

Omgåelse i aksjeselskapsretten¹

Av Henrik Skar

I denne artikkelen, som er basert på min prøveforelesning for doktorgraden, drøftes hvordan omgåelsesspørsmål løses i norsk aksjeselskapsrett. Jeg behandler tilfeller hvor et selskap eller aksjonærer forsøker å omgå eller utnytte aksjelovgivning eller selskapsvedtekter på bekostning av øvrige aksjonærer, selskapet eller dets kreditorer. Artikkelen kommer også inn på ansvarsgjennombrudd ved misbruk av ansvarsbegrensningen, samt omgåelser av aksjonæraftaler.

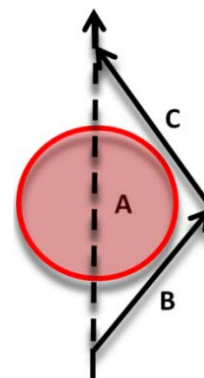
Henrik Skar (ph.d) født 1985, er postdoktor ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen med skatterett som særlig fagområde.

1. Introduksjon til omgåelsesproblematikken

Som fremhevet av bl.a. Henry Ussing, oppstår spørsmålet om omgåelse når en person kan oppnå et eller annet praktisk mål, f.eks. et økonomisk resultat, på alternative måter som regelverket behandler forskjellig.² I utgangspunktet står personer fritt til å velge fremgangsmåten som gir det gunstigste rettslige resultatet. Så lenge disposisjonen medfører det gunstige rettslige resultatet ut fra en ordinær fortolkning av regelverket, har personen som utgangspunkt krav på det. Likevel hender det at domstolene anser en disposisjon for å være en uakseptabel omgåelse av regelverket, slik at den gunstige rettslige behandlingen ikke tilstås. Det er slike unntakstilfeller hvor domstolene reagerer mot omgåelse, som er temaet i denne artikkelen.

En nærmere illustrasjon av problemstillingen kan være at en tyngende lovbestemmelse etter sin ordlyd gjelder for transaksjonstype A. For å unngå lovbestemmelsen gjennomfører personen transaksjonstype B etterfulgt av C, som til sammen medfører omtrent tilsvarende virkninger som transaksjonstype A. Selv om personen da har lyktes med å unngå bestemmelsen ut fra en ordlydstolkning (han er utenfor sirkelen), vil hans motpart typisk hevde at bestemmelsen må få anvendelse likevel fordi transaksjonsrekken representerer en uakseptabel omgåelse. I så fall må rettsanvenderen ta stilling til hva anførselen om omgåelse går ut på, hvilken rettslig relevans den har, og hvor langt den skal gis gjennomslagskraft i avveiningen mot bestemmelsens ordlyd.

Omgåelsesproblematikk er særlig kjent fra skatteretten. Allerede på 1920-tallet behandlet Høyesterett noen av de først kjente skatterettslige omgåelsessakene. Rt. 1925 s. 472 «Kallevig» og Rt. 1927 s. 386 «Bryn» gjaldt salg og tilbakekjøp, hvor skattytere solgte eiendeler som hadde falt i verdi for å oppnå tapsfradrag, for så umiddelbart å kjøpe samme eiendeler tilbake igjen på grunnlag av en på forhånd fastsatt plan. Høyesterett kom da til at tapsfradragene ikke kunne tilkjennes.



* Takk til advokat dr. juris Filip Truyen, professor dr. juris Johan Giertsen, førsteamanuensis ph.d Jan-Ove Færstad og to anonyme fagfeller som har gitt innspill og tilbakemeldinger på artikkelen.

Prøveforelesningen ble holdt 19. oktober 2017. Emnet jeg fikk oppgitt tilsvarer tittelen på denne artikkelen «Omgåelse i aksjeselskapsretten». Selv om avgrensningen til aksjeselskapsretten også skal legges til grunn her, kan fremstillingen ha vesentlig overføringsverdi til omgåelsesspørsmål på andre områder.

² Jf. Henry Ussing, *Aftaler paa Formuerettens Omraade*, 3. utgave, København 1950 s. 235.

I eldre skatterettslig teori var det flere som hevdet at omgåelsessaker ble løst ved ren faktumfastsettelse,³ men det standpunktet er senere forlatt.⁴ I dag ser man det slik at de eldre skatterettslige omgåelsessakene ble løst ved lovtolkning, herunder innskrenkende, utvidende og analogisk fortolkning,⁵ mens det med tiden har utviklet seg en egen omgåelsessnorm (også kalt gjennomskjæringsregel) som i dag regulerer omgåelsesspørsmålene på skatterettens område.⁶

I privatretten, herunder aksjeselskapsretten som denne artikkelen gjelder, har det vært mindre tradisjon for å tale om egne omgåelsessaker. Det kan dels skyldes at antallet omgåelsessaker for domstolene, samt insentivene og mulighetene til å omgå regelverket, ikke har vært like omfattende som i skatteretten. I tillegg har flere privatrettslige forfattere vært skeptiske til å bruke betegnelsene omgåelsessaker eller omgåelsessnorm av frykt for at det kan svekke kvaliteten på rettsanvendelsen. Fredrik Stang og senere Carl Jacob Arnholm har påpekt at omgåelsesspørsmål må løses ut fra tolkningsregler, ikke særegne prinsipper, og at en omgåelsessaker kan villedes til å tro det motsatte.⁷ Tilsvarende standpunkt er inntatt av flere danske forfattere, herunder Jul. Lassen allerede på 1800-tallet,⁸ og senere Jens Feilberg Jørgensen. Jørgensen har fremhevet at det ikke er særlig verdifullt å tale om en omgåelsessaker, da det uansett er «reale Grunde» (reelle hensyn) som er det avgjørende.⁹

Synspunktet om at det ikke må lempes på kravene til rettsanvendelsen i omgåelsessaker, er det all grunn til å stille seg bak. Imidlertid betyr ikke dette at det er uten verdi å drøfte hvordan jussen nærmere fungerer ved løsning av omgåelsesspørsmål. Økt forståelse for rettsanvendelsen i omgåelsessaker, herunder hva de ulike hensynene går ut på, kan ikke minst bidra til bedre forutsigbarhet i slike saker. I en drøftelse om dette er det også naturlig å benytte uttrykkene omgåelse og omgåelsessaker, ikke for å markere avstand fra tolkningslære, men for å ha et navn på det mer spesifikke rettsanvendelses- eller tolkningsproblemet som drøftes.¹⁰

Også Høyesterett har talt om omgåelser på aksjeselskapsrettens område. Seneste eksempel er Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis», hvor et medieselskap (Nordavis AS) hadde en vedtektsbestemmelse om at hver aksjonær maksimalt kunne stemme for 10 % av det samlede antall aksjer. En selskapsaksjonær (Harstad Tidende Gruppen AS) forsøkte å unngå stemmerettsbegrensningen ved å fordele en større aksjepost mellom sine heleide datterselskaper. Høyesterett kom til at opplegget representerte en rettsstridig omgåelse av stemmerettsbegrensningen, slik at konsernets samlede stemmerett måtte begrenses til 10 %. I domspremissene ble det bl.a. fremhevet (avsnitt 45)

at en uttalelse i Rt-1994-581 (Scanvest) synes å gi en spire til den omgåelsessdoktrine som er mer utviklet i den senere Nimbus-dommen. ... [E]tter mitt syn [peker dette] i retning av en rettssetning om at man ved rene omgåelser må kunne se bort fra den løsning som ellers ville følge av alminnelig tolkning.

Mens omgåelsen i «Nordavis» var foretatt på selskapets og de øvrige aksjonærenes bekostning, kan det også skje at noen forsøker å utnytte aksjeselskapsrettslige regler for å omgå krav fra kreditorer.

³ Da Magnus Aarbakke på begynnelsen av 1970-tallet argumenterte for at det gjaldt en omgåelsessnorm i norsk skatterett, så han det slik at omgåelsessnormen var en verdinorm som bl.a. kunne påvirke faktumfastsettelsen, jf. Magnus Aarbakke, «Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem», *Lov og Rett*, 1970 s. 1–24 (s. 10–16 og s. 24). Også Frederik Zimmer og Bettina Banoun antydte tidligere at mange omgåelsesspørsmål ble løst ved ren faktumfastsettelse, jf. Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 4. utgave, Oslo 2001 s. 52–53 og s. 58, og Bettina Banoun, «Skatterettslig omgåelse», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998 s. 913–957 (bl.a. s. 933 og 956). Senere forlot de imidlertid dette standpunktet, se neste fotnote.

⁴ Jf. bl.a. Frederik Zimmer, *Lærebok i Skatterett*, 8. utgave, Oslo 2018 s. 66, Frederik Zimmer, «Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten», *Skatterett*, 2012 s. 186–199 (s. 187) og Bettina Banoun, *Omgåelse av skattereglene. En studie av Høyesterettspraksis*, Oslo 2003 s. 265–268. Heller ikke Aarbakke gjentok faktumsynspunktet i sine senere arbeid med omgåelsessnormen, se bl.a. hans redegjørelse i Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) «Oppfølging av skattereformen 1992» s. 38–46.

⁵ Se nærmere Henrik Skar, *Den ulovfestede omgåelsessnormen i skatteretten. En analyse av rettsanvendelsesprosessen i omgåelsessaker*, Bergen 2017 s. 21–25.

⁶ Det pågår for tiden et arbeid med å lovfeste/kodifisere omgåelsessnormen i skatteretten, jf. Prop. 98 L (2018-2019) «Endringer i skatteloven og merverdiavgiftsloven (lovfesting av en generell omgåelsessregel)», og NOU 2016: 5 «Omgåelsessregel i skatteretten. Lovfesting av en generell omgåelsessregel i skatteretten». Det forventes at loven vil bli vedtatt om kort tid, men i skrivende stund (4. august 2019) er den skatterettslige omgåelsessnormen ulovfestet.

⁷ Jf. Fredrik Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, Oslo 1935 s. 582 og Carl Jacob Arnholm, *Privatrett II avtaler*, Oslo 1964 s. 257–258.

⁸ Jf. Julius Severin Vilhelm Lassen, «Nogle bemærkninger om Proformaværk og Omgaaelse», *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1890 s. 609–624 (s. 615).

⁹ Jf. Jens Feilberg Jørgensen, *Omgåelse af retsregler*, København 1966 s. 194.

¹⁰ Også Jens Feilberg Jørgensen synes ha vært åpen for å benytte uttrykket på denne måten, jf. Jørgensen 1966 s. 204–205.

Slike saker kan dessuten vedrøre såkalt ansvarsgjennombrudd. Et eksempel er lagmannsrettsdommen i RG 2007 s. 411 (Gulating), som fikk indirekte tilslutning fra Høyesteretts ankeutvalg ved at anken ble avvist under henvisning til at den «klart ... ikke vil føre fram», jf. HR-2007-154-U. Saken gjaldt en fysisk person som hadde forsøkt å unngå et eventuelt ansvar for motpartens sakskostnader i forbindelse med et søksmål, ved å overføre de omtvistede rettighetene til sitt heleide aksjeselskap som deretter stod for søksmålet. Etter at søksmålet endte med tap og aksjeselskapet ikke hadde midler, kom lagmannsretten til at sakskostnadene kunne kreves av den personlige aksjonæren. Lagmannsretten viste til at det forelå et «bevisst misbruk av ... ansvarsbegrensning[en]», bl.a. fordi aksjeselskapet utelukkende var brukt i søksmålet for å unnsnippe sakskostnadene og at det ikke hadde noen realitet ut over dette.

I det følgende vil jeg drøfte omgåelsesproblematikken i aksjeselskapsretten nærmere, herunder de relevante dommene. Sentrale dommer ved siden av de ovennevnte, er bl.a. Rt. 1997 s. 1010 «Mycron» og Rt. 1995 s. 46 «Nimbus». Hovedproblemstillingen blir hvordan rettsanvendere skal gå frem for å løse omgåelsesspørsmål i aksjeselskapsretten.

2. Grensen mot pro forma

Allerede på 1800-tallet fremhevet Jul. Lassen at omgåelse måtte skilles fra pro forma, hvilket også er et gyldig standpunkt i dag.¹¹ Mens omgåelse reiser rettsanvendelsesspørsmål, refererer pro forma seg til faktumspørsmål.

Et eksempel på pro forma kan være at personene A og B har blitt muntlig enige om en aksjeoverdragelse fra A til B.¹² Men fordi øvrige aksjonærer har forkjøpsrett ved eierskifte, jf. asl. § 4-19,¹³ presenterer de et dokument utad hvor det kun fremgår at B har lånt penger til A med pant i aksjene. Det vanskelige i en slik sak er gjerne å bevise den reelle/muntlige avtalen. Dersom øvrige aksjonærer klarer å bevise denne, kan det her konstateres at det foreligger en avtale om «[eier]skifte[.]» ut fra alminnelig tolkning av asl. § 4-19, slik at forkjøpsretten inntre.

Ved omgåelser derimot, er problemstillingen om man kan fravike ordlyden i regelverket. Et eksempel kan være at A og B ikke på noe tidspunkt er enige om en aksjeoverdragelse. For å unngå forkjøpsrettsklausulen, er de i stedet enige om at B gir et lån til A tilsvarende verdiene av aksjene, hvorpå A fremover skal forvalte aksjene i tråd med Bs instruksjoner og nedbetale lånet ved å overføre alt fremtidig utbytte og til sist vederlaget etter et salg. Selv om virkningene eller realitetene av et slikt opplegg har betydelige likhetstrekk med et ordinært eierskifte, representerer ikke avtalen et eierskifte ut fra en alminnelig språkbruk. Dermed oppstår omgåelsesspørsmålet hvor det må vurderes om man kan fravike løsningen som følger av alminnelig tolkning.

