

oftest følger alternativ pedagogikk e.l., og dermed regelmessig avviker fra offentlige læreplaner mv.

Som nevnt er det enklere, blant annet for skatteforvaltningen, å kunne lene seg på en faginstans sin godkjenning av den private aktøren. Avgiftsforvaltningen kan for eksempel lett og objektivt slå fast om en privat barnehage er godkjent eller ikke. Den innholdsmessige og kvalitative vurderingen av ytelsens innhold gjøres da av en instans som presumptivt har nødvendig fagkompetanse på det aktuelle fagområdet.

Utforming av regelverk

En forenkling av avgrensningskriteriet i kompensasjonsloven kan tenkes ved å knytte kompensasjon for undervis-

ningsaktører til konkrete godkjenningsordninger. Tilsvarende presiseringer kan nok også tenkes på når det gjelder de andre aktuelle feltene, som helse- og omsorgstjenester eller sosiale tjenester.

Ved avgrensning er det imidlertid viktig å sikre at ikke hensynet til forenkling går ut over de viktige konkurransehensynene som kompensasjonsloven skal ivareta.

Formålet med loven er som nevnt å skjerme den private aktøren mot konkurranseulemper som skyldes merverdiavgiftssystemet. Avgrensningskriteriet må derfor utformes slik at man kan identifisere private aktører som leverer undervisningstjenester i konkurranse med kommunale eller fylkeskommunale aktører. Fokus bør etter min vurdering knyttes til den tjenesten

borgeren – eleven – oppnår ved tjenesten mer enn hvordan tjenesteoppgaven konkret løses. For eksempel viser Høyesterett til at ett nødvendig kriterium normalt bør være at skolen har eksamensrett, slik at eleven etter å ha mottatt tjenesten stilles i samme situasjon som om eleven hadde valgt det kommunale tilbudet.

Relevante konkurransesituasjoner bør identifiseres ut fra hvordan tilbudet fremstår for brukeren. Dersom regelverket kan forenkles ved for eksempel å knytte kriteriet til konkrete godkjenninger e.l., bør derfor kompensasjonsloven ev. i tillegg til dette også sikre kompensasjonsrett for aktører som – sett fra elevens ståsted – leverer et fullgodt selvstendig alternativ til den offentlige tjenesten.

Kompensasjon av minoritetsaksjonærer ved konsernbidrag



Advokat
Camilla Fingarsen
Senior manager i Advokatfirmaet PwC



Advokat
Lars Erik Bye
Direktør Advokatfirmaet PwC

Likebehandlingsprinsippet tilsier at minoritetsaksjonær skal kompenseres når det avgis konsernbidrag til majoritetsaksjonær. I artikkelen ser vi på hvordan kompensasjonen til minoritetsaksjonær bør beregnes i ulike tilfeller slik at minoritetsvernet ikke krenkes.

I skattekonsern med minoritetsaksjonærer vil majoritetsaksjonær ha mulighet til å overføre verdier til seg selv gjennom konsernbidrag, uten at minoritetsaksjonær i utgangspunktet kan forhindre dette. Dette nyanseres av aksjelovens regler om minoritetsvern, som innebærer at majoritetsaksjonær ikke kan oppnå en «urimelig fordel» på bekostning av minoritetsaksjonær. Dette likebehandlingsprinsippet tilsier at minoritetsaksjonær må kompenseres når det avgis konsernbidrag til majoritetsaksjonær.

Idet minoritetsaksjonær ikke kan motta konsernbidrag, kan det reises spørsmål om hvordan kompensasjonen skal utbetales – og beregnes. Konsernbidrag kan avgis og mottas med eller uten skatteeffekt, eller i kombinasjoner av dette (for eksempel sirkelkonsernbidrag). Dette vil ha innvirkning på nettoeffekten av konsernbidraget, og vil dermed også påvirke hva som kan anses som en rimelig kompensasjon til minoritetsaksjonær. I denne artikkelen vil vi vurdere hvordan kompensasjonen til minoritetsaksjonær bør bereg-

nes i ulike tilfeller slik at minoritetsvernet ikke krenkes.

