

BETINGELSER FOR UTENLANDSKE FORETAKS VIRKSOMHET I NORGE GJENNOM FILIAL

SPESIELT OM VIRKNINGENE FOR FORETAKETS KREDITORER

Kandidatnummer: 371

Veileder: Mads Krohn

Leveringsfrist: 25. april 2006

Til sammen 17 503 ord

17.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>DET UTENLANDSKE FORETAKS VIRKSOMHET I NORGE</u>	<u>2</u>
2.1	Begrepet filial	2
2.2	Mulige grunner til at selskaper etablerer seg med filial i Norge	5
2.3	Forholdet til annet norsk regelverk	7
2.4	Rettssubjektivitet og partsevne	8
<u>3</u>	<u>LOVVALG I SELSKAPSFORHOLD</u>	<u>10</u>
<u>4</u>	<u>SELSKAPSRETTLIGE REGLER AV BETYDNING FOR ADGANGEN TIL Å DRIVE MED FILIAL I NORGE</u>	<u>13</u>
4.1	Foretaksregistrering	14
4.1.1	Registerførers kontroll med innkomne meldinger	16
4.2	Aksjeloven	18
4.2.1	Betydningen av at selskapet er norsk etter aksjeloven	21
4.3	Oppsummering	22
<u>5</u>	<u>EU- OG EØS-RETTLIG REGULERING</u>	<u>23</u>
5.1	Metode	23
5.2	EF-traktaten art. 43 og 48 og EØS-avtalen art. 31 og 34	25
5.3	EF-domstolens avgjørelser	26
5.3.1	Centros	26

5.3.2	Überseering	28
5.3.3	Inspire Art	29
5.3.4	Forholdet til Domstolens tidligere avgjørelse i Daily Mail	31
6	<u>ETABLERINGSRETTENS BETYDNING FOR ADGANGEN TIL Å DRIVE MED FILIAL I NORGE</u>	32
6.1	Foretaksregisterloven	32
6.2	Aksjeloven	35
6.3	Flytting av hovedkontor	36
6.4	Betydningen av EF-domstolens avgjørelser for registreringsteorien og hovedseteteorien	37
6.5	Andre vilkår som stilles til den norske filial	39
7	<u>SELSKAPETS KREDITORER</u>	43
7.1	Selskapets og filialens verneting	43
7.1.1	Tvistemålsloven	44
7.1.2	Luganokonvensjonen	46
7.2	Tvangsfullbyrdelse	48
7.3	Konkurs	49
7.3.1	Muligheten for å begjære konkurs i utlandet	51
7.3.2	Virkningene av en utenlandsk konkurs i Norge	52
7.4	Oppsummering	53
8	<u>KONSEKVENSER AV ULIKT TILKNYTNINGSKRITERIUM ETTER LOVVALGS- OG VERNETINGSREGLENE</u>	55
8.1	Avsluttende bemerkninger	56

1 Innledning

Tradisjonelt har det vært vanlig at utenlandske selskaper som ønsker å drive virksomhet i Norge gjør dette ved etablering av et norsk datterselskap. Et alternativ til etablering av datterselskap er at det utenlandske selskapet selv driver virksomhet i Norge gjennom en filial. Adgangen til å drive med filial i Norge ble tidligere lite brukt. Dette har vært forklart med at det i næringslovgivningen ble stilt en hel del begrensninger i retten til å drive med filial.¹

Det er de seneste årene registrert et betydelig antall utenlandske foretak i Foretaksregisteret og økningen har vært progressiv. I 2005 ble 2 479 utenlandske foretak registrert i Foretaksregisteret. Til sammenlikning var nyregistreringene i 2004 og 2003 på henholdsvis 1 396 og 452. Til sammen var det ved utgangen av 2005 registrert 5 563 filialer av utenlandske foretak i Foretaksregisteret.²

I et større perspektiv er bakgrunnen for denne utviklingen en økt internasjonalisering av næringslivet. Spesielt innenfor EU- og EØS-området har EF-traktatens regler til beskyttelse av det felles marked bidratt til utviklingen. Parallelt med dette har det foregått en betydelig harmonisering av medlemslandenes næringslovgivning gjennom direktiver og forordninger som også har bidratt til en økning i selskapers grenseoverskridende virksomhet.

Utviklingen reiser spørsmålet om det utenlandske selskap står fritt til å velge når det vil etablere en norsk filial eller om norsk rett legger begrensninger på denne adgangen ved å

¹ Ot.prp. nr. 50 (1984-1985) s. 29 og 47. s. 179.

² Tall for 2003 er hentet fra brønnøysundregistrene nettside ”<http://www.brreg.no/statistikk/2003/forel.html>”.

Tall fra 2005 er hentet fra brønnøysundregistrene, ”<http://www.brreg.no/>”, årsmelding for 2005 s. 27. Tall fra 2004 er hentet ved telefonsamtale med Foretaksregisteret.

stille krav om at det opprettes et norsk datterselskap. Den videre fremstilling vil først og fremst ta sikte på å undersøke dette spørsmål.³ Fremstillingen vil også ta for seg problemstillinger knyttet til virkningene av at virksomheten i Norge drives gjennom en filial.⁴

Det er i hovedsak utenlandske aksjeselskaper som benytter seg av adgangen til å etablere norske filialer, og fremstillingen begrenses til å omhandle disse. Foretaksregisterloven⁵ skiller imidlertid ikke mellom ulike foretaksformer når det gjelder adgangen til å drive virksomhet i Norge gjennom filial. Et utenlandsk enkeltmannsforetak kan for eksempel drive virksomhet i Norge i samme utstrekning som et utenlandsk aksjeselskap. Flere av de problemstillinger som vil bli behandlet i det følgende har derfor relevans uavhengig av foretaksformen som det utenlandske selskap har valgt.

2 Det utenlandske foretaks virksomhet i Norge

2.1 Begrepet filial

Filial er i bokmålsordboka⁶ beskrevet som ”underavdeling av større virksomhet med lokaler andre steder enn hovedavdelingen”. I rettslig sammenheng kan ikke denne forståelse ubetinget legges til grunn. Innholdet i begrepet filial må fastlegges ut i fra de rettsregler som er av betydning for filialen, noe som innebærer at begrepet kan ha et forskjellig juridisk innhold avhengig av hvilke rettsregler som kommer til anvendelse i det konkrete tilfellet. I denne fremstilling er interessen knyttet til filialer av utenlandske foretak og avgrensingen av innholdet må derfor foretas i forhold til andre former for

³ Se kapittel 2 til 6.

⁴ Se kapittel 7.

⁵ Lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak § 3-8.

⁶ Hentet fra Språkrådets nettside ”www.sprakrad.no”.

grenseoverskridende virksomhet. Det må trekkes en grense mot etablering av norsk datterselskap og mot mindre formalisert virksomhet i Norge.

Foretaksregisterloven regulerer når det utenlandske foretak er registreringspliktig i Norge og det er derfor naturlig å undersøke om loven gir noen nærmere definisjon av filial. Et utenlandsk foretak er registreringspliktig når det driver næringsvirksomhet i Norge jf. foretaksregisterloven § 3-8 jf. § 2-1 andre ledd. Foretaksregisterloven benytter ikke begrepet filial og bidrar dermed ikke direkte til å fastlegge innholdet av begrepet. Det kan imidlertid slås fast at dersom selskapet faller inn under registreringsplikten for en norsk foretaksform,⁷ så vil selskapet være norsk og dermed vil det ikke være mulig å snakke om en filial av utenlandsk foretak.

