til deres omsetning med samvirkeforetaket.⁶⁴ Dette er i forarbeidene beskrevet som et grunnleggende skille mellom samvirkeforetakene og aksjeselskapene.⁶⁵

I teorien er utdelinger basert på medlemmenes økonomiske deltakelse omtalt som patronasjepriippet, og ansett som en forutsetning for å ivareta den kooperative egenarten.⁶⁶ Priippet om medlemmenes økonomiske deltakelse er uttrykkelig lovfestet i definisjonen av et samvirkeforetak, jf. § 1 andre avsnitt

⁵⁶ Det kan likevel tenkes der deltakerne er insolvente, jf. NOU 1980: 19 s. 39 og Andenæs (2007) s. 224.

⁵⁷ Gjems-Onstad (2013) s. 143.

⁵⁸ NOU 1980:19 s. 137.

⁵⁹ Ot.prp.nr.47 (1984–1985) s. 67.

⁶⁰ NOU 2002: 6 s. 354.

⁶¹ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 133. Fjørtoft (2014b) s. 242 fremhever kreditorvern som en hovedhensyn bak utdelingsreglene i samvirkeretten.

⁶² NOU 2002: 6 s. 288.

⁶³ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 133.

⁶⁴ NOU 2002: 6 s. 354.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 141.

⁶⁶ Fjørtoft (2014b) s. 242.

nr. 1. Utdelingsreglene i samvirkeretten skal etter dette virke som et insentiv for medlemmene til å tilføre samvirkeforetaket kapital.⁶⁷

3.5 Stiftelser

Begrunnelsen bak utdelingsbegrensningene i stiftelsesloven kommer frem av ordlyden; utdelinger skal være i samsvar med stiftelsens formål, jf. § 19 første avsnitt andre setning. Utdelingsbegrensningene skal da sikre stiftelseskapitalen mot utdelinger som ikke er i tråd med stiftelsens formål. Slike utdelinger reduserer stiftelsens formue, og dermed dens mulighet til å realisere sitt formål.

Videre skal utdelingsbegrensningene bidra til å realisere det stiftelsesrettslige selvstendighetskravet.⁶⁸ Selvstendighetskravet utgjør deler av definisjonen av en stiftelse, jf. § 2. I forarbeidene er det fremholdt at det sentrale ved selvstendighetskravet er at ingen har eierinteresser i stiftelsen, og at den som sådan er frittstående i forhold til eierpretendenter.⁶⁹

Lovens utdelingsbegrensninger bidrar med å realisere selvstendighetskravet ved at utdelinger til oppretteren eller dennes nærstående mv. er forbudt, jf. § 19 andre avsnitt første setning.⁷⁰ Fordi et motiv ved å opprette en stiftelse kan være å unndra midler fra oppretterens kreditorer, ivaretas også kreditorinteressene ved dette forbudet.⁷¹ Regelen hindrer også omgåelse av skatte- og arveregler.⁷²

Lovgiver har i nåværende lov valgt å skille mellom næringsdrivende og vanlige stiftelser. For næringsdrivende gjelder regler om bundet egenkapital, jf. § 24. Begrunnelsen er at slike stiftelser pådrar seg flere forpliktelser enn vanlige stiftelser. Hensynet til kreditorer tilsier derfor at stiftelsen har et visst kapitalgrunnlag å ta dekning i.⁷³ For alminnelige stiftelser er det ikke vanlig med noen virksomhet av betydning og dermed få eller ingen kreditorer.⁷⁴

For tiden foreligger det forslag om ny stiftelseslov.⁷⁵ Ekspertutvalget har foreslått å sløyfe skillet mellom vanlige stiftelser og næringsstiftelser samt kravet til bundet egenkapital for sistnevnte.⁷⁶ Endringen vil ifølge utvalget ikke svekke kreditorvernet, da dette skal ivaretas ved en ny bestemmelse om at stiftelsens kapitalforvaltning skal være forsvarlig, jf. lovutkastet § 20 første avsnitt andre setning.

3.6 Foreninger

⁶⁷ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 134.

⁶⁸ Knudsen (2004) s. 108.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 15 (2000–2001) s. 19.

⁷⁰ Samme kilde s. 98.

⁷¹ Samme kilde s. 16.

⁷² Samme kilde s. 20.

⁷³ Samme kilde s. 37.

⁷⁴ Samme kilde s. 42.

⁷⁵ Se NOU 2016: 21.

⁷⁶ Samme kilde s. 48.

I aksjeretten skal utdelingsbegrensningene i hovedsak beskytte kreditorene og øvrige aksjeeiere. Også foreninger har kreditorer og medlemmer som har behov for beskyttelse mot at kapitalen ikke brukes til å berike enkeltpersoner i ledelsen eller medlemsmassen på bekostning av deres interesser. Der en foreningsrettslig ulovlig utdeling likevel finner sted lider foreningen et tap ved at dens formue reduseres. Tilgodeses en eller flere medlemmer av utdelingen foreligger det et selskap.

Der andre enn medlemmene tilgodeses vil det ikke være rimelig at foreningsmedlemmene blir personlige ansvarlige. Her kan hensynet til foreningen, kreditorene og medlemmene ivaretas ved andre regler, herunder foreningsrettslige regler om myndighetsmisbruk, ulovfestede regler om erstatningsansvar som kan hefte ved foreningens ledelse, strafferettens regler om underslag eller konkursrettens regler om rettsvern og omstøtelse.⁷⁷

3.7 Private utdanningsinstitusjoner og barnehager

For private utdanningsinstitusjoner og barnehager er formålet bak reglene om utdelingsforbud ikke begrunnet i kreditorhensyn eller hensynet til eventuelle øvrige eiere av skolen. Slike hensyn ivaretas ved utdelingsreglene i de aktuelle sammenslutningene.

Det som skiller sammenslutninger som driver utdannings- og barnehagevirksomhet fra andre sammenslutninger er dels at disse kan motta offentlig støtte, dels at de har et viktig samfunnsoppdrag i å tilby brukere et fullgodt alternativ til offentlig utdanning og barnehage. Disse elementene er av lovgiver ansett som så sentrale at lovgiver ikke anser utdelingsreglene i den øvrige sammenslutningsretten som tilstrekkelig.⁷⁸

Derfor har lovgiver gjennomgående gitt utdelingsforbud for private utdanningsinstitusjoner. Formålet fremgår av lovtekstene, og formålet er å hindre at eier foretar utdelinger på bekostning av elevene og studentene.⁷⁹

Også private barnehager kan motta penger fra det offentlige, og – i likhet med private utdanningsvirksomheter – ivaretar de private barnehagene et sentralt samfunnsoppdrag. De lege ferenda er det dermed ikke lett å se hvorfor private barnehager skal være i en særstilling med hensyn til et utdelingsforbud. De lege lata er det imidlertid klart at barnehagene kan utbetale utbytte. Praktiske omstendigheter, som at barnehagen kan få avkortet sitt kommunale tilskudd, kan imidlertid gi eieren et insentiv til å skjule utdelingen via omveier.

3.8 Oppsummering og veien videre

⁷⁷ Woxholt (2008) s. 389, Gjems-Onstad (2013) s. 160.

⁷⁸ Prop. 44 L (2016–2017) s. 8 (uhl. og fagskoleloven), Prop.98 L (2011–2012) s. 24 (barnehageloven). Hensynene gjelder generelt for private utdannings- og barnehagevirksomheter som mottar offentlig tilskudd.

⁷⁹ Prop. 44 L (2016–2017) s. 33.

Som vist, har sammenslutningene gjennomgående utdelingsbegrensninger eller -forbud. Karakteristisk for utdelingsforbudene er at det er tilstrekkelig å påvise at det foreligger en utdeling. Er det tale om utdelingsbegrensninger er det nødvendig å påvise en utdeling, men ikke tilstrekkelig. I tillegg må utdelingen bryte visse nærmere bestemte regler. For eksempel at utdelingen tilgodeser stiftelsens oppretter, jf. stiftelsesloven § 19.

Grunnen til at det i en bestemt sammenslutningsform er utdelingsforbud eller begrenset adgang til å dele ut midler, kan variere. Gjennomgående er reglene ment å hindre tapping av sammenslutningens verdier.

Felles for utdelingsreglene er at de forutsetter et utdelingsbegrep. Ingen av reglene tillegger rettslig betydning til om en utdeling er skjult, unntatt i noen tilfeller vedrørende den tilgodesettes tilbakeføringsplikt. I det videre skal det derfor fokuseres på utdelingsbegrepet.

I sammenslutningsretten er det bare aksjelovene og selskapsloven som har legaldefinert utdelingsbegrepet. I de andre lovene brukes utdelingsbegrepet eller tilsvarende formuleringer som forutsetter et utdelingsbegrep, uten at begrepet defineres i lov. I enkelte tilfeller bidrar forarbeidene ved å henvise til at utdelingsbegrepet skal forstås på samme måte som etter aksjelovene eller ved å uttale noe om utdelingsbegrepet.

Utdelingsbegrepets formål er gjennomgående det samme; å realisere hensynene bak utdelingsreglene. Det kan forklare at lovgiver når det gjelder sammenslutningsformer som har andre formål bak utdelingsreglene enn i aksjeretten, likevel viser til det aksjerettslige utdelingsbegrepet når utdelingsbegrepet i regelsettet tilknyttet den aktuelle sammenslutningsformen skal forstås. Her kan det for eksempel vises til samvirke- og stiftelsesretten.

En slik løsning har retts tekniske fordeler. Lovgivers tilnærming til utdelingsbegrepet på tvers av sammenslutningsretten tilsier at det er anledning til å se hen til aksjelovens utdelingsbegrep. Der begrepet er brukt, men ikke nærmere forklart i lov eller forarbeider, bør en kunne legge til grunn at begrepet i utgangspunktet skal forstås på samme måte som etter aksjelovene.

Etter dette må utgangspunktet være at utdelingsbegrepet i reglene om den enkelte sammenslutning inneholder tre vilkår; et økonomisk, et personelt og et årsakskrav. Så kan det hende at en i detaljer under de forskjellige vilkår må komme til at det er visse forskjeller blant de ulike sammenslutningsformene. Der det er rettskildemessige grunner til å anta at begrepet må forstås på andre måter, kan altså denne presumsjonen vike.

I det videre vil oppgaven fokusere på det nærmere innholdet i utdelingsbegrepet slik det må forstås i den enkelte sammenslutningsform. Skjulte utdelinger vil her ha praktisk betydning i den forstand at disse vil være vanskeligere å vurdere opp mot utdelingsbegrepet, fordi de ikke fremtrer som utdelinger utad.

4 Utdelingsbegrepets økonomiske vilkår

4.1 Innledning

For at noe skal være en utdeling må visse vilkår være oppfylt. Et er at sammenslutningens disposisjon må innebære en overføring av verdier. Her skal det ses nærmere på innholdet av vilkåret for de ulike sammenslutningsformene.

4.2 Verdibegrepet

En sammenslutnings formue inneholder som regel forskjellige økonomiske formuesgoder som kan disponeres over på forskjellige måter. Det reiser spørsmålet om alle økonomiske goder omfattes av verdioverføringsvilkåret, eller om det gjelder noen begrensning i den henseende.

I *aksjelovene* heter det at «enhver overføring av verdier» omfattes av utdelingsbegrepet, jf. § 3-6 andre avsnitt. Ifølge forarbeidene var hensikten med uttrykket å få frem at også «overføring av realverdier [er] utbytte i aksjelovens forstand». ⁸⁰ Sett sammen med forarbeidene tilsier ordlyden at ethvert formuesgode omfattes. Slik er også bestemmelsen tolket i teorien. ⁸¹

Selskapsloven § 2-26 fjerde avsnitt taler ikke om overføring av selskapets verdier, men dets «eiendeler». Det er ikke grunn til at selskapsloven skal tolkes på en annen måte enn aksjelovene på dette punkt. Uttalelser i teorien om at bestemmelsen omfatter enhver overføring av verdier fra selskapet til deltakerne, trekker i samme retning. ⁸²

Som nevnt i punkt 2.2, er utdelingsbegrepet brukt i *samvirke-loven*, *stiftelsesloven*, *uhl. og fagskoleloven*, men ikke definert. Ifølge forarbeidene til endringsloven til uhl. og fagskoleloven skal utdelingsbegrepet tilsvare aksjelovene § 3-6. I de øvrige ovennevnte lovenes forarbeider uttrykker man seg på en måte som gjør at det økonomiske vilkår er det samme som i aksjeloven. ⁸³ For disse lovene er tilsvarende antatt i teorien. ⁸⁴ Tilsvarende må gjelde *foreninger*.

