



Tittel

Maskert Utbytte

av Tone Merethe Viklem Olsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Høsten 2007

Innholdsfortegnelse

1. Innledning

1.1 Om selskapsreformen og kapitalbeskyttelse

1.2 Rettskildebildet

1.2.1 Aksjelovsrevisjonen

1.2.2 Skattelovgivningen

1.2.3 Nordisk lovgiving og litteratur

1.2.4 EU-retten

1.3 Fremstilling

2.Hensyn bak utbyttreglene

2.1 Kreditorerne og tredjemannsrettigheter

2.2 Aksjonærene og likhetsprinsippet

2.3 Hensyn til omsetning

3. Utdeling

4. Når foreligger et maskert utbytte?

4.1 Objektive og subjektive kriterier

4.2 Verdioverføring

4.2.1 Når utgjør misforholdet en verdioverføring?

4.2.2 Hvordan fastsetter man ytelsens verdi?

4.2.3 Tidspunkt for verdifastsettelsen

4.3 Utbetalt på aksjen

5. Krav om subjektiv skyld hos partene?

6. Mottaker som ikke er aksjeeier

7. Faktiske momenter av betydning for verdivurderingen ved maskert utbytte

7.1 Aksjepostens størrelse

7.2 Ukurant marked

7.3 Hvilken type verdi som overføres

7.4 Verdidifferansens størrelse

8. Typiske tilfeller av maskert utbytte

8.1 Gavesalg eller kjøp til overpris

8.2 Lån og kreditt

8.3 Tredjemannspant og sikkerhet

8.4 Lønn eller godtgjørelse til styremedlem

8.5 Rådgivningshonorar

8.6 Tilbakekjøpsrett

8.7 Andre ”frynsegoder”

8.8 Konsernbidrag

9. Virkningen av et maskert utbytte

9.1 Straffeansvar og annet ansvar ved maskert utbytte

10. Krav om tap for selskapet

11. Bevisbyrden for at det foreligger et maskert utbytte

12. Rettspolitisk vurdering

1. Innledning:

Maskert utbytte er et meget aktuelt tema. Det har imidlertid vært relativt lite belyst i norsk juridisk teori. Det har heller ikke vært reist mange selskapsrettslige saker på dette.

Et maskert utbytte er i realiteten en utdeling til aksjonærene fra selskapets kapital. En utdeling fra selskapskapitalen skal skje i samsvar med de alternativene som aksjelovgivningen stiller opp. Reglene for utdeling er preseptoriske. Dersom det har skjedd et maskert utbytte vil ikke noen av disse preseptoriske reglene være fulgt. Dette representerer også en omgåelse av de hensynene som ligger til grunn for kapitalbeskyttelse i selskap med begrenset ansvar.

Utdelinger som vil være maskerte utbytter kan for eksempel være avtaler om kjøp av selskapets eiendel til underpris, eventuelt avtale om kjøp av aksjeeieres eiendel til overpris. Det kan også være låneavtaler som for eksempel har for lave eller ingen renter. Formålet med å inngå avtaler som innebærer maskert utbytte kan være så mangt. Som eksempel kan nevnes det som synes å være hovedårsaken, nemlig det å unngå utbyttebeskatning på fordelene. Det kan også bare være anledningen til å erverve en slik fordel på grunn av den gunstige avtalen.

Bakgrunnen trenger selvsagt ikke å være en bevisst omgåelse. I enmannsselskaper vil for eksempel økonomien fremstå som lett blandet mellom privat og bedrift. Avtalen trenger ikke være tiltenkt å utgjøre et maskert utbytte men et resultat av uvitenhet eller ren ubetenksomhet.

Det kan synes som om enhver gunstig avtale mellom selskap og aksjonær vil utgjøre et maskert utbytte. I samvirkeforetaksloven er nettopp formålet med foretaket å kunne oppnå slike gunstige avtaler og på denne måten ivareta sine interesser. I aksjeselskap eller allmennaksjeselskap vil derimot slike avtaler være å anse som kreditorskadelig og må i så fall følge reglene for utdeling av utbytte.¹

¹ Ot.prp.nr 29 (2006-2007) s 47.

Avtalen som er inngått mellom selskapet og aksjonæren, vil være en avtale med gunstigere vilkår enn det som ville vært mulig å oppnå med en part ”at arm’s length”.

Den rådende definisjonen på et maskert utbytte synes å være ”en rettshandling som formelt sett er en gjensidig bebyrdende avtale, mens den reelt sett innebærer en verdioverføring til aksjeeier”.²

Reglene om utdeling er imidlertid ikke ment å ramme overføringer som er vederlag for en tjeneste utført av en aksjonær som avtalemotpart. Likevel kan vederlaget være så urealistisk at det vil fremstå som et maskert utbytte.³

Risikoen med det maskerte utbytte er i første omgang faren for uthuling av selskapskapitalen til fordel for de kreditorinteresser som er i selskapet. Maskerte utbytter kan også føre til en forfordeling av enkelte aksjonærer og dermed en fare for utsultning av aksjonærer.

1.1 Om selskapsformen og kapitalbeskyttelse

Ved stiftelsen av et selskap med begrenset ansvar slik som et AS eller ASA skal det innbetales en aksjekapital som vil være aksjeeiernes investering i selskapet. Det er også denne kapitalen som i utgangspunktet vil være deres risiko i selskapet.

Et av formålene med å investere kapital i et selskap er som oftest muligheten for å oppnå en økonomisk gevinst.⁴ For eierne i et aksjeselskap vil dette i første omgang være retten til å ta ut utbytte fra selskapets årsoverskudd.

I og med at det finnes en mulighet til å overføre verdier fra selskapet til aksjonær, vekkes også behovet for å beskytte og sikre selskapets kapital for å unngå at kapitalen tappes ved slike ensidige disposisjoner.

² Aarbakke/Skåre/Knudsen/Ofstad/Aarbakke, Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, 2. utg, Oslo 2004, side 191.

³ NOU 1996:3 s 102 jf. Innstilling om lov om aksjeselskaper s 170.

⁴ Tore Bråthen, Selskapsrett, Oslo 2002 s 36.

Kapitalbeskyttelse er hovedformålet som har motivert til de preseptoriske reglene i aksjelovgivningen om adgangen til å foreta utbytte. Poenget må være at aksjeeierne, med det begrensede ansvaret, ikke har rett til å ta ut ubegrensede verdier fra selskapet til egen fordel, for eksempel ved maskert utbytte.

1.2 Rettskildebildet

Maskert utbytte er ikke spesifikt nevnt i lovteksten i aksjelovgivningen.

Likevel er det slik at for utdelinger som skjer fra selskapet uten at et av de andre regelsettene er fulgt, må lovligheten prøves ut fra reglene om utbytte.⁵

Domstolenes praksis er variert og for det meste konsentrert om skatterettslige spørsmål om maskert utbytte.

Det finnes en del svenske domsavgjørelser om temaet, men ingen av disse synes å oppstille noen generell regel. Avgjørelsene er tatt på bakgrunn av det enkelte konkrete tilfellet og vurdert ut fra hver enkelt situasjon hvorvidt det foreligger et maskert utbytte.⁶

Det er heller ikke i norsk rettspraksis blitt dannet et bilde på en generell regel for det rettslige forholdet rundt maskerte utbytter. Likevel har jeg forsøkt i denne fremstillingen å hente ut de vurderinger som kan være til bidrag for senere saker.

1.2.1 Aksjelovsrevisjonen

I 1997 ble den nye aksjelovgivningen vedtatt. Revisjonen skjedde på bakgrunn av en tilpasning til EØS-avtalen.

⁵ Aarbakke mfl. på side 191, Stig Berge, Hilde L. Krogh og Anne Taran Tjølsen, Utbytte, 2. utgave mars 2007, side 16.

⁶ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, femte opplagan, Stockholm 2005.

Aksjelovgivning ble todelt for hver av selskapsformene for å tilpasse selskapene lettere. Delingen gikk blant annet ut på tilrettelegging i forhold til omsetningshastighet av aksjene hos de ulike selskapsformene.

Revisjonen har imidlertid ikke medført annet enn terminologiske endringer når det gjelder utbytteregelele slik at også forarbeider og rettspraksis til aksjeloven av 1976 vil være relevant for temaet ”maskert utbytte”.⁷

Forholdet til gyldighetsregelen i asl/asal § 3-8 er usikker. I følge Aarbakke mfl kan utbytteregelele anvendes parallelt med § 3-8.⁸ Forarbeidene synes å gi rom for å anvende asl/asal § 3-8 på avtaler som innebærer et maskert utbytte.⁹ Likevel vil forholdet være meget komplisert og det kan antas å være mest nærliggende å bedømme slike disposisjoner etter utbytteregelele.

Gyldighetsregelen er i alle fall uansett interessant da man kan si at denne vil sette fokus på avtaler som kan sies å være nærliggende de som inneholder maskerte utbytter. Likevel, dersom formålet med avtalen er å skjule en utdeling vil man nok også måtte forvente en omgåelse av gyldighetsregelen.

1.2.2 Skattelovgivningen

Også skattelovgivingen har regler om utbytte, herunder utbyttebeskatning.

Hvorvidt disse reglene kan være et bidrag til løsningen av selskapsrettslige spørsmål, må bero på en vurdering av om formålet med skatteregelen egner seg til å ivareta de samme hensynene som aksjelovgivningens søker å fremme.

De fleste avgjørelser av Høyesterett om maskert utbytte er saker om utbyttebeskatning på disposisjoner som likningsmyndigheten påstår i realiteten er et utbytte, herunder maskert utbytte. Beskatningen har et fiskalt formål og er ikke bygget på hensyn som ivaretar selskapets interesser. Likevel vil reglene kunne

⁷ NOU 1996:3 s 102.

⁸ Aarbakke mfl. s 203.

⁹ Ot.prp.nr.55 side 45.

være egnet til å avdekke maskerte utbytter. Nettopp av denne grunn vil det kunne være stor selskapsrettslig interesse også i dommene om skatt.

Skatteloven benytter imidlertid et noe videre begrep om hva som anses for utbytte. Av skatteloven § 10-11 annet ledd fremgår det at enhver vederlagsfri overføring til aksjonær er å anse som skatterettslig utbytte. Den omfavner dermed også disposisjoner som for eksempel gaver. Gave disposisjoner er ikke å regne som et aksjerettslig utbytte, men er regulert særskilt i asl/asal § 8-6.

Et utbytte vil anses som skattepliktig uavhengig av om det er ulovlig eller lovlig utdelt. Imidlertid er fritaksbestemmelsen for selskapsaksjonærer og fradragsbestemmelsen for personlige aksjonærer begrenset til kun lovlig utdelte utbytter.¹⁰ For ulovlig utdelte utbytter vil dermed verdien måtte beskattes fullt ut.

1.2.3 Nordisk lovgivning og litteratur

Det har vært lagt vekt på å få til en nordisk enhet i innstillingen til den nye aksjeloven.¹¹ Det kan derfor legges til grunn at også de nordiske rettskilder er av betydning for fremstillingen av norsk rett på temaets område. Jan Andersson har blant annet skrevet en god del om maskert utbytte i svensk rett.

I 2005 ble det vedtatt en ny aksjelov for Sverige. Denne skulle avløse den gamle loven av 1975. I den nye loven er det blant annet satt mer fokus på rettsforholdet rundt det maskerte utbyttet. Aktiebolagslagen (ABL) 17:1 1 st 4p definerer det maskerte utbyttet som ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”. Tidligere var rettsforholdet regulert ved en analog tolkning av ÄABL 12:2 og likhetsprinsippet ved utdeling til aksjonærene.¹²

¹⁰ Stig Berge mfl. side 190 og 191.

¹¹ NOU 1996:3, ny aksjelov s 84.

¹² Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag side 44 og Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, Uppsala 1995 side 388.

1.2.4 EU-retten

Det finnes ingen regler innenfor EU-retten som direkte omhandler det maskerte utbyttet.¹³

De reglene som man kan eventuelt utlede av EU-retten, vil være reglene som er til beskyttelse av kapitalen og til beskyttelse av forfordeling av aksjonærer.

De norske selskapsrettslige regler er ved aksjelovsrevisjonen endret i samsvar med EU-retten. Dette er i samsvar med de krav som er pålagt den norske stat ved inngåelse av EØS-avtalen.

Direktivene kjennetegnes ved at det er dets mål som er bindende for medlemsstatene, mens midlet for å nå dette målet er fritt for medlemsstatene å bestemme.¹⁴

1.3 Fremstilling

I denne fremstillingen av det maskerte utbyttet skal jeg i første omgang si noe om hva et maskert utbytte er. Videre skal jeg forsøke å sette opp grensene for hvilke disposisjoner som vil være et maskert utbytte og hvilke som må anses for en forretningsmessig gjensidig avtale.

De skatterettslige reglene vil bli tatt med i den grad det vil være til bidrag for belysning av det selskapsrettslige maskerte utbytte.