At det er forskjell på pro forma og omgåelse, viser seg kanskje enda tydeligere om eksemplene ovenfor kombineres. Sett at personene A og B presenterer et dokument utad hvor det kun fremgår at B har lånt penger til A med pant i aksjene. Samtidig har de avtalt seg imellom at A heretter skal forvalte aksjene i tråd med Bs instruksjoner, og nedbetale lånet ved å overføre alt fremtidig utbytte og til sist vederlaget etter et salg. Mens pro forma-spørsmålet handler om å bevise den fullstendige avtalen, gjelder omgåelsesspørsmålet hvorvidt avtalen kan regnes som et eierskifte, slik at forkjøpsretten inntre.

I juridisk teori hender det at omgåelse og pro forma sidestilles. På aksjeselskapsrettens område har f.eks. Filip Truyen omtalt pro forma som den klareste formen for omgåelse.¹⁴ Slik sammenblanding behøver ikke å være problematisk så lenge det gjennomføres en grundig rettsanvendelse ved omgåelsesspørsmål. Problemet oppstår hvis det lempes på kravene til rettsanvendelsen fordi man forestiller seg at omgåelsesspørsmål hovedsakelig gjelder faktumfastsettelse tilsvarende pro forma. I dansk skatterett har Jan Pedersen gått særlig langt på dette punkt, ved å hevde at dommene om omgåelse gjelder skatterettslig pro forma som bare angår faktumsiden av subsumsjonen, idet dommene «*resultere[r] i, at den påberåbte disposition slet ikke har nogen realitet eller dog en anden end*

¹¹ Jf. Lassen 1890 s. 609. Se tilsvarende f.eks. Jens Evald, *Retsmisbrug i formueretten*, København 2001 s. 149, Banoun 2003 s. 16 og NOU 2016: 5 s. 12.

¹² Det vil si at de er enige om alle vesentlige punkter for en aksjeoverdragelse, slik som antallet aksjer som skal kjøpes i selskapet, pris, overførings- og betalingstidspunkt.

¹³ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

¹⁴ Se f.eks. Filip Truyen, «Kan transaksjoner i eierskap utløse samtykkekrav?», i *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs, 70 år*, Gudmund Knudsen, Kristin Normann, Geir Woxholth (red.) (Oslo 2010) s. 318–330 (s. 320).

påberåbt».¹⁵ Pedersens synspunkt om at skatterettslige omgåelsessaker løses ved ren faktumfastsettelse samsvarer ikke med den herskende oppfatningen i norsk teori,¹⁶ og har møtt sterk kritikk fra andre danske forfattere.¹⁷

Blant annet har Aage Michelsen fremhevet at de danske skatterettslige dommene om omgåelse må forstås som utslag av rettsanvendelse, hvor «domstolene ... ved anvendelse af almindelige lovfortolkningsprinsipper lægger afgørende vægt på sagens økonomiske realitet og ikke alene på den valgte juridiske form».¹⁸ Michelsen har også fremhevet at «domstolene ... vil være mere tilbøjelige til at fortolke en lovbestemmelse udvidende, hvis der bevisligt foreligger omgåelseshensigt hos skatteyderen».¹⁹

3. Omgåelsesvurderingen

3.1 Hovedtrekk ved vurderingen

I romerretten ble det uttalt at den som viser respekt for lovens ordlyd, men omgår lovens formål, handler i strid med loven («*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*»)²⁰ Hva man nærmere la i dette er uvisst, men setningen harmonerer godt med det som pleier å være hovedelementene i omgåelsesvurderinger også i dag. Typiske kjennetegn på omgåelse er at en person har gjennomført en disposisjon for å oppnå et gunstig rettslig resultat som har støtte i regelverkets ordlyd, men som strider mot regelverkets formål.

Spørsmålet i omgåelsessaker er således om man kan fravike ordlyden i regelverket, eller som uttalt i Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis» (avsnitt 45) om man kan «*se bort fra den løsning som ellers ville følge av alminnelig tolkning*». Ved alminnelig tolkning av aksjelovgivning og vedtekter legges den naturlige språklige forståelsen av ordlyden til grunn for å sikre forutberegnelighet.²¹ Forutberegnelighet er igjen viktig for bl.a. å stimulere til forretningsvirksomhet. Jo lettere det er å forutsi grensene for personlig ansvar og hva øvrige aksjonærer og selskapet kan foreta seg, desto tryggere blir det normalt å investere.

Utgangspunktet om at domstolene må legge ordlyden til grunn, gjør at det i første rekke blir opp til lovgiver og de private partene å ta forholdsregler mot uønskede tilpasninger, når de utformer aksjelovgivning, vedtekter og avtaler. Aksjelovgivningen inneholder allerede mange bestemmelser som etter sin ordlyd motvirker tilpasninger. Et eksempel er asl/asal. § 3-4 om at aksjeselskaper til enhver tid skal ha forsvarlig egenkapital og likviditet for å unngå at selskapet og aksjonærene tilpasser seg på kreditorenes bekostning.²² Et annet eksempel er bestemmelsene om myndighetsmisbruk i asl/asal. §§ 5-21 og 6-28, om at generalforsamlingen og styret ikke må treffe beslutninger som gir noen aksjonærer eller andre en urimelig fordel på øvrige aksjonærers eller selskapets bekostning. Videre har de private partene mulighet til å supplere lovgivningen gjennom avtaler og selskapsvedtekter, slik at man til sammen får et mest mulig vanntett regelverk hvor uønskede tilpasninger motvirkes direkte av ordlyden.²³

Å la det alene være opp til lovgiver og de private partene å motvirke omgåelser gjennom på forhånd gitte regler, kan imidlertid også ha ulemper. Ikke bare er det vanskelig å tenke seg til alle mulige omgåelsesvarianter på forhånd. Også det å utforme presise bestemmelser som motvirker omgåelser, uten at det blir nye hull eller at regelverket blir uoversiktlig eller rammer utilsiktede tilfeller, kan være krevende og kostbart. Slik sett kan det også i en viss utstrekning være ressursbesparende og skape trygghet for partene om domstolene har et visst spillerom til å reagere mot omgåelser.

¹⁵ Jf. Jan Pedersen, *Skatteudnyttelse*, København 1989 s. 280 og 446 og Jan Pedersen, «Omgåelse og misbrug i skatteretten – før, nu og i fremtiden», i *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten. Festschrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening*, Jakob Bundgaard, Dennis R. Jensen og Niels Winther-Sørensen (red.) (København 2015) s. 107–133 (s. 108).

¹⁶ Jf. bl.a. Banoun 2003 s. 265–268, Zimmer 2018 s. 66 og Skar 2017 s. 27–35 med videre henvisninger.

¹⁷ Jf. bl.a. Thøger Nielsen, «Den evige udfordring» i *Dansk Skattevidenskabelig Forening 1965-1990*, S. Askholt (red.) (København 1990) s. 46–69 (bl.a. s. 54) og Aage Michelsen mfl., *Lærebog om indkomstskatt*, 16. utgave, København 2015 s. 146.

¹⁸ Jf. Michelsen mfl. 2015 s. 146.

¹⁹ Jf. Michelsen mfl. 2015 s. 145.

²⁰ Jf. *Corpus juris civilis, Digesta*, Paulusfragmentet, I, 3, 29.

²¹ Også ved tolkning av vedtekter er ordlyden som utgangspunkt avgjørende, jf. Rt. 1998 s. 1584 og Mads Henry Andenæs mfl., *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 52. For avtaler derimot er utgangspunktet noe annet ved at det tas utgangspunkt i partenes felles intensjon på avtaletidspunktet. Av den grunn vil jeg underlegge spørsmål om omgåelse av aksjonæravtaler en egen behandling i punkt 5.

²² Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.

²³ Sml. Andenæs 2016 s. 290.

Når man diskuterer domstolenes spillerom i omgåelsessaker, må det dessuten tas i betraktning at regelverkets ordlyd kan bli fraveket i andre sammenhenger. Generell tolkningslære åpner for at bestemmelser til en viss grad kan tolkes innskrenkende, utvidende eller analogisk. Som fremhevet i eldre teori, herunder av Fredrik Stang, Carl Jacob Arnholm og Jul. Lassen,²⁴ behøver ikke omgåelsesvurderinger omhandle noe helt annet enn slik tolkning. Selv om hovedargumentene i omgåelsessaker skulle bli gitt et eget navn, slik som «omgåels betraktninger» eller «gjennomskjærings synspunkter»,²⁵ er argumentasjonen i stor grad utslag av generelt relevante argumenter.

Ikke minst har bl.a. Jens Feilberg Jørgensen påpekt at likhetslutninger (analogislutninger) står sentralt i omgåelsessaker.²⁶ Når det reageres mot omgåelser, argumenteres det ofte med at den gjennomførte disposisjonen har omtrent samme faktiske og økonomiske virkninger/realiteter som en annen disposisjon, som ikke leder til den gunstige rettslige behandlingen under regelverket. Selv om slik argumentasjon kan bli gitt særegne betegnelser i juridisk teori, slik som realitetsbetraktninger, realøkonomiske betraktninger eller «substance over form»,²⁷ dreier det seg om å påvise likhet mellom faktum og tilfeller som er direkte regulert av loven, hvilket også er et viktig element i generell tolkningslære.²⁸

I norsk privatrett er det kun enkelte forfattere som har tatt til orde for at det er innholdsmessige forskjeller mellom omgåelsesvurderinger og tolkning. Det gjelder bl.a. Torgeir Austenå som har fremhevet følgende: «Riktignok er det så at begreper som utvidende tolkning og analogi er formelle. De sier ikke noe om grunnlaget for slutningen. Det er utvilsomt at den også bygges på verdivurderinger som f. eks. hensynet til rettferdighet. I praksis vil det imidlertid være en del tilfeller hvor det vesentlige ikke er å begrunne at regelen skal anvendes på likeartede tilfeller, men hvor det er spørsmål om å beskrive ulike rettsfaktum slik at de blir likeartede. Grensen mellom disse situasjoner er flytende, men det står likevel fast at enkelte ganger foreligger det et behov for rettsanvenderen til å trekke inn de subjektive sidene av handlingen når han skal foreta den rettslige karakteriseringen av den. Det er her det blir aktuelt å tale om en egen omgåelsesnorm ...».²⁹ Etter mitt skjønn kan det spørres om forskjellen som Austenå trekker frem, mellom det å anvende regelen på likeartede tilfeller og beskrive likeartede tilfeller likt, er av terminologisk karakter. Verdivurderingene som gjennomføres, herunder likhetsvurderingene og de rettslige konsekvensene av disse (i form av at den omgåtte bestemmelsen får anvendelse), kan gå ut på det samme i begge tilfeller.

Heller ikke det å vektlegge subjektive sider ved disposisjonen, slik som hvorvidt hensikten har vært å omgå lovgivningen (omgåelseshensikt), innebærer nødvendigvis at man løsriver seg fra generell tolkningslære. Generell tolkningslære åpner for å vektlegge et bredt spekter av reelle hensyn. Som jeg skal komme tilbake til i punkt 3.2, er det flere reelle hensyn som taler for å vektlegge omgåelseshensikt, og derfor er omgåelseshensikt relevant.

I skatteretten er det omdiskutert hvor store innholdsmessige forskjeller det er mellom formålsoverordnet tolkning, herunder innskrenkende, utvidende og analogisk tolkning, og anvendelse av den generelle omgåelsesnormen.³⁰ Selv mener jeg det ikke nødvendigvis er så store materielle forskjeller. Skatterettens omgåelsesnorm og dens vurderingstemaer, er tross alt utviklet fra eldre rettspraksis hvor tolkningsinstituttet ble brukt til å angripe omgåelsesopplegg. En annen sak er at når det først har etablert seg en egen omgåelsesnorm, blir man gjerne mer tilbakeholden med å angripe omgåelsesopplegg ut fra formålsoverordnet tolkning av de ordinære reglene, for heller å forankre resultatet i omgåelsesnormen.

Fordi argumentasjonen i omgåelsessaker kan være nokså lik, enten den forankres i tolkningsinstituttet eller en egen materiell omgåelsesnorm, vil ikke jeg bruke vesentlig plass på å drøfte hvilken av disse formelle forankringene som skal legges til grunn. Det er omgåelsesargumentasjonens innhold og gjennomslagskraft i avveiningen mot regelverkets ordlyd, som først og fremst er det interessante, og som jeg vil se på i det følgende.

²⁴ Jf. Stang 1935 s. 582 og Arnholm 1964 s. 258. I dansk rett, se Jørgensen 1966 s. 205 og Lassen 1890 s. 615.

²⁵ Andenæs og Truyen har brukt betegnelsene omgåelses- og gjennomskjærings synspunkter, jf. Andenæs 2016 s. 289–290 og Truyen 2010 s. 320.

²⁶ Jf. Jørgensen 1966 bl.a. s. 205.

²⁷ I aksjeselskapsretten har Filip Truyen brukt betegnelsen «realøkonomiske betraktninger», jf. Truyen 2010 s. 322–323. I Evald 2001 bl.a. s. 158 brukes betegnelsen «fastleggelse[.] af dispositionens realindhold». Når det gjelder lignende terminologier i skatteretten, se f.eks. OECD/G20, «Base Erosion and Profit Shifting Project, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances ACTION 6: Final Report», 2015 s. 84, hvor det fremheves at det på verdensbasis er vanlig å vektlegge «substance over form» ved løsning av omgåelsesspørsmål. I dansk skatterett har som nevnt Jan Pedersen talt om «realitetsgrundsætningen», jf. Pedersen 1989 s. 435–436.

²⁸ Jeg har forklart dette nærmere i Skar 2017 s. 157–162 og NOU 2016: 5 vedlegg 1 s. 145–147.