Minoritetsaksjonærs krav på kompensasjon

Konsernbidrag kan kun avgis og mottas dersom en aksjonær har mer enn 90 % av aksjene og stemmene i et selskap.¹ Det er som utgangspunkt tilstrekkelig med alminnelig flertall for å beslutte et konsernbidrag, og en aksjonær med mer enn 90 % av stemmene kan dermed beslutte et konsernbidrag til seg selv eller et annet selskap i skattekonsernet uten at minoritetsaksjonær kan forhindre dette eller trenger å medvirke.²

Det aksjerettslige flertallsprinsippet begrenses i noen grad av aksjelovens regler om minoritetsvern. En sentral materiell skranke for flertallsbeslutninger er generalklausulen i aksjeloven § 5–21, som forbyr generalforsamlingen å «treffe noen beslutning som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning.» Videre kan minoritetsaksjonær og en majoritetsaksjonær i utgangspunktet ikke forskjellsbehandles, jf. likhetsgrunnsetningen i aksjeloven § 4–1 som slår fast at alle aksjer skal gi lik rett i selskapet.

Minoritetsaksjonærs rett til likebehandling

Grensen mellom en dominerende aksjeiers rett til å bestemme og en minoritetsaksjonærs rett til likebehandling ble behandlet av Høyesterett i dom av 13. oktober 2020.³ Avgjørelsen gjaldt spørsmål om majoritetsaksjonær (80 %) og daglig leder i et selskap var erstatningsansvarlig overfor en minoritetsaksjonær (20 %). Et flertall på tre dommere la i samsvar med minoritetsaksjonærs anførsel til grunn at majoritetsaksjonær hadde misbrukt sin innflytelse ved å nedlegge lønnsom drift i selskapet og umiddelbart videreføre denne i et søsterselskap. Overføringen skjedde trinnsvis

gjennom flere disposisjoner fra majoritetseieren, uten at selskapet mottok vederlag for virksomheten som ble overført. Det prinsipielle ved dommen er flertallets uttalelse om at en transaksjonsrekke samlet sett kan utgjøre et brudd på minoritetsvernet og den ulovfestede lojalitetsplikten, selv om enkelttransaksjonene hvor for seg fremstår som forretningsmessig velbegrunnede. Høyesterett kom imidlertid også med interessante presiseringer av det strenge akt-somhetskravet majoritetsaksjonær har overfor minoritetsaksjonærs interesser:

«I utgangspunktet står enhver aksjeeier fritt til å ivareta egne interesser uten at det medfører ansvar. Men aksjeeiere, eller grupper av aksjeeiere, som har flertallet av stemmene i selskapet, har muligheten til å treffe beslutninger som kan innebære misbruk av posisjonen. Ansvar etter § 17–1 har derfor større aktualitet for slike dominerende aksjeeiere enn for andre aksjeeiere.»

Og:

«Flertallseiere må forventes å ha innsikt i og forståelse for beslutningene som treffes. Også av denne grunn har ansvar etter § 17–1 større aktualitet for denne gruppen aksjeeiere.»

Dommen belyser grensen mellom flertallsprinsippet og beslutninger som må anses som maktmisbruk. Grensedragningen får betydning i flere tilfeller, særlig ved avgivelse av konsernbidrag.

En majoritetsaksjonær som ønsker å utdele konsernbidrag, må derfor beslutte kompensasjon til minoritetsaksjonær for å unngå at majoritetsaksjonær oppnår en «urimelig fordel» på bekostning av minoritetsaksjonær.⁴ Dette har bred støtte i juridisk teori, samt underrettspraksis.⁵ Et spørsmål som ikke er drøftet i like stor grad, er hvordan denne kompensasjonen skal beregnes slik at minoritetsvernet ikke krenkes.

Beregning av kompensasjonen for å unngå krenkelse av minoritetsvernet

Aksjelovens regler om minoritetsvern gir ingen anvisning på hvordan kompensasjonen til minoritetsaksjonær skal beregnes, utover at «alle aksjer gir lik rett i selskapet» og at ingen aksjonær skal motta en «urimelig fordel» på bekostning av den andre, jf. aksjeloven §§ 4–1 og 5–21.