Likt vil det også være i forhold til de regnskapsrettslige regler som vil bli belyst i den grad det vil bidra i undersøkelsen av når det maskerte utbyttet foreligger.

Utbyttereguleringene vil også bare komme inn i oppgaven som en innledning til forståelse av det maskerte utbyttet.

¹³ Erik Werlauff, EU-selskapsret 3.utgave 2002. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Danmark på side 277.

¹⁴ Tore Bråthen, Selskapsrett, side 32.

2. Hensyn bak utbyttereglene

Hensynene bak aksjelovgivningen er til tider motstridende og svært vanskelig å forene. Spesielt vil dette komme frem ved ensidige disposisjoner fra selskapet.

En ensidig disposisjon er en rettshandling som isolert sett kun vil begunstige mottaker. Reglene om utdeling må i slike tilfeller balanseres på en slik måte at partenes hensyn til en viss grad blir ivaretatt.

Et eksempel kan være krav om bunden egenkapital som vil ivareta kreditor ved utbytteutdelingen.

I tillegg vil det også være samfunnsmessig gagn i at selskapene driver med overskudd slik at man for eksempel kan få tilført kapital inn til landet fra investorer.

2.1 Kreditorne og tredjemannsrettigheter

Finansiering er for de fleste selskaper en svært viktig del i det å drive bedriften. Det er derfor også viktig å drive selskapet på en slik tilfredsstillende måte at kreditorer vil tørre å ta risikoen med å investere sine penger her.

I aksje- og allmennaksjeselskap er ansvaret begrenset til den kapital som er skutt inn i selskapet. Kreditorne vil altså kun ha sikkerhet for sine krav i de verdier som finnes i selskapet. For kreditorne vil det derfor være en fordel dersom minst mulig tas ut av selskapet uten at verdier også føres inn, slik som ved utbytte.

Et maskert utbytte vil medføre at kapitalen svekkes uten at dette er kontrollert under de strenge reglene for utdeling.

2.2 Aksjonærene og likhetsprinsippet

Selv om det er aksjonærene som vil begunstiges ved en åpen utdeling, vil det også være av hensyn til dem at selskapet skal drives med overskudd slik at kapitalen

bevares. Dersom selskapet går konkurs vil den innskutte kapitalen være tapt for aksjonærene. For øvrig vil det kun være adgang til å utdele utbytte når bedriften har overskudd, jf. asl/asal § 8-1(1).

Når det gjelder utbyttet er det også viktig å ivareta de små aksjonærene i selskapet. Dette for å unngå spekulering og såkalt utsulting av aksjonærer med liten eierandel. Dette kan typisk skje dersom det ikke utbetales åpent utbytte slik at aksjonærene har gevinst på sin investering. Maskerte utbytter vil enkelt tilrettelegge for dette. Det maskerte utbyttet tar ikke hensyn til likhetsprinsippet, men følger den tilsynelatende ”gjensidigbebyrdende disposisjonen”.

Utbyttet skal derfor normalt utbetales likt på aksjene, det vil si at det skal fordeles forholdsmessig etter antall aksjer per eier.

Maskerte utbytter vil kunne representere en stor fare for utsultning av minoriteten i selskapet og dermed en omgåelse av likhetsprinsippet.

2.3 Hensyn til omsetning

Det er imidlertid viktig at handlefriheten blir så liten at dette legger en demper på omsetningsmulighetene i selskapet.

Dersom grensene for selskapets disposisjoner blir for snevre vil dette gjøre selskapene lite attraktive for investorer.

Aksjonærer bør på lik måte med andre utenforstående kunne ha muligheten til å inngå avtaler med selskapet.¹⁵ Men dette må selvsagt skje innenfor de rammer som gyldighetsregelen i asl/asal § 3-8 oppstiller.

Det har vært meget sentralt hensyn i arbeidet med sammensetningen av den nye aksjelovgivningen å både beskytte kapitalen, men samtidig balansere reglene slik at de avveier de forskjellige hensyn mellom de ulike interessene i selskapet.¹⁶

¹⁵ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, side 29 og side 42.

Man kan si at hensyn til omsetning vil opptre som motpolen til tredjemanns beskyttelse. Hensynet skal ivareta de avtaler som inngås med et selskap slik at man kan stole på gyldigheten av avtalen til tross for at den kanskje ikke er gunstig for selskapet.

3 Utdeling

Utdeling fra selskapet er definert i aksjeloven som enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode, se asl/asal § 3-6(2). Slik utdeling fra et selskap kan bare skje etter reglesettene som er opplistet i asl/asal § 3-6. Utdeling kan blant annet herunder skje etter reglene om utbytte.

Utbytte skal utbetales etter vedtak av generalforsamlingen asl/asal § 8-2. Disse reglene er utformet med tanke på å ivareta hensynene som nevnt ovenfor. En utdeling på aksjene er ikke en disposisjon som virksomheten i seg selv er tjent med, men derimot de som mottar utbyttet. Dette er en av årsakene til de strenge reglene om hvordan og når en utdeling kan skje.

Utbyttebegrepet i aksjelovgivningen er materielt. Dette innebærer at det er innholdet i disposisjonen som får betydning for hvordan den skal klassifiseres. Hvorvidt avtalepartene kaller utdeling for en avtale eller en utdeling, vil ikke ha noen betydning i forhold til utbyttebegrensningen. Dersom det viser seg at avtalen reelt sett er en verdioverføring, vil avtalen innebære et maskert utbytte hvis ingen av reglene er forsøkt fulgt.

4. Når foreligger et maskert utbytte?

Spørsmålet vil her først å fremst være hvor grensene går i forhold til når en disposisjon er å anse som et maskert utbytte og når den må anses som en kommersiell avtale.

¹⁶ Ot.prp.nr. 23(1996-1997) side 14 flg.

Det åpne utbyttet vedtaes på generalforsamlingen, mens det maskerte utbyttet vil fremstå som en gjensidig bebyrdende avtale som vil tilligge typisk styret med den daglige ledelse å inngå.

For at det skal være tale om en verdioverføring på avtalen må den ikke være gjensidig bebyrdende. Det må altså være et misforhold mellom de ytelsene som er prestert av de involverte partene, her selskapet og mottakeren.

Aksjeloven 1976 § 12-4 stilte i tillegg et krav om at utbetalingen måtte være skjedd på aksjene. Med dette menes at det skal være snakk om en disposisjon som har en så nær sammenheng med aksjebesittelsen hos medkontrahenten at det vil være naturlig å se disposisjonen som et ledd i aksjebesittelsen. Ordlyden er ikke videreført i den nye loven, men dette må også i dag antas å gjelde. Poenget med dette vilkåret er nettopp å skille ut de avtaler som har rent kommersielle formål, hvor aksjonæren opptrer som medkontrahent.¹⁷ Slike disposisjoner har ikke vært ment å ramme av utdelingsbestemmelsene.

Det vil altså oppstå to spørsmål som må avgjøres for å slå fast om det foreligger et maskert utbytte.

For det første må det vurderes om det foreligger et slikt misforhold mellom ytelsene som presteres at avtalen reelt sett innebærer en verdioverføring.

På denne måten finner vi svaret på om det har skjedd en utdeling. Dersom avtalen inneholder en utdeling og ikke har fulgt noen av reglene må den anses å innebære et maskert utbytte.

For det andre vil det dukke opp et spørsmål om avtalen er ett ledd i en disposisjon som foretas på grunn av aksjonærens posisjon som investor i selskapet eller hvorvidt det er snakk om en ren forretningsmessig avtale.

¹⁷ Aarbakke mfl. s. 195.

Bakgrunnen for dette vilkåret er at man ikke ønsker å ha slike strenge regler om kapitalbeskyttelse at det vil sette band på selskapene utover det som vil være nødvendig.

Det er ikke noe poeng å slå ned på avtaler som ikke ville fått ett annet innhold til tross for at medkontrahenten var en helt utenforstående person.

Maskert utbytte er nært knyttet opp mot reglene blant annet om gaver og styrets myndighetsmisbruk. Disposisjoner som ikke faller inn under den ene, kan tenkes å falle inn under de øvrige, se Rt 1995 s 1026. I denne avgjørelsen hevdet den ankende part at en avtale som var gjort med selskapet reelt sett innebar et utbytte og dermed skulle fulgt reglene om denne. Høyesterett kom imidlertid frem til at disposisjonene måtte vurderes etter gavebestemmelsen. Bakgrunnen for dette var at det manglet tilstrekkelig nærhet mellom ”aksjebesittelsen og ytelsen”.¹⁸

4.1 Objektive og subjektive kriterier

Hvordan man skal vurdere hvorvidt det foreligger en ensidig disposisjon er ikke regulert i aksjelovgivningen. I asl/asal § 3-6 (2) står det bare at enhver verdioverføring skal anses som utdeling.

Det er imidlertid inntatt i den nye svenske aksjeloven og i tillegg omtalt av Andersson i forbindelse med de svenske utdelingsreglene angående maskert utbytte. Hvilket bidrag dette gir er imidlertid usikkert all den tid den svenske retten går lenger enn den norske hva angår avtaler mellom selskap og aksjonær.

I følge Andersson skal vurderingen hvorvidt det foreligger en ensidig disposisjon, og ikke en kommersiell avtale, være to delt.¹⁹ Først skal man vurdere dette rent objektivt, altså den konkrete verdidifferansen. Deretter skal man i tillegg ta hensyn til subjektive verdier i bedømmingen som for eksempel hvilket formål avtalen skal fylle.

¹⁸ Rt 1995 s 1026 på side 1033.

¹⁹ Andersson, om vinstutdelning från aktiebolag side 394.

Den nye svenske aksjeloven har fulgt opp denne todelingen. I følge 17:1 1 st 4 p ABL, vil en verdioverføring etter denne lov være en ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”.

Hva som skal anses som en ikke ”affärsmässig” disposisjon skal i følge forarbeidene til den svenske aksjeloven avgjøres på grunnlag av flere subjektive elementer. Blant annet disposisjonens karakter, aksjonærens stilling i selskapet.²⁰

Den rent objektive måten å vurdere om det foreligger en verdioverføring vil være hvor man sammenligner verdien av selskapets ytelse mot verdien av ytelsen fra aksjonæren. Dersom verdien av ytelsen fra selskapet er lavere enn aksjonærens, vil det være snakk om et maskert utbytte.

Dersom man skulle benytte seg av den objektive måten å vurdere ytelsene på vil man også risikere at avtaler som i utgangspunktet ikke er ment som en utdeling på aksjene anses å innebære maskert utbytte. Dette vil begrense selskapenes mulighet til å inngå kommersielle avtaler med aksjonærene dersom det er verdiforskjeller på ytelsene. Selv om avtalen rent matematisk ikke er økonomisk optimal er det ikke sikkert at selskapet vil kunne oppnå en bedre avtale med andre parter enn aksjonæren.

I slike tilfeller vil en vektlegging av formålet med avtalen kunne få stor betydning for utfallet av saken. Behovet for å inngå avtaler med aksjonærer vil i stor grad gjøre seg gjeldende i konsern forhold.

Ulempene med å la subjektive momenter spille inn vil være den rettsusikkerhet det alltid vil medføre når det er rom for skjønn i en drøftelse. I forhold til maskerte utbytter, hvor det til enhver tid vil være mange avtaler med utallige varianter av innhold vil det være vanskelig å sette en ramme for hvordan vurderingen skal skje. Til en viss grad bør det godtas at et selskap inngår avtaler som strengt tatt vil

²⁰ SOU 1997:168 side 67.

være gunstig for motparten såfremt det finnes en verdi i det for selskapet også, om enn ikke-økonomisk verdi. En slik verdi for selskapet er ikke alltid mulig å verdsette.

Dette vises for eksempel ved den vanskelige vurderingen som Høyesterett hadde i Rt 2000 s 2033. Spørsmålet var her om kostnaden ved et rådgivningshonorar var en utdeling eller om det var et ledd i en rent forretningsmessig avtale. Saksøkte aksjonærer hevdet her at forretningsvedtaket når det gjaldt rådgivningshonorar talte for at dette var å anse som en regulær forretningsmessig avtale og ikke kunne sees på som en utdeling. Høyesterett uttaler i forhold til dette at bransjepraksis kan få betydning for hva som er å anse som rene forretningsmessige avtaler, men at dette også må prøves mot de preseptoriske reglene i aksjelovgivningen.

Et annet eksempel her kan hentes fra Rt 1995 s 1026. Her var den gunstige avtalen en leieavtale, som gav aksjonæren en økonomisk fordel. Høyesterett uttaler her (side 1034) at det kan være et moment i balansen mellom ytelsene at den gunstige leieavtalen kunne hende var en forutsetning for videre drift av familiebedriften. Denne uttalelsen ble imidlertid gitt i forbindelse med vurderingen om disposisjonen var å anse som en gave. I vurderingen var det snakk om å slå fast om disposisjonen kunne anses som en gjensidigbebyrdende. Dersom det hadde vært en forutsetning for å drive butikken, kunne dette være å anse som en motytelse. Hvorvidt denne motytelsen er tilstrekkelig for at det skal være balanse mellom ytelsene er et annet spørsmål.

