



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Grensen mellom aksjeselskap og samvirkeforetak

Kine Reierth

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Temaet.....	1
1.2	Metode.....	3
1.3	Avgrensning, presisering og aktualitet.....	4
1.4	Videre fremstilling	5
2	Grensedragningen – de rettslige utgangspunktene.....	6
2.1	Innledning.....	6
2.2	Aksjeselskapene	6
2.3	Samvirkeforetakene.....	9
2.3.1	Selvstendig organisasjonsform.....	11
3	Grensedragningens betydning i praksis.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Ny samvirkedefinisjon	14
3.2.1	Foretakets formål.....	15
3.2.2	Medlemmenes interesse	18
3.2.3	Omsetningskriteriet	19
3.2.4	Samvirkeprinsippene som kilde for grensedragningen	21
3.3	Aksjeselskaper med kooperativ egenart.....	23
3.3.1	Hensynet til den enkelte aksjeeier.....	27
3.4	Anvendelse av overskudd.....	27
3.4.1	Utdeling av atypisk utbytte	27
3.4.2	Adgangen til å foreta utdeling av årsoverskudd innen samvirkeformen.....	33
3.5	Adgang til konservativ utbyttepolitikk.....	37
3.6	Omdanning	40
3.6.1	Fra samvirkeforetak til aksjeselskap	41
3.6.2	Fra aksjeselskap til samvirkeforetak	44

3.7 Oppsummering og avsluttende bemerkninger.....	46
Lovregister	48
Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter	48
Rettspraksis	49
Litteratur.....	50
Kilder fra internett.....	52

1 Innledning

1.1 Temaet

Aksjeloven § 1-1 annet ledd regulerer at det ved lov kan bestemmes at selskap med begrenset ansvar ikke skal regnes som aksjeselskap. Av asl. § 1-1 tredje ledd nr. 1 – 3 fremgår det en liste over selskapsformer aksjeloven ikke kommer til anvendelse på. Av tredje ledd nr. 3 fremgår det at aksjeloven ikke gjelder for samvirkeforetak.¹

Aksjeselskapene og samvirkeforetakene er to organisasjonsformer som har mye til felles, men hvor det samtidig er sentrale momenter som skiller dem fra hverandre. Felles for organisasjonsformene er blant annet begrenset ansvar og et hovedformål om å fremme aksjeeiernes og medlemmenes økonomiske interesse.²

Aksjeloven inneholder ingen bestemmelse hvor det uttrykkelig presiseres at aksjeselskapene skal ha et økonomisk hovedformål. Formålet kommer imidlertid til uttrykk av henholdsvis asl. § 1-1 tredje ledd nr. 2 sett i sammenheng med asl. § 2-2 annet ledd. Begge bestemmelsene legger indirekte opp til at aksjeselskapene skal ha et økonomisk hovedformål.

Aksjeselskapsformens økonomiske hovedformål omtales som vinningsformålet.³

Samvirkeforetakene ivaretar medlemmenes økonomiske interesse på en måte som skiller seg fra aksjeselskapene. Etter samvirkeloven § 1 annet ledd følger det at samvirkeforetakene skal organiseres på en slik måte at medlemmenes økonomiske interesse fremmes gjennom det enkelte medlemmets omsetning og deltakelse i foretaket. Medlemmene henter dermed sitt økonomiske utbytte gjennom deltakelse som tilbydere eller etterspørrere av varer, tjenester o.l. og ikke gjennom avkastning på innskutt kapital, slik som i aksjeselskapene.

Hovedformålet om å fremme medlemmenes økonomiske interesse blir omtalt som samvirkeformålet.⁴

¹ Se f.eks. Aarbakke m.fl. s. 47. Se også Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 129.

² Begrenset ansvar er hjemlet i asl. § 1-1 annet ledd og samvl. § 1 annet ledd nr. 2. Se om felles økonomisk hovedformål i Aarbakke m.fl. s. 48.

³ Se f.eks. Augdahl s. 100, Aarbakke m.fl. s. 48 og Jakobsen s. 11 flg.

⁴ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 37.

I utgangspunktet kan skillet mellom organisasjonsformene virke klart.⁵ Det forekommer imidlertid tilfeller hvor grensedragningen er noe mer uklar.

Enkelte aksjeselskap organiseres på en slik måte at det ikke er praktisk mulig å trekke et klart skille mellom vederlag for arbeid og kapitalavkastning.⁶ Som eksempel kan man trekke frem aksjeselskap hvor det ikke deles ut aksjeutbytte. I stedet for henter aksjeeierne utbytte gjennom lønn, styrehonorar eller liknende. Selskap som organiseres på en slik måte åpner for å sette spørsmål ved grensen mellom aksjeselskapsformen og samvirkeformen.

På den andre siden ser man samvirkeforetak som organiseres på en slik måte at samvirkeprinsippene ikke ivaretas på tilfredsstillende måte.⁷ Eksempelvis samvirkeforetak hvor det ikke er fastsatt et rimelig maksimum ved utdeling av økonomisk overskudd til medlemmene.⁸ Utdeling av økonomisk overskudd er noe som i all hovedsak kjennetegner aksjeselskapsformen.

Grensedragningen åpner for flere aktuelle spørsmål. Hvilke momenter og vurderinger ligger til grunn for grensedragningen? Og hva skjer i de tilfellene hvor et selskap eller et foretak endrer form og karakter under drift?

Oppgaven behandler tilfellene hvor grensen mellom de to organisasjonsformene er mindre klar, og hvilke konsekvenser dette medfører.

⁵ Se en kortfattet oversikt over skillet mellom organisasjonsformene i Aarbakke m.fl. s. 47-49.

⁶ Skåre s.392.

⁷ Samvirkeprinsippene kommer jeg tilbake til under punkt 3.2.4 i oppgaven.

⁸ Skåre s. 390.

1.2 Metode

Oppgaven tar sikte på å belyse grensen mellom aksjeselskap og samvirkeforetak.

Problemstillingen vil bli behandlet i et komparativt perspektiv.⁹ I den videre fremstillingen vil jeg gå nærmere inn på deler av reguleringen og noen av de mest sentrale prinsippene for samvirkeforetak og aksjeselskap. På den måten skal jeg se nærmere på likhetene og ulikhetene som setter rammen for grensen mellom de to organisasjonsformene, da med hovedfokus på det felles hovedformål – økonomisk vinning til aksjeeierne og medlemmene.

Problemstillingen er i liten grad tidligere behandlet i litteraturen. Kildene på området er i all hovedsak rettet mot kjennetegnene ved enten aksjeselskapsformen eller samvirkeformen.

Oppgaven vil derfor bidra til å sammenfatte deler av kjennetegnene ved organisasjonsformene, for på den måten kunne trekke linjene for grensedragningen.

Aksjelovgivningen på sin side har et omfangsrikt rettskildebilde. Både lovene og forarbeidene er omfattende. Aksjelovgivningen er også inngående behandlet i litteraturen. Samvirkeformen på sin side er av noe nyere dato. Forarbeidene til samvirkeformen er derfor en viktig kilde for å belyse temaet fra samvirkeformens side.

Juridisk litteratur vil være en sentral kilde, og vil bli brukt i samsvar med tradisjonell rettskildelære.¹⁰ Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg i all hovedsak fokusere på de norske rettskildene. For å belyse tematikken inngående vil litteratur fra andre fagdisipliner kunne være av relevans, da særlig fra den økonomiske doktrinen.

⁹ Tuseth og Winge s. 70-71 og Lando s. 169.

¹⁰ Se f.eks. Nygaard s. 219.

1.3 Avgrensning, presisering og aktualitet

Av hensyn til oppgavens omfang vil det være behov for å gjøre avgrensninger. Selskapsretten er et fag med nær tilknytning til skatterettslig regulering.¹¹ Oppgaven vil imidlertid ikke behandle de skatterettslige problemstillingene som i utgangspunktet kunne vært av relevans. Allikevel vil enkelte momenter fra skatteretten og skatterettslig praksis kunne tas med i oppgaven for presisering der det faller seg naturlig.

Aksje- og allmennaksjeselskap reguleres i separate lover.¹² Jeg kommer ikke nærmere inn på reguleringen i allmennaksjeloven ettersom at det er aksjeloven som representerer den nedre grensen til andre selskapsformer.¹³ Unntaksregelen i asl. § 1-1 tredje ledd nr. 3 setter grensen til samvirkeforetak og har ingen parallell i allmennaksjeloven.

Samvirkeforetakene har opp gjennom tiden hatt mange forskjellige betegnelser. Etter at samvirkeloven trådte i kraft brukes imidlertid betegnelsen «samvirkeforetak» konsekvent.¹⁴ For den videre fremstillingen vil jeg veksle mellom samvirkeforetak og foretak/foretakene. I de tilfellene hvor jeg viser til gammel praksis eller litteratur vil det kunne falle seg naturlig å bruke samme terminologi som originalkilden anvender.

Problemstillinger som knytter seg til konserner vil av hensyn til oppgavens størrelse ikke bli nærmere behandlet her.¹⁵

Boligsamvirke er underlagt egen samvirkerettslig lovgivning, men betegnes som samvirkeforetak i skatteloven § 2-2 første ledd bokstav d.¹⁶ Gjensidige selskaper har mye til felles med samvirkeforetakene, men faller ikke inn under samvirkedefinisjonen. Av hensyn til oppgavens omfang behandler jeg i all hovedsak tilfeller som faller inn under samvirkeloven.¹⁷

¹¹ Se f.eks. Woxholth *Selskapsrett* s. 406-408.

¹² Lov 13 juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) og Lov 13 juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

¹³ Truyen s. 106.

¹⁴ Fjørtoft og Gjems-Onstad s.12.

¹⁵ Se f.eks. Aarbakke m.fl. s. 44-47, Bråthen (2019) s. 280-283 og Andenæs *Aksjeselskaper* s.42-45.

¹⁶ Se kort om skillet mellom boligbyggelag og samvirkeforetak i Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 15.

¹⁷ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 15-16.

Ettersom at de to organisasjonsformene bygger på et felles hovedformål om økonomisk vinning til aksjeeierne og medlemmene, danner regelsettene og hensynene et godt grunnlag for sammenlikning. Fjørtoft uttaler følgende om tematikken:

«Sidan samvirkeforetak har økonomisk hovudformål, står reglane om økonomiforhold i ei særstilling. [...] Skilnaden frå formålsrealiseringa i kapitalsekskap er distinkt, noko som gir eit godt grunnlag for samanliknande studiar av både reglar og omsyn. Ei avhandling etter desse linjene er etter mitt syn teoretisk utfordrande og praktisk viktig.»¹⁸

1.4 Videre fremstilling

Av hensyn til oppgavens omfang vil den vidare fremstillingen begrensas til reguleringen av det økonomiske hovedformålet hos aksjeselskap og samvirkeforetak. Reguleringen som ligger til grunn for samvirkeformålet og vinningsformålet er derfor gjennomgående grunnsteinar.

Under oppgavens punkt 2 redegjør jeg for de rettslige utgangspunktene for det økonomiske hovedformålet til aksjeselskapene og samvirkeforetakene. Disse utgangspunktene er førende for resten av innholdet i oppgaven og blir derfor behandlet innledningsvis.

Under oppgavens punkt 3 tar jeg for meg grensedragningens betydning i praksis. Her ser jeg nærmere på hvilke vilkår og momenter som setter grensen mellom aksjeselskapene og samvirkeforetakene, og hvordan disse har endret seg gjennom tiden. Videre ser jeg nærmere på aksjeselskapenes adgang til å bygge på prinsipper som i utgangspunktet kjennetegner samvirkeformen. Og motsatt, i hvilken grad det åpnes for at samvirkeforetak foretar utbytte og organiseres på en slik måte som i prinsippet kjennetegner aksjeselskapsformen.

Avslutningsvis behandlar jeg tilfellene hvor et selskap endrer struktur og formål over tid og hvilke virkninger dette medfører.

¹⁸ Fjørtoft *doktorgradsavhandling* s. 4.

2 Grensedragningen – de rettslige utgangspunktene

2.1 Innledning

Som grunnlag for den videre analysen av grensen mellom aksjeselskap og samvirkeforetak, redegjøres det her for det rettslige utgangspunktet for henholdsvis vinningsformålet og samvirkeformålet, se punkt 2.2 og 2.3.

I punkt 2.2 ser jeg nærmere på vinningsformålet rettslige forankring, da sett i lys av asl. § 1-1 tredje ledd nr. 2 og asl. § 2-2 annet ledd.

I punkt 2.3 behandler jeg samvirkeformålet rettslige forankring, da sett i lys av samvl. § 1 annet ledd. I tillegg ser jeg nærmere på hvilke momenter som er særegne for samvirkeformen. Her kommer jeg også inn på hvilken generell betegnelse samvirkeformen faller inn under.¹⁹

2.2 Aksjeselskapene

Aksjeselskapenes vinningsformål kommer ikke uttrykkelig frem i noen av aksjelovens bestemmelser, men forutsettes imidlertid indirekte av asl. § 1-1 tredje ledd nr. 2 og asl. § 2-2 annet ledd.²⁰ Bestemmelsene gir uttrykk for vinningsformålet to sider. For det første at aksjeselskaper skal drive virksomhet som genererer overskudd, jf. § 1-1 tredje ledd nr. 2, og for det andre at aksjeloven forutsetter at overskuddet tilfaller aksjonærene, jf. § 2-2 annet ledd.²¹ Vinningsformålet er aksjeselskapenes overordnede økonomiske formål, og er også kjent som «prinsippet om gevinstmaksimering» eller «prinsippet om profittmaksimering».²²

Av asl. § 1-1 tredje ledd nr. 2 fremgår det at aksjeloven ikke gjelder for «selskaper som ikke har økonomisk formål med mindre selskapet i stiftelsesgrunnlaget er betegnet som aksjeselskap». Selskaper uten økonomisk formål må altså uttrykkelig betegnes som aksjeselskap i stiftelsesgrunnlaget for at aksjeloven skal gjelde for det enkelte selskapet. Om et selskap drives uten sikte på å oppnå eget overskudd er ikke nok for å falle utenfor

¹⁹ NOU 2002:6 s. 138.

²⁰ Jakobsen s. 12-13 og Aarbakke m.fl. s. 119.

²¹ Truyen s. 105.

²² Truyen s. 105 og Augdahl s.100.

aksjelovens anvendelse. Det kreves at selskapet selv driver virksomhet som har en ikke-økonomisk egenverdi.²³ Formål som har ikke-økonomisk egenverdi er for eksempel religiøse, kulturelle eller vitenskapelige formål.²⁴ Terskelen er dermed lav for hva som faller inn under ordlyden «økonomisk formål». Et selskap må anses å ha økonomisk formål om det i det hele tatt driver med næringsvirksomhet.²⁵

Asl. § 2-2 annet ledd lyder:

«Dersom selskapet ved sin virksomhet ikke skal ha til formål å skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte, skal vedtektene inneholde bestemmelser om anvendelse av overskudd og av formuen ved oppløsning.»