I finansieringsvirksomhetsloven⁸ § 1-4 nr. 4 og 5 og forsikringsvirksomhetsloven⁹ § 12-1 jf. § 2-4 med tilhørende forskrifter¹⁰ er det gitt adgang til å drive virksomhet i Norge gjennom filial når selskapet har hovedsete i utlandet. Filialbegrepet knyttes her til beliggenheten av selskapets "hovedsete". Ligger selskapets hovedsete i Norge må selskapet drive med en norsk foretaksform, og filialbegrepet blir tilsvarende avgrenset. Disse lovenes begrensede virkeområde gjør at de ikke er egnet som grunnlag for å oppstille en generell regel. Om det kan utledes en generell regel fra annen lovgivning vil være et sentralt spørsmål i den videre fremstilling.¹¹

⁷ Se foretaksregisterloven § 2-1 jf. § 1-2.

⁸ Lov 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner.

⁹ Lov 10. juni 1988 nr. 39 om forsikringsvirksomhet.

¹⁰ Forskrift 7. juli 1994 nr. 717 om grenseoverskridende tjenesteyting av utenlandske banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat innenfor det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, m.m. § 3, forskrift 2. mai 1994 nr. 326 om filial av banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat innen Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, m.m. § 1 og forskrift 22. september 1995 nr. 827 om forsikringstjenesteytelser og etablering av filial av forsikringsselskap med hovedsete i annen stat i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde m.m. §§ 3 og 7.

¹¹ Se kapittel 4.

Foretaksregisterloven oppstiller for øvrig få kriterier for avgrensingen av filialbegrepet i forhold til andre former for grenseoverskridende virksomhet. En begrensning ligger likevel i at det utenlandske foretak må drive næringsvirksomhet i Norge jf. foretaksregisterloven § 2-1. Driver selskapet kun handel *med* foretak i Norge gjennom for eksempel et norsk agentur har selskapet ikke etablert en norsk filial.

Begrepet filial av utenlandsk foretak ble benyttet i aksjeloven av 1957¹² kapittel 16 og daværende firmalov¹³ § 16. Registreringsplikten var her blant annet knyttet til et vilkår om at filialen hadde "særskilt styre" (aksjeloven)/"særskilt bestyrelse" (firmaloven).¹⁴ Foretaksregisterloven § 3-8 stiller ikke krav om at virksomheten i Norge er underlagt noen egen ledelse og aksjelovens bestemmelse om filial av utenlandsk foretak ble fjernet ved aksjeloven av 1976¹⁵. I forhold til foretaksregisterloven vil det dermed ikke være av betydning om filialen har et "særskilt styre" og lite er vunnet ved å avgrense begrepet på denne måten.

Det utenlandske selskap er registreringspliktig selv om det ikke har et forretningskontor i Norge jf. foretaksregisterloven § 3-8 nr. 6. Foretaksregisterloven ble på dette punkt endret gjennom EØS-tilpasning.¹⁶ Tidligere var registreringsplikten for utenlandske foretak knyttet til om de hadde forretningssted i Norge og de opprinnelige forarbeidene betrakter dette som et vilkår for å kunne snakke om en filial.¹⁷ Det kan språklig sett virke lite naturlig å anvende begrepet filial på utenlandske foretaks virksomhet i Norge som ikke på en eller

¹² Lov 6. juli 1957 nr.4 om aksjeselskaper.

¹³ Lov 17. mai 1890 nr. 6 om Handelsregistre, Firma og Prokura.

¹⁴ Ot.prp. nr. 50 (1984-1985) om A) Lov om registrering av foretak B) Lov om enerett til firma og andre forretningskjennetegn (firmaloven) C) Lov om prokura, s. 180.

¹⁵ Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.

¹⁶ Jf. Ot.prp.nr.73 (1991-1992) om lov om offentlig støtte og lov om endringer i næringslovgivningen m.v. som følge av EØS-avtalen, s. 14 og Ot.prp. nr. 72 (1994-1995) om lov om europeiske økonomiske foretaksgrupper ved gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XXII nr. 10 (rådsforordning (EØF) nr. 2137/85), s. 29.

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 50 (1984-1985) s. 29 og 47.

annen måte er knyttet til et fysisk kontor eller adresse. Dersom man på den annen side knytter begrepet til et fysisk kontor vil filialer kun utgjøre en del av de utenlandske foretak som er registreringspliktige og dermed mister begrepet selvstendig rettslig betydning i forhold til foretaksregisterlovens bestemmelser.

Hensynet til å knytte begrepet filial opp mot et konkret rettslig innhold som samtidig har generell anvendelse for utenlandske foretaks virksomhet i Norge, taler for avgrensning begrepet i forhold til foretaksregisterlovens bestemmelser. Når foretaksregisterloven benyttes til å avgrense begrepet filial blir dets innhold identisk med adgangen til å drive virksomhet i Norge som et utenlandsk foretak etter foretaksregisterloven § 3-8. I den videre fremstilling vil begrepet bli benyttet på denne måten.

2.2 Mulige grunner til at selskaper etablerer seg med filial i Norge

Som tidligere nevnt vil alternativet til virksomhet gjennom filial som regel være etablering av et norsk datterselskap. I hvilken grad det fremstår som attraktivt å etablere en norsk filial vil derfor avhenge av hvilke fordeler denne etableringsform har i forhold til datterselskapet. Aksjeloven¹⁸ stiller en del krav til det norske aksjeselskapet som ville vært unngått dersom man hadde benyttet seg av en filial. Her kan for det første nevnes aksjelovens regler om stiftelse og oppløsning som medfører forholdsvis omfattende plikter for selskapet som dermed vil virke lite fleksible. I tillegg vil det utenlandske selskap sjelden være kjent med norsk aksjelovgivning og etableringen vil som en følge av dette kunne bli både tids- og kostnadskrevende.

Velger selskapet å opprette et norsk datterselskap må det også opprettes en generalforsamling og et styre, samt daglig ledelse dersom det er behov for dette. Som tidligere nevnt er det ikke nødvendig å opprette et eget styre eller daglig ledelse dersom selskapet velger drift via norsk filial, jf. foretaksregisterloven § 3-8 første ledd nr. 8. Beslutninger som ved drift gjennom filial treffes av det utenlandske selskapet kan dermed

¹⁸ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

være avhengig av beslutning fra generalforsamling eller styret i det norske datterselskap.¹⁹ Driften gjennom datterselskapet kan på denne måten bli formalisert i større grad enn det selskapet har behov for eller selv ønsker.

Valg av filial kan mer generelt være motivert ut i fra ønsket om å være underlagt en annen selskapslovgivning enn den norske. Den mest omtalte begrunnelse for å velge norsk filial av utenlandsk foretak er muligheten til derved å unngå de norske regler om aksjekapital på minimum kr 100.000,- jf. aksjeloven § 3-1. I Europa stiller land som Irland, Nord-Irland og England ikke krav om at aksjeselskaper stiftes med en minste aksjekapital. Det samme gjelder for eksempel blant delstatene i USA og for øvrig i enkelte såkalte skatteparadis som Seychellene.²⁰ Stiftelsesprosessen er for øvrig i disse landene omtalt som enkel, rask og billig.²¹ Dette henger blant annet sammen med at det ikke stilles kapitalkrav ved stiftelsen og at det dermed ikke er nødvendig med for eksempel revisorbekreftelse slik kravet er etter aksjeloven § 2-18 andre ledd.

