

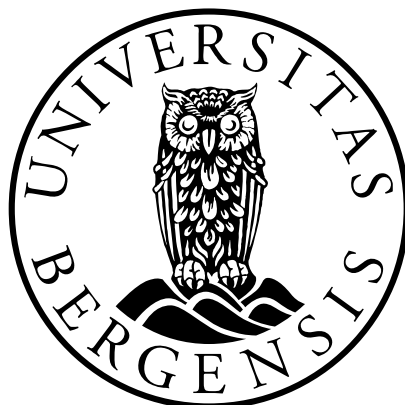
Aksjelovens utdelingsbegrep;

*Særlig om maskert utbytte og utdeling ved bruk
av finansiell rådgiver.*

Kandidatnummer: 186689

Veileder: Filip Truyen

Antall ord: 14981



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.2013

INNHOLDSFORTEGNELSE

INNHOLDSFORTEGNELSE	1
1 INNLEDNING	3
1.1 PRESENTASJON AV TEMA	3
1.2 RETTSLIG PLASSERING	4
1.2.1 UTDELINGSBEGREPETS BETYDNING.....	4
1.2.1.1 DE BAKENFORLIGGENDE HENSYN OG VIRKNINGER VED EN ULOVLIG UTDELING	5
1.3 PRESISERING OG AVGRENSNING AV TEMA	9
1.4 PLANEN FOR OPPGAVENS FREMSTILLING	11
2 UTDELING FRA AKSJESELSKAPER	11
2.1 INNLEDNING	11
2.2 ANVENDELSE AV SELSKAPETS KAPITAL	13
2.3 KORT OM VILKÅRENE FOR UTDELING	14
2.3.1.1 MATERIELLE OG FORMELLE VILKÅR FOR UTDELING AV UTBYTTE.....	15
3 UTDELINGSBEGREPET	16
3.1 INNLEDNING	16
3.2 VILKÅRENE	17
3.2.1 ÅRSAKSSAMMENHENG MELLOM OVERFØRINGEN OG MOTTAKERENS AKSJEBESITTELSE	17
3.2.1.1 Rt. 1995 s. 1026	18
3.2.2 VERDIOVERFØRINGSVILKÅRET.....	20
3.2.3 ULIKE FORMER FOR VERDIOVERFØRINGER.....	21
3.2.3.1 OVERDRAGELSE TIL UNDERPRIS VED BRUK AV GJENKJØPSKLAUSUL.....	21
3.2.3.2 ER PRAKSIS ENDRET FOR OVERDRAGELSE TIL UNDERPRIS VED BRUK AV GJENKJØPSKLAUSUL ETTER Rt. 2002 s. 56?	22
3.2.3.3 ANDRE FORMER FOR VERDIOVERFØRING.....	24
3.2.4 SÆRSKILT OM OVERFØRING I FORM AV MASKERT UTBYTTE	27
3.2.4.1 NÅR FORELIGGER MASKERT UTBYTTE?	28
3.2.4.2 NÅR UTGJØR MISFORHOLDET EN VERDIOVERFØRING?.....	28
3.2.4.3 SUBJEKTIVE MOMENTER SOM AVGJØRENDE FAKTOR.....	30
3.2.5 AKSJEIEIEREN TIL GODE	32

3.2.5.1	"INDIREKTE" OG GRENSEN FOR NÆRSTÅENDE.....	32
3.2.5.2	OVERFØRING TIL TREDJEMANN	36
3.2.5.3	UNNTAK FRA HOVEDREGELEN.....	37
3.2.6	OVERFØRINGER I FELLES INTERESSE FOR SELSKAPET OG AKSJEIENEREN.....	37
3.2.6.1	BRUK AV FINANSIELL RÅDGIVER - Rt. 2000 s. 2033	38
3.2.6.2	"KLAR SÆRFORDEL" OG SONDRINGEN MELLOM AKSJONÆRINTERESSER OG SELSKAPSINTERESSER	40
	LITTERATURLISTE	44

1 INNLEDNING

1.1 PRESENTASJON AV TEMA

Temaet for oppgaven er å undersøke hva som anses som en utdeling i aksjelovens forstand når aksjeselskaper overfører verdier fra selskapet til aksjeeierne. Dette er av betydning for reglene som foreligger når det gjelder bruk av aksjeselskapers kapital og en direkte konsekvens av hensynene bak de utdelingsbegrensningene som følger med denne typen selskapsform. Aksjeselskapers anvendelse av kapitalen går i hovedsak ut på to alternativer hvor det enten brukes til den alminnelige forretningsdrift av selskapet herunder til investeringer, omkostningsdekning mv, eller hvor det foretas utdelinger tilbake til aksjeeierne som har investert midler i selskapet.

Aksjeselskapenes aksjer er eid av aksjeeierne og det er derfor naturlig å tenke seg at aksjeeierne fritt kan råde over selskapets kapital. Men på bakgrunn av at aksjeselskapsformen tillater aksjeeierne å drive næringsvirksomhet gjennom selskapet uten personlig ansvar for selskapets forpliktelser, inneholder aksjeloven en del retningslinjer for hvordan selskapet kan anvende sin kapital. For utdeling av utbytte til aksjeeierne er det strenge retningslinjer i aksjeloven, men ofte oppstår det situasjoner hvor det i det hele er uklart om en disposisjon fra selskapets side er en utdeling eller ikke. Særlig gjelder dette tilfeller hvor en disposisjon tilsynelatende inngår i selskapets alminnelige forretningsdrift, men hvor disposisjonen helt, eller delvis må bli ansett som en utdeling. Illustrerende for dette er bl.a. typetilfellene hvor selskapet kjøper en eiendel av en aksjeeier hvor selskapets ytelse overstiger eiendelens verdi (maskert utbytte) og tilfellene hvor selskapet dekker kostnader i forbindelse med rådgivning eller break fee der disposisjonen kommer aksjeeierne mest til gode.

Oppgavens tema går dermed ut på å undersøke det aksjerettslige utdelingsbegrepet i aksjeloven § 3-6 annet ledd generelt, da i hovedsak ved å gjennomgå og gå i dybden på de ulike vilkårene for at det foreligger en utdeling fra aksjeselskapet. På denne måten ønsker jeg å belyse hvorfor aksjeloven opererer med slike utdelingsbegrensninger, hva de innebærer og hvordan de anvendes. Jeg ønsker også å undersøke nærmere hva som ligger i verdiverføringsvilkåret i utdelingsbegrepet, og da særlig tilfellene som kan anses som et maskert utbytte. Maskert utbytte er et tema som har vært lite omtalt i juridisk teori i Norge, noe som muligens gjør det nødvendig og se hen til utenlandsk rett for å vurdere om gjeldende

rett i Norge er en god måte å håndtere disse tilfellene på. Spørsmålet i dette henseende er om vurderingen av disposisjonen skal bero på objektiv vurdering av verdiforskjellene, eller om også subjektive momenter kan være av betydning.

Videre vil jeg særlig se nærmere på vilkåret om at overføringen kommer aksjeeieren "direkte eller indirekte til gode". Innenfor dette vilkåret vil det bl.a. være sentralt å gå inn på de tilfellene hvor det benyttes en finansiell rådgiver i forbindelse med salg, fusjon eller lignende, hvor selskapet dekker omkostningene, selv om avkastningen av denne tjenesten kommer aksjeeierne mest til gode. En kort definisjon av oppgavens tema kan derav beskrives som aksjelovens utdelingsbegrep med særlig henblikk på maskert utbytte og utdeling i forbindelse med bruk av finansiell rådgiver.

1.2 RETTSLIG PLASSERING

Formålet med de fleste aksjeselskaper er å oppnå økonomisk vinning enten i form av positivt driftsresultat og vekst, eller i form av avkastning til aksjonærene.¹ Innenfor aksjeselskapsretten finnes det flere ulike aktører som hver for seg har forskjellige legitime interesser. Når selskapet foretar utdelinger i form av avkastning til aksjonærene på en eller annen måte, vil de forskjellige aktørenes interesser ofte stilles opp- og komme på bekostning av hverandre. Ved lovgivers utarbeiding av aksjeloven har det i denne sammenheng vært en utfordring å ivareta alle aktørers interesser i like stor grad. Det grunnleggende hensynet i norsk aksjeselskapsrett er å beskytte kreditorene mot at selskapets kapital direkte eller indirekte tilflyter selskapets aksjonærer i en uønsket grad², noe som kommer klart til uttrykk i aksjelovens forarbeider³, sentrale EU-direktiver⁴, rettspraksis⁵ og juridisk teori⁶. Men som vi skal se nærmere på i oppgaven, er det ikke alltid kreditorvernet bør ivaretas lenger enn absolutt nødvendig ettersom også andre hensyn gjør seg sterkt gjeldende.

1.2.1 UTDELINGSBEGREPETS BETYDNING

¹ Jfr. Forutsetningsvis §§ 1-1 og 2-2 annet ledd.

² Perland, (2004) s 526-527

³ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14

⁴ Rdir. 77/91/EØF art. 11

⁵ Rt. 1996 s. 1463

⁶ Omhandles bl.a. i Aarbakke m.fl.(2000) s. 24, Augdahl s. 111-113, Bråthen Selskapsrett, s. 36-37 og Woxholth s. 55-56. (Henvvisninger hentet fra Perland (2004) s. 527)

Utgangspunktet for aksjelovens utdelingsbegrensninger, som selskapene må følge ved anvendelsen av selskapskapitalen, ligger i aksjelovens bestemmelse om utdeling i § 3-6 og nærmere bestemt i utdelingsbegrepet i § 3-6 annet ledd.

§ 3-6

"(1) Utdeling fra selskapet kan bare skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning."

På bakgrunn av den gunstige ansvarsbegrensningen i norske aksjeselskaper, har lovgiver bestemt at utdelinger fra selskapene kun kan foregå i samsvar med bestemte regelsett som er uttømmende oppramset i § 3-6 første ledd. For at de særskilte regelsettene for utdeling etter § 3-6 første ledd skal komme til anvendelse, må det imidlertid først være klart om det foreligger en "utdeling" eller ikke. Definisjonen på "utdeling" finner vi i annet ledd.

§ 3-6

"(2) Som utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode. (...)"

Hva som ligger i dette begrepet er oppgavens hovedtema, og skal redegjøres for nærmere i hoveddelen i kapittel 3, men først skal vi se litt på hensynene bak regelen og virkninger av den.

1.2.1.1 DE BAKENFORLIGGENDE HENSYN OG VIRKNINGER VED EN ULOVLIG UTDELING

Å avklare hva som anses som en utdeling og ikke, er viktig ikke bare av skattemessige grunner, men også med tanke på å regulere hvordan aksjeselskapene kan bruke ressursene sine. På dette grunnlag er det oppstilt regler i aksjeloven og allmennaksjeloven om i hvilke tilfeller aksjeselskapene lovlig kan foreta en utdeling til aksjonærer eller andre tredjepersoner.

Når det gjelder det skattemessige, så er utdeling av utbytte til aksjeeieren gjenstand for utbytteskatt etter skatteloven § 10-11, 2. ledd som omfatter "enhver utdeling som innehar en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær." Dette medfører at det undertiden gjennomføres utdelinger fra selskapet i forbindelse med en tilsynelatende gjensidig

bebyrdende avtale, såkalt maskert utbytte, for å unngå utbyttebeskatning. Rekkevidden av aksjelovens utdelingsbegrep i § 3-6 er derfor av stor betydning for å kunne fange opp slike tilfeller.

"Aksjelovens utdelingsregler begrenser aksjeselskapets rett til å disponere over selskapets midler til fordel for aksjeeierne, og utgjør en sentral del av aksjelovens regler om beskyttelse av selskapskapitalen. Formålet med aksjelovens regler om kapitalvern er å ivareta hensynet til selskapsinteressene, samt å bidra til å sikre likebehandling av aksjeeierne. Både kreditor- og aksjeeierinteresser tilsier at selskapskapitalen anvendes som ledd i selskapets virksomhet, og på en måte som er egnet til å gi et økonomisk overskudd for selskapet."⁷

Aksjeeierne har et begrenset ansvar for selskapets forpliktelser⁸, noe som medfører at kreditorene bare kan kreve dekning for sine fordringer i selskapskapitalen. Dersom selskapet vanner ut selskapskapitalen ved ulovlige utdelinger vil dette kunne gå på bekostning av kreditorenes mulighet for dekning av sine fordringer.

På den annen side har vi omsetningshensynet. Av hensyn til utviklingen av aksjeselskapsformen i norsk rett, samt hensynet til konkurranse og muligheten til å gjøre gode avtaler mellom selskap og aksjonær, så er det viktig at utdelingsbegrensningene ikke blir for firkantet. Omsetningshensynet innebærer blant annet at en utenforstående tredjeperson skal kunne stole på at avtaler han har inngått med et selskap er bindende slik at han kan innrette seg etter det. Videre innebærer det at selskapet og aksjeeierne skal kunne inngå både gode og dårlige avtaler på lik linje med utenforstående tredjemenn uten for store hinder av utdelingsbegrensningene i aksjeloven.

Dersom vilkårene i utdelingsbegrepet er oppfylt, og de særlige reglene for utdeling i § 3-6 første ledd er tilsidesatt inneholder aksjeloven en restitusjonsbestemmelse i § 3-7;

§ 3-7 - Ulovlige utdelinger

(1) Er det skjedd utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven, skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt. Ved utdeling av utbytte eller tilbakebetaling etter

⁷ Reiersen (2008) s. 15

⁸ Jfr. § 1-2

kapitalnedsetting, fusjon, fisjon eller oppløsning gjelder dette likevel ikke dersom mottakeren, da utdelingen ble mottatt, verken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig.