I høringsrunden til ny stiftelseslov har en av høringsinstansene foreslått at utdelingsbegrepet i loven defineres som «enhver overføring av verdier fra stiftelsen». ⁸⁵ Hvis dette blir tatt til følge av departementet vil det økonomiske vilkåret på dette punkt tydeliggjøres for stiftelser.

I de andre utdanningslovene enn uhl. og fagskoleloven formuleres det økonomiske vilkåret ved at utdanningsinstitusjonen ikke kan «gi utbytte eller på annen måte overføre overskudd» eller «pådra seg

⁸⁰ Ot.prp. nr. 19 (1974–75) s. 186. Henvisningen gjelder forarbeidene til aksjeloven 1976 § 12-4, hvor uttrykket først ble innført. Loven fra 1976 er opphevet og bestemmelsen i § 12-4 er videreført i dagens § 3-6 uten endringer.

⁸¹ Bråthen (2017) s. 216, Andenæs (2016) s. 422, Aarbakke mfl. (2012) s. 188, Berge mfl. (2011) s. 17.

⁸² Woxholt (2005) s. 152, Knudsen (1994) s. 50.

⁸³ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 269 (samvirke-loven), Ot.prp. nr. 15 (2000–2001) s. 98 (stiftelsesloven).

⁸⁴ Fjørtoft (2014b) s. 246 (samvirkeforetak), Woxholt (2001) s. 275 (stiftelser).

⁸⁵ Wikborg Rein (2017) s. 11.

kostnader» som gjør at offentlige tilskudd eller brukernes egenbetaling ikke kommer elevene eller studentene til gode.

Ordlyden gir ingen begrensninger med hensyn til overskudds- eller kostnadsdisposisjonenes form; ethvert formuesgode må omfattes.⁸⁶ Utdelingsforbudet gjelder ifølge ordlydene offentlige tilskudd eller brukernes egenbetaling.

Barnehageloven gir ikke utdelingsforbud, jf. § 14 a. Det er imidlertid ikke adgang for barnehagen til å «foreta transaksjoner [...] på vilkår [...] som avviker fra [...] det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter [...]», jf. § 14 a andre avsnitt bokstav b. Ordlyden forbyr verdioverføringer via for eksempel avtaler, og gir ingen begrensning på i hvilken form verdioverføringen tar, jf. «transaksjoner».

4.3 Verdioverføring

4.3.1 Innledning

I forrige punkt var temaet hvilke verdier som omfattes av utdelingsbegrepets økonomiske vilkår. I dette punktet er spørsmålet hva som skal til for å si at verdiene er «overført». Bakgrunnen for spørsmålet er at det gjennomgående stilles krav om at verdiene overføres fra sammenslutningen for at det skal være tale om en utdeling.

Det er her to innfallsvinkler som kan tenkes. Den ene går ut på at verdiene er overført der sammenslutningens formue reduseres som følge av overføringen. Den andre er at verdiene er overført der mottakeren er blitt tilført en økonomisk fordel som følge av overføringen.

Normalt er det ingen motstrid mellom innfallsvinklene; sammenslutningens formue reduseres samtidig som mottakerens formue øker. Av og til kan det imidlertid tenkes at sammenslutningens formue ikke reduseres, samtidig som mottakeren blir tilført en økonomisk fordel. Det kan være tilfellet der eiendelen ikke brukes i selskapets virksomhet.⁸⁷ Vil en da si at verdier er «overført»?

4.3.2 Verdioverføringsvilkåret i de ulike sammenslutningsformer

Ordet «overføring» i *aksjelovene* § 3-6 andre avsnitt første setning er uklart. Verken forarbeider eller rettspraksis tar uttrykkelig stilling til spørsmålet. Formålet bak det aksjerettslige utdelingsbegrepet er å sikre selskapets verdier, og trekker i retning av at verdioverføringsvilkåret innebærer et krav om reduksjon i selskapsverdiene. Tilsvarende standpunkt er antatt i teorien.⁸⁸

⁸⁶ Tilsvarende forarbeidene til friskoleloven; forbudet omfatter «alle former» for uttak, jf. Ot.prp. nr. 33 (2002–2003) s. 32.

⁸⁷ Reiersen (2015) s. 69.

⁸⁸ Bråthen (2017) s. 216, Reiersen (2015) s. 67 flg.

Det innebærer at det aksjerettslige utdelingsbegrep på dette punkt skiller seg fra det skatterettslige. I skatteretten legges det avgjørende vekt på om selskapets ytelse er en skatterettslig fordel for aksjeeieren.⁸⁹

At det er formuesreduksjon for selskapet som er avgjørende, og ikke aksjeeiers fordel, kommer på spissen der selskapet gir aksjeeieren bruksretter og tjenester helt eller delvis vederlagsfritt. Aksjeeieren får for eksempel kostnadsfritt bruke sammenslutningens hotellrom.

Hvis selskapet uansett ikke hadde fått leid ut rommet foreligger det ikke verdioverføring. Får aksjeeieren bruksretten på bekostning av andre betalende gjester, vil selskapets formue reduseres hvis man tenker seg disposisjonen borte. Nødvendig for å konstatere verdioverføring i slike tilfeller er at selskapet på disposisjonstidspunktet hadde et reelt inntektsbringende alternativ som det unnlot å benytte.⁹⁰

Som vi har sett, benyttes ordet «overføring» eller en variant av det i de øvrige sammenslutningslovene direkte i lovtekst⁹¹ eller i forarbeidene⁹². Unntaket er barnehageloven § 14, som likevel forutsetter det; barnehagen kan bare inngå markedsmessige avtaler med eier mv. Utdelingsbegrepet har på tvers av sammenslutningsform samme formål; å sikre den relevante formuesmasse. Kravet om formuesreduksjon må derfor også gjelde for øvrige sammenslutninger enn aksjeselskap. Det betyr at verdioverføring først foreligger i det sammenslutningens verdier reduseres. Tilsvarende må gjelde i foreningsretten.

4.3.3 Oppsummering

For at en disposisjon skal anses som en utdeling, gjelder det gjennomgående et krav om verdioverføring. Vilkåret er oppfylt der sammenslutningens disposisjon reduserer sammenslutningens verdier.

Ensidige disposisjoner fra sammenslutningens side vil uten videre være en verdioverføring. For gjensidige disposisjoner vil det foreligge verdioverføring når verdien av sammenslutningens ytelse overstiger den annen parts ytelse.

Unntak gjelder der sammenslutningen på tidspunktet det helt eller delvis vederlagsfritt yter bruksretter eller tjenester, ikke har andre inntektsbringende handlingsalternativer.

⁸⁹ Reiersen (2015) s. 76.

⁹⁰ Nærmere Reiersen (2015) s. 146 flg.

⁹¹ Selskapsloven § 26, friskoleloven § 6-3, voksenopplæringsloven § 22, og frem til 01. januar 2018; uhl. § 7-1.

⁹² NOU 2002: 6 s. 354 (samvirkeloven), Ot.prp. nr. 15 (2000–2001) s. 100 (stiftelsesloven), Prop. 44 L (2016–2017) s. 30 (uhl. og fagskoleloven).

4.4 Identifisering av partenes ytelser

4.4.1 Innledning

Verdioverføringsvilkåret forutsetter prinsipielt en verdsetting av partenes ytelser (punkt 6). Derfor må disse identifiseres. Spørsmålene som reises her må løses på samme måte på tvers av de ulike sammenslutningsformene. Når det i det videre tales om «den annen part», er det en fellesbetegnelse for de relevante persongrupper (punkt 5).

4.4.2 Den annen parts ytelsesplikt

Har den annen part ikke ytelsesplikt er sammenslutningens ytelse en verdioverføring. Avgjørende er hva som reelt er avtalt.⁹³ Det må foretas en samlet vurdering.⁹⁴

Skriftlige avtaledokumenter taler for en reell ytelsesplikt, spesielt hvis avtalen er inngått før sammenslutningens ytelse.⁹⁵ Jo mer detaljert avtalen er, desto mer realistisk virker den annen parts ytelsesplikt.⁹⁶ Men dersom sentrale vilkår for den annen parts ytelse er gjort betinget, og sannsynligheten for at betingelsen kommer til å inntre er lav, vil ikke avtalen tillegges vekt.⁹⁷

De reelle forhold avgjør; en skriftlig avtale kan være forsøk på å skjule en utdeling.⁹⁸ Ved et påstått låneforhold vil ytelsesplikten virke lite reell dersom den annen part ikke har betalt avdrag og renter.⁹⁹ Utover låneforhold vil det trekke i samme retning dersom den annen part ikke har oppfylt etter avtalen.¹⁰⁰ Særlig dersom mislighold av pliktene ikke får konsekvenser.¹⁰¹ Det hjelper heller ikke dersom forholdet mangler forankring i den interne saksbehandlingen i sammenslutningen.¹⁰²

4.4.3 Verdien av den annen parts ytelse for sammenslutningen

Har den annen part ytelsesplikt foreligger det som utgangspunkt en gjensidig disposisjon. Likevel kan innholdet i ytelsesplikten medføre at man må se bort fra denne, slik at sammenslutningens ytelse forstås som en verdioverføring.

Der det på tidspunktet for selskapets ytelse er klart at den annen parts ytelse ikke vil bli oppfylt, må man se bort fra den annen parts ytelsesplikt.¹⁰³ Sammenslutningen gir for eksempel den annen part et

⁹³ Reiersen (2015) s. 153, Andenæs (2016) s. 423, Folkvord (2013) s. 117.

⁹⁴ Rt. 2010 s. 790 (44).

⁹⁵ Reiersen (2015) s. 159.

⁹⁶ Samme verk s. 160.

⁹⁷ Samme verk s. 162.

⁹⁸ Samme verk s. 159.

⁹⁹ Folkvord (2013) s. 128–129.

¹⁰⁰ Berge mfl. (2015) s. 32.

¹⁰¹ Reiersen (2015) s. 163.

¹⁰² Samme verk s. 164.

¹⁰³ Andenæs (2016) s. 423, Fjørtoft (2014b) s. 247.

lån som vedkommende ikke evner å betale tilbake. I aksjerettslig teori konkluderes det med at teknisk insolvens etter konkursloven § 61 er tilstrekkelig, men ikke nødvendig.¹⁰⁴ Der den annen part stiller betryggende sikkerhet for egen ytelse må imidlertid vedkommende anses som i stand til å prestere motytelsen.

4.4.4 Tilknytning mellom ytelse og motytelse

Der det etter en nærmere vurdering er klart at den annen part har en ytelsesplikt som har verdi for sammenslutningen, foreligger det som utgangspunkt en gjensidig disposisjon. Men der en gjensidig disposisjon ikke bare består av én avtale, men flere, kan det by på tvil med hensyn til hvilke av ytelsene som skal henføres under den gjensidige disposisjonen. Oppfyllelsen av verdioverføringsvilkåret kan avhenge av om ytelsene ses samlet eller enkeltvis.¹⁰⁵

Avgjørende for om man skal se ytelsene samlet eller enkeltvis er om ytelsene har tilstrekkelig tilknytning til hverandre.¹⁰⁶ Spørsmålet i slike tilfeller er når tilknytningen mellom ulike ytelser er tilstrekkelig til at de kan behandles samlet som en gjensidig disposisjon i forbindelse med utdelingsbegrepet.

Ingen av sammenslutningslovene eller forarbeider løser spørsmålet.¹⁰⁷

I Rt. 1995 s. 1026 (Sandaker) var spørsmålet blant annet om morselskapets overføring av leierett til datterselskapet var en utdeling etter aksjeloven 1976 § 12-4. Overføringen var en av flere disposisjoner samme dag, som ifølge retten måtte «[...] ses som et hele. De fremtrer som ledd i en samlet plan.»¹⁰⁸ Leieretten var så gunstig at det i den saken ikke hadde betydning om man så den samlet eller isolert.

At ytelsene fremtrer som en samlet plan, synes også avgjørende i aksjerettslig teori. Vurderingstemaet er om det er innbyrdes sammenheng mellom ytelsene. Vurderingen er konkret, hensett til blant annet avtalens art, dens tidsmessige sammenheng, partenes felles forståelse og om ytelsene hadde felles formål.¹⁰⁹ I *Sandaker* synes dette anvendt, når disposisjonene skjedde samme dag og hadde et felles formål om utskillelse av butikken.