Andre bestemmelser i aksjeloven kan imidlertid også oppleves som byrdefulle. For eksempel reglene om ansattes representasjonsrett i styret og rett til å velge styremedlemmer, jf. aksjeloven § 6-4. Slike regler finnes for eksempel ikke i engelsk lovgivning.²²

Annen lovgivning kan også være av betydning. Vil selskapet oppnå skattefordeler ved å drive med filial i Norge fremfor å opprette et norsk aksjeselskap kan dette være et sentralt

¹⁹ Jf. aksjeloven kapittel 5.

²⁰ Se Hanno Merkt, "Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective", *European Business Law Review*, 2004 s. 1045-1057 (s. 1049). I foretaksregisteret er det registrert et betydelig antall utenlandske selskaper underlagt lovgivningen i England og også Seychellene. Det tilbys etableringstjenester for slike "postkasseselskaper" i utstrakt grad på internett. Se for eksempel "<http://www.grunder.as/>" og "<http://foconsult.com/>" (april 2006).

²¹ Alexander Schall, "The UK Limited Company Abroad – How Foreign Creditors are Protected after Inspire Art", *European Business Law Review*, 2005 s. 1534-1554 (s. 1535).

²² Hanne Søndergaard Birkmose, *Konkurrence mellem retssystemer*, København 2004 s. 294.

motiv.²³ For øvrig er norske filialer av utenlandske foretak per i dag ikke revisjonspliktige i Norge såfremt de har en årlig omsetning på under fem millioner kroner, jf. revisorloven²⁴ § 2-1. Dette til forskjell fra aksjeselskaper som er revisjonspliktige uansett størrelsen på omsetningen.

Utenlandske foretak er likevel regnskapspliktige, jf. regnskapsloven²⁵ § 1-2 første ledd nr. 13. For utenlandske foretak med en filial i Norge betyr dette at det skal utarbeides årsregnskap og årsberetning for den norske filialen. Årsregnskapet for selskapet og filialen skal for øvrig sendes inn til Regnskapsregisteret.²⁶ Filialens regnskaper er imidlertid ikke offentlige, jf. regnskapsloven § 8-1, andre ledd.

2.3 Forholdet til annet norsk regelverk

En norsk filial vil, under betingelser som drøftes nærmere ut over i fremstillingen, være underlagt selskapslovgivningen i det land selskapet er registrert. Det følger imidlertid ikke av dette at øvrig norsk lovgivning ikke kommer til anvendelse på selskapet. Hvorvidt øvrig norsk rett kommer til anvendelse må i prinsippet vurderes ut i fra de særskilte rettslige grunnlag de bygger på.

For eksempel er tilknytningskravet for å være norsk etter skattelovgivningen at selskapet er "hjemmehørende i riket" jf. skatteloven § 2-2 og har ikke overføringsverdi til vurderingen etter de selskapsrettslige regler.²⁷ Konkurslovgivningen kommer til anvendelse dersom skifteretten har stedlig kompetanse i henhold til konkursloven²⁸ § 146 (se punkt 7.3). Det

²³ Det vil føre for langt å gå nærmere inn på de mulige skattemessige fordeler selskapet kan oppnå i denne sammenheng.

²⁴ Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer.

²⁵ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap mv.

²⁶ Unntak fra innsendingsplikten gjaldt frem til 1. januar 2006 for filialer som hadde omsetning under fem millioner kroner, jf. forskrift 16. desember 1998 nr. 1234 om innsending av årsregnskap m.v. til Regnskapsregisteret og rett til innsyn i årsregnskap m.v. endret ved forskrift 17. juni 2005 nr. 598.

²⁷ Se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 1998 s. 519.

²⁸ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs.

samme gjelder for lovvalget ved spørsmål om erstatning utenfor kontrakt hvor det som hovedregel legges til grunn at loven der hvor den skadegjørende handling har funnet sted kommer til anvendelse.²⁹

Når det gjelder selskapets kontraktsmessige forpliktelser vil disse reguleres av de internasjonale privatrettslige regler på kontraktsrettens område, som heller ikke er sammenfallende med lovvalget innenfor selskapsretten. For eksempel vil partene innenfor kontraktstretten ofte ha frihet til å avtale lovvalget.³⁰ Denne mulighet er ikke tilstede innenfor selskapsretten fordi denne ikke bare berører partene men også tredjemenn.³¹ Hovedprinsippet i norsk internasjonal selskapsrett har derfor vært uttrykt som ”at man ikke kan vedtektsfeste eller på annen måte velge annen lov enn den som gjelder etter våre selskapsrettslige regler”.³²

2.4 Rettssubjektivitet og partsevne

En norsk filial av utenlandsk foretak er ikke et selvstendig rettssubjekt, men en integrert del av hovedforetaket.³³ Dette innebærer at filialen som sådan ikke kan ha rettigheter og plikter. Samtidig markerer den manglende rettssubjektivitet et skille i forhold til etablering av datterselskap, som nettopp skjer gjennom opprettelse av et eget rettssubjekt, for eksempel et aksjeselskap.

Filialens manglende rettssubjektivitet medfører at den heller ikke har partsevne, det vil si kompetanse til å opptre som part i en sak ved domstolene. Partsevnen ligger hos selskapet

²⁹ Se Hans Petter Lundgaard, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, Oslo 2000 s. 264 med videre henvisninger.

³⁰ Se for eksempel lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp §§ 3 og 4.

³¹ Hans Petter Lundgaard s. 186 og Geir Woxholth, ”Lovvalgsreglene i selskapsforhold, herunder legitimasjon og personlig erstatningsansvar overfor tredjemann”, *Lov og Rett* 1993 s. 579-595 (s. 583).

³² Hans Petter Lundgaard s. 186. Samme synspunkt legges til grunn hos Geir Woxholth, s. 583.

³³ Dette illustreres ved foretaksregisterloven som legger registreringsplikten til det utenlandske foretak, jf. § 3-8. Se også LB-1999-154 (Borgarting).

som sådant. Dette er fastslått i kjennelse av Borgarting lagmannsrett av 21. januar 1999 hvor saksøker hadde rettet søksmålet mot det utenlandske selskapets norske filial. Lagmannsretten slo fast at den manglende partsevne måtte medføre at det ikke er ”anledning til å reise søksmål mot utenlandske selskaper i navnet av dets norske avdeling”.³⁴ I lovgivningen er det for enkelte selskapstyper gjort visse unntak fra dette utgangspunkt. Det fremgår for eksempel av forsikringsvirksomhetsloven § 12-2 første ledd at forsikringselskapet skal oppnevne en generalagent som blant annet kan ”motta søksmål på selskapets vegne”. Høyesteretts kjæremålsutvalg har forstått bestemmelsen slik at den gir filialen partsevne, samt aktiv så vel som passiv søksmålskompetanse.³⁵

Det er også gitt spesielle bestemmelser om filialetablering for selskap som driver finansieringsvirksomhet etter finansieringsvirksomhetsloven § 1-4 med tilhørende forskrifter.³⁶ Det foreligger imidlertid ingen bestemmelse tilsvarende forsikringsvirksomhetsloven § 2-12 og utgangspunktet er derfor at disse filialer ikke har partsevne. Høyesteretts kjæremålsutvalg har likevel lagt til grunn at norske filialer av utenlandske inkassoselskap har partsevne.³⁷ Kjæremålsutvalget viser uten nærmere begrunnelse til den ovenfor nevnte kjennelse som gjaldt forsikringsvirksomhet. Den rettskildemessige verdi av uttalelsen svekkes av at den ikke er begrunnet og kun henviser til en avgjørelse som var basert på forsikringsvirksomhetsloven § 2-12 som ikke har noen parallell i finansieringsvirksomhetsloven. Svaret er etter dette uklart for finansieringsvirksomheters vedkommende. Dette berører likevel ikke den generelle hovedregel om at filialer av utenlandske foretak ikke har partsevne.