Man kan derfor anta at lignende forhold kan få betydning for vurderingen om det er misforhold mellom ytelsene som vil utgjøre et maskert utbytte.

Det at formålet med avtalen skal få betydning i forhold til verdi vurderingen vil helt klart kunne gjøre rettsbilde noe usikkert. Til fordel for dette kan det sies at så lenge man tolker avtalene i forhold til det formål dem er ment å ha kan man til en viss grad akseptere noen avtaler med en heller ugunstig økonomisk effekt.

Aarbakke mfl. ser ut for å mene at vurderingen er rent objektiv slik at dersom det foreligger misforhold er det tale om en verdioverføring.²¹

Likevel vil det ved fastsettelsen av verdiene kunne gis rom for subjektive elementer slik som Andersson nevner. Dette må vurderes konkret i hver enkelt sak og det bør ikke settes begrensinger for dette på et generelt grunnlag. Her vil betydningen av å kunne balanseres hensynene gjøre seg særlig gjeldende.

Man kan lett se hvilke uheldig konsekvenser det vil kunne medføre dersom enhver gunstig avtale for aksjonæren må avskjæres som et maskert utbytte. Slike subjektive kriterier må til dels kunne forankres i vilkåret om at utdelingen må ha skjedd ”på aksjene”. Skillet mellom verdioverføring og forretning vil kunne falle inn under kravet til årsakssammenheng mellom aksjebesittelsen og disposisjonen som er foretatt.

4.2 Verdioverføring

For å vurdere hvorvidt det har skjedd et maskert utbytte, må man finne ut om det er et slikt misforhold mellom ytelsene at det vil utgjøre en ”overføring av verdier”, jf asl/asal § 3-6(2).

Det er nettopp verdioverføringen som vil føre til at disposisjonen er krenkende av øvrige interesser i selskapet. Dersom det ikke foreligger misforhold er det heller ingen grunn til å gripe inn med ugyldighetsbeføyelser.

Hvordan man bedømmer om det har skjedd en verdioverføring er avhengig av flere momenter. Det må blant annet fastsettes hvordan man skal fastsette verdien av en ytelse. Under dette vil det også være relevant til hvilket tidspunkt verdifastsettelsen skal tilligge.

²¹ Aarbakke mfl s 193.

4.2.1 Når utgjør misforholdet en verdioverføring?

Det vil i alle kommersielle sammenhenger være slik at man til tider må betale en sum som kan være over den prisen varen egentlig er verdt, typisk ved budrunder eller lignende press fra markedet.

I slike sammenhenger bør det tas hensyn til om disposisjonen er ledd i en kommersiell avtale og dersom det er tilfellet bør spillerommet bli større i forhold til balansen mellom ytelsene.

Et spørsmål her vil være hvor mye som skal til før man kan anta at det foreligger et misforhold som vil utgjøre en verdioverføring. Dersom man ikke kan si at avtalen innebærer en verdioverføring til fordel for aksjonæren vil det heller ikke være snakk om et maskert utbytte.

I en høyesterettsavgjørelse i Rt 1928 side 540 (skatterett) er det slått fast at først når det er et klart misforhold mellom ytelsene er det tale om en utdeling. Her dreide saken seg om hvorvidt en godtgjørelse for utført tjeneste var en utdeling, hvorpå Høyesterett uttaler på side 540 at i tillegg til partens interesse i firmaet på vesentlig samme måte som deltaker, må godtgjørelsen stå i åpenbart misforhold til arbeidsytelsen.

Lignende i Høyesterettsavgjørelsen i Rt 1939 s 699, ble det lagt vekt på hvorvidt fortjenesten til aksjonæren kunne sies å avvike så sterkt fra det som var normalt at det dermed kan sies å være kommet denne til gode.²² Det ble også her lagt vekt på at bakgrunnen for de prisene som ble satt her, var tanken på forbedring av forretningens stilling og derfor ikke kunne ha til følge noen særfordel for aksjonæren.

Aarbakke mfl mener at man ikke kan vurdere misforholdet like strengt etter aksjelovgivningen som for skatt. Bakgrunnen er at det ikke er samme formål som

²² Rt 1939 s 699, se s 702.

ligger til grunn for de ulike reglene.²³ Skattereglene har som nevnt fiskalt formål og er ikke utformet med tanke på kreditorbeskyttelse etc.

I Rt 1995 s 1026 på side 1032 vurderer Høyesterett misforholdet mellom ytelsene etter hvorvidt det kan konstateres mangel på balanse mellom ytelsene. Dette er helt klart et mye videre og mer forsiktig begrepsbruk enn det som ble benyttet i skattesakene. Hvordan man skal vurdere denne balansegangen må bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Forståelsen i Rt 1995 s 1026 tilsier at det kreves mindre for å fastslå at det er misforhold mellom ytelsene i forhold til aksjeloven sammenlignet med skattelovgivningen.

I dommen ble det lagt vekt på at aksjonæren som var avtalemotpart var tilført en betydelig fordel på selskapets bekostning. Som nevnt tidligere ble det ikke snakk om utbytte her, men dette skyldtes at det ikke var tale om en ”utbetaling på aksjer”.²⁴

Aarbakke mfl hevder at dersom det er snakk om ytelser som det vil være vanskelig å sette verdi på, bør det være større krav til forskjell i differansen på ytelsene.²⁵ Det skal ikke mye til for å se rimeligheten i dette. Maskert utbytte er helt klart et meget komplisert tema.

Det vil da være rimelig ut fra alle parter ståsted at man kan gi rom for vurderingsforskjeller der verdiene er vanskelige å fastsette.

Herunder bør de subjektive elementene kunne spille inn med tanke på hva som er formålet bak avtalen etc.

I slike tilfeller bør det spesielt legges vekt på hvilket formål selskapet hadde med avtalen. Som for eksempel i høyesterettsdommen i Rt 1995 s 1026 hvor formålet med avtalen for morselskapet hadde vært å holde familiebedriften i fortsatt drift.

²³ Aarbakke mfl s 193.

²⁴ Rt 1995 s 1026 på side 1033.

²⁵ Aarbakke mfl s 193.

Selv om dette er en verdi som ikke vil få betydning på balansen i selskapet bør man ikke sette skranker ved forvaltningen av selskapet så strengt at det ikke vil være anledning til å foreta disposisjoner som vil være ønskelig av selskapet.

Slike disposisjoner kan likevel komme inn under vilkåret om at fordelene må være gitt til aksjonæren i hans egenskap og ikke som medkontrahent.

Dersom det er snakk om ytelser som tilhører et marked hvor verdiene er vanskelig å fastsette, vil dette også medføre problemer med tanke på hva som vil utgjøre en verdioverføring.

Andersson har laget et eksempel i sin fremstilling på et tenkt scenario.²⁶ Dersom man kan anslå en verdi til et område mellom 100.000 og 130.000 kroner, hvor vil den verdien ligge som fører til verdioverføring? Andersson hevder at den nederste summen vil være den riktige å forholde seg til. Dersom man oppnår den nederste verdien er avtalen slik at man i realiteten har anledning til å oppnå en gunstigere avtale. Likevel mener han at denne prisen ikke vil medføre noe tap for selskapet og dermed ikke være i strid med hensynet til kreditorbeskyttelsen.²⁷

I utgangspunktet vil jo enhver verdi innenfor dette intervallet kunne være den riktige markedsverdien. Man kan i utgangspunktet ved å handle med en part på ”armlengdes avstand” oppnå enhver pris innenfor disse to ytterpunktene.

4.2.2 Hvordan fastsetter man ytelsens verdi?

For å avgjøre om det foreligger et misforhold mellom ytelsene i avtalen mellom selskap og aksjonær, må man først kunne fastsette verdien av ytelsene.

Ytelsene skal verdsettes etter den ”virkelig verdi”, jf asl/asal § 3-6(2)2pkt.

²⁶ Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag side 435 og 436.

²⁷ Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag side 437.

Ifølge forarbeidene er denne bestemmelsen først og fremst ment for å finne ut hvorvidt aksjonærens vederlag eller ytelse er satt så lavt i forhold til den virkelige verdien at det er å anse som et maskert utbytte.²⁸ I forarbeidene står det videre at det er ikke den bokførte verdi som her skal legges til grunn. Den bokførte verdien vil være den som skal føres inn i regnskapet. Det som kan være misvisende med den bokførte verdien er at man hvert år kan skrive ned verdien av de eiendeler som selskapet er i besittelse av. Dette innebærer at regnskapet normalt sett ikke inneholder de pålitelige opplysninger om eiendelenes virkelige verdi.

Dersom en avtale inngås mellom selskap og aksjonær om kjøp av en eiendom til bokført verdi vil dette tilsi at selskapet reelt sett vil tape den verdien som eiendommen egentlig består av.

Ved at man benytter seg av den virkelige verdien ved vurderingen vil det innebære at ved realisering av en eiendel som er avskrevet til null vil man måtte gevinstføre verdien i regnskapet.²⁹

Ved lovendring i 2005³⁰ ble det innført et nytt tredje ledd i asl/asal § 3-6. Her er det innført at det er den balanseførte verdi som skal benyttes ved vurderingen om en verdi ligger innenfor de beløpsmessige begrensninger som loven har satt.

Dette vil likevel ikke innebære noen forskjell på hvordan man skal beregne om det er foretatt et utbytte. Vurderingen hvorvidt det har skjedd en utdeling vil fremdeles fastsettes etter den virkelige verdi, jf asl/asal § 3-6(2)2.pkt.

I NOU 1996:3³¹ fremgår det at den virkelige verdi skal fastsettes etter regnskapsmessige prinsipper. Meningen med dette må være at de anvisninger som regnskapslovgivningen gir på hvordan man definerer den virkelige verdi også gjelder etter aksjeloven § 3-6(2)2pkt.

²⁸ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s 32.

²⁹ Stig Berge mfl. side 27.

³⁰ Endringslov 2005 nr. 22 nytt tredje ledd i asl/asal § 3-6.

³¹ NOU 1996:3 side 102.

Forarbeidene til den nye regnskapsloven gir anvisninger på tilnærming av hva som skal regnes som den virkelige verdi.³² Her er det sagt at virkelig verdi skal forstås med det universelle verdibegrepet. Det er et begrep som er innarbeidet i lovttekster. Man må anta at det skal være en felles forståelse for hva som er den virkelige verdi i disse sammenhenger.

Virkelig verdi er nåverdi, ”definert som forventede kontantstrømmer neddiskontert til vurderingstidspunktet med en relevant risikojustert rente”.³³ Dette er en regnskapsmessig metode å regne ut omsetningsverdien. Den er tiltenkt å sammenfalle med det som er salgsverdien av en eiendel. Ved avtaler mellom selskapet og aksjonær vil en slik matematisk metode lett kunne bli for firkantet. I noen tilfeller vil det være ekstra behov for spillerom i forhold til hvilke verdier som skal ytes i en avtale.

Et eksempel her kan være dersom aksjonæren er i besittelse av en eiendel som for selskapet vil utgjøre en særskilt verdi. Det bør da være anledning til å kunne betale denne merprisen som selskapet eventuelt måtte ut med for å oppnå avtalen. Den virkelige verdi bør i slike tilfeller ikke måtte bedømmes ut fra en matematisk standard, men hva som ville være den riktige pris dersom medkontrahenten hadde vært en annen utenforstående (”at arm’s length”).

Hensikten med utbyttreglene er ikke å sette skranker for avtaler mellom selskapet og aksjonærer generelt. Poenget er å hindre avtaler som har fått sitt innhold nettopp på grunn av aksjonærens stilling i selskapet. Dersom selskapet ikke kan oppnå gunstigere avtale dersom medkontrahenten var på ”armlengdes avstand”, vil formålet med å omgjøre om avtalen mangle.

Det vil i slike tilfeller være grunn til å tro at man bør legge inn en viss mulighet for aksjonæren til å gjøre avtaler med selskapet på lik linje med utenforstående. I

³² NOU 1995:30 side 130flg.

³³ NOU 1995:30 side 130.

motsatt fall ville det være lite attraktivt for aksjonæren å inngå avtaler med selskapet.

I Rt 1995 s 1026 på side 1033 nevnte Høyesterett at den omtvistede verdien som lå i leieretten uansett ikke kunne blitt realisert. Bakgrunnen for dette var at den familieavtalen som lå i bunnen, la slike skranker på driften at eiendommens leieinntekter ikke ville blitt realisert uansett.

Dette var imidlertid ikke av betydning for resultatet i dommen, men ble nevnt i forbindelse med at dette beviste at selskapets økonomiske stilling ikke ble forverret av leieavtalen.