Bestemmelsen kommer i utgangspunktet direkte til anvendelse i de tilfellene hvor et selskap skal ha til formål å drive virksomhet som ikke genererer økonomisk vinning. Bestemmelsen må tolkes på en slik måte at aksjeselskapene i all hovedsak skal ha til formål å la økonomisk utbytte tilfalle aksjeeierne.²⁶

Som et resultat av at aksjeselskapene har til formål å sikre best mulig økonomisk utbytte på innskutt kapital, er aksjelovens regler utarbeidet med sikte på å legge til rette for at selskapene skal kunne generere størst mulig verdi til selskapene og aksjonærene.²⁷

Et av hensynene som ligger til grunn for aksjeselskapers overordnede økonomiske formål er å bidra til verdiskapning gjennom å utnytte samfunnets ressurser på optimal måte. Gjennom et mål om gevinstmaksimering for den enkelte bedrift vil selskaper i utgangspunktet bidra til at man oppnår maksimal verdiskapning i samfunnet.²⁸ Aksjelovgivningene inneholder imidlertid kun regler som direkte retter fokus mot gevinstmaksimering for det enkelte selskap.

De to sidene ved vinningsformålet må til en viss grad kunne anses å ha en indre sammenheng. I de tilfellene hvor generalforsamlingen beslutter at selskapet ikke lengre skal ha et økonomisk formål, vil det komme i konflikt med formålet om å skaffe aksjonærene økonomisk utbytte.²⁹

²³ Aarbakke m.fl. s. 89.

²⁴ Aarbakke m.fl. s. 632.

²⁵ Aarbakke m.fl. s. 119.

²⁶ Truyen s. 105.

²⁷ Bråthen (2019) s. 71.

²⁸ Schans Christensen s. 304 og Truyen s. 105.

²⁹ Truyen s. 106.

Vinningsformålet kan både beskrives i negativ og positiv formulering.³⁰ I denne fremstillingen blir vinningsformålet positive forståelse lagt til grunn. Den positive formuleringen av vinningsformålet er, «vilkår om optimal ressursutnyttelse til fordel for aksjonærene». Den positive beskrivelsen av vinningsformålet er i samsvar med nyere tanker i selskapsretten hvor det fokuseres på effektivitet og verdiskapning i tillegg til de «tradisjonelle» hensyn som kreditorvern og minoritetsbeskyttelse.³¹

Vinningsformålet kan ikke anses oppfylt ved enhver disposisjon som genererer gevinst eller beskytter mot tap, det kreves at fortjenesten skal være optimal ut fra tilgjengelige ressurser. Dette er grunnen til at vinningsformålet betegnes som et prinsipp om gevinstmaksimering.³² I litteraturen beskrives ofte innholdet i vinningsformålet på en slik måte at det enkelte selskap har til formål å oppnå høyest mulig avkastning. Vinningsformålet har imidlertid ikke alltid samme betydning for alle selskaper. Det kan vedtektsfestes at selskapet helt eller delvis skal ha et ikke-økonomisk formål, jf. asl. § 2-2 annet ledd. Ettersom at aksjeloven legger til rette for at selskapene selv kan velge om de skal ha som formål å oppnå høyest mulig økonomisk vinning eller ikke, medfører at selskapets vedtekter kan påvirke innholdet i vinningsformålet for det enkelte selskapet.

³⁰ Truyen s. 107.

³¹ Truyen s. 108.

³² Truyen s. 107.

2.3 Samvirkeforetakene

Når det skal opprettes et nytt foretak står man som regel fritt til å velge hvilken type foretak man ønsker å drive. Valget vil avhenge av hva som anses som mest hensiktsmessig for den aktuelle virksomheten.³³

Samvirkeforetaksformen kjennetegnes ved at foretakene gjennom sin organisering legger best mulig til rette for virksomhet som sørger for at medlemmenes økonomiske interesser som tilbydere eller etterspørrere av varere eller tjenester blir ivaretatt. I dagens samfunn spiller samvirkeforetakene en sentral rolle og vi finner foretakene innen en rekke næringer i samfunnet.³⁴ Samvirkeformålet kommer til uttrykk i samvl. § 1 annet ledd.

Bestemmelsen lyder som følger:

«Med samvirkeforetak er meint ei samanslutning som har til hovudformål å fremje dei økonomiske interessene til medlemmane gjennom deira deltaking i verksemda som avtakarar, leverandørar eller på annan liknande måte [...]»

Samvirkeforetakene skal altså «fremje» de «økonomiske interessene» til medlemmene gjennom deres «deltaking» i foretaket som «avtakarar, leverandørar eller på annan liknande måte». Uttrykket «økonomiske interesser» må etter samvirkeloven tolkes vidt. Som utgangspunkt skal det tolkes som en motsetning til ideelle interesser.³⁵ For samvirkeforetakene er det særlig måten medlemmenes økonomiske interesse ivaretas på som er særegen. Det er gjennom medlemmenes «deltaking» i virksomheten at det økonomiske hovedformålet ivaretas.³⁶ Her skiller samvirkeforetakene seg klart fra aksjeselskapene, hvor den økonomiske interessen til aksjeeierne ivaretas gjennom avkastning på innskutt kapital.³⁷

Samvirkeforetakene er en svært uensartet organisasjonsform. Noen av hovedformene er samvirkeforetakene som tar sikte på å legge til rette for medlemmenes forbruks- eller yrkesmessige interesser ved at foreningen yter varer eller tjenester til medlemmene, eller at medlemmene jobber i foretaket.³⁸ I tillegg er det foretak som har til formål å fremme

³³ Engh s. 41.

³⁴ Les mer om samvirkeforetakenes posisjon i Norge i Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 12.

³⁵ NOU 2002:6 s. 333.

³⁶ NOU 2002:6 s. 240.

³⁷ Aarbakke m.fl. s. 48.

³⁸ Se f.eks. Ot.prp. nr. 61 (1980-1981) s. 4-6.

medlemmenes interesser for idrett eller fritidsaktiviteter. Også foretak som tar sikte på å skaffe medlemmene tilgang på lagerlokaler omfattes av samvirkedefinisjonen.³⁹

Medlemmenes økonomiske fordel kommer til uttrykk gjennom for eksempel gunstige priser, tilgang på maskiner, kontorlokaler eller i form av bonus. Utdeling på annet grunnlag kan medlemmene bare i liten utstrekning gis uten at kapitalavkastning blir å anse som foretakets formål.⁴⁰ Samvirkeformålet søkes fremmet ved deltakelse og omsetning mellom medlemmene og foretaket. Som eksempel kan det trekkes frem gårdbrukerne som selger sine produkter til salgslaget, forbrukerne kjøper sine dagligvarer i samvirkeforetaket, produsentene kjøper sine maskiner fra innkjøpsforetaket etc. Dette er samhandlingskriteriet, som ved siden av samvirkeformålet er de karakteristiske kjennetegnene for samvirkeformen.⁴¹

Denne måten å fremme medlemmenes økonomiske interesse på er et sentralt skille mellom samvirkeforetakene og aksjeselskapene. Kapitalselskapenes virksomhet retter seg gjerne mot en ekstern kundemasse, mens samvirkeforetakene på sin side har sine egne medlemmer som sin viktigste kundegruppe, og i noen tilfeller sin eneste.⁴² Samvirkeformens egenart kjennetegnes derfor gjennom den kooperative egenarten. Det åpnes imidlertid også til en viss grad for kooperativ virksomhet under aksjeselskapsformen, se punkt 3.3 nedenfor.

Samvirkeforetakene har i lang tid vært underlagt ulovfestet rett.⁴³ Samvirkeloven av 2007 er den første formelle loven om samvirkeforetakene.⁴⁴ Samvirkeloven slik vi kjenner den i dag representerer et femte forsøk på å regulere den generelle samvirkeretten. Behovet for en moderne og tidsmessig lovregulering av samvirkeformen var noen av hovedargumentene for å vedta den nye samvirkeloven.⁴⁵

Dagens samvirkelov er på mange måter en presisering av tidligere ulovfestet regulering. Imidlertid fremgår det klart av samvirkelovens oppbygning og struktur at den har elementer hentet fra aksjelovene.⁴⁶

³⁹ Les om endringen i samvirkedefinisjonen i NOU 2002:6 under kapittel 23.

⁴⁰ Andenæs *Selskapsrett* s. 42.

⁴¹ NOU 2002:6 s. 153-154.

⁴² Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 37.

⁴³ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 12.

⁴⁴ Mer om ny lov om samvirkeforetak, se f.eks. Engh s. 41 flg. Fjørtoft og Gjems Onstad s.12-13 og Bråthen (2019) s.31-32.

⁴⁵ Se mer om bakgrunnen for ny samvirkelov i NOU 2002:6 s. 32 flg. Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 12.

⁴⁶ Bråthen (2017) s. 28 og Engh s. 43.

For at det skal foreligge et samvirkeforetak, er det et vilkår at medlemmene mottar en ytelse eller tjeneste fra foretaket som er av økonomisk verdi. Dette fremgår ikke direkte av loven, men følger av formålskriteriet sett i sammenheng med omsetningskriteriet.⁴⁷ Etter asl. § 1-1 tredje ledd nr. 3 fremgår det at aksjeloven ikke kommer til anvendelse på samvirkeforetak. Det forekommer imidlertid selskap som har formål og virke som tilsier at samvirkeformen hadde vært beste måte å organisere selskapet på, men som velger å organisere selskapet etter aksjelovens regler. Dette kommer jeg tilbake til senere i oppgaven.

2.3.1 Selvstendig organisasjonsform

Et spørsmål som reises i forlengelsen av redegjørelsen av samvirkeforetak er hvilken generell betegnelse samvirkeformen faller under. Er samvirkeforetak en selskapsform eller en form for forening?

Før samvirkeformen ble vedtatt omtalte juridisk teori tradisjonelt samvirkeforetakene som en undergruppe av de økonomiske foreninger.⁴⁸ Etter samvirkeformen har forståelsen imidlertid endret seg.⁴⁹ Woxholth trekker fram at det etter vedtakelsen av samvirkeformen ikke er noen praktisk grunn til å omtale samvirker som enten selskaper eller foreninger. Han påpeker at:

«De er hverken selskaper eller foreninger, men den selvstendige organisasjonsformen samvirkeforetak, og ikke en selskaps- eller foreningsvariant.»⁵⁰

En slik forståelse av samvirkeformen legges også til grunn av Bråthen.⁵¹ Bakgrunnen for en slik forståelse begrunnes i at samvirkeforetakene kan organisere vedtektene på en slik måte at ved oppløsning av samvirkeforetaket kan nettoformuen helt eller delvis fordeles på medlemmene, jf. samvl. § 135 femte ledd. Det er derfor klart at samvirkeforetakene ikke faller inn under definisjonen økonomisk forening, ettersom at medlemmene der ikke kan utbetales andel i nettoformuen. På bakgrunn av dette skulle man derfor tradisjonelt sett kunne

⁴⁷ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 33.

⁴⁸ NOU 2002:6 s. 138.

⁴⁹ Bråthen (2019) s. 32 og Woxholth *Foreningsrett* s. 65 og s. 88-96.

⁵⁰ Woxholth *Foreningsrett* s. 65.

⁵¹ Bråthen (2019) s. 32.

legge til grunn at samvirkeforetakene føyer seg inn i kategorien selskap.⁵² Woxholth påpeker i den sammenheng på at det i realiteten ikke vil fungere slik:

«Etter vedtakelsen av samvirkeoven har det ikke lengre noe for seg å omtale et samvirkeforetak enten som en forening eller et selskap. Grunnen er at sammenslutninger som faller innenfor samvirkeovens virkeområde ved at de omfattes av samvirkedefinisjonen, eller om man vil samvirkeforetaksbegrepet i lovens § 1, hverken er foreninger eller selskaper. De er samvirkeforetak, som er en selvstendig organisasjonsform; ikke en variant av selskapene eller foreningene.»⁵³

⁵² Woxholth *Foreningsrett* s. 88.

⁵³ Woxholth *Foreningsrett* s. 89.

3 Grensedragningens betydning i praksis.

3.1 Innledning

Før samvirkeoven trådte i kraft tok man gjerne utgangspunkt i samvirkedefinisjonen i asl. 1-1 tredje ledd nr. 3, opprinnelig asl. 1957 § 3 annet ledd, for å vurdere om det forelå et samvirkeforetak eller ikke. Grensedragningen mellom aksjeselskapene og samvirkeforetakene ble derfor trukket gjennom en tolkning av vurderingsmomentene i denne bestemmelsen. Etter samvirkeoven trådte i kraft har samvirkeformen fått en ny legaldefinisjon i samvl. § 1 annet ledd.⁵⁴ Jeg ser nærmere på hvilke endringer som er tilføyet den nye samvirkedefinisjon under punkt 3.2. I den sammenheng ser jeg på hvordan samvirkedefinisjonen i et historisk perspektiv har vært grunnlag for grensedragningen mellom aksjeselskap og samvirkeforetak, og hvordan de ulike elementene har vært gjenstand for grensedragningen.

Innledningsvis poengterte jeg at den kooperative egenarten til samvirkeforetakene er et av hovedskillene mellom aksjeselskapene og samvirkeforetakene. Det åpnes imidlertid for aksjeselskapsformen benyttes selv om kooperative prinsipper spiller en viss rolle for det enkelte selskap. Jeg ser derfor nærmere på adgangen til å drive aksjeselskap med kooperativ egenart under punkt 3.3.

Det økonomiske hovedformålet henger sammen med anvendelsen av selskapenes overskudd. I punkt 3.4 behandler jeg først aksjeselskapenes adgang til å foreta atypisk utbytte til aksjeeierne. I tillegg ser jeg på samvirkeforetakenes adgang til utbetaling av overskudd til medlemmene, og hvilken innvirkning det har på samvirkeformens egenart. Videre ser jeg på adgangen til konservativ utbyttepolitikk hos aksjeselskap i punkt 3.5.

Av ulike årsaker forekommer det at selskaper og foreninger endrer karakter under drift. I noen tilfeller endrer selskapene eller foreningene seg på en slik måte at omdanning er det beste alternativet. Jeg ser derfor avslutningsvis nærmere på adgangen til omdanning og hvilke tilfeller det med fordel kan gjennomføres omdanning. I tillegg ser jeg på hvordan adgangen til omdanning har endret seg gjennom tiden.

⁵⁴ NOU 2002:6 s. 238 flg.

3.2 Ny samvirkedefinisjon

Før samvirkeoven trådte i kraft ble det gjerne tatt utgangspunkt i aksjelovens samvirkedefinisjon. Unntaksbestemmelsen i aksjeloven av 1957 § 3 annet ledd var den første lovfestede definisjonen av samvirkeformen.⁵⁵ Unntaksbestemmelsen i dagens aksjelov fremgår av § 1-1 tredje ledd nr. 3. Samvirkedefinisjonen slik den fremgikk av aksjeloven har vært gjenstand for flere modifikasjoner, frem til slik den i dag fremgår av samvl. § 1 annet ledd

Ordlyden i den gamle unntaksbestemmelsen asl. 1957 § 3 annet ledd var:

«Selskaper som har til formål & fremme medlemmenes forbruksmessige eller yrkesmessige interesser (samvirkeleg), går heller ikke inn under loven, forutsatt at de er stiftet som selskaper med vekslende medlemstall og vekslende kapital. Kongen kan bestemme at et selskap ikke skal gå inn under loven hvis det er tvil om hvorvidt unntaksregelen i foregående punktum kommer til anvendelse.»