I juridisk teori er dette tolket som at kompensasjonen bør besluttes i form av et utbytte til minoritetsaksjonær, hvor utbetalingsbeløpet pr. aksje tilsvarende konsernbidraget til majoritetsaksjonær. Aarbakke m.fl. (4. utg.) s. 628 skriver:

«... ved utdeling kan eventuelle minoritetsaksjeeiere i det selskapet som yter konsernbidrag, kreve tilsvarende som utbytte i henhold til § 5–21, jf. RG 1991 s 896 Sør-Østerdal.»

I dommen det vises til, ble det lagt til grunn at kompensasjonen skulle tilsvare et like stort beløp pr. aksje, med henvisning til en uttalelse fra Aarbakke i «Konsernbidrag og minoritetsvern» (1986) som lyder:

«Et konsernbidrag som ikke samtidig gir minoritetsaksjeeierne et like stort beløp pr. aksje, vil være klart brudd på likhetsgrunnsetningen. Beslutning om dette er lovlig bare overfor minoritetsaksjeeiere som gir sin tilslutning til generalforsamlingens beslutning.»

I Gjems Onstad m.fl. «Norsk Bedriftsskatterett» (2018) s. 680 poengteres det at et konsernbidrag vil gi ulik økonomisk nettobelastning for selskapet, avhengig av hvorvidt det gis med eller uten skatteeffekt. Det vises i den forbindelse til følgende formel fra Skaret og Sveen 1996 s. 51, som «tar hensyn til den skattebesparelsen det ytende selskapet oppnår gjennom konsernbidraget (men ser bort fra skatteulempen for det mottagende selskap)»:

(Konsernbidrag x (1 - skattesats) x minoritetsaksjonærs eierandel) / majoritetsaksjonærs eierandel).

1 Aksjeloven § 8-5 (1), jf. skatteloven § 10-4.

2 Majoritetsaksjonær kan også beslutte tvangsutløsning av minoritetsaksjonær etter aksjeloven § 4-25. Minoritetsaksjonær kan på sin side kreve seg utløst etter aksjeloven § 4-26.

3 HR-2020-1947-A.

4 Generalforsamlingsvedtaket som ligger til grunn for konsernbidraget, kan bli kjent ugyldig etter aksjeloven § 5-22. Dette kan medføre at fradragretten for konsernbidraget bortfaller, idet det ikke lenger er «lovlig» etter aksjeloven, jf. skatteloven § 10-2 (1). Det vil også foreligge risiko for erstatningsansvar etter aksjeloven § 17-1.

5 Sør-Østerdal herredsretts dom av 14. desember 1990 (RG-1991-896).

Forfatterne synes imidlertid å konkludere med at kompensasjon med likt beløp pr. aksje er den praktiske hovedregelen: «I praksis benyttes visstnok mest (...) bruttometoden, hvor det tas utgangspunkt i konsernbidraget uten hensyn til skattefaktoren.».

En kompensasjon utbetalt som et beløp som er likt pr. aksje som det majoritetsaksjonær mottar, vil helt klart være i tråd med likhetsgrunnsetningen. Spørsmålet er om en lavere kompensasjon i enkelte tilfeller kan forsvares uten at dette er i strid med generalklausulen i § 5–21 om at ingen skal oppnå en urimelig fordel på andre aksjonærers bekostning. Noen eksempler kan tydeliggjøre problemstillingen.

Konsernbidrag uten skatteeffekt

Et konsernbidrag uten skatteeffekt kan være aktuelt for et selskap uten skattepliktige inntekter, eller for et selskap som allerede har disponert selskapets skattepliktige inntekt gjennom et konsernbidrag med skatteeffekt.