En forutsetning for at restitusjonsplikt skal oppstå er altså at det foreligger en "utdeling" fra selskapet etter § 3-6. Videre er det en forutsetning at utdelingen er "i strid med bestemmelsene i loven", eller "ulovlig" jfr. overskriften i bestemmelsen, noe som må sees i sammenheng med reglene om utdeling i § 3-6 første ledd med videre hensvisninger til de nærmere bestemte regelsett. Som vi skal se nærmere på nedenfor så inneholder utdelingsreglene både formelle og materielle regler, og en utdeling er "ulovlig" med mindre både de materielle og formelle vilkår i et av de relevante regelsett er oppfylt.⁹

I § 3-7 første ledd annet punktum følger en reservasjon mot restitusjonsplikt ved god tro der hvor utdelingen skjer etter regelsettene som er uttømmende listet opp i § 3-6 første ledd. Men om mottakeren ellers var i god tro, er i utgangspunktet uten betydning for restitusjonsplikten. "Utbetalinger som er gjennomført uten at det er gjort forsøk på å følge bestemmelsene i et av de relevante regelsett, som utdelinger i henhold til § 3-6 første ledd kan foregå på, f.eks. maskert utbytte, er således undergitt ubetinget restitusjonsplikt."^{10 11}

Dersom utbetalingen fra selskapet er å anse som en ulovlig utdeling etter § 3-6 og nærmere bestemte regler, så er det flere parter interesser som kan være krenket, og det kan stilles spørsmål om alle parter kan kreve restitusjon av utdelingen etter § 3-7. I utgangspunktet så er det selskapets styre som har kompetanse til å fremsette krav om restitusjon, ettersom de er ansvarlig for forvaltningen av selskapet, jfr. asl. § 6-12. Det er imidlertid en forutsetning for styrets kompetanse at generalforsamlingen ikke har besluttet eller gitt instruksjoner om at kravet ikke skal fremmes, jfr. § 5-1.¹²

En ulovlig utdeling går også i mange tilfeller på de øvrige aksjeeiernes bekostning. Aksjeloven inneholder en likhetsgrunnsetning som innebærer at alle aksjer gir lik rett i selskapet.¹³ Dette innebærer blant annet at utdeling fra selskapet etter reglene i § 3-6 i

⁹ Aarbakke m.fl. (2012) s. 195

¹⁰ Aarbakke m.fl. (2012) s. 196

¹¹ Innst. (1970) s. 173

¹² Keiserud (2011) pkt. 6.1

¹³ § 4-1 første ledd.

utgangspunktet skal utdeles likt på alle aksjer.¹⁴ Dersom selskapet forfordeler en eller flere av aksjeeierne på bekostning av de andre og utdelingen er i strid med utdelingsbegrensningene i aksjeloven så kan dermed de krenkede aksjeeierne ha interesse av å reise restitusjonskrav. Den enkelte aksjeeier kan imidlertid, i følge teorien, ikke fremme restitusjonskrav etter § 3-7 hverken på selskapets¹⁵ eller egne vegne. Derimot kan enhver aksjeeier gjennom fastsettelsessøksmål med påstand om ugyldig generalforsamlingsvedtak få gjennomslag for at utdelingen er ulovlig.¹⁶ Derimot har en aksjonærminoritet, som eier minst en tidel av aksjekapitalen har adgang til minoritetssøksmål på selskapets vegne etter reglene i § 17-4, jfr. § 17-7 annet ledd, dersom generalforsamlingen har besluttet ansvarsfrihet eller forkastet forslag om å fremme krav.^{17 18}

Når det gjelder selskapets kreditorer så kan den enkelte selskapskreditor som utgangspunkt ikke gjøre gjeldende restitusjonskrav etter § 3-7, selv om en utdeling er i strid med bestemmelser som beskytter deres interesser.^{19 20} Det er derimot ikke tvil om at dersom selskapet går konkurs så kan konkursboet gjøre selskapets restitusjons- eller erstatningskrav gjeldende etter enten selskapsrettslige restitusjonskrav etter § 3-7 eller konkursrettslig omstøtelsesregler i dekningsloven kap. 5. Dette kommer også klart til uttrykk i rettspraksis i bl.a. Rt. 2008 s. 385 og RG 1992 s. 707 Karmsund.²¹

Aksjeloven inneholder altså bestemmelser i aksjeloven § 3-6, med henvisninger, som angir grensene for hva aksjeselskapene kan foreta seg av utdelinger. Den viktigste henvisningen er til utbytteregele i kapittel 8 som det kort gjøres rede for i kapittel 2.3.1.1. Til tider forekommer det omgøelser av disse reglene både bevisst og ubevisst. Styret i aksjeselskapet har f.eks. inngått en avtale med en aksjonær om å kjøpe en tomt eller en annen eiendel som han eier mot at selskapet betaler en meget god pris. Problemstillinger som kan komme opp er om denne overprisen som selskapet har betalt for eiendelen er å anse som utbytte, slik at

¹⁴ Med unntak av tilfellene hvor vedtektene angir ulike aksjeklasser med ulike rettigheter, jfr. § 4-1 første ledd annet punktum, eller hvor forskjellsbehandlingen har saklig grunn i selskapets interesse, jfr. Aarbakke m.fl. (2012) s. 227 med henvisning til Andenæs s. 133-134 og Truyen s. 100-101.

¹⁵ Rt. 1990 s. 1203

¹⁶ Keiserud (2011) pkt. 6.2

¹⁷ Keiserud (2011) pkt. 6.2

¹⁸ En aksjonærminoritet har imidlertid også et generelt minoritetsvern i aksjelovens generalklausuler i §§ 5-21 og 6-28.

¹⁹ Jfr. § 17-6 som ikke vises til i § 17-7 annet ledd.

²⁰ Enkeltfølgende kreditor som har fått avvist kravet til innkreving etter konkurs kan imidlertid fremme kravet etter Rt. 2008 s. 385.

²¹ Aarbakke m.fl. (2012) s. 194

denne avgjørelsen skulle vært behandlet på generalforsamling. Det er derfor viktig å avklare hva som ligger i aksjelovens utdelingsbegrep for å løse slike problemstillinger.

1.3 PREISERING OG AVGRENSNING AV TEMA

I tillegg til utdeling av utbytte inneholder aksjeloven flere ulike fremgangsmåter for utdeling innenfor aksjeselskapsretten. Aksjelovens § 3-6 ramser uttømmende opp de ulike mulighetene for utdeling som etter reglene for; utbytte, jfr. kapittel 8, kapitalnedsettelse, jfr. kapittel 12, fusjon, jfr. kapittel 13, fisjon, jfr. kapittel 14 eller tilbakebetaling etter oppløsning, jfr. kapittel 16.

Oppgavens hovedfokus er det generelle utdelingsbegrepet som gjelder for alle typer utdelinger. Det gjør seg imidlertid oftest gjeldende i forbindelse med utdelinger som omhandler reglene om utbytte i kapittel 8. Oppgaven vil derfor i størst grad ta for seg tilfellene som oppstår i forbindelse med utbyttereglene og jeg vil derfor avgrense mot eksempler til de andre formene for utdeling. Videre vil jeg avgrense mot de ordinære utbytter der reglene i kap. 8 mv. er fulgt ettersom oppgaven tar sikte på å finne ut når avtaler o.l. mellom selskap og aksjonær skal karakteriseres som utdeling.

Når det gjelder reglene for utbytte så har disse en vid omkrets. I den tidligere aksjeloven av 1976 hadde man en litt annen formulering av bestemmelsen om utdeling.

Bestemmelsen lå da under kapittelet om utbytte i § 12-4 og fremsto slik:

"Utbetaling på aksjer som ikke skjer etter reglene om tilbakebetaling etter oppløsning eller kapitalnedsettelse, kan bare skje etter reglene om utdeling av utbytte. Som utdeling av utbytte regnes enhver overføring som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode."

Formuleringen i den gamle loven innebar at alle andre utdelinger som ikke kunne omfattes av reglene om tilbakebetaling etter oppløsning eller kapitalnedsettelse var å anse som utbytte. Bestemmelsen er litt annerledes formulert i dag, og har blant annet fått med seg fusjon og fisjon som muligheter til utdeling. Det faktum at utbetaling på aksjer er endret til utdeling fra selskapet er imidlertid ikke ment å innebære noen realitetsendring, slik at alle andre former

for utdeling som ikke dekkes av de andre nevnte regelsettene, er å anse som utdeling etter reglene om utbytte. "Når selskapet ønsker å foreta en utdeling som ikke kan hjemles i et av de øvrige regelsett, er det dermed utbyttereguleringene som må følges. Og er det foretatt en utdeling uten at selskapet engang har forsøkt å følge noe bestemt regelsett, må lovligheten vurderes i forhold til utbyttereguleringene. Dette siste er f.eks. praktisk i tilfeller hvor utdelingen tar form av såkalt maskert utbytte, dvs. hvor det skjer en verdioverføring fra selskapet til en aksjeeier i forbindelse med noe som fremstår som et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold."²² I forarbeidene til den nye aksjeloven er endringene kommentert og det er bestemt at det ikke skal medføre en realitetsendring fra tidligere formulering.^{23 24} Konsekvensen av en slik uttømmende formulering i § 3-6 er tydelig. Dersom en utdeling ikke omfattes av noen av de fem regelsettene, så er den ulovlig og utdelingen kan kreves tilbakeført til selskapet jfr. § 3-7.

Virkningene av en ulovlig utdeling ligger imidlertid utenfor oppgavens tema. Jeg vil for den videre fremstillingen av oppgaven avgrense mot de ulike virkningene av at en overføring av verdier regnes som en utdeling fra aksjeselskapet. Utover det som er nevnt innledningsvis i punkt 1.2.1.1 vil det følgelig ikke bli mer omfattende drøftelser av følgene ved at en disposisjon anses som en utdeling.

Jeg vil også avgrense oppgaven til kun aksjeloven og aksjeselskaper, slik at allmennaksjeloven og allmennaksjeselskaper holdes utenfor. Regelsettene for utdelinger ved allmennaksjeloven er tilnærmet identiske med aksjelovens, slik at innholdet i utdelingsbegrepet gjør seg gjeldende også for allmennaksjeselskaper. Bruken av visse former for utdelinger er imidlertid mer brukt i aksjeselskaper enn i allmennaksjeselskaper grunnet allmennaksjeselskapers til tider store aksjonærmasse. Aksjeselskaper har vanligvis færre ansatte og færre aksjeeiere, og det er oftest en nærmere tilknytning mellom eierne og driften av selskapet, slik at visse typer utdelinger er mer aktuelle for aksjeselskaper enn for allmennaksjeselskaper. På denne bakgrunn, samt for å begrense henvisningene til begge regelsett underveis, så avgrenses oppgaven til å gjelde kun aksjeselskaper. Det bemerkes tilslutt at alle henvisninger til lovbestemmelser, gjelder aksjeloven dersom ikke noe annet fremgår.

²² Aarbakke m.fl. (2012) s. 187

²³ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 135

²⁴ Tilsvarende i Andenæs (2006) s. 434

1.4 PLANEN FOR OPPGAVENS FREMSTILLING

I denne oppgaven skal jeg behandle det aksjerettslige utdelingsbegrepet slik det er definert i aksjeloven § 3-6 annet ledd. Jeg skal ta for meg begrepet som en helhet og behandle de ulike vilkårene som en utdeling avhenger av. Etter hvert i fremstillingen vil jeg imidlertid gå dypere inn på to av de tre vilkårene i forbindelse med maskert utbytte og bruk av finansiell rådgiver.

Før jeg går inn på hoveddelen av oppgaven vil det imidlertid blir gjort rede for noen viktige forutsetninger for aksjeselskapers utdelinger, herunder aksjeselskapers formål og aksjelovens formelle og materielle regler for anvendelse av kapital i forbindelse med utdeling av utbytte.

Deretter følger oppgavens hoveddel med en generell redegjørelse for aksjelovens utdelingsbegrep i § 3-6 annet ledd og en mer omfattende vurdering av vilkårene om "enhver overføring av verdier" og at overføringen må komme "aksjeeieren til gode".

2 UTDELING FRA AKSJESELSKAPER

2.1 INNLEDNING

I norsk rett er det lov om aksjeselskaper (aksjeloven, heretter asl.) av 1997 som regulerer aksjeselskaperens rettigheter og forpliktelser. Aksjeselskapsformen er den mest vanlige organisasjonsformen innenfor norsk selskapsrett, trolig mye på grunn av grunnprinsippet i aksjeretten om at ingen av deltakerne har et personlig ansvar for selskapets forpliktelser utover det innskuddet de gjør ved stiftelsen av selskapet.^{25 26}

På denne bakgrunn har lovgiver satt opp en rekke normer i aksjelovgivningen til vern for kreditorene. Blant annet følger det av § 3-4 at selskapet til enhver tid skal ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, og videre følger det visse handleplikter som styret er pålagt å gjennomføre dersom egenkapitalen antas å være lavere enn forsvarlig, jfr. § 3-5.

²⁵ Dette følger henholdsvis av asl. §§ 1-1(2), 1-2(1) og 1-2(2).

²⁶ Det er et krav til aksjeselskaper i Norge at de skal ha en aksjekapital på minst 30 000 kr, jfr. asl. § 3-1, noe som medfører at aksjeeierne må gjøre et innskudd ved stiftelsen av selskapet som i verdi minst svarer til selskapets aksjekapital.

I departementets begrunnelse for § 3-4 heter det at "... en slik rettslig standard gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak... videre vil en slik klarere betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig gjøre det enklere å vinne frem med erstatningskrav mot ledelsen... dersom ledelsen ikke løser disse oppgavene på en forsvarlig måte."²⁷ Det fremgår også andre steder i forarbeidene²⁸ at det underliggende formål med § 3-4 og de sammenhengende bestemmelser i § 3-5 primært er for å verne selskapets kreditorer.²⁹

Den gunstige ansvarsbegrensningen i aksjeselskapene har også medført restriksjoner når det gjelder bruk av selskapets kapital på andre måter. I aksjeselskapsretten skiller man mellom bundet og fri egenkapital. Det foreligger begrensninger i adgangen til å utdele selskapets bundne egenkapital, slik at det i utgangspunktet kun er den frie egenkapitalen som kan deles ut som utbytte, gave eller lån. I denne forbindelse er norske aksje- og allmennaksjeselskaper pliktige til å utarbeide et årsregnskap med både et resultatregnskap og en balanse, jfr. Regnskapsloven (rskl.) §§ 3-1 og 3-2.

Det finnes ingen definisjon i aksjeloven på hva som regnes som selskapets egenkapital, men det fremkommer indirekte ut fra sammenhengen med rskl. § 6-2 første ledd. Selskapets egenkapital er lik den regnskapsførte nettoformuen, dvs. regnskapsførte eiendeler minus regnskapsført gjeld.³⁰ I overskriften til aksjelovens kapittel 3 finner vi begrepet "bundet egenkapital". Av lovens system finner vi dermed at aksjekapitalen jfr. § 3-1, overkursfondet jfr. § 3-2, fond for vurderingsforskjeller jfr. § 3-3 og fond for urealiserte gevinster jfr. § 3-3a regnes som selskapets bundne egenkapital som ikke kan brukes til utdeling.