Ved utarbeidelsen av ny samvirkelov ble det stilt spørsmål ved om det var mest gunstig å beholde den gamle samvirkedefinisjonen eller å lage en ny. Lovutvalget til samvirkeoven ga en inngående begrunnelse for hvorfor det ble ansett som mest fordelaktig med ny samvirkedefinisjon i samvirkeoven.

I lovforslaget ble det i favør av den gamle definisjonen blant annet trukket frem at det ville være en fordel å beholde aksjelovens definisjon ettersom at man da kunne dra nytte av presiseringer som allerede var utarbeidet i teori og praksis. Særlig på 60- og 70-tallet kom Justisdepartementets lovavdeling med en rekke tolkningsuttalelser som har vært sentrale ved avklaring av samvirkebegrepet.⁵⁶ Lovutvalget la imidlertid avgjørende vekt på at aksjelovens samvirkedefinisjon i liten grad pekte på samvirkeformens egenart. Særlig samvirkeformens måte å fremme medlemmenes interesser på fremgikk ikke klart nok av den gamle definisjonen. I tillegg fremgikk det ikke av aksjelovens samvirkedefinisjon at de som styrer og kontrollerer sammenslutningen også er sammenslutningens medkontrahenter. Aksjelovens definisjon ga heller ikke uttrykk for at foretakets overskudd skulle fordeles på medlemmene

⁵⁵ Skåre s. 387 flg.

⁵⁶ NOU 2002:6 s. 240.

etter medlemmenes bruk av foretaket. Etter en samlet vurdering ble det lagt avgjørende vekt på at samvirkeprinsippene ikke kom klart nok til uttrykk i aksjelovens definisjon.⁵⁷

Det store antallet tolkningsuttalelser fra blant annet Justisdepartementets lovavdeling var også et klart tegn på at den gamle samvirkedefinisjonen var uklar. Dagens samvirkedefinisjon representerer en sammensetning av hovedtrekkene fra den gamle samvirkedefinisjonen slik den har blitt tolket og presisert gjennom praksis og teori. Legaldefinisjonen i samvirkeoven inneholder i tillegg til dette mer spesifikke vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge et samvirkeforetak.⁵⁸ Lovutvalget presiserte at en mer nyansert legaldefinisjon ville medføre at man enklere kunne fastslå om samvirkeprinsippene er oppfylt i tilstrekkelig grad. Noe som igjen ville gjøre det enklere å skille samvirkeformen fra andre organisasjonsformer.

Tolkningsuttalelsene fra Justisdepartementets lovavdeling knytter seg som sagt til den gamle samvirkedefinisjonen. Men ettersom at dagens samvirkedefinisjon bygger videre på den gamle definisjonen er fremdeles mange av tolkningsuttalelsene aktuelle. Jeg vil derfor se nærmere på noen av tolkningsuttalelsene for å belyse hvilke momenter som setter føringen for grensedragningen mellom aksjeselskapene og samvirkeforetakene, og hvordan disse har utviklet seg frem til i dag.

3.2.1 Foretakets formål

Hvilket formål det enkelte samvirkeforetaket har og på hvilken måte foretaket organiseres for å fremme det enkelte formålet er av stor betydning for om foretaket kan regnes som samvirkeforetak eller ikke. Som påpekt kjennetegnes samvirkeformen blant annet gjennom den karakteristiske måten å fremme medlemmenes økonomiske interesse på. I hvilken grad de ulike kjennetegnene kreves oppfylt avhenger av hvilken type foretak det er snakk om, noe som medfører at det må foretas en vurdering i det enkelte tilfellet. Jeg skal nå se på hvordan foretakets formål er førende for hvilke momenter som setter grensen mellom samvirkeforetak og aksjeselskap.

Ordlyden i den gamle samvirkedefinisjonen i aksjeloven av 1957 tok sikte på å fremme «forbruksmessige» og «yrkesmessige» interesser hos medlemmene. Legaldefinisjonen i

⁵⁷ NOU 2002:6 s. 240.

⁵⁸ NOU 2002:6 s. 241.

samvirkeloven er ikke knyttet til bestemte former for samvirke. Dagens definisjon åpner dermed for at flere offentlige rettssubjekter kan samarbeide gjennom samvirkeformen. Den gamle bestemmelsen måtte tolkes utvidende for å kunne gi en slik adgang.⁵⁹

Samvirkeforetak som tar sikte på å dekke medlemmenes forbruksmessige interesser fremmes typisk ved at medlemmene får dekket sine behov for varer eller tjenester. Et kjent samvirkeforetak som ivaretar medlemmenes interesse på denne måten er Coop Norge, hvor medlemmene får tilgang på dagligvarer. Et annet eksempel hvor medlemmene får tilgang på tjenester er typisk fra kraftlag. Et eksempel fra Justisdepartementets lovavdeling var tolkningsuttalelsen i JD 1262/1964, SL Bøndernes Hus. Foretaket var opprettet for utleie av kontorer. Kontorene ble i all hovedsak leid ut til medlemmer, og foretaket ble derfor ansett for å være et samvirkelag. Et annet eksempel var JD 824/1978 var A/L Husfliden i Meråker. Foretaket var eiet av kommunen og fire organisasjoner, verken kommunen eller de andre organisasjonene drev selv med produksjon av husflid, de var heller ikke produksjonsforeninger. I dette tilfellet ble det lagt til grunn at sammenslutningen ikke tok sikte på å fremme medlemmenes «forbruksmessige» eller «yrkesmessige» interesser, og et samvirkelag forelå derfor ikke.⁶⁰

Justisdepartementets lovavdeling har tolket begrepene «forbruksmessige» og «yrkesmessige» interesser vidt.⁶¹ Tolkningen har blitt trukket såpass vidt at ulike fritidsaktiviteter i praksis har vært omfattet. En slik tolkning er i samsvar med forståelsen av dagens samvirkedefinisjon. Lovavdelingen har lagt til grunn at et selskap som har til formål å skaffe opplagshus for fritidsbåter kan anses som samvirkelag. Dette var tilfellet i JD 74/1959 – Andelslaget Båtskuret i Skipavik, Fana. Også et tilfelle som omhandlet garasjelag og idrettshaller ble omfattet av samvirkedefinisjonen.

Tilfeller som typisk har falt utenfor samvirkedefinisjonen er sammenslutningen som har hatt til formål å fremme politiske, ideelle eller kulturelle hovedformål. Disse har av lovavdelingen ikke vært ansett for å fremme «forbruksmessige» eller «yrkesmessige» interesser. En slik forståelse av samvirkedefinisjonen er også i samsvar med dagens definisjon. Et eksempel her er fra JD 1018/1963 Bladlaget Arbeider-Avisa, Trondheim. Laget ble ansett for å være en ideell forening, og var allerede av den grunn intet aksjeselskap. Men Justisdepartementets

⁵⁹ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 45-46.

⁶⁰ NOU 2002:6 s. 161.

⁶¹ Skåre s. 390.

lovavdeling sa dessuten at laget ikke kunne sies å fremme medlemmenes «forbruksmessige» eller «yrkesmessige» interesser, og var dermed heller ikke et samvirkeforetak.

Ansvarsbegrensning overfor kreditorene forutsetter bruk av aksjeselskapsformen, eller at medlemmene går sammen i en ideell forening. Hvis formålet er å skaffe medlemmene avkastning på sine kapitalinnskudd, er dette verken en forbruksmessig eller en yrkesmessig interesse. Formuleringen «forbruksmessige eller yrkesmessige interesser» skriver seg fra Innstilling til lov om samvirkelag av 1925. Disse ordene ble valgt for å trekke grensen mot foretak der medlemmenes formål er «å skaffe sig fortjeneste på kapitalinnskudd».⁶²

Et tilfelle hvor foretakets formål og måten formålet ble organisert på ble avgjørende for hvilken organisasjonsform som forelå var i Rt. 1955. I denne avgjørelsen påpeker Høyesterett betydningen av hvilken betegnelse selskapet har valgt.

I Rt. 1955 s. 166 ble et aksjeselskap antatt å være en kooperativ forening. Saken omhandlet et selskap som i formen var organisert som et aksjeselskap, men som ble antatt i realiteten å være en kooperativ forening med vekslende kapital og medlemstall. Formålet var å levere elektrisk strøm til medlemmene som måtte være «aksjeeiere». Selskapet fikk medhold i at det skulle beskattes som kooperativt foretagende etter landsskatteloven § 52 første ledd første punktum annet alternativ, fordi det bare leverte strøm som det selv leiet fra fylkesverket i henhold til bestilling til abonnenter som måtte være medlemmer. Det var uten betydning at en del abonnenter brukte strømmen i produktivt øyemed. I saken fant retten at det ikke var avgjørende at selskapet var stiftet og registrert som aksjeselskap. Det ble lagt avgjørende vekt på at selskapet i realiteten var organisert som et selskap med vekslende kapital og medlemsantall.

«Jeg er enig med namsretten i at det ikke kan være avgjørende at Skedsmo og Sørums Elektrisitetsforsyning A/S er stiftet og regulert som aksjeselskap, [...] Det avgjørende må være at selskapet i realiteten er ordnet som et selskap med vekslende kapital og medlemsantall. Man står her etter min mening overfor en sammenslutning som helhet er preget av samvirke for å skaffe og fordele kraft.»⁶³

⁶² NOU 2002:6 s. 160.

⁶³ Rt. 1955 s. 166 på s. 168.

3.2.2 Medlemmenes interesse

Felles for den gamle og den nye samvirkedefinisjonen er målet om å fremme medlemmenes interesse. Et moment som kan være gjenstand for vurdering i tilfellene hvor det er tvil om det foreligger et samvirkeforetak, er det faktum at «medlemmenes» interesser som forbrukere skal fremmes gjennom deltakelse med foretaket. I samvirkeformen kan ordet «medlemmene» omfatte både fysiske og juridiske personer.⁶⁴ Dette til motsetning til for eksempel borettslagene hvor det som hovedregel bare er fysiske personer som kan være medlemmer.⁶⁵

Ordet «medlemmene» reiser spørsmål om et foretak kan regnes som et samvirkeforetak i de tilfellene hvor medlemmene ikke får sine interesser dekket gjennom å være medlem i foretaket. Spørsmålet er særlig aktuelt i de tilfellene hvor en fysisk eller juridisk person vil skyte inn egenkapital, og derved få stemmerett på årsmøtet i tillegg til andre medlemsrettigheter, men der vedkommende ikke anvender sitt medlemskap til å ivareta sine interesser gjennom deltakelse i foretaket, jf. samvl. § 1 annet ledd. Til dette har Justisdepartementets lovavdeling lagt til grunn at dette ikke er et hinder for å anerkjenne bruken av samvirkeformen. I slike tilfeller er det imidlertid en forutsetning at det «må være skapt garanti for at øvrige medlemmer får en avgjørende innflytelse i laget».

Dette var tilfelle i uttalelsen som ble gitt i JD 2049/1962 A/L Gjøvik Rutebilstasjon. Selskapet hadde åtte rutebilselskaper som andelshavere. Formålet var å fremme bilselskapers yrkesmessige interesser i en rutebilstasjon på Gjøvik. I forbindelse med refinansiering av selskapet, skulle de opprinnelige andelshaverne skyte inn ytterligere kr. 75.000. Gjøvik kommune overveide å gå inn som andelshaver med 125.000. Dette var ikke til hinder for at selskapet fortsatt kunne anses for å være et samvirkeforetak. En annen tolkningsuttalelse som trakk konklusjon i samme retning var i JD 2274/1963 A/L Fiskerens Redskapsfabrikk der departementet fremhevet at hvis stat og kommune skulle få avgjørende innflytelse i laget, ville laget ikke lengre kunne anses som et samvirkeforetak.⁶⁶

Vilkåret om å fremme «medlemmenes» interesser reiser også spørsmål om selskapet er et samvirkeforetak til tross for at foretaket ved utdeling av «bonus» e.l. ikke sonderer mellom medlemmer og andre som laget handler med. Justisdepartementets lovavdeling har i

⁶⁴ Se f.eks. Aarbakke m.fl. s. 48.

⁶⁵ Grini og Lilleholt s. 234 flg.

⁶⁶ NOU 2002:6 s. 161, Skåre s. 394 og Andenæs *Aksjeselskaper* s.23.

vurderingen av en sak som omhandlet et kraftlag, antatt at dette ikke utelukker at selskapet er et samvirkeforetak så fremt «slike forbrukere har en vedtektsbestemt rett til å bli medlemmer, eller at en vesentlig del av abonnementene allerede er medlemmer».⁶⁷ Dette må ses i sammenheng med samvirkeprinsipp nr. 1 om åpent medlemskap.⁶⁸

3.2.3 Omsetningskriteriet

Omsetningskriteriet eller samhandlingskriteriet er kravet om at samvirkeformålet må søkes oppfylt gjennom at medlemmene deltar i virksomheten gjennom omsetning og deltakelse med foretaket. Kravet til samhandling kom ikke til uttrykk i aksjelovens samvirkedefinisjon, og er derfor ett av momentene som er tilføyd legaldefinisjonen i samvirkeloven. Før samhandlingskriteriet ble tatt inn i samvirkedefinisjonen ble det gitt uttrykk for å være et sentralt moment i både lovforarbeider og rettsteori hvor det ble lagt til grunn at medlemsinteressen må søkes oppnådd ved omsetning med foretaket.⁶⁹

Omsetningskriteriet er en grunnleggende forskjell mellom samvirkeforetakene og aksjeselskapene. For samvirkeforetakene er det økonomiske samkvetmet mellom medlemmene og foretaket selve fundamentet for virksomheten. Aksjeselskapene kan til en viss grad ha omsetning med sine eiere, men det er ikke dette som er grunnlaget for virksomheten.⁷⁰ Asl. §§ 3-8 og 3-9 inneholder strenge regler for transaksjoner mellom selskap og aksjeeiere. I de tilfellene hvor aksjeeierne blir tilbudt særlig gunstige avtalevilkår, vil avtalene kunne bli ansett som skjult utbytte.⁷¹

For at kravet om medlemsdeltakelse gjennom omsetning med foretaket skal kunne innfris, må medlemmene ha rett til å kontrahere med foretaket. Et tilfelle hvor det var tvilsomt om medlemmene fikk kontrahere med foretaket var i JD 578/1963 A/L Hamar og Omland Bilruter. I dette tilfellet var det tvilsomt om et «samvirke» mellom rutebileiere bygget på kooperative prinsipper, ettersom at det ikke fremgikk av vedtektene at medlemmene hadde rett til å arbeide i virksomheten.⁷² Kravet til medlemmenes økonomiske deltakelse med

⁶⁷ Sitatet er hentet fra JD 754/1963 Finnås Kraftlag, se NOU 2002:6 s. 161.