4.5 Skillet mellom ensidige disposisjoner og forretningsdisposisjoner

4.5.1 Innledning

¹⁰⁴ Nærmere Reiersen (2015) s. 189 flg.

¹⁰⁵ Se f.eks. Rt. 1999 s. 330 på s. 339.

¹⁰⁶ Folkvord (2013) s. 110.

¹⁰⁷ Forarbeidene til aksjeloven § 3-8 løfter spørsmålet, uten å peke på relevante momenter, jf. Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 45.

¹⁰⁸ S. 1032.

¹⁰⁹ Reiersen (2015) s. 166–177. Tilsvarende om aksjeloven § 3-8 Bråthen (2007) s. 76.

Over har vi sett på forholdet mellom sammenslutningen og den annen part. Behovet for å identifisere ytelsene er også relevant i forholdet mellom sammenslutningen og tredjepersoner.

Der sammenslutningen overfor tredjeperson dekker en utgift som påhviler den annen part, innebærer det en ensidig disposisjon. Sammenslutningens verdier reduseres siden den ikke får noen motytelse. Den annen part blir derimot frigjort fra sin forpliktelse overfor tredjeperson. Dekker sammenslutningen imidlertid en utgift som påhviler selskapet er det en vanlig forretningsdisposisjon som kan foretas uavhengig av utdelingsreglene.

4.5.2 Hvem er rett debitor?

Spørsmålet er om utgiften påhviler sammenslutningen eller den annen part. Verken lovtekst eller forarbeider løser spørsmålet.

I Rt. 2000 s. 2033 (Santech) kom spørsmålet på spissen. Et aksjeselskap som slet økonomisk, inngikk avtale om finansiell rådgivning med et konsulentfirma. Firmaet skulle hjelpe selskapet med deres dårlige økonomi, og fant en ny eier som kjøpte alle aksjene. Problemstillingen i saken var blant annet om et rådgivningshonorar var en selskapsutgift eller en utgift som påhvilde de tidligere aksjeeierne. Hvis sistnevnte var tilfelle måtte selskapets betaling av honoraret anses som en utdeling etter aksjeloven 1976 § 12-4. Selv om de tidligere aksjeeierne tjente godt på salget, kom retten til at honoraret var en selskapsutgift; den finansielle rådgivningen kom også selskapet til gode.

Ifølge retten kan utdelingsbegrepet omfatte «dekning av utgifter som påhviler aksjeeierne». Avgjørende er «en konkret avveining», hvor det måtte ses hen til om rådgivningen var en «klar særfordel» for de selgende aksjeeierne.¹¹⁰

Dommens premisser knytter vurderingstemaet «klar særfordel» til formålet med avtalen, og om den tjente selskapets eller aksjeeiernes særinteresser. Særlig tre momenter ble trukket frem; bakgrunnen for inngåelsen av avtalen, innholdet i den og det faktiske arbeidet tredjemann utførte.¹¹¹

Med hensyn til bakgrunnen for avtalen har det for det første relevans om det var selskapet eller avtalemotparten som engasjerte tredjemann. I Santech var det selskapet som engasjerte tredjemann, hvilket trakk i retning av at det var tale om en selskapsutgift.

Videre vil selskapets behov for en avtale med et slikt innhold ha betydning. I Santech hadde selskapet økonomiske problemer. Har selskapet derimot ikke et relevant behov, trekker det i retning av at ivaretagelsen av selskapsinteressen ikke var avgjørende for avtaleinngåelsen.

Når det gjelder det faktiske arbeidet som er utført, ga konsulentselskapet i Santech rådgivning på et bredere plan. Formålet var ikke begrenset til å få opp prisene for aksjene. Viser det seg derimot at

¹¹⁰ S. 2038–2039.

¹¹¹ S. 2039.

rådgivningen omhandler aksjeeiernes personlige forhold, vil det trekke i retning av at rådgivningen gir aksjeeieren en «klar særfordel». For eksempel personlig skatterådgivning.

4.5.3 Oppsummering

I aksjerettslig teori er kriteriet «klar særfordel» anvendt generelt ved avgrensningen mellom selskapets og aksjeeiers forpliktelser.¹¹² Santech viser at hvem som formelt er part etter avtalen, er relevant, men ikke avgjørende dersom de reelle forholdene ikke svarer til formalitetene.¹¹³ Dommen kan sies å bygge på et nøytralitetsperspektiv; ville transaksjonen blitt gjennomført dersom man ser bort fra aksjeeiers fordel?¹¹⁴

4.6 Verdsetting

4.6.1 Innledning

Når partenes ytelser er identifisert, må de verdsettes for å konstatere en verdioverføring. Er sammenslutningens ytelse ensidig er den en verdioverføring hvis ytelsen har en økonomisk verdi. Inngår selskapets ytelse i en gjensidig disposisjon må ytelsene verdsettes og så sammenholdes mot hverandre. Har sammenslutningens ytelse høyere verdi enn den annen parts, foreligger det en verdioverføring.

4.6.2 Virkelig verdi

Et første spørsmål blir hvordan ytelser skal verdsettes. I sammenslutningslovgivningen er det bare aksjelovene som omtaler spørsmålet. Etter aksjelovene skal «verdien» beregnes ut fra «virkelig verdi», jf. § 3-6 andre avsnitt andre setning.¹¹⁵

Hvilken verdi sikter bestemmelsen til? Ordlyden oppstiller to tolkningsalternativer. Det første er at bestemmelsen regulerer om en utdeling strider mot aksjelovens beløpsmessige begrensninger, jf. for eksempel § 8-1. Eventuelt sikter bestemmelsen til verdsettelsesnormen der spørsmålet er om det overhodet foreligger en verdioverføring etter § 3-6 andre avsnitt første setning.

I lovens etterarbeider helles det mot det andre alternativ. Det uttales at bestemmelsen «først og fremst regulerer spørsmålet om en overføring til en aksjeeier skal anses som en utdeling».¹¹⁶ Teorien har sluttet seg til dette.¹¹⁷

¹¹² Reiersen (2015) s. 208, Andenæs (2016) s. 426, Aarbakke mfl. (2012) s. 190–191.

¹¹³ Slik også Aarbakke (2010) s. 118.

¹¹⁴ Folkvord (2013) s. 180.

¹¹⁵ Slik og for samvirkeforetak, jf. Fjørtoft (2009) s. 121. Det samme må antas å gjelde andre sammenslutninger.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 65 (1998–1999) s. 20.

¹¹⁷ Aarbakke mfl. (2012) s. 188, Perland (2004) s. 560, Reiersen (2015) s. 93.

Spørsmålet er så hva som er «virkelig verdi» etter aksjelovene § 3-6. Begrepet benyttes flere steder i aksjelovene uten at det defineres. Ifølge forarbeidene skal virkelig verdi etter § 3-6 avgjøres ut fra regnskapsrettslige prinsipper.¹¹⁸

Virkelig verdi er ikke definert i regnskapsloven. I regnskapsrettslig teori forstås det som markedsverdi eller tilnærming til markedsverdi.¹¹⁹ I forarbeidene til ny regnskapslov foreslås det å legaldefinere virkelig verdi som «markedsverdi eller et pålitelig estimat for markedsverdi», jf. forslaget § 4-15 første avsnitt.¹²⁰

Etter IFRS¹²¹ er markedsverdi salgsverdi; det foretaket kan selge formuesgodet for i en frivillig transaksjon i et åpent marked.¹²² Det er sammenfall mellom IFRS-definisjonen, norsk regnskapsrett og forslaget i ny regnskapslov.¹²³

Definisjonen av markedsverdi viser at partenes egen mening om ytelsenes verdi er uten betydning.¹²⁴ Det skal ses hen til hvilke ytelser som ville blitt utvekslet i en hypotetisk situasjon, der partene er uavhengige av hverandre.¹²⁵

4.6.3 Nærmere om markedsverdi

Markedsverdi kan ifølge IFRS og lovforslaget finnes på tre ulike måter. Det knyttes ulik grad av pålitelighet til metodene. Størst pålitelighet har metode 1, minst har metode 3.¹²⁶ Derfor er det en rangordning med hensyn til rekkefølgen av metodene en skal bruke.¹²⁷

Forskjellen på metode 1 og 2 er sammenligningsobjektene. Utgangspunktet er identiske eiendeler; der slike ikke finnes ser en hen til lignende eiendeler. Felles for metodene er at de viser til en observerbar markedspris. I aksjerettslig teori trekkes frem kurs, takst og prislister som eksempler.¹²⁸ Metodene forutsetter et velfungerende marked. Egenskaper ved partene i et slikt marked er at de er uavhengige, informerte og frivillige.¹²⁹

¹¹⁸ NOU 1996: 3 s. 102.

¹¹⁹ Schwencke mfl. (2017) s. 235.

¹²⁰ NOU 2015: 10 s. 394.

¹²¹ Forkortelse for «International Financial Reporting Standards»: internasjonale regnskapsstandarder.

¹²² Nedrelid (2015) s. 189.

¹²³ Schwencke mfl. (2017) s. 259.

¹²⁴ Berge mfl. (2011) s. 26.

¹²⁵ Tilsvarende i forarbeidene til endringsloven til uhl. og fagskoleloven og friskoleloven, jf. henholdsvis Prop. 44 L (2016–2017) s. 44 og Prop. 84 L (2014–2015) s. 79.

¹²⁶ Reiersen (2015) s. 194.

¹²⁷ Schwencke mfl. (2017) s. 240, Madsen (2014) s. 267.

¹²⁸ Truyen (2005) s. 215–216.

¹²⁹ Steinheim (2008).

Der metode 1 og 2 ikke kan brukes, kan markedsverdi anslås ved aksepterte verdsettingsmetoder. Hvilke metoder påpekes ikke i forarbeidene til ny regnskapslov. I teorien fremheves ulike alternativer.¹³⁰

4.6.4 Virkelig verdi i praksis

Virkelig verdi av penger er de nominelle størrelser.¹³¹ Ifølge teori om aksjeloven § 3-8 skal unoterte aksjer vurderes som i Rt. 2007 s. 1395.¹³² Det vil si omsetningsverdi; eventuelt vil avtalt pris og selskapsverdi være veiledende. Det samme gjelder trolig etter § 3-6.¹³³

Utover aksjer, må avtaler sammenholdes mot eksterne sammenlignbare avtaler. Har man ikke slike, må virkelig verdi være tjenesteyters kostpris med et antatt markedsmessig fortjenestepåslag.¹³⁴ Tilsvarende følger av forarbeidene til barnehageloven § 14 a vedrørende spørsmålet om prising av husleie.¹³⁵

Ved løpende avtaler må neddiskontert verdi reflektere virkelig verdi. De fremtidige kontantstrømmer diskonteres til nåverdi på avtaletidspunktet. Er løpetiden fastsatt er det kontantstrømmene i den avtalte perioden som legges til grunn. Kan selskapet si opp på egen hånd er det bare kontantstrømmene som faller innenfor en eventuell oppsigelsestid som skal regnes med. Ved låneavtaler er neddiskontert markedsrente avgjørende for hva som er virkelig verdi; hovedstolen teller ikke.¹³⁶

4.6.5 Tidspunktet for verdsettelsen

Spørsmålet her er hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for verdsettelsen. Ifølge aksjelovene § 3-6 andre avsnitt er det «dagen for overføringen». Ordlyden tilsier tidspunktet partenes ytelser oppfylles. Verken forarbeider eller rettspraksis kommenterer spørsmålet.

Skjulte utdelinger har ikke relevant formell forankring i sammenslutningen. Har den heller ikke forankring i avtale er det bare tidspunktet for sammenslutningens ytelse man kan knytte verdsettelsen til.¹³⁷

Foreligger det en avtale er spørsmålet om det er avtaletidspunktet eller oppfyllestiden som er avgjørende. Forskjellen ligger i hvem som bærer risikoen for verdisvingninger i formuesgodet.¹³⁸ Ved avtaletidspunktet bærer sammenslutningen risikoen. Motsatt bærer mottaker risikoen dersom oppgjørstidspunktet legges til grunn.¹³⁹

¹³⁰ Nedrelid (2015) s. 205–206, Folkvord (2013) s. 217, Truyen (2005) s. 445.

¹³¹ Mack (2003) s. 486.

¹³² Berge mfl. (2011) s. 24.

¹³³ Ifølge teorien bør verdsettingen etter §§ 3-6 og 3-8 være lik, jf. Nedrelid (2015) s. 203 og Aarbakke mfl. (2012) s. 189.