Den del av egenkapitalen som er gjenstand for utdeling er dermed kun årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår, samt annen egenkapital etter nærmere bestemte fradrag, jfr. § 8-1. Med annen egenkapital menes her tidligere års overskudd eller

²⁷ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68, sitert med tilslutning i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 51.

²⁸ NOU 1992:29 s. 37-39, Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 67, 74.

²⁹ Andenæs (2006), s. 418.

³⁰ Woxholth (2012) s. 245

annen innskutt egenkapital enn det som ble innskutt som aksjekapital ved stiftelsen av selskapet.

Aksjelovens § 3-6 første ledd regulerer i hvilke tilfeller utdeling fra aksjeselskapet kan skje. Det følger der at "utdeling fra selskapet kan bare skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning." Reglene om utbytte viser så til kapittel 8 som omhandler både det tradisjonelle utbytte i § 8-1, samt konsernbidrag i § 8-5, gaver i § 8-6 og kreditt/sikkerhetsstillelse i §§ 8-7 - 8-9. Felles for alle disse er at alle viser til § 8-1 hvor det kommer til uttrykk at kun den frie egenkapitalen gir grunnlag for utdeling.

Samlet ser vi altså at lovgiver har satt opp en rekke skranker for aksjeselskapets utdelingsadgang. Den bundne selskapskapitalen fungerer dermed som et motstykke til ansvarsbegrensningen som aksjeselskapsformen fører med seg, og gir dermed kreditorene et visst vern mot at selskapets formue brukes opp uten at kreditorene får dekning for sine fordringer.

2.2 ANVENDELSE AV SELSKAPETS KAPITAL

Aksjeselskaper er indirekte definert i aksjeloven § 1-1 tredje ledd nr. 2 som et selskap med et økonomisk formål. At det i hovedsak er næringsvirksomhet som er formålet med et aksjeselskap kommer også til uttrykk i § 2-2 annet ledd om selskapets vedtekter. Det foreligger følgelig to måter som selskapets verdier kan reduseres på, kostnader til den alminnelige forretningsdrift, eller vederlagsfrie overføringer til aksjeeierne.

Med alminnelig forretningsdrift menes alle kostnader til kjøp av maskiner, eiendommer, varer osv. samt andre ulike kostnader til driften av selskapet, herunder bl.a. løpende omkostninger og nedbetaling av gjeld. På den annen side har vi de vederlagsfrie utbetalingene til aksjeeierne. Det er aksjeeierne som eier selskapet, og som nevnt er aksjeselskapene som oftest opprettet som næringsvirksomheter med et formål om økonomisk gevinst. Det er derfor ønskelig for aksjeeierne i det store flertall av tilfellene at de får noe tilbake for investeringen sin i selskapet. Dette skjer ved at aksjeselskapene etter utgangen av hvert regnskapsår har muligheten til å utbetale vederlagsfritt utbytte til aksjeeierne innenfor rammene som er satt

opp med den frie egenkapitalen. Uten denne muligheten for å få noe tilbake for sin risikofylte investering ville det vært mindre attraktivt å stille kapital til rådighet for selskapene.

2.3 KORT OM VILKÅRENE FOR UTDELING

For at en utdeling etter § 3-6 første og annet ledd kan deles ut, så foreligger det både materielle og formelle regler som må være oppfylt. "De nærmere formelle og materielle vilkår for å foreta utdelinger må bestemmes etter det relevante regelsett".³¹ I det store flertall av tilfeller, så er det utdelinger i form av utbytte som er aktuelt. Jeg vil derfor ta en kort gjennomgang av de formelle og materielle reglene for utdeling av utbytte.

Det må imidlertid legges inn et lite forbehold her om at utdelingsbegrensningene i aksjeloven snart er i ferd med og endres. Justis- og beredskapsdepartementet la nylig frem sin proposisjon vedrørende endringer (forenklinger) i aksjelovgivningen.³² Proposisjonen går blant annet ut på endringer av utbyttereglene ved at regelen om at overkursfondet skal anses som bundet egenkapital foreslås opphevet. Videre foreslås betydelige endringer i § 8-1 om hva som kan utdeles som utbytte. Regelen i § 8-1 første ledd nr. 2 om fradrag for balanseført forskning og utvikling mv. foreslås sløyfet. Det samme gjelder regelen i § 8-1 annet ledd om at egenkapitalen ikke kan være lavere enn ti prosent av balansesummen. Det foreslås dessuten at selskapet skal kunne dele ut utbytte også i tiden etter årsskiftet, men før det er fastsatt årsregnskap for forrige regnskapsår. Videre foreslås det at det skal kunne deles ut utbytte på grunnlag av en mellombalanse, og at styret skal kunne gis fullmakt til å beslutte at det skal deles ut utbytte.

Det er følgelig ganske omfattende endringer som foreslås for utbyttereglene og dette forslaget har nå vært til ny behandling i Innst. 347 L (2012-2013) 23.mai 2013, hvor det har fått positiv oppslutning i komiteen som har sendt forslaget videre til Stortinget med råd om å vedta endringene.

Reduksjonen av kravet til minste aksjekapital som er vedtatt tidligere og forslaget om endringene av tersklene for utdeling av utbytte etter § 8-1 innebærer at det må legges større vekt på regler som stiller mer skjønnsmessige krav til egenkapitalen. På den bakgrunn foreslås

³¹ Aarbakke m.fl. (2012) s. 187

³² Prop. 111 L (2012/2013) 5.april 2013

det at § 3-4 utbygges til å bli en bestemmelse som ikke bare stiller krav om at selskapet skal ha en forsvarlig egenkapital, men som også stiller krav om at selskapet skal ha en forsvarlig likviditet.³³ Dette medfører at selskapet og særlig dets styre må ta en mer omfattende vurdering av selskapets egenkapital og likviditet ved utdelinger fra selskapet. De kan ikke lenger støtte seg kun på de materielle utdelingsbegrensningene, men må foreta en mer skjønnsmessig vurdering, i tråd med § 3-4, i hvert enkelt tilfelle.

Disse etterarbeidene påvirker imidlertid ikke utdelingsbegrepet og oppgavens tema. Ettersom endringene fremdeles ikke er vedtatt i en lovendring vil jeg derfor se bort i fra disse endringene i den videre fremstilling av oppgaven, herunder i omtalen av de materielle og formelle vilkårene for utdeling av utbytte.

2.3.1.1 MATERIELLE OG FORMELLE VILKÅR FOR UTDELING AV UTBYTTE

Utbytteregulene skiller mellom materielle og formelle regler. De materielle reglene fremkommer av § 8-1 som omhandler hvor mye som kan utbetales som utbytte, når og på hvilket grunnlag.

For det første er det kun årsresultat etter siste års godkjente resultatregnskap for siste regnskapsår etter enkelte fradrag som kan utdeles i tillegg til tidligere overskudd som ikke er utdelt, jfr. § 8-1 første ledd. Årsregnskapet godkjennes av generalforsamlingen innen et halvt år etter utgangen av forrige regnskapsår, jfr. § 5-5 annet ledd.

For det andre må selskapet ha en egenkapital, etter balansen, som overstiger ti prosent av balansesummen dersom ikke reglene for nedsetting av aksjekapitalen etter reglene i §§ 12-4 og 12-6 følges, jfr. § 8-1 annet ledd.

Og for det tredje må det ikke besluttes utbetalt mer utbytte enn det som er forenlig med forsiktig og god forretningsskikk, med tilbørlig hensyn til tap som måtte være inntruffet etter balansedagen, eller som må forventes å inntreffe i ettertid, jfr. § 8-1 fjerde ledd.

I forbindelse med de to sistnevnte reglene, så inneholder aksjeloven som nevnt tidligere, også en generell utdelingsbegrensning i § 3-4. Denne bestemmelsen kommer som et supplement til

³³ Innst. 347 L (2012/2013) 23.mai 2013

de materielle vilkårene ovenfor og går ut på at "selskapet... til enhver tid [skal] ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet", jfr. § 3-4.³⁴

Når de gjelder de formelle reglene for utdeling av utbytte så er det § 8-2 som angir fremgangsmåten for utdelingen av utbytte. "Beslutning om utdeling av utbytte treffes av generalforsamlingen etter at styret har lagt frem forslag om utdeling eller annen anvendelse av overskudd. Det kan ikke besluttes utdelt høyere utbytte enn styret har foreslått eller godtar", jfr. § 8-2.³⁵ Det er ikke noe krav om at utdelingen av utbytte må behandles på den ordinære generalforsamlingen. Det er sikker rett at utdeling av utbytte også kan utdeles på en senere ekstraordinær generalforsamling uavhengig av om det er besluttet utbetaling av utbytte på den ordinære generalforsamlingen eller ikke. Forutsetningen er imidlertid at utbyttegrunnlaget fra siste regnskapsår som er godkjent på den ordinære generalforsamlingen overholdes.³⁶

Videre følger det av § 8-3 at utbyttet tilfaller den som er aksjeeier på tidspunktet for beslutningen, jfr. første ledd, og at utbyttet utbetales innen seks måneder fra generalforsamlingens beslutning, jfr. tredje ledd.

3 UTDELINGSBEGREPET

3.1 INNLEDNING

Jeg går nå over i oppgavens hoveddel som omhandler innholdet i aksjelovens utdelingsbegrep. "Uttrykket "utdeling" i § 3-6 første og annet ledd omfatter isolert sett også utdeling til tredjemann, og likeledes utdeling til aksjonær selv om utdelingen ikke har noen sammenheng med aksjonærforholdet."³⁷ En naturlig forståelse av begrepet gir imidlertid ikke en fullgod løsning for hvordan begrepet skal anvendes i norsk aksjeselskapsrett. Nedenfor skal vi se nærmere på hvordan de ulike rettskildene påvirker den naturlige forståelsen av begrepet "utdeling" og på den måten finne frem til gjeldende rett.

³⁴ § 3-5 pålegger styret en handleplikt dersom § 3-4 ikke er oppfylt.

³⁵ Annerledes dersom aksjeselskapet har bedriftsforsamling og vedtektene angir at bedriftsforsamlingen skal ta beslutningen om utbytte, jfr. § 6-35 og asal. § 8-2.

³⁶ Berge (2011) s. 106

³⁷ Andenæs (2006) s. 434

Utdelingsbegrepet er delt opp i tre vilkår. For det første gjelder det et objektivt krav om at det må foreligge en overføring av verdier, for det annet må det være en sammenheng mellom aksjeeierens innehav av aksjen og selskapets overføring, og for det tredje er det et subjektivt krav om at overføringen direkte eller indirekte har kommet aksjeeieren til gode. Kravet om at det må være en sammenheng mellom aksjebesittelsen og selskapets overføring, følger ikke eksplisitt av lovteksten, men er å regne som sikker rett etter omfattende teori og rettspraksis³⁸, noe som vi nå skal se nærmere på.

3.2 VILKÅRENE

3.2.1 ÅRSAKSSAMMENHENG MELLOM OVERFØRINGEN OG MOTTAKERENS AKSJEBESITTELSE

For at det skal være tale om en utdeling i aksjelovens forstand er det krav om at det må foreligge en sammenheng mellom aksjebesittelsen og selskapets ytelse. I den tidligere aksjelov av 1976 § 12-4 første ledd første punktum ble dette uttrykt som "utbetaling på aksjer". Det faktum at formuleringen nå er endret i den nå gjeldende § 3-6 og at det ikke finnes noe tilsvarende uttrykk, medfører som nevnt ikke noen realitetsendring. Det er slått fast i lovforarbeidene og i juridisk teori at vilkåret fortsatt må gjelde.³⁹ "Det må i denne sammenheng skilles mellom ytelser som en person mottar fra selskapet i egenskap av aksjeeier, og ytelser han mottar som medkontrahent, jfr. Rt. 1995 s. 1026".⁴⁰ Vilkåret avgrenser på denne måten utdelingsbegrepet mot verdioverføringer fra selskap til aksjeeier som er forretningsmessig motivert og som på den måten fremstår som en ordinær forretningsavtale. "Utbyttereguleringene er således ikke til hinder for at aksjonæren tilføres fordeler i form av oppdrag for selskapet, finansiell støtte, deltakelse i interessante prosjekter m.v., forutsatt at det skjer på forretningsmessige vilkår."⁴¹

Ettersom den nye utdelingsbestemmelsen i aksjeloven av 1997 § 3-6 viderefører § 12-4 i den tidligere aksjelov av 1976 og kravet til årsakssammenheng fortsatt er ansett å gjelde, så

³⁸ Woxholth (2012) s. 249

³⁹ Andenæs (2006) s. 434-435

⁴⁰ Aarbakke m.fl. (2012) s. 191 og Woxholth (2012) s. 249

⁴¹ Andenæs (2006) s. 437

medfører det at også rettpraksis om vilkåret fortsatt er relevant. Den prinsipielt viktigste avgjørelsen er dermed Rt. 1995 s. 1026, Sandakergården.

3.2.1.1 Rt. 1995 s. 1026

Saken gjaldt gyldigheten av en leiekontrakt etter at det innenfor familieeide foretagender ble truffet disposisjoner som bl.a. angikk familiens forretningsgård og en forretning tilhørende familien i samme gård. Ingunn Vegheim Kaalstad eide én aksje i selskapet Sandakergården A/S. De øvrige aksjene var på tidspunktet for inngåelse av leiekontrakten, eid av hennes mor, bror og familiens juridiske rådgiver. I forbindelse med en omorganisering av driften i Sandakergården A/S overførte selskapet en meget gunstig leiekontrakt til datterselskapet Sandaker Herreklær A/S, samtidig som alle aksjene som Sandakergården A/S hadde i Sandaker Herreklær A/S ble overdratt til Ingunn Vegheim Kaalstad. Etter en stund ble det valgt nytt styre i Sandakergården A/S og selskapet gikk til sak mot Sandaker Herreklær A/S med påstand om at leiekontrakten var ugyldig. Ett av grunnlagene som ble anført og som er aktuelt i denne situasjonen, var om det forelå en overtredelse av utbytteregele. Det var ikke tvilsomt at det forelå en overføring av verdier som kom aksjeeieren Ingunn Vegheim Kaalstad til gode. Spørsmålet for Høyesterett var imidlertid om det forelå sammenheng mellom overføringen av verdiene og aksjebesittelsen.