²⁹ Jf. Torgeir Austenå, *Løsningsrettigheter. Forkjøps- og kjøperett til fast eiendom*, Oslo 1976 s. 236. Austenå er for øvrig én av få forfattere som har talt om en privatrettslig omgåelsesnorm. Et annet eksempel er Kåre Idar Moljord som har talt om en mer avgrenset gjennomskjærings- eller omgåelsesregel på området for aksjekapitalforhøyelse, jf. Kåre I. Moljord, «Aksjekapitalforhøyelse mot innskudd av annet enn penger – spørsmål om grunnlag og rekkevidde for gjennomskjærings», *Tidsskrift for forretningsjus*, 1997 s. 14–31 (bl.a. s. 19 og 27).

³⁰ Se bl.a. Banoun 2003 s. 290–298, NOU 2016: 5 s. 14 og Skar 2017 s. 20–26 og 231–236 med videre henvisninger.

Som allerede antydnet, sentreres vanligvis rettsanvendelsen i omgåelsessaker rundt noen faste hovedargumenter. Disse argumentene er ikke uttømmende, dvs. at de kan bli supplert med andre argumenter og kilder fra generell tolkningslære (eksempelvis lovforarbeider, rettspraksis, annen praksis, juridisk teori etc.). De aktuelle hovedargumentene er imidlertid som følger:

[i] For det første vektlegges om det foreligger omgåelseshensikt. Spørsmålet er da i hvilken grad hensikten eller drivkraften bak den omstridte disposisjonen har vært å unngå en tyngende bestemmelse og/eller komme inn under en begunstigende bestemmelse.

[ii] For det andre vektlegges i hvilken grad det tilskitete gunstige rettslige resultatet krenker formålene og hensynene bak det aktuelle regelverket. I denne vurderingen kan flere momenter komme inn, men ofte er det særlig sentralt å sammenholde disposisjonens faktiske og økonomiske virkninger både med hensynene bak regelverket, og med andre faktiske disposisjoner som regelverket ikke begunstiger, for å se om disposisjonene ligner.

At det både legges vekt på omgåelseshensikt og grad av strid mot regelverkets formål, er særlig kjent fra skatteretten. Etter den ulovfestede omgåelsesnormen i norsk skatterett kreves [i] at «*det hovedsakelige formål med disposisjonen ... ha[r] vært å spare skatt*», og [ii] at «*det ut fra en totalvurdering ... fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen*». ³¹ I det forliggende forslaget til kodifisering av denne normen, er riktignok sistnevnte vurderingstema (om strid mot lovens formål) noe nedtonet ved at det er beskrevet som et undermoment, blant flere andre momenter i totalvurderingen, jf. Prop. 98 L (2018-2019) s. 102 og NOU 2016: 5 s. 117. I praksis er imidlertid alle momentene som vektlegges i omgåelsesvurderingen ment å fremme og beskytte ulike hensyn bak regelverket, og derfor vil neppe den nye formuleringen innebære noen særlig realitetsendring. ³² Det vil si at ivaretagelse og beskyttelse av formål og hensyn bak regelverket blir en overordnet målsetting uansett. Det samme gjelder etter den svenske general-klausulen mot skatteomgåelse. Den kan få anvendelse når [i] «*skatteförmånen ... kan antas ha utgjort det övervägande skälet för förfarandet*», samtidig som at [ii] «*ett fastställande av underlag på grundval av förfarandet skulle strida mot lagstiftningens syfte ...*». ³³ Etter den tyske skatterettslige omgåelsesregelen må disposisjonen [i] være «*unangemessene*», det vil si uhensiktsmessig i den forstand at en alminnelig fornuftig person ikke ville ha gjennomført disposisjonen hvis skattebesparelsen tenkes borte, ³⁴ samtidig som at [ii] skattebesparelsen må være i strid med lovgivers forutsetninger («*nicht vorgeseheenen Steuervorteil*»). ³⁵

Også i utenlandsk selskapsrett har man basert seg på en lignende to-delning. Et eksempel er omgåelseslæren som EU-domstolen har utviklet for EUs sekundærlovgivning, herunder EUs selskapsdirektiv. I C-367/96 «*Kefalas*» uttalte EU-domstolen (avsnitt 28) at aksjonærer ikke har krav på beskyttelse fra EU-retten i rene omgåelsessituasjoner, hvor [i] «*a shareholder is seeking to derive ... an improper advantage*, [ii] *manifestly contrary to the objective of that provision.*»

Fordi de samme vurderingstemaene har stått sentralt i omgåelsessakene i norsk aksjeselskapsrett, vil jeg ta utgangspunkt i disse når jeg nå skal drøfte omgåelsesvurderingen nærmere. I punkt 3.2 drøftes betydningen av omgåelseshensikt, mens punkt 3.3 behandler vurderingen av om det foreligger en formålskrenkelse.

3.2 Omgåelseshensikt

Det rettskildemessige utgangspunktet om at man legger større vekt på regelverkets ordlyd enn dets formål og bakenforliggende hensyn, oppfattes ofte ikke som like bindende ved bevisste tilpasninger til regelverket. Bakgrunnen for dette er at personer som bevisst søker etter smutthull i regelverket, for å skaffe seg fordeler i strid med regelverkets formål, normalt vet at de beveger seg i en faresone. De kan ta forholdsregler eller i det minste innkalkulere risikoen, slik at en reaksjon ikke slår ned som lyn fra klar himmel. ³⁶

³¹ Se HR-2016-2165-A «Ikea» (avsnitt 84), Rt. 2014 s. 227 «Tangen 7» (avsnitt 48), Rt. 2012 s. 1888 «Dyvi» (avsnitt 37), Rt. 2008 s. 1537 «ConocoPhillips» (avsnitt 41) og Rt. 2007 s. 209 «Hex» (avsnitt 39).

³² Se nærmere Skar 2017 bl.a. s. 71.

³³ Jf. Lag (1995:575) mot skatteflykt § 2 henholdsvis nr. 3 og 4.

³⁴ Jf. Wolfgang Schön, «Statutory Avoidance and Disclosure Rules in Germany» i *Beyond Boundaries - Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management*, Judith Freedman (red.) (Oxford 2008) s. 47–55 (s. 54).

³⁵ Jf. Abgabenordnung 1977 § 42 (2) første setning.

³⁶ At hensynet til forutberegnelighet kan gjøre seg svakere gjeldende ved kalkuleerte omgåelsesforsøk er ofte påpekt i skatteretten, jf. f.eks. Magnus Aarbakke, «Hvorledes bør domstolene stille seg til omgåelsesproblemerne?», *Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets*

Ofte oppfattes det også som viktigere å beskytte regelverket og dets formål når disposisjonene er gjennomført med omgåelseshensikt. Blant annet er det de bevisste tilpasningene som har størst fare for å spre seg dersom de ikke stoppes.

I Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis», hvor en av selskapsaksjonærene hadde forsøkt å omgå den vedtektsfestede stemmerettsbegrensningen, ble omgåelseshensikt vektlagt av Høyesterett. Høyesterett fremhevet (avsnitt 59 og 61) at:

Spørsmålet blir etter dette om spredningssalget har hatt som ... siktemål å omgå stemmerettsbegrensningen. ... Forklaringen som gjengis [av lagmannsretten], viser at det var en erklært målsetting med transaksjonene å komme utenom stemmerettsbegrensningen.

Nordavis-dommen indikerer også at omgåelseshensikt vektlegges som følge av den ulovfestede lojalitetsplikten. Lojalitetsplikten går ut på at parter i kontrakts- og selskapsforhold til en viss grad plikter å opptre lojalt i forhold til hverandre og ikke i urimelig grad undergrave den annen parts interesser. Selv om lojalitetsplikten står sterkest der partene er i kontraktsforhold, viser Nordavis-dommen at lojalitetshensynet også er relevant i selskapsforhold, herunder mellom aksjonærer. Høyesterett sluttet seg der til et synspunkt fra juridisk teori om at

lojalitetskravet ikke er oppfylt dersom hensynet til [å unngå] stemmerettsbegrensningen er det eneste som begrunner en fordeling av aksjene [mellom konsernselskapene].³⁷

Riktignok er det forfattere som har stilt seg kritisk til at omgåelseshensikt bør ha betydning. Blant annet har Jens Feilberg Jørgensen fremhevet at

retsordenens interesse [går] ud på at skabe «brugbare regler» ..., men i så henseende er omgåelseshensigten uden betydning. Det afgørende for realisationen af denne interesse kan kun være transaktionernes faktiske indhold sammenholdt med loven «fornuftigt forstået».³⁸

Etter mitt skjønn treffer ikke dette synspunktet så godt, i alle fall ikke for norsk retts vedkommende. Det skyldes ikke bare at det foreligger nyere rettspraksis som bekrefter at omgåelseshensikt er relevant, men også at vår alminnelige rettskildelære åpner for å vektlegge et bredt spekter av reelle hensyn, herunder de ovennevnte hensyn som taler for å vektlegge omgåelseshensikt.

Selv om vurderingen av omgåelseshensikt må foretas subjektivt, ved at spørsmålet er hva som reelt sett motiverte personene som besluttet å gjennomføre disposisjonene, må vurderingen i stor grad objektiviseres gjennom bevisbedømmelsen. Det vil si at man ikke uten videre kan akseptere motivene slik de er beskrevet av parten selv. Fordi det alltid er fare for at de som har gjennomført disposisjonene vil fremsette uriktige påstander om hva som har vært motiverende for dem, er partens egen angivelse av motivene et bevis med begrenset vekt. Omgåelsesspørsmål gjelder stort sett nøye gjennomtenkte disposisjoner, hvor bevismomenter av en mer objektiv natur gir det sikreste bildet på hva som reelt er vektlagt. Eksempler på slike mer objektive bevismomenter er hvilke fordeler disposisjonen var egnet til å medføre og hva som må antas at en alminnelig forstandig person ville ha vektlagt i tilsvarende situasjon. Etter en helhetsbedømmelse av de ulike bevismomentene, må det mest sannsynlige motivasjonsgrunnlaget legges til grunn.

Skjønt domstolene sjelden redegjør inngående for sine konkrete bevisbedømmelser, gir dommen fra RG 2007 s. 411 en viss illustrasjon på en slik objektivisert bevisvurdering. Personen som hadde forsøkt å unnsnippe motpartens sakskostnadskrav ved å reise søksmålet gjennom sitt heleide aksjeselskap, anførte her forgivevs at overdragelsen til aksjeselskapet ikke var motivert av det forestående søksmålet. Han hevdet at rettighetene var overdratt til aksjeselskapet allerede flere år i forveien, og at det kun skjedde en formalisering av avtalen like før søksmålet. Lagmannsretten fant ikke dette troverdig, da det ikke var underbygget med dokumentasjon. At det hadde vært en plan at

skriftserie, Kringgående av skattelag, nr. 3 1975, s. 137–142 (s. 140), Benn Folkvord, «Er skattemessig motivasjon et grunnvilkår for gjennomskjæring? – Replik til Frederik Zimmers artikkel 'Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?'», *Skatterett*, 2007 s. 293–300 (s. 300) og Schön 2008 s. 50.

³⁷ Høyesterett forankret synspunktet ved å vise til uttalelser fra Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskapsrett*, 1. utgave, Oslo 1981 s. 163.

³⁸ Jf. Jørgensen 1966 s. 213–214.

aksjeselskapets virksomhet også skulle omfatte eiendomskjøp og eiendomsutvikling ble heller ikke funnet sannsynlig, da dette ikke stemte overens med de gjennomførte disposisjonene. På denne bakgrunn fant lagmannsretten det bevist at bruken av aksjeselskapet i søksmålsprosessen, utelukkende var begrunnet i motivet om å unnsnippe sakskostnadene.

Ved skatteomgåelse er enkelte høyesterettsdommer kritisert fordi man mener Høyesterett har lagt for stor vekt på skattyters egen forklaring og dokumentasjon, på tross av at forklaringen og dokumentasjonen har stemt dårlig overens med de faktiske fordelene av disposisjonen. Kritikken er særlig rettet mot Rt. 2006 s. 1232 «Telenor» hvor skattyteren hadde oppnådd en særdeles stor skattebesparelse (et tapsfradrag på NOK 8,6 milliarder), men hvor Høyesterett likevel kom til at disposisjonen først og fremst var forretningsmessig begrunnet.³⁹ I domsbegrunnelsen nøyde Høyesterett seg i stor grad med å henvise til et internt notat som skattyter hadde utarbeidet forut for disposisjonen og som var fritt for skatterettslige betraktninger, men hvor det fremgikk enkelte forretningsmessige begrunnelser av nokså vag karakter. I de fleste andre høyesterettsdommene om skatteomgåelse (både før og etter «Telenor»), virker Høyesterett å ha gått lenger i å tilbakevise/dempe oppkonstruerte eller overdrevne forklaringer.⁴⁰ Også forslaget til kodifisering av den skatterettslige omgåelsesnormen tar oppgjør med Telenor-dommen og legger til grunn at motivasjonsvurderingen skal objektiviseres i vesentlig grad.⁴¹

I omgåelsessaker kan det også forekomme at parten anfører motiver som begrunner andre disposisjoner, men ikke den aktuelle disposisjonen eller fremgangsmåten som omgåelsesspørsmålet gjelder. Slike utenforliggende motiver er normalt irrelevante i vurderingen av omgåelseshensikt. I Nordavis-dommen spilte det f.eks. ingen rolle at Harstad Tidende Gruppen AS med tilhørende datterselskaper, hadde gode forretningsmessige grunner for å sikre seg den store aksjeposten i Nordavis AS. Heller ikke i den nevnte dommen fra Gulating lagmannsrett om sakskostnadskravet, spilte det noen rolle at det var holdbare grunner for å reise søksmålet.⁴² I begge tilfeller var det fremgangsmåten som var problemet, henholdsvis at aksjene var fordelt mellom datterselskapene og at søksmålet var reist gjennom aksjeselskapet. At man har søkt viktige forretningsmessige fordeler hjelper således ikke når man har gjennomført disposisjoner som er unødvendige eller unaturlige steg på veien til disse fordelene, utelukkende for å omgå lovgivningen.⁴³

Når det gjelder hvor sterk grad av omgåelseshensikt som kreves for å reagere mot en omgåelse i aksjeselskapsretten, foreligger det ingen klare svar i høyesterettspraksis. Dommene gir likevel visse indikasjoner. Det er på det rene at omgåelseshensikten vil ha størst tyngde hvis det kan påvises at den er enerådende. I slike tilfeller hvor det ikke har vært andre begrunnelser for disposisjonen, er det også klart at den omgåtte bestemmelsen har vært en nødvendig betingelse for at disposisjonen ble gjennomført. Det vil si at disposisjonen ikke ville ha funnet sted dersom bestemmelsen tenkes borte.