¹³⁴ Berge mfl. (2015) s. 24–25.

¹³⁵ Prop. 98 L (2011–2012) s. 20.

¹³⁶ Berge (2015) s. 28.

¹³⁷ Reiersen (2015) s. 215.

¹³⁸ Keiserud (2000) s. 493.

¹³⁹ Samme sted.

Et argument mot avtaletidspunktet er at det kan sette sammenslutningen i en utsatt posisjon, noe som ikke harmonerer med utdelingsbegrepets formål. I teorien velges likevel nesten unntaksvis avtaletidspunktet, som for øvrig samsvarer med § 3-8.¹⁴⁰ Når avtaletidspunktet er, avgjøres av avtaleretten.¹⁴¹

4.6.6 Absolutt krav om likevekt?

Det finnes som nevnt ulike metoder for å finne markedsverdi. Metodene med høyest pålitelighet er de som måler observerbar pris for identiske eller liknende ytelser i et velfungerende marked. Der slike metoder anvendes må kravene til avvik være absolutt.¹⁴²

Dersom ytelsene ikke er helt standardiserte og ukompliserte vil man i praksis vanskelig kunne påvise et konstaterbart marked.¹⁴³ I slike tilfeller vil det knytte seg usikkerhet til verdsettelsen. Spørsmålet blir da om enhver mangel på likevekt skal innebære en verdioverføring.

Ordlyden «enhver» i aksjelovene § 3-6 tilsier at alle avvik på likevekt er en verdioverføring. Verken forarbeidene eller rettspraksis omtaler spørsmålet eksplisitt. I teorien er det tatt til orde for at det neppe kan stilles krav om at verdiavviket kan være vesentlig, og at partene innrømmes et visst rom for skjønn når det gjelder ytelser med en verdi som vanskelig lar seg beregne.¹⁴⁴

Reiersen mener ethvert avvik er en verdioverføring, men at partene ved verddivurderingen har et skjønnsmessig rom fordi verddivurderinger i seg selv er usikre. I mange tilfeller vil verddivurderingen oppgi et prisintervall. Så lenge verddivurderingen er forsvarlig og partenes ytelser er innenfor intervallet er ikke verdioverføringsvilkåret oppfylt.¹⁴⁵

I realiteten synes ikke teorien å gi ulike løsninger. Både partenes skjønnsmargin og virkelig verdi som et intervall innebærer at det legges inn en form for sikkerhetsmargin i sammenslutningens favør.

4.6.7 Oppsummering

Partenes ytelser skal vurderes til markedsverdi. Markedsverdien fastlegges ved å se hen til hvordan prisen ville ha blitt i en hypotetisk salgssituasjon med nærmere egenskaper, eventuelt ved andre aksepterte verdsettelsesmetoder. Vurderingstidspunktet er normalt avtaletidspunktet, eventuelt tidspunktet for selskapets ytelse. Der en forsvarlig verddivurdering av partenes ytelser viser at sammenslutningens verdier reduseres, er verdioverføringvilkåret oppfylt.

¹⁴⁰ Aarbakke mfl. (2012) s. 189, Bråthen (2015) note 295, Reiersen (2015) s. 220. Motsatt Keiserud (2000) s. 493.

¹⁴¹ Reiersen (2015) s. 220.

¹⁴² Berge mfl. (2011) s. 23.

¹⁴³ BDO (2014) s. 35.

¹⁴⁴ Aarbakke mfl. (2012) s. 188 og Berge mfl. (2015) s. 26, LB-2016-70621 (om friskoleloven § 6-3).

¹⁴⁵ Reiersen (2015) s. 202, Berge mfl. (2015) s. 26–27.

5 Utdelingsbegrepets personelle rekkevidde

5.1 Innledning

Med utdelingsbegrepets «personelle rekkevidde» menes hvilken personkrets som er relevant ved sammenslutningrettens regler om utdelinger.¹⁴⁶ Utdelingsbegrepets personelle rekkevidde reguleres noe ulikt i de forskjellige sammenslutninger. Fordi den faktiske situasjonen ofte vil være den samme vil imidlertid de samme spørsmål oppstå på tvers av sammenslutninger.

5.2 Aksjeselskap og allmennaksjeselskap

5.2.1 Aksjeeieren til gode

Etter aksjelovene omfatter utdelingsbegrepet verdioverføring som «direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode», jf. § 3-6 andre avsnitt første setning. Etter ordlyden er det avgjørende at aksjeeieren tilgodeses av overføringen, ikke at vedkommende mottar den. En verdioverføring til en annen enn aksjeeier kan derfor være en utdeling. Det er heller ikke avgjørende om aksjeeieren direkte eller indirekte tilgodeses, men om vedkommende overhodet tilgodeses, jf. «eller».¹⁴⁷

Hvem som er «aksjeeier» sies ikke i bestemmelsen. Heller ikke andre steder i loven er aksjeeierbegrepet definert. I teorien er begrepet definert som den med eiendomsrett til aksjer.¹⁴⁸ Det reelle eierforholdet er avgjørende, ikke innholdet i aksjeeierbok eller -register.¹⁴⁹ Aksjelovene forutsetter at ikke bare fysiske personer, men også juridiske personer kan være aksjeeiere, jf. for eksempel § 1-3 andre avsnitt.

Bestemmelsen nevner bare aksjeeiere. Også selskapets avtaler med styremedlemmer og daglig leder kan aktualisere misbruksrisikoen omtalt innledningsvis. Slike tilfeller omfattes likevel ikke av utdelingsbegrepets personelle rekkevidde, men av myndighetsmisbruksreglene.¹⁵⁰

Bestemmelsen sier ikke noe om til hvilket tidspunkt en må være aksjeeier. Verdioverføring til personer som ikke lenger eide aksjer på tidspunktet for verdioverføringen omfattes av bestemmelsen, jf. Santech.¹⁵¹ Det antas at tilsvarende gjelder for personer som blir aksjeeiere i etterkant av utdelingen.¹⁵² Om noen mottar overføringen i egenskap av tidligere eller fremtidig aksjeeier beror på en vurdering av årsakssammenheng (punkt 6).¹⁵³

¹⁴⁶ Andre bruker betegnelsen «subjektiv» rekkevidde o.l. om det samme, se f.eks. Aarbakke mfl. (2012) s. 190.

¹⁴⁷ Folkvord (2013) s. 188. Skillet kan ha betydning etter § 3-7 der tredjeperson er mottaker, jf. Arkatunet.

¹⁴⁸ Matre (2001) s. 396.

¹⁴⁹ Berge mfl. (2015) s. 56.

¹⁵⁰ Reiersen (2015) s. 224.

¹⁵¹ S. 2038.

¹⁵² Se f.eks. Bråthen (2017) s. 217, Aarbakke mfl. (2012) s. 190.

¹⁵³ Reiersen (2015) s. 247.

Etter dette er det avgjørende spørsmålet hva som skal til for å anse aksjeeier tilgodesett. Ordlyden sett i sammenheng med verdioverføringsvilkåret tilsier at det må være tale om en økonomisk fordel for aksjeeier. Ifølge teorien er det avgjørende om overføringen øker eller virker inn på aksjeeiers formuesstilling.¹⁵⁴ Om det er tilfelle, beror på en konkret vurdering.¹⁵⁵

Personvilkåret er oppfylt der den registrerte aksjeeier selv mottar verdioverføringen fra selskapet.¹⁵⁶ Det gjelder også om den registrerte aksjeeier er mellomperson for tredjeperson. Med mellomperson menes avtale mellom aksjeeier og tredjepersonen om at sistnevnte skal være endelig mottaker. I slike tilfeller er tredjepersonen den reelle eier av aksjene, men ønsker av ulike grunner å skjule aksjeeierskapet ved å la mellompersonen være formelt registrert.¹⁵⁷

Der den registrerte aksjeeier ikke mottar overføringen i første omgang, kan overføringen likevel komme aksjeeieren til gode. Det vil være tilfelle der *tredjeperson* opptrer som mellomperson. Dersom aksjeeieren etter avtale med mellompersonen er den endelige mottaker av verdioverføringen, kommer overføringen den registrerte aksjeeieren til gode.¹⁵⁸

Der selskapet betaler en forpliktelse som reelt påhviler aksjeeier, er mottaker en tredjeperson. Likevel fritas aksjeeier for forpliktelsen overfor sin kreditor (tredjepersonen), og selskapets betaling er derfor en verdioverføring som tilgodeser aksjeeieren.

Det var tilfellet i Rt. 2008 s. 385 (Arkatunet). Spørsmålet i saken var blant annet om et selskaps betaling av en aksjeeiers gjeld var en utdeling etter aksjelovene § 3-6. Det var klart at forpliktelsen påhvilde aksjeeieren og ikke selskapet.¹⁵⁹ Selv om mottakeren av verdioverføringen ikke var aksjeeieren, kom retten til at gjeldsinnfrielsen kom aksjeeieren til gode.¹⁶⁰

Der datterselskap overfører verdier til morselskapets aksjeeier er sistnevnte tredjeperson, mens morselskapet er aksjeeier (i datterselskapet). I slike tilfeller kan verdioverføringen komme aksjeeier (morselskapet) til gode.¹⁶¹ Det vil være tilfelle der overføringen sparer morselskapet for en utgift, fordi datterselskapet betaler en utgift som reelt påhviler morselskapet.¹⁶²

Videre kan en overføring mellom søsterselskaper komme aksjeeier (morselskapet) til gode.¹⁶³ Det kan begrunnes på flere måter, for eksempel morselskapets aksjer i det mottakende søsterselskapet øker i verdi.¹⁶⁴

¹⁵⁴ Skåre mfl. (1987) s. 310, Reiersen (2015) s. 227.

¹⁵⁵ Folkvord (2013) s. 182, Reiersen (2015) s. 226.

¹⁵⁶ Aarbakke mfl. (2012) s. 190, Reiersen (2015) s. 225.

¹⁵⁷ Reiersen (2015) s. 230.

¹⁵⁸ Folkvord (2013) s. 188 uttaler at «en fordel er like mye en fordel om den kommer via omveier».

¹⁵⁹ Rt. 2008 s. 385 (avsnitt 65).

¹⁶⁰ Bråthen (2017) s. 216. Om hvem som er rett debitor, se punkt 4.5.2.

¹⁶¹ Andenæs (2016) s. 424.

¹⁶² Reiersen (2015) s. 232. Om hvem som er rett debitor se punkt 4.5.2.

¹⁶³ Andenæs (2016) s. 425, Folkvord (2013) s. 202.

¹⁶⁴ Reiersen (2015) s. 232–233.

Der mottaker er aksjeeiers nærstående kan aksjeeier bli å anse som tilgodesett. Aksjeeiers nærstående kan være et annet selskap som aksjonæren eier aksjer i, ektefelle, barn og så videre.¹⁶⁵ Det kan for eksempel begrunnes med at aksjeeiers formue indirekte øker.¹⁶⁶

Der selskapet overfører verdier til organisasjoner og andre formål, herunder stiftelse opprettet av aksjeeier, kan det også anses for å tilgodese aksjeeier.¹⁶⁷ Det vil være tilfellet der selskapet betaler en utgift som reelt påhviler aksjonæren.¹⁶⁸

5.2.2 Fra selskapet

Ovenfor var spørsmålene knyttet til den som tilgodeses. Her snus perspektivet. Spørsmålet er om yter av verdioverføringen må være selskapet, eller om utdelingsbegrepet omfatter at andre enn selskapet overfører verdier.

Aksjelovene § 3-6 andre avsnitt avgrenser bare utdelingsbegrepets rekkevidde med hensyn til hvem overføringen tilgodeses. Etter § 3-6 første avsnitt heter det imidlertid at det er utdeling «fra selskapet» som må skje etter utdelingsreglene. Ordlyden kan gi inntrykk av at overføringen formelt må komme fra selskapet.

Loven skal ikke tas på ordet.¹⁶⁹ Det avgjørende er at selskapets verdier reduseres som følge av verdioverføringen.¹⁷⁰ Det betyr at også en overføring som aksjeeier mottar fra tredjeperson kan omfattes.

