

Noen problemstillinger:

# Utdelinger og uttak fra aksjeselskap

**Når en aksjonær ønsker å ta ut midler fra et selskap, må det vurderes om selskapet har fri egenkapital (asl./asal. § 8-1 første til tredje ledd), og om utdelingen er i samsvar med forsiktig og god forretningsskikk (fjerde ledd). Selv om reglene langt fra er nye, viser det seg at det er mye uklarhet og usikkerhet rundt bestemmelsene.**



Artikkelen er forfattet av:

Statsautorisert revisor  
Jens-Erik Huneide  
Partner PricewaterhouseCoopers

Bestemmelsene i asl. og asal § 8-1 første til fjerde ledd omtaler utbytte (og konsernbidrag), men de er aktuelle i alle sammenhenger der en aksjonær tar ut midler fra selskapet, dvs. også ved ordinær kapitalnedsettelse, fisjon, lån til og sikkerhetsstillelse for aksjonær, og kjøp av egne aksjer, fordi bestemmelsene om slike transaksjoner henviser til § 8-1.

I denne artikkelen vil jeg peke på en del områder der det synes å være uklarhet. I den grad jeg kommer med synspunkter på bestemmelsene, står synspunktene fullt og helt for min egen regning.

## Fri egenkapital (første til tredje ledd)

For min del greier jeg ikke å lese lovteksten på annen måte enn at første og annet ledd, og dermed også tredje ledd, er «tekniske beregningsregler». Det betyr for eksempel at en ved beregningen etter første ledd skal plukke frem de aktuelle beløpene for de postene som er ramset opp, verken mer eller mindre. Da det ble tillatt etter god regnskapsskikk å føre virkningen av kontantstrømsikring direkte mot egenkapitalen, var det en del som hevdet at dette beløpet måtte trekkes ut i beregningen etter første ledd. Basert på ordlyden er det vanskelig å forstå synspunktet, og etter hvert synes de fleste å ha blitt enige om at beløpet ikke skal trekkes ut. Det er også

svært vanskelig å forstå professor Aarbakke i hans kommentarutgave til aksjeloven, der det uten begrunnelse sies at underskudd etter balansedagen skal trekkes fra i beregningen. Det er svært tvilsomt om dette synspunktet kan være riktig.

Et spørsmål som er reist forholdsvis hyppig, er om beløp som er overført fra aksjekapital eller overkursfond til annen egenkapital på bakgrunn av et vedtak før årsskiftet, inngår i utbyttegrunnlaget etter første ledd når kreditortfristen utløper etter årsskiftet. Svaret er etter min oppfatning lite tvilsomt. Når god regnskapsskikk til-

sier at beløpet skal overføres til annen egenkapital allerede på vedtakstidspunktet, er det ikke noe i første ledd som tilsier at beløpet skal trekkes ut igjen.

## Forenlig med forsiktig og god forretningsskikk (fjerde ledd)

I motsetning til første til tredje ledd, er fjerde ledd åpenbart en vurderingsbestemmelse. Formuleringen «forenlig med forsiktig og god forretningsskikk» har i realiteten betydelige likhetstrekk med bestemmelsen om forsvarlig egenkapital i § 3-4: «Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget

## Utbytte og konsernbidrag

§ 8-1. Hva kan utdeles som utbytte

- (1) Som utbytte kan bare deles ut årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital etter fradrag for
  1. udekket underskudd;
  2. balanseført forskning og utvikling, goodwill og netto utsatt skattefordel;
  3. den samlede pålydende verdi av egne aksjer som selskapet har ervervet til eie eller pant i tidligere regnskapsår, og kreditt og sikkerhetsstillelse etter §§ 8-7 til 8-9 som etter disse bestemmelsene skal ligge innenfor rammen av fri egenkapital;
  4. den del av årsoverskuddet som etter lov eller vedtekter skal avsettes til et bundet fond eller ikke kan utdeles som utbytte.
- (2) Selskapet kan ikke utdele utbytte dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen, uten å følge en fremgangsmåte som fastsatt i §§ 12-4 og 12-6 for nedsetting av aksjekapitalen.
- (3) Egenkapital som kan utdeles som utbytte etter første og annet ledd uten å følge fremgangsmåten etter §§ 12-4 og 12-6, regnes som selskapets frie egenkapital.
- (4) Det kan ikke i noe tilfelle besluttes utdelt mer enn forenlig med forsiktig og god forretningsskikk, under tilbørlig hensyn til tap som måtte være inntruffet etter balansedagen, eller som må forventes å ville inntreffe.