Høyesterett mente i denne forbindelse at formålet med overdragelsen av aksjene i Sandaker Herreklær A/S og inngåelsen av den gunstige leieavtalen, var forbundet med ønsket om at herreekviperingen skulle drives videre. En forutsetning for dette var at butikken ble sikret rimelige lokaler. Når det gjaldt sammenhengen mellom overføringen av verdien og aksjebesittelsen uttalte Høyesterett at det manglet sammenheng mellom aksjebesittelsen og overføringen. Om Ingunn Vegheim Kaalstads besittelse av den ene aksjen og sammenhengen mellom overdragelsen og aksjebesittelsen uttalte Høyesterett; "[a]t hun fremdeles satt med sin aksje i 1989, fremtrer som en tilfeldighet. Det er vanskelig å se at denne tilfeldighet kan ha hatt noen virkning for de disposisjoner som ble foretatt".⁴² Anførselen om at den økonomiske fordelene ved den gunstige leiekontrakten var å anse som et utbytte kunne følgelig ikke føre frem.

⁴² Rt. 1995 s. 1026 (1033-1034)

Høyesterett lot imidlertid ikke saken være med det, men kom med en uttalelse som i ettertid har vært styrende for vurderingen av vilkåret om årsakssammenheng. Høyesterett uttalte at "i tilfeller hvor det ikke er rimelig balanse mellom det aksjonæren yter og det han mottar, må det stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at det ikke er sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen. Men dersom manglende sammenheng godtgjøres, må det være avgjørende."⁴³ At bevisbyrden for den manglende sammenheng ligger hos mottakeren av utdelingen, eller den som hevder at det ikke foreligger en utdeling, er naturlig. Ut ifra det førstvoterende uttaler før det nevnte sitatet, så er formålet med denne strenge vurderingsnormen å unngå omgåelser av utbyttereguleringene. Her kommer det tidligere nevnte kreditorvernet og hensynet til likebehandling av aksjonærene følgelig til syne igjen og gjør seg gjeldende.

I tilfeller hvor det er rimelig balanse mellom det aksjonæren yter og det han mottar, stiller det seg imidlertid litt annerledes, da behovet for kreditorvern ikke er så stort, og det skal mindre til for å godta at det ikke er sammenheng mellom overføringen av verdien og aksjebesittelsen. Selskapet har som nevnt lov til å inngå forretningsmessige avtaler uten hinder av utdelingsbegrensningene i aksjeloven. I disse tilfellene blir det naturlig nok en avveining av omsetningshensynet opp mot kreditorvernet og hensynet til likebehandling av aksjonærene. Det må være et visst slingringsmonn for aksjonærene til å inngå avtaler med selskapet, og til tider ganske gunstige avtaler på samme måte som man kunne gjort dersom man var en utenforstående medkontrahent, uten at disposisjonene skal rammes av utdelingsbegrensningene. En må her skille mellom de forretningsmessige mindre kloke avtalene på den ene siden og avtaler som ikke er forretningsmessig motivert på den andre.⁴⁴ Et eksempel på dette ser vi nettopp i dommen hvor Høyesterett går inn på det at aksjebesittelsen fremstod som en tilfeldighet, og det kunne vanskelig sies å ha noen innvirkning på de disposisjoner som ble foretatt.

Konsekvensen av det foran nevnte innebærer at det ikke nødvendigvis er tale om en utdeling selv om en aksjeeier nyter godt av selskapets disposisjoner. Kravet til årsakssammenheng avgrenser følgelig utdelingsbegrepet mot verdioverføringer fra selskap til aksjeeier som er forretningsmessig motivert. Som vi ser av synspunktene ovenfor gjør omsetningshensynet seg

⁴³ Rt. 1995 s. 1026 (1034)

⁴⁴ Nerep (1994) s. 61

gjeldende i stor grad i tilfellene hvor aksjebesittelsen er liten og uten betydning for selskapets disposisjon. I slike tilfeller settes følgelig kreditorvernet og vernet om likestilling av aksjeeierne litt til side. Men som følge av at det stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at det ikke foreligger sammenheng mellom utdelingen og aksjebesittelsen, når det foreligger ubalanse mellom ytelsene som presteres⁴⁵, vil hensynet til kreditor allikevel ivaretas på en tilfredsstillende måte.

3.2.2 VERDIOVERFØRINGSVILKÅRET

Et meget sentralt element i utdelingsbegrepet er kravet om "overføring av verdier". Spørsmålet er i dette henseende hva som skal til for at det foreligger en "overføring av verdier" etter § 3-6 annet ledd.

En verdioverføring kan i aksjerettslig forstand defineres som en reduksjon av selskapets verdier som kommer aksjeeiere, tredjemann eller en medkontrahent til gode. Lovens formulering av vilkåret er "enhver overføring av verdier" og som nevnt tidligere er dette et objektivt vilkår. Hvorvidt det foreligger en overføring eller en forretningsmessig transaksjon, må følgelig vurderes med utgangspunkt i objektive kriterier. Med overføring forstås i dette tilfelle noe som gis fra den ene til den andre, eller at selskapets formue forminskes, mens mottakerens formue økes.

Uttrykket "verdier" omfatter på sin side alle typer verdier. Det vil si at alle økonomiske goder kan være gjenstand for overføring. Vilkåret favner følgelig meget bredt, og omfatter alt fra rene pengeoverføringer til bl.a. overføring av fast eiendom, løsøre, selskapsandeler og overtakelse av fordringer.⁴⁶ Dette bekreftes også forutsetningsvis i bestemmelsens annet punktum hvor det følger at "verdien skal beregnes etter virkelig verdi på dagen for overføringen". At det er den virkelige verdien som er avgjørende innebærer også at "en overføring kan ses på som en utdeling selv om det gjelder en eiendel som er nedskrevet til null eller aldri har vært oppført i balansen."⁴⁷ Nedenfor skal jeg gå igjennom en del av disse typetilfellene.

⁴⁵ Rt. 1995 s. 1026 (1034)

⁴⁶ Aarbakke m.fl. (2012) s. 188

⁴⁷ Ot.prp. nr. 65 (1998–1999) s. 20

3.2.3 ULIKE FORMER FOR VERDIOVERFØRINGER

Det mest tradisjonelle, og det som oftest er mest praktisk er utbytte i form av kontantutbetaling. At rene utgivelser av penger er å anse som overføringer av verdier er ikke tvilsomt, og trenger ikke nærmere eksemplifisering. Som nevnt tidligere foregår slike utdelinger som regel gjennom årlig generalforsamlinger hvor størrelsen på utbyttet blir bestemt av flertallet på generalforsamlingen etter forslag fra styret.

En utdeling kan også skje i form av at selskapet enten overdrar en fast eiendom, maskin eller løsøre til aksjeeieren istedenfor eller i tillegg til utdeling av penger. Når en slik overdragelse er helt vederlagsfri er det naturlig at også slike overdragelser omfattes av utdelingsbegrepet av hensyn til at det ikke skal være mulig å omgå regelverket.

Det er imidlertid ikke et krav om at overføringen skal være helt vederlagsfri for at disposisjonen skal anses som en utdeling. "En delvis motytelse fra aksjonærens side forhindrer ikke at det kan foreligge en overføring for den overskytende dels vedkommende."⁴⁸

⁴⁹ Dette medfører at også salg av fast eiendom til underpris, eller kjøp av fast eiendom til overpris kan anses som en utdeling. Dette har vi et eksempel på i Rt. 1989 s. 545 hvor det forelå et salg av fast eiendom til underpris.

3.2.3.1 OVERDRAGELSE TIL UNDERPRIS VED BRUK AV GJENKJØPSKLAUSUL

Rt. 1989 s. 545 gjaldt en skattesak hvor aksjeeieren fikk overdratt til underpris fra selskapet, en fast eiendom som han 13 år tidligere hadde overdratt til selskapet, for NOK 100 000, for å styrke dettes økonomi. I forbindelse med den første overdragelsen var det lagt inn et forbehold om tilbakeskjøting når forholdene for selskapet endret seg, til samme pris med tillegg for påkostninger. Når selskapets situasjon hadde endret seg til det bedre, ble eiendommen tilbakeført til aksjeeieren for NOK 300 000, da inkludert NOK 200 000 i påkostninger. Spørsmålet som Høyesterett tok stilling til var om det hele var å anse som en gjensidig bebyrdende kontrakt, eller om det var å se som en investering som skulle utbyttebeskattes på samme måte som vanlige investeringer.

⁴⁸ Andenæs (2006) s. 435

⁴⁹ Innst. (1970) s. 173, NOU 1996:3 s. 102.

Høyesterett argumenterer for at det ut fra formålet med bestemmelsen i aksjeskatteloven § 3 annet ledd er naturlig å tolke slike utbetalinger, salg til underpris, som utbytte, med mindre det er klart at overføringen ikke har noe å gjøre med investeringer som aksjonæren har gjort i selskapet. Høyesterett påpeker imidlertid at det må være mulig for aksjonærene og yte selskapet lån, og at tilbakebetaling av slike lån ikke anses som utbytte. "Det samme må gjelde oppfyllelsen av gjensidig bebyrdende kontrakter som like gjerne kunne ha vært inngått mellom selskapet og en utenforstående. Men når kontrakten mellom selskapet og en aksjonær bærer preg av aksjonærens spesielle stilling i forhold til selskapet, kan det være grunn til å vise forsiktighet, og særlig gjelder det hvis aksjonærens ytelse kan oppfattes som en investering i selskapet."

Om det foreliggende tilfelle uttalte Høyesterett at overføringen skjedde for å styrke selskapets økonomi. "Selv om det var tatt et forbehold om tilbakeskjøting av eiendommen til samme pris(...), lå det i formålet med overdragelsen at dette forbehold ikke skulle gjøres kjent og at tilbakeskjøtingsplikten måtte ha prioritet etter alle andre forpliktelser som påhvile eller kom til å påhvile selskapet. (...) Det måtte i 1971 fremstille seg som tvilsomt om og eventuelt når tilbakeskjøting kunne skje. Alt dette gjør at det er naturlig å se på overføringen av eiendommen til selskapet som en investering(...), og ikke som ledd i en vanlig gjensidig bebyrdende kontrakt." Dette medførte altså at differensen mellom eiendommens verdi og overskjøtningsprisen måtte regnes som utbytte etter aksjeskatteloven § 3 (2).

3.2.3.2 ER PRAKSIS ENDRET FOR OVERDRAGELSE TIL UNDERPRIS VED BRUK AV GJENKJØPSKLAUSUL ETTER Rt. 2002 s. 56?

Spørsmålet er imidlertid om Rt. 1989 s. 545 kan brukes som prejudikat for lignende tilfeller hvor det er tale om underpris som følge av en gjenkjøpsklausul.⁵⁰ Dommen gjaldt igjen en skattesak om gyldigheten av et ligningsvedtak. Den ene av to aksjonærer i selskap A overdro alle aksjene i sitt eget heleide selskap, B, til A til pari kurs (NOK 5000 per aksje) i forbindelse med en rekke andre avtaler som hadde til formål å styrke selskapet. Aksjonæren forbeholdt seg imidlertid retten til å kjøpe aksjene tilbake "til samme betingelser som de ble solgt for" dersom det gikk bedre med selskapet. Etter ca. to års tid når selskap A hadde kommet på fote igjen og økonomien var god, så kjøpte han aksjene tilbake under denne klausulen. Aksjene ble

⁵⁰ Zimmer hevder at dommens status er tvilsom etter at Høyesterett behandlet en relativt lik sak i Rt. 2002 s. 56, jfr. Zimmer (2010) s. 281

da ansett å være verd NOK 72 000 per stykk, og aksjonæren ble da utbyttebeskattet for differensen.

Høyesterett opphevet ligningen og fremhevet at overdragelsen av aksjene som ledd i gjeldsavtalen og gjenkjøpsavtalen inngikk "som naturlige elementer i en gjensidig bebyrdende og balansert ordning partene imellom". Høyesterett mente at saken lå annerledes an enn i dommen fra 1989, for der var situasjonen at "det ble sett bort fra aksjonærens gjenkjøpsrett fordi overføringen måtte ses som en investering, ikke som ledd i en gjensidig bebyrdende kontrakt".⁵¹

Som vi ser er situasjon i de to dommene ganske like, og det er tilsynelatende ikke lett å skjønne hvorfor Høyesterett ser på disse tilfellene forskjellig. Høyesterett mener altså at situasjonen er en annen og at de ikke har en avvikende forståelse av dommen fra 1989. Zimmer argumenter imidlertid for at 2002 dommen må ha fraveket 1989 dommen for denne typen tilfeller. "At det gikk atskillig lengre tid mellom de to transaksjonene i Fylling-dommen [Rt. 1989 s. 545] enn i Lefdahldommen [Rt. 2002 s. 56] (13 mot to år), kan neppe ha avgjørende betydning. Og henvisningen til at den førstnevnte transaksjon i Fylling-dommen ble ansett som en investering i motsetning til ledd i en gjensidig bebyrdende kontrakt, synes mer å være et navn på resultatet enn et kriterium for å skille mellom dem".⁵²

Det er imidlertid et viktig moment i dommene som Zimmer ikke nevner, men som muligens kan forsvare Høyesteretts tolkning av situasjonene. I Fylling-dommen nektet selskapets bankforbindelse å yte ytterligere kreditt med mindre frisk kapital ble tilført selskapet. Etter drøftelser med banken bestemte derfor Fylling seg for å overdra eiendommen til selskapet for å få inn frisk kapital. Banken ble imidlertid ikke informert om gjenkjøpsklausulen som ble avtalt mellom Fylling og selskapet, da denne skulle holdes hemmelig, og samtidig skulle tilbakeskjøtingsplikten ha prioritet etter alle andre forpliktelser som påhvilde eller kom til å påhvile selskapet. I Lefdahl-dommen derimot så var gjenkjøpsklausulen "et naturlig ledd i avtaleverket som hadde et midlertidig siktepunkt og var forutsatt avvirket når situasjonen i Nor-Import ble tilfredsstillende."⁵³ Avtalen var i tillegg eksplisitt godkjent av kreditoren som i brev ga uttrykk for at de ikke hadde innsigelser mot at aksjene senere ble overdratt tilbake til

⁵¹ Zimmer (2010) s. 277

⁵² Zimmer (2010) s. 277

⁵³ Rt. 2002 s. 56 (63)

aksjonæren igjen. Når gjenkjøpsklausulen i sistnevnte tilfelle er inngått åpenlyst i samspill med kreditor, så er det klarere for alle parter at det er snakk om en ytelse i en gjensidig bebyrdende avtale. Kreditorvernet som ligger bak utdelingsbegrensningene i aksjeloven gjør seg dermed ikke like sterkt gjeldende, ettersom kreditor i dette tilfellet ikke har noen innsigelser mot at aksjene blir overdratt tilbake til aksjonæren på samme vilkår. I Fyllingdommen er det imidlertid mye mer uklart hvorvidt Fylling vil få muligheten til å benytte seg av gjenkjøpsklausulen. Ordlyden i klausulen "når forholda endrast for selskapet" er ikke helt entydig og det er vanskelig å vite når gjenkjøpsklausulen kan benyttes uten at forholdet til banken forblir som før. Det er dermed mer naturlig å se denne overdragelsen som en investering enn som ledd i en gjensidig bebyrdende avtale.