I Nordavis-dommen la Høyesterett til grunn at Harstad Tidende Gruppen AS og dets datterselskaper ikke hadde hatt andre begrunnelser for å fordele aksjene mellom seg enn ønsket om å unngå stemmerettsbegrensningen. Hadde det ikke vært for stemmerettsbegrensningen, ville man således ikke ha valgt en slik unødvendig komplisert eierfordeling.

Tilsvarende kan sies om den nevnte lagmannsrettsdommen fra RG 2007 s. 411 hvor det ble funnet bevist at den eneste grunnen til at aksjeselskapet var brukt i søksmålsprosessen, var for å unngå ansvaret for eventuelle sakskostnader. Det vil si at omgåelseshensikten var enerådende, og hadde det ikke vært for denne, ville den personlige aksjonæren heller ha reist søksmålet selv.

I NJA 2014 s. 877 har svensk Høyesterett kommet til samme resultat i en omtrent identisk sak. Også her ble det vektlagt at omgåelseshensikten var enerådende (avsnitt 13): «*Slutsatsen är att bolaget har utgjort endast ett medel för [aksjonärerna] att kunna driva rättsprocessen avseende den förvärvade fordringen med en begränsad risk för negativa ekonomiska konsekvenser för egen del, men med bibehållen möjlighet att få del av de ekonomiska fördelarna vid en framgång i processen. Arrangemanget har således uteslutande syftat till att kringgå rättegångsbalkens regler om ansvar för rättegångskostnader ...*»

³⁹ Se Frederik Zimmer, «Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?», *Skatterett*, 2007 s. 2–13 (s. 8–9), Ole Gjems-Onstad mfl., *Norsk bedriftsskatterett*, 10. utgave, Oslo 2018 s. 1180–1182, Folkvord 2007 s. 299–300 og Jan Syversen, «Fire høyesterettsdommer om skattemessig gjennomskjæring med særlig fokus på dommen i Rt. 2006 s. 1232, Telenor Eiendom Holding – En ny «vri» på gjennomskjæringsnormen?», *Utalget*, 2007 s. 468 flg., særlig punkt 3.3. Se også Skar 2017 s. 108–112.

⁴⁰ Se bl.a. HR-2016-2165-A «Ikea», Rt. 2006 s. 1199 «Nagell-Erichsen II», Rt. 2006 s. 1062 «Fauske», Rt. 1998 s. 1771 «Essem» og Rt. 1998 s. 1764 «Finnøy og Wisth», Rt. 1994 s. 499 «Gokstad», Rt. 1963 s. 478 «Siraco» og min gjennomgang av disse dommene i Skar 2017 s. 125–148.

⁴¹ Jf. Prop. 98 L (2018-2019) s. 53 og NOU 2016: 5 s. 101–102.

⁴² Domspremissene i LG-2003-11436 (Gulating) indikerer at det var en viss tvil om domsresultatet, så det synes ikke å ha vært meningsløst å reise selve søksmålet. Bruken av aksjeselskapet i søksmålet derimot, ga ingen mening ut over hensikten om å omgå sakskostnadene, og det var dette lagmannsretten angrep i RG 2007 s. 411.

⁴³ I skatteretten viser gjerne Høyesterett til at man står overfor en unødvendig omvei eller et unødvendig mellomledd, se f.eks. Rt. 2006 s. 1062 «Fauske», Rt. 2004 s. 1331 «Aker Maritime», Rt. 1994 s. 499 «Gokstad», Rt. 1982 s. 789 «Torkildsen», Rt. 1978 s. 60 «Smestad» og Rt. 1976 s. 302 «Ragelas». Seneste eksempel er HR-2016-2165-A «Ikea», hvor Høyesterett benyttet omgåelsesnormen på et unødvendig og skattemessig motivert disposisjonsledd i en større omorganisering.

Heller ikke i Rt. 1997 s. 1010 «Mycron», synes den aktuelle disposisjonen å ha hatt andre begrunnelser enn omgåelseshensikten. I denne saken var eiendeler, som ikke kunne benyttes som tingsinnskudd etter aksjelovgivningen, solgt til selskapet mot kontanter. Samtidig var det foretatt en kontantemisjon hvor en tilsvarende mengde kontanter var betalt tilbake til selskapet fra samme personer (indirekte gjennom en mellommann). Høyesterett fant at transaksjonsrekken måtte regnes som et tingsinnskudd etter aksjelovgivningen. I domsbegrunnelsen ble det bl.a. uttalt at det

... har vært siktemålet ... å konvertere [eiendelene] til [...]aksjer. ... [D]et er grunn til å skjære gjennom det skinn av kontantemisjon som transaksjonen var søkt ikledd[.].

Som Høyesterett påpekte, var således partenes egentlige ønske å gjennomføre et ordinært tingsinnskudd (konvertere eiendeler til aksjer). Den eneste grunnen til at man hadde gjennomført den aktuelle disposisjonsrekken (i form av salget og kontantemisjonen) fremfor et tingsinnskudd, var at man ville unngå lovens begrensninger for tingsinnskudd. Også i Rt. 1995 s. 46 «Nimbus» – som på samme måte som Nordavis-dommen angikk omgåelse av en stemmerettsbegrensning – synes omgåelseshensikten å ha vært enerådende. Aksjonæren Nimbus A/S hadde her forsøkt å omgå stemmerettsbegrensningen til Kverneland A/S, ved å inngå en avtale med Trygve Brudevold som i utgangspunktet var en utenforstående person. Avtalen forpliktet Brudevold til å erverve aksjer i Kverneland og stemme utelukkende etter Nimbus' instruksjer, samtidig som at Brudevold kunne kreve at Nimbus skulle kjøpe aksjene etter en viss tidsperiode til kostpris, med et tillegg kr 500 000. Det var Nimbus som i tilfelle skulle godskrives utbytte. Videre hadde Nimbus rett til å kjøpe aksjene på omtrent samme vilkår, gjennom en mellommann.⁴⁴ Selv om Nimbus' interesse i å erverve aksjene var begrunnet i andre motiver enn å omgå stemmerettsbegrensningen, var avtalen mellom Brudevold og Nimbus inngått med ren omgåelseshensikt, og representerte ifølge Høyesterett en rettsstridig omgåelse av stemmerettsbegrensningen.⁴⁵

I alle de ovennevnte sakene har således domstolene stått overfor disposisjoner som utelukkende er motivert av omgåelseshensikt. At det først og fremst er slike disposisjoner som står i faresonen, stemmer også godt overens med hva som er erfart i rettspraksis på skatterettens område. Også når Høyesterett har reagert mot skatteomgåelser, har omgåelseshensikten eller skattemotivet stort sett vært den eneste begrunnelsen for disposisjonen.⁴⁶ I skatteretten er det likevel åpnet for noe større fleksibilitet på dette punkt. Der har man nøydt seg med å oppstille et minstekrav til at det hovedsakelige formålet med disposisjonen må være å spare skatt.⁴⁷ Det vil si at det kan være aktuelt å vektlegge omgåelseshensikt selv om disposisjonen i tillegg har visse andre begrunnelser, forutsatt at de andre begrunnelsene er underordnet omgåelseshensikten. Jeg vil holde det åpent at et lignende skjønnsrom kan gjelde i selskapsretten.

I LG-2018-178353, hvor det var spørsmål om å ramme en disposisjon som omgåelse av forkjøpsrett, synes Gulating lagmannsrett å ha resonnert i denne retning. Lagmannsretten så det ikke her som noe avgjørende hinder mot å konstatere omgåelse at disposisjonen muligens hadde noen små begrunnelser ved siden av omgåelseshensikten, da «*det nærmest kan utelukkes at [man] ville ha valgt en slik mer komplisert eierstruktur hvis forkjøpsretsbestemmelsen tenkes borte*». Lagmannsretten kom likevel til at disposisjonen måtte aksepteres da den ikke var i strid med regelverkets formål, se neste punkt.

3.3 Strid mot regelverkets formål

At en disposisjon er gjennomført med omgåelseshensikt, kan ikke alene begrunne at det er anledning til å fravike regelverkets ordlyd. I tillegg vil man normalt kreve at den rettslige fordelen som disposisjonen medfører, strider mot regelverkets formål. Som nevnt i punkt 3.1 ble dette allerede fremhevet i

⁴⁴ Det var avtalt at Tennant Fonds A/S, som handlet på oppdrag fra Nimbus, skulle ha rett til å kjøpe Brudevolds aksjer til kostpris med et tillegg på kr 500 000. Samtidig hadde Nimbus og Tennant Fonds A/S avtalt at Nimbus skulle ha rett til å kjøpe aksjene som ble ervervet fra Brudevold.

⁴⁵ Også annenvoterende, som representant for mindretallet, var enig i dette, og presiserte at «*[f]ormålet med [avtalen] var å komme utenom stemmerettsbegrensningen i Kvernelands vedtekter, og dette var, slik jeg ser det, også avtalens eneste formål.*»

⁴⁶ Se eksempelvis Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 32 og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 81, hvor det fremheves at situasjonen ved skattemessig gjennomskjæring som «*oftest [vil] være at skattemotivet er så å si enerådende, ev bare med et skinn av en forretningsmessig begrunnelse*». Se også min analyse i NOU 2016: 5 vedlegg 1 s. 130–140.

⁴⁷ Jf. bl.a. Rt. 2009 s. 209 «Hex» (avsnitt 39–41). Det samme vil gjelde etter en lovfesting av normen i henhold til forslaget i Prop. 98 L (2018-2019) s. 102.

romerretten,⁴⁸ men et tidlig eksempel i nordisk sammenheng, er Jul. Lassens definisjon av omgåelse fra slutten av 1800-tallet, som lyder slik:

Istedetfor det af Lovens Ord efter dens teknisk-juridiske Affattelse omfattede Retsforhold vælger man, for at undgaa [...]loven, et andet, der ikke falder ind under Lovens Ord, men vel under dens virkelige Mening ...⁴⁹

Lignende definisjoner er som nevnt vanlige i skatteretten. Som fremhevet av Frederik Zimmer, er det typisk for skatterettslige omgåelsesspørsmål at «*en privatrettslig form utnyttes for å oppnå skattemessige fordeler som ikke er i overensstemmelse med (det man antar er) skattereglenes formål*». ⁵⁰ Når det gjelder aksjeselskapsretten, har Filip Truyen ordlagt seg i samme retning ved å vise til at omgåelsessaker må løses ut fra en «*interesseavveining hvor blant annet lovbestemmelsens formål og lovens system står sentralt*». ⁵¹

Også Høyesterett har lagt seg på denne linjen. Da Høyesterett kom til at det forelå en rettsstridig omgåelse i Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis», var det ikke bare på grunn av omgåelseshensikten, men også fordi opplegget krenket stemmerettsbegrensningens formål om å hindre at en enkelt aksjonær fikk dominerende innflytelse i selskapet. Høyesterett viste til en uttalelse fra tingretten om at det å ha en stemmerettsbegrensning ikke gir særlig mening om det ikke er for å spre makt og hindre maktkonsentrasjon hos større eiere. Å gi full stemmerett til konsernselskapene stod i konflikt med dette formålet, idet konsekvensen ville bli at den samme ultimate eieren – morselskapet Harstad Tidende Gruppen AS – ville få full kontroll over langt mer enn 10 % av stemmene.

Enkelte forfattere har stilt seg kritisk til at det skal ha betydning om den rettslige fordelen strider mot regelverkets formål. Det gjelder bl.a. Jens Feilberg Jørgensen som har påpekt at slike vurderinger baserer seg på uriktige forutsetninger om muligheten til å kunne fastslå lovens mening. ⁵² Selv om slik kritikk etter mitt syn går for langt, er det riktig at bestemmers formål ofte ikke lar seg angi presist med en kort rettssetning eller ved å vise til ett enkelt hensyn. Det må tas i betraktning at de fleste bestemmelser og grenser i regelverket er basert på en avveining av motstående eller kryssende hensyn. Tilsvarende gjelder for grensedragninger mellom hovedregler og unntaksregler, hvor hensyn bak begge bestemmelser kan gjøre seg gjeldende. Spørsmålet om den rettslige fordelen av et omgåelsesforsøk strider mot regelverkets formål, er derfor et grads- eller avveiningsspørsmål, hvor det ut fra en samlet bedømmelse av hensynene og betraktningene bak de berørte bestemmelsene, må kreves at krenkelsen fremstår som nokså vesentlig.