³⁴ LB-1999-154.

³⁵ Jf. Rt. 2005 s. 451 (avsnitt 26).

³⁶ Se kapittel 2.1.

³⁷ Se Rt. 2005 s. 1229. Inkassovirksomhet kan drives av finansieringsvirksomheter, og dette var tilfellet her. Se lov 13. mai 1988 nr. 26 om inkassovirksomhet og annen inndrivning av forfalte pengekrav § 4 jf. finansieringsvirksomhetsloven § 1-4.

3 Lovvalg i selskapsforhold

Med lovvalgsregler menes de nasjonale regler som utpeker hvilket lands rett som i et gitt tilfelle skal anvendes.³⁸ Lovvalgsreglernes nasjonale karakter gjør at de varierer mellom ulike land. For selskapers vedkommende oppstår lovvalgsspørsmål når selskapet har tilknytning til mer enn ett land og man skal bedømme hvilket lands selskapsrettslige lovgivning som selskapet hører under.³⁹ Betydningen av å avgjøre hvilken selskapsrettslig lovgivning som kommer til anvendelse viser seg først og fremst når landenes materielle rett er ulik. Som tidligere nevnt er de europeiske lands selskapslovgivning fremdeles forskjellig på en rekke punkter selv om landenes regelverk i betydelig grad har blitt harmonisert gjennom EUs direktiver og forordninger.

I Tyskland og Frankrike samt deler av kontinental-Europa har det vært lagt til grunn at selskapet er underlagt det selskapsrettslige regelverk i det land hvor det har sitt hovedsete. Med hovedsete menes selskapets forretningsmessige senter eller hovedkontor. I angloamerikansk rettstradisjon har man ansett selskapet for å være underlagt det selskapsrettslige regelverk i det land hvor det formelt er registrert eller inkorporert.⁴⁰ I de europeiske land eksisterer ulike varianter av de to hovedteorier. Registreringsteorien er for eksempel benyttet med unntak for de tilfeller hvor tilknytningen til stiftelseslandet kun er en formalitet (selve registreringen).⁴¹

³⁸ Se for eksempel Hans Petter Lundgaard s. 36 og Mads Henry Andenæs s. 510

³⁹ Det lands selskapsrettslige lovgivning som utpekes omtales ofte i teorien som "selskapsstatuttet". Se Geir Woxholth, s. 580.

⁴⁰ Registrering kan sies å henvise til den formelle registrering i landets handels- eller foretaksregister. Inkorporasjon er en noe mer upresis angivelse og omfatter språklig sett også den situasjon at stiftelsesstedet eller adressen i vedtektene legges til grunn. Disse adresser kan i unntakstilfeller være forskjellige og dermed reise særskilte spørsmål. For formålet i denne fremstilling er nyansene av mindre betydning og de vil i det følgende bli behandlet under benevnelsen registreringsteorien.

⁴¹ Som det vil fremgå av omtalen nedenfor av EF-domstolens avgjørelse i Centros har et slikt syn vært lagt til grunn i Danmark. Se også Geir Woxholth s. 585.

Hovedseteteoriens primære formål har vært beskrevet som beskyttelse mot at nasjonale selskapsrettslige regler blir omgått.⁴² Anvendelse av teorien har i hvert fall denne konsekvens fordi selskapet til enhver tid vil være underlagt det lands selskapsrettslige lovgivning hvor hovedkontoret befinner seg, uavhengig av hvordan det har innrettet seg formelt.⁴³ For selskapets medkontrahtenter og kreditorer kan dette både være en fordel og en ulempe. På den ene side vil disse som regel forholde seg til hovedkontoret, og dermed er de også kjent med dets plassering. Samtidig vil medkontrahtentene og kreditorene ofte være langt bedre kjent med selskapslovgivningen på det sted hvor de faktisk forholder seg til selskapet. På den annen side vil det kunne være umulig for tredjemenn å vite om de forholder seg til et hovedkontor eller for eksempel et underordnet kontor, da det reelle hovedkontors plassering kan være forskjellig fra de opplysninger som gis utad.

Litt enkelt kan det sies at hovedseteteoriens svakheter er registreringsteoriens styrke, og omvendt. Registreringsteorien medfører fleksibilitet for selskapet da den legger til rette for at selskapet enklere kan drive grenseoverskridende virksomhet samtidig som det fritt kan velge selskapslovgivningen den ønsker å underlegge seg. Når registreringskriteriet legges til grunn sikres publisitet og tvil om selskapsstatuttets beliggenhet forhindres. Samtidig er registreringskriteriet enkelt å forholde seg til og sikrer dermed forutberegnelighet for selskapets deltakere og dets tredjemenn. Ut over disse generelle synspunkter kan teoriene medføre litt ulike konsekvenser i de konkrete tilfeller. Dette blir drøftet nærmere i kapittel 4.

De to hovedteoriene gir bare forskjellige løsninger der hvor hovedsetet befinner seg i et annet land enn registreringen har funnet sted. For eksempel vil en norsk filial av et engelsk selskap bli bedømt som et engelsk selskap både etter registreringsteorien og

⁴² Søren Friis Hansen, "C-212 og L 212 Konsekvenserne for dansk og europæisk selskabsret", *Nordisk tidsskrift for selskabsret*, 2000: 1 s. 45-64 (s. 61).

⁴³ Se Hans Petter Lundgaard s. 187. Werner F. Ebke, "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond", *European Business Law Review*, 2000 s. 9-54 (s. 13) omtaler dette moment som grunnlaget for hovedseteteorien.

hovedseteteorien når selskapets faktiske hovedkontor ligger i England. Uenigheten om hvilken teori som skal eller bør anvendes vil derfor i disse tilfeller ikke ha betydning for resultatet man kommer frem til.

I de tilfeller hvor hovedsetet befinner seg i et annet land enn selskapet er registrert vil en anvendelse av hovedseteteorien kunne ha omfattende konsekvenser for selskapet. Som eksempel kan man tenke seg at et tyskregistrert selskap oppretter en norsk filial som i realiteten utgjør hovedkontoret. Etter den tradisjonelle tyske hovedseteteori anses selskapet for å være norsk når hovedkontoret er flyttet til Norge.⁴⁴ Når selskapet ikke lenger er tysk plikter det etter tysk rett å formelt avvikles i Tyskland. Den norske filialen vil dermed også måtte opphøre og slettes fra foretaksregisteret i Norge. I praksis vil det dermed ikke være mulig for et selskap registrert i et "hovedseteland" å flytte hovedkontoret ut av landet.