Jeg er av den grunn tilbøyelig til å dele Høyesteretts oppfatning av Lefdahl-dommen i dette tilfellet og se på de to dommene som forskjellige situasjoner. Vi ser dermed at i tilfeller med salg til underpris i forbindelse med en gjenkjøpsavtale er det ikke bare avgjørende at det er inngått en avtale mellom aksjonæren og selskapet og at denne er reell, men at også subjektive forhold kan ha betydning. Når det tydelig er gjort klart for alle parter at det er snakk om en gjensidig bebyrdende avtale, og hensynet til kreditorvernet er ivaretatt er det større sannsynlighet for å anse overføring av verdier som ledd i en gjensidig bebyrdende avtale contra en utdeling som rammes av utdelingsbegrensningene.

3.2.3.3 ANDRE FORMER FOR VERDIOVERFØRING

På samme måte som vi ser på kjøp av eiendeler til underpris eller salg av eiendeler til overpris kan vi også se kjøp, salg og vederlagsfri bruk av tjenester. Som nevnt tidligere har det ingen betydning hva slags økonomisk gode det er tale om. Dersom selskapet yter aksjeeierne en tjeneste, enten vederlagsfritt eller til sterkt redusert pris, som en utenforstående tredjemann måtte ha betalt full pris for, så kan dette regnes som en utdeling. En kan her tenke seg at selskapet utfører arbeid på aksjeeierens eiendom og eiendeler eller at aksjeeieren eller dennes nærstående benytter seg av selskapets bruksmidler eller eiendeler vederlagsfritt eller til underpris. Et praktisk eksempel på et tilfelle "er at aksjonæren bor i et hus som tilhører selskapet, og uten å betale (full) markedsleie".⁵⁴ Tilsvarende gjelder dersom det er aksjeeieren som tilbyr tjenester til selskapet, hvor kostnaden for tjenesten overfaktureres.

⁵⁴ Zimmer (2010) s. 272

I slike tilfeller er det klart at både kreditorvernet og hensynet til likestilling av aksjeeierne gjør seg sterkt gjeldende. Kreditorerne som i de fleste tilfellene har lagt til rette for at selskapet kan drive næringsvirksomhet vil være taperen dersom selskapet kjøper eiendeler eller tjenester til overpris ettersom selskapets kapital synker uten at verdien øker. På denne måte vil kreditors mulighet til dekning av sine fordringer forringes.

Også hensynet til likebehandling av aksjeeierne blir i en viss grad satt til side.

Likhetsgrunnsetningen i aksjeloven går ut på at "[a]lle aksjer gir lik rett i selskapet"⁵⁵. Dersom én eller noen få aksjeeiere forfordes i form av svært gunstige avtaler, eller maskerte utdelinger vil det gå på bekostning av de øvrige aksjeeierne. Det at selskapet leier ut selskapets eiendeler eller tjenester til rabatterte priser for aksjeeierne, er ofte vanlig, og må anses som en selskapsrettslig gode i de tilfellene hvor denne muligheten gis til alle. Men dersom det kun er én eller noen få som får slik særbehandling og det til svært gunstige vilkår, vil dette være i strid med likhetsgrunnsetningen og gi grunnlag for å anse disposisjonen som en utdeling.

Som "enhver overføring av verdi" kan også regnes tilfellene hvor selskapet ettergir fordringer som det har på aksjeeieren. Illustrasjon til dette finner vi i Rt. 1993 s. 1518 (straffesak) hvor tiltalte, før konkurs i selskapet han ledet, sørget for å få slettet fordringer som selskapet hadde på han. Han hevdet å ha motregnet selskapets fordringer på han mot fordringer han mente å ha på selskapet, men disse fordringene ble det bevist at ikke var reelle. Det forelå derfor i virkeligheten, fra selskapets side, et ensidig frafall av fordringer på tiltalte.

Utdelingsbegrepets objektive vilkår om "enhver overføring av verdier" favner vidt, og det er ikke tvilsomt at den klassiske disposisjonen ved overføring av penger, må kunne likestilles med overføring av pengekrav. En ettergivelse av en fordring som selskapet har på aksjeeieren, vil i prinsippet innebære en vederlagsfri overføring av et pengekrav som klart er omfattet av ordlyden.

I dette tilfellet var det klart at det forelå en rettsstridig handling og ettergivelsen av fordringene på aksjeeieren hadde en bedragerisk hensikt uten noe positivt formål for selskapet. I noen tilfeller må det i imidlertid gjøres unntak fra hovedregelen om at ettergivelse av gjeld anses som en utdeling. Det gjelder blant annet tilfellene hvor ettergivelsen eller reduksjonen

⁵⁵ § 4-1 første ledd.

av gjelden f.eks. "er en del av en generell gjeldssanering i forbindelse med en akkord eller lignende hos aksjeeieren".⁵⁶ Dette kan være den beste, eller eneste måten selskapet kan få igjen deler av fordringen på, og gode grunner taler derfor for at ettergivelsen ikke anses som utbytte.

Det er ikke uvanlig at aksjeeiere også har styreverv eller andre arbeidsoppgaver innenfor selskapet. Ofte mottar disse også lønn og opparbeider seg pensjon som vederlag for denne innsatsen. Dersom aksjeeieren i denne sammenheng mottar urimelig høy lønn eller pensjon, kan dette regnes som en utdeling, og det er da den verdien som overstiger det rimelige som anses som utbytte.⁵⁷ Spørsmålet er imidlertid hva som anses som rimelig i slike tilfeller. Det er vanskelig å angi en generell retningslinje for slike tilfeller. Lønnen og pensjonen skal selvsagt stå i samsvar med arbeidets karakter og omfang, og det kan av den grunn være naturlig og sammenligne nivået med tilsvarende stillinger ellers i samfunnet. Det kan imidlertid foreligge spesielle forhold ved en person som gjør at han eller hun er særlig egnet til denne stillingen, eller forhold som gjør at selskapet får ekstra god nytte av denne personen i forbindelse med selskapets drift. Det kan derfor være nødvendig at selskapet gir ekstra god lønn for å beholde eller knytte til seg en slik ressurs. Det er selskapets styre som er best egnet til å vurdere nytten og verdien av denne personen, noe som medfører at selskapene må gis et visst slingsmonn i slike tilfeller.

Det forekommer også tilfeller hvor selskapet stiller kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeierne. Dette er fullt lovlig, og ikke å anse som en utdeling dersom det er klart at aksjeeieren kommer til å betale tilbake. Dersom aksjeeieren ikke betaler tilbake og selskapet sletter fordringen, så er vi over i de tilfellene som er omtalt overfor med dommen av Rt. 1993 s. 1518 som eksempel. Det kan imidlertid i noen tilfeller fastslås at det foreligger en utdeling før man er kommet så langt. "Aksjonærens plikt til å erlegge motytelse må settes ut av betraktning dersom det på tidspunktet for selskapets ytelse er klart at aksjonæren er ute av stand til å prestere motytelsen. Hvis selskapet yter lån til en insolvent aksjonær, må lånebeløpet således anses som utbytte."⁵⁸ Vilkårene for at selskapet stiller kreditt til fordel for en aksjeeier har også betydning i sammenheng med det som tidligere er omtalt om bruk av selskapets tjenester til underpris. Dersom lånevilkårene er ekstremt gode, f.eks. at aksjeeieren

⁵⁶ Berge (2011) s. 19

⁵⁷ Andenæs (2006) s. 435.

⁵⁸ Andenæs (2006) s. 435-436

har fått en urimelig lav rente så kan differensen mellom det urimelige og markedsverdien være å anse som et utbytte.

Det kan også foreligge en utdeling dersom selskapet dekker aksjeeierens gjeldsforpliktelser, jfr. Rt. 2008 s.385 og Rt. 2011 s.257, eller betaler vederlaget for ytelser som aksjeeierne mottar, jfr. Rt. 1998 s. 946 og Rt. 2000 s. 2033. Disse eksemplene skal vi se nærmere på nedenfor under punkt 3.2.5.1 og 3.2.6.1.

3.2.4 SÆRSKILT OM OVERFØRING I FORM AV MASKERT UTBYTTE

Som nevnt tidligere består en typisk overføring fra aksjeselskaper i et ordinært utbytte som utdeles årlig til aksjeeierne. En overføring i lovens forstand kan imidlertid foreligge også ved mer atypiske former for utbytte, som jeg også har vist til i visse tilfeller ovenfor. Hvorvidt selskapet kaller ytelsen utbytte eller skjuler utbyttet under andre betegnelser, er uten betydning.⁵⁹ Jeg skal nå se litt nærmere på tilfellene av maskert utbytte og hvordan man skal vurdere om det foreligger et maskert utbytte.

Den rådende definisjonen på et maskert utbytte synes å være "en rettshandling som formelt sett er en gjensidig bebyrdende avtale, men som reelt sett innebærer en verdioverføring til aksjeeier".⁶⁰ Begrensningene i aksjeloven om aksjeselskapenes adgang til utdeling er preseptoriske, slik at dersom det har skjedd et maskert utbytte vil dette være i strid med de preseptoriske reglene og innebære et ulovlig utbytte. Det blir da en omgåelse av de hensynene som ligger bak beskyttelsen av selskapskapitalen i aksjeselskaper.

Det finnes mange forskjellige utdelinger som vil kunne anses som maskerte utbytter, og jeg har vært inne på en del av tilfellene tidligere i fremstillingen. Til eksempel har man bl.a. aksjeeierens kjøp av selskapets eiendeler til underpris, selskapets kjøp av aksjeeierens eiendeler til overpris, aksjeeierens bruk av selskapets eiendeler til underpris eller inngåelse av gunstige lån fra selskapet som ikke står i rimelighet til markedsmessige vilkår. I motsetning til gjensidig bebyrdende avtaler vil maskert utbytte innebære at det foreligger et misforhold mellom ytelsene til henholdsvis aksjeeieren og selskapet. Det er heller ikke noe krav om en

⁵⁹ Andenæs (2006) s. 435

⁶⁰ Aarbakke m.fl. (2004) s. 191.

bevisst handling fra aksjeeieren eller selskapets side, avtalen kan like gjerne innebære et maskert utbytte selv om det er som følge av uvitenhet eller ren ubetenksomhet.

3.2.4.1 NÅR FORELIGGER MASKERT UTBYTTE?

Svaret på spørsmålet om når det foreligger et maskert utbytte vil bero på hvor man setter grensene for at en disposisjon er å anse som en kommersiell avtale. Det er klart at en gjensidig bebyrdende avtale hvor partenes ytelser står i rimelig forhold til hverandre er å anse som en kommersiell avtale. Det må følgelig foreligge et misforhold mellom ytelsene for at det skal kunne være tale om et maskert utbytte.

Aksjeloven inneholder imidlertid ingen retningslinjer for når et misforhold mellom ytelsene vil medføre et maskert utbytte. Det foreligger heller ikke mye rettspraksis innenfor aksjeselskapsretten som gir noe særlig veiledning til dette spørsmålet. Derimot finnes det mange saker innenfor skatteretten som omtaler spørsmålet i tilknytning til det skatterettslige utbyttebegrepet. I Rt. 1928 s. 540 ble det tidligere slått fast at først når det er et "avgjort misforhold" mellom ytelsene, er det tale om en utdeling, og i Rt. 1939 s. 699 ble det lagt vekt på hvorvidt fortjenesten til aksjonæren kunne sies og "avvike så sterkt fra det som er normalt". Skattelovens utbyttebegrep er imidlertid videre enn aksjelovens utdelingsbegrep, og det kan neppe stilles krav etter aksjeloven § 3-6 annet ledd om at misforholdet mellom ytelsene skal være vesentlig.⁶¹ Begrunnelsen for dette ligger i formålene bak de to ulike lovene. Skattereglene bygger på formål om utbyttebeskatning og er ikke utformet med tanke på å beskytte selskapskapitalen av hensyn til kreditor og prinsippet om likebehandling av aksjeeierne. Det kreves følgelig mindre for å anslå misforhold mellom ytelsene i aksjeselskapsretten.

3.2.4.2 NÅR UTGJØR MISFORHOLDET EN VERDIOVERFØRING?

Ordlyden i utdelingsbegrepet taler for at ethvert misforhold mellom partenes ytelser er å anse som en verdioverføring. Til støtte for denne tolkningen gir også hensynet til kreditorvernet, og prinsippet om likebehandling av aksjeeierne som ønsker å forhindre at selskapskapitalen blir uthulet og at noen aksjeeiere blir forfordelt. Et maskert utbytte vil være i strid med aksjelovens likhetsgrunnsetning om at alle aksjer i utgangspunktet gir lik rett i selskapet,

⁶¹ Aarbakke m.fl. (2012) s. 188

ettersom de øvrige aksjeeierne ikke får ta del i den. Mange av disse tilfellene fanges imidlertid opp av minoritetsvernet og dets beskyttelse i aksjeselskapsretten, jfr. §§ 5-21 og 6-28. Videre er kreditorhensynet svært relevant dersom selskapet gjennom utbetalingen tømmes for midler i et omfang, som kan påføre kreditorene tap.⁶² Dersom selskapet gjennomfører slike utdelinger i tiden før konkurs, vil disse disposisjonene imidlertid kunne omstøtes gjennom dekningslovens omstøtelsesregler.