Her var det interne begrensninger som la bånd på realiseringen, men en slik vurdering av hva som vil være markedsverdien bør ikke legges til grunn. I noen tilfeller kan man si at dersom selskapet ikke vil oppnå bedre pris for eiendelen er det den oppnåelige prisen som må være markedsverdien. Men hensynet til kreditorer og øvrige aksjeeiere tilsier at begrensninger som nevnt i dommen av 1995 ikke bør være bestemmende på hva som vil være markedspris.

Et problem som kan dukke opp er dersom man har å gjøre med såkalte ukurante varer. Dette er varer som er vanskelig om ikke umulig å verdsette etter en omsetningsverdi. I slike tilfeller vil det være nærliggende å tro at man må verdsette varen etter andre metoder.

I NOU 1995:30³⁴ er det eksemplifisert hvordan varer som ikke er ferdig foredlet skal verdsettes. I slike tilfeller skal man gå ut i fra salgsverdien på den ferdig fremstilte varen med fradrag for kostnadene på det som gjenstår før varen er klar for salg. Det sies videre her at gjenanskaffelsesverdien ikke er et selvstendig tilnærmingsalternativ for virkelig verdi. Men dersom det var snakk om et produkt som vanskelig lar seg verdsette både i forhold til salgsverdi og i forhold til kostnader kan det tenkes at gjenanskaffelsesverdien vil være den nærmeste å benytte seg av. I og med at det er den virkelige verdien som skal legges til grunn

³⁴ NOU 1995:30 side 131.

ved beregningen av om det foreligger misforhold mellom ytelsene, må man regnskapsføre differansen mellom den bokførte og den virkelige verdien som en kostnad eller en inntekt alt ettersom hvilken verdi som er den høyeste.³⁵

4.2.3 Tidspunktet for verdifastsettelsen

Et viktig ledd i verdsettelsen av ytelsene vil være hvilket tidspunkt en må legge til grunn ved vurderingen. Dersom man handler med varer som har flyktig verdi på markedet. Ved slike varer eller eiendeler vil variasjonene være store alt etter hvilket tidspunkt man vil legge til grunn.

Et par eksempler på dette kan være de skattesakene vi har om tilbakekjøpsrett som er avtalt ved salg av en eiendel til et selskap. Problemstillingen har ikke vært verdien av selve retten til å kjøpe tilbake i seg selv, men at det har vært snakk om tilbakekjøp for samme sum som den en gang ble solgt for. Her vil markedsverdien ofte være høyere enn den verdien som eiendelen i utgangspunktet ble solgt for.

Ligningsmyndigheten har i disse sakene ønsket å få beskatte verdiøkningen i eiendelen som utbytte. Dette vil innebære at tidspunktet for vurderingen av markedsverdien ikke vil være på avtaletidspunktet, men på dagen for realisering av avtalen.

I asl/asal § 3-6(2)2.pkt. står det at verdien skal settes til virkelig verdi ”på dagen for overføringen”. Ordlyden tilsier at det er transaksjonstidspunktet som skal legges til grunn. Dette er i tråd med de regnskapsrettslige prinsipper ifølge rskl. § 4-1(1) nr 1. I følge forarbeidene til regnskapsloven vil transaksjonstidspunktet være når risikoen og kontrollen er overført fra den ene til den andre part.

Dette vil innebære at eventuell taps- eller gevinst risiko er overført. På denne måten kan man si at dersom det tar tid før avtalen realiseres skal eventuell gevinst ikke innebære en økning i det som er overført i forhold til utbytte reglene.

³⁵ Aarbakke mfl. side 192.

Høyesterettsdom i Rt 2002 s 56 støtter dette. Her vurderer Høyesterett omsetningsverdien på "salgstidspunktet". Saken dreide seg om utbyttebeskatning utløst av en gjenkjøpsrett av aksjer. I denne sammenhengen var poenget at det forelå heftelser i form av denne gjenkjøpsretten på det som ble solgt på tidspunktet for salg, og verdien på aksjene måtte nedsettes etter dette. Dette innebar at verdien på aksjene var den som gjenkjøpsavtalen tilsa i og med at det ikke var mulig å oppnå høyere verdi ved salg til andre.

Likevel var det i denne sammenhengen ikke nevnt noe om at det var skjedd en verdistigning i aksjeverdien. Poenget var som nevnt at det på salgstidspunktet ikke var mulig å oppnå bedre pris for de aktuelle aksjene nettopp på grunn av den heftelsen som gjenkjøpsavtalen innebar. Hensynet til kreditorer og øvrige aksjonærer tilsier at man bør legge til grunn tidspunktet når eiendelen realiseres fordi dette vil innebære en høyere gevinst for selskapet og dets kapital.

Omsetningshensynet tilsier det motsatte. Dersom man skal legge til grunn realisasjonstidspunktet, vil en avtale mellom selskapet og aksjonær kunne innebære et utbytte så snart eiendelen som skal overføres til aksjonæren har hatt en verdiøkning. Man kan se det slik at selskapet ikke har blitt påført noe tap ved at eiendelen har steget i verdi i dette tidsrommet. Dersom realiseringen hadde skjedd nærmere avtaletidspunktet, ville denne økningen uansett tilfalle mottaker.

I Rt 1981 s 990 ble også tidspunktet for salg lagt til grunn. Det var her en sammensatt sak hvor selskapet var blitt tappet for aktiva uten at dette på noen måte ble registrert og senere ble det kamuflert i regnskapet under fiktive kostnadsposter. Saken som kom opp for Høyesterett var en skattesak mens det i "bakgrunnene" foregikk et internt oppgjør mellom selskapet og de to aksjonærene som var mottakere av gevinsten. Dødsboet trådte inn i saken for den ene av aksjonærene.

På grunn av dette sammensatte og kompliserte forholdet i denne saken tok det en tid før salget faktisk skjedde. Det tok blant annet to år før salget skjedde i fra de aksjene som ble solgt var verdivurdert. Dette brukte Høyesterett som støtte for at

det måtte ha vært en verdistigning her slik at det ikke forelå noe misforhold mellom aksjene som ble solgt og en ”gjeldsettegivelse”.

Man kan ut fra denne dommen utlede at tidspunktet for verdivurderingen er tidspunktet salget skjer. Dette er imidlertid en skatterettsdom, men det har vært antatt at denne også skal gjelde på selskapsrettens område.³⁶

Spørsmålet i forhold til maskert utbytte må være om man skal kunne legge de samme prinsipper til grunn her. Det er ikke noen dom eller øvrige rettskilder som direkte kan bidra til dette spørsmålet her. Problemet må i slike tilfeller være hvorvidt det er andre hensyn som gjør seg gjeldende her på en slik måte at man bør legge et annet tidspunkt til grunn. Et hensyn som taler for at man i alle fall bør ta videreføre samme vurdering for maskert utbytte, vil være risikoen for spekulasjoner i forhold til verdiøkninger og kanskje herunder arrangerte avtaler og avtaletidspunkt. Men det er som sagt også slik at det ikke vil innebære noe direkte tap for selskapet dersom de uansett velger å selge. Den som mottar eiendelen vil uansett oppnå verdiøkningen på egenhånd.

Berge mfl. hevder at det er avtaletidspunktet som skal legges til grunn ved verdsettelsen av ytelsene. Eventuelle verdiøkninger som tilfaller aksjonæren ikke må medføre at det blir snakk om et maskert utbytte.³⁷

Samtidig er det nevnt senere at dersom det går lang tid mellom de ytelsene som presteres kan dette tale mot at man kan anse dem som en del av en gjensidigbebyrdende avtale.³⁸ Dette kommer frem under den skatterettslige problemstillingen, men det er liten tvil om at forholdet lett kan bli aktuelt også på selskapsrettens område når det gjelder det maskerte utbytte. Her er jo nettopp problemstillingen hvorvidt man har å gjøre med en faktisk gjensidig bebyrdende avtale eller om det er snakk om en verdioverføring.

³⁶ Aarbakke mfl. side 193.

³⁷ Stig Berge mfl. på side 25.

³⁸ Stig Berge mfl. på side 33.

4.3 Utbetalt på aksjen

Som tidligere nevnt var det i aksjeloven av 1976 § 12-4 et krav om at verdien måtte være utbetalt på aksjen. Dette er ikke videreført i den nye aksjelovgivning. Det er likevel sikker rett at det fremdeles er et vilkår i vurderingen om det har skjedd et utbytte. Poenget med dette vilkåret er å ikke sette noen begrensninger på selskapets anledning til å inngå kommersielle avtaler også med aksjonærene. Avtaler som har et rent kommersielt innhold skal ikke anses som utbytte. Men dersom det er ubalanse i mellom ytelsene kan avtalen inneholde elementer av maskert utbytte.³⁹

Et viktig moment i denne sammenhengen vil være om det for selskapet hadde vært mulig å oppnå bedre avtalevilkår med en annen part som er ”på armlengdes avstand”. Uttrykket på armlengdes avstand har vært benyttet blant annet av Jan Andersson for å beskrive den nærhet som kreves for at verdioverføringen har skjedd på aksjene. Bakgrunnen for dette vilkåret vil være formålet med reglene om utdeling ikke lenger har noen beskyttelsesverdig interesse på avtaler som er rent forretningsmessig motivert.

Dersom avtalen er inngått rent forretningsmessig bør ikke avtalen anses å innebære et maskert utbytte, så fremt selskapet ikke kunne ha forhandlet frem en bedre avtale med noen andre aktører på markedet. Det fremstår som rimelig klart at dette burde være løsningen. Hensynet til kreditorer og øvrige aksjonærer er ikke overtrådt. Selskapet kan heller ikke sies å ha blitt påført et tap av kapital som følge av disposisjonen og dermed havnet i en dårlig posisjon som følge av avtalen.

I Rt 1995 s 1026 ble dette spørsmålet drøftet inngående. En familiebedrift hadde her skilt ut selve butikkvirksomheten, Sandaker Herreklær A/S, fra forretningsbygget Sandakergården A/S. Samtidig ble det inngått en langvarig og meget gunstig leieavtale på butikkens hånd i Sandakergården A/S. Datteren eide en aksje i Sandakergården og kjøpte samme dag som disse avtalene ble gjort majoriteten av aksjepostene i butikken. Spørsmålet var for Høyesterett hvorvidt

³⁹ Stig Berge mfl. på side 17.

denne leieavtalen måtte anses å være et maskert utbytte på datterens aksje i forretningsbygget.

I lagmannsretten kom mindretallet frem til at leieavtalen representerte en verdioverføring fra Sandakergården til [datteren] i strid med aksjelovens utbytteregele. Flertallet kom imidlertid frem til at leieavtalen ikke var i strid med noen av de påberopte grunnlag og frikjente Sandaker Herreklær A/S.⁴⁰ Høyesterett kom til at avtalen uten tvil innebar en meget betydelig økonomisk verdi. Likevel kom de til at det ikke forelå noe utbytte. Bakgrunnen for dette var familieavtalen som lå til grunn for blant annet leieavtalen om fortsatt drift av butikken.

Høyesterett sier på side 1033 at det må foreligge en viss sammenheng mellom aksjesittelsen og ytelsen. Dette manglet her da hele formålet med leieavtalen var begrunnet i ønsket om fortsatt drift av klesbutikken. Bakgrunnen for at avtalene om utskilningen og leieavtalen ble inngått var at sønnen i familien ble ansett for uegnet til å lede bedriften etter de formål som familieavtalen tilsa.

Høyesterett nevnte videre at sontringen mellom når en aksjonær mottar en ytelse som medkontrahent og når han mottar dette som en konsekvens av aksjesittelsen er komplisert. Dette blant annet for at det vil komplisere skillet på når det er tale om et maskert utbytte og når det er snakk om en forretningsmessig avtale. Likevel slo de fast at dersom det godgjøres at det ikke finnes sammenheng mellom ytelsen og aksjesittelsen må dette være avgjørende. Vurderingen vil bero på misforholdet mellom ytelsene. Dersom det er et misforhold skal det derfor sterke grunner til før man kan si at avtalen ikke har sammenheng med aksjesittelsen.

Et annet moment her vil antakelig være hvor stor andel av aksjene avtalemotparten eier. I dommen fra 1995, eide datteren bare en aksje i Sandakergården A/S. Dersom den tilgodesette aksjonæren eier en stor aksjepost i det utdelende selskapet taler mye for at dette er motivasjonen til den gunstige avtalen. En stor aksjepost eller, eventuelt ved forskjellige aksjeklasser, en stor andel av stemmeberettigede aksjer vil det være stor sannsynlighet for at

⁴⁰ Rt 1995 s 1026 på side 1029.

aksjonæren kunne hatt innvirkning på avtalen. Det er altså i slike tilfeller høy sannsynlighet for at avtalen inngås på grunn av mottakerens innehav av aksjer.

I Rt 2000 s 2033 var disposisjonen et honorar for finansiell rådgivning. Honoraret ble belastet firmaet, mens rådgivningen endte i salg av aksjene til aksjonærene som engasjerte rådgivningsselskapet.