Nettoverdien av utdelingen ved avgivelse av et konsernbidrag uten skatteeffekt vil være likt som ved et utbytte. Det vil derfor ikke være noen skatteeffekt som kan begrunne noe annet enn at samtlige aksjonærer mottar et like stort beløp pr. aksje. Kompensasjonen til minoritetsaksjonær bør dermed være et utbytte med likt beløp pr. aksje som for konsernbidraget som avgis.

Dersom majoritetsaksjonær eier 901 aksjer, minoritetsaksjonær eier 99 aksjer og det skal deles ut 1000, medfører dette at ved avgivelse av 1 pr. aksje i konsernbidrag til majoritetsaksjonær, kompenseres minoritetsaksjonær med 1 pr. aksje i utbytte. Utbyttet til minoritetsaksjonær kan beregnes slik: Konsernbidrag/majoritetsaksjonærs eierandel x minoritetsaksjonærs eierandel.

Konsernbidrag med skatteeffekt

Dersom eksemplet endres, slik at selskapet har en *skattepliktig* inntekt på 1000 som ønskes delt ut til aksjonærene i sin helhet, må selskapet før utbytteutdeling betale 220 i skatt

(22 %). Beløpet som kan deles ut som utbytte, utgjør dermed 780.

Når totalbeløpet deles ut som utbytte etter skatt, utgjør utdelingsbeløpet 0,78 pr. aksje for både majoritetsaksjonær og minoritetsaksjonær. Dette er etter vårt syn utgangspunktet for hva minoritetsaksjonær har krav på, hvilket vi vil begrunne nærmere nedenfor.

Konsernbidrag er fradragsberettiget så langt det ligger innenfor selskapets skattepliktige inntekt, jf. skatteloven § 10–2 (1). Til gjengjeld er mottaker skattepliktig for tilsvarende beløp, jf. skatteloven § 10–3.

Deler majoritetsaksjonær ut sin andel (90,1 %) av selskapets resultat før skatt som konsernbidrag, vil skattebelastningen i selskapet bli redusert med 198 (901 x 22 %). Skattebesparelsen gjør det mulig å dele ut 901 i konsernbidrag med skatteeffekt til majoritetsaksjonær samtidig som minoritetsaksjonær får sine 77,22 (0,78 pr. aksje) i utbytte.

Minoritetsaksjonær vil i et slikt tilfelle få en lavere utdeling pr. aksje enn majoritetsaksjonær. Spørsmålet er om dette innebærer at majoritetsaksjonær har fått en «urimelig fordel», jf. aksjeloven § 5–21, eventuelt at det foreligger brudd på likhetsgrunnsetningen i aksjeloven § 4–1. Vi mener svaret er nei.

For det første vil ikke majoritetsaksjonær etter vårt syn oppnå en «fordel». Majoritetsaksjonær vil riktignok øke sin utdeling fra selskapet med 198 sammenlignet med utbyttesituasjonen, men får samtidig en skatt på 198 i et annet konsernselskap. Som utgangspunkt er disposisjonen dermed skattemessig nøytral for majoritetsaksjonær.

Ofte vil formålet med å avgi et konsernbidrag med skatteeffekt være å avregne skattepliktig inntekt mot et fremførbart underskudd i et annet konsernselskap. Disposisjonen vil dermed ikke nødvendigvis medføre en korresponderende betalbar skatt i et annet konsernselskap for majoritetsaksjonær. Prinsipielt vil effekten imidlertid være den samme, idet majoritetsak-

sjonær reduserer en skatteposisjon i form av fremførbart underskudd tilsvarende konsernbidraget. Det fremførbare underskuddet har en verdi, og utnyttelsen av det representerer en kostnad for majoritetsaksjonær.

I Gjems Onstad m.fl. «Norsk Bedriftsskatterett» (2018) s. 680 uttales det at mottakers skatteulempe ikke bør «redusere rettighetene til aksjonærene i det ytende selskap»:

«At denne skattebesparelsen blir en skatteulempe for mottageren, kan vanskelig redusere rettighetene til aksjonærene i det ytende selskap. Ei heller kan det innvirke på beregningen hvorvidt minoritetsaksjonærene faller inn under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2–38, har rett til skjermingsfradrag, jf. sktl. § 10–12, eller er utlendinger underlagt kildeskatt, jf. sktl. § 10–13.»