⁶⁸ Les mer om samvirkeprinsippene i Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 17-18.

⁶⁹ Skåre s. 392. Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 220.

⁷⁰ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 47.

⁷¹ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 47.

⁷² Se NOU 2002:6 s 161-162.

foretaket vil i stor grad avhenge av hvilken foretaksform som foreligger.⁷³ Arbeidssamvirker er samvirkeformen hvor det stilles strengest krav til medlemmenes økonomiske deltakelse. Her vil ansettelsesforholdet medføre et krav om at medlemmene skal medvirke i forholdsvis stor grad.⁷⁴ Det er ikke mulig å sette et absolutt krav til hvor omfattende medlemsomsetningen må være for at et foretak skal kunne falle inn under samvirkeformen. Et slikt krav fremgår heller ikke av samvl. § 1 annet ledd. Selv om samvirkedefinisjonen ikke fastsetter et spesifikt krav, må det legges til grunn at omsetningskriteriet sies å sette krav til en nedre grense.⁷⁵

Videre kan man stille spørsmål om all omsetning i foretaket må skje med medlemmene? En slik vurdering vil bero på en tolkning av omsetningskriteriet sett i sammenheng med formålskriteriet. Er hovedformålet med foretaket å sikre medlemmenes økonomiske interesse gjennom omsetning med utenforstående, vil man befinne seg utenfor samvirkebegrepet. I slike tilfeller vil det være naturlig å opprette et selskap fremfor et samvirkeforetak.

Det poengteres i lovforarbeidene at det avgjørende er at en rimelig del av foretakets omsetning er med foretakets egne medlemmer.⁷⁶ Samvirkedefinisjonen i samvl. § 1 annet ledd legges det til grunn at medlemmenes interesser skal fremmes. Flere av interessene kan fremmes på en tilfredsstillende måte selv om ikke all omsetning skjer med medlemmene. Et moment som trekke i retninga av at det burde åpnes for at de foretakene hvor det lar seg gjøre å åpne for at ikke-medlemmer kan delta i foretaket er at man får fylt ut ledig kapasitet. Ved at ledig kapasitet utnyttes vil foretaket kunne tilføre verdier som ellers kunne gått tapt og på den måten øke egenkapitalen.⁷⁷ Justisdepartementas lovavdeling la til grunn at det var tilstrekkelig at en vesentlig del av omsetningen skjer med medlemmer.⁷⁸ I JD 525/1960 ble det lagt til grunn at et kraftlags formål «hovedsakelig» må være å levere kraft til medlemmene for å kunne organiseres som et samvirkeforetak. Tilfellet som ble behandlet i JD 1873/1963 var et foretak med tolv medlemmer. Omsetningen til disse var ubetydelig i forhold til foretakets samlede omsetning. I dette tilfellet ble ikke foretaket ansett for å være et samvirkeforetak.⁷⁹

⁷³ NOU 2002:6 s. 333 og Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 241.

⁷⁴ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 46.

⁷⁵ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 46.

⁷⁶ NOU 2002:6 s. 246.

⁷⁷ NOU 2002:6 s. 161.

⁷⁸ Skåre s. 392.

⁷⁹ NOU 2002:6 s. 162.

Ettersom at samvirkeformen representerer en svært uensartet organisasjonsform vil kravet til medlemmenes omsetning med foretaket avhenge av en helhetsvurdering i det enkelte tilfellet. Fjørtoft og Gjems-Onstad trekker frem momenter som må tas hensyn til ved en slik vurdering. Det må ses an hvor stor andel av omsetningen som er med medlemmene, hvilke vilkår som gjelder for innmelding, og da særlig om vedtektene legger til rette for «lukking» av foretaket. Hvilken type samvirkeforetak det er tale om og hvilke typer behov som skal dekkes. Hvilken årsak som ligger til grunn for at det blir omsatt med ikke-medlemmer. Tradisjon og etablert praksis, og konkurransehensyn.⁸⁰

3.2.4 Samvirkeprinsippene som kilde for grensedragningen

Samvirkeprinsippene omtales som «operasjonelle retningslinjer» for hvordan samvirkeforetak bør struktureres og drives.⁸¹ Samvirkeprinsippene er:

1. Frivillig og åpent medlemskap
2. Demokratisk medlemskontroll
3. Medlemmenes økonomiske deltakelse
4. Selvstyre og uavhengighet
5. Utdannelse, opplæring og informasjon
6. Samvirke mellom samvirkeforetak
7. Samfunnsansvar

Her skal jeg se nærmere på tilfeller hvor særlig samvirkeprinsipp nr. 1 og 3 var kilde for grensedragningen.

Begrensninger i samvirkeprinsipp nr. 1 om åpent medlemskap som ikke strider mot kooperative hensyn, har vært akseptert i praksis. Tilfeller hvor det aksepteres at samvirkeformen benyttes til tross for at vedtektene fastslår at foretaket skal være «lukket», er typisk i tilfeller hvor det vanskelig lar seg gjøre å balansere åpent medlemskap og foretakets formål. Et eksempel kan være hvis en gruppe huseiere går sammen om å danne et garasjelag med et gitt antall garasjer, i slike tilfeller vil det være vanskelig å kreve at laget skal være åpent.⁸² I JD 667/1964 Kjøpmannskreditt A/L fremgikk det av stiftelsesoverenskomsten at det

⁸⁰ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 48.

⁸¹ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 17-18.

⁸² Se f.eks. Skåre s. 395-396 og NOU 2002:6 s. 164.

måtte foreligge enstemmighet ved opptak av nye medlemmer. Denne bestemmelsen «synes å ha vært praktisert liberalt», under tvil ble det antatt at det dreide seg om et samvirkeforetak.

I de tilfellene hvor det foreligger åpent medlemskap, vil det medføre at innskuddskapital og medlemstall varierer. Her skiller samvirkeforetakene seg fra aksjeselskapene ved at det i aksjeselskapene er et begrenset antall medlemmer etter hvor mange aksjer som er tilgjengelig og kapitalen er bestemt. En slik fastsettelse av medlemmer som er praksis i aksjeselskaper medfører at endringer i medlemmene bare kan skje gjennom overdragelse av aksjer.

Justisdepartementets lovavdeling la til grunn at det ikke forelå et samvirkeforetak i JD 79/1964 A/L Salten kraftsamband. Årsaken til at det ble lagt til grunn at det ikke forelå et samvirkelag i dette tilfellet var at medlemstallet var bestemt i vedtektene. Dette innebar at endring i medlemstallet bare kunne skje ved vedtektsendring. I forhold til dagens samvirkelov ville trolig resultatet blitt det samme ettersom at et foretak med slike begrensninger i vedtektene ikke kan anses å respektere samvirkeprinsippene i tilstrekkelig grad.⁸³

Hvis det foreligger et samvirkeforetak hvor det åpnes for at utenforstående har rett til å bli medlemmer på rimelige vilkår, slik det for eksempel er i Coop Norge, kan man gå langt i å akseptere at foretaket har omsetning med andre enn medlemmene. Motsetningsvis organiseres det samvirkeforetak hvor det vedtektsfestes strenge krav for å bli medlem i foretaket. I slike tilfeller kan omsetning med ikke-medlemmer bare skje i helt begrenset utstrekning.⁸⁴

Etter samvirkeprinsipp nr. 3 om medlemmenes økonomiske deltakelse må eventuelle overføringer fra foretaket normalt skje som «bonus» i forhold til medlemmenes omsetning med foretaket. Motsetningen er kapitalavkastning. En viss kapitalavkastning blir imidlertid akseptert, jf. prinsippet om «begrenset rente på andelsinnskudd». Justisdepartementets lovavdeling har derfor i flere saker stilt som vilkår at foretaket fastsetter i vedtektene et «rimelig maksimum» e.l. for den rente som kan ytes. Eventuelle vedtektsbestemmelser om utdelinger til medlemmene av nettoformuen ved oppløsning må også være i samsvar med dette samvirkeprinsippet.

Av de ulike samvirkeprinsippene er det mulig at prinsippet om utdelinger etter omsetning antakelig står i en særstilling når det gjelder grensen mellom samvirkeforetakene og

⁸³ NOU 2002:6 s. 164-165.

⁸⁴ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 48.

aksjeselskapene. I grensetilfellene er det antakelig bare mindre avvik som aksepteres, før foretaket mister sin karakter som samvirke.⁸⁵

3.3 Aksjeselskaper med kooperativ egenart

Innledningsvis i oppgaven påpekte jeg at den kooperative egenarten ved samvirkeforetakene er noe av det som karakteriserer samvirkeforetakenes særegenhet, og som er et av hovedskillene mellom samvirkeforetakene og aksjeselskapene. Imidlertid forekommer det også at det organiseres aksjeselskaper med kooperative trekk. Under dette punktet skal jeg derfor gjøre nærmere rede for i hvilken utstrekning aksjeloven åpner for nettopp slik virksomhet.

Aksjeselskapsformen er i utgangspunktet utformet på en slik måte at det er vanskelig å legge til rette for god drift av kooperativ virksomhet i tråd med samvirkeprinsippene, og derfor heller ikke særlig egnet for slik virksomhet. Aksjeselskapsformen kan også av andre grunner tenkes å være mindre anvendelig, for eksempel fordi selskapsformen ikke legger til rette for samme ideologiske appell, i samme grad som samvirkeloven.

Selv om aksjeloven ikke er til hinder for samvirkeliknende tilpasning i aksjeselskaper, gjør aksjeselskapets hensikt og organiseringslogikk denne formen lite hensiktsmessig når det gjelder å fremme de verdiene som står sentralt i samvirkeformen. Det er sannsynligvis også slik at aksjeselskapsformens effektivitet kan svekkes hvis en forsøker å strukturere aksjeselskaper slik at de samtidig skal fremme «samvirkeverdier».⁸⁶

Dagens aksjelov er fleksibel når det kommer til hvilke samhandlingsmåter eierne kan velge. Det gjelder for eksempel i forhold til intern maktfordeling, eierkontroll, eierbegrensninger, utbyttedeling osv. Gjennom en slik adgang til å «skreddersy» selskapet legger aksjelovgivningen opp til at man kan organisere virksomheten slik at selskapet på den måten får sentrale trekk av samvirkeformen.⁸⁷

⁸⁵ NOU 2002:6 s. 164.

⁸⁶ NOU 2002:6 s. 33.

⁸⁷ NOU 2002:6 s. 32.

Adgangen til å velge aksjeselskap som organisasjonsform står derfor til en viss grad åpen. I de tilfellene hvor man velger å organisere et selskap som er av en slik art at det faller nærmere samvirkeformen som aksjeselskap er det både fordeler og ulemper som vil kunne oppstå. Et moment som trolig gjør det vanskelig å organisere et aksjeselskap etter kooperative prinsipper er at det kan være at det blir aktuelt med hyppig inn- og utreden av medlemmer, noe som er lite forenelig med aksjeselskapsformen. Et annet tilfelle kan være at selskapet organiseres på en slik måte at det oppstår behov for støtte fra det offentlige. I disse tilfellene vil det tenkes at aksjeselskapsformen vil være mindre anvendelig. Begrunnelsen for at aksjeselskapsformen er mindre anvendelig i disse tilfellene er at aksjeselskapslovens regelsett blir for tyngende, eller at de skattemessige reguleringene ikke passer.

Asl. § 2-2 første ledd nr. 2 setter minstekravene til selskapets vedtekter. Her fremgår det krav til at det må fremgå av vedtektene hva som er selskapets virksomhet, altså formålet med selskapet.⁸⁸ Aksjeloven er derfor ikke til hinder for at aksjeselskapsformen benyttes for å fremme samvirkeformål i en viss utstrekning.⁸⁹ Formålsangivelsen vil være begrensende for flertallets og styrets kompetanse. På denne måten åpnes det for at selskapet gjennom formålsbeskrivelsen i vedtektene kan sette grenser for driften slik at de kooperative prinsippene kan etterleves i størst mulig grad.⁹⁰ Man står fritt til å velge å organisere selskapet ved å fastsette minimumsvedtekter for selskapet. Aksjelovgivningen åpner for at selskap kan fravike utgangspunktene som følger av loven. I de tilfellene hvor et selskap benytter seg av en slik adgang kreves det at dette fastsettes gjennom bestemmelser i selskapets vedtekter.

I de tilfellene hvor loven ikke uttrykkelig oppstiller en slik adgang, vil spørsmålet om fravikelighet avhenge av en konkret tolkning av den enkelte bestemmelsen. Det kan tenkes bestemmelser som har som formål å verne spesielle interessegrupper, typisk kreditorene, de ansatte eller minoritetaksjonærer. Slike tilfeller åpner imidlertid ikke for at det kan vedtektsfestes ordninger eller bestemmelser som reduserer den rett disse interesser har. Ufravikelige lovregler som følger av aksjeloven selv eller annen lovgivning setter ytterligere grenser for hva som kan inngå i vedtektene. En slik adgang til å selv opprette vedtekter som passer best mulig til det enkelte selskapet, gir på mange måter en viss adgang til å organisere

⁸⁸ Les mer om virksomhetsformålet i Truyen s. 105 flg.

⁸⁹ NOU 2002:6 s. 141.

⁹⁰ NOU 2002:6 s. 141.

selskapet slik at det passer best mulig etter selskapets art og aksjeeiergruppens størrelse og sammensetning.⁹¹

Organisering av et selskap som drives etter kooperative prinsipper men som skal benytte seg av aksjeselskapsformen krever at selskapet organiseres og drives etter aksjelovens regler. Aksjeloven er ment å inneholde bestemmelser som legger best mulig til rette for å kunne organisere virksomheten på en slik måte at selskapet skal kunne oppnå størst mulig økonomisk vinning, i tillegg til å regulere forholdet til aksjonærene på best mulig måte.

Ettersom at det i prinsippet er mulig å utøve kooperativ virksomhet gjennom aksjeselskapsformen vil det kunne tenkes tilfeller hvor det kan oppstå spørsmål om hvilket regelsett som kommer til anvendelse i grensetilfeller. I forhold til denne problematikken trekkes det frem i samvirkelovens lovforarbeid at:⁹²

«Som det er pekt på tidligere i utredningen, er det i prinsippet mulig å utøve kooperativ virksomhet gjennom aksjeselskapsformen. Det kan derfor tenkes at det er (allmenn-)aksjeselskaper som vil falle inn under lovforslagets samvirkedefinisjon. For at det her ikke skal oppstå noen tvil mht. hvilket regelsett som skal gjelde, er det i lovforslaget oppstilt et uttrykkelig unntak for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Dette betyr at en sammenslutning som oppfyller aksjelovgivningens vilkår for å være aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, ikke samtidig kan være et samvirkeforetak i henhold til lov om samvirkeforetak. Dersom et selskap verken faller inn under definisjonen i aksjelovene eller samvirkeloven, kan det ikke operere med begrenset deltakeransvar med mindre noe annet er hjemlet i spesiallovgivningen»⁹³

Lovgiver kommer her med en klar føring for hva som skal være praksis i tvilstilfeller. Imidlertid gis det ikke noen nærmere retningslinjer eller forklaring for en slik begrensning. I mangel av en god forklaring settes det derfor kun føringer for hva som skal være praksis i de tilfellene hvor et selskap havner i grensen mellom de to organisasjonsformene. Andenæs kommenterte lovutkastet på denne måten:⁹⁴

«Betydningen av denne avgrensningen er ikke nærmere kommentert, og kan virke noe uklar. Det er nærliggende å oppfatte avgrensningen som et forbehold om at adgangen til

⁹¹ NOU 2002:6 s. 141.