De nye eierne mente at rådgivningen var ment å gi aksjonærene bedre pris for sine aksjer. Poenget var dermed at selskapet i så fall ble belastet en kostnad for en tjeneste som reelt sett kom de selgende aksjonærene til gode. De nye eierne hevdet på bakgrunn av dette at disposisjonen var å anse som et utbytte. At disposisjonen førte til at aksjonærene oppnådde en bedre pris for sine aksjer var ubestridt. Høyesterett kom imidlertid til at det ikke var snakk om et utbytte her. Bakgrunnen var at rådgivningen var ment for å berge foretakets videre drift og ikke ment for å presse pris på aksjene. Den finansielle rådgivningsavtalen førte ikke til noen klar særfordel for aksjonærene. Høyesterett kunne derfor ikke se at rådgivningsavtalen innebærer en utdeling fra selskapet.⁴¹ Fordi hovedformålet med avtalen var selskapsinteressene, kunne ikke dette anses som en utdeling på aksjene. Dersom disposisjonen har egenskaper som vil gjøre den kapitalskadelig selv om avtalen ikke er motivert av aksjebesittelsen kan den eventuelt rammes av de øvrige reglene som har til formål å sikre kapitalen i selskapet.

Det må også nevnes her at det i Rt 1995 s 1026 på side 1034 ble slått fast at det stilles strengere krav til vilkåret om at avtalen ikke har sammenheng med aksjebesittelsen. Dette innebærer at selv om det er ubalanse mellom ytelsene utelukker ikke dette at avtalen kan anses som rent kommersiell. Bevisvurderingen må i slike tilfeller bare være klarere på at det ville vært oppnådd avtale på like vilkår med en medkontrahent på ”arm’s length”.

⁴¹ Rt 2000 s 2033 på side 2039.

5. Krav om subjektiv skyld hos partene?

Et spørsmål er om det skal kreves subjektiv skyld hos noen av partene for at man skal anse avtalen for å innebære elementer av maskert utbytte. Enten ved at selskapet med hensikt har overført eiendelen som medfører verdioverføringen, eller at aksjonæren har vært medvitende om at disposisjonen utgjorde en verdioverføring.⁴²

Det er ikke noe krav om skyld i forhold til maskert utbytte. Det er heller ingen grunn til å beskytte aksjonærene ved å legge inn en culpa vurdering for hvorvidt det foreligger et maskert utbytte i så måte.

Om man skulle se det maskerte utbyttet som en proforma avtale, er det etter avtalelovens § 34 en forutsetning at avtalen er gitt på ”skrømt”. Dette tilsier at det skulle være meningen at partene skulle ”lure” omverden for det faktum at avtalen i realiteten ikke var virkelig. Dette synes ikke å være meningen til Andersson.⁴³ Et slikt aktsomhetskrav som at partene burde eller måtte være bevisst på at avtalen innebar en verdioverføring, vil undergrave hensynet til kapitalbeskyttelse.

Det vil for kreditor eller de øvrige aksjonærene ikke være bedre forsvart at om fordelene som overføres til aksjonær var aldri så lite culpøst. For aksjonæren som mottar denne verdien vil det derimot kanskje føles urettferdig. Dersom en avtale som var ment som en rent kommersiell handel blir å anse som et maskert utbytte vil avtalen straks ha endret karakter. Dette kan det likevel ikke tas hensyn til i den selskapsrettslige lovgivningen. Men det kan være grunnlag for et krav om at avtalen skal heves eller lempes etter avtalelovens § 36.

Det er ingen beskyttelsesverdig interesse som tilsier at aksjonæren bør ha mulighet til å komme seg frem med disposisjoner som går på bekostning av de øvrige involverte i selskapet. I tillegg ville et slik subjektivt skyldkrav medføre vanskelige bevisvurderinger.

⁴² Jan Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag s 414.

⁴³ Jan Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag s 391.

Jeg kan ikke se at det i rettspraksis om maskert utbytte er noe som tyder på at det er satt en form for unntak ved subjektiv skyld. Eneste grunnlaget for å anse en disposisjon som unnskyldelig synes å være at den er rent kommersiell og dermed kommer inn under vurderingen på om utbetalingen har skjedd på aksjene.

Hvorvidt subjektiv skyld har betydning for restitusjonsforpliktelsen ved ulovlig utbytte vil jeg komme tilbake til senere.

6. Mottaker som ikke er aksjeeier

Spørsmålet her er hvem som kan være subjektet for den mottatte verdien som overføres fra selskapet for at det skal kunne være snakk om en utdeling og dermed også et maskert utbytte.

I aksjelovgivningen er de fleste av reglene som handler om å tilgodese en aksjonær også omfattet av goder til aksjonærens nærstående. I asl/asal § 3-6(2) er det verdier som kommer aksjonæren til gode som er å anse som en utdeling. Ordlyden kan tyde på at utdelingsreglene vil være aktuell kun ved disposisjoner som tilgodeser aksjonæren. Likevel er også andre utenforstående omfattet så langt man kan si at det indirekte vil være en disposisjon som kommer aksjonæren til gode, jf ”indirekte” i asl/asal § 3-6(2).⁴⁴ I tillegg er det sikker rett at mottaker som i nær og naturlig forbindelse med disposisjonen erverver eller avhender aksjer i selskapet, vil være omfattet av utdelingsbegrepet.

Dette var tilfellet i Rt 2000 s 2033 hvor det i forbindelse med en rådgivningsavtale ble avhendet aksjer. Det var her klart at selv om at mottaker av verdien ikke på oppfyllestidspunktet var aksjonær, var ikke dette til hinder for at avtalen kunne anses som en utdeling (dommen side 2038). Konklusjonen i denne tvisten ble imidlertid at avtalen ikke var et utbytte, men dette på annet grunnlag.

⁴⁴ Aarbakke mfl. side 194.

Lignende vil tilfellet være der det er snakk om forbud mot å ta opp lån for å erverve aksjer i selskapet jf. asl/asal § 8-10. Men selv om aksjonærposisjonen ikke oppstår før etter låneavtalen er inngått vil det ikke være til hinder for å kunne anse avtalen som ledd i et maskert utbytte. Årsaken til dette er at det foreligger en naturlig sammenheng mellom ytelsen og aksjeinnehavet. Det er derfor ingen legislativ grunn til at ikke også dette skal rammes av utbytte reglene.

7 Faktiske momenter av betydning for verdioverføringsvurderingen ved maskert utbytte.

Det er flere faktiske momenter som vil ha særlig stor innvirkning på resultatet hvorvidt det er en disposisjon som innebærer et maskert utbytte. Det vil være stor forskjell i de ulike typer disposisjoner som foretas. Det kan derfor være av stor verdi om man kan fastsette noen utgangspunkter som vil være viktig i vurderingen om når en verdioverføring må anses å ha skjedd.

7.1 Aksjepostens størrelse

For det første vil det være av stor betydning hvor stor del av aksjeposten mottaker besitter.

Dersom det er en aksjonær med stor innflytelse og styrelses rett vil det være en faktor som tilsier at han enkelt har anledningen til å overføre til seg eiendeler av verdi. Han kan enkelt overgå de mindre aksjonærer i selskapet ved å ha stemmeflertallet ved beslutningen av hvilke disposisjoner som skal foretas. Spesielt vil dette vise seg i heleide selskaper. Det vil si hvor det bare er en aksjonær. Denne selskapsformen vil ligge nært opp mot ansvarlige selskaper. Økonomien og disposisjonene styres av den ene som styrer firmaet. Her er det åpenbart kreditorhensynet som vil gjøre seg sterkest gjeldende. Det er i første omgang kreditorene som vil bli skadelidende dersom tapet fører til usikkerhet for selskapets kapital i og med at ansvaret for aksjeselskapene er begrenset.

Et eksempel på at aksjonær besittelse har betydning finner vi i Rt 2003 s 536. Her hadde ene-aksjonæren og hans familie fått bo vederlagsfritt i en bolig som var eid

av selskapet. Høyesterett fant det her klart at ervervet og utleien av boligen var begrunnet i aksjonærens behov. Det er uten tvil større grunn til å regne med at aksjeinnehaveren er årsaken til avtalens gunstige vilkår, dersom aksjonæren som er mottaker av fordelene har stor aksjepost og dermed stor bestemmelsesrett i selskapet.

7.2 Ukurant marked

Dersom markedet som eiendelen det handles med tilhører et ukurant marked, vil dette ha stor betydning i forhold til hva som bør kreves for å si at det foreligger misforhold mellom ytelsene. Dersom eiendelen tilhører et svært ukurant marked vil dette tilsi at man bør vurdere misforholdet mer forsiktig.⁴⁵ Det kan være grunn til å gi ett visst spillerom i favør av aksjonæren ved verdifastsettelsen når markedet er ukurant.⁴⁶ Samtidig må det bli slik at i markeder hvor verdien er ansett som fast må selv det minste avvik representere et utbytte.⁴⁷

7.3 Hvilken type verdi som overføres

Det vil også kunne ha betydning ved vurderingen hvilken type verdi det er som overføres til aksjonæren. Dersom det er en verdi som er del av næringsvirksomheten til bedriften vil det være større grunn til å godta at avtalen er inngått på kommersiell bakgrunn.

Dersom det i motsatt fall er snakk om en overføring av verdier som står fjernt i forhold til bedriftens virksomhet vil det være grunn til å anta at det er aksjebesittelsen som er årsaken til den inngåtte avtalen. Dette var også tilfellet i Rt 2003 s 536. Her ble det kjøpt inn en bolig som ble brukt hovedsakelig som privat bolig av ene-aksjonæren men også dels som hjemme kontor. Biten av bedriften som krevde utnyttelse var særdeles liten i forhold til investeringen i boligen som ble gjort. Hovedvirksomheten til selskapet var å leie ut aksjonærens tjenester innad i konsernet. Dette vil ikke ha noen sammenheng med det kjøpet av

⁴⁵ Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, side 422.

⁴⁶ Stig Berge mfl. på side 25.

⁴⁷ Stig Berge mfl på side 21.

eiendommen som ble gjort. Dersom det hadde vært et firma som hadde som mål å forvalte eiendommer ville tilfellet være nærmere å vurdere som en kommersiell avtale. Her var det riktignok heller ingen gevinst for selskapet slik at dette kan vanskelig sies å ha hatt betydning for denne saken.

7.4 Verdidifferansens størrelse

Dersom det er snakk om en nevneverdig størrelse som utgjør verdioverføringen vil det i også kunne være grunn til å anta at dette er en disposisjon motivert av aksjebesittelsen. Dersom det er snakk om en mindre verdidifferanse mellom ytelsene vil det kunne være større grunn til å tro at det kan være en rent kommersiell avtale.⁴⁸

I tråd med bevisvurderingen i Rt 1995 s 1026 var det nevnt at det ville være større krav til bevis for at avtalen er kommersiell dersom differansen er stor.

8. Typiske tilfeller av maskerte utbytter

Som det har kommet til uttrykk i det tidligere er det utallige måter å maskere et utbytte på. Å sette opp en endelig liste ville være en umulighet. Det kan likevel nevnes noen typiske disposisjoner som vil innebære et maskert utbytte.

8.1 Gavesalg eller kjøp til overpris

Det er ingen tvil om at en gjensidig bebyrdende avtale mellom selskap og aksjonær ikke er å anse som utbytte. Men derimot dersom det i forbindelse med denne avtalen skjer en verdioverføring vil dette være å anse som et maskert utbytte.

En form for disposisjon som typisk vil innebære et maskert utbytte er gavesalg. I slike tilfeller vil avtalen mellom selskapet og aksjonæren fremstå som et ordinært salg, men dersom man vurderer verdien i ytelsene vil det være et misforhold her

⁴⁸ Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag side 422 og Stig Berge mfl. side 25.

som representerer det maskerte utbyttet. Også avtale om selskapets kjøp av aksjonærens eiendel til overpris vil falle inn under det maskerte utbyttet. Her vil differansen mellom markedsverdien på eiendelen og prisen som selskapet ga for den, representere det maskerte utbyttet. Slike avtaler er det mest nærliggende å finne i små aksjeselskap, f.eks. en familiebedrift eller i en bedrift med få aksjonærer selv om dette på ingen måte trenger å være noen regel. Motivasjonen vil her både kunne være det åpenbare ønsket om å tilføre seg selv verdier på selskapets beskostning og i tillegg det at man slipper unna utbyttebeskatningen.

Verdiforskjellen vil ofte her være enkel å oppdage så fremt markedsprisen er enkel å fastsette. For fast eiendom vil det for eksempel enkelt kunne taes en takst hvor verdien sammenlignes med den motytelsen som er gitt. Likevel kan det fort oppstå problemer når det handles med eiendeler som tilligger et mer ukurant prismarked. Med dette menes når eiendelen ikke enkelt lar seg fastsette av verdi.