På motsatt side har vi omsetningshensynet som i denne sammenheng bør forstås som at selskapets aksjeeiere, på samme måte som hvem som helst andre, skal ha muligheten til å gjøre en god avtale, eller i hvert fall at aksjeeieren ikke skal behøve å gjøre en dårligere avtale enn en utenforstående medkontrahent.⁶³ "Det kan i denne sammenheng være grunn til å innrømme partene et visst rom for skjønn [ved fastsettelsen av differensen mellom ytelsene] når det dreier seg om ytelser der omfanget og kvaliteten er vanskelig å bestemme og ytelser der verdien er usikker."⁶⁴ Etter mitt syn er dette en nødvendighet. For at aksjeselskapsformen skal utvikle seg i Norge, så kreves det at aksjeselskapene har rom til å gjennomføre forretningsmessige avtaler med sine aksjeeiere. Både for å ivareta konkurransen i markedet og ikke minst for å tilfredsstille sine egne aksjeeiere. Mange aksjeeiere er engasjert innenfor flere ulike selskaper, og tildels ganske tilgrensende selskaper som har nytte av å gjøre avtaler med hverandre. Det må derfor være rom for at selskapene kan gjøre gode forretningsmessige avtaler uavhengig av om en av selskapets aksjeeiere har en eierposisjon i begge selskaper. Dersom avtalen går utenfor dette slingringsmonnet kan det imidlertid være grunnlag for en konkret vurdering av avtalen, og vurdere om det da foreligger en utdeling. Det må da kunne stilles strenge krav til sannsynliggjøringen om at det ikke er snakk om utdeling.

Ved vurderingen av utdelingens verdi så følger det av § 3-6 annet ledd annet punktum at "verdien skal beregnes etter virkelig verdi på dagen for overføringen". Dette innebærer for det første at en overføring kan ses på som en utdeling selv om det gjelder en eiendel som er nedskrevet til null eller aldri har vært oppført i balansen.⁶⁵ For det andre innebærer det at dersom det er likevekt mellom ytelsene på avtaletidspunktet, kan normalt en etterfølgende verdistigning av selskapets ytelse før denne blir overført til avtalemotparten, ikke føre til at

⁶² Krüger Andersen (1994) s. 184

⁶³ Andersson (2010) s. 88

⁶⁴ Aarbakke m.fl. (2012) s. 188

⁶⁵ Aarbakke m.fl. (2012) s. 188

transaksjonen blir sett på som et utbytte. Ofte kan det være vanskelig å anslå verdien av en ytelse. Dersom det foreligger usikkerhet rundt fastsettelsen av en ytelses verdi, tilsier dette at det bør stilles større krav til forskjell i slike tilfeller enn dersom det dreier seg om varer med kurant pris.⁶⁶ Videre kan en ytelse for et bestemt selskap ha meget stor verdi, mens samme ytelse kanskje ikke har like stor verdi for andre. Det er selskapet selv som har best forutsetninger for å anslå ytelsens verdi for selskapet, noe som taler for at også større misforhold mellom ytelsenes antatte verdi bør kunne godtas dersom selskapet kan legge frem gode grunner for dette.

3.2.4.3 SUBJEKTIVE MOMENTER SOM AVGJØRENDE FAKTOR

I forbindelse med fremstillingen av den nye svenske aksjeloven var det en omfattende diskusjon om hvordan man skulle vurdere om det forelå et maskert utbytte eller ikke.⁶⁷ Etter en omfattende drøftelse av flere mulige alternativer kom Andersson opp med en løsning han så på som den beste, en løsning som forøvrig er fulgt opp i den nye svenske aksjeloven.⁶⁸ Andersson la opp til en todelt drøftelse hvor man først skal vurdere den konkrete verdidifferansen rent objektivt. Deretter skulle man i tillegg ta hensyn til subjektive momenter i bedømmelsen, deriblant hvilket formål eller siktemål avtalen hadde.

På bakgrunn av dette har de altså formulert den bestemmelsen i den svenske aksjeloven på følgende måte; I følge 17:1 1 st 4 p ABL, vil en verdioverføring være en ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”.

Hva som anses som "affärsmässig" får i det enkelte tilfellet avgjøres med hensyn til verdidifferansens størrelse, transaksjonens karakter, mottakerens relasjon til selskapet og øvrige omstendigheter, jfr. lovforarbeidene.⁶⁹

Dersom transaksjonen for eksempel gjennomføres på grunnlag av likviditetsproblemer eller rask produksjonsomlegging fra selskapets side som et mål for å beskytte kommersielle

⁶⁶ Andersson (1995) s. 298 med henvisning til Marthinussen-Aarbakke s. 443.

⁶⁷ Andersson var her sentral og presenterer flere ulike forslag i Andersson (2010) s. 83 flg.

⁶⁸ 17:1 1 st 4 p ABL

⁶⁹ SOU 1997:168 s. 67 jfr. Rodhe s. 131 etter henvisning i Andersson (2010) s. 90

formål, så bør den ikke sees på som et maskert utbytte uavhengig av om det innebærer en formuesforminskning for selskapet.⁷⁰

I norsk rett synes det imidlertid å være praksis for en mer objektiv vurdering av verdioverføringene, jfr. bl.a. Rt. 1995 s. 1026. Høyesterett så hen til at den gunstige leieavtalen kunne være en forutsetning for videre drift av familieselskapet, men dette var mer i sammenheng med spørsmålet om disposisjonen kunne sees på som en gave. Bakgrunnen for at det ikke ble ansett å være en utdeling var derimot at det ikke forelå sammenheng mellom overføringen og aksjebesittelsen.

Det finnes både fordeler og ulemper med å anvende subjektive vurderingsmomenter i tillegg til den objektive sammenligningen av partenes ytelser. Ved bruk av kun den objektive vurderingen vil man risikere at avtaler som i utgangspunktet ikke er ment som en utdeling, men som ledd i en kommersiell forretningsavtale, anses som maskert utbytte. Dette vil føre til at aksjeeiernes mulighet til å inngå kommersielt gode avtaler med selskapet begrenses dersom de medfører en viss verdidifferanse. Dette kan like gjerne innebære en ulempe for selskapet også, dersom dette faktisk er det beste tilbudet de kan oppnå i konkurranse med andre aktører.

Ulempen med å ta i betraktning også subjektive momenter vil være at det oppstår en større usikkerhet om hva som regnes som maskert utbytte, ettersom det hele vil bero på en konkret skjønnsmessig vurdering. Det finnes mange forskjellige typer avtaler, og det er ikke alltid lett for utenforstående å vurdere betydningen av avtalene for selskapet. Selskapet kan ha forskjellige interesser i å gjennomføre avtalen til en objektivt sett litt urimelig pris, uten at det er lett å sette en verdi på disse interessene, noe som medfører at den skjønnsmessige vurderingen blir vanskelig.

Dersom man kun skal se på de grunnleggende hensynene bak utdelingsbegrensningene i aksjeloven, så er det klart at den objektive vurderingen best ivaretar hensynet til kreditorene og prinsippet om likebehandling av aksjeeierne. På den annen side må man også se litt hen til omsetningsvernet og mulighetene for utvikling og en friere drift av selskapene, noe som vil innebære at man ikke kun kan se på verdidifferansen med helt objektive øyne. Fordelene av å kunne inngå gode avtaler mellom en aksjeeier og selskapet må kunne sies å være såpass store

⁷⁰ Andersson (2010) s. 88

at det må gis rom for en viss skjønnsmargin ved vurderingen av verdioverføringene. Det må følgelig bero på et konkret hensiktsmessighetsskjønn hvorvidt man er innenfor eller utenfor denne marginen. Denne grensedragningen kan imidlertid bli vanskelig. En for vid skjønnsmargin vil kunne føre til misbruk på bekostning av de grunnleggende hensynene i aksjeselskapsretten, mens en snever skjønnsmargin går på bekostning av omsetningshensynet.

3.2.5 AKSJEEIEREN TIL GODE

Utdelingsbegrepet subjektive vilkår innebærer at som utdeling regnes overføringer av verdier som "direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode", jfr. § 3-6 annet ledd. Uttrykket "utdeling" omfatter isolert sett også utdeling til tredjemann, men ordlyden i vilkåret avgrenser utdelingsbegrepet ved at disposisjonen må komme aksjeeieren til gode på en eller annen måte, enten "direkte eller indirekte". Som nevnt tidligere så omfatter utdelingsbegrepet det tradisjonelle utbyttet i form av en kontant utbetaling direkte til aksjeeieren. I disse tilfellene er vi følgelig klart innenfor ordlyden og det krever ingen omfattende drøftelse av overføringer som "direkte" kommer aksjeeieren til gode. Det er uten betydning om overføringen kommer én eller flere aksjeeiere til gode. Vilket nevner eksplisitt "aksjeeieren", men det er ikke tvilsomt at utdelingsbegrepet også gjelder om overføringen kommer én eller flere aksjeeiere til gode. Videre er det lagt til grunn i rettspraksis at en ytelse til en person som i nær saklig tilknytning til utdelingen opphører å være aksjeeier, eller blir aksjeeier, må anses som utdeling, jfr. Rt. 2000 s. 2033 som igjen henviser til Andenæs s. 333.⁷¹ Denne oppfatningen stemmer også overens med svensk praksis på området.⁷²

3.2.5.1 "INDIREKTE" OG GRENSEN FOR NÆRSTÅENDE

Ettersom utdelingsbegrepet også omfatter overføringer som kommer aksjeeieren "indirekte" til gode, så får begrepet en relativt vid rekkevidde. Ordlyden taler om en forutsetning om at overføringen kommer aksjonæren til gode, til tross for at den er overført til andre enn aksjonæren selv. Begrepet rammer straks mange flere tilfeller, noe som fører til at flere forsøk på omgåelser av utdelingsreglene fanges opp. Dette medfører at de viktige hensynene bak utdelingsreglene i aksjeselskapsretten, kreditorvernet og hensynet til likebehandling av aksjeeierne, står sterkere.

⁷¹ Aarbakke m.fl. (2012) s. 190

⁷² Andersson (2010) s. 157

Overføringer av verdier til tredjemann er som nevnt omfattet av utdelingsbegrepet dersom aksjeeieren "indirekte" blir tilgodesett. Ofte er det i disse tilfellene tale om overføringer til aksjeeierens nærstående som er aktuelt. Hva som regnes som aksjeeierens nærstående er imidlertid ikke klart ut fra en naturlig språklig forståelse, da nærstående kan forstås forskjellig fra et tilfelle til et annet. Utgangspunktet for vurdering av aksjeeierens nærstående i aksjeselskapsretten har vi i § 1-5. De mest naturlige tilfellene har vi hvor aksjeeierens ektefelle/samboer eller slektninger i rett opp- eller nedstigende linje tilgodeses. Det er imidlertid naturlig at også andre selskaper som aksjeeieren har bestemmende innflytelse over regnes som en aksjeeiers nærstående. Overføringen av verdier fra selskapet til et annet selskap som helt eller delvis eies av de samme aksjeeiere er et godt eksempel på en indirekte berikelse av aksjeeieren som kan rammes av utdelingsbegrepet.⁷³ Dette er også slått fast i juridisk teori og rettspraksis.⁷⁴

Til sammenligning har skattelovens regler om skatteplikt for utbytte i § 10-11 annet ledd satt en skarp grense i sidelinjene ved onkel og tante. En så skarp grense kan imidlertid ikke settes i relasjon til aksjeloven § 3-6 annet ledd.⁷⁵ Dette er naturlig ettersom det ikke er de skattemessige formålene som gjør seg sterkest gjeldende i aksjeselskapene. Hensynet til likebehandling av aksjonærene og beskyttelse av selskapskapitalen til vern for kreditorene medfører at det kreves en videre rekkevidde av begrepet nærstående. Derfor kan også ytelser til fjernere slektninger anses som utdelinger. Hvor langt uttrykket skal strekkes, er imidlertid ikke av altfor stor betydning rent praktisk i aksjelovens forstand ettersom de materielle utbyttereglene gjelder tilsvarende for gaver som gis til utenforstående tredjemenn, jfr. § 8-6 tredje ledd.⁷⁶

Som nevnt tidligere under punkt 3.2.1.1 kan det foreligge en utdeling dersom selskapet dekker aksjeeierens gjeldsforpliktelser, jfr. Rt. 2008 s.385 og Rt. 2011 s.257. Dette vil ikke innebære at aksjeeieren selv får utbetalt penger til å betale ned gjelden, men at selskapet betaler aksjeeierens gjeld direkte til kreditor. På den måten blir aksjeeieren "indirekte" tilgodesett ved at gjelden forsvinner og formuen "øker". Et viktig eksempel på dette, har vi i Rt. 2008 s. 385

⁷³ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 186

⁷⁴ Aarbakke m.fl. (2012) s. 190. Tilsvarende i svensk rett, jfr. Andersson (1995) s. 299

⁷⁵ Aarbakke m.fl. (2012) s. 190

⁷⁶ Aarbakke m.fl. (2012) s. 190

som gjaldt spørsmål om en gjeldsovertakelse og den senere tilbakebetalingen av forpliktelsen gjennom oppfyllelse av en entreprisekontrakt var i strid med aksjeloven § 3-6 om utdeling til aksjeeier.

Saken har et omfattende og litt komplekst faktum, men jeg skal prøve å gå igjennom det i korthet. Arkatunet Eiendom AS var 100 % eid av byggmester Bjarne Skattkjær og hadde et formål om å opprette et større utbyggingsprosjekt. Selskapet inngikk dermed en avtale med entreprenørselskapet GL Prosjektservice AS om utføring av arbeider på prosjektet. Etter en stund stoppet arbeidet opp som følge av manglende betalinger fra Arkatunet Eiendom AS, og det ble forhandlet frem en avtale om at opparbeidet leverandørkreditt ble omgjort til et ordinært lån på MNOK 4,213. I forbindelse med Arkatunet Eiendom AS sine økonomiske problemer så bestemte de seg for å dele opp prosjektet. Selskapet Skattkjær Invest AS ble i denne forbindelse opprettet med formål om å ta over deler av prosjektet. Selskapet ble stiftet med Bjarne Skattkjær og Arkatunet Eiendom AS som aksjeeiere hvorav Arkatunet Eiendom AS sitt aksjeinnskudd var i form av en utskilt tomt fra byggeprosjektet med en boligblokk under oppføring. Fokus Bank påtok seg byggelånfinansieringen av prosjektet. Samtidig forhandlet Skattkjær Invest AS frem en avtale med GL Prosjektservice AS om ferdigstillelse av arbeidet GL Prosjektservice AS hadde påbegynt for Arkatunet Eiendom AS. Prisen for arbeidet baserte seg på den opprinnelige avtalen mellom Arkatunet Eiendom AS og GL Prosjektservice AS, med fradrag for allerede betalt beløp. I tillegg ble det imidlertid avtalt at også lånet på MNOK 4,213 inngikk i avtalen og Skattkjær Invest AS skulle derfor hefte for dette lånet sammen med Arkatunet Eiendom AS. På denne måten fikk GL Prosjektservice AS oppgjør for lånet til Arkatunet Eiendom AS gjennom utbetalingene fra byggelånsbanken til Skattkjær Invest. I ettertid gikk Skattkjær Invest konkurs, og konkursboet overdro alle eventuelle rettigheter mot GL Prosjektservice AS til Vista Holding AS som senere har forfulgt kravene og hevder at det foreligger en ulovlig utdeling fra Skattkjær Invest AS.