Eksempelet kan endres til at et selskap som er registrert i England etablerer seg med filial i Tyskland. Dersom filialen utgjør det faktiske hovedkontoret etter tysk rett vil selskapet måtte anses som tysk, noe som medfører at tysk aksjelovgivning kommer til anvendelse. Tysk aksjelovgivning krever at selskapet stiftes etter disse regler. Når dette ikke er gjort betraktes filialens virksomhet på lik linje med et uregistrert aksjeselskap, noe som medfører at selskapets ledelse etter tysk rett kan bli holdt personlig ansvarlig for de forpliktelser de har pådratt selskapet.⁴⁵

I det følgende vil det bli undersøkt om tilsvarende krav til selskapet kan utledes av norsk selskapslovgivning.

Enkelte sider av lovvalgsspørsmålet er ikke direkte relevant for norske filialer av utenlandske foretak. For eksempel vil situasjonen hvor et norsk aksjeselskap flytter sitt hovedkontor ut av landet ikke direkte berøre betingelsene for å drive via filial i Norge.

⁴⁴ Eksempelet baserer seg på tysk regelverk slik det ble tolket tidligere. Nyere rettspraksis fra EU-domstolen har medført en endring i tysk praksis og vil bli nærmere drøftet nedenfor.

⁴⁵ Se kapittel 4.1.1 og 4.2 vedrørende aksjeloven § 2-20.

Spørsmålet vil i den videre fremstilling kun behandles såfremt det har betydning for bedømmelsen av selskapets nasjonalitet eller lovvalgsspørsmålet mer generelt.

4 Selskapsrettslige regler av betydning for adgangen til å drive med filial i Norge

Spørsmålet om lovvalget innenfor selskapsretten er ikke eksplisitt regulert i lovgivningen og har heller ikke funnet sin avgjørelse i rettspraksis. I den teori som foreligger uttrykkes det tvil om spørsmålet og det konkluderes både med hovedseteteorien og registreringsteorien.⁴⁶ Den enighet som kan trekkes ut av disse fremstillingene synes først å fremst være at spørsmålet ikke er endelig avklart i norsk rett.

Uenigheten og uklarhetene på dette området har sammenheng med at spørsmålet i norsk teori til dels har vært diskutert som to ulike problemstillinger. En problemstilling er hvilket kriterium som må legges til grunn for at et selskap er norsk etter selskapslovgivningen.⁴⁷ Dernest kan det stilles spørsmål ved i hvilke tilfeller en norsk domstol skal anvende norsk selskapsrett. Uklarheten oppstår ved at det har blitt trukket ulike konklusjoner av svaret på det første spørsmålet. For eksempel har det blitt argumentert for at selskapets nasjonalitet

⁴⁶ Av fremstillinger som argumenterer for registreringsteorien kan nevnes Hans Petter Lundgaard s. 187-188 og Geir Woxholth s. 587-588. Hovedseteteorien blir på den annen side antatt å være hovedregelen i norsk rett i fremstillingen til Jørg Cordes og Laila Stenseng, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, Oslo 1999 s. 205 og Mads Henry Andenæs s. 517. En nyere fremstilling finnes i Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 68-69 hvor det argumenteres for registreringsteorien med et mulig unntak for rene omgåelsestilfeller. Dette er for øvrig den eneste av de nevnte fremstillinger som tar i betraktning EF-domstolens nyere avgjørelser som her vil bli drøftet under kapittel 5.

⁴⁷ I motsetning til i EU har det i Norge tradisjonelt sett ikke vært vanlig å se reglene om foretaksregistrering som en del av selskapsretten, se Ot.prp.nr. 4 (1995-1996) om lov om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper m.v. Reglene er imidlertid tett knyttet sammen og det gjøres derfor ikke noe skarpt skille mellom foretaksregistreringsrett og selskapsrett i den videre fremstilling.

etter selskapslovgivningen er avgjørende for lovvalget generelt. Det har også blitt argumentert for at selskapets nasjonalitet kun er et moment i vurderingen av lovvalgsspørsmålet og enkelte fremstillinger skiller de to vurderinger fra hverandre.⁴⁸ De to sistnevnte løsninger åpner for synspunktet om at registreringsteorien må gjelde som lovvalgsregel selv om hovedsetet er avgjørende for selskapets nasjonalitet etter selskapslovgivningen.

Når det gjelder det utenlandske selskaps muligheter til å drive med filial i Norge er begge spørsmål av betydning. I det følgende vil det derfor bli vurdert hvilket kriterium som oppstilles for at selskapet skal være norsk etter foretaksregisterloven og aksjeloven. Deretter drøftes spørsmålet om hvilke konsekvenser det har at selskapet er norsk (eventuelt utenlandsk), særlig i forhold til lovvalget mer generelt. Også Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er relevant for tolkingen av foretaksregisterloven og aksjeloven. Det kan derfor ikke dras noen endelig konklusjon før rekkevidden av EØS-avtalen er fastlagt.

4.1 Foretaksregistrering

Foretaksregisterloven § 1-2 slår fast at et selskap er norsk dersom det har hovedkontor i Norge. Bestemmelsens forarbeider presiserer at med hovedkontor menes det administrative senter for foretakets virksomhet.⁴⁹ Hva som nærmere ligger i et administrativt senter er språklig sett ikke klart. Det må imidlertid kunne slås fast at det til refererer til selskapets faktiske virksomhet og ikke til den registrerte adresse.⁵⁰

Utenlandske foretak er for øvrig registreringspliktige dersom de driver næringsvirksomhet i Norge jf. foretaksregisterloven § 2-1 andre ledd. Dette i motsetning til foretak som er registreringsberettigede, men ikke pliktige etter § 2-2. Dersom foretakets hovedkontor

⁴⁸ Geir Woxholth s. 587-588 behandler det som to separate spørsmål. Mads Henry Andenæs s. 517 anvender imidlertid bestemmelser om selskapets nasjonalitet i lovverket som argumenter av betydning for lovvalgsspørsmålet mer generelt.

⁴⁹ Ot.prp.nr. 50 (1984-1985) s. 39.

⁵⁰ Se Mads Henry Andenæs s. 517. For øvrig er det skillet i forhold til den registrerte adresse som er av interesse her. Hva som nærmere ligger i administrativt senter blir derfor ikke drøftet.

ligger i utlandet er det å betrakte som utenlandsk jf. § 1-2, og lovens regler om registrering av utenlandske foretak i § 3-8 må følges. Er hovedkontoret plassert i Norge plikter selskapet å registrere seg som aksjeselskap etter § 3-1 (eller som allmennaksjeselskap⁵¹ etter § 3-1 a). Foretaksregisterloven ser på denne måten ut til å avskjære adgangen til filialetablering for utenlandsk stiftede selskap som har hovedkontor i Norge.