Slik vi ser det, vil utgangspunktet for vurderingen av hva som skal anses som *reduksjon* av minoritetsaksjonærs rettigheter, være utdelingen minoritetsaksjonær ville mottatt dersom utdelingen ble gitt som utbytte. Som eksempelet ovenfor viser, er en høyere utdeling pr. aksje til majoritetsaksjonær gjennom konsernbidrag fullt forenlig med at minoritetsaksjonær mottar en tilsvarende utbytteutdeling som i et tilfelle hvor alle aksjonærene hadde mottatt utbytte. Med dette utgangspunkt blir problemstillingen dermed motsatt: Hvorfor skal minoritetsaksjonærs rettigheter *øke* fordi majoritetsaksjonær omfordeler skattebelastningen i sitt skattekonsern?

Vi er for øvrig enige i at det ikke vil ha innvirkning på beregningen om minoritetsaksjonærene faller inn under fritaksmetoden, har rett til skjermingsfradrag eller er underlagt kildeskatt. Ulikt et konsernbidrag med skatteeffekt vil dette imidlertid ikke påvirke størrelsen på maksimal utdeling fra selskapet, og det vil heller ikke være en direkte sammenheng mellom en fordel for selskapet og en ulempe for mottaker.

En korrigerende skattefordelen vil etter vårt syn sikre rettfærdig behandling

av majoritets- og minoritetsaksjonær. Kompensasjon til minoritetsaksjonær kan da beregnes slik: Konsernbidrag/majoritetsaksjonærs eierandel x (1- skattesats) x minoritetsaksjonærs eierandel.⁶

Sirkelkonsernbidrag

Et tredje typetilfelle er at selskapet har fremførbart underskudd som majoritetsaksjonær ønsker å utnytte. Majoritetsaksjonær kan da avgi et konsernbidrag med skatteeffekt til selskapet. Konsernbidraget vil være skattepliktig i selskapet, men avregnes mot fremførbart underskudd slik at det ikke blir betalbar skatt. For giverselskapet vil konsernbidraget være fradragsberettiget slik at konsernets betalbare skatt reduseres.

Et konsernbidrag fra majoritetsaksjonær vil øke verdien av selskapet og dermed utgjøre en fordel for minoritetsaksjonær. Majoritetsaksjonær vil imidlertid normalt ikke ønske å berike minoritetsaksjonær på denne måten, og kan unngå dette ved å beslutte et konsernbidrag uten skatteeffekt tilbake fra det felleseide selskapet (sirkelkonsernbidrag).

Spørsmålet blir da hvor stor del av konsernbidraget majoritetsaksjonær kan tilbakebetale uten at dette utgjør en urimelig fordel på bekostning av minoritetsaksjonær.

Et alternativ er å avgi et konsernbidrag opp som er like stort som konsernbidraget ned. Gjennom et sirkelkonsernbidrag vil imidlertid majoritetsaksjonær ha redusert en skatteposisjon (fremførbart underskudd) i det felleseide selskapet. Minoritetsaksjonær vil kunne argumentere for at det foreligger en «urimelig fordel» dersom deres andel av skatteposisjonen forbrukes av majoritetsaksjonær uten at dette kompenseres.

Et særlig spørsmål er om det er underskuddets nominelle eller virkelige verdi som skal kompenseres. For minoritetsaksjonær er det underskuddets virkelige verdi som vil være tapet, men for majoritetsaksjonær vil fordelene være

Konsernbidrag med og uten skatteeffekt, sirkelkonsernbidrag
 Utbytte til minoritetsaksjonær = Konsernbidrag/majoritetsaksjonærs eierandel x minoritetsaksjonærs eierandel 901/90,1 % x 9,9 %

Konsernbidrag med skatteeffekt

Utbytte til minoritetsaksjonær = Konsernbidrag/majoritetsaksjonærs eierandel x (1- skattesats) x minoritetsaksjonærs eierandel 901/ 90,1 % x (1 – 22 %) x 9,9 %