Selv om Høyesterett ikke sa det uttrykkelig i Nordavis-dommen, var f.eks. den aktuelle stemmerettsklausulen neppe bare begrunnet i å hindre maktkonsentrasjon. Klausulen var også avgrenset ut fra motstående hensyn. For det første må det ha vært et visst formål å sikre større aksjonærer mer innflytelse enn mindre aksjonærer, skjønt bare opptil grensen på 10 %. For det andre innebar avgrensningen til enkeltaksjonærer at klausulen ikke tok sikte på å hindre maktkonsentrasjoner oppnådd ved allianser mellom aksjonærer. I dette tilfellet stod man imidlertid ikke overfor en alminnelig allianse eller et begrenset interessefellesskap, slik som f.eks. kan være praktisk for aksjonærer i familieforhold. Harstad Tidende Gruppen AS hadde i realiteten like stor kontroll over stemmegivningen som hvis det hadde eid alle aksjene selv. I tillegg var det tale om et stort antall aksjer, på det meste 60 %, noe som innebar en betydelig større maktkonsentrasjon enn klausulens øvre grense på 10 %. Heller ikke hensynene som avgrenset stemmerettsklausulen, tilsa følgelig at det samsvarte med klausulens formål å tilkjenne full stemmerett til konsernet.

Som eksempelet med Nordavis-dommen illustrerer, benyttes ofte andre typetilfeller eller disposisjoner som referanse når det skal avgjøres i hvilken grad den rettslige fordelen strider mot regelverkets formål. Det gjennomføres ved at rettsanvenderen sammenligner de faktiske og økonomiske virkningene av den gjennomførte disposisjonen med typetilfeller som ikke leder til den rettslige fordelen under regelverket. I Nordavis-dommen stod det som nevnt sentralt at Harstad Tidende Gruppen AS i realiteten hadde samme kontroll over aksjene og stemmegivningen som hvis det hadde eid aksjene selv. Det å

⁴⁸ Jf. *Corpus juris civilis, Digesta*, Paulusfragmentet, I, 3, 29.

⁴⁹ Jf. Lassen 1890 s. 617.

⁵⁰ Jf. Zimmer 2018 s. 65.

⁵¹ Jf. Truyen 2010 s. 323.

⁵² Jf. Jørgensen 1966 s. 201–202.

tilkjenne full stemmerett til konsernet, ville følgelig være omtrent like krenkende mot vedtektsbestemmelsens formål – om å motvirke maktkonsentrasjon m.v. – som hvis man hadde tilkjent full stemmerett i en situasjon hvor Harstad Tidende Gruppen AS eide aksjene direkte.

I alminnelig rettskildelære omtales gjerne sistnevnte type resonnement som likhets- eller analogislutninger,⁵³ mens i juridisk teori om omgåelse benyttes ofte andre betegnelser, slik som realitetsbetraktninger eller «substance over form».⁵⁴ Hvilket navn som settes på denne typen resonnement er mindre viktig, men selve argumentasjonsmåten er nokså fundamental. Når man sammenligner med typetilfeller eller disposisjoner som er direkte regulert av den unngåtte bestemmelsen, får man en referanse på hvordan forfatterne av regelverket har ment å avveie og avgrense de ulike hensynene bak bestemmelsen. Det gir mer presise resultater enn hvis rettsanvenderen bare skulle foretatt frie avveininger av hensynene etter eget skjønn. Dessuten lar resonnementet seg ofte forenkle ved at det ikke blir nødvendig å diskutere alle hensynene bak regelverket uttrykkelig. For i den grad det ikke er realitetsforskjeller mellom den gjennomførte disposisjonen og typetilfellet som klart er omfattet av bestemmelsen, kan man normalt presumere at alle hensynene bak regelverket – uansett hva de måtte være – gjør seg gjeldende med samme styrke for den gjennomførte disposisjonen.

Også Rt. 1997 s. 1010 «Mycron» kan forklares ut fra denne typen resonnement, selv om domsbegrunnelsen til Høyesterett var kortfattet. Høyesterett gikk ikke her eksplisitt inn på hensynene bak den lovfestede begrensningen for tingsinnskudd. Imidlertid fremhevet Høyesterett at «*selv om transaksjonen i det ytre var søkt lagt opp som en kontantemisjon, så fant det i realiteten sted en [tings]emisjon ...*». Poenget var at eiendeler som ikke kunne benyttes som tingsinnskudd etter den lovfestede begrensningen, hadde blitt solgt til selskapet mot kontanter, samtidig som det var foretatt en kontantemisjon hvor en tilsvarende mengde kontanter var betalt tilbake til selskapet. Med dette førte transaksjonsrekken til de samme forretningsmessige virkningene som et tingsinnskudd, i den forstand at selskapet overtok de aktuelle eiendelene, selger overtok de nystiftede aksjene, mens de kryssende kontantoverføringene nullet hverandre ut. Dermed var det i praksis ingen realitetsforskjeller mellom den gjennomførte disposisjonen og et alminnelig tingsinnskudd. Å godta disposisjonen kunne følgelig være bortimot like krenkende mot formålene bak den lovfestede begrensningen for tingsinnskudd (om å beskytte kreditorer og øvrige aksjonærer mv.), som hvis man hadde akseptert et alminnelig tingsinnskudd med de aktuelle eiendelene.

Et tredje eksempel er Rt. 1995 s. 46 «Nimbus», hvor aksjonæren Nimbus hadde engasjert Brudevold til å erverve en aksjepost i Kverneland, for å omgå selskapets stemmerettsbegrensning. Avtalen gikk som nevnt ut på at Brudevold skulle stemme utelukkende etter Nimbus' instruksjoner. I tillegg inneholdt avtalen klausuler som innebar at Nimbus i praksis hadde samme økonomiske interesse i aksjene, både hva gjaldt utbytte og verdistigning, som hvis det hadde eid aksjene selv (bortsett fra at Brudevold skulle ha en viss betaling).⁵⁵ Å akseptere opplegget var dermed omlag like krenkende mot vedtektsbestemmelsens formål (om å forhindre maktkonsentrasjon m.v.) som hvis man hadde tilkjent full stemmerett i et tilfelle hvor Nimbus eide alle aksjene direkte.

Også i skatterettslige omgåelsessaker står slik argumentasjon sentralt, men ofte forenkles argumentet ved at det formuleres som et spørsmål om disposisjonen mangler virkninger, realiteter, substans osv. ut over skattebesparelsen. Der den skatterettslige omgåelsesnormen er anvendt, har Høyesterett typisk argumentert med at tilpasningen har «*helt ubetydelig egenvirkning*», jf. Rt. 2006 s. 1199 «Nagell-Erichsen II» (avsnitt 82), «*praktisk talt*» ingen virkninger, jf. Rt. 2006 s. 1062 «Fauske» (avsnitt 48 og 51), «*meget små reelle virkninger*», jf. Rt. 2000 s. 1865 «Nygård», «*ingen annen reell virkning ... enn de rent skattemessige*», jf. Rt. 1998 s. 1764 «Finnøy og Wisth». En kjent uttalelse av Kåre H. Kvisli er også sitert i flere av høyesterettsdommene, jf. bl.a. Rt. 1966 s. 1189 «Bergesen» og Rt. 1971 s. 264 «Kielland»: «*Har transaksjonen ikke en viss egenverdi med hensyn til de økonomiske realiteter, vil de skatterettslig sett ligge i faresonen selv om de privatrettslig er uangripelige*».⁵⁶ Grunnen til at slike resonnementer kan forstås som likhetsslutninger, er at de baserer seg på en (underforstått) sammenligning mellom den gjennomførte disposisjonen og en annen disposisjon som ikke leder til den rettslige fordelene under regelverket. I salg- og tilbakekjøpsaker kan det f.eks. bli argumentert med at salget og tilbakekjøpet nesten er uten realiteter, og at den

⁵³ For en nærmere definisjon av analogislutninger, se f.eks. Alf Ross, *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, København 1953 s. 176, hvor det bl.a. fremheves at «[d]en problematik, der ligger bag ... analogislutningen ... kan skildres således. Hvis en regel efter «naturlig sproglig forståelse» finder anvendelse på område a, forudsætter dens utvidelse til område b, (1) at en retlig vurdering ud fra de formål og ideer, der antages at have bestemt reglen, taler for at anvende den også på område b. ... Og (2) at der ikke mellem a og b er nogen sådan forskel, der ud fra andre retlige vurderinger og ideer kan begrunde, at de to tilfælde behandles forskelligt.» Se også Torstein Eckhoff og Jan Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 126.

⁵⁴ Se fotnote 28.

⁵⁵ Saksforholdet er nærmere forklart i punkt 3.2.

⁵⁶ Jf. Kåre H. Kvisli, *Innføring i skatteretten*, Oslo 1962 s. 109.

rettslige fordelene derfor bør tilsidesettes. Logisk sett er dette det samme som å si at salget og tilbakekjøpet nesten har de samme realitetene som hvis man hadde beholdt eiendelen hele tiden, og at tilfellene derfor bør behandles likt.⁵⁷

På den annen side kan det også forekomme at den omtvistede disposisjonen har omtrent samme faktiske virkninger som en annen disposisjon som regelverket er direkte ment å begunstige. I så fall kan det tale for at også den omtvistede disposisjonen må aksepteres. I skatteretten sies det gjerne at det er et argument mot å anvende omgåelsesnormen i den grad skattyteren kunne ha nådd samme faktiske og rettslige resultat på en måte som ville ha vært uangripelig.⁵⁸ I aksjeselskapsretten synes argumentet nylig å ha fått avgjørende betydning i LG-2018-178353, som reiste spørsmål om omgåelse av forkjøpsrett. En fylkeskommune hadde her overdratt en aksjepost i et kraftselskap til sitt nystiftede heleide holdingsselskap. Fylkeskommunen ønsket fastsettelsesdom på at en overdragelse av B-aksjer i holdingselskapet til kommuner i fylket, ikke ville utløse forkjøpsrett for øvrige aksjonærer i kraftselskapet og fikk medhold av lagmannsretten. I domsbegrunnelsen ble det bl.a. vist til at dersom fylkeskommunen og kommunene hadde stiftet holdingselskapet i fellesskap, hvorpå fylkeskommunen var forbeholdt A-aksjene og dermed stemmeretten på generalforsamlingen, ville et etterfølgende salg av kraftaksjene til et slikt selskap ikke utløse forkjøpsretten fordi det ville vært unntatt som salg til nærstående etter loven. Ifølge lagmannsretten var det dermed

ikke realitetsforskjeller mellom den transaksjonen det kreves fastsettelsesdom for og typetilfeller som klart går fri fra forkjøpsretten, ... og da er det ikke større grunn til å motvirke denne transaksjonen enn slike tilpasninger som er akseptert direkte etter aksjeloven.

Også hårfine tilpasninger til kvantitative grenser i regelverket, slik som prosentsatser eller tidsfrister, vil normalt måtte anses akseptert av forfatterne av regelverket.⁵⁹ Når lovgiver har valgt å tallfeste en grense for hvor langt regelen (med dens bakenforliggende hensyn) skal rekke, er det ikke i strid med regelens formål å legge seg tettest mulig på den minimums- eller maksimumsgrense som er valgt. Et eksempel fra skatteretten er at det ikke kan foreligge en uakseptabel omgåelse selv om noen tilpasser seg unntaket fra gevinstbeskatning på bolig, herunder vilkåret om ett års botid, ved nøyaktig å bo i boligen i 365 dager før salget skjer.⁶⁰ Samtidig finnes det også situasjoner hvor kvantitative grenser i regelverket ikke står til hinder for å konstatere omgåelser, slik Nimbus-dommen og Nordavis-dommen illustrerer. Hvilken betydning det har at man står overfor en kvantitativ grense avhenger av tilpasningens virkninger. Selv om en bestemmelse etter sin ordlyd bare rammer aksjonærer som eier over 10 % av aksjene, kan det foreligge en uakseptabel omgåelse når virkningene av aksjonærens innrettelse er at han oppnår kontroll over en større aksjepost enn 10 %, slik situasjonen var i Nimbus- og Nordavis-dommen. Skulle derimot aksjonærens innrettelse bare bestå av at han har tilpasset seg ved nøyaktig å eie 10 %, uten at han indirekte kontrollerer flere aksjer i selskapet, tilsier naturligvis den kvantitative grensen at han ikke har handlet i strid med regelverkets formål.⁶¹

Også dersom forfatterne av regelverket eller motparten hadde gode muligheter til å oppdage smutt-hullet i regelverket på forhånd og ta forholdsregler, kan det bli anført at tilpasningen må aksepteres. Synspunktet kan være at det ikke er i strid med regelverkets formål å benytte seg av tilpasningsmuligheter som regelverket nokså åpenlyst innbyr til. Selv om dette argumentet kan være relevant, begrensens rekkevidden av effektivitetshensyn, se også punkt 3.1 ovenfor. Aksjeselskapsformen har

⁵⁷ Jeg har forklart dette nærmere i NOU 2016: 5 vedlegg 1 s. 145–147 og Skar 2017 s. 157–162.

⁵⁸ Se bl.a. Prop. 98 L (2018-2019) s. 46 og NOU 2016: 5 s. 97.

⁵⁹ Dette påpekes ofte i skatteretten, se f.eks. Ole Gjems-Onstad mfl. 2018 s. 1187–1188, Zimmer 2018 s. 74 og NOU 2016: 5 bl.a. s. 93.

⁶⁰ Jf. sktl. § 9-3 (2).