Foretaksregisterloven § 3-8 første ledd nr. 5 bestemmer at selskapet skal opplyse om hvilken lovgivning hovedforetaket er underlagt. Det kan stilles spørsmål ved om denne bestemmelse utvider adgangen til å registrere seg med norsk filial også til tilfeller hvor hovedkontoret befinner seg i Norge. Lundgaard ser ut til å argumentere i denne retning:

”Den nye bestemmelsen [§ 3-8 nr. 5] må imidlertid føre til at en opplysning gitt i forbindelse med registrering også må anses som et gyldig lovvalg for så vidt gjelder selskapets hjemlands lov. Dette lovvalget vil sikkert norske myndigheter og domstoler legge til grunn med mindre det er særlige grunner til noe annet. For øvrig må hovedprinsippet i norsk internasjonal selskapsrett være at man ikke kan vedtektsfeste eller på annen måte velge annen lov enn den som gjelder etter våre selskapsrettslige regler.”⁵²

Ordlyden i § 3-8 kan isolert leses slik men er vanskelig å forene med lovens definisjon av norske og utenlandske foretak i § 1-2. Skal § 3-8 kunne tolkes slik at også selskaper med faktisk hovedkontor i Norge kan registrere seg som utenlandske må dette forutsette at ”hovedkontor” i § 1-2 tolkes som det registrerte hovedkontor. Det medfører at bestemmelsen tolkes i strid med forarbeidene. Når § 3-8 i utgangspunktet tar sikte på å gi en oversikt over registreringspliktig informasjon gir den ikke grunnlag for en forståelse som står i skarp kontrast til forarbeidene. Den sist siterte setning tyder imidlertid på at uttalelsen bør tillegges en mer begrenset mening knyttet til håndhevelsen av regelen. Spørsmålet om når registerfører godtar den innkomne registermelding er imidlertid et annet enn spørsmålet om når selskapet selv plikter å registrere seg som for eksempel et norsk aksjeselskap.

⁵¹ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.

⁵² Hans Petter Lundgaard s. 186.

Dersom det utenlandske selskapet registrerer seg med en filial i Norge bestemmes dets opplysningsplikt av foretaksregisterloven § 3-8. De fleste opplysningene som kreves refererer seg til hovedforetaket, noe som er en naturlig konsekvens av filialens manglende rettsevne. Når det gjelder kravene til registrering av adresser fremgår det av § 3-8 nr. 1 og nr. 6 at forretningsadressen for det utenlandske selskapet og filialens eventuelle forretningsadresse i Norge skal registreres. Opplysningene som skal settes frem ved registrering er altså etter ordlyden ikke direkte knyttet til det faktiske hovedkontor. Det kan stilles spørsmål ved om terminologien her medfører noen endring i adgangen til å registrere seg som et utenlandsk foretak. Også her er det på bakgrunn av definisjonen i § 1-2, som er knyttet til hovedkontoret, vanskelig å se at dette kan være tilfellet. Imidlertid har terminologien betydning for registerførers kontrollmuligheter som blir diskutert nedenfor.

4.1.1 Registerførers kontroll med innkomne meldinger

Registerføreren skal prøve lovmessigheten av innkomne registreringsmeldinger, jf. foretaksregisterloven § 5-1. Prøvelsen omfatter den innkomne meldingen så vel som grunnlaget for denne. Forarbeidene til foretaksregisterloven § 1-2 utdyper registerførers kontrollplikt nærmere:

”I alminnelighet må de opplysningene om hovedkontoret som oppgis i selskapets melding til Foretaksregisteret, kunne legges til grunn. I prinsippet kan imidlertid ikke dette uten videre være avgjørende, og dersom registerføreren i et konkret tilfelle må legge til grunn at foretaket faktisk har sitt hovedkontor i Norge, mens det i meldingen oppgis at dette ligger i utlandet, må det være riktig å bedømme foretaket som et innenlandsk foretak i forhold til lovens bestemmelser.”⁵³

Som nevnt over identifiseres ikke hovedkontoret direkte av opplysningsplikten etter § 3-8 nr. 1 og 6. Dette innebærer at det på bakgrunn av registreringsmeldingen ikke er mulig for registerfører å vurdere hvilken av meldingenes norske og utenlandske adresser som er selskapets faktiske hovedkontor. Det kan imidlertid i spesielle tilfeller tenkes at slik informasjon fremkommer i vedtektene som er vedlagt registreringsmeldingen.

⁵³ Ot.prp.nr. 50 (1984-1985) s. 39.

Dersom en innkommet melding finnes å ikke være lovmessig skal registrering nektes, jf. § 5-2. Blir det gjort forsøk på å registrere et utenlandsk foretak etter § 3-8 men registerføreren i det konkrete tilfelle har informasjon om at hovedkontoret ligger i Norge må registrering altså nektes. Registerføreren skal gi melder en passende frist til å endre registreringen dersom feilen lar seg rette jf. foretaksregisterloven § 5-2 andre ledd. Denne typen feil lar seg imidlertid ikke rette uten at selskapet stiftes etter reglene for norske selskaper. For norske aksjeselskap bestemmes opplysningsplikten av foretaksregisterloven § 3-1 som forutsetter at aksjelovens stiftelsesprosedyrer er fulgt. Legges det faktiske hovedkontor til grunn som kriterium blir konsekvensen altså at selskapet må registrere seg på ny og da som et aksjeselskap.

Registerførers kontrollplikt omfatter alle innkomne meldinger fra første gangs registrering til senere endringer og opphør, jf. foretaksregisterloven § 4-1. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at dersom endringen i realiteten innebærer at selskapets identitet endres må dette medføre at selskapet skal slettes.⁵⁴ Hovedkontorets plassering er som nevnt tillagt avgjørende betydning for selskapets identitet i foretaksregisterloven § 1-2. Dette betyr at et utenlandsk selskap med filial i Norge plikter å slette filialen og opprette et norsk aksjeselskap dersom det velger å flytte sitt hovedkontor fra utlandet og til Norge.

Man kan spørre seg hvilke muligheter registerfører har til å oppdage en unnlatt innmelding av endringer som dette. Registerførers kontrollplikt strekker seg til en undersøkelse av de innsendte dokumenter jf. foretaksregisterloven § 5-1. Har ikke registerfører mottatt opplysninger om endringen vil det i praksis ikke være mulig å oppdage et slikt forhold.

Registreringsnektelse kan ha omfattende konsekvenser. Aksjeloven § 2-18 bestemmer at forpliktelser etter stiftelsesdokumentet ikke lenger er bindende dersom registrering i Foretaksregisteret nektes på grunn av feil som ikke kan rettes. Etter § 2-20 vil de som har

⁵⁴ Ot.prp.nr. 50 (1984-1985) s. 48-49.

pådratt en forpliktelse før registrering hefte personlig for denne overfor tredjemann inntil registrering finner sted. Når etterfølgende registrering ikke finner sted vil den personlige heftelse fortsette. Skulle et utenlandsk selskap bli nektet registrering fordi hovedsetet er funnet å ligge i Norge kan personlig ansvar neppe unngås ved en etterfølgende registrering av et aksjeselskap. Registreringen av aksjeselskapet vil i dette tilfellet etablere et nytt rettssubjekt, og må forutsette et nytt stiftelsesdokument. Det blir altså ikke snakk om en etterfølgende registrering i § 2-20 sin forstand, men snarere en nyregistrering.

4.2 Aksjeloven

I utgangspunktet er det naturlig å tenke seg at når selskapet er norsk etter foretaksregisterloven, så må det også falle inn under øvrig norsk selskapslovgivning. Noen nødvendig sammenheng er det likevel ikke her. For ansvarlige selskapers vedkommende følger det av selskapsloven⁵⁵ § 1-3 at selskapet omfattes av loven dersom dets hovedkontor ligger ”i riket”. Aksjeloven har ingen tilsvarende bestemmelse og spørsmålet blir dermed om aksjeloven må forstås ut i fra en tilsvarende begrensning i stedlig virkeområde som foretaksregisterloven og selskapsloven.