Saken reiste flere spennende problemstillinger, men det som er aktuelt i dette tilfellet er om betaling av aksjeeierens gjeld "indirekte kommer aksjeeieren til gode" og om det dermed ble foretatt en ulovlig utdeling fra Skattkjær Invest AS. Det var på det rene at det skjedde en overføring av verdier fra Skattkjær Invest AS til Arkatunet Eiendom AS. GL Prosjektservice AS anførte imidlertid tre grunnlag for at det likevel ikke var tale om en utdeling. For det første var det en forretningsmessig entreprisekontrakt, hvor det ikke forelå noe

interessefelleskap mellom kontraktspartene, som burde respekteres av hensyn til omsetningsvernet. Høyesterett var imidlertid ikke enig i dette, og avviste argumentet på grunnlag av at; "der det er et misforhold mellom ytelsene som kommer aksjeeieren til gode, slik tilfellet er her, er det ikke avgjørende at det dreier seg om en gjensidig bebyrdende forretningsmessig avtale".⁷⁷ Høyesterett opprettholder dermed tidligere praksis med å legge til grunn en vid forståelse av utdelingsbegrepet, jfr. f.eks. Rt. 2000 s. 2033. Et annet standpunkt fra Høyesterett angående dette ville ha medført en innsnevring av utdelingsbegrepet i § 3-6.⁷⁸

Videre anførte GL Prosjektservice at utbetalingen fra Skattkjær Invest AS ikke var en utdeling fordi GL Prosjektservice hadde pant for lånet i eiendommen som entreprisarbeidene ble utført på, og at den derfor ikke innebar noen reell reduksjon av egenkapitalen i selskapet, men heller ikke dette argumentet var Høyesterett enig i. I note 69 uttaler Høyesterett;

"Selv om GL Prosjektservice hadde pant for sin fordring på arkatunet Eiendom i Skattkjær Invests eiendom, gjør ikke dette i seg selv Skattkjær Invest til debitor for det underliggende kravet. Ved at Skattkjær Invest påtar seg et solidarisk ansvar for, og betaler Arkatunet Eiendoms forpliktelse, skjer det dermed en overføring av verdier til Arkatunet Eiendom. Pantet hadde også prioritet etter pantet på MNOK 12 til DnB, og var sideordnet pantet til Vassbakk og Stol AS. Det var derfor høyst usikkert hvor mye som kunne fås ut av pantet."

Med denne argumentasjonen ivaretar Høyesterett hensynene bak aksjelovens utdelingsregler. Som nevnt tidligere er hensynet til likebehandling av kreditorene og ikke minst kreditorvernet et meget viktig hensyn bak utdelingsbegrensningene og med en slik tolkning som Høyesterett legger opp til her, så vil man unngå at selskapets egenkapital reduseres på bekostning av de øvrige aksjeeierne og kreditorene som selskapet har. Da det var andre panthavere med prioritet foran eller likestilt med GL Prosjektservice, innebar utbetalingene til GL Prosjektservice en fordel for denne kreditoren på bekostning av selskapets øvrige kreditorer.⁷⁹

⁷⁷ Rt. 2008 s. 385 (note 67)

⁷⁸ Reiersen (2008) s. 17

⁷⁹ Reiersen (2008) s. 17

GL Prosjektservice' tredje anførsel for at utbetalingen ikke kunne sees som en utdeling dreide seg om sammenhengen mellom selskapets overføring av verdier og mottakerens posisjon som aksjeeier. Dette vilkåret er omtalt tidligere i oppgaven. Høyesterett tilbakeviste imidlertid også den siste anførselen og kom frem til at Skattkjer Invests betaling av Arkatunet Eiendoms gjeld til GL Prosjektservice medførte en utdeling som kom Arkatunet Eiendom "indirekte" til gode. Som aksjeeier i Skattkjer Invest innebar dette at det var foretatt en ulovlig utdeling fra selskapets side, og § 3-7 kom til anvendelse.

3.2.5.2 OVERFØRING TIL TREDJEMANN

Ofte har aksjeeierne selv stor innflytelse over hvem som skal begunstiges med en overføring av verdier fra selskapet, særlig gjelder dette i små aksjeselskaper med få eiere. Aksjeeieren trenger imidlertid ingen stor innflytelse for å avgjøre om han selv skal få utdelt utbytte, eller om han vil gi utdelingen videre til noen andre. Ofte skjer dette ved at selskapet overfører utdelingen direkte til den eller de som aksjeeieren ønsker. Det synes klart at også disse tilfellene skal omfattes av utdelingsbegrepet, særlig gjelder dette hvor aksjeeieren ønsker å begunstige en nærstående som nevnt tidligere. Spørsmålet er om begrepet også skal omfatte de tilfellene hvor aksjeeieren ønsker å tilgodese helt utenforstående tredjemenn som f.eks. frivillige organisasjoner, stiftelser eller selskaper som han ikke har noen tilknytning til. Andenæs har tidligere hatt en oppfatning om at overføring til tredjemann som ikke kommer aksjeeieren til gode, faller utenfor utbyttebegrepet.⁸⁰ Derimot har Marthinussen/Aarbakke antatt at slike tilfeller faller innenfor begrepet dersom aksjonæren ønsker å begunstige tredjemann.⁸¹ Dersom man vrir litt på hendelsesforløpet slik at aksjeeieren først har fått utdelt utbytte, og så bestemmer seg for å begunstige tredjemann, så synes den mest riktige løsningen å være åpenbar. Det ville vært uheldig om man skulle komme til forskjellige utfall avhengig av om utdelingen hadde gått direkte eller gjennom et mellomledd. Det er aksjeeieren som eventuelt har krav på utbytte fra selskapet, og dersom han velger å begunstige en tredjemann, så må det være likegyldig om overføringen av verdien går direkte fra selskapet eller fra aksjeeieren personlig. Det er uansett tale om en overføring som "direkte eller indirekte" har kommet aksjeeieren til gode, ettersom han kan bruke utdelingen som han vil når den først er tildelt.⁸²

⁸⁰ Andenæs, tidligere utgave, s. 342, jfr. Lovkommentar på rettsdata.

⁸¹ Marthinussen/Aarbakke, s. 455, jfr. Lovkommentar på rettsdata.

⁸² Denne oppfatningen støttes også av Berge (2011) s. 49

3.2.5.3 UNNTAK FRA HOVEDREGELEN

Det er antatt i juridisk teori at også utdelinger som ikke kommer aksjeeieren "direkte eller indirekte" til gode allikevel kan anses som et utbytte i noen tilfeller. Dersom det i medhold av asl. § 2-2 annet ledd er bestemt i selskapets vedtekter at overskuddet skal tilfalle for eksempel personer eller selskaper som ikke er aksjeeiere, må også disse utdelingene kunne anses som utbytte.⁸³ Berge gir imidlertid ingen begrunnelse for hvorfor også slike tilfeller bør omfattes. Det synes klart at ordlyden i "direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode" ikke favner vidt nok til å omfatte også slike tilfeller. Spørsmålet er om man bør anvende reglene også på disse forholdene gjennom en systemorientert tolkning og sammenheng i rettsreglene. Selskapets vedtekter opprettes av aksjeeierne gjennom et stiftelsesdokument når selskapet opprettes, jfr. § 2-1 første ledd. Dersom selskapet ved sin virksomhet ikke skal ha som formål å skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte, skal vedtektene inneholde bestemmelser om hvordan selskapets overskudd skal anvendes, jfr. § 2-2 annet ledd. Når slike formål inntreer, i stedet for utbytte til aksjeeierne, må det være naturlig å likestille de tilgodesette tredjemennene med aksjeeiere, slik at utdelingsbegrensningene i aksjeloven også kommer til anvendelse på utdelinger til disse. Av hensyn til å verne om selskapskapitalen og kreditorvernet må også dette være den beste løsningen.

3.2.6 OVERFØRINGER I FELLES INTERESSE FOR SELSKAPET OG AKSJEEIEREN

I visse tilfeller kan det være uklart om en ytelse kommer aksjeeieren til gode eller om det gjelder en ytelse som er pådratt i selskapets interesse. Dersom det er tale om en ytelse hvor formålet med ytelsen er av ren selskapsrettslig karakter så er det ikke tale om en utdeling. Ved ytelser som kommer både selskapet og aksjeeierne til gode må det imidlertid foretas en avveining av de ulike formålene ved ytelsen. Det at aksjeeieren har felles interesser med selskapet, er ikke i denne sammenheng tilstrekkelig for å se ytelsen som en utdeling.⁸⁴ Overføringer som ofte er ansett å komme både selskapet og aksjeeieren til gode har vi et godt eksempel på ved at selskapet engasjerer en finansiell rådgiver til å bistå selskapet med strategiske vurderinger og ofte for å finne potensielle oppkjøpere av selskapets aksjer. Tilsvarende ser man på såkalte break fee-klausuler. "En break fee-klausul kan defineres som en forpliktelse for målselskapet til å betale en nærmere angitt sum til budgiver dersom en

⁸³ Berge (2011) s. 23

⁸⁴ Aarbakke m.fl. (2012) s. 191

selskapsovertakelse av en eller flere nærmere angitt(e) årsak(er) viser seg å ikke [kunne] gjennomføres som avtalt."⁸⁵ En kan imidlertid stille spørsmål til hvor mye slike avtaler kommer selskapet til gode. I utgangspunktet må det være likegyldig for selskapet og dets drift hvem som eier det, eller hvor høy pris som avtales ved salget, så lenge virksomheten kan fortsette som før. Men som vi skal se på nedenfor så kan slike avtaler inneholde en mer omfattende rådgivning som også vil være i selskapets interesse.

Dersom det er selskapet som skal dekke omkostningene ved slike avtaler kan det være tvil om slike avtaler skal anses som en selskapsrettslig forretningsavtale, eller som en utdeling av utbytte til aksjonærene som nyter godt av salget. En prinsipiell viktig avgjørelse innenfor dette temaet har vi i Rt. 2000 s. 2033 som gir visse retningslinjer for hvordan slike tilfeller skal løses.

3.2.6.1 BRUK AV FINANSIELL RÅDGIVER - Rt. 2000 s. 2033

Saken gjelder krav på honorar for finansiell rådgivning til et aksjeselskap som endte med at selskapets aksjer ble solgt til en ny eier. I forbindelse med at økonomien i selskapet Santech Micro Group AS (i det følgende omtalt som Santech) hadde en negativ utvikling bestemte selskapet seg for å engasjere en finansiell rådgiver til å bistå selskapet i forbindelse med gjennomføring av de strategiske vurderinger og veivalg selskapets ledelse, styre og aksjonærer stod overfor. Sundal Collier & Co AS (i det følgende omtalt som Sundal Collier) tok på seg oppdraget noe som førte til at CHS Electronics Inc. tok kontakt med Santech og ble enige om overtagelse av samtlige aksjer i selskapet. Da regningen etter rådgivningsavtalen kom til Santech, nektet selskapet under den nye ledelsen å betale regningen. Den nye ledelsen i Santech, som senere har skiftet navn til CHS Electronics AS mente at honorarkravet måtte anses som utbytte i relasjon til aksjeloven 1976 § 12-4 første ledd annet punktum, jfr. også den tilsvarende bestemmelsen i aksjeloven av 1997 § 3-6 annet ledd, og at kravet dermed bare kunne belastes selskapet dersom det hadde grunnlag i et utbyttevedtak truffet av generalforsamlingen etter reglene i aksjeloven av 1976 § 12-6, noe som ikke var tilfelle her.⁸⁶

⁸⁵ Dramstad (2011) s. 156 med videre henvisninger til; Tarbert, Heath Price, *Merger Breakup Fees: A Critical Challenge To Anglo-American Corporate Law*. 34 Law and Policy in International Business 2003 s. 628. Definisjonen svarer også til den engelske City Code on Takeovers and Mergers, kommentaren til rule 21.2

⁸⁶ Reglene i aksjeloven av 1976 § 12-6 tilsvarer dagens formelle regler for utbytte som jeg har omtalt tidligere under vilkår for utdeling.

Problemstillingen for Høyesterett var altså om utbytteregele i aksjeloven av 1976 § 12-4 flg. kom til anvendelse på rådgivningshonoraret. Spørsmålet var dermed om selskapet kunne utbetale rådgivningshonoraret uten at det ville bli ansett som en "overføring som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode", jfr. Rt. 2000 s. 2033 (2038).

Som Høyesterett påpeker på s. 2038 og som jeg også har vært innom tidligere, så må det anses på det rene at bestemmelsen (§ 3-6 annet ledd) kan omfatte også dekning av utgifter som påhviler aksjeeierne.⁸⁷ Hva som skal til for at et rådgivningshonorar anses som utbytte, gis det imidlertid ingen vesentlig veiledning til, hverken i lovteksten, lovforarbeider eller juridisk teori, noe som muligens skyldes at det tidligere ikke har vært særlig aktuelt. Det må imidlertid kunne legges til grunn at det hele må bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.^{88 89}

En aktuell rettskilde som kan være til hjelp ved vurderingen er bransjepraksis. Sundal Collier påberopte seg en entydig bransjepraksis som skulle vise at rådgivningshonorarer i situasjoner som den aktuelle saken ikke har vært sett som utdeling av utbytte tidligere. CHS Electronics benekter heller ikke at det finnes en bransjepraksis, men sår tvil over dens rettskildemessige verdi opp mot den preseptoriske aksjelovgivningens ettersom det ikke er analysert hva slags tilfeller denne praksis nærmere gjelder. Høyesterett påpeker imidlertid at bransjepraksis ikke nødvendigvis har det samme siktemål som aksjelovens regler når det gjelder å verne om aksjekapitalen. Førstvoterende vil derfor ikke tillegge bransjepraksis stor vekt i dette tilfellet, men utelukker ikke at det vil ha en viss vekt. Nå som kravet til aksjekapital ved etablering av aksjeselskap nylig har blitt senket til NOK 30 000, jfr. § 3-1 vil det være enda viktigere å se hen til formålene bak aksjelovens regler for nettopp å verne om aksjekapitalen.