⁶¹ I skatterettslig høyesterettspraksis illustreres denne sondringen av flere høyesterettssaker om den tidligere delingsmodellen, se også Prop. 98 L (2018-2019) s. 41–42. For å unngå at aksjonærer som arbeidet i selskapet skulle spare skatt ved å ta ut utbytte fremfor lønn, hadde man tidligere en skattebestemmelse om at det skulle beregnes personinntekt (trygdeavgift og toppskatt) når arbeidende aksjonærer eide «minst to tredjedeler av aksjene i selskapet, eller ... ha[dde] krav på minst to tredjedeler av selskapets utbytte», jf. dagjeldende skattelov § 9-3. I Rt. 2007 s. 209 «Hex», Rt. 1998 s. 1771 «Essem», Rt. 1998 s. 1764 «Finnøy og Wisth» hadde to skattytere gått sammen om å unngå bestemmelsen ved å opprette krysseiearrangement, hvor de ble eiere av over én tredjedel av aksjene i hverandres selskaper. I alle disse sakene kom Høyesterett til at den skatterettslige omgåelsesnormen var anvendelig på tross av den skarpt avgrensede og kvantitative lovtæksten. I Høyesteretts begrunnelser ble det trukket frem at krysseiearrangementene hadde liten realitet, bl.a. fordi virkningene av å gi fra seg over én tredjedel av overskuddet i eget selskap ble nøytralisert ved at man mottok en lik andel av overskuddet i den andre skattyterens selskap. I Rt. 1998 s. 1779 «INA» derimot, hvor saksforholdet var annerledes, fikk skattyter medhold. En skattyter hadde her unngått den samme bestemmelsen ved å overlate over én tredjedel (34 %) av aksjene til sin bror uten at det ble funnet bevist at broren overførte utdelinger tilbake til skattyteren. Denne disposisjonen hadde således vesentlige ikke-skattemessige virkninger. Hensett til lovtækstens kvantitative grense, fant Høyesterett at lovgiver måtte ha forutsatt at disposisjoner med slike virkninger skulle falle utenfor bestemmelsen.

bl.a. til formål å sikre en effektiv samhandling mellom investorene, og som nevnt kan det være nokså ressurskrevende å avdekke omgåelsesmuligheter på forhånd. Å innta egne bestemmelser mot alle tenkelige omgåelsesvarianter kan også gjøre regelverket uoversiktlig og vanskelig å håndtere. Fordi man ikke klarer å tenke seg til alle detaljer på forhånd, kan man risikere smutthull uansett eller at bestemmelsene blir for vide ved at de omfatter eller skaper usikkerhet for tilfeller som ikke var tiltenkt. At det var mulig å forutse omgåelsesmuligheten og ta forholdsregler ved utformingen av regelverket, behøver derfor ikke å være et avgjørende hinder hvis først øvrige argumenter taler for å reagere mot omgåelsen (se eksempelvis Nordavis-dommen som gjaldt en nokså åpenlys omgåelsesmulighet).⁶²

Ved spørsmål om skatteomgåelse har det tradisjonelt ikke blitt vektlagt om lovgiver kjente til omgåelsesvarianten og hadde mulighet til å motvirke den med vanlig lovgivning. I Rt. 2014 s. 227 «Tangen 7» ble likevel argumentet tillagt særskilt vekt. Saken gjaldt et konsern som hadde unngått gevinstbeskatning på en forretningseiendom ved å fisjonere datterselskapet som eide eiendommen, slik at øvrige eiendeler ble flyttet ut av datterselskapet, før morselskapet solgte aksjene i datterselskapet med eiendommen skattefritt (under den såkalte fritaksmetoden). Høyesterett kom til at omgåelsesnormen ikke var anvendelig, idet man måtte være varsom med å anvende omgåelsesnormen når «*lovgiveren med åpne øyne har innført et regelverk som innbyr til*» tilpasninger (avsnitt 66). I forarbeidene hadde ikke departementet gitt uttrykk for at tilpasningen skulle aksepteres, men man hadde funnet det vanskelig å regulere tilpasningen med spesielle omgåelsesregler, og inntil videre overlatt til Høyesterett å avgjøre spørsmålet ut fra den generelle omgåelsesnormen.⁶³ I ettertid har uttalelsen til Høyesterett fått sterk kritikk og er en av hovedgrunnene til at departementet har tatt initiativ til arbeidet med å lovfeste den skatterettslige omgåelsesnormen.⁶⁴ Det er vist til at det ikke er ønskelig med spesielle omgåelsesregler på alle områder hvor man kjenner til at det foregår omgåelser, fordi slike regler kan ha andre ulemper, slik som at regelverket blir uoversiktlig og mindre forutsigbart for skattytere flest.⁶⁵

I omgåelsessaker kan det også forekomme at den gjennomførte disposisjonen er forsøkt hemmeligholdt. Det kan skje ved at omgåelsen kombineres med pro forma, typisk ved at man ikke bare inngår en avtale som omgår lov eller vedtekter, men også holder avtalen skjult for omverdenen, se punkt 2. Såfremt rettsanvenderen finner den fullstendige avtalen bevist, vil denne naturligvis bli lagt til grunn som faktum i saken. At det foreligger et forsøk på å skjule eller legge frem villedende opplysninger om disposisjonen, er derimot vanligvis ikke et argument for at disposisjonen utgjør en uakseptabel omgåelse i strid med regelverkets formål. Som nevnt i punkt 2 må omgåelse og pro forma holdes adskilt, hvilket også er forutsatt av Høyesterett i Nordavis-dommen. Her uttalte Høyesterett (avsnitt 44) at det

ikke kan spille noen rolle at omgåelsen foregår åpent, i motsetning til skjult slik som i Nimbus-saken ... En omgåelse av formålet [med regelverket kan inntre], uavhengig av om omgåelsen foregår åpent eller i det skjulte.

Heller ikke under den skatterettslige omgåelsesnormen, er det vanlig å vektlegge hvorvidt skattyter har opptrådt uærlig ved å gi ufullstendige eller uriktige opplysninger.⁶⁶ Ufullstendige eller uriktige opplysninger vil naturligvis bli korrigeret i bevisbedømmelsen, men som rettslig argument vil opplysningssvikten først bli vektlagt i den grad man ikke bare vil reagere mot omgåelsen, men også sanksjonere med straff (herunder tillegsskatt).

⁶² Skjønt se Andenæs 2016 s. 290 som argumenterer for at det i første rekke må være selskapenes egen sak å utforme vedtektene slik at stemmerettsbegrensningen får den ønskede effektivitet, og at domstolene derfor bør vise noe tilbakeholdenhet med å effektivisere stemmerettsbegrensninger i større grad enn det er rimelig sikkert grunnlag for.

⁶³ Jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) «Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer» s. 76–79.

⁶⁴ Se NOU 2016: 5 s. 8 og 94, Prop. 98 L (2018-2019) s. 43 og Benn Folkvord «Hva er igjen av den ulovfestede omgåelsesnormen etter Rt 2014 s. 227 «Tangen»?», *Skatterett*, 2015 s. 150–164 (bl.a. s. 157–158).

⁶⁵ Samme sted.

⁶⁶ Se Skar 2017 s. 36–37.

4. Ansvarsgjennombrudd ved omgåelser

At aksjonærer ikke hefter for selskapets forpliktelser, jf. asl/asal. § 1-2 (1), er kanskje det viktigste prinsippet i aksjeselskapsretten. Ansvarsbegrensningen har til formål å stimulere til forretningsvirksomhet ved at det blir mindre risikabelt å drive virksomhet, herunder i samarbeid med andre.⁶⁷

Ansvarsbegrensningen hindrer ikke aksjonærer fra å være forpliktet overfor kreditorer hvis det følger direkte av erstatningsregler (culpa/medvirkningsansvar, jf. asl. § 17-1), avtale eller andre lovbestemmelser, men ellers er aksjonærene i utgangspunktet fri for ansvar. Undertiden oppstår det likevel spørsmål om å gjøre unntak fra ansvarsbegrensningen, dvs. foreta ansvarsgjennombrudd (også kalt heftelsesgjennombrudd). I det følgende vil jeg diskutere adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd der aksjonærer forsøker å utnytte ansvarsbegrensningen for å omgå krav fra kreditorer.

I høyesterettspraksis foreligger det foreløpig ingen saker – verken omgåelsessaker eller andre saker – som har resultert i ansvarsgjennombrudd. Det har vært problematisert om Rt. 2010 s. 306 «Hempel» kan tolkes som et eksempel på ansvarsgjennombrudd,⁶⁸ men domsbegrunnelsen er ikke tydelig på dette punkt. Høyesterett konkluderte med at et morselskap (Hempel AS) var forpliktet til å bekoste tiltak mot forurensning som var begått av datterselskapet, men synes å ha ansett ansvaret for å følge direkte av forurensningsloven.⁶⁹ Høyesterett viste til at kretsen av ansvarlige etter forurensningsloven var meget vid ved at ordlyden omfattet «den som har ... noe som ... kan føre til forurensning», hvilket også måtte kunne omfatte et morselskap, spesielt når det var eneeier.

Det er først og fremst gjennom obiter dicta at Høyesterett har åpnet for ansvarsgjennombrudd i norsk rett. I Rt. 1996 s. 672 «Kongeparken» og Rt. 1996 s. 742 «Minnor» ble det fremhevet at det skal «*mye til*» for å statuere et direkte ansvar, men at det kan være aktuelt hovedsakelig ut fra to typer argumenter. Det ble vist til at det ene argumentet er om det fremtrer som «*utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen*», mens det andre er om det «*har vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern*».

I juridisk teori har det kommet innvendinger mot disse uttalelsene fordi de overlapper med erstatningsregler. Det er vist til at det vanskelig kan tenkes «*utilbørlig*» å opprettholde ansvarsbegrensningen uten at aksjonæren samtidig er å bebreide, og da kan ansvar uansett bygges på culpaparegelen.⁷⁰ Også der det har skjedd en sammenblanding mellom aksjonæren og selskapets verdier, f.eks. ved at aksjonæren har brukt selskapets midler privat i strid med aksjelovens utdelingsregler, vil ofte aksjonæren ha opptrådt uaktsomt og være ansvarlig på alminnelig grunnlag (her etter asl. § 3-7).

Selv om Høyesteretts uttalelser i «Kongeparken» og «Minnor» slik sett overlapper med andre grunnlag for ansvar, kan de imidlertid rekke noe videre i språklig forstand. Ikke minst er det tenkelig at det kan være «*utilbørlig*» å opprettholde ansvarsbegrensningen i omgåelses- og misbrukstilfeller. Det var også slik Gulating lagmannsrett resonnererte i den nevnte dommen fra RG 2007 s. 411, hvor aksjonæren ble holdt ansvarlig for et sakskostnadskrav mot selskapet, fordi det forelå et «*bevisst misbruk av ... ansvarsbegrensning[en]*».

At det kan være åpning for ansvarsgjennombrudd ved omgåelser og misbruk, er ingen fremmed tanke i utenlandsk rett. Blant annet synes tysk Høyesterett å ha akseptert ansvarsgjennombrudd («*Durchgriffshaftung*») ved misbruk av aksjeselskapsformen («*Mißbrauch der Rechtsform der GmbH*»).⁷¹ Også i Sverige har det blitt talt om en misbruksteori som kan bidra til å begrunne ansvarsgjennombrudd når aksjeselskapsformen utnyttes til formål som den ikke er utviklet for («*den juridiska personen medvetet används för andra syften än vad den är avsedd för*»).⁷² I NJA 2014 s. 877

⁶⁷ Se bl.a. Viggo Hagstrøm, «Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1993 s. 250–282 (s. 250–251) med videre henvisninger. Også Høyesterett har understreket at ansvarsbegrensningen har «*stor samfunnsmessig betydning, blant annet for å stimulere til etablering av risikofylt virksomhet*», jf. Rt. 2010 s. 306 «Hempel» (avsnitt 69).

⁶⁸ Beate Sjøfjell har argumentert for at «Hempel» kan oppfattes som et eksempel på ansvarsgjennombrudd, jf. Beate Sjøfjell, «Environmental Piercing of the Corporate Veil The Norwegian Supreme Court Decision in the Hempel Case», *European Company Law*, 2010 s. 154–160, her sitert fra Social Science Research Network, SSRN (s. 7). Tore Bråthen har argumentert for det motsatte, se Tore Bråthen, «Ny Praksis», *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret*, nr. 3, 2015 s. 105.

⁶⁹ I samme retning Geir Woxholth, *Selskapsrett*, 6. utgave, Oslo 2018 s. 147 og Bråthen 2015 s. 105.

⁷⁰ Jf. Woxholth 2018 s. 144–145. Se også Tore Fjørtoft, Ansvarsgjennombrudd – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon, *Jussens venner*, 1997 s. 300–317 (s. 314). Se dessuten Hagstrøm 1993 s. 280, hvor det bl.a. fremheves at det er vanskelig å se at de sentrale momenter om ansvarsgjennombrudd er noe særlig forskjellig fra vanlige culpa- og risikobetraktninger i erstatningsretten.

⁷¹ Jf. bl.a. avgjørelsen fra Bundesgerichtshof, 24. juni 2002, Az II ZR 300/00 (avsnitt 18).

⁷² Jf. Rolf Dotevall, *Aktiebolagsrätt. Fördjupning och komparativ belysning*, Stockholm 2015 s. 105.

kom også spørsmålet opp for svensk Høyesterett, i en omtrent identisk sak som RG 2007 s. 411. På samme måte som Gulating lagmannsrett, fant svensk Høyesterett at aksjonærene kunne holdes ansvarlig. Det ble vist til at selskapet ikke drev «[n]ågon annan verksamhet än rättsprocessen» (avsnitt 12), og at «[a]rrangemanget har uteslutande syftat till att kringgå ... regler om ansvar för rättegångskostnader och därmed till att rubba det incitament och den balans som dessa regler avser att åstadkomma» (avsnitt 13). I kjølvannet av dommen har Stefan Lindskog fremhevet at det er mulig å knytte ansvarsgjennombrudd til en «generalklausul om rättsmissbruk; en formell rättsställning får inte brukas på ett kvalificerat otillbörligt sätt».⁷³

Typisk for et eventuelt misbruk av ansvarsbegrensningen, vil være at et aksjeselskap er benyttet på en måte som har svært liten økonomisk realitet ut over hensikten om å omgå annet regelverk og dets formål. Herunder har man også tilfeller hvor det er foretatt en kunstig og henimot virkningsløs oppsplitting av virksomheten for å omgå annet regelverk.⁷⁴ Et tradisjonelt eksempel er der man oppdeler en sterk sammenvevet økonomisk aktivitet, slik at driftsmidler som kan gjøre stor skade på omverdenen (eksempelvis tankskip) legges i egne aksjeselskaper.⁷⁵ Et lignende eksempel fra svensk høyesterettspraksis er NJA 1947 s. 647, hvor eierne av et vannkraftverk hadde lagt demningen, som ble brukt til å regulere kraftproduksjonen, i et eget selskap. Da demningen ble oversømmet, oppstod det spørsmål om aksjonærene kunne holdes ansvarlig for skadene, noe svensk Høyesterett besvarte bekræftende. I domsbegrunnelsen ble det bl.a. vist til at selskapet ikke drev noen selvstendig virksomhet.