Det vil her ved misforhold i eksempelvis domstolens vurdering med profesjonelle sakkyndige som vurderer verdi lett kunne unnskyldes dersom det foreligger et misforhold som vil føre til at disposisjonen vil innebære en verdioverføring. Aarbakke mener at det i slike tilfeller bør være rom for større avvik mellom verdien på ytelsene før man anser dette for en utdeling.⁴⁹

8.2 Lån og kreditt

Et lån i seg selv er ikke en utdeling fra selskapet, så fremst det foreligger en plikt om tilbakebetaling. Dersom de mottatte verdier skal tilbakeføres er det i utgangspunktet ikke snakk om en verdioverføring til gode for aksjonærene.

Likevel er det ikke utelukket at også avtaler om lån eller kreditt kan inneholde et maskert utbytte. Dersom lånet i realiteten innebærer en verdioverføring vil den være å anse som et maskert utbytte etter utdelingsregelen i asl/asal § 3-6 og ikke § 8-7 som regulerer adgangen til kreditt og sikkerhet.⁵⁰

⁴⁹ Aarbakke mfl. side 193.

⁵⁰ Olav Fr. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris?, Tff 2004 side 563.

Inngår et selskap en låneavtale med en aksjonær som er insolvent vil det reelt sett ikke kunne skje en tilbakebetaling. Når tilbakebetaling ikke kan skje på grunn av at det ikke finnes midler hos aksjonæren til å betale tilbake vil den overføringen av penger til aksjonæren være en verdioverføring som minner mer om en investering enn en gjensidig bebyrdende avtale.

For det første må det avgjøres hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved vurderingen. For låneavtaler vil dette helt klart få helt avgjørende betydning. Den økonomiske situasjon til en aksjonær kan endre seg ganske radikalt på rimelig kort tid. Dersom det først er ved innfrielsestidspunktet man skal vurdere solvensen i forhold til utbyttevurderingen vil selskapet stå på rimelig usikker grunn ved inngåelsen av slike låneavtaler. Det vil være en umulighet å med sikkerhet vite hvordan den økonomiske stilling vil være frem i tid.

Dersom det er transaksjonstidspunktet som skal legges til grunn, jf det som er sagt tidligere, vil det være utbetalingstidspunktet som skal være avgjørende her. Dette er også i samsvar med det som synes å være løsningen også etter svensk rett. En svensk dom, NJA 1990 s 343, har tatt utgangspunkt i tidspunktet når lånet ble utbetalt. Her ble lånet utbetalt i to omganger og insolvensvurderingen ble lagt til tidspunktet mellom disse utbetalingene.⁵¹

Omsetningshensynet vil tale for dette tidspunktet. Som nevnt tidligere vil det dersom innfrielsestidspunktet skulle være avgjørende få uheldige konsekvenser. Ikke bare vil en slik disposisjon utgjøre et maskert utbytte som skal restitueres etter asl/asal § 3-7 som ulovlig utbytte, men det er også et straffeansvar som følge av dette.

Dersom selskapet har tatt de nødvendige forholdsregler før de utbetaler et lån vil det fort medføre en urimelighet om lånet ved senere anledning ikke kan tilbakebetales. Forutsetningsvis at låntaker her er solvent ved transaksjonstidspunktet.

⁵¹ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag side 55 jf. NJA 1990 s 343.

For andre kreditorer og aksjonærer er det klart en fordel dersom innfrielsestidspunktet skal legges til grunn. Men dette vil innebære en fordel for aksjeselskaper som ikke tilligger andre kreditorer. Det er ingenting som tilsier at selskapet her skal kunne få anvende andre inndrivelses måter enn kreditorer ved misligholdte forpliktelser har. Dersom dette skulle vært regelen ville det vært retts teknisk enklere å ha totalforbud mot utlån fra selskapet. Det må her nevnes at slike låneavtaler også kan falle inn under låneforbudet som er fastsatt i asl/asal § 8-7.

Det neste spørsmålet her vil være om det er et vilkår at selskapet var bevisst om aksjonærens økonomiske stilling. Man må anta at det ikke er noen forutsetning at partene er bevisst på den økonomiske situasjonen som aksjonær og lånetager er i ved det aktuelle tidspunktet. Aksjelovgivningen skal i første omgang beskytte selskapskapitalen og eventuelle subjektive forhold må i så fall komme inn under restitusjonsbestemmelsen i asl/asal § 3-7.⁵²

Det er forøvrig ikke tillatt i norsk rett å låne penger til aksjonær slik at vedkommende skal kunne kjøpe aksjer i selskapet, jf asl/asal § 8-10. Det er ved slike disposisjoner en meget stor fare for omgåelse av reglene og dermed også en stor fare for maskerte utbytter. Andersson skriver i sine fremstillinger at det kan synes som om den svenske Högsta Domstolen har lagt til grunn et ”ond tro” krav som vilkår for at lånet vil være et maskert utbytte, jf blant annet NJA 1990 s 343.

Andersson hevder at dette er en feil, og at tilfellet ikke må tolkes dit hen at ond tro skal være et vilkår for at disposisjonen skal være et maskert utbytte. Eventuelle ond tros krav må komme inn ved vurderingen om tilbakebetaling.⁵³ Jeg vil anta at dette må være rettsforholdet også i norsk rett. Det kan ikke sies å foreligge noen avgjørende beskyttelses interesse som tilsier at god tro skal legalisere disposisjonen.

⁵² Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag s 55, fotnote 87.

⁵³ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag s 55.

Det har i de svenske dommene vært reist flest saker hvor lånet er ment som finans til aksjeinvestering for at en aksjonær skal kunne erverve aksjer i selskapet. Dette støtter det jeg tidligere har nevnt om at slike disposisjoner vil medføre en ekstra stor fare for omgåelse av utdelingsreglene.

8.2.1 Gode renter eller rentefritt

I tillegg til lån som reelt sett er verdiløse på grunn av insolvens, kan låneavtaler som er rentefrie eller har særdeles lave renter også tenkes å være maskerte utbytter. Spørsmålet må her vurderes konkret i hver enkelt situasjon om låneavtalen på grunn av rentebetingelsen vil være så gunstig at den må anses som en verdioverføring.

Dersom man skal gå ut fra de tidligere nevnte vurderinger av hvordan man skal beregne verdien må en anta at lånet vil innebære en verdioverføring dersom rentene er lavere enn det som for tiden er på markedet. Likevel vil det med rentebetingelser være en vanskelig oppgave å vurdere i og med at man har utallige måter å fastsette renten på i hver enkelt finans institusjon. Men det må antas at dersom utlånsrenten er lavere enn innlånsrenten vil låneavtalen innebære et direkte tap for selskapet og man må derfor kunne anta at dette i alle fall må anses som et maskert utbytte.

Man kan eventuelt gå ut fra at fordelene ved slike gunstige låneavtaler vil være differansen mellom den avtalte rente dersom det er noen og normrenten. Denne normrenten følger den alminnelige rente og kan endres inntil seks ganger i året av Finansdepartementet.⁵⁴

Et annet interessant spørsmål her vil være om også kortsiktige lån som er rentefrie skal anses som et maskert utbytte. Dette må helt klart bero på en konkret vurdering i hver sak og eventuelt en presisjon av hva som i hvert tilfelle er "kortsiktig". Det er ikke uvanlig i dag at arbeidstaker for eksempel får lønn på forskudd uten at dette medfører renteplikt på den fordelene. Man må anta at

⁵⁴ Stig Berge mfl. side 38.

aksjonær må kunne avtale samme type forskudd som enhver annen i bedriften vil kunne gjøre. I slike tilfeller er det snakk om et lån som maksimalt vil vare en måned, da inntil neste lønnsutbetaling hvor forskuddet motregnes.

8.2.2 Ettergivelse av gjeld

Også en ettergivelse av gjeld kan undertiden anses som en utdeling. Dersom man må anta en disposisjon egentlig skal være en ettergivelse av tidligere stiftet gjeld vil dette innebære en verdioverføring som helt klart vil være et maskert utbytte. I slike tilfeller vil den reelle avtalen innebære direkte berikelse av aksjonæren ved at en gjeldspost blir slettet eller fjernet uten av det er gitt tilsvarende motytelse for den.

En kjennelse avsagt i forbindelse med en ankesak om boforringelse, Rt 1993 s 1518 omhandlet dette. Her var selskapet konkurs og innen konkursen hadde den tiltalte ved en påstått motregning fått utlignet en del av gjelden i selskapet som utgjorde nesten 500.000 kroner av hele 700.000 kroner. Dette ble ansett som en ettergivelse av gjeld da motkravet ikke ble ansett som reelt. (kjennelsen side 1519.) Det er ingen tvil om at en slik type disposisjon vil være et maskert utbytte. I denne kjennelsen var retts spørsmålet knyttet seg til det strafferettslige, men årsaken til at det var snakk om en forbrytelse i denne saken var dels at en måtte anse disposisjonen som en utbetaling til aksjonæren som tappet kapitalen i selskapet.

8.3 Tredjemannspant og sikkerhet

Sikkerhet som selskapet stiller for en aksjonær vil i utgangspunktet heller ikke, på samme måte som ved lån, være en utdeling. En avtale om tredjemannspant vil også innebære en rett til restitusjon ved innfrielse av dette pantet. Dermed kan man si at avtalen vil være gjensidig bebyrdende. Det må likevel antas at også pantsettelse kan være et maskert utbytte. Dersom det på pantsettelsestidspunktet er klart at pantet vil bli realisert på grunn av aksjonærens insolvens vil det høyst sannsynlig være snakk om et maskert utbytte. Likevel må det være slik at man på grunn av denne insolvensen også må anta at regressfordringen på aksjonæren vil være verdiløs for selskapet. Dersom regressfordringen er verdiløs vil pantet

innebære en verdioverføring til fordel for skyldneren som her vil være aksjonær. Slike disposisjoner kan i tillegg komme inn under forbudet mot sikkerhetsstillelse fra selskapet, jf. asl/asal § 8-7.

Også ved pant har det i svensk rettspraksis vært nevnt forholdet til ond tro hos partene. Andersson har liksom ved lånetilfellet også her konkludert med at dette må være et forhold som skal ha betydning på tilbakebetalingsansvaret og ikke på selve disposisjonen.

8.4 Lønn eller godtgjørelse til styremedlem

Lønn er hovedsaklig ment å skulle være et ledd i en gjensidig bebyrdende avtale, hvor ytelsen på den andre siden vil være en tjeneste eller arbeidskraften. Dersom man skulle kunne si at lønnen består av en verdioverføring må det være et misforhold i mellom disse nevnte ytelsene. I slike tilfeller må en anta at misforholdet må være rimelig klart.

Det å verdsette en tjeneste i arbeidslivet kan ved kurante tjenester være enkle, men ofte er dette mer sammensatt. Eksempelvis kan en ikke si at lønnen er for høy med den begrunnelse at det vil være anledning å ansette noen andre billigere i samme stilling.

Det må her gjøres blant annet rom for å vurdere forholdene mer komplekse. Selskapet bør ha meget fritt spillerom såfremt det er snakk om en forhandling i rent forretningsmessig øyemed. Aksjonæren skal ikke stilles dårligere enn øvrige aktører på markedet i forhold til forhandlingsposisjon. Dersom en hver gunstige lønnsforhandling skulle innebære utbyttet vil aksjonæren jo kunne heller ønske å utføre sine tjenester i annet selskap. Likevel må det også her settes grenser. Dersom lønnen er uforholdsmessig høy også med tanke på forhandlingsperspektivet bør det stilles høyere krav til bevis for at avtalen ikke er begrunnet i aksjebesittelsen.

En annen side med lønn har vært at flere aksjonærer i skattesaker har hevdet at verdier de har mottatt av firmaet ikke må sees på som utbytte, da det i stedet

kunne vært gitt høyere lønn slik at aksjonæren selv kunne dekket kostnaden ytelsen innebærer. Dette synspunktet kan i og for seg ha noe i seg. Det er ikke uvanlig at arbeidsavtaler utover den utbetalte lønn også skal la den ansatte disponere bolig. I slike tilfeller må man i tillegg til summen av lønnen som utbetales verdsette verdien av fordelene aksjonæren har ved disposisjonsrett til boligen. Dersom summen av disse verdiene overstiger det som vil være forholdsmessig ut fra arbeidsavtalen kan avtalen være et maskert utbytte.

Godtgjørelse til styremedlemmer som eier aksjer i selskapet må vurderes på samme måte som lønn til aksjonær og ansatt.

8.5 Rådgivningshonorar

Det ble fremhevet i Rt 2000 s 2033 at honorar ved avtaler som er ment å skulle bidra til hjelp til fremtidig drift av et selskap er et forholdsvis nytt tema. Verdioverføringen her består i den kostnaden avtalen innebærer, dersom dette er en kostnad som skulle vært lagt på aksjonæren. Det vil oppstå flere vanskelig vurderinger i forhold til om slike avtaler kan anses som en utdeling fra selskapet. Generelt bør det kunne sies at det ved slike disposisjoner er en fare for omgåelse av utbyttereguleringene.