Aksjeloven § 2-2 første ledd nr. 2 fastslår som minstekrav til selskapets vedtekter at de skal angi den ”kommune i riket hvor selskapet skal ha sitt forretningskontor”. Enkelte forfattere har argumentert for at bestemmelsen blant annet angir hva som skal til for at et selskap kan anses som norsk.⁵⁶ Det er imidlertid vanskelig å komme til en slik forståelse ut i fra en tolking av ordlyden. For det første omhandler ordlyden, samt bestemmelsen som helhet, de krav som stilles til et aksjeselskaps vedtekter. For at kravene skal komme til anvendelse forutsettes det derved at selskapet faller inn under aksjeloven. Det sies altså ikke noe om hva som skal til for at selskapet må anses som norsk. For det annet er bestemmelsen etter sin ordlyd rettet mot de internrettslige tilfelle, og da særlig ut i fra begrunnelsen om å gjøre

⁵⁵ Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.

⁵⁶ Jan Skåre og Gudmund Knudsen, *Lov om aksjeselskaper: lov 4. juni 1976 nr. 59: med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 1987 s. 28 og Hans Fredrik Marthinussen og Magnus Aarbakke, *Aksjeloven: (lov om aksjeselskaper 4. juni 1976 nr. 59, som endret): med kommentarer*, 2 utgave, Oslo 1996 s. 35.

selskapet tilgjengelig slik at utenforstående lettere kan ivareta sine interesser overfor dette. Slik har Høyesterett også forstått bestemmelsen.⁵⁷ Høyesterett kom her til at det i forhold til aksjeloven § 2-2 var tilstrekkelig at selskapet hadde opprettholdt et bemannet kontor. Bestemmelsen ble altså ikke forstått slik at den stilte krav til plasseringen av hovedkontoret. Førstvoterende presiserte imidlertid at det ikke dermed ble ”tatt standpunkt til innholdet av lovens begrep forretningskontor i relasjon til det interlegale spørsmål om når et selskap skal anses som norsk og norsk lov anvendes”.⁵⁸

I forhold til spørsmålet om når et aksjeselskap kan flytte sin hovedadministrasjon til utlandet uten derved å måtte oppløses argumenterer Eckhoff og Knudsen for at dette kan gjøres dersom selskapet beholder et forretningskontor med en viss bemanning i Norge.⁵⁹ Synspunktet bygger på at Høyesteretts tolking av aksjeloven § 2-2 i Rt. 1991 s. 943 kan brukes som veiledning også i det interlegale spørsmålet. Drøftelsen er begrenset til utflyttingstilfellene og åpner dermed for at hovedkontoret kan legges til grunn i andre sammenhenger, for eksempel ved selskapets stiftelse.

Som et alternativ til ovennevnte lovmessige utgangspunkt har det vært argumentert for at det følger av ulovfestet rett at plasseringen av selskapets hovedkontor er avgjørende for om aksjeselskapet er norsk eller ikke.⁶⁰ Woxholth legger dette til grunn uten nærmere drøftelse i sin artikkel. Hans synspunkt bygger på at den ovenfor nevnte høyesterettsdom tar avstand fra at aksjeloven § 2-2 regulerer dette forholdet.

Flere hensyn taler for å legge vekt på plasseringen av hovedkontoret. Denne løsningen skaper harmoni i forhold til foretaksregisterloven og selskapsloven da samme løsning legges til grunn her. Forarbeidene til selskapsloven § 1-3 forutsetter at valget av

⁵⁷ Rt. 1991 s. 943.

⁵⁸ Rt. 1991 s. 943 (s. 946).

⁵⁹ Anders Eckhoff og Gudmund Knudsen, Flytting av hovedadministrasjonen til et norsk allmennaksjeselskap eller aksjeselskap til utlandet, *Festskrift til Finn Berg Jacobsen*, Oslo 2000 s. 143-155 (s. 150-152).

⁶⁰ Se Geir Woxholth s. 587.

hovedkontorets plassering som kriterium for om selskapet omfattes av loven ”svarer til vilkåret for at et aksjeselskap skal anses for norsk etter aksjeloven”.⁶¹ På dette tidspunkt var det aksjeloven av 1976 som gjaldt og departementets henvisning var myntet på denne. Aksjeloven av 1976 var imidlertid også taus på dette punkt. Det er dermed naturlig å se det slik at det ved aksjeloven av 1997 ikke var tilsiktet noen realitetsendringer. Dette inntrykk forsterkes av henvisningen i forarbeidene til selskapsloven.

Justisdepartementets lovavdeling har i uttalelse av 6. januar 1998 drøftet hva som skal til for at et aksjeselskap er norsk.⁶² Departementet konkluderte med at det er selskapets hovedkontor som er avgjørende for når et aksjeselskap er å anse som norsk og uttalte at ”om man skal se dette som et utslag av ulovfestet rett, eller som et resultat av en tolking av begrepet ”forretningskontor” i § 2-2 første ledd nr. 2, er ikke avgjørende for denne konklusjonen.”⁶³ Lovavdelingen presiserer imidlertid i samme fremstilling at de ikke dermed tar stilling til lovvalgsspørsmålet mer generelt.

Justisdepartementet uttaler at tolkingen av hva som ligger i hovedkontor ikke nødvendigvis blir lik ved selskapets stiftelse som ved dets oppløsning.⁶⁴ Begrunnelsen er kortfattet og henviser til at begrepets innhold kan tenkes å variere ut i fra omgåelsesbetraktninger. Omgåelse av norsk aksjelov vil imidlertid kunne skje i like stor grad når selskapet er etablert i Norge med filial som i realiteten er selskapets hovedkontor som ved utflytting av hovedkontor uten at selskapet oppløses. Omgåelsesbetraktninger kan derfor være aktuelt i like stor grad ved vurderingen av når selskapet har en plikt til å stifte seg som når det har en plikt til å oppløse seg. Generelt er derfor ikke omgåelsesbetraktninger egnet som argument for en ulik tolking av ”hovedkontor” i de to situasjoner.

⁶¹ Ot.prp.nr.47 (1984-1985) om lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper, s. 36.

⁶² JDLOV-1997-11163.

⁶³ JDLOV-1997-11163 avsnitt 2.6.

⁶⁴ Se JDLOV-1997-11163 avsnitt 2.8.

De rettskilder som er gjennomgått trekker samlet sett i retning av at det avgjørende for om et selskap faller inn under aksjeloven er plasseringen av dets faktiske hovedkontor. Løsningen er imidlertid usikker på grunn av den manglende regulering av spørsmålet i aksjeloven og rettspraksis.

4.2.1 Betydningen av at selskapet er norsk etter aksjeloven

Aksjeloven § 1-1 slår fast at loven kommer til anvendelse på ethvert selskap med begrenset ansvar, med mindre selskapet omfattes av de opplistede unntakene. Legges plasseringen av selskapets hovedkontor til grunn som kriterium innebærer dette at selskapet ved drift gjennom et hovedkontor i Norge plikter å stifte et norsk aksjeselskap. Det samme må gjelde hvis selskapet senere flytter sitt hovedkontor til Norge.