⁹² NOU 2002:6 s. 251.

⁹³ NOU 2002:6 s. 251.

⁹⁴ NOU 2002:6. s. 251.

å organisere virksomheten som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap fortsatt står åpen, jf. nåværende lov om aksjeselskaper §1-1 tredje ledd nr. 3 i.f. («med mindre selskapet i stiftelsesgrunnlaget er betegnet som aksjeselskap»). En slik valgfrihet er det formentlig behov for. Utredningens særmerknader til § 1 (s.331) skaper imidlertid en viss tvil om hva som er meningen».⁹⁵

Aksjeselskapsformen vil også være mindre egnet i de tilfellene hvor organisasjonen ønsker å ha en klar ideologisk appell.⁹⁶ Det forekommer at samvirkeforetak organiseres med et sterkt fokus på ideologisk appell. Dette kan medføre at fokus på å for eksempel kunne tilby gunstige priser til medlemmene kommer i annen rekke. Et eksempel på et samvirkeforetak som setter ideologisk appell i hovedsetet er Oslo Kooperativet SA. Her framkommer det av foretakets grunnprinsipper: «Vi vil gjøre økologiske og biodynamiske landbruksvarer tilgjengelig til en rettferdig pris, for både medlemmer og bonden, og vil prioritere kvalitet og bærekraftighet fremfor pris»⁹⁷

Det kan også tenkes de tilfellene hvor det opprettes en organisasjon hvor verken vilkårene for å organisere som samvirkeforetak eller vilkårene for å organisere som aksjeselskap er oppfylt. I slike tilfeller vil selskapet ha en løpende plikt til å gjøre de endringene som er nødvendig for at det skal bli enten et aksjeselskap eller et samvirkeforetak.⁹⁸

En klar fordel med å organisere aksjeselskaper med kooperativ egenart er i de tilfellene hvor det på sikt vil være aktuelt å fokusere mer på kapitalbasert virksomhet. Selv om selskapet fastsetter bestemmelser som i størst mulig grad gjør det mulig å drive kooperativt under aksjeselskapsformen, kan imidlertid selskapet underveis endre samvirkefremmende vedtektsbestemmelser eller oppheve slike aksjonæravtaler. Bruk av aksjeselskapsformen gjør det således enklere å gå over til mer kapitalbasert virksomhet uten at det først må foretas omdanning av selskapet.⁹⁹

⁹⁵ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 25-26.

⁹⁶ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 25.

⁹⁷ <https://kooperativet.no/om-kooperativet/10-grunnprinsipper/>

⁹⁸ NOU 2002:6 s. 238.

⁹⁹ NOU 2002:6 s.144.

3.3.1 Hensynet til den enkelte aksjeeier

Som jeg har gjort rede for tidligere er det de økonomiske rettighetene som skiller de to organisasjonsformene fra hverandre i størst grad. Eiendomsretten til aksjen, herunder retten til å overdra aksjen videre til en ny eier, da enten gjennom salg, gave, arv eller liknende en viktig økonomisk rettighet innen aksjeselskapsformen.

Fri omsettelighet av aksjene slik som utgangspunktet er etter aksjeloven vil imidlertid kunne komme i konflikt med de kooperative prinsippene. Fri omsettelighet vil kunne gi usikkerhet med hensyn til eierforhold ettersom at det innebærer at hvem som helst kan komme i eierposisjon. Asl. § 4-15 første ledd regulerer adgangen til overdragelse av aksjer. Her følger det at aksjer kan overdras så sant annet ikke følger av lov, vedtekter eller aksjonæravtaler. Aksjeloven inneholder selv begrensninger i den frie omsettelighet, jf. reglene om forkjøpsrett, samtykke eller fastsettelsen av krav i vedtektene til hvem som skal kunne være aksjonær i selskapet. Disse begrensningene åpner derfor for at selskapet selv har en mulighet til å begrense hvem som skal kunne komme i eierposisjon, og til å bestemme at eventuelle eiere må ha en tilknytning til selskapets drift på en måte som er forenelig med de kooperative prinsipper.¹⁰⁰

3.4 Anvendelse av overskudd

Utdeling av overskudd henger tett sammen med realisering av vinningsformålet. Adgangen til å foreta utdeling av økonomisk overskudd i samvirkeformen er i en helt annen stilling sett i sammenheng med samvirkeformålet. Under skal jeg se på adgangen til å foreta utdeling av atypisk utbytte i aksjeselskapsformen. Videre tar jeg for meg adgangen til utdeling av økonomisk utbytte i samvirkeforetak, og hvilken innvirkning dette har på grensdragningen mellom organisasjonsformene.

3.4.1 Utdeling av atypisk utbytte

For samvirkeforetakene ivaretas medlemmenes økonomiske interesser typisk gjennom tilgang

¹⁰⁰ NOU 2002:6 s. 143.

på varer eller tjenester. Det kan for eksempel tenkes gunstige priser på leiligheter, kontorlokaler e.l. For aksjeselskapsformen ivaretas den økonomiske interessen gjennom avkastning på innskutt kapital. I denne sammenheng blir spørsmålet om aksjeloven åpner for at avkastningen kan gis gjennom utdeling av ulike former for goder, tjenester, tilgang på leie eller liknende i likhet med det som er praksis for samvirkeforetakene.

Asl. § 2-2 annet ledd legger opp til at aksjeselskapene skal ha til formål å drive selskapet på en slik måte som genererer gevinst til aksjeeierne, jf. ordlyden «skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte». Høyesterett har lagt til grunn i HR-2016-1439-A, dommens avsnitt 97 uttaler førstevoterende «det anses å følge av det aksjeselskapsrettslige vinningsformålet at aksjeeierne har krav på en rimelig løpende avkastning i form av utbytte når forholdene ligger til rette for dette». Som utgangspunkt deles aksjeutbyttet ut i pengebeløp.¹⁰¹ Loven åpner imidlertid også for at aksjeutbytte kan deles ut i tjenester, løsøre eller annet som det kan festes en økonomisk verdi til.¹⁰²

Aksjelovens utdelingsbegrep kommer til uttrykk i asl. § 3-6. Det følger av ordlyden at utdeling fra selskapet bare kan skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning. Etter asl. § 8-2 treffes beslutning om utdeling av generalforsamlingen. Beslutningen om utdeling tas på bakgrunn av forslaget som legges frem av styret. Generalforsamlingen har anledning til å fatte beslutning om utdeling av utbytte innenfor rammene i asl. §§ 8-1 og 8-2.

Reiersen har definert aksjeselskapsformens utdelingsbegrep i sin fremstilling slik: «[v]erdioverføring som kommer aksjeeieren direkte eller indirekte til gode og skjer på aksjer». ¹⁰³ Definisjonen er delvis hentet fra ordlyden i asl. § 3-6 første ledd og dels av rettspraksis. Av bestemmelsens første ledd følger det at «[s]om utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode». Det er i tillegg lagt til grunn i rettspraksis at utdelingen etter asl. § 3-6 bare skal knytte seg til verdioverføring som «skjer på aksjer». Det er lagt til grunn i f.eks. Rt. 1995 s. 1026, Rt. 2000 s. 2033 og Rt. 2008 s. 385.

I HR-2016-1439-A har Høyesterett lagt til grunn at selskapets verdier skal komme aksjonærene til gode. Saken omhandlet spørsmål om vedvarende utbetaling av lavt utbytte

¹⁰¹ Reiersen s. 85.

¹⁰² Se f.eks. Reiersen s. 84-86.

¹⁰³ Reiersen s. 22.

eller intet utbytte prinsipielt kunne gi grunnlag for oppløsning av selskapet jf. Asl. § 16-19. Subsidiært om det kunne gi grunnlag for uttreden etter asl. § 4-24. Høyesterett kom til at lavt utbytte eller intet utbytte var i strid med vinningsformålet og derfor representerte myndighetsmisbruk.

Asl. § 3-6 har betydning for om en ytelse fra selskapet skal anses som utbetaling på aksje, for eksempel i form av salg til underpris. I vurderingen av selskapets ytelse er det gjenstandens eller ytelsens virkelige verdi som må legges til grunn.¹⁰⁴ Asl. § 3-6 regulerer hvilke hensyn som skal tas ved utdeling fra selskapet. Det følger ikke direkte av bestemmelsen hva som kan være gjenstand for utdeling. Det eneste som følger av ordlyden er at det er snakk om «enhver overføring av verdier».

Asl. § 3-6 tilsvarer asl. 1976 § 12-4. Den nye bestemmelsen er noe annerledes utformet, men det er ikke ment å foreligge noen realitetsendring.¹⁰⁵ I Innstilling om lov om aksjeselskaper (1970) s. 173 uttales det:¹⁰⁶

«Annet punktum må ses i sammenheng med at en utdeling fra selskapet ikke nødvendigvis behøver å skje i form av kontanter. En utdeling kan også skje i form av gjenstander, fordringer eller immaterielle rettigheter. I slike tilfeller er det den virkelige verdien av det som deles ut som er avgjørende og ikke den bokførte. Hva som skal anses for den «virkelige verdi» må avgjøres ut fra vanlige regnskapsmessige prinsipper»

Ordlyden i asl. § 3-6 annet ledd første punktum, «enhver overføring av verdier», viser til at alle typer økonomiske verdier i utgangspunktet vil kunne omfattes av utdelingsbegrepet.¹⁰⁷ Forarbeidene trekker frem at «utbytte» er brukt i vid betydning.¹⁰⁸ Da ikke bare til å omfatte kontanter, men også andre eiendeler, bruksrettigheter og tjenester.¹⁰⁹ Gjennom en slik forståelse av utdelingsbegrepets rekkevidde, er det med andre ord ikke hvilken type økonomisk gode som er gjenstand for selskapets ytelse. Momentet som er av betydning i en slik vurdering er om ytelsen eller gjenstanden som er gjenstand for utbytte er av verdi for selskapet slik at en eventuell overføring vil medføre at selskapets verdier reduseres. En slik

¹⁰⁴ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 439.

¹⁰⁵ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 434.

¹⁰⁶ NOU 1996:3 s. 99.

¹⁰⁷ Reiersen s. 84.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 187.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 186.

forståelse innebærer at alle selskapets eiendeler kan være gjenstand for utdeling, i tillegg til kontanter.¹¹⁰

Reiersen trekker frem prinsippets betydning for hva som kan være gjenstand for utdeling.¹¹¹ Alle typer materielle eiendeler så som for eksempel tomter, bygninger og annen fast eiendom, alle typer løsøre, kundefordringer og andre fordringer, verdioverføring fra selskap til aksjeeier. Nettopp fordi disse eiendelene har en målbar økonomisk verdi kan de vesentlig også balanseføres, jf. for eksempel regnskapsloven § 6-2 A II og B I. Typeforutsetningen om målbar økonomisk verdi kommer til uttrykk i definisjonen av det engelske uttrykket «tangible assets» («physical and material assets which can be precisely valued or measured») som tilsvarer uttrykket materielle eiendeler.¹¹²

Som allerede påpekt er hovedelementet i utbyttedefinisjonen at det må være snakk om en «overføring av verdier» fra selskapet til aksjonæren. Det vanligste er at overføringen av ordinært utbytte utdeles årlig til aksjonærene. Aksjeselskaper kan altså åpne for utdeling av mer atypiske former for utbytte til aksjonærene. Om selskapet velger å kalle slike former for ytelser for utbytte eller skjuler utbyttet under andre betegnelser er imidlertid uten betydning.¹¹³

Forutsetningen om målbar økonomisk verdi gjør at denne typen eiendeler må være egnet som dekningsobjekt for selskapskreditorene. Dette innebærer også at mottakeren av en slik eiendel utvilsomt blir tilført en form for objektiv målbar økonomisk fordel. Reiersen uttaler at «materielle eiendeler antas å kunne disponeres av et bostyre og har sannsynligvis en likvidasjonsverdi».¹¹⁴

De nevnte egenskapene ved materielle eiendeler gjør at overføring av slike eiendeler fra selskap til aksjeeierne kan sammenliknes med overføring av penger. Overføring av eiendomsrett til materielle eiendeler kan i så måte sies å utgjøre kjerneområdet til vilkåret om verdioverføring, slik det inngår i aksjelovens utdelingsbegrep. Truyen påpeker at «[u]tdelingsbegrepet bygger på en forutsetning om at objektet som anvendes for utdeling, kan omsettes og har en markedsverdi».¹¹⁵ Denne forutsetningen slår ikke alltid til når det gjelder

¹¹⁰ Se f.eks. Andenæs *Aksjeselskaper* s. 435 eller Aarbakke m.fl. s. 192.

¹¹¹ Reiersen s. 103.

¹¹² <https://oed.com/view/Entry/197491?redirectedFrom=tangible+assets#eid19254462>

¹¹³ Andenæs *aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* s. 435.

¹¹⁴ NOU 1995:30 punkt 4.2.

¹¹⁵ Truyen s. 214.

immaterielle eiendeler, og ved slike utdelinger bør verdissetingsspørsmålet som utgangspunkt undersøkes nærmere.

Utdelingsbegrepet er ikke begrenset til å omfatte de tilfellene hvor selskapet overfører f.eks. eiendomsrett og eller andre eiendeler. Det åpnes også for at utdeling til aksjeeierne kan skje ved at aksjeeierne får tilgang på og bruker selskapets eiendeler.¹¹⁶ Ulike former for låne-, og leierettigheter i tillegg til også faktisk bruk, kan gjennom en slik forståelse også være gjenstand for utdeling.