I den grad ansvarsgjennombrudd er prinsipielt tenkelig i norsk rett, vil grensedragningen måtte bero på bred vurdering hvor ikke bare omgåelses- og misbruksargumentasjon er relevant. Som det fremgår av forarbeidene til aksjelovgivningen, må den eventuelle adgangen til ansvarsgjennombrudd avgjøres ut fra en avveining

hvor prinsippet om ansvarsbegrensning og de behov dette skal tilgodese må settes opp mot behovet for i visse tilfeller å la kreditorinteressen og andre interesser (enn den dominerende aksjeeierinteressen) som knytter seg til selskapet gå foran.⁷⁶

Eksempler på andre argumenter som kan tenkes relevante, er forhold som viser at aksjonæren har vært nære ved å oppfylle ordinære rettsgrunnlag for ansvar. For eksempel kan det være at aksjonæren til en viss grad kan bebreides for å ha medvirket til underkapitalisering, men ikke nok til at det kvalifiserer til medvirkningsansvar (culpa) for brudd på aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital.⁷⁷ Videre kan det være at det har skjedd en viss sammenblanding av aksjonærens og selskapets verdier, men ikke tilstrekkelig til at det foreligger direkte brudd på aksjelovgivningen.⁷⁸ Dessuten kan det være at aksjonæren leilighetsvis har opptrådt i eget navn overfor selskapets kreditorer, slik at kreditorene har fått en viss forventning om at han har ment å binde seg personlig, skjønt uten at grunnlaget for forventingen har vært sterkt nok til at det foreligger avtalerettslig binding. I prinsippet er det tenkelig at alle slike forhold kan sees i sammenheng og utgjøre felles argumenter for ansvarsgjennombrudd, i tillegg til at det vektlegges om bruken av aksjeselskapet har hatt liten realitet ut over å sette annet regelverk og dets formål ut av spill.

I vurderinger av om ansvarsgjennombrudd kan aksepteres, kan det også bli spørsmål om å sondre mellom ufrivillige kreditorer og kreditorer som selv har valgt å inngå kontrakt med selskapet, og som kunne tatt forholdsregler. Som svensk Høyesterett uttalte i NJA 2014 s. 877 er det særlig fordringshavere «som inte har kunnat undvika att få en fordring hos bolaget, exempelvis på grund av en deliktuell skada som bolaget ansvarar för, [som har behov for et] förstärkt rättsskydd» (avsnitt 10). Likevel er det ikke nødvendigvis grunn til å være helt kategorisk på dette punkt. Særlig der det er ujevn ressursstyrke mellom partene, slik som f.eks. i arbeidsforhold, kan det tenkes at den svakere parten har behov for forsterket rettsbeskyttelse for sin fordring. Et eksempel fra Danmark er underrettsdommen fra UfR 1980. 806 V, hvor et selskap med 300 ansatte hadde opprettet to datterselskaper og overført flesteparten av de ansatte dit. Da morselskapet gikk konkurs og datterselskapene skulle likvideres, oppstod det spørsmål om de ansatte hadde prioriterte lønnskrav i morselskapets konkursbo. Domstolen kom til

⁷³ Jf. Stefan Lindskog, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag, En kommentar*, 2. utgave, Stockholm, elektronisk versjon av 1. januar 2018 (andra upplagan med tillägg och ändringar), Zeteo, avsnitt 7.1, kommentar til kap. 3 § 8.

⁷⁴ Se eksempelvis Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret: Kapitalselskaber*, 13. utgave, København 2017 s. 534, hvor det fremheves at «[a]nsvarsgjennombrot kan navnlig tænkes, hvor der ingen realitet er i den formelle adskillelse mellem selskab og aktionæreme».

⁷⁵ Se eksempelvis Erik Werlauff, *Selskabsmasken: Loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten*, København 1991 s. 175–176.

⁷⁶ Jf. NOU 1992: 29 «Lov om aksjeselskaper» s. 44.

⁷⁷ Når det gjelder underkapitalisering som argument for ansvarsgjennombrudd, se Endre Nåmdal, *Ansvarsgjennombrot som grunnlag for aksjonæransvar for miljøskadar*, Bergen 2008 s. 344–365.

⁷⁸ Når det gjelder sammenblanding som argument for ansvarsgjennombrudd, se Nåmdal 2008 s. 315–343.

at de ansatte hadde det. Det ble bl.a. uttalt at «[d]atterselskabet, der har overtaget så godt som hele moderselskabets medarbejderstab ..., har alene fungeret som medlem ved udbetaling af lønninger til de ansatte». Overføringen av de ansatte til datterselskapene hadde således liten økonomisk realitet ut over virkningene for de ansattes rettigheter og hvem som i utgangspunktet hadde ansvaret for lønnen deres. I dansk teori har denne underrettsdommen blitt omtalt som et omgåelsestilfelle og mulig eksempel på ansvarsgjennombrudd.⁷⁹ Som i Norge, foreligger det imidlertid ikke dansk høyesterettspraksis hvor ansvarsgjennombrudd er tydelig akseptert,⁸⁰ og dansk teori viser generelt tilbakeholdenhet med å akseptere ansvarsgjennombrudd.⁸¹

Drøftelsen ovenfor gir ikke grunnlag for å trekke noen klar konklusjon hva gjelder adgangen til ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Å komme nærmere til bunns i dette, er heller ikke naturlig å forsøke i denne artikkelen.⁸² Drøftelsen illustrerer likefullt hvordan omgåelsesargumentasjon kan virke inn i en vurdering av ansvarsgjennombrudd. Særlig lagmannsrettsdommen i RG 2007 s. 411, sammenholdt med den svenske høyesterettspraksisen, indikerer at omgåelses- og misbruksargumentasjon ofte vil være en sentral del av begrunnelsen i den grad ansvarsgjennombrudd aksepteres.⁸³

5. Omgåelse av aksjonæravtaler

Fremstillingen ovenfor har hovedsakelig dreid seg om omgåelser/utnyttelser av aksjelovgivning og vedtekter. I det følgende vil jeg kort peke på eventuelle forskjeller i rettsanvendelsen når omgåelses-spørsmålet gjelder aksjonæravtaler.

Skjønt jeg ikke har sett norsk rettspraksis hvor det er reagert mot omgåelse av en aksjonæravtale, har Høyesterett forutsatt at det kan være aktuelt. I Rt. 1994 s. 581 «*Scanvest*» kom Høyesterett til at den aktuelle aksjonæravtalen måtte tolkes etter sin ordlyd, men fremhevet i et obiter dictum at saken kunne ha stilt seg annerledes dersom det hadde foreligget omgåelseshensikt:

Innledningsvis vil jeg bemerke at utfallet av denne tvisten beror på tolkingen av aksjonæravtalen. Det er enighet mellom partene om at det ikke foreligger noen omgåelseshensikt som kan få betydning for saksutfallet.

Et tenkt eksempel på omgåelse av en aksjonæravtale, kan være der aksjonæravtalen inneholder bestemmelser om forkjøpsrett. Slike bestemmelser kan bli forsøkt omgått på samme måte som for forkjøpsrettsklausuler i lov eller vedtekter. I stedet for å selge aksjene til tredjemannen, kan f.eks. aksjonæren mot betaling forplikte seg til å stemme og forvalte aksjene i tråd med tredjemannens instruksjoner, samt til å gi ham alt fremtidig utbytte og vederlaget ved salg av aksjene, sml. punkt 2 ovenfor.⁸⁴

Et annet eksempel er aksjonæravtaler som oppstiller en såkalt medsalgsplikt (drag-along), om at majoriteten av aksjonærene kan tvinge de øvrige til å være med på et samlet salg av aksjene. En slik klausul har til formål å tiltrekke seg flere eksterne interessenter og en høyere salgspris, idet flere vil være interessert om man kan tilby 100 % av aksjene. Slike medsalgsklausuler kan imidlertid bli forsøkt utnyttet av majoritetsaksjonærene til å få utløst mindretallet. Det kan gjennomføres ved at majoritetsaksjonærene presser gjennom et samlet salg av aksjene til en tredjemann, som overtar eierrådigheten en kort tidsperiode, før majoritetsaksjonærene kjøper alle aksjene tilbake igjen, f.eks. etter en på forhånd fastsatt opsjon.⁸⁵

Når man skal løse slike omgåelsesspørsmål, blir ikke det prinsipielle utgangspunktet identisk med det som gjelder for omgåelse av lov og vedtekter. Når omgåelsesspørsmålet gjelder en aksjonæravtale, blir

79 Jf. Bernhard Gomard & Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber – aktie- og anpartsselskaber*, 7. utgave, København 2013 s. 137–138 og s. 145 og Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk selskabsret 1. innledning til selskabsretten*, 3. utgave, København 2010 s. 141–142.

80 Det har vært diskutert om UfR 1997.1642 H er et eksempel på ansvarsgjennombrudd, men den dominerende oppfatningen synes å være at den ikke er det, se bl.a. Gomard & Schaumburg-Müller 2013 s. 145.

81 Jf. bl.a. Gomard & Schaumburg-Müller 2013 s. 145–147 og Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Introduktion til dansk selskabsret I*, 5. utgave, København 2017 s. 304. Den som har gått lengst i å akseptere ansvarsgjennombrudd i dansk teori, synes å være Erik Werlauff, jf. Werlauff 1991 s. 514.

82 Men se doktoravhandlingen til Endre Nåmdal, hvor Nåmdal konkluderer med at det gjelder en adgang til ansvarsgjennombrudd (spesielt i miljøskadetilfeller, skjønt ikke begrenset til dette), jf. Nåmdal 2008 bl.a. s. 389–391.

83 Som følge av RG 2007 s. 411 og ankeutvalgets tilslutning til dommen i HR-2007-154-U, har Geir Woxholth tatt til orde for at det nå må anses avklart at norsk rett tillater ansvarsgjennombrudd, jf. Woxholth 2018 s. 146. Samtidig har han påpekt at dommen like meget er et eksempel på hvor mye som skal til for å akseptere ansvarsgjennombrudd, ettersom det vanskelig kan tenkes klarere eksempler på rettsmisbruk.

84 Se omtale av lignende eksempel hos Christina Ramberg, *Aktierägeravtal i praktiken*, Stockholm 2011 s. 105.

85 Det forutsettes at avtalen mellom majoritetsaksjonærene og tredjemannen er reell, og ikke pro forma, ved at det har vært enighet om at tredjemannen har eiendomsretten frem til opsjonen benyttes, herunder f.eks. stemmerett på generalforsamling og rett til utbytte.

det rettslige utgangspunktet vanlige prinsipper for avtaletolkning hvor utgangspunktet er at man skal «*finne ut hva partene har ment*» (subjektiv/intensjonal tolkningsstandard), jf. Rt. 1993 s. 564.⁸⁶ Det i motsetning til tolkning av aksjelovgivning og vedtekter, hvor ordlyden i utgangspunktet er avgjørende. I praksis vil likevel ordlyden spille tilnærmet samme rolle ved tolkning av aksjonæravtaler.⁸⁷ Det skyldes for det første at ordlyden ofte gir det sikreste bildet på hva partene har ment.⁸⁸ For det andre følger det av alminnelige prinsipper for avtaletolkning at det skal anvendes en objektiv tolkningsstil når det ikke kan bevises at det forelå en felles vilje på avtaletidspunktet.⁸⁹ For aksjonæravtaler er sistnevnte særlig praktisk, ikke minst fordi det ofte er mange parter i avtalen, slik at det blir vanskelig å påvise en omforent vilje.⁹⁰ I tillegg kommer det at aksjonæravtaler stort sett inngås mellom profesjonelle parter, hvor hensynet til forutberegnelighet står sterkt.⁹¹ I juridisk teori er det derfor antatt at aksjonæravtaler og vedtekter langt på vei tolkes etter de samme prinsippene, selv om det i prinsippet kan være en viss forskjell hva gjelder vektningen av ordlyden.⁹²

På denne bakgrunn er det grunn til å tro at omgåelsesvurderingen som regel vil bli nokså lik, enten det er lov, vedtekter eller en aksjonæravtale som er forsøkt omgått. I alle tilfeller vil omgåelseshensikt ha betydning, jf. ovennevnte uttalelse fra Rt. 1994 s. 581 «Scanvest», sammenholdt med bl.a. Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis» (avsnitt 45). Videre vil det ha betydning i hvilken grad det foreligger en krenkelse av formålene og interessene som den aktuelle klausulen er ment å beskytte. I den grad det er noen forskjell, vil den trolig først og fremst knytte seg til hvor sterk formålskrenkelse som kreves for å fravike ordlyden. Skjønt forskjellen ikke skal overdrives, er det tenkelig at det kan være noe lavere terskel for å fravike ordlyden når det er en aksjonæravtale og dens formål som er omgått (jf. nyansen om at det tas utgangspunkt i en mer subjektiv/intensjonal tolkningsstandard). Et slikt synspunkt kan også ha en viss støtte i den ulovfestede lojalitetsplikten. Selv om Høyesterett også har trukket inn lojalitetsplikten ved omgåelser av vedtekter, jf. Nordavis-dommen, kan lojalitetsplikten i prinsippet stå noe sterkere i kontraktsforhold.