Det vil være tilfelle der aksjeeier får en inntekt som reelt sett tilhører selskapet.¹⁷¹ Selskapet selger for eksempel en eiendel til tredjeperson, som betaler direkte til aksjeeieren; til tross for at selskapet er rett kreditor. Vurderingen av hvem som er rett kreditor er tilsvarende som hvem som er rett debitor (punkt 4.5.2).¹⁷²

Som nevnt kan en overføring omfattes av utdelingsbegrepet selv om aksjeeieren benytter seg av en mellomperson. Det kan imidlertid tenkes at *selskapet* benytter en mellomperson; typisk et annet selskap. Selskapet avtaler at mellompersonen overfører verdier til den eneste aksjeeieren i selskapet. Mellompersonen får betalt av selskapet senere. Avtalen med mellompersonen reduserer selskapets formue. Derfor må trolig overføringen anses for å komme fra selskapet, og ikke mellompersonen.¹⁷³

¹⁶⁵ Rt. 2011 s. 257 (avsn. 53), Bråthen (2017) s. 216, Woxholt (2014) s. 250, Andenæs (2016) s. 425.

¹⁶⁶ Reiersen (2015) s. 234.

¹⁶⁷ Aarbakke mfl. (2012) s. 190.

¹⁶⁸ Reiersen (2015) s. 235. Om hvem som er rett debitor se punkt 4.5.2.

¹⁶⁹ Berge mfl. (2011) s. 24, Andenæs (2016) s. 425.

¹⁷⁰ Reiersen (2015) s. 252–253.

¹⁷¹ Aarbakke mfl. (2012) s. 192.

¹⁷² Andenæs (2016) s. 426, Reiersen (2015) s. 254, Aarbakke mfl. (2012) s.192, Berge mfl. (2011) s. 24.

¹⁷³ Reiersen (2015) s. 258.

5.3 Ansvarlige selskaper og kommandittselskap

Selskapsloven er utformet på samme måte som aksjelovene, med den forskjell at det er deltakeren og ikke aksjeeieren som må direkte eller indirekte tilgodeses, jf. § 2-26 fjerde avsnitt andre setning. Som etter aksjelovene trenger ikke deltakeren å være den direkte mottaker av verdioverføringen. Eksempelvis kan deltakerens nærmeste familie motta verdioverføringen, og deltakeren kan etter en konkret vurdering likevel bli ansett for å indirekte bli tilgodesett.¹⁷⁴

Med hensyn til hva som ligger i den konkrete vurderingen av om en deltaker er tilgodesett, må trolig de aksjerettslige regler gjelde så langt de passer. Det samme gjelder spørsmålet om utdelingen kommer fra selskapet.

5.4 Samvirkeforetak

5.4.1 Medlemmet til gode

Samvirkeoven § 31 har ingen angivelse av utdelingsbegrepets personelle rekkevidde slik som i aksjelovene eller selskapsloven. Det heter likevel i første avsnitt siste setning at utdelingsforbudet der er rettet mot «medlemman». I forarbeidene tales det også om verdioverføringer «til medlem» for å forklare utdelingsbegrepet.¹⁷⁵

At utdelingsbegrensningene i samvirkeoven bare gjelder der medlemmet er mottaker, vil imidlertid gjøre det lett å omgå reglene. I teorien legges det til grunn at verdioverføringer som bare indirekte kommer medlemmet til gode, også omfattes av det samvirkerettslige utdelingsbegrep.¹⁷⁶ Når det gjelder hva som skal til for å anse et medlem tilgodesett, må de aksjerettslige regler gjelde så langt de passer.¹⁷⁷ Eksempelvis vil medlemmet kunne anses som tilgodesett dersom dets nærstående mottar verdioverføring fra foretaket.¹⁷⁸

Utdelingsreglene i samvirkeretten omfatter bare tilfeller hvor «medlemmet» tilgodeses. Tilgodesees styremedlem eller daglig leder må dette som i aksjeretten antas å reguleres av myndighetsmisbruksreglene, jf. samvirkeoven § 90.

5.4.2 Fra samvirkeforetaket

¹⁷⁴ NOU 1980: 19 s. 122.

¹⁷⁵ NOU 2002: 6 s. 351.

¹⁷⁶ Fjørtoft (2014b) s. 245–246.

¹⁷⁷ Fjørtoft (2009) s. 121 uttaler at på «dette punktet er det ingen grunn til at utdelingsbegrepet skal ha et annet innhold i samvirkeoven enn i aksjeloven».

¹⁷⁸ Fjørtoft (2014b) s. 248.

Som etter aksjelovene, trenger det ikke å være samvirket selv som formelt gir fra seg verdiene.¹⁷⁹ Overføringen kan komme fra tredjeperson, og likevel rammes av utdelingsreglene. Dersom medlemmet får en inntekt som reelt er samvirkeforetakets, må det derfor anses som en utdeling fra foretaket.¹⁸⁰

Der et medlem i det selgende samvirkeforetak mottar en verdioverføring fra det overtakende samvirkeforetak i forbindelse med en fusjon eller fisjon, uten å være medlem i det utfisjonerte foretaket som yter vederlaget, skal dette trolig regnes som en utdeling i samvirkeretten.¹⁸¹

I aksjeretten er et liknende spørsmål om overføringer til personer som ikke lenger er aksjeeiere skal anses som en utdeling. Slike overføringer er en utdeling der denne mottas i egenskap av tidligere aksjeeier. Det avgjørende er med andre ord en vurdering av årsakssammenheng. Det samme må nok gjelde etter samvirkeretten.¹⁸²

I punkt 5.2.1 ble det konkludert med at en overføring fra datterselskap til morselskapets aksjeeier er en utdeling fra datterselskapet til morselskapet. En liknende problemstilling oppstår i samvirkeretten når et sekundærsamvirke overfører verdier til medlemmene av et primærsamvirke.¹⁸³ Dette må anses som en utdeling fra sekundærsamvirket til primærsamvirket.¹⁸⁴

5.5 Stiftelsesloven

Stiftelsesloven § 19 definerer ikke utdelingsbegrepet. Ifølge ordlyden har ikke det personelle vilkår betydning for om en disposisjon er en utdeling etter loven, slik tilfellet er etter aksjelovene. Derimot har loven et personelt vilkår som kan gjøre at en utdeling blir ulovlig.

Etter bestemmelsens andre avsnitt er det en nærmere angitt krets av mottakere som vil medføre at en utdeling er ulovlig, herunder blant annet oppretteren. Utdelingene er ulovlig der de skjer «til» den personkretsen nevnt i bestemmelsen. I teorien blir det imidlertid lagt til grunn at også ytelser som kommer personkretsen indirekte til gode rammes.¹⁸⁵

Dette er i tråd med aksjeretten, og ifølge forarbeidene til stiftelsesloven er det stiftelsesrettslige utdelingsbegrepet langt på vei likt med aksjerettens.¹⁸⁶ Aksjerettens retningslinjer om hva som skal til for å anse personkretsen tilgodesett og når utdelingen er fra selskapet, må derfor kunne anvendes så langt de passer.

¹⁷⁹ Fjørtoft (2014b) s. 248.

¹⁸⁰ Samme verk s. 246.

¹⁸¹ Samme verk s. 248.

¹⁸² Slik også Fjørtoft (2017).

¹⁸³ Slik også Fjørtoft (2017).

¹⁸⁴ Fjørtoft (2014b) s. 248.

¹⁸⁵ Woxholt (2001) s. 275.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 15 (2000–2001) s. 98.

I forarbeidene til ny stiftelseslov foreslås å utvide personkretsen til blant annet den som har skutt inn grunnkapital, jf. forslaget § 59 bokstav b.¹⁸⁷ Den som har tilført stiftelsen annen egenkapital enn grunnkapital, rammes derimot ikke. Ifølge forarbeidene vil klare omgåelsestilfeller rammes.¹⁸⁸

Som i aksjeretten, er ikke styremedlem og daglig leder nevnt i stiftelsesloven § 19 som persongrupper det ikke kan utdeles til. Hensynet til harmoni i sammenslutningsretten tilsier at tilgodeseelse av slike persongrupper reguleres av myndighetsmisbruksreglene. For stiftelser er disse ulovfestet.¹⁸⁹ Det er foreslått å lovfeste prinsippet, se forslaget § 50.

5.6 Foreninger

Foreningsretten opererer ikke med noe utdelingsbegrep, og dermed heller ikke et personelt vilkår på samme måte som ellers. Som en følge av at foreningene er eierløse, er et grunnleggende prinsipp i foreningsretten at foreningen ikke kan foreta utdeling til medlemmene. For at utdelingsforbudet skal ha en realitet må også indirekte tilgodeseelse rammes, i likhet med det som ellers gjelder i sammenslutningsretten.

Når det gjelder utdelinger til foreningens ledelse, må slike i samsvar med det som ellers gjelder i sammenslutningsretten antas å være regulert av den foreningsrettslige myndighetsmisbrukslære.¹⁹⁰

Foreningen kan heller ikke dele ut verdier via omveier, slik at det formelt ikke er overført verdier fra foreningen, og på den måte omgå det foreningsrettslige utdelingsforbudet. På dette punkt må stillingen være den samme som det som ellers gjelder.

5.7 Private utdanningsinstitusjoner og barnehager

Utdanningslovene opererer med utdelingsforbud med hensyn til de offentlige midler. Personkretsen er i lovene angitt til «eierne eller deres nærstående». Private barnehagers avtaler med «eier eller eiers nærstående eller selskap i samme konsern som eier» må gjøres på markedsvilkår, jf. § 14 a første avsnitt bokstav b.

Et første spørsmål er hvilke eiere bestemmelsene sikter til.

Virksomhetens eier er det rettssubjektet som har søkt og fått godkjenning til å drive utdannings- eller barnehagevirksomhet.¹⁹¹ I praksis er det et aksjeselskap, men også de andre sammenslutningsformene kan forekomme.

¹⁸⁷ NOU 2016: 21 s. 129.

¹⁸⁸ Samme kilde s. 105.

¹⁸⁹ Samme kilde s. 63.

¹⁹⁰ Se om myndighetsmisbrukslæren i foreningsretten Woxholt (2008) s. 279 flg.

¹⁹¹ For friskoler følger dette av Ot.prp. nr. 37 (2006–2007) s. 43. Tilsvarende må antas å gjelde for andre utdannings- og barnehagevirksomheter.

Fordi virksomheten ikke kan utdele til seg selv, må det siktes til de som eier sammenslutningene, jf. også flertallsformen «eigarane». En annen sak er at lovspråket er upresist; ingen eier sammenslutninger. Deltakerne eier andeler i en sammenslutning, men ikke selve sammenslutningen og dens underliggende verdier.¹⁹²

Ifølge forarbeidene til barnehageloven skal eierbegrepet vurderes «ut fra en analogi fra regelverket på andre sektorer» og omfatte «de fysiske og juridiske personene som omtales i det generelle regelverket for vedkommende organisasjonsform»¹⁹³.

Av forarbeidene til friskoleloven fremgår det at «overføring til eigaren [...] ikkje vil vere aktuelt når skolen er registrert som stiftelse eller forening, fordi desse rettssubjekta er eigarlaus og det følgjeleg ikkje er eigarar å overføre til»¹⁹⁴.

En kan spørre om lovgiver har ment at stiftelsesloven eller den ulovfestede foreningsretten skal være rettsgrunnlag for utdelingssspørsmål der friskolen er organisert som en stiftelse eller forening.

Ser en hen til formålet bak utdelingsbestemmelsene i virksomhetslovene, er lovgivers formål med innføringen av disse at den alminnelige reguleringen i sammenslutningsretten ikke ble ansett tilstrekkelig (punkt 3.7). Det tilsier at utdelingssspørsmål må anses regulert i virksomhetslovene, uavhengig av sammenslutningsform. En slik løsning vil være i tråd med lex specialis-prinsippet.

I samme retning trekker det at utdelingsforbudet i uhl. og fagskoleloven også skal gjelde for stiftelser.¹⁹⁵ Etter årsskiftet vil det ikke være tillatt å benytte foreninger for slike institusjoner. Begrunnelsen er uklarheten som følger med at foreningsretten er ulovfestet.¹⁹⁶ Tilsvarende hensyn gjør seg for så vidt gjeldende også for de øvrige utdanningslovene og barnehageloven.

Etter dette er konklusjonen at hvem som er «eiere» i relasjon til virksomhetslovene beror på en vurdering av om den tilgodesette er en ulovlig personkrets (punkt 5). Er det tilfellet, reguleres forholdet av virksomhetslovene.

Spørsmålet er videre hvem som er «nærstående». Forarbeidene til barnehageloven forutsetter analogibetraktninger med hensyn til nærståendebegrepet.¹⁹⁷ Tilsvarende følger av forarbeidene til endringslov til uhl. og fagskoleloven, hvor det heter at nærstående er «personer som karakteriseres som nærstående etter for eksempel aksjeloven, stiftelsesloven eller andre rettsregler»¹⁹⁸.