Det ble likevel gitt meget klare retningslinjer i dommen av 2000 at vurderingen bør hovedsaklig falle på hva som er motivasjonen for slike avtaler. Rent forretningsmessig bør det ikke settes så store begrensninger på slike avtaler at det for selskapet vil være en umulig oppgave å berge et firma i ”nød”. Dersom selskapet sliter økonomisk kan man med høy grad av sannsynlighet regne med at utdeling vil være uaktuelt på grunn av egenkapitalskravet i asl/asal § 8-1(2).

Når selskapet er havnet i et økonomisk uføre bør det ikke være problematisk å oppsøke hjelp for å holde selskapet på beina. Dersom man skulle anse dette som et utbytte vil slike disposisjoner i bunn å grunn økonomisk sett ligge på aksjonærenes risiko. Dersom man skal se helhetlig på dette kan det medføre at honoraret ved konkurs i slike tilfeller kan kreves tilbakeført av aksjonærene av

konkursboet som en disposisjon som var kreditor skadelig. Eventuelt som et ulovlig utbytte hvor boet trer inn i det som ville vært selskapets krav.

Noen absolutt regel vil være umulig å utlede fra dommen i slike tilfeller, men det sentrale bør her være blant annet formålet med den rådgivningsavtalen som inngås. Dersom det er en avtale som kun tilgodeser aksjonærene, vil det kunne bli snakk om at selskapet da dekker en kostnad som burde falt på aksjonærenes hånd og dermed må være et maskert utbytte.

8.6 Tilbakekjøpsrett

Tilbakekjøpsrett er en typisk avtale som kan innebære et maskert utbytte. Bakgrunnen for dette er nemlig at disse avtalene ofte ikke bare innebærer selve retten til å kjøpe tilbake, men også til en gitt sum. Det sentrale vil her være dersom det går lang tid mellom salget og tilbakekjøpet. Da vil den avtalte summen innebære et maskert utbytte dersom eiendelen har steget i verdi. Verdioverføringen ved tilbakekjøp vil være differansen mellom den avtalte pris og markedsprisen.

I Rt 1989 s 545 har Høyesterett ved vurderingen her lagt vekt på om avtalen om tilbakekjøp kunne sees på en gjensidigbebyrdende avtale. Dette var ikke tilfellet her. Bakgrunnen for dette var at overføringen av den aktuelle eiendommen i denne saken måtte anses som en investering i selskapet og ikke som en gjensidig bebyrdende avtale. Overføringen av eiendommen skjedde for å styrke selskapets økonomi i en vanskelig tid. Tilbakeføringsplikten var i tillegg meget moderat i så måte at øvrige forpliktelser som måtte påhvile selskapet skulle få prioritet før tilbakekjøpsretten. Dette var noen av momentene som gjorde at overføringen var å anse som en investering.

Motsatt ble resultatet i Rt 2002 s 56. Bakgrunnen for at denne tilbakekjøpsretten ble ansett for en gjensidig bebyrdende avtale var blant annet at gjenkjøpsavtalen her ble ansett for en naturlig del av den avtalen som ble inngått mellom partene.

Det kan se ut til at Høyesterett i dette tilfellet også legger vekt på tidsperspektivet.⁵⁵ Det var snakk om en overdragelse som varte i tre år før tilbakekjøpsretten ble realisert. Som nevnt tidligere vil dette tidsrommet kunne få betydning for om det vil være naturlig å kunne se avtalen som gjensidig bebyrdende. I dommen fra 1989 var det snakk om et særdeles lenger tidsrom. Tidsrommet kan blant annet få stor betydning for verdiendringen i den eiendelen som det handles med. Det bør selvfølgelig også her nevnes at prisene kan endres både negativt og positivt. Dersom det er snakk om en eiendel som typisk vil falle i verdi er det jo aksjonæren ved tilbakekjøp som må betale denne reduksjonen.

Et annet moment av betydning her kan være at motytelsen, her tilbakekjøpsretten, er betinget. Dette var situasjonen i dommen fra 1989. Det at avtalen er gjort betinget vil gjøre at den eventuelle motytelsen er usikker. Både i forhold til når den oppfylles og i det hele tatt om den kan oppfylles dersom ikke betingelsen slår inn. I slike tilfeller er det derfor naturlig å se avtalen som en investering enn som en gjensidig bebyrdende avtale.⁵⁶

8.7 Andre "frynsegoder"

Det er ikke uvanlig at en bedrift stiller til disposisjon eiendommer og lignende til de ansatte. Dette gjøres typisk for å bedre vilkårene for de ansatte og gjøre bedriften attraktiv på arbeidsmarkedet. Det vil ofte ligge personalpolitiske hensyn bak dette. Et problem som kan reises herunder er på hvordan måte man skal vurdere slike "frynsegoder" til de ansatte dersom den ansatte også er en aksjonær.

Man kan se det slik at kjøp av eiendom som skal ha til formål å benyttes av de ansatte vil ikke direkte være noen disposisjon som har kommersielt formål. Dette er likevel meget vanlig.

Dersom dette skal anses som et utbytte må graden av og forholdene rundt godene være på en slik måte at det vil være nærmere å anse det som et utbytte, enn som en

⁵⁵ Rt 2002 s 56 på side 63.

⁵⁶ Stig Berge mfl. på side 33.

ordinær gode som ledd i ansettelsesavtalen. En faktor som her vil ha stor relevans må være hvor stor aksjeposten til den ansatte aksjonæren er. Dersom det er snakk om et selskap med kun én aksjonær og ansatt vil dette ligge nært opp mot en omgåelse av utbytte reglene dersom det blir kjøpt en eiendom som i hovedsak skal benyttes av han eller henne. Dette var tilfellet i Rt 2003 s 536 som nevnt tidligere. Her ble hovedtyngden lagt på årsakssammenhengen mellom aksjebesittelsen og det mottatte som her var leieretten. Disposisjonen var i denne saken å anse som en utdeling.

Forholdet kan også fremstå som en omgåelse dersom samtlige ansatte også er aksjonærer. Her må en antakelig gi litt spillerom for bransjepraksis. I tillegg må man vurdere forholdene konkret i hvert enkelt tilfelle. Viktige momenter i vurderingen vil typisk kunne være arten av goder og dennes sammenheng med forretningen for øvrig og selvfølgelig også størrelsen av verdiene som overføres.⁵⁷

8.8 Konsernbidrag

Et konsernbidrag er etter skattereglene ikke å anse som utbytte ifølge sktl. § 10-3 annet ledd. Konsernbidrag er imidlertid en ensidig overføring av verdier fra det ene selskapet i et konsern til et annet. Typisk vil det være fra morselskapet til et datterselskap. Aksjerettslig er konsernbidraget underlagt reglene om utbytteutdeling i følge asl/asal § 8-5 annet ledd jf. §§ 8-1 til 8-4. Årsaken til dette er at slike bidrag vil gå utover det enkelte selskaps kapital. Ved å underlegge slike disposisjoner utbyttereglene vil man kunne begrense bidraget for eksempel til kun rammene for årsoverskuddet. På denne måten vil man ikke kunne tappe kapitalen i et selskap på bekostning av kreditorene etc.

Det at reglene om konsernbidrag er underlagt reglene om utbytte vil tilsi at disse også antakelig kan innebære maskerte utbytter hvor slike bidrag ikke følger reglene i asl/asal kapittel 8.

⁵⁷ Stig Berge mfl. side 20.

Årsaken til at konsernbidraget ikke er utbytte etter skattereglene er for at konsernet skal ha mulighet til å utjevne den alminnelige inntekt ved å for eksempel overføre overskudd fra et selskap til et selskap som går med underskudd. Formålet er altså rent skatterettslig og innebærer at man i et konsern ikke skal måtte betale skatt på overskuddet i for eksempel morselskapet når datterselskapet har udekket underskudd.⁵⁸

Dersom konsernbidraget skjules gjennom det som fremstår som en gjensidig bebyrdende avtale mellom to selskap i et konsern, men hvor det foreligger et slikt misforhold mellom ytelsene som nevnt tidligere vil avtalen innebære et maskert utbytte. Dette vil være tilfellet dersom det i prinsippet skjer en verdioverføring fra et datterselskap til et morselskap. Det er i første omgang overføringer som skjer oppover i konsernet som er utsatt for å bli ansett som maskerte utbytter da morselskapet eier majoriteten av aksjene i datterselskapet, jf. asl/asal § 1-3 annet ledd.

Dersom det overføres penger til et datterselskap mot en fordring, vil spørsmålet om innfrielse av motfordringen bli lik den som tidligere er nevnt i forbindelse med blant annet tilbakekjøpsrett. Her vil momenter som tid og form av overføringen spille inn i forhold til om overføringen er å anse som del av en gjensidigbebyrdende avtale eller som en investering i datterselskapet.

Dersom verdioverføringen er å anse som en investering i datterselskapet vil dette medføre at innfrielsen av den påståtte motfordringen kunne innebære et maskert utbytte.

9. Virkningen av et maskert utbytte

Dersom en disposisjon inneholder et maskert utbytte, vil spørsmålet være hva som vil være den rettslige konsekvensen av dette. For ulovlige utbytter er hovedregelen at det ulovlige mottatte utbyttet skal tilbakeføres til selskapet, jf. asl/asal § 3-7(1) 1pkt. Det ulovlige utbyttet ved maskerte utbytter er den

⁵⁸ Stig Berge mfl. side 48 og side 49.

differansen som utgjør ubalansen mellom ytelsene. Det er dermed denne summen som eventuelt skal tilbakeføres til selskapet. Denne tilbakeføringsplikten modifiseres imidlertid sterkt i annet punktum, der det er gjort unntak for godtroende mottaker. Dersom mottakeren ved utdeling gjort i form av eksempelvis utbytte, opphever den gode tro hos mottakeren restitusjonsplikten, jf asl/asal § 3-7(1) 2.pkt.⁵⁹ Den gode troen henviser til lovligheten av utdelingen.

Spørsmålet blir således om dette unntaket også kan få betydning for maskerte utbytter. Ordlyden i loveteksten taler i mot dette. For at restitusjonsplikten skal kunne opphøre synes det som om de formelle reglene for utdeling må være oppfylt, dette kan for eksempel være reglene etter asl og asal Kap. 8 om utbytte. I alle fall bør det kunne sies at reglene skal være forsøkt oppfylt for at man skal kunne si at aksjonæren kan være i god tro om lovligheten.

Maskerte utbytte vil på grunn av sin form ikke ha fulgt noen regler for utdeling. Maskerte utbytter er som tidligere nevnt en disposisjon som fremstår som en gjensidig bebyrdende avtale og ikke i form av en utdeling. I og med at disse preseptoriske reglene for utdeling ikke engang vil være forsøkt fulgt kan en vanskelig si at aksjonæren her vil kunne være i god tro.⁶⁰ Hvorvidt partene er i god tro i forhold til ytelsenes verdi synes her irrelevant.

For maskerte utbytter er altså plikten til å tilbakeføre det mottatte ubetinget. Dette gjelder uansett hvilke hensyn som blir krenket av disposisjonen.⁶¹

I svensk rett kan det se ut for at forholdet også for maskerte utbytter er slik at god tro opphever restitusjonsplikten. ABL skiller mellom restitusjon alt etter om det har skjedd en åpen eller maskert verdioverføring. Dersom overføringen har skjedd i strid med 17:1 1 st 4p ABL, som regulerer maskerte verdioverføringer, er tilbakebetalingsplikten i følge 17:6 1 st 2 avhengig av at selskapet viser til at mottakeren innså eller burde innså at transaksjonen innebar en verdioverføring.⁶²

⁵⁹ Aarbakke mfl. side 199.

⁶⁰ Stig Berge mfl. side 187.

⁶¹ Innstilling om lov om aksjeselskaper avgitt i mars 1970, NOU 1973:11 til 113 på side 173.

⁶² Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, side 38.

I de svenske forarbeidene nevnes det at rettspraksis viser at regelen om tilbakeføring kan benyttes analogt på disposisjoner som innebærer maskerte utbytter. Det nevnes imidlertid videre at det for aksjonærer som har stor innflytelse på selskapets disposisjoner sjeldent ville kunne sies å ha vært i god tro. Det virker her som om det er tilstrekkelig at mottakeren har vært i ond tro om at disposisjonen innebar en verdioverføring. Det er altså ikke av betydning at mottakeren var i god tro om disposisjonens lovlighet i slike tilfeller.⁶³

Likevel presiserer Andersson at løsningen på ingen måte må føre til at ”godtrosskyddet” ikke skal være bedre for mottaker ved maskerte enn for mottaker av åpne utdelinger.⁶⁴ Videre hevder han at behovet for en god tros krav er begrunnet i at disposisjoner som er rent kommersielle også kan være et maskert utbytte. Det vil i slike tilfelle foreligge en beskyttelsesverdig interesse i at mottaker ikke skal ha restitusjonsplikt.⁶⁵

Hvordan dette vil bete seg i norsk rett er usikkert. Men det kan synes som om at det vil være rom for å la slike disposisjoner anses som ikke utbetalt på aksjene og på denne måten slipper man dette problemet i norsk rett. Reglene om tilbakebetaling i svensk rett er en kodifisering av det som av rettspraksis har vært praktisert. Tidligere kan det synes som om rettspraksis bygger på det allmenne prinsippet om *condictio indebiti*. Dette prinsippet gjelder også i utgangspunktet i norsk rett. Dette kan altså åpne for at dersom det skal finnes tilfeller hvor mottaker til tross for at ingen regler er fulgt kan anses for å ha vært i god tro vil det kunne finnes en mulighet for at tilbakeføring avskjæres.