6. Rettsvirkningen ved omgåelse

Den primære rettsfølgen av at det konstateres en uakseptabel omgåelse, er at den omgåtte bestemmelsen gis anvendelse på samme måte som hvis omgåelsen ikke var forsøkt. Er det en begunstigende bestemmelse som er utnyttet, blir rettsfølgen at bestemmelsen ikke gis anvendelse. Konsekvensen blir i begge tilfeller at den tilsiktede rettslige fordel, enten det er å unnsnippe en forpliktelse eller oppnå en rettighet, avskjæres.⁹³

Når man skal etablere denne rettsvirkningen, vil man normalt endre disposisjonens rettslige klassifisering.⁹⁴ Disposisjonen likestilles da med den alternative disposisjonen som er brukt som sammenligningsgrunnlag i omgåelsesvurderingen, og som ikke leder til den rettslige fordel under regelverket. I omgåelsesvurderingen i Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis», var det f.eks. vektlagt at fordelingen av aksjene mellom konsernselskapene fremfor å samle de hos ett av konsernselskapene (alternativ disposisjon), utelukkende var gjort for å omgå stemmerettsbegrensningen. Rettsvirkningen ble deretter at man behandlet disposisjonen på samme måte som denne alternative disposisjonen, dvs. at aksjene ble ansett for å være eid av «*én aksjonær*» i relasjon til stemmerettsbegrensningen (avsnitt 62). Et annet eksempel er Rt. 1997 s. 1010 «Mycron», hvor det var vektlagt at effektene og de tilsiktede virkningene av den gjennomførte disposisjonen sammenfalt med en ordinær tingsemisjon. Rettsvirkningen

⁸⁶ Om dette utgangspunktet ved avtaletolkning generelt, se Kristian Huser, *Avtaletolkning*, Bergen 1983 s. 378–417 og Alf Petter Høgberg, *Kontraktstolkning – Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Oslo 2006 s. 96–163. Om dette utgangspunktet ved tolkning av aksjonæravtaler, se Jannik Woxholth, *Aksjonæravtaler*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 218–221.

⁸⁷ Jf. Woxholth 2017 s. 221–223, Ramberg 2011 s. 166–167 og Martin Chr. Kruhl, *Ejeravtaler*, København 2011 s. 153–154.

⁸⁸ Sml. Rt. 1994 s. 581 «Scanvest», hvor det ble fremhevet at det ikke er «holdepunkter for at avtalen hadde et formål utover sin ordlyd.»

⁸⁹ Jf. Huser 1983 s. 435 flg. og Høgberg 2006 s. 164 flg.

⁹⁰ Jf. Woxholth 2017 s. 224.

⁹¹ Jf. Woxholth 2017 s. 221–222.

⁹² Jf. Woxholth 2017 s. 224–226.

⁹³ Se også Aarbakke 1970 s. 5.

⁹⁴ Se også Austenå 1976 s. 236. For tilsvarende i skatteretten, se bl.a. NOU 2016: 5 s. 77 og Zimmer 2018 s. 85.

ble deretter at salget og kontantemisjonen måtte behandles som en tingsemisjon («emisjon med oppgjør i KS-andeler») i relasjon til den lovfestede begrensningen for tingsinnskudd.⁹⁵

Selv om det vanligvis er enkelt å fastslå rettsvirkningen, kan det oppstå tilfeller hvor det er praktisk viktig å være bevisst på den ovennevnte forbindelsen mellom omgåelsesvurderingen og rettsvirkningen. Et eksempel er der holdingselskaper opprettes og benyttes for å omgå forkjøpsrett. Slike omgåelsesforsøk kan foregå ved at aksjene i «målselskapet» hvor øvrige aksjonærer har forkjøpsrett, legges under et holdingselskap, noe som ikke utløser forkjøpsretten, jf. asl. § 4-21 (2), jf. § 1-5 (2) nr. 3, jf. § 1-3. Deretter selges aksjene i holdingselskapet med det tilhørende målselskapet til kjøper.⁹⁶ I den grad domstolene skulle anse et slikt opplegg for å utgjøre en uakseptabel omgåelse, oppstår spørsmålet om forkjøpsretten skal utøves som en løsningsrett til aksjene i målselskapet eller holdingselskapet. Svaret på dette finner man i utgangspunktet ved å se på hvilken alternativ disposisjon som er brukt som referanse gjennom omgåelsesvurderingen. Der har domstolen typisk vektlagt at ønsket om å omgå forkjøpsretten har vært det eneste motivet med å bruke holdingselskapet i salgsprosessen *fremfor å selge aksjene i målselskapet direkte*. Videre har man gjerne vektlagt at opprettelsen og salget av holdingselskapet har hatt liten realitet *sammenlignet med om aksjene i målselskapet hadde blitt solgt*. Ut fra denne begrunnelsen, blir det dermed mest riktig å etablere rettsvirkningen ved å likestille disposisjonen med et direkte salg av aksjene i målselskapet, slik at forkjøpsretten utøves som en løsningsrett til disse aksjene, ikke aksjene i holdingselskapet.

I skatteretten er det tidvis erfart at det kan være nødvendig å gjøre visse pragmatiske tilpasninger når det gjelder omklassifiseringen og rettsvirkningen, for å sikre at den omgåtte regelen etterleveres etter sitt formål.⁹⁷ Også i aksjeselskapsretten er det antakelig spillerom for å gjøre det samme, skjønt jeg har ikke funnet gode eksempler på dette. I den grad man vil foreta slike tilpasninger av materiell eller prosessuell karakter ved etableringen av rettsvirkningen, må det kunne begrunnes, typisk i formålsbetraktninger og reelle hensyn.

Når det konstateres en omgåelse, kan det også inntre sekundære virkninger under andre bestemmelser enn de som er forsøkt omgått eller utnyttet. For eksempel kan den som foretar en rettsstridig omgåelse av aksjelovgivning eller vedtekter, etter omstendighetene bli erstatningsansvarlig etter alminnelige erstatningsregler i den grad motparten har lidt et økonomisk tap.

Dersom en avtalebestemmelse representerer en rettsstridig omgåelse av aksjelovgivning eller vedtekter, kan det også bli spørsmål om avtalen eller avtalebestemmelsen er ugyldig mellom avtalepartene. Selv om slik ugyldighet krever en særskilt begrunnelse, kan det følge av NL 5-1-2 hvor det fremgår at avtaler er bindende med mindre de strider mot lov eller ærbarhet.⁹⁸ Som forutsatt av Høyesterett i Rt. 1993 s. 312, skal ikke NL 5-1-2 forstås helt bokstavelig, da det ikke gjelder en

alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men ... spørsmålet må avgjøres ved en tolking av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter - herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrædelsen får slik virkning.

Spørsmålet kom på spissen i Rt. 1995 s. 46 «Nimbus». Her hadde som nevnt Nimbus A/S foretatt en rettsstridig omgåelse av Kverneland A/S sin vedtektsfestede stemmerettsbegrensning, ved å inngå en avtale med Trygve Brudevold. Spørsmålet var om denne overtrædelsen skulle ha som konsekvens at også avtalen mellom Nimbus og Brudevold var ugyldig. Avtalen mellom Nimbus og Brudevold var allerede fullbyrdet, ved at Nimbus hadde kjøpt Brudevolds Kverneland-aksjer etter en viss tidsperiode. Da Nimbus fikk nytt styre og Kverneland-aksjene hadde falt betydelig i verdi, krevde likevel Nimbus at ytelsene skulle restitueres (herunder at Brudevold måtte tilbakebetale vederlaget). Som begrunnelse anførte Nimbus at avtalen måtte regnes som ugyldig når den var i strid med vedtektene. Høyesterett derimot kom til at Nimbus ikke hadde noe restitusjonskrav mot Brudevold. Høyesteretts flertall viste til at det kun var avtalens stemmerettsforpliktelse som var i strid med vedtektene og dermed ugyldig

⁹⁵ Siden de aktuelle eiendelene (KS-andelene) hadde negativ verdi og ikke kunne benyttes som tingsinnskudd etter bestemmelsen, måtte det følgelig innbetales nye verdier tilsvarende tegningsbeløpet.

⁹⁶ Se også LG-2018-178353 som gjaldt en mindre problematisk variant av et slikt opplegg, idet overdragelsen kun gjaldt B-aksjer, jf. punkt 3.3 ovenfor.

⁹⁷ Se NOU 2016: 5 bl.a. s. 106–107.

⁹⁸ Kong Christian Den Femte Norske Lov av 15. april 1687.

etter NL 5-1-2, mens Nimbus' forpliktelse til å kjøpe aksjene var gyldig. Domskonklusjonen må sees i sammenheng med at det var Nimbus som hadde regissert omgåelsesopplegget, og da virket det lite rimelig om Nimbus skulle kunne komme ut av det på Brudevolds bekostning.

Som Nimbus-dommen og uttalelsen fra Rt. 1993 s. 312 illustrerer, kan det ikke sies på generelt grunnlag at alle avtaler som representerer en rettsstridig omgåelse av aksjelovgivning eller vedtekter, er ugyldige etter NL 5-1-2.⁹⁹ Et slikt resultat kan imidlertid følge av en nærmere tolking av den enkelte lov eller vedtektsbestemmelse, hvor det bl.a. vektlegges i hvilken grad reelle hensyn tilsier at overtredelsen får slik virkning. Hvis kun deler av avtalen krenker lov- eller vedtektsbestemmelsens formål, kan det være aktuelt å begrense ugyldigheten til denne delen av avtalen, slik Høyesteretts flertall gjorde i Nimbus-dommen.

7. Oppsummering

At rettsanvendere har et visst spillerom til å reagere mot omgåelser, er et gammelt synspunkt som kan spores tilbake til romerretten. Imidlertid er det først i nyere tid (Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis») at Høyesterett har talt om en «*omgåelsesdoktrine*» i aksjeselskapsretten. Det tradisjonelle standpunktet i norsk privatrett, har vært at omgåelsesspørsmål løses ut fra tolkningsprinsipper. Denne utviklingen behøver imidlertid ikke å innebære særlige realitetsendringer, idet argumentasjonen kan ha noenlunde samme innhold og gjennomslagskraft, herunder være begrunnet i tilsvarende hensyn, enten den er utslag av en omgåelsesdoktrine eller innskrenkende, utvidende og analogisk fortolkning. Det er omgåelsesargumentasjonens innhold og gjennomslagskraft i avveiningen mot regelverkets ordlyd, som først og fremst er det interessante, og som jeg har sett på i denne artikkelen.

Når man vurderer om det er adgang til å fravike regelverkets ordlyd i omgåelsessaker, kan alle anerkjente argumenter og kilder fra generell tolkningslære være relevante. Særlig to hovedargumenter går imidlertid igjen og gjør seg i praksis alltid gjeldende (på samme tid) når det reageres mot en omgåelse i aksjeselskapsretten. Det første er at disposisjonen er gjennomført med omgåelseshensikt, mens det andre er at det foreligger en krenkelse av formålene og interessene som det aktuelle regelverket er ment å beskytte.

Bakgrunnen for at omgåelseshensikt vektlegges, er at det rettskildemessige utgangspunktet om at man følger regelverkets ordlyd, ikke nødvendigvis er like bindende ved bevisste tilpasninger til regelverket. Personer som med hensikt søker smutthull i regelverket for å skaffe seg fordeler i strid med reglens formål, vet normalt at de beveger seg i en faresone, slik at hensynet til forutberegnelighet ikke tilsier et like stort behov for å beskytte dem. I tillegg har bevisste tilpasninger større fare for å spre seg og uthule regelverket ytterligere, dersom de ikke stoppes. Dessuten kan disposisjoner som er gjennomført med omgåelseshensikt virke krenkende mot det ulovfestede lojalitetshensynet mellom parter i kontrakts- og selskapsforhold.

At det foreligger omgåelseshensikt, kan likevel ikke alene begrunne en fravikelse av regelverkets ordlyd. I tillegg må det foreligge en krenkelse av formålene og hensynene bak det aktuelle regelverket. I denne vurderingen kan flere momenter komme inn, men ofte er det særlig sentralt å sammenholde disposisjonens faktiske og økonomiske virkninger, både med hensynene bak regelverket og med andre faktiske disposisjoner som regelverket ikke begunstiger (for å se om disposisjonene ligner). I den grad de faktiske og økonomiske virkningene av den gjennomførte disposisjonen sammenfaller med disposisjonsformer som er direkte underlagt den omgåtte regel, kan det tale for at regelverket heller ikke har til formål å begunstige den gjennomførte disposisjonen.

Rettsfølgen av at det konstateres en uakseptabel omgåelse, er at den omgåtte bestemmelsen gis anvendelse på samme måte som hvis omgåelsen ikke var forsøkt. Er det en begunstigende bestemmelse som er utnyttet, blir rettsfølgen at bestemmelsen ikke gis anvendelse. Konsekvensen i begge tilfeller, blir at det tilsiktede gunstige rettslige resultatet tilsidesettes.

Fordi rettsanvendelsen i omgåelsessaker er basert på prinsipper og hensyn fra alminnelig rettskildelære, er det liten grunn til å forvente store endringer i fremtiden. Det kan være at utviklingen vil gå i retning av en mer formulert omgåelsesdoktrine i aksjeselskapsretten, lignende til det som er gjort i

⁹⁹ Jf. også Woxholth 2017 s. 155.

skatteretten. På den annen side vil neppe kriteriene og argumentene bli betydelig mindre skjønnsmessige, og de vil fortsatt bygge på noenlunde samme hensyn og metodiske prinsipper som de gjør i dag.