av virksomheten i selskapet». Likhetene er så store at jeg har hatt vanskelig for å finne en sikker tolkning av hva som egentlig er forskjellen på bestemmelsene. Det er derfor med glede jeg ser at Gudmund Knudsen i sin utredning om forenkling og modernisering av aksjeloven har foreslått at bestemmelsen om «forsiktig og god regnskaps-skikk» erstattes med «forsvarlig egenkapital og tilstrekkelig likviditet».

Selv om det ikke går klart frem av lovteksten, er det ikke særlig tvil om at det er den reelle egenkapitalen som skal legges til grunn ved vurderingen av om utdelingen er forenlig med forsiktig og god forretnings-skikk (fjerde ledd). Ved denne vurderingen er det for øvrig ikke situasjonen på balanse-tidspunktet som skal legges til grunn, men situasjonen på utdelingstidspunktet, jf. formuleringen «under tilbørlig hensyn til tap som måtte være inntruffet etter balanse-dagen eller som må forventes å inntreffe». Formuleringen legger vekt på negative forhold, men kan ikke være til hinder for at en også trekker inn positive hendelser etter balansedagen i vurderingen.

## Nærmere om første ledd

Ifølge NRS 16 *Årsberetning* skal det gis opplysning om fri egenkapital pr. 31.12. Ved denne beregningen må det være beløpene pr. 31.12 som skal trekkes fra for lån til aksjonær, egne aksjer osv. Avsatt utbytte i årsregnskapet må gå til fradrag, slik at det er fri egenkapital etter avsatt utbytte som det opplyses om.

Det synes å være allmenn enighet om at «fri egenkapital bare kan brukes én gang», selv om det ikke står direkte i loven. Hvis et selskap har fri egenkapital på 100 før det avsettes utbytte i årsregnskapet, kan det ikke både dele ut 100 som utbytte og kjøpe egne aksjer for 100 i det nye året. Hvis det er kjøpt egne aksjer for 100 før utbytteutdeling vedtas, vil dermed en av transaksjonene bli ulovlig. Det synes som om de fleste hevder at utbyttet blir ulovlig, fordi kjøpet skjer før utbyttet vedtas. Men enkelte hevder med styrke at utbyttet går foran i tid selv om det vedtas sist, fordi det avsettes i regnskapet pr. 31.12. Spørsmålet er kanskje mer prinsipielt enn praktisk interessant, fordi en utbytteavsetning i så fall vil gjøre kjøpet av egne aksjer ulovlig, noe som neppe er ønskelig.

Spørsmålet er mer interessant hvis en aksjonær har tatt opp lån i selskapet mellom 31.12 og generalforsamlingen. Justisdepartementets lovavdeling har jo tolket loven slik

at det ikke er anledning til å foreta egenkapitaltransaksjoner (med unntak av kjøp/salg av egne aksjer) og yte lån til aksjonær mv. i denne perioden. Det betyr at lånet uansett er ulovlig ytet og må tilbakebetales. Hvis utbyttet går først i tid og dermed er lovlig, kan aksjonæren ta ut utbytte for (helt eller delvis) å nedbetale lånet. Det er for øvrig grunn til å tro at slike transaksjoner etter årsskiftet ofte blir glemt når en beregner maksimalt utbytte etter første ledd.

Det er i utgangspunktet fri egenkapital pr. 31.12 som danner rammen for hva som kan deles ut eller lånes ut i hele det neste året. Derfor er den vanlige fortolkningen at en ikke kan tas hensyn til for eksempel nedbetaling av lån i perioden fra 31.12 til en utdeling skjer. I så fall ville fri egenkapital kunne øke i denne perioden. Dermed må en ta hensyn til nye lån, kjøp av egne aksjer osv., fra 1. januar og frem til for eksempel et ekstraordinært utbytte eller en kapitalnedsettelse, mens en ikke kan ta hensyn til nedbetaling av lån og salg av egne aksjer. Logisk sett taler mye for at en burde kunne legge nettopbetraktninger til grunn. Fortolkningen virker derfor svært streng, men den bør likevel legges til grunn for de disposisjoner som planlegges gjennomført.