Sirkelkonsernbidrag

Utbytte til minoritetsaksjonær = Konsernbidrag x skattesats x minoritetsaksjonærs eierandel 1000 x 22 % x 9,9 %

det fremførbare underskuddets nominelle verdi. Underskuddets nominelle verdi vil gi den høyeste kompensasjonen til minoritetsaksjonær, og er dermed den tryggeste løsningen for å ivareta minoritetsvernet. Majoritetsaksjonær vil imidlertid kunne argumentere for en annen løsning dersom den virkelige verdien av underskuddet er lavere, for eksempel hvis det er klart at selskapet aldri vil kunne utnytte underskuddet selv.

Et eksempel på en slik situasjon er at majoritetsaksjonær gir et konsernbidrag med skattemessig effekt til selskapet på 1000. Konsernbidraget reduserer selskapets fremførbare underskudd med 1000, som tilsvarer en nominell verdi på 220 (22 %). Minoritetsaksjonærs andel (9,9 %) av dette bør kompenseres gjennom et utbytte på 21,78. De resterende 978,22 kan deles ut til majoritetsaksjonær som et konsernbidrag uten skatteeffekt uten at dette vil gi en «urimelig fordel».⁷

Avslutning

Dersom majoritetsaksjonær beslutter kompensasjon til minoritetsaksjonær i henhold til prinsippene beskrevet ovenfor, vil minoritetsvernet etter vår oppfatning være tilstrekkelig ivarettatt. I den grad utbetalingen pr. aksje ikke er den samme for minoritetsaksjonær

som for majoritetsaksjonær, vil dette være saklig begrunnet i konsernbidragets skatteeffekt.

Å regulere kompensasjonsspørsmålet i en aksjonæravtale kan likevel være hensiktsmessig som et tiltak for å avverge at partene ender opp i en (rettslig) tvist. Det vil da være et poeng å presisere hvorvidt beregningsmetoden som inntas i avtalen tar sikte på å regulere et konsernbidrag med eller uten skatteeffekt. Viktigheten av dette kan illustreres med følgende eksempel:

Det felleseide selskapet har en skattepliktig inntekt på 10 millioner. Majoritetsaksjonær beslutter et konsernbidrag på 20 millioner. Av dette vil 10 millioner ha skatteeffekt, mens 10 millioner ikke kan fradragsføres. Minoritetsaksjonær vil etter vårt syn ha krav på et utbytte tilsvarende 10 millioner/90,1 % x (1- 22 %) x 9,9 % = 857 047 for den delen av konsernbidraget som er fradragsberettiget i det felleseide selskapet. For den delen av konsernbidraget som ikke er fradragsberettiget, vil minoritetsaksjonær ha krav på et utbytte tilsvarende 10 millioner/90,1 % x 9,9 % = 1 098 779.

Dersom partene i aksjonæravtalen har avtalt at minoritetsaksjonær ved konsernbidrag skal kompenseres med en av formlene, uten å spesifisere hvilken situasjon (skattemessig/ikke skattemessig) den er myntet på, vil utfallet kunne bli at minoritetsaksjonær blir over- eller underkompensert. For å unngå dette er det viktig at partene har et bevisst forhold til hva de har krav på etter bakgrunnsretten.

⁶ Tilsvarende Gjems Onstad m.fl. «Norsk Bedriftsskatterett» (2018) s. 680.

⁷ Det antas i Zimmer m.fl. i «Bedrift, selskap og skatt» (2018) s. 451 at majoritetsaksjonær må utløse minoritetsaksjonær for konsernbidraget besluttes «ned» dersom minoritetsaksjonær ikke godtar at majoritetsaksjonær mottar et utbytte (eller et konsernbidrag «opp»). Som det fremgår, mener vi at majoritetsaksjonær i en slik situasjon har anledning til å beslutte et påfølgende utbytte til seg selv, alternativt et konsernbidrag «opp», uten at dette krenker minoritetsvernet så lenge minoritetsaksjonær kompenseres for bortfall av skatteposisjonen.