Det neste spørsmål er hvilke konsekvenser det kan tenkes å ha at selskapet har unnlatt å stifte aksjeselskap eller å oppløse aksjeselskapet når det har hatt en slik plikt i henhold til aksjeloven. Uenigheten mellom tilhengere av registreringsteorien og hovedseteteorien kan vise seg først her.⁶⁵ Problemstillingen er for eksempel aktuell når selskapet har drevet via en norsk filial som i realiteten utgjør selskapets hovedkontor og selskapet derfor skulle ha stiftet et norsk aksjeselskap. Flere typer av selskapsrettslige tvister kan komme for en norsk domstol. Et problem med å anvende norsk rett er at selskapet vil ha utformet vedtekter i tråd med stiftelseslandets rett og forutsatt at vedtektene må tolkes i lys av dette lands rett. Anvendelse aksjeloven vil dermed kunne få tilfeldige resultater for partene, og for så vidt også selskapets medkontrahenter og kreditorer som har innrettet seg etter stiftelseslandets regelverk.⁶⁶ Aksjeloven vil også medføre at selskapet må betraktes som uregistrert og at de som har pådratt selskapet forpliktelser hefter personlig for disse jf. aksjeloven § 2-20.⁶⁷ Det har vært argumentert for at denne konsekvens er så inngripende at registreringskriteriet bør

⁶⁵ Geir Woxholth s. 587-588 argumenterer som det har fremgått for at hovedkontorets plassering er avgjørende etter aksjeloven, men at inkorporasjonsteorien (bør) gjelde(r) som generell lovvalgsregel.

⁶⁶ Jf. Geir Woxholth s. 589.

⁶⁷ Se Geir Woxholth s. 589 og Mads Henry Andenæs s. 513

legges til grunn.⁶⁸ Medkontrahentenes og kreditorenes stilling vil for øvrig kunne variere med situasjonen og det er ikke innlysende hvilken teori som gir det rimeligste resultat i forhold til disse. Kreditorer til den norske filialen vil som sagt ha innrettet seg på at selskapet er underlagt utenlandsk selskapsrett, men deres mulighet til å oppnå dekning for sine krav vil ofte bli bedret ved et personlig ansvar etter § 2-20. Kreditorene til det utenlandske selskap vil neppe bli berørt av denne problemstilling. Det viktigste for disse er normalt hvilken teori som legges til grunn i dette land, og om selskapet må oppløses som følge av hovedkontorets flytting til Norge.

Dersom selskapet flytter sitt hovedkontor ut av Norge uten å oppløse selskapet vil det på samme måte kunne oppstå spørsmål om norsk selskapsrett skal anvendes i en sak for domstolene.⁶⁹ Hovedseteteorien vil i dette tilfellet medføre at utenlandsk rett kommer til anvendelse mens registreringsteorien vil lede til at norsk rett anvendes. Hovedseteteorien vil for de norske tredjemenn dermed i dette tilfellet ikke resultere i at den ”næreste” lovgivning kommer til anvendelse (se over i kapittel 3). Hvilken løsning som gir det beste resultat er også her relativt i forhold til om saken ses fra aksjonærenes side eller norske eller utenlandske tredjemenn.

4.3 Oppsummering

De rettskilder som er gjennomgått ved tolkingen av foretaksregisterloven og aksjeloven trekker i retning av at plasseringen av selskapets hovedkontor er avgjørende for selskapets nasjonalitet. Som det har fremgått er det på den annen side ikke mulig å oppstille en generell lovvalgsregel basert på det foreliggende rettskildemateriale. Skal det foretas et valg vil reelle hensyn stå sentralt i vurderingen, noe som også i stor grad er gjort i den norske teori det er henvist til ovenfor. I mangel av andre holdepunkter vil antakelig en

⁶⁸ Se Geir Woxholth s. 589. Lundgaard antyder på sin side at norsk rett kan tenkes å komme til anvendelse, ikke på grunnlag av hovedseteteorien, men på grunn av norske domstolers tilbøyelighet til å anvende norsk rett (lex fori). Se Hans Petter Lundgaard s. 188.

⁶⁹ Det har vært argumentert for at plikten til å oppløse selskapet først utløses når selskapet ikke lenger har visse funksjoner i Norge slik at utenforstående kan komme i kontakt med selskapet i Norge. Se Anders Eckhoff og Gudmund Knudsen s. 143.

norsk domstol måtte tillegge selskapslovgivningen en viss vekt ved vurderingen av lovvalgsspørsmålet. I så tilfelle vil foretaksregisterloven og selskapslovgivningen fungere som momenter for en anvendelse av hovedseteteorien.

På basis av det rettskildematerialet som er gjennomgått kan det likevel ikke utelukkes at norske domstoler kommer til løsninger i tråd med begge teoriene, avhengig av hvilken problemstilling som er aktuell. I hvilken utstrekning det kan være grunn til å modifisere denne konklusjon etter at EØS-avtalen er gjennomgått vil bli drøftet nærmere nedenfor.

5 EU- og EØS-rettslig regulering

Den EU-rettslige regulering angår ikke direkte de enkelte lands lovvalgsregler og de teoridannelser som har festet seg på denne bakgrunn. Det grunnleggende prinsipp om selskapers frie etableringsrett i EU står imidlertid i et spenningsforhold til nasjonale regler som stiller krav til og derved begrenser selskapers etablering på deres territorium. Dette er også bakgrunnen for at EF-domstolen de senere årene har fått seg forelagt flere saker om nyanser av dette spørsmål. Fire avgjørelser er av spesiell interesse og vil bli gjennomgått nedenfor.

5.1 Metode

Retten til fri etablering av selskaper fremgår av EF-traktatens⁷⁰ artikler 43 og 48. Disse er inkorporert i norsk rett gjennom EØS-loven⁷¹ jf. EØS-avtalen art. 31 og 34. Det fremgår av EØS-lovens § 2 at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen i tilfelle konflikt går foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Dette innebærer at reglene om etableringsrett gis forrang i forhold til øvrig norsk lovgivning.

⁷⁰ Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 15. mars 1957, med senere endringer.

⁷¹ Lov 27. november 1992 nr. 23 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Det er gitt flere direktiver med bakgrunn i blant annet reglene om etableringsrett. Direktiver forutsetter prinsipielt nasjonal gjennomføring jf. EØS-avtalen art. 7 men det er opp til avtalepartene å nærmere bestemme formen for gjennomføring i nasjonal rett. Vedtakelsen av de ulike selskapsdirektiver ble i norsk rett gjennomført ved diverse tilpasninger i blant annet aksjeloven og foretaksregisterloven. For eksempel medførte ellefte rådsdirektiv ("filialdirektivet")⁷² at registreringsplikten for utenlandske foretak etter foretaksregisterloven § 3-8 ble utvidet.⁷³

Det følger av EØS-avtalen art. 6 at bestemmelsene i avtalen, så langt de er identiske med EUs regler, skal fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før undertegningen av avtalen. Dette tolkingsprinsipp fremgår også av ODA-avtalen⁷⁴ art. 3 nr. 1. EFTA-domstolens kompetanse er begrenset til å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen jf. EØS-avtalen art. 34. Det tas i EØS-avtalen art. 6 forbehold for den fremtidige utviklingen av rettspraksis. Dette forbehold må ses i lys av fortalen til EØS-avtalen hvor det fremgår at avtalepartenes formål er å "nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale". Det fremgår for øvrig av ODA-avtalen art. 3 nr. 2 at EFTA-domstolen plikter å ta tilbørlig hensyn til senere avgjørelser av EF-domstolen.

EØS-avtalen art. 31 og 34 er gjengivelser av EF-traktaten art. 43 og 48.⁷⁵ EF-domstolens avgjørelser før undertegningen av avtalen er derfor direkte relevante for tolkingen av EØS-bestemmelsene, jf. EØS-avtalen art. 6