Når aksjekapitalen eller overkursfondet nedsettes i løpet av året med overføring til annen egenkapital, kan formuleringen «årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital» tolkes slik at beløpet som overføres kan inkluderes i fri egenkapital så snart beløpet er overført til annen egenkapital, normalt når generalforsamlingen har gjort vedtaket. Justisdepartementets lovavdeling har imidlertid uttalt at det må avlegges et nytt årsregnskap først, og i praksis antar jeg at mer eller mindre alle legger denne tolkningen til grunn.

Ved kapitalnedsettelse og overføring fra overkursfond (inkludert fisjon) skal det være «dekning for bundet egenkapital» etter kapitalnedsettelsen. Det betyr at annen egenkapital ikke kan være negativ etter kapitalnedsettelsen. Hvis et selskap for eksempel har 100 i annen egenkapital og 200 i goodwill eller lån til aksjonær, kan det i utgangspunktet ikke gjennomføres en kapitalnedsettelse/overføring. Så vidt jeg har erfart legger de fleste advokater likevel til grunn at en slipper å vente til over årsskiftet med å gjennomføre den planlagte nedsettelsen/overføringen hvis en først eller samtidig med den planlagte kapitalnedsettelsen overfører (minst) 100

fra aksjekapital eller overkursfond til annen egenkapital, slik at fri egenkapital ikke lenger er negativ.

## Åpningsbalanser som grunnlag for utdelinger

Ved fusjon og fisjon øker ikke den frie egenkapitalen (med unntak av fusjon mellom morselskap og datterselskap). Ved bruk av kontinuitet blir normalt den frie egenkapitalen uendret, og ved bruk av virkelig verdi blir normalt den frie egenkapitalen lavere. Det er derfor vanskelig å finne et reelt grunnlag for at åpningsbalanser ved fusjon og fisjon ikke skal kunne anses som sist fastsatte balanse, og dermed gi grunnlag for eksempel for et ekstraordinært utbytte eller for en kapitalnedsettelse.

Skattedirektoratet har i to bindende forhåndsuttalelser (73/02 om kapitalnedsettelse og 75/04 om utbytte) lagt til grunn at åpningsbalanser kan legges til grunn som sist fastsatte balanse. Begge uttalelsene krever imidlertid at åpningsbalansen må være revidert. Det er likevel ikke opplagt at det kan foretas utdelinger basert på slike reviderte åpningsbalanser. En bør derfor være varsom med å foreta slike utdelinger før situasjonen er avklart.

## Lån til aksjonær

Ifølge asl./asal. § 8–7 kan et selskap bare gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier eller noen av aksjeeierens nærstående innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte. Rammen for utbytte er i utgangspunktet første til fjerde ledd i § 8–1. Spørsmålet som likevel ikke synes helt avklart, er om en må vurdere andre ledd og/eller fjerde ledd i tillegg til første ledd. Jeg henviser her til en artikkel i Revisjon og Regnskap nr. 4/2009. Forfatterne antar at en kan se bort fra annet ledd, men ikke fjerde ledd.

## Avslutning

Det fremgår av det ovenstående at det fremdeles er flere uavklarte spørsmål knyttet til bestemmelsene i § 8–1 første til fjerde ledd. Hvis de lovendringene som advokat Gudmund Knudsen har foreslått i sin utredning vedtas, vil vi så vidt jeg kan forstå ikke bare få mer hensiktsmessige regler, men også regler som fjerner mye av den usikkerheten som er beskrevet ovenfor. Og ikke minst vil fokuset ved vurdering av maksimalt utbytte og andre utdelinger bli flyttet fra de tekniske beregningsreglene til en vurdering av forsvarlig egenkapital og tilfredsstillende likviditet. Da blir vurderingen vanskeligere, men mye mer fornuftig.