Saken inntatt i Rt. 1995 s. 1026 Sandakergården AS omhandlet et tilfelle hvor en leietaker inngikk en langsiktig leieavtale. Leieavtalen ble ansett som svært gunstig for leietakeren. Leietakeren i dette tilfellet var datteren til selskapets hovedaksjonær. Leietakeren hadde selv en aksje i selskapet. Etter en tid gikk selskapet til søksmål mot leietakeren for å få kjent leieavtalen ugyldig. Som grunnlag ble det blant annet påberopt at leieavtalen innebar en utbyttebetaling. Høyesterett fant imidlertid at denne anførselen ikke kunne føre frem. Retten viste til at det i uttrykket «utbetaling på aksjer», som ble var ordlyden i asl. 1976 § 12-4 første ledd første punktum, lå et krav om sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen. I denne sammenheng uttalte retten at hvor det ikke er rimelig i forhold mellom partenes ytelser, «må det stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at det ikke er sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen». I den nevnte saken var det imidlertid godtgjort at det manglet sammenheng.¹¹⁷

Saken inntatt i Rt. 1995 s. 1026 knytter seg til aksjeloven 1976 § 12-4 første ledd, som i dag er overført i aksjelovene 1997 § 3-6. Aktualiteten tilknyttet utbytteregelen i denne saken er at retten her setter en klar føring for at aksjelovens utdelingsbegrep bare omfatter verdioverføringer som har årsakssammenheng med aksjeeierskapet.¹¹⁸ Når man ser ordlyden «utdeling» i sammenheng med resten av ordlyden i asl. § 3-6 første ledd, må det tolkes som klart at betydningen skal være den samme som betydningen av «utbetaling på aksjer» som var ordlyden i asl. 1976 § 12-4 første ledd første punktum. Dette innebærer at dommen i Rt. 1995 s. 1026 fortsatt opprettholdelser sin relevans.

I denne saken var det ikke det faktum at utbytte ble gitt i form av leie som var årsaken til at det ikke forelå «utdeling på aksjer». Høyesterett viste til at det krevdes sammenheng mellom

¹¹⁶ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 436.

¹¹⁷ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 434.

¹¹⁸ Reiersen kommenterer dommen s. 61-63.

aksjebesittelsen og ytelsen. Her var det ikke tilstrekkelig at aksjonæren hadde én aksje i selskapet.

I de tilfellene hvor et selskap ivaretar aksjeeiernes interesse om økonomisk vinning gjennom mer atypiske utdelingsmetoder reiser spørsmålet seg om hvordan verdien av slike utdelinger skal fastsettes. Ved utdeling av utbytte i annet enn penger, f.eks. eiendeler eller tjenester, vil utdelingen registreres i regnskapet i virkelig verdi.¹¹⁹ Noe som vil innebære at alle atypiske utdelinger må omregnes til et eksakt beløp som kan føres i regnskapet.

I likhet med de tilfellene hvor utbytte betales gjennom kontant betaling, vil verdsettelse av markedsverdien på rettigheter bero på en konkret vurdering og tolkning av alle sider ved beslutningen. Dersom det er snakk om en overdragelse som for eksempel gjelder fast eiendom, og selskapet skal beholde leieinntekter utover beslutningspunktet, må dette inntas i beregningen av vederlaget.¹²⁰

I de tilfellene hvor det er snakk om utdeling av rettigheter hvor det ikke kan stilles en daglig kurs, er utgangspunktet at markedsverdien fastslås ved takst. Et eksempel som kan falle inn under et slikt tilfelle er fast eiendom, et annet eksempel kan gjelde ved kjøp av tjenester. I de tilfellene hvor det foreligger veiledende informasjon, for eksempel i form av prislister eller liknende, vil slik informasjon være av relevans ved verdifastsettelsen.¹²¹ Truyen kommer med et slik eksempel:

«Generalforsamlingen i et selskap som driver hoteller, instruerer styret om at majoritetsaksjonæren kan benytte selskapets hoteller tilnærmet gratis i lavsesongen. En slik beslutning krenker likhetsprinsippet, men ikke nødvendigvis vinningsformålet. Spørsmålet i vår sammenheng er hvordan hotelloppholdet skal verdsettes. Etter min mening må det tas utgangspunkt i gjeldende prislister selv om majoritetsaksjonærens bruk ikke påfører selskapet netto utgifter. Prislisten gir uttrykk for verdien på alternativ anskaffelse. Den er derfor en målbar størrelse på forskjellsbehandlingen. Selskapets kostnader er derimot av mindre betydning i forhold til den aksjonærinteressen som knytter seg til likhetsprinsippet. Vurderingen blir annerledes dersom det kun er vinningsformålet som krenkes. Generalforsamlingens instruks åpner f.eks. for at et idrettslag uten tilknytning til noen av aksjonærene, får benytte ledige rom gratis i

¹¹⁹ Berge m.fl. s. 130.

¹²⁰ Truyen s. 214.

¹²¹ Truyen s. 215.

lavsesongen. I et slik tilfelle må verdsettelsen av vurderingsobjektet ta utgangspunkt i selskapets faktiske utgifter i form av rengjøring, slitasje mv. Prislister gir ingen dekkende beskrivelse av aksjonærinteressen knyttet til beslutningen når alternativet var at rommene ikke ble benyttet.»

Befinner man seg imidlertid på et område hvor det er mangel på prislister eller annen tilsvarende informasjon, vil det være krevende å skulle fastsette en formening om hva som vil kunne være markedsprisen. Slike tilfeller vil typisk kunne oppstå i de tilfellene hvor det er tale om en tjeneste eller vare som er sjelden i omsetning eller har spesielle egenskaper. Tilfeller som dette gjør det vanskelig å finne sammenlignbare transaksjoner. Et tilfelle hvor man typisk vil kunne stå overfor en slik utfordring kan være ved overdragelse av virksomhet. I de tilfellene hvor det samtidig foreligger et interessefellesskap mellom medkontrahenten og aksjemajoriteten, vil kunne medføre økt fare for at verdsettelsen i den omtvistede transaksjonen ikke gjenspeiler markedsverdien.¹²²

Et annet tilfelle er eksempelvis tilfeller hvor det er forskjell på salgsverdi og bruksverdi. Bruksverdien av for eksempel en eiendom kan i enkelte tilfeller langt overstige salgsverdien i de tilfellene hvor eiendommen for eksempel er spesialtilpasset selskapets virksomhet. I ekstreme tilfeller kan det tenkes at objektet som er gjenstand for utdeling kun kan benyttes av selskapet, slik at salgsverdien er null.¹²³

3.4.2 Adgangen til å foreta utdeling av årsoverskudd innen samvirkeformen

Samvirkeformen ivaretar i all hovedsak medlemmenes økonomiske interesse gjennom medlemmenes deltakelse og omsetning med foretaket. Selv om samvirkeforetak typisk driver økonomisk virksomhet, står det ikke fritt til å foreta utdelinger til medlemmene hvis det samtidig vil gjøre krav på begrenset ansvar. Hvis samvirkeforetaket hadde hatt frihet til dette, ville det ha vært et selskap, og selskap med begrenset ansvar er pliktig til å organisere seg som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, jf. Asl. § 1-1 annet ledd. I likhet med ikke-økonomiske foreninger og økonomiske foreninger skiller samvirkeforetakene seg derfor fra

¹²² Truyen s. 216.

¹²³ Truyen s. 216-217.

selskapene ved at medlemmene ikke fritt kan utbetales avkastning i form av andel i nettoformuen, jf. § 1 første ledd nr. 1.

Kravet i samvl. § 1 annet ledd nr. 1 blir i litteraturen omtalt som fordelingskriteriet.¹²⁴

Lovteksten angir hvilke måter foretaket kan anvende overskuddet. Her poengteres det også at det kan foreligge et samvirkeforetak selv om det ikke skal foretas utdelinger til medlemmene. Etter bestemmelsen fremgår det at «avkastninga, bortsett frå ei normal forrenting av innskoten kapital, anten blir ståande i verksemda eller fordelt mellom medlemmane på grunnlag av deira andel i omsetninga med samanslutninga». Det må her poengteres at ordlyden «avkastninga» retter seg mot foretakets årsoverskudd, og ikke foretakets formue.¹²⁵

Det åpnes altså for å foreta utdeling av årsoverskudd til medlemmene. Utbetaling av økonomisk overskudd er et av hovedskillene mellom samvirkeformen og aksjeselskapsformen. Royer omtaler t.d. fordelingsnormen som «The essential difference» mellom aksjeselskapene og samvirkeforetakene.¹²⁶ Det settes derfor klare føringer for adgangen til å foreta utdeling av økonomisk overskudd for samvirkeformen, slik at ikke fokuset på kapitalavkastning får for stor betydning.

Etter samvirkeloven § 31 første ledd annet punktum jf. § 26 første ledd er utgangspunktet at medlemmene ikke har krav på utdelinger. Derfor er utgangspunktet at det ikke forekommer utdelinger i samvirkeforetak med mindre det fremgår av vedtektene.¹²⁷ Imidlertid har medlemmene krav på å få refundert andelsinnskudd og innestående på medlemskonto ved utmelding eller ved oppløsning av samvirket.¹²⁸ Som utgangspunkt inngår et eventuelt overskudd som en del av den alminnelige egenkapitalen til foretaket.¹²⁹

For at foretaket skal kunne foreta gyldige utdelinger må det skje med hjemmel i lov eventuelt gjennom vedtektene.¹³⁰ Som hovedregel blir avkastningen stående i foretaket eller fordelt mellom medlemmene på grunnlag av deres omsetning med foretaket. Et grunnleggende hensyn bak samvirkeloven er at loven skal legge til rette for drift som verner foretakets

¹²⁴ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 52.

¹²⁵ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 52.

¹²⁶ Fjørtoft *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s.131.

¹²⁷ Ot.prp.nr.21 (2006-2007) s.267.

¹²⁸ Ot.prp.nr.21 (2006-2007) s.267.

¹²⁹ Ot.prp.nr.21 (2006-2007) s.267.

¹³⁰ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 94.

kapital. Dette vil både bidra til å sikre kreditorenes interesser og vil med det også være en fordel foretaket selv og medlemmene.¹³¹

Den grunnleggende fordelingsnormen for samvirkeforetak er basert på medlemmenes omsetning (patronasje) og ikke kapitalinnskudd, jf. ordlyden «fordelt mellom medlemmane på grunnlag av deira andel i omsetninga med samanslutninga» i samvl. § 1 annet ledd nr. 1. Både norsk lov og SCE-forordningen bygger her på samvirkeprinsippet om medlemmenes økonomiske deltakelse. Dette prinsippet er ikke til hinder for en avgrenset kapitalavkastning på innskuddene. Samvirkeloven inneholder en klar grense for hvor høy denne avkastningen kan være, jf. § 30 første ledd annet punktum. SCE- forordningen art. 67 nr. 2 inneholder ikke en slik grense, men det er i fortalen punkt 10 vist til at «det bør være begrenset rente på låne- og andelskapital».

«net assets and reserves should be distributed on winding-up according to the principle of disinterested distribution, that is to say to another cooperative body pursuing similar aims or general interest purposes. »

I så måte står patronasjeprinsippet sterkere i norsk rett enn etter SCE-forordningen.

Økonomisk utdeling fra samvirkeforetakene kan kun skje i de tilfellene hvor det foreligger særlig hjemmel til å foreta slike utdelinger, jf. samvl. § 31 første ledd annet punktum. Hjemmelskravet i aksjeloven finner man i asl. § 3-6 første ledd. For samvirkeforetakene er utdelingsreglene særlig utformet på en slik måte at de på best mulig måte ivaretar samvirkeprinsippene.¹³²

Et overordnet hensyn rundt reglene om utdeling i samvirkeforetak er at utdelingsreglene kan medvirke til en mer effektiv ivaretagelse av de økonomiske interessene til medlemmene. Hvis det åpnes for økonomiske utdelinger i samvirkeforetak vil det kunne være med å styrke viljen til å investere og handle med foretaket og på den måten medvirke til en mest mulig effektiv realisering av foretaksformålet. Retten til utdeling fra selskapet kan med andre ord styrke eierfølelsen og viljen til å bidra til det beste for medlemsfellesskapet.¹³³

Samvirkeforetak som åpner for utdelinger til medlemmene også kan medvirke til en forsvarlig og fleksibel kapitalforvaltning. I slike tilfeller vil medlemmenes kunnskap om at det deles ut

¹³¹ Engh s. 49.

¹³² Fjørtoft *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 174.

¹³³ Fjørtoft *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 172.

overskudd kunne medføre at foretaket får anledning til å sette prisene opp på en slik måte at samvirkeforetakets kapital vokser raskere. I motsatt situasjon vil et foretak som velger å ikke fordele overskudd til medlemmene havne i en posisjon hvor de er nødt til å presse prisene på varene for å kunne gi medlemmene den økonomiske fordel direkte uten at midlene blir en del av den kollektive kapitalen. Her ser man at utdeling i samvirkeforetak paradoksalt nok kan medvirke til bedre omsetning i foretaket i tillegg til at hensynet til kapitalvern kan styrkes.¹³⁴

Aksjelovens utdelingsbegrep kommer tydelig til uttrykk i asl. § 3-6, se nærmere om bestemmelsen over. Samvirkeoven på sin side inneholder ikke en tilsvarende definisjon av utdelingsbegrepet. Forarbeidene er det nærmeste man kommer en definisjon av utdelingsbegrepet for samvirkeforetakene.¹³⁵ Her beskrives utdelingsbegrepet som «alle verdioverføringer fra foretak til medlem» som «ikke inngår i vanlig forretningsdrift». Det poengteres også i forarbeidene at uttrykket «vanlig forretningsdrift» har et bredere innhold for samvirkeformen enn for aksjeselskapene, noe som er naturlig ut fra samvirkeforetakenes hovedformål om å kunne legge til rette for et bredt spekter med formål.

Samvirkeforetakene bygger på grunnleggende prinsipper som har sentral betydning for hvordan kapitalen i selskapene blir behandlet. For det første er innskutt egenkapital regnet som risikokapital som deltakerne ikke kan kreve utbetalt under løpende drift. For det andre kan eventuelle overskudd i foretaket kun deles ut til medlemmene i den utstrekning kapitalvernreglene åpner for. For det tredje kreves det at utdelinger ikke kommer i konflikt med likhetsprinsippet allmenne misbruksregler, jf. samvl. §§ 17, 55 og 90. Og for det fjerde skal samvirkeforetakene ivareta den kooperative egenarten.¹³⁶

Samvirkeoven §26 hjemler de ulike måtene årsoverskuddet kan anvendes på. Her vises det til samvl. § 27 som hjemler samvirkeforetakenes adgang til å dele ut overskudd til medlemmene gjennom etterbetaling. Etterbetaling er den grunnleggende utdelingsformen for samvirkeforetak slik som utbytte er for aksjeselskap. Etterbetalingen fordeles på medlemmene etter størrelsen på den enkelte medlems omsetning med foretaket. Desto større omsetning, desto større etterbetaling. Utbytte i aksjeselskap fordeles etter aksjeinnehav, jo flere aksjer, jo større utbytte, med mindre noe annet er fastsatt i vedtektene.¹³⁷

¹³⁴ Fjørtoft *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 172.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 269 og NOU 2002:6 s. 354.

¹³⁶ Fjørtoft *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s.379.

¹³⁷ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 100.

Samvirkeforetakene ivaretar sin egenart gjennom samvirkeformålet. Det er derfor helt sentralt at ikke foretaket organiseres på en slik måte at fokuset og hensynet til kapitalavkastning får for stor betydning i foretaket. I de tilfellene hvor økonomisk utdeling til medlemmene får en for sentral rolle, vil man kunne stå i fare for at foretaket mister særpreget og egenarten.