Videre kan det stilles spørsmål om utdeling til andre enn eier og nærstående omfattes, for eksempel ansatte. Enten må slike utdelinger vurderes mot bestemmelsene om at offentlig tilskudd skal komme

¹⁹² Fjørtoft (2014b) s. 130, Sjøfjell (2013).

¹⁹³ Prop. 98 L (2011–2012) s. 20.

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 37 (2006–2007) s. 72. Tilsvarende BDO Norge (2014) s. 28. Forutsetningsvis Prop. 44 L (2016–2017) s. 33.

¹⁹⁵ Prop. 44 L (2016–2017) s. 69.

¹⁹⁶ Samme kilde s. 16.

¹⁹⁷ Prop. 98 L (2011–2012) s. 20.

¹⁹⁸ Samme kilde s. 44.

brukerne til gode, eller mot sammenslutningenes egne kapitalvernregler. Med tanke på lovgivers ønske om at utdelingsproblematikken helst bør løses i virksomhetslovene, kan førstnevnte alternativ være det mest nærliggende.¹⁹⁹ Men rettskildebildet er her uklart.

¹⁹⁹ BDO Norge (2014) s. 21.

6 Vilkåret om årsakssammenheng

6.1 Aksjeselskap og allmennaksjeselskap

6.1.1 Innledning

Vilkåret om årsakssammenheng fremgår ikke av lovteksten, men er forutsatt i rettspraksis. Det må være «en sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen»²⁰⁰. Grunnlaget for overføringen må være aksjeeiet. Formålet er å skille ut overføringer som aksjeeiere mottar i andre egenskaper, som for eksempel ansatt.²⁰¹ I det videre skal vi se på hvordan vi kan trekke denne grensen.

6.1.2 Formålet bak verdioverføringen

I *Sandaker* var spørsmålet blant annet om overføringen av en leiekontrakt fra et morselskap til et datterselskap var en utdeling etter aksjeloven 1976 § 12-4. Det var klart en verdioverføring; datterselskapet fikk leie til betydelig underpris. Datterselskapets eneste aksjeeier eide også aksjer i morselskapet, og verdioverføringen kom «aksjeeieren til gode». Avgjørende var om det forelå årsakssammenheng. Saksforholdet i *Arkatunet* er gjennomgått i punkt 5.2.1; også her var spørsmålet om årsakssammenheng avgjørende.

Dommene viser at utgangspunktet ved vurderingen er formålet bak verdioverføringen.²⁰²

I *Sandaker* begrunnet retten at vilkåret ikke var oppfylt med å peke på hvorfor selskapet hadde gjennomført verdioverføringen. Ifølge retten foretok selskapet verdioverføringen fordi sønnen hadde «vist seg uegnet til å drive butikken, og man ønsket å sikre fortsatt drift av butikken innenfor familien»²⁰³. Datterens aksjeeierskap var imidlertid «uten betydning» for verdioverføringen²⁰⁴.

I *Santech* var situasjonen motsatt. Det var aksjonærinteressene, og ikke kun selskapsinteressene, som var avgjørende for verdioverføringen. Ifølge retten ville ikke verdioverføringen skjedd «uavhengig av aksjonærinteressene».

Etter dette må, for å konstatere årsakssammenheng, formålet bak verdioverføringen være forankret i aksjeeiers særinteresse, og ikke i selskapets interesser.

Drøftelsen av årsakskravet forutsetter en verdioverføring som tilgodeser aksjeeieren. Men det er «ikke nødvendigvis [...] tale om en utdeling selv om en aksjeeier nyter godt av selskapets disposisjoner», jf. *Arkatunet*.²⁰⁵ Selv om leiekontrakten i *Sandaker* tilgodeså aksjeeieren, kom retten til at det ikke var

²⁰⁰ Sandaker på s. 1033 og *Arkatunet* i avsnitt 71.

²⁰¹ Berge mfl. (2011) s. 18.

²⁰² Reiersen (2015) s. 264.

²⁰³ S. 1033.

²⁰⁴ Samme sted.

²⁰⁵ Avsnitt 72.

årsakssammenheng. Og i *Santech* var utvilsomt konsulentselskapets rådgivning til gunst for de selgende aksjeeiere; heller ikke her var tale om en utdeling.

I teorien er det særlig Reiersen som drøfter vilkåret inngående, og også hun avgrenser årsakskravet mot disposisjoner i selskapets interesse.²⁰⁶ Selskapets interesse defineres vidt; disposisjonen kan være en verdioverføring til aksjeeieren og likevel være i selskapets interesse. Det avgjørende er om disposisjonen er egnet til å ivareta selskapsinteressen på lengre sikt.²⁰⁷ Hun kaller slike disposisjoner for forretningsdisposisjoner, som etter hennes terminologi er et vidt begrep.²⁰⁸

I relasjon til spørsmålet om en disposisjon er en gave etter aksjelovene § 8-6 eller dekningsloven § 5-2, er det ikke tilstrekkelig at disposisjonen er en verdioverføring. I tillegg må det konstateres berikelseshensikt. I den sammenheng er det sentralt å skille mot verdioverføringer som ikke har et slikt formål, for eksempel disposisjoner med forretningsmessig begrunnelse.²⁰⁹ Vurderingen er her liknende, og rettskilder som omhandler disse spørsmål vil derfor være relevante.²¹⁰

For utdelingsreglene, vil imidlertid et vesentlig moment være at det er selskapets nærstående som tilgodeses: aksjeeieren. Ifølge *Sandaker* må det derfor kreves «strengt krav til sannsynliggjøring av at det ikke er sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen».²¹¹ Retten oppstiller en presumsjon om at årsakskravet er oppfylt når det allerede foreligger en verdioverføring som tilgodeser aksjeeier.²¹² Men også konkursretten er oppmerksom på dette, når en nærstående relasjon mellom debitor og mottaker anses som et moment for berikelseshensikt.²¹³

Inngangen på drøftelsen er at årsakskravet presumeres oppfylt; overføringen er begrunnet i aksjeeiers særinteresse. «Men dersom manglende sammenheng godtgjøres, må det være avgjørende»²¹⁴. Spørsmålet er altså hvilke forhold som kan velte en slik presumsjon. I det videre skal det pekes på typetilfeller hvor verdioverføringen typisk ikke er begrunnet i aksjeeiers særinteresser, men i selskapets interesse.

6.1.3 Typetilfeller der årsakssammenheng ikke foreligger

²⁰⁶ Reiersen (2015) s. 283.

²⁰⁷ Skåre mfl. (1987) s. 316, Reiersen (2015) s. 272.

²⁰⁸ Reiersen (2015) s. 268-269.

²⁰⁹ NUT 1970: 1 s. 174, Woxholt (2014) s. 253, Matre (2014) note 1475, Andenæs (2016) s. 455, Aarbakke mfl. (2012) s. 599, Huser (1992) s. 139-140.

²¹⁰ Reiersen (2015) s. 272.

²¹¹ S. 1034.

²¹² Folkvord (2013) s. 196, Reiersen (2015) s. 304.

²¹³ Huser (1992) s. 143.

²¹⁴ Sandaker på s. 1034.

Verdioverføringer til reklamehensikt vil kunne anses i tråd med selskapsinteressene.²¹⁵ Tilsvarende for ytelser som er begrunnet i de ansattes velvære.²¹⁶ At mottakeren også er aksjeeier vil i utgangspunktet ikke ha betydning, da slikt er vanlig i forretningsvirksomhet.²¹⁷

Unntak kan tenkes der selskapet ikke behandler alle mottakere på samme linje. Videre der samtlige ansatte er aksjeeiere, spesielt i selskaper med én aksjeeier. Da beveger man seg bort fra det forretningsmessige bak disposisjonen.²¹⁸

Der lønnen til en ansatt (som samtidig er aksjeeier) ikke er markedsmessig, kan årsakskravet bli aktuelt.²¹⁹ Riktignok bare i særtilfeller, fordi det ved verddivurderingen av partenes ytelser må innrømmes et visst skjønn (punkt 4.6.6). Tilsvarende gjelder pensjoner.²²⁰

Der aksjeeieren mottar lån, vil dette som utgangspunkt ikke være en verdioverføring. Årsakskravet kommer derfor ikke på spissen. Er aksjeeiers «lån» i realiteten en utdeling (punktene 4.4.2 og 4.4.3), er derimot årsakskravet relevant.

Disposisjoner som etter en forsvarlig vurdering av selskapets representanter er likevektige, men som i ettertid medfører at selskapets verdier reduseres, kan anses å skje i samsvar med selskapsinteressene. For eksempel der den forretningsmessige risikoen er feilvurdert. Erstatningsansvar etter § 17-1 kan derimot komme på tale om vurderingene er uforsvarlige.²²¹

Det samme må være tilfelle der selskapets aksjeeier fører selskapet bak lyset.²²² Her er det ikke aksjeeierposisjonen som er avgjørende for verdioverføringen, men sviket, opplysningssvikten og så videre, jf. avtaleloven § 28-33. Selskapet kan her kreve restitusjon ved avtalerettslig ugyldighet.

Har selskapet en rettslig plikt til å gjennomføre en verdioverføring, kan det ikke være en utdeling.²²³ Forsikringselskapet utbetaler for skade på innbo til en kunde som også er aksjonær. Isolert sett er det en verdioverføring som tilgodeser aksjeeier, men ytelsen er begrunnet i rettslig plikt etter forsikringsavtalen. Så lenge utbetalingen ikke avviker fra andre kunders skadeoppgjør kan den ikke anses å ha sammenheng med aksjeeierskapet.

Det kan også tenkes at selskapet, *uten* å ha juridisk plikt til det, overfører verdier begrunnet i rimelighetshensyn. Selskapets kunder blir skadet på selskapets forretningssted, men som følge av en årsak som ikke kan begrunne erstatningsrettslig ansvar. Velger selskapet å dekke kundens egenandel

²¹⁵ Rt. 1922 s. 272, Augdahl (1959) s. 102, Skåre mfl. (1987) s. 316, Sandvik (1985) s. 33, Andenæs (2009a), s. 298.

²¹⁶ Augdahl (1959) s. 102, Skåre mfl. (1987) s. 316, Huser (1992) s. 140, Andenæs (2009a) s. 298.

²¹⁷ Reiersen (2015) s. 272, Berge mfl. (2011) s. 22.

²¹⁸ Berge mfl. (2011) s. 22.

²¹⁹ Samme sted.

²²⁰ Samme sted.

²²¹ Reiersen (2015) s. 270, Haaskjold (2014) s. 261.

²²² Sandvik (1985) s. 32, Haaskjold (2014) s. 261.

²²³ Sandvik (1985) s. 32.

for sykehusbehandling vil ikke det kunne anses å ha sammenheng med aksjeeierskapet, selv om kunden var aksjeeier.²²⁴

Slike overføringer kan også være begrunnet i forretningsmessig velvilje. Selskapet utfører for eksempel reparasjonsarbeid selv om reklamasjonstid er utløpt.²²⁵ Tilsvarende må gjelde der begrunnelsen er forankret i omdømmehensyn. Selskapets betaling av aksjeeiers foreldede fordring vil neppe anses for å være en utdeling, så lenge andre kreditorer behandles på samme måte. En liberal praktisering av foreldelsesreglene kan ivareta selskapets langsiktige interesser.²²⁶

Også det selskapet lar være å gjøre, kan medføre en verdioverføring til fordel for aksjeeier. Selskapet lar bevisst være å inndrive en fordring mot aksjeeier. Det vil nok ikke kunne aksepteres.²²⁷ Likevel kan det nok ikke kreves at selskapet belaster aksjeeier forsinkelsesrenter og inndrivelseskostnader.²²⁸ Slikt er vanlig i forretningslivet så lenge debitor viser vilje til å betale et forfalt krav. Så lenge selskapet behandler øvrige debitorer på samme måte må det være innenfor det som kan godtas.

Der selskapet delvis nedskriver sitt krav i forbindelse med frivillig gjeldsordning kan selskapets interesse i å få saken ute av verden legitimere verdioverføringen.²²⁹ Det kan også hende kravet i realiteten ikke kan inndrives på andre måter. Tilsvarende må gjelde der selskapet helt eller delvis frafaller kravet i forbindelse med rettsforlik.²³⁰

Også økonomiske betraktninger kan begrunne elementer av vederlagsfrihet i disposisjoner som ellers ville vært balanserte. I *Sandaker* var leiekontrakten svært gunstig for aksjeeieren. Den ble likevel ansett nødvendig for fortsatt drift innen familien, og for at butikkforretningen skulle kunne drive stabilt.