9.1 Straffeansvar og annet ansvar ved maskert utbytte

I tillegg til restitusjonsplikten kan det nevnes at disposisjoner som innebærer maskerte utbytter kan føre til straffeansvar. Det 27ende kapittel i straffeloven omhandler disposisjoner av part i gjeldsforhold som er ment å ivareta kreditorene

⁶³ SOU 1997:168 på side 84, kommiténs överväganden.

⁶⁴ Jan Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, side 172.

⁶⁵ Jan Andersson, *Om vinstutdelning från aktiebolag*, side 689.

for tapping av det som eventuelt vil kunne være igjen av verdier i for eksempel selskapet til dekning av kravet som kreditorene har mot dem.

Et eksempel på dette har vi i kjennelsen Rt 1993 s 1518 hvor det var tatt ut verdier, herunder maskert utbytte, fra selskapet som var i en insolvenssituasjon. Her rammes tilfellet av strl. § 285 annet ledd, hvor tiltalte på selskapets vegne hadde fått slettet gjeld mot seg når selskapet var i en insolvens lignende situasjon. Videre foreligger det straffeansvar for blant annet styret dersom dette foretar disposisjoner som er egnet til å svekke selskapskapitalen til skade for kreditorer. Styret har særskilt ansvar for at egenkapitalen skal være forsvarlig, dette kommer ut av at styret har handleplikt dersom egenkapitalen ikke er forsvarlig, jf asl/asal § 3-5 første ledd. For at dette skal få betydning på det maskerte utbyttet krever dette imidlertid at disposisjonen innebærer et tap for selskapet og at kapitalen herunder forringes. Videre har aksjelovene i kapittel 19 egen straffebestemmelse ved overtredelse av reglene i aksjelovgivningen.

I tillegg kan det nevnes at det finnes et særskilt ansvar i asl/asal § 3-7 annet ledd for den som medvirker til ulovlig utdeling. Dette ansvaret medfører sekundær plikt til tilbakeføring av det ulovlig utdelte.

10. Krav om tap for selskapet?

Et annet aktuelt spørsmål vil være hvorvidt den aktuelle disposisjonen, som inneholder et maskert utbytte, må innebære et tap for selskapet for å innebære en verdioverføring.

I den nye svenske aktiebolagslagen 17:1 1 st 4 p ABL, forutsettes det at selskapets kapital direkte eller indirekte minsker. Ifølge denne vil ikke disposisjoner være å anse som verdioverføring og dermed maskert utbytte dersom kapitalen vil være uendret eller øke i forbindelse med disposisjonen.

Det er imidlertid både direkte og indirekte tap som regnes under denne regelen. Med direkte tap menes disposisjoner som i seg selv fører til at selskapskapitalen

er mindre enn den var før disposisjonen. Typisk ved ettergivelse av gjeld eller overføring av en eiendom vederlagsfritt.⁶⁶

Indirekte vil tapet være dersom disposisjonen for eksempel fører til tap av en inntekt som uten den aktuelle avtalen ville kunne vært inntjent. Det typiske eksemplet her vil være dersom en vederlagsfritt leier ut en bolig til en aksjonær. Tapet vil da eventuelt bestå i den leie som selskapet ved utleie til utenforstående kunne inndrevet. Hvordan man skal fastsette hvorvidt det er snakk om en direkte eller indirekte forminskning av kapitalen skal i henhold til proposisjonen avgjøres etter allmenne prinsipper.⁶⁷

Det synes på Andersson som om rettstilstanden er usikker i forhold til hvilke disposisjoner som anses å innebære et indirekte tap.⁶⁸

Hvorvidt dette gjelder i norsk rett er usikkert. Det har ikke vært drøftet av Høyesterett om det foreligger et krav om tap for selskapskapitalen for at det skal være snakk om et maskert utbytte. Likevel kan man si det slik at der det ikke foreligger noe tap for selskapet, vil de legislative begrunnelsene for å forhindre utbytte være svake. Slike utdelinger kan imidlertid ha overgått hensynet til likebehandling av aksjonærene og ha medført en skjevfordeling av utdeling uten at det foreligger samtykke fra de forbigåtte aksjonærene.

I følge EUs kapitaldirektiv art. 42 skal likebehandlingen sikres. Denne regelen er ubetinget og er også inntatt i asl/asal § 4-1(1).

Det er imidlertid ikke sjeldent at slike utdelinger enten skjer ved samtykke fra øvrige aksjonærer eller at selskapet bare har en aksjonær. I slike tilfeller vil heller ikke dette forbudet være til hinder for det maskerte utbyttet.⁶⁹ I slike tilfeller kan det være av betydning hvorvidt disposisjonen har medført et tap for selskapet.

⁶⁶ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag side 47.

⁶⁷ Prop 2004/05:85 jf. Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag side 47, fotnote 64.

⁶⁸ Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag side 48 og side 49.

⁶⁹ Werlauff side 279.

I Rt 1990 s 1265 hadde en aksjonær solgt to aksjeposter i et selskap på samme dag. Den ene posten var eiet av han selv personlig og denne solgte han til en kurs verdi på 300. Den andre posten solgte han for selskapet hvor han var hovedaksjonær og styreformann i tillegg til daglig leder. Det er her uten tvil at aksjonæren hadde stor innflytelse på disposisjoner som ble tatt av selskapet. Dette er en faktor som oftest spiller stor rolle med tanke på kravet om at utdelingen må ha skjedd på aksjene. Høyesterett kom til at det ikke var tvil om at dersom prisen på aksjene selskapet solgte var påvirket av aksjonærens aksjer på en slik måte at selskapet fikk en dårligere pris enn det markedet tilsa. Likevel ble den gode prisen som aksjonæren her oppnådde for sine aksjer ikke å anse som utbytte.

Det er vel liten tvil om at den gode prisen for aksjonæren var foranlediget av salget av selskapets aksjer. Likevel anså Høyesterett ikke dette som en utdeling da prisen på aksjene som selskapet solgte måtte være det som på tidspunktet var markedsprisen på aksjene. Resultatet av den dommen hadde antakelig vært annerledes dersom aksjene for selskapet hadde blitt solgt for mindre enn deres verdi og dermed hadde ført til et tap for selskapet. Dette tyder på at det kan være et moment av betydning hvorvidt disposisjonen har medført et tap for selskapet eller ikke ved verdioverføringsspørsmålet.

11. Bevisbyrden for at det foreligger et maskert utbytte

Et sentralt spørsmål i denne sammenhengen er hvem som har bevisbyrden for det påståtte maskerte utbyttet. Ordinær bevisbyrde i norsk rett er at det er den som påstår et faktum også må bevise dette. Det finnes imidlertid en del unntak fra dette. Dersom det skal være ordinær bevisbyrde for påståtte maskerte utbytter vil det si at eksempelvis kreditorer etc., må bevise at den disposisjonen som er foretatt innebærer et maskert utbytte. Utfordringen ved dette, er at det i de fleste tilfeller vil være aksjonæren selv som sitter på informasjonen som er relevant for det påståtte tilfellet. Det kan synes som om det i svensk rett påhviler den som påstår et maskert utbytte å bevise dette.⁷⁰ Jeg vil anta at dette er tilfellet også i

⁷⁰ Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag side 424.

norsk rett. Noe annet ville medføre at der man påstår et maskert utbytte vil det måtte tilstrekkelig motbevises for at det skal være snakk om en lovlig disposisjon.

Noe annet kan være som nevnt i Rt 1995 s 1026, dersom det er verdiforskjell på ytelsene må det stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at ytelsen ikke har noe med aksjebesittelsen å gjøre. Dette er nok imidlertid mer ment som et særlig krav til bevisvurderingen, enn som en bevisbyrderregel.⁷¹

12. Rettspolitisk vurdering:

Det har tidligere i fremstillingen blitt nevnt at det finnes svært få dommer på området som er reist på selskapsrettslig grunnlag. De fleste sakene vil være på skatterettslig nivå. Jeg nevnte tidligere at årsaken til dette kan til dels være den sterke posisjon likningsmyndigheten har. I tillegg vil det også hos disse være ført en god del kontroll med bevegelser som skjer i selskapene. Et spørsmål som man må stille seg må være hvorfor det er så få avgjørelser på selskapsrettens område, at slike disposisjoner foretas er det liten tvil om når en ser antallet skattesaker som føres på lignende disposisjoner.

En årsak til dette kan blant annet være at aksjonæren som mottar verdien som overføres har så sterk posisjon i selskapet at det ikke vil bli reist sak mot denne.⁷² En kan imidlertid anta at kreditorer som føler seg krenket vil reise sak mot selskapet. Samtidig vil ikke disse ha stort å tjene på søksmålet med mindre disposisjonen utdeler mer enn det som vil være lovlig ut fra den frie egenkapital.

Et annet interessant spørsmål er det foreløpig uregulerte tilfellet i forhold til skatteplikten ved kapitalnedsettelse. I dag er det svært vanlig at selskapet, etter hvert som likvidene er nedskrevet, skriver opp kapitalen for å så utbetale verdier ved kapitalnedsettelse. Denne utdelingen er så langt skattefri da den vil fremstå som en tilbakebetaling av kapital som er skutt inn av aksjonærene. Reelt sett vil det likevel ikke ha skjedd noen bevegelse av likvider inn i selskapet.

⁷¹ Stig Berge mfl. side 25.

⁷² Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) side 197.

Det kan synes som om at skatteplikten på utbyttet motiverer i stor grad til den maskeringen av utbytte som i dag foretas. Spesielt i selskaper med få eller bare en aksjonær. I slike tilfeller kan det fort føles som en dobbelt beskatning på ene-aksjonærens hånd da han først vil bli beskattet på overskuddet i bedriften for så i tillegg måtte betale skatt ved uttak. Det vil her klart kunne være en fordel for alle parter om man får til et slikt samarbeid mellom skatteretten og selskapsretten som vil føre til færre maskerte utbytter. Til en viss grad kan man si at man har oppnådd dette ved lovlighetskravet for skattefritak.

I forbindelse med arbeidet rundt oppgaven har jeg vært i kontakt med flere aksjonærer. De fleste har holdt fokus på endringen som skjedde i 2006, når utbyttet igjen ble skattepliktig. Det kan derfor være grunn til å tro at et lov-samarbeid både selskaps- og aksjerettslig vil kunne bidra til å forhindre maskerte utbytter.

Det kan videre være interessant å se om den norske lovgivningen vil følge etter svenskene å innta bestemmelser som spesielt omhandler de maskerte utbyttene å på denne måten gjør rettstilstanden sikrere.

13. Kildeliste:

Litteratur:

Aarbakke/Skåre/Knudsen/Ofstad/Aarbakke, Aksjeloven og allmennaksjeloven, Kommentartutgave, 2. utgave, Oslo 2004.

Jan Andersson, Om vinnstutbetaling från aktiebolag, Uppsala 1995.

Jan Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, Femte upplagen, Stockholm 2005.

Tore Bråthen, Selskapsrett, Oslo 2002.

Erik Werlauff, EU-selskabsret 3. utgave 2002 Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Danmark.

Stig Berge, Hilde L. Krogh og Anne Taran Tjølsen, Utbytte, 2.utgave, Oslo 2007.

Olav Fr. Perland, Kapitalbeskyttelse for enhver pris? Tidsskrift for forretningsjus 2004 s 562. (TFF-2004-562) Utgiver; Gyldendal Akademisk.

Forarbeider:

Innstilling om lov om aksjeselskaper av 1970, avgitt i mars 1970, NOU 1973:11.

NOU 1995:30, ny regnskapslov.

NOU 1996:3, ny aksjelovgivning.

SOU 1997:169, forarbeid til den nye aksjeloven i sverige, Aktiebolagslag av 2005.

Ot.prp. nr 35 (1990-1991), Skattereformen 1992.

Ot.prp. nr 23(1996-1997), Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Ot.prp. nr 55 (2005-2006), om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Ot.prp. nr 29 (2006-2007), om lov om samvirkeforetak.

Rettsavgjørelser:

- Rt 1981 s 990
- Rt 1990 s 1265
- Rt 1993 s 1518
- Rt 1995 s 1026
- Rt 2000 s 2033
- Rt 2002 s 56
- Rt 2003 s 536