En hvis adgang til økonomisk utdeling til medlemmene må derfor kunne anses å være en viktig side ved de kooperative prinsipper som samvirkeforetakstanken bygger på, at medlemmene har rett til andel i lagets midler gjennom rabatter ved samhandel i laget, jf. Lovens § 1 annet ledd nr. 1, jf. §§ 26 og 27. Som eksempel kan nevnes den forbruker som handler dagligvarer på Coop og er medlem i foretaket. Vedkommende vil årlig få utbetalt en «rabatt» eller «etterbetaling» basert på de kjøpene han eller hun har gjort. Samvirkeforetakene vil imidlertid være avskåret fra å foreta utdelinger med grunnlag i medlemmenes kapitalandel, jf. foran. Det vil være i strid med både de kooperative prinsippene, samvirkeloven og de forutsetninger asl. § 1-1 tredje ledd nr. 3 bygger på.¹³⁸

3.5 Adgang til konservativ utbyttepolitikk.

Som tidligere påpekt i oppgaven legger vinningsformålet opp til at aksjeselskapene skal drives på en slik måte at det genereres høyest mulig gevinst til selskapet, som igjen medfører økonomisk vinning for aksjonærene gjennom avkastning på aksjeinnskudd.

Samvirkeforetakene på sin side har en restriktiv regulering når det kommer til utdeling av rent økonomisk overskudd til medlemmene, som nettopp er behandlet i punktet over.¹³⁹ Man kan si det slik at retten til utdelinger i aksjeselskapene er like grunnleggende som omsetningsretten er i et samvirkeforetak.

Til tross for at aksjeselskapsformen i utgangspunktet skal legge til rette for gevinstmaksimering, forekommer det tilfeller hvor selskaper legger opp til en restriktiv utbyttepolitikk. Jeg skal nå se nærmere på adgangen for aksjeselskaper til å legge opp til en mer restriktiv utbyttepolitikk og hvilke konsekvenser det eventuelt kan medføre.

¹³⁸ Woxholth *Selskapsrett* s. 48-49.

¹³⁹ Se f.eks. Fjørtoft *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 171-174

Det er lagt til grunn i rettspraksis at det i stor grad er opp til det enkelte selskapet om selskapet skal drives på en slik måte at det legges en mer konservativ utbyttepolitikk til grunn.

I HR-2016-1439-A avsnitt 96 uttaler Høyesterett: «Det må imidlertid som et generelt synspunkt legges til grunn at et selskap har stor frihet til å fastlegge en konservativ utbyttepolitikk». Videre vises det til Rt. 1999 s. 330 hvor det uttales at «skjønnnet ved avgjørelsen av om årets overskudd skal disponeres til utbytte eller til å bygge opp egenkapital eller utvide virksomheten innenfor selskapets vedtekter, ... bare i mer ekstreme tilfeller [vil] kunne ses som misbruk av innflytelse i forhold til en minoritet som har stemt imot». Også uttalelse fra Rt. 2003 s. 335 trekkes frem i HR-2016-1439-A, hvor det poengteres at «domstolene normalt bør være forsiktige med å sette sitt skjønn over det forretningsmessige skjønn og den bransjekunnskap som ligger til grunn for en virksomhets finansielle eller operative mål».

Det åpnes altså for en vid adgang for at selskapene selv kan avgjøre om selskapet skal bygge på en mer konservativ utbyttepolitikk. Dette til tross for vinningsformålets sentrale stilling i aksjeselskapsformen. Det kan i perioder foreligge gode grunner for at et selskap bør være tilbakeholden med utdeling til medlemmene. Det kan for eksempel være aktuelt i perioder hvor selskapet har behov for å bygge opp en sterkere egenkapital, eller i perioder hvor selskapet er under utvikling og for eksempel skal utvide virksomheten.

I HR-2016-1439-A avsnitt 97 trekkes det imidlertid frem at det må anses å følge det aksjeselskapsrettslige vinningsformålet at aksjeeierne har krav på rimelig løpende avkastning i form av utbytte når forholdene ligger til rette for dette. I avsnittets siste setning trekkes det frem at dersom selskapet ønsker mer vidtgående utbyttebegrensninger enn det som følger av asl. §§ 8-4 og 8-2, må det fremgå av vedtektene jf. asl. § 2-2 andre ledd.

Senere vedtektsbeslutning om at selskapet ikke lengre skal ha som formål å skaffe deltakerne økonomisk vinning, krever enstemmighet blant samtlige aksjeeiere. Se § 5-20 første ledd nr. 5. For en endring i motsatt retning gjelder der derimot ikke noe særskilt flertallskrav utover det vanlige for vedtektsbeslutninger, jf. § 5-18. Hvis vedtektene er slik å forstå at en endring i motsatt retning er avskåret, står man i realiteten overfor en forening, ikke et selskap.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Aarbakke m.fl. 119.

I Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) under punkt 10 om minoritetsvern trekkes det frem at aksjeloven ikke inneholder noen egentlig definisjon av hva som menes med minoritetsvern eller minoritetsbeskyttelse. Vanligvis sikter man med betegnelsen til aksjerettslige regler som gir den enkelte aksjeeier eller gruppe av aksjeeiere som representerer mindre enn 50 prosent av stemmene i selskapet, rettigheter i selskapsforholdet.¹⁴¹

Asl. § 8-4 gir aksjonærminoriteten et særlig rettsmiddel mot urimelig lavt utbytte. Bestemmelsen kan i første rekke få betydning ved uenighet mellom minoritetaksjonærer og majoritetsaksjonærer, men er anvendelig også ved uenighet mellom aksjonærer og ledelsen. § 8-4 er imidlertid ikke ment for å utelukke andre rettsmidler.¹⁴² Årsregnskapets og utbyttebeslutningens gyldighet kan også angripes ved ugyldighetssøksmål basert på misbrukssynspunkter m.v. Generalforsamlingens beslutninger kan i prinsippet også endres i medhold av § 5-24 annet ledd. Vilkåret er at retten kan fastsette det innhold beslutningen skulle hatt, noe som i praksis vel sjelden vil være tilfelle. Fullbyrdelsesdom kan bare gis etter at et slikt søksmål har ført frem.¹⁴³ Videre kan utsulting etter omstendighetene gi grunnlag for dom på oppløsning eller innløsning.¹⁴⁴

Asl. § 8-4 er ment som en sikkerhetsventil,¹⁴⁵ retten bør ikke overprøveselskapsorganenes forretningsmessige beslutninger med mindre urimeligheten er klar. Argumenter som trekker i denne retningen kommer blant annet til uttrykk i Rt. 2003 s. 335 HRKj. I dommens avsnitt 14 uttaler Høyesteretts Kjæremålsutvalg:

«Utvalget kan ikke se at de knappe motivuttalelsene som kjærende part viser til, kan tillegges avgjørende betydning til fordel for en begrensning i rettens kompetanse kun å gjelde der et mindretall utsettes for en utbyttmessig «utsulting». Ved aksjeloven av 1997 ble bestemmelsen i § 12-6 «videreført» – slik det også uttrykkes i lovforarbeidene – med en så godt som uendret ordlyd. Bestemmelsens ordlyd gir ingen holdepunkter for en begrensning i anvendelsesområdet i samsvar med kjærende parts syn, og sammenhengen med den likelydende bestemmelsen i 1976-loven taler også imot en slik lovforståelse. Lagmannsretten har imidlertid understreket at bestemmelsen er en «sikkerhetsventil», og at «domstolene normalt bør være forsiktige

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 105.

¹⁴² NUT 1970:1 s. 173, jf. s. 172.

¹⁴³ Rt. 1935 s. 713.

¹⁴⁴ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 450-451.

¹⁴⁵ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 450.

med å sette sitt skjønn over det forretningsmessige skjønn og den bransjekunnskap som ligger til grunn for en virksomhets finansielle eller operative mål.»

3.6 Omdanning

Ovenfor har jeg sett nærmere på flere av momentene som setter grensen mellom samvirkeforetakene og aksjeselskapene. Så langt har jeg kun behandlet hvor langt man kan akseptere at et selskap eller et foretak organiseres etter prinsipper som i utgangspunktet kjennetegner den andre organisasjonsformen, og hvilke fordeler og ulemper disse tilfellene medfører.

I stor grad er det formålet med opprettelsen av selskapet som setter føringer for hvilken organisasjonsform som er best egnet.¹⁴⁶ I tillegg vil det være et sentralt moment hvem selskapet legger til opp til å «treffe» med virksomheten som drives. Kapitalselskapene utøver gjerne næringsvirksomhet rettet mot en ekstern kundemasse, mens samvirkeforetakene har sine egne medlemmer som sin viktigste, og i noen tilfeller eneste kundegruppe.¹⁴⁷

Ved oppsettelsen av et selskap eller foretak vil tilstrekkelig kunnskap kunne sikre at hensyn til struktur og effektivitet vil bli ivaretatt på best mulig måte. I tillegg vil man kunne organisere på en slik måte at man får maksimalt utbytte av ressursene som er tilgjengelig allerede fra starten. Valg av riktig organisasjonsform er ikke bare essensielt ved opprettelse av et foretak eller selskap, men har også stor betydning under løpende drift. Det forekommer tilfeller hvor det opprettes selskap som over tid endrer struktur og innhold av en slik grad at endring av selskapsform er beste løsning.

I denne delen skal jeg se nærmere på de tilfellene hvor et selskap eller en forening endrer formål og struktur på en slik måte at den andre organisasjonsformen vil være en bedre måte å organisere på. Jeg ser derfor på adgangen til omdanning. Først tar jeg for meg tilfellene hvor det er aktuelt å omdanne fra samvirkeforetak til aksjeselskap. Jeg kommer her inn på hvordan adgangen til omdanning har endret seg etter at samvirkeloven trådte i kraft. Videre tar jeg for meg adgangen til å omdanne fra aksjeselskap til samvirkeforetak. Også her ser jeg nærmere

¹⁴⁶ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 22.

¹⁴⁷ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 37.

på hvordan adgangen var tidligere, i tillegg til hvilke føringer lovgiver trekker for behovet til slik omdanning etter dagens lovgivning.

3.6.1 Fra samvirkeforetak til aksjeselskap

Det kan tenkes at det opprettes et samvirkeforetak som med tiden forandrer struktur på en slik måte at aksjeselskapsformen ville være en bedre måte å organisere på. Samvirkeoven regler har klar regulering for de tilfellene hvor det er behov for omdanning fra samvirkeforetak til aksjeselskap, jf. samvirkeoven kap. 11. Slik omorganisering er typisk aktuelt i de tilfellene hvor samvirkeforetaket endrer karaktertrekk etter at samvirkeforetaket er opprettet.¹⁴⁸

Bestemmelse samvl. § 145 annet ledd lyder:

«Ei omdanning ligg føre dersom eit samvirkeforetak overdreg eidedelar, rettar og skyldnader under eitt til eit aksjeselskap eller allmennaksjeselskap som blir stifta ved omdanninga, og medlemmane i det omdanna samvirkeforetaket blir aksjeeigarar i aksjeselskapet eller allmennaksjeselskapet.»

Omdanning fra samvirkeforetak til aksjeselskap slik som det gjøres i dag var ikke mulig før samvirkeoven kom med egen regulering på dette punktet. Tidligere ulovfestet praksis for omdanning av samvirkeforetak til aksjeselskap skjedde gjennom oppløsning av foretaket, for så å stifte nytt aksjeselskap etter reglene i lov om aksjeselskaper.¹⁴⁹ Etter dagens praksis kreves det ikke at samvirkeforetaket først oppløses. Dagens regulering av omdanning medfører dermed at en lang rekke ulemper som ellers ville kunne oppstått ved virksomhetsoverdragelse og oppløsning.¹⁵⁰

Omdanning etter dagens regulering skjer gjennom vedtektsendring i samvirkeforetaket, det er derfor ikke nødvendig med oppløsning. Samvirkeforetaket omdannes til aksjeselskap i det Foretaksregisteret registrerer omdanning. Dagens regulering av omdanning til aksjeselskap

¹⁴⁸ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 25.

¹⁴⁹ Andenæs *Aksjeselskaper* s. 25.

¹⁵⁰ Engh s. 50.

representerer derfor en vesentlig forenkling og utvidelse av vedtektsfrihet sammenliknet med tidligere praksis.¹⁵¹

Lovgiver så at det typisk kunne være behov for omdanning fra samvirkeforetak til aksjeselskap særlig på bakgrunn av et ønske om å hente inn kapital fra markedet for å ekspandere raskere enn det samvirkeformen gir anledning til. Omdanning vil også typisk være en naturlig handling i de tilfellene hvor omsetningen med andre enn medlemmene over tid har utviklet seg på en slik måte at det fremstår så omfattende at samvirkeformen fremstår som et mindre naturlig valg.¹⁵²

Omdanning krever ikke godkjenning fra kreditorene, jf. samvl. § 145 tredje ledd. Omdanning vil i stor grad kunne påvirke kreditorenes stilling. Hensynene som ligger til grunn for regelen om at kreditorene ikke trenger varsling er imidlertid at stillingen til kreditorene tilsomt blir dårligere stilt etter omdanning til aksjeselskap.¹⁵³

Et eksempel fra praksis hvor Høyesterett behandlet spørsmålet om omdanning fra samvirkeforetak til aksjeselskap var i Rt. 1997 s. 596. Saken her omhandlet andelslaget «Folketeaterbygningen». I denne saken oppstod det uenighet blant medlemmene om selskapet skulle og kunne omdannes til å bli et aksjeselskap. I selskapet originale vedtekter fra de startet i 1920 fremgikk det eksplisitt av selskapets vedtekter § 2 at selskapet ikke hadde til formål å drive erverv. Det ble videre poengtert at «utbyttet maa komme i anden række».¹⁵⁴ I 1952 endret selskapet imidlertid vedtektene til «Selskapets formål er å eie og drive eiendommene Storgata 21, 23 og Youngstorget 2 i Oslo». Selv om vedtektene ble endret var fremdeles selskapets oppgave å reise et teater som kunne tilby god kunst til billige priser.¹⁵⁵

Både tingretten og lagmannsretten kom til at Folketeaterbygningen var å anse som et aksjeselskap, etter aksjeloven 1976. Lagmannsretten vurderte saken slik at Folketeaterbygningen ikke kunne falle inn under unntaksbestemmelsen som vi i dag finner i asl. § 1-1 annet ledd nr. 2. Begrunnelsen for en slik tolkning var at «det ikke-økonomiske elementet er nå kommet i bakgrunnen».¹⁵⁶ Denne uttalelsen knyttet seg til vedtektsendringene. Her var det klart at selskapet ikke lengre hadde samme ideelle karakter

¹⁵¹ NOU 2002:6 s. 379.

¹⁵² Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 184.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 306.

¹⁵⁴ LE-1993-2900 s. 3.

¹⁵⁵ Rt. 1997 s. 596. på s. 597-598.