Felles for typetilfellene som er trukket frem er at de kan begrunnes i selskapets langsiktige interesse. Den som tilgodeses kunne like gjerne vært en annen enn aksjeeier. Så lenge selskapet behandler sine medkontrahenter på samme måte, kan ikke aksjeeiers særinteresser anses å påvirke overføringen.²³¹

6.1.2 Typetilfeller der årsakssammenheng foreligger

Ovenfor er det gått gjennom typetilfeller som kan tenkes å velte presumsjonen om årsakssammenheng. Men hvilke forhold er egnet til å oppstille en slik presumsjon? I lys av gjennomgangen ovenfor står en her igjen med tilfeller hvor verdioverføringen virker som en særbehandling av aksjeeieren.

I *Arkatunet* var det overhengende at retten ikke fant andre fornuftige årsaker til overprisen, enn at formålet var å dekke aksjeeiers gjeld. Dersom tredjeparten i realiteten var eneste leverandør i markedet

²²⁴ Andenæs (2009a) s. 299.

²²⁵ Haaskjold (2014) s. 260, Andenæs (2009a) s. 299.

²²⁶ Fjørtoft (2014b) s. 247, Huser (1992) s. 142, Andenæs (2009a) s. 298.

²²⁷ Fjørtoft (2014b) s. 247, Sandvik (1985) s. 33, Huser (1992) s. 141.

²²⁸ Fjørtoft (2014b) s. 247.

²²⁹ Andenæs (2009a) s. 299.

²³⁰ Andenæs (2009a) s. 299, Haaskjold (2014) s. 260.

²³¹ Reiersen (2015) s. 293.

kunne det ifølge retten tyde på en fornuftig årsak bak overprisen. Men selskapet hadde verken gjort aktive undersøkelser for å finne andre kontraktsparter eller forsøkt å prute på prisen.²³² Dommen viser at dersom selskapet inngår en lite fordelaktig avtale uten at annen avtale er forsøkt inngått, vil det trekke i retning av at selskapsinteressen ikke var motiverende for verdioverføringen.²³³

Motsatt må gjelde der handlingsalternativer blir undersøkt, jf. *Santech*. Her vurderte rådgiverne ikke bare mulighetene for å selge aksjeeierens aksjer til høyest mulig pris, men så også hen til andre tiltak for å hjelpe selskapets økonomi.

Når retten i *Arkatunet* legger vekt på at den aktuelle avtalen «innebar en betydelig overpris» sammenlignet med tilsvarende type avtaler, er det et uttrykk for at størrelsen på verdioverføringen er av relevans: jo større den er, desto større grunn er det til å anse verdioverføringen for å ha sammenheng med selskapsinteressen.²³⁴

Videre er relasjonen mellom selskap og aksjeeier et relevant moment.²³⁵ Jo nærmere tilknytning til selskapet, jo mer må utgangspunktet være at disposisjonen er begrunnet i aksjeeiers interesser. Det er størrelsen på aksjeposten som i så fall er avgjørende for aksjeeierens nærhet.²³⁶

6.2 Ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

Årsakskravet får ikke avgjørende betydning ved spørsmål om en utdeling er i strid med § 2-26 fjerde avsnitt. Det avgjørende er der om uttaket er «åpenbart» i strid med selskapets eller kreditorenes interesser. Slik interessestrid forutsetter at uttaket er gjort i den tilgodesette deltakers særinteresse.

Hvis ikke annet er avtalt, må deltakerens utøvelse av eierrådighet ivareta selskapets, og ikke i den enkelte deltakers, interesse.²³⁷ Skillet mellom disposisjoner i selskapets og deltakerens særinteresser må nok følge aksjerettens retningslinjer så langt de passer.

6.3 Samvirkeforetak

Samvirkelovens forarbeider viser at formålet bak avtalen også her er avgjørende. En utdeling er ulovlig der den ikke er «et ordinært ledd i foretakets samhandel med medlemmene. [...] Hvis avtalen ikke har en slik ordinær forretningsmessig bakgrunn, er verdioverføringen en ulovlig utdeling [...]».²³⁸

²³² Avsnitt 74.

²³³ Reiersen (2015) s. 292.

²³⁴ Bråthen (2015) note 290, Reiersen (2015) s. 292.

²³⁵ Bråthen (2015) note 290.

²³⁶ Reiersen (2015) s. 294.

²³⁷ Aarbakke (2010) s. 103 og 106.

²³⁸ NOU 2002: 6 s. 251.

Spørsmålet er om avtalen er begrunnet i det tilgodesette medlemmets særinteresse eller i forretningsmessige hensyn. Er det førstnevnte tilfellet, foreligger det årsakssammenheng mellom verdioverføringen og medlemsskapet.

Ifølge forarbeidene skal det «mykje til før gunstige prisar blir rekna som [en ulovlig] ‘utdeling’» (min merknad).²³⁹ Dette har sammenheng med formålet bak samvirkeforetakene (punkt 3.4). Aksjeretten skiller seg her fra samvirkeretten.²⁴⁰

Uttrykket «gunstige prisar» utdypes ikke. I lys av sammenhengen det står i siktes det nok til at medlemmets ytelse ikke er markedsmessig. Er en verdioverføring begrunnet i medlemsskapet, foreligger det strengt tatt årsakssammenheng. Men utdelingen er ikke av den grunn ulovlig. Utdelinger som ledd i samvirkeforetakets ordinære handel med medlemmene er av lovgiver er ansett for å være en del av samvirkeforetakets karakter.

Et naturlig utgangspunkt ved gunstige avtaler mellom samvirkeforetaket og medlemmene er at disse er i samvirkeforetakets interesse. Situasjonen er motsatt i aksjeretten, jf. presumsjonen (punkt 6.1.2). Spørsmålet er hva som skal til for å fravike utgangspunktet.

Årsaksvurderingen i aksjeretten er konkret, det må den også være her. Et moment kan være om avtalen skiller seg fra de ordinære medlemsavtalene i samvirket. Det vil være tilfellet ved en avtale utenfor samvirkeforetakets formålsrettede virksomhet. Da faller begrunnelsen for utgangspunktet om at avtalen skal anses i foretakets interesse. For slike avtaler er stillingen den samme som etter aksjeretten.²⁴¹

Er verdioverføringen derimot en del av de ordinære medlemsavtalene i samvirkeforetaket, skal det mye til før en kan konstatere ulovligheter. Samvirkeforetaket har her stort spillerom med tanke på prissettingen. Salg til selvkostpris vil ikke være en ulovlig utdeling. Heller ikke der ytelsen også gis til de som ikke er medlemmer; avgjørende her er om medlemmet ville blitt tilgodesett hvis man tenker medlemsskapet bort.²⁴²

Et annet moment er om de som tilgodeses av verdioverføringen er andre enn de som har skapt verdiene. For eksempel at foretaket i en periode har ekstremt gunstige priser for å omgå § 135 fjerde avsnitt første punktum, hvor det fremgår at foretaksformuen ved oppløsning skal gå til samvirkeformål eller allmenntilgodeformål. Dersom den ubenyttede delen av årsoverskuddet går til medlemmet, i stedet for til samvirkeforetakets kollektive egenkapital, vil det trolig være en utdeling.²⁴³

Dersom utdelingen fører til at foretaket ikke vil være i stand til å ivareta de økonomiske interessene til medlemmene i fremtiden vil det også være et moment. Grensen er passert når egenkapitalen blir uforsvarlig etter § 25.²⁴⁴

²³⁹ Ot.prp. nr. 21 (2006–2007) s. 269.

²⁴⁰ Samme sted.

²⁴¹ Fjørtoft (2014b) s. 251.

²⁴² Fjørtoft (2009) s. 122.

²⁴³ Fjørtoft (2014b) s. 253–254.

²⁴⁴ Samme sted.

6.4 Stiftelser

Årsakskravet etter stiftelsesloven er annerledes enn etter aksjeretten. I stiftelsesloven er årsakskravet formulert slik at utdelingene skal være i samsvar med stiftelsens formål, jf. stiftelsesloven § 19 første avsnitt andre setning. Vurderingen av om årsakssammenheng foreligger, foretas ved å vurdere stiftelsens formål, som skal fremgå av vedtektene, jf. § 10 b. Disse må tolkes.²⁴⁵ Deretter må formålet med stiftelsen sammenholdes med formålet bak disposisjonen.

Utdelinger fra stiftelsen til visse persongrupper er forbudte, eksempelvis oppretteren. Oppretteren mv. er imidlertid ikke avskåret fra å handle med stiftelsen såfremt handelen ikke innebærer en utdeling. Om den er dét, beror på en vurdering langs de samme linjer som aksjeretten, herunder også årsakskravet.²⁴⁶ Det vil være naturlig å anvende presumsjonsregelen fra aksjeretten også i stiftelsesretten, slik at oppretteren mv. må påvise en eventuell forretningsmessig bakgrunn for verdioverføringen.

6.5 Foreninger

Etter foreningsretten er det ikke adgang til å dele ut midler til medlemmer. Og til andre må utdelinger være i tråd med foreningens formål. Det er derimot intet forbud for foreningen mot å gjennomføre forretningsmessige disposisjoner med disse, men ikke dersom disposisjonene i realiteten er utdelinger.

For å finne ut om det som tilsynelatende er en gjensidig bebyrdende disposisjon i realiteten er en utdeling, vil årsakskravet også i foreningsretten være relevant slik den er i aksjeretten. Spørsmålet er om formålet bak disposisjonen er å fremme foreningens interesse eller i medlemmets mv., særinteresse. Tilsvarende vurderinger som i aksjeretten blir her aktuelle.

6.6 Private utdanningsinstitusjoner og barnehager

Det er gjennomgående utdelingsforbud for privat utdannings- og barnehagevirksomhet. De har likevel adgang til å handle med eiere eller dens nærstående såfremt dette skjer på markedsmessige vilkår. Det er uttrykk for at private utdanningsinstitusjoner og barnehager kan foreta forretningsdisposisjoner med deres eiere og dens nærstående, men ikke utdelinger.

Skillet mellom forretningsdisposisjoner og utdelinger blir altså relevant også på dette området, slik som det er i aksjeretten. Tilsvarende vurderinger må gjøres. Formålet bak disposisjonen er avgjørende, og spørsmålet er om overføringen skjer i virksomhetens eller i de relevante persongruppers særinteresse.

²⁴⁵ Woxholt (2001) s. 105.

²⁴⁶ Se forarbeidenes uttalelse: Utdelingsbegrepet «må langt på vei forstås på samme måte som utdelingsbegrepet i aksjeloven § 3-6 [...]», jf. Ot.prp. nr. 15 (2000–2001) s. 98.

Virksomhetens interesse kan være videre sammenlignet med det ordinære aksjeselskapet. Det har sammenheng med at virksomhetene ofte opererer i konserner eller i liknende strukturer. Verdioverføringer kan begrunnes i utligningssynspunkter, altså at tap som påføres virksomheten ved konserninterne transaksjoner på sikt oppveies av fordeler gjennom konsernforholdet.²⁴⁷

²⁴⁷ Se om dette for konsernselskaper Reiersen (2015) s. 333 flg.

7 Avslutning

Som nevnt innledningsvis og som vist i oppgaven er utdelingsbegrepet som hovedregel ikke legaldefinert i sammenslutningsretten. Der begrepet er definert i lov, er definisjonen i liten grad egnet til å besvare de mange problemstillinger som oppstår i forbindelse med om tilsynelatende forretningsmessige avtaler er en utdeling. Grunnen er at utdelingsbegrepet slik det er definert i aksjeretten, opprinnelig er utformet ut fra en tanke om «rene utbytteutdelinger», altså ensidige kontantutdelinger fra selskapet. En lovmessig regulering hvor man definerer hva som gjør en utdeling «skjult» vil bidra til å gjøre begrepet rettslig relevant, i motsetning til hva som er situasjonen i dag.

Videre gir heller ikke autoritative rettskilder som forarbeider eller rettspraksis særlig veiledning. Når det gjelder sistnevnte kan det bemerkes at det er få dommer om utdelingsbegrepet. En forklaring på dette kan være at utdelingsreglene inngår i et sett av regler med liknende formål, for eksempel omstøtelsesreglene. En annen kan være at reglene er uklare. I mange tilfeller er man overlatt til konkrete vurderinger, og det er forståelig at partene da ikke ønsker å begi seg ut på en rettslig prosess med den risiko det medfører. Det vil derfor være en fordel om spørsmål knyttet til utdelingsbegrepet i større grad lovreguleres.