Videre har Sundal Collier trukket frem reelle hensyn, eller rimelighetshensyn til støtte for at finansiell rådgivning til aksjeselskaper, som ender med oppkjøp av deler av aksjene eller hele selskapet, ikke skal omfattes av utdelingsbegrepet. Når en avtale om finansiell rådgivning fører til en fusjon mellom to selskaper, så er det enighet om at honoraret ville vært en selskapsforpliktelse.⁹⁰ Ofte er det også helt tilfeldig om bruk av rådgivning ender med et

⁸⁷ Aarbakke m.fl. (2000) s. 167 og Andenæs (1998) s. 334, henvist til i Rt. 2000 s. 2033 (2038)

⁸⁸ Rt. 2000 s. 2033 (2038)

⁸⁹ Berge (2011) s. 19

⁹⁰ Rt. 2000 s. 2033 (2036)

oppkjøp eller en fusjon, slik at likhetshensyn taler derfor for at både oppkjøp og fusjon skal behandles likt. På samme måte kan vi sammenligne honorar til finansiell rådgivning og honorar til advokater og revisorer. Honorar til advokater og revisorer i selskapets interesse er det vanlig at selskapet dekker selv om også dette er tjenester som også kommer aksjeeierne til gode, så hvorfor skal det være annerledes dersom det er snakk om finansiell rådgivning som fører til oppkjøp? Rimelighetshensyn taler i dette tilfellet også for at slike kostnader skal tilordnes selskapet og ikke omfattes av utdelingsbegrepet. Det ville virke uhensiktsmessig om et selskap med økonomiske problemer ikke for egen regning kan engasjere en finansiell rådgiver.⁹¹

Etter en avveining av de nevnte forhold kom imidlertid Høyesterett frem til at det avgjørende måtte være en konkret vurdering og sammenligning av selskapets og aksjeeiernes interesser i forbindelse med formålet ved bruk av finansiell rådgiver. Høyesterett uttaler på side 2039;

"jeg antar at utbyttesympunktet må forbeholdes tilfeller **der rådgivningen må sees som en klar særfordel for de selgende aksjeeierne**. I slike tilfeller fremgår det antakelig også overfor rådgiveren at det er disse aksjeeierne som reelt er oppdragsgivere, slik at hensynet til rådgiveren ikke kommer inn med vesentlig styrke."
(min uthevning)

3.2.6.2 "KLAR SÆRFORDEL" OG SONDRINGEN MELLOM AKSJONÆRINTERESSER OG SELSKAPSINTERESSER

Spørsmålet er da hva som ligger i "klar særfordel" for de selgende aksjeeierne. Teori og praksis gir lite om terskelen for hva som anses som en "klar særfordel", men Gjems-Onstad antyder at kravet om "klar særfordel" innsnevrer det selskapsrettslige utbyttebegrep i forhold til det skatterettslige, der det i følge forfatteren legges til grunn et "hovedsakelighetskriterium".⁹² Ofte er det langt på vei sammenfall mellom selskapets og aksjeeiernes interesser, slik at disposisjonene selskapet pådrar seg gagnar begge parter. For at det skal foreligge en "klar særfordel" må det derimot være klart at aksjeeiernes interesser er vesentlig mer tilgodesett enn selskapets interesser, og at det er en slik stor ujevnhet mellom dem at det fremstår som klart for rådgiveren at det er aksjeeierne som reelt sett er

⁹¹ Rt. 2000 s. 2033 (2038)

⁹² Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett 6. utgave 2003 s. 519-520, henvist til i Andenæs (2006) s. 439.

oppdragsgivere. Det er i denne sammenheng "neppe noe grunnlag for å operere med en snever forståelse av begrepet "selskapsinteressene"". ⁹³

Det må være klart at rådgivning som kun vedrører enkelte aksjeeieres egne forhold som f.eks. beregning av skattepliktig gevinst, formuesskattekonsekvenser, arveavgift osv, er egnet til å innebære en "klar særfordel" for de aktuelle aksjeeierne. Videre vil rådgivningsbistand kun med formål om prisforhandling med sikte på et salg av aksjer kunne anses å gi aksjeeierne en "klar særfordel". På den annen side har vi bl.a. rådgivning med vurdering om hvordan selskapets eiendom best kan utnyttes, vurdering av selskapets utvikling i form av oppkjøp, fusjon eller salg og vurdering av kapital- og finansieringsbehov ved sammenslåing osv. som hovedsakelig vil være i selskapets interesse selv om også aksjeeierne vil nyte godt av denne typen rådgivning. I disse tilfellene er det imidlertid som regel ikke tale om en "klar særfordel" for aksjeeierne, og utbetalingen vil følgelig ikke anses som en utdeling etter § 3-6.

Når et selskaps aksjonærer skal selge sine aksjer i forbindelse med overtakelse av selskapet er det klart at de fleste har en interesse av å få så stor gevinst som mulig tilbake for sin investering i selskapet. Mange er kanskje i ferd med å ta fatt på pensjonisttilværelsen og bryr seg lite om selskapets fremtid så lenge de får en god gevinst av salget. På den annen side er selskapsinteressen mye mer omfattende. Ikke bare skal selskapet beskytte sin kapital av hensyn til kreditorene, men også hensynet til selskapets ansatte og ledelse må tillegges vekt. En avtale om rådgivning som medfører at selskapet kan drive videre med økonomisk gevinst som følge av oppkjøpet eller kapitaltilførsel vil sikre at kreditorene får dekning for sine fordringer samtidig som de ansattes arbeidsplasser blir reddet og selskapet kan utbetale lønn. ⁹⁴

I Rt. 2000 s. 2033 var det på det rene at salget av aksjene til en relativt høy pris var å anse som gunstig for de gamle aksjeeierne, men samtidig så var det antakelig nødvendig for at kjøperselskapet kunne få overta så mange aksjer som mulig. Høyesterett la imidlertid til grunn at "[d]et sentrale formålet var det mer langsiktige å videreføre selskapsinteressen", og det forelå derfor ikke holdepunkter for en klar særfordel for de selgende aksjeeierne.

⁹³ Berge (2011) s. 20

⁹⁴ Dramstad (2011) s. 184

Til sammenligning kan vi se på tilfellene ved bruk av break fee-klausuler. Som nevnt må selskapet ved break fee-klausuler betale en nærmere avtalt sum til budgiver dersom selskapsavtalen ikke gjennomføres som avtalt. Slike avtaler inngås ofte for å tiltrekke seg flere bud på selskapet og det kan også øke sannsynligheten for at et tilbud realiseres i en overtakelse.⁹⁵ "Dersom det imidlertid kommer inn et konkurrerende bud, som foretrekkes av aksjonærene, vil break fee komme til utbetaling, samtidig som aksjonærene (presumptivt) oppnår en høyere pris for aksjene."⁹⁶ Dette vil tilsynelatende kun være i aksjonærenes interesse, ettersom de får en høyere pris for sine aksjer, mens selskapet må betale kostnaden for det. Dette kan imidlertid være avhengig av hvordan selskapets situasjon er på tidspunktet for salget. Dersom selskapet ikke går så godt, kan det være en fordel også for selskapet å få i land et eierskifte da dette kan føre til en ny strategi i virksomheten og muligens tilførsel av frisk kapital. For at det skal bli en realitet, må aksjeeierne få et tilbud de er fornøyd med, og det kan derfor være nødvendig med en break fee-klausul. Samtidig kan tilbud fra andre budgivere være gunstig for selskapets drift i fremtiden, da valg av nye eiere kan ha stor betydning for at selskapsinteressene skal ivaretas på best mulig måte. Slik sett kan utgifter til både break fee og en finansiell rådgiver være egnet til å gagne både selskapets og aksjonærenes interesser uten at det hele vil anses som en "klar særfordel" for aksjeeierne.

Høyesterett uttalte imidlertid i dommen at "det kan forekomme situasjoner, for eksempel i familieselskaper, der det vil være riktig å la utbyttebegrepet (...) omfatte honorar for finansiell rådgivning til et aksjeselskap som fører frem til salg av aksjene." "Har selskapet én aksjeeier, kan ikke selskapet dekke direkte kostnader aksjeeieren pådrar seg som en følge av salget uten å følge utbyttereglene, for eksempel kostnader knyttet til å forhandle frem en aksjesalgavtale."⁹⁷ I aksjeselskaper med få eiere, som f.eks. familieselskaper, er det ofte enklere å sammenligne de ulike interessene til selskapet og aksjeeieren. Selskapets interesser vil i slike tilfeller så og si alltid være i samsvar med aksjeeierens interesser, men i situasjoner hvor det går litt dårlig med selskapet økonomisk sett, og aksjonæren ønsker å selge sine aksjer for på en måte å redde seg selv, så er det lettere å se disposisjonen som en klar særfordel for aksjeeieren og anse utdelingen som et utbytte.

⁹⁵ Dramstad (2011) s. 185

⁹⁶ Dramstad (2011) s. 185

⁹⁷ Berge (2011) s. 20

På den annen side, så oppstår det også situasjoner i slike små selskaper, hvor selskapet må kunne pådra seg noen kostnader som er foranlediget av salget, f.eks. kostnader knyttet til såkalt due diligence og kostnader til presentasjon av selskapet for potensielle kjøpere osv. Dette er kostnader som vanligvis bekostes av selskapet selv, og som i slike situasjoner må kunne påkostes, jfr. tidligere nevnt om rimelighetshensyn i Sundal Collier dommen.

Som vi ser, er det mange forskjellige scenarioer en kan tenke seg ved bruk av finansiell rådgiver eller såkalte break fee-klausuler. Hvordan slike tilfeller skal håndteres, med tanke på hvem som er ansvarlig for regningen, og derav om utbetalingen må anses som utdeling av utbytte, er det imidlertid vanskelig å sette opp noen konkrete retningslinjer for. Høyesterett har i Rt. 2000 s. 2033 satt opp en relativ vag norm om at det må foreligge en "klar særfordel" for de selgende aksjeeierne dersom det skal være tale om utdeling av utbytte, noe som legger opp til en høy terskel. Ved utformingen av denne høye terskelen antyder Høyesterett at det skal svært mye til før man ser på slike disposisjoner som en utdeling i aksjelovens forstand og gir dermed selskapene en vid skjønnsmargin. Det kan derfor se ut som Høyesterett ønsker å være litt tilbakeholden med å overprøve det forretningsmessige hensiktsmessighetskjønnet til selskapene i slike tilfeller på bakgrunn av en såkalt "business judgment rule". Selskapets interesser har nevnt stor rekkevidde, og det er selskapets eget styre som har best forutsetning for å avgjøre hvorvidt en slik avtale vil gagne selskapet eller ikke, noe som medfører at "den konkrete grensedragningen må (...) bli skjønnsmessig."⁹⁸

⁹⁸ Berge (2011) s. 20

LITTERATURLISTE

Forkortelse i teksten

Fullstendig henvisning

Juridisk litteratur

- Aarbakke m.fl. (2004) Aarbakke, Magnus m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Aarbakke m.fl. (2012) Aarbakke, Magnus m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave*. 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Andenæs (2006) Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 2. utgave. Oslo: M.H. Andenæs, 2006.
- Andersson (1995) Andersson, Jan. *Om vinstutdelning från aktiebolag - en studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler*. 1. utgave. Uppsala: Iustus Förlag AB, 1995.
- Andersson (2010) Andersson, Jan. *Kapitalskyddet i aktiebolag*. 6. utgave. Stockholm: LitteraturCompagniet AB, 2010.
- Berge (2011) Berge, Stig, Hilde L. Krogh og Anne T. Tjølsen. *Utbytte*. 3. utgave. Oslo: Den norske Revisorforening, 2011.
- Krüger Andersen (1994) Krüger Andersen, Paul. *Aktie- og anpartsselskabsrett*. 4. utgave. København: Munksgaard/Rosinante, 1994
- Nerep (1994) Nerep, Erik. *Aktiebolagsrättsliga studier: särskilt om kapitalskyddet*. 3. utgave. Stockholm: Juristförlaget, 1994.
- Woxholth (2012) Woxholth, Geir. *Selskapsrett*. 4. utgave. Oslo: Gyldendal akademisk, 2012.
- Zimmer (2010) Zimmer, Frederik, i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. *Bedrift, selskap og skatt - Skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*. 5. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.

Artikler

- Dramstad (2011) Dramstad, Remi Christoffer. *M&A Break fee-klausuler i et norsk perspektiv*. I: Tidsskrift for forretningsjus (TfF). nr. 3 (2011) s. 155 flg.
- Perland (2004) Perland, Olav Fr. *Kapitalbeskyttelse for enhver pris? I*: Tidsskrift for forretningsjus (TfF). nr. 4 (2004) s.526 flg.
- Reiersen (2008) Reiersen, Hedvig Bugge. *Selskapsrett*. I: Nytt i privatretten. Årg. 10 (2008) s. 15-19.

Lovgivning

LOV-1976-06-04-59 Aksjeloven 1976 (opphevet)

LOV-1984-06-08-59 Dekningsloven

LOV-1997-06-13-44 Aksjeloven

LOV-1997-06-13-45 Allmennaksjeloven

LOV-1998-07-17-56 Regnskapsloven

LOV-1999-03-26-14 Skatteloven

LOV 2005 nr. 551 Den svenske aktiebolagslagen

Rdir. 77/91/EØF art. 11 Direktiv 13. desember 1976 Det annet selskapsrettsdirektiv 77/91/EØF (Kapitaldirektivet)

Rettspraksis

Rt. 1928 s. 540

Rt. 1939 s. 699

Rt. 1989 s. 545

Rt. 1990 s. 1203

RG 1992 s. 707

Rt. 1993 s. 1518

Rt. 1995 s. 1026

Rt. 1996 s.1463

Rt. 1998 s. 946

Rt. 2000 s. 2033

Rt. 2002 s. 56

Rt. 2008 s. 385

Rt. 2011 s. 257

Forarbeider/etterarbeider

Innst. (1970)

Ot.prp. nr. 19 (1974-1975)

NOU 1992:29

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994)

NOU 1996:3

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)

Ot.prp. nr. 65 (1998–1999)

Innst. 347 L (2012/2013) 23.mai 2013

Prop. 111 L (2012/2013) 5.april 2013

Nettdokument

Keiserud (2011) Keiserud, Thomas. *Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper*. Oslo, 2011. www.konkursradet.no/Aksjeselskap/Rettsvirkningene-av-ulovlig-utdeling-fra-aksjeselskaper-71/ [Sitert 22.mai 2013]