¹⁵⁶ LE-1993-2900 s. 8.

som tidligere. I tillegg poengterte lagmannsretten at det var «trekk ved selskapet som adskiller det fra det typiske aksjeselskap». ¹⁵⁷ Det er trolig selskapets formål om å tilby god kunst til billige priser som lå til grunn for denne uttalelsen. Høyesterett tok ved avgjørelsen utgangspunkt i selskapets stiftelse i 1920. ¹⁵⁸ På stiftelsestidspunktet hadde selskapet karakter av å være både forening, stiftelse og selskap. Slik som lagmannsretten anså Høyesterett selskapets endring og endringene i vedtektene på en slik måte at det talte for at selskapet var et aksjeselskap. Imidlertid nøyde Høyesterett seg med å slå fast at unntaket som i dag finnes i asl. § 1-1 annet ledd nr. 2, tidligere asl. 1957 § 4 første ledd nr. 3, ikke fikk anvendelse i denne saken. Noe som innebar at selskapet allerede etter aksjeloven 1957 var et aksjeselskap.

Deler av samvirkeforetaket organiseres som aksjeselskap.

Det åpnes også for at deler av samvirkeforetak kan organiseres som aksjeselskap. En slik løsning brukes typisk i de tilfellene hvor det er behov for innhenting av risikokapital. I slike tilfeller kan det være en fordel at enkelte deler av samvirkeforetaket blir organisert som aksjeselskap. Typisk er at dette blir gjort med særlig kapitalkrevende deler av virksomheten. Det kan eksempelvis knytte seg til fremstøt på det internasjonale markedet. ¹⁵⁹ En slik ordning kan tenkes å være den mest velbalanserte måten for innhenting av risikokapital til samvirkeforetak. Gjennom en slik organisering vil samvirkeforetakene på sin side få adgang til nødvendig kapital for å opprettholde ønsket virksomhet, på samme tid som de eksterne investorene får den innflytelse som de ønsker i den virksomheten der pengene har blitt plassert. ¹⁶⁰

Løsningen vil i enkelte tilfeller likevel by på problematikk ved organisering av foretaket. I all hovedsak vil slik problematikk knytte seg til «brukerhensynet» på den ene siden og «kapitalhensynet» på den andre siden. Her vil det kunne oppstå uenigheter i forhold til strategiske satsninger og disposisjoner. Et annet poeng er at en slik ordning for innhenting av risikokapital vil kunne medføre at man beveger seg bort fra prinsippet om at hovedvekten av medlemmenes deltakelse skal være knyttet til innsats og bruk av kooperativet, og ikke til kapitalen. ¹⁶¹

¹⁵⁷ LE-1993-2900 s. 8.

¹⁵⁸ Rt. 1997 s. 596 på s. 603.

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 115.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 115.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 115.

En måte å løse slik problematikk er ved å knytte aksjeselskapsformen til virksomhet som ligger fjernt fra kjernen i samvirket, eventuelt ved at den eksterne kapitalen kun utgjør en mindre del av de underliggende selskapenes aksjekapital.¹⁶²

Samvirkeoven stiller ingen generell ordning for innhenting av ekstern kapital.

Hovedbegrunnelsen for å unngå en slik regel er for å kunne ivareta samvirkeforetakenes egenart på best mulig måte. Som tidligere påpekt vil generell regulering av innhenting av ekstern kapital kunne skape ubalanse mellom samvirkeformålet på den ene siden og vinningsformålet på den andre siden. Interessen for sterk kapital innen samvirkeforetakene vil kunne medføre at skillet mellom samvirkeformen og andre med kapitalbaserte selskap vil kunne oppfattes som illusorisk.¹⁶³

3.6.2 Fra aksjeselskap til samvirkeforetak

I teorien trekkes omdanning fra aksjeselskap til samvirkeforetak frem som lite praktisk og noe som det sjeldent vil være behov for. Lovgiver har også uttalt at det ikke er behov for egen regulering for slike tilfeller. Av den grunn finnes det i dag ingen egne regler om omdanning fra aksjeselskap til samvirkeforetak, verken i samvirkeoven eller aksjelovgivningen.¹⁶⁴

Før samvirkeoven trådte i kraft fantes det imidlertid lovregulering for omdanning fra aksjeselskap til samvirkeforetak. Lov 25. juni 1936 nr. 4 om enkelte bestemmelser angående meieriselskaper § 2 inneholdt regulering for omdanning fra aksjeselskap til samvirkeforetak på sitt område.

I Ot.prp. nr. 29 (1939) gjorde departementet først rede for skillet mellom et aksjeselskap og et andelslag, deretter trekkes det frem at:¹⁶⁵

«aksjeselskap offisielt figurerer med en kapital av en bestemt størrelse, og derfor plikter så vidt mulig å opprettholde denne kapital. Sammenhengende hermed er det at der er visse formaliteter å iaktta ved en forhøyelse av aksjekapitalen; og da opptagelse

¹⁶² Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 115.

¹⁶³ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 115.

¹⁶⁴ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 183 og NOU 1992:29 s. 201-202.

¹⁶⁵ Rt. 1949 s. 309 på s. 311.

av nye medlemmer ved siden av de gamle er ensbetydende med en forhøyelse av aksjekapitalen, er et sådan foretagende for et aksjeselskap en nokså tungvint affære.»

Ot.prp. nr. 5 (1936) ble bestemmelsen, § 2, begrunnet med at det skulle gis anledning for «en mere lettvinnt optagelse av nye medlemmer i meieriselskaper.»¹⁶⁶ Et tilfelle hvor et meieri ble omdannet fra aksjeselskap til samvirkeforetak var i Rt. 1949 s. 309. «Kristiania Meieribolag» ble omdannet med hjemmel i § 2 til «et selskap med vekslende kapital og medlemstall».

Etter dagens regulering sitter man med den oppfatning at sjelden vil være behov for omdanning denne veien, ikke en gang for meieriselskaper.¹⁶⁷ I tillegg påpeker departementet at man kan til dels oppnå samme resultat gjennom at et samvirkeforetak oppretter et aksjeselskap som åpner for minoritetsinteresser som skyter inn kapital.¹⁶⁸ Etter dagens regulering vil en eventuell omdanning måtte gjøres etter reglene i aksjelovens kapittel 13 om oppløsning og avvikling. Slik omdannelse kan bare besluttes ved enstemmighet, jf. § 13-11 og plenumsdommen Rt. 1949 s. 309 (hvor den enkelte aksjeeier ble ansett berettiget til å kreve aksje innløst). At avviklingsbestemmelsene gjelder, innebærer videre at debitorskifte forutsetter samtykke fra den enkelte kreditor eller at denne får oppgjør.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Rt. 1949 s. 309 på s. 311-312.

¹⁶⁷ Fjørtoft og Gjems-Onstad s. 183.

¹⁶⁸ NOU 2002:6 s. 234.

¹⁶⁹ NOU 1992:29 s.202.

3.7 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Som oppgaven behandler byr grensedragningen mellom aksjeselskapene og samvirkeforetakene til tider på krevende vurderinger. Aksjeselskapene og samvirkeforetakene skiller seg i all hovedsak gjennom at det ved valg av organisasjonsform må tas stilling til hvilken organisasjonsform som passer best med hensyn til formål, målgruppe, behov for støtte fra det offentlig eller om organisasjonen skal basere seg på innskutt kapital osv.

Det vil ikke være mulig å gi en generell uttalelse om hvilken selskapsform som er den gunstigste formen. En slik vurdering vil fullt og helt avhenge av hva som er hensikten og målet med det enkelte selskapet. Man ser imidlertid et mønster når det kommer til valg av organisasjonsform i Norge, til dette kommenterer Gjems-Onstad at som tommelfingerregel bruker man i Norge aksjeselskapsformen hvis man ikke har gode grunner for en annen organisasjonsform.¹⁷⁰

Ved utarbeidelsen av samvirkeformen trakk lovutvalget frem et moment om at samvirkeformen måtte anses for å være en organisasjonsform under press.¹⁷¹ I denne sammenheng ble omdanning fra samvirkeforetak til aksjeselskap trukket frem som et av momentene som la press på samvirkeformens aktualitet. I den sammenheng ble det trukket frem at:

«Det har undertiden vært hevdet at det ikke foreligger noe behov for egen lovgivning om samvirkeforetak. Disse har i over mer enn 100 år klart seg godt uten. Mange samvirkeforetak hevder seg bra i konkurranse med virksomheter som er organisert på annen måte. Det synes heller ikke å være flere rettstvister innenfor samvirkeforetakene enn innenfor de andre foretakene.»

«Det er vanskelig å vurdere et utsagn om samvirkeformen egentlig klarer seg så bra i forhold til andre foretaksformer. Utvalget har allerede referert til det faktum at i forhold til andre foretaksformer registreres årlig svært få nye samvirkeforetak. På visse områder (f.eks. innen kraftsektoren) kan man konstatere en viss flukt fra samvirkeformen til andre foretaksformer. Også i andre sammenhenger er det atskillig press i retning av omdanning

¹⁷⁰ Gjems-Onstad s. 16.

¹⁷¹ NOU 2002:6 s. 35.

fra samvirkeforetak til aksjeselskaper. Dette kan indikere at formen i visse tilfeller oppleves som mindre egnet.»¹⁷²

Samvirkeoven ble, og er, i så måte helt sentral for å sikre samvirkeformens særpreg som skiller den fra andre organisasjonsformer. Selv om det til en viss grad kan drives selskap med kooperative trekk under aksjeselskapsformen, så trakk samvirkeovens lovutvalg frem flere argumenter for behovet for en egen samvirkelov. Herunder to hovedargumenter. For det første har de to organisasjonsformene både forskjellige hensikter og organiseringslogikk. For det andre ble det lagt vekt på at en egen lov vil være nødvendig for å synliggjøre og legitimere samvirkeformen i samfunnet.¹⁷³

¹⁷² NOU 2002:6 s. 35.

¹⁷³ NOU 2002:6 s. 32.

Lovregister

Asl.	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
Asl. 1957	Lov 6. juli 1957 nr. 4 om aksjeselskaper [opphevet]
Asl. 1976	Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper [opphevet]
Asal.	Lov 13. juni 1997 nr. 45 om aksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Bbl.	Lov 6. juni 2003 nr. 38 om bustadbyggjelag (bustadbyggjelagslova)
Meieri.	Lov 25. juni 1936 nr. 4 om enkelte bestemmelser angående meieriselskaper. [opphevet]
Rskl.	Lov 17. juli nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)
Sktl.	Lov 26. mars nr. 14 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
Samvl.	Lov 29. juni 2007 nr. 81 om samvirkeforetak (samvirkelova)
SCE	Lov 30. juni nr. 50 om europeiske samvirkeforetak ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10c (rådsforordning (EF) nr. 1435/2003) (SCE-loven) Original tekst: Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE)

Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter

- NOU 2002:6 Lov om samvirkeforetak
- NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper
- NOU 1995:30 Ny regnskapslov

- NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning
- NUT 1970:1 Innstilling til lov om aksjeselskaper
- Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper
- Ot.prp. nr. 61 (1980-1981) Om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper
- Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
- Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) Om lov om samvirkeforetak (samvirkelova)

Rettspraksis

- LE-1993-2900
- Rt. 1935 s. 713
- Rt. 1949 s. 309
- Rt. 1955 s. 166
- Rt. 1995 s. 1026
- Rt. 1997 s. 596
- Rt. 1999 s. 330
- Rt. 2000 s. 2033

- Rt. 2003 s. 335
- Rt. 2008 s. 385
- HR-2016-1439-A

Litteratur

- Aarbakke m.fl. Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre.
Aksjeloven og allmennaksjeloven Lovkommentar. 4. utgave (Oslo 2017)
- Andenæs (aksjeselskaper) Mads Henry Andenæs
Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2. utgave (Oslo 2006)
- Andenæs (selskapsrett) Mads Henry Andenæs
Selskapsrett (Oslo 2007)
- Augdahl Per Augdahl
Aksjeselskaper efter norsk rett, 3. utgave (Oslo 1959)
- Berge m.fl. Stig Berge, Hilde L. Krogh og Anne Taran Tjølsen
Utbytte 3. utgave (Oslo 2011)
- Bråthen (2017) Tore Bråthen
Selskapsrett 5. utgave (Oslo 2017)
- Bråthen (2019) Tore Bråthen
Selskapsrett 6. utgave (Oslo 2019)
- Engh Jone Engh
«Ny lov om samvirkeforetak» i Nordisk Tidsskrift for Selskapsret (NTS), 2007 nr. 4 s. 41 flg.

- Fjørtoft *doktorgradsavhandling* Tore Fjørtoft
Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak
(doktorgradsavhandling), Universitetet i Oslo 2014.
- Fjørtoft *Økonomiske medlemsrettar*
i samvirkeforetak Tore Fjørtoft
Økonomiske medlemsrettar i
samvirkeforetak (Oslo 2014)
- Fjørtoft og Gjems-Onstad Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad
Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og
avgift (Oslo 2009)
- Gjems-Onstad Ole Gjems-Onstad
Valg av selskapsform 2. utgave (Oslo 2013)
- Grini og Lilleholt John Grini og Kåre Lilleholt
Boretslovene kommentarutgave, (Bergen 1993)
- Jakobsen Lisa Charlotte Jakobsen
«Vinningsformålet i norsk aksjeselskapsrett» i Nordisk
Tidsskrift for Selskabsret (NTS), 2018 nr. 2 s. 11-36.
- Lando Ole Lando
Kort indføring i komparativ ret 2 utgave (København
2004).
- Lie Sverre Lie
Andelslagene i landbruket (Gjøvik 1958)
- Nygaard Nils Nygaard
Rettsgrunnlag og standpunkt 2. utgåve (Bergen 1999)

Reiersen	Hedvig Bugge Reiersen Aksjelovens Utdelningsbegrep (Oslo 2015)
Schans Christensen	Jan Schans Christensen «Hvorledes kan corporate governance-debatten bidrage til utviklingen af dansk selskabsret?» i Nordisk Tidsskrift for Selskabsret (NTS), 2001 nr. 3 s. 294-330.
Skåre	Jan Skåre «Begrepet samvirkelag – aksjelovens § 3 annet ledd» i LoR 1976 s. 387 flg.
Truyen	Filip Truyen Aksjonærenes myndighetsmisbruk -en studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper (Oslo 2005)
Tuseth og Winge	Bård Sverre Tuseth og Nikolai K Winge Masteroppgave i juss 2. utgave (Oslo 2018)
Woxholth (selskapsrett)	Geir Woxholth Selskapsrett 6.utgave, 1. opplag (Oslo 2018)
Woxholth (Foreningsrett)	Geir Woxholth Foreningsrett – med samvirkeloven, 3. utgave (Oslo 2008)

Kilder fra internett

- <https://oed.com/view/Entry/197491?redirectedFrom=tangible+assets#eid19254462>
(Sist sjekket 17. november 2019)
- <https://kooperativet.no/om-kooperativet/10-grunnprinsipper/>
(Sist sjekket 22. november 2019)