Et annet poeng er at selv om utdelingsbegrepet har relevans på tvers av sammenslutningsformer, avviker reguleringene i ordlyd og systematikk. En harmonisering av regelverket vil være en fordel, og kan skje uten å gå på bekostning av den enkelte sammenslutnings karakter. Som vist har utdelingsbegrepet i de fleste sammenslutninger et likt innhold, og bare i særtilfeller avviker løsningene.

En siste oppfordring kan gå til rettsvitenskapen, hvor utdelingsbegrepet på tvers av sammenslutningsformene gjennomgående er sparsomt omtalt. Forklaringen kan ikke ligge i manglende aktualitet. Både mediebildet og utviklingen i virksomhetslovene tilsier at det både praktisk og rettslig er et aktuelt tema. En grundig behandling av utdelingsreglene i de enkelte sammenslutningsformene vil kunne avhjelpe lovgiver med å lage fremtidens regler. De kan også bidra til å avklare forholdet mellom utdelingsreglene og tilgrensende regelverk om kapitalvern.

Avslutningsvis mener jeg drøftelsene i oppgaven viser at selv om den enkelte sammenslutningsforms formål med kapitalvernet er ulikt, bygger utdelingsbegrepet i sammenslutningsretten på en felles rettstanke om å sikre sammenslutningens kapital. Generelt kan man derfor si at det sammenslutningsrettslige utdelingsbegrep er en verdioverføring som tilgodeser de relevante persongrupper og som har årsakssammenheng med persongruppens rolle i sammenslutningen.

8 Kilderegister

Forkortelsen brukt i fotnotene

Fullstendig henvisning

Lover

Aksjeloven 1976

Lov nr. 59/1976 om aksjeselskaper

Konkursloven

Lov nr. 58/1984 om gjeldsforhandling og konkurs

Dekningsloven

Lov nr. 59/1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett

Selskapsloven

Lov nr. 83/1985 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

Aksjeloven

Lov nr. 44/1997 om aksjeselskaper

Allmennaksjeloven

Lov nr. 45/1997 om allmennaksjeselskaper

Stiftelsesloven

Lov nr. 59/2001 om stiftelser

Folkehøyskoleloven

Lov nr. 72/2002 om folkehøyskoler

Fagskoleloven

Lov nr. 53/2003 om fagskoleutdanning

Friskoleloven

Lov nr. 84/2003 om frittstående skolar

Universitets- og høyskoleloven

Lov nr. 15/2005 om universiteter og høyskoler

Barnehageloven

Lov nr. 64/2005 om barnehager

Samvirkeloven

Lov nr. 81/2007 om samvirkeforetak

Voksenopplæringsloven

Lov nr. 95/2009 om voksenopplæring

Endringslov til universitets- og høyskoleloven og fagskoleloven

Lov nr. 39/2017 om endringer i lov om universiteter og høyskoler og lov om fagskoleutdanning (organisasjonsform, disponering av tilskudd og egenbetaling mv.)

Forarbeider

NUT 1970: 1

Innstilling til lov om aksjeselskaper

NOU 1972: 20

Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp. nr. 19 (1974–75)	Om lov om aksjeselskaper
NOU 1980: 19	Lov om selskaper m.v.
Ot.prp. nr. 36 (1993–1994)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)
NOU 1996: 3	Ny aksjelovgivning
Ot.prp. nr. 23 (1996–1997)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Ot.prp. nr. 65 (1998–1999)	Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.v
Ot.prp. nr. 15 (2000–2001)	Om lov om stiftelser (stiftelsesloven)
NOU 2002: 6	Lov om samvirkeforetak
Ot.prp. nr. 33 (2002–2003)	Om lov om frittstående skolar (friskolelova)
NOU 2003: 9	Skatteutvalget: Forslag til endringer i skattesystemet
Ot.prp. nr. 21 (2006–2007)	Om lov om samvirkeforetak (samvirkelova)
Ot.prp. nr. 37 (2006–2007)	Om lov om endringer i friskolelova
Prop. 98 L (2011–2012)	Endringer i barnehageloven (tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager)
Prop. 111 L (2012–2013)	Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)
Prop. 84 L (2014–2015)	Endringer i privatskolelova mv. (nytt navn på loven, nye godkjenningsgrunnlag m.m.)
Private høyskoler og fagskoler i samfunnets tjeneste (2014)	<i>Private høyskoler og fagskoler i samfunnets tjeneste: Bedre regulering og tilsyn med at tilskudd og egenbetaling kommer studentene til gode,</i> https://www.regjeringen.no/contentassets/592562a2d55f4fae8d5d301cdfc70565/private_hoyskoler_og_fagskoler_i_samfunnets_tjeneste.pdf (sist sjekket 11.12.17), 2014
NOU 2015: 10	Lov om regnskapsplikt
NOU 2016: 21	Stiftelsesloven: Forslag til ny stiftelseslov
Prop. 44 L (2016–2017)	Endringer i lov om universiteter og høyskoler og lov om fagskoleutdanning (organisasjonsform, disponering av tilskudd og egenbetaling mv.)

Rettspraksis

Rt. 1922 s. 272

Rt. 1995 s. 1026 (Sandaker)

Rt. 1999 s. 330

Rt. 2000 s. 2033 (Santech)

Rt. 2007 s. 1395

Rt. 2008 s. 385 (Arkatunet)

Rt. 2010 s. 790

HR-2016-01440-A

LG-2016-166055

TOSLO-2016-149310

Litteratur

Aarbakke (2010)

Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, *Ansvarlige selskaper og indre selskaper*, 7. utg., 2010

Aarbakke mfl. (2012)

Aarbakke, Magnus, Jan Skåre, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Asle Aarbakke, *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Kommentartutgave*, 3. utg., 2012

Andenæs (2007)

Andenæs, Mads H., *Selskapsrett*, 2007

Andenæs (2009a)

Andenæs, Mads H., *Konkurs*, 2009

Andenæs (2009b)

Andenæs, Mads H., *Rettskildelære*, 2009

Andenæs (2016)

Andenæs, Mads H., *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utg. ved Ole Andenæs, Stig Berge, Margrethe B. Christoffersen, 2017

Augdahl (1959)

Augdahl, Per, *Aksjeselskapet: efter norsk rett*, 3. utg., 1959

Berge mfl. (2011)

Berge, Stig, Hilde L. Krogh, Anne T. Tjølsen, *Utbytte*, 3. utg., 2011

- Berge mfl. (2015) Berge, Stig, Lars E. Gåseide Røsås, *Avtaler med aksjeeiere mv.: aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 i praksis*, 2015
- Bråthen (2007) Bråthen, Tore, «Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2007, nr. 3, s. 65–89
- Bråthen (2015) Bråthen, Tore. (2015) «Kommentar til Aksjeloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (sist sjekket 23.11.2017)
- Bråthen (2017) Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 5. utg., 2017
- Fjørtoft (2009) Fjørtoft, Tore, Ole Gjems-Onstad, *Samvirkeforetak: Reglene om økonomiforhold, skatt og avgift*, 2009
- Fjørtoft (2014a) Aarbakke, Magnus og Tore Fjørtoft, «Sammenslutningsrett», ved Tore Fjørtoft, i: *Knophs oversikt over Norges rett*, Kåre Lilleholt (red.), 14. utg., 2014a s. 392–419
- Fjørtoft (2014b) Fjørtoft, Tore, *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak*, 2014
- Folkvord (2013) Folkvord, Benn, *Utbytte*, 2013
- Gjems-Onstad (2013) Gjems-Onstad, Ole, *Valg av selskapsform*, 5. utg., 2013
- Haaskjold (2014) Haaskjold, Erlend, «Gavers stilling i konkurs», *Jussens venner*, 2014, s. 235–296
- Huser (1992) Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs*, 3. bind, *Omstøtelse*, 1992
- Keiserud (2000) Keiserud, Thomas, «Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper», i: *Konkurs i praksis*, Konkursrådet, 2000, s. 467–547
- Knudsen (1994) Knudsen, Gudmund, *Selskapsloven: En innføring i lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper*, 1994
- Knudsen (2004) Knudsen, Gudmund og Geir Woxholt, *Stiftelsesloven: med kommentarer*, 2004
- Knudsen (2013) Knudsen, Gudmund. (2013) «Kommentar til

- Stiftelsesloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (sist sjekket 19.11.2017)
- Mack (2003) Mack, Elin Løvdal, «Aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-4 og § 3-5», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2003, nr. 4, s. 472–568
- Madsen (2014) Madsen, Robert, «Måling av virkelig verdi», i: *IFRS i Norge: Tema og bransjeartikler*, Steinar Kvifte (red.), 2014, s. 239–272
- Matre (2001) Matre, Hugo P., «Hva er en aksjonær?», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsrett*, 2001, s. 395–406
- Matre (2014) Matre, Hugo P. (2014) «Kommentar til Aksjeloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (sist sjekket 26.11.2017)
- Lunder (2011) Lunder, Trond Erik, *Gullgraving i sandkassa? Profittmuligheter og uttak av verdier fra private barnehager*, 2011, <https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/2439400/2047.pdf?sequence=2> (sist sjekket 01.12.2017)
- Nedrelid (2015) Nedrelid, Audun, «Aksjerettslige verdsettelsesprinsipper: en oversikt», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2015, 179–213
- Perland (2004) Perland, Olav, «Kapitalbeskyttelse for enhver pris?», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2004, s. 526–580
- Reiersen (2015) Hedvig Bugge Reiersen, *Aksjelovenes utdelingsbegrep*, 2015
- Sandvik (1985) Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett: utdrag*, 1985
- Schwencke mfl. (2017) Schwencke, Hans R., Dag O. Haugen, Kjell M. Baksaas, Tonny Stenheim, Erik Avlesen-Østli, *Årsregnskapet i teori og praksis 2016*, 18. utg., 2017
- Skåre mfl. (1987) Skåre, Jan og Gudmund Knudsen, *Lov om aksjeselskaper: med kommentarer*, 1987
- Sunde (2017) Sunde, Jørn Øyrehagen, «Managing the Unmanageable: An Eassay Concerning Legal Culture as an Analytical Tool», i: *Comparing Legal*

Cultures, Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2017, s. 13–23

- Truyen (2005) Truyen, Filip, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk: en studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper*, 2005
- Woxholt (2001) Woxholt, Geir, *Stiftelser: etter stiftelsesloven 2001*, 2001
- Woxholt (2005) Woxholt, Geir, *Selskapsloven: med kommentarer*, 6. utg., 2005
- Woxholt (2008) Woxholt, Geir, *Foreningsrett: med samvirkeoven*, 3. utg., 2008
- Woxholt (2014) Woxholt, Geir, *Selskapsrett*, 5. utg., 2014

Nettadresser

- BDO Norge (2014) Revisjons- og rådgivningsfirmaet BDO og Kluge advokatfirma DA, «Utredning – uttak av verdier i private universitet, høyskoler og fagskoler» (2014), i: Private høyskoler og fagskoler i samfunnets tjeneste, 2014, vedlegg (42 sider), https://www.regjeringen.no/contentassets/592562a2d55f4fae8d5d301cdfc70565/private_hoyskoler_og_fagskoler_i_samfunnets_tjeneste.pdf (sist sjekket 11.12.17)
- Sjåfjell (2013) Sjåfjell, Beate, «Myten om aksjonæren som eier av selskapet», *Finansavisen*, 21. februar 2013, <https://www.jus.uio.no/forskning/omrader/selskaper/arrangementer/selskapsrettsforumet/vedlegg-05032013/sjafjellfinansavisen210213.pdf> (sist sjekket 11.12.17)
- SSB (2017) *Aksjer og kapitalutdelinger*, <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/aksjer> (sist sjekket 18.11.17)
- Wikborg Rein (2017) Wikborg Rein Advokatfirma AS, *Høring: NOU 2016:21 Stiftelsesloven*, ved Hedvig B. Reiersen og Filip Truyen, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--->

nou-201621-
stiftelsesloven/id2517064/?uid=53f4fc4f-8ab4-4c6d-
8b14-7b451f6e8344 (sist sjekket 21.11.17)

Personlig meddelelse

Fjørtoft (2017)

Fjørtoft, Tore, e-post, 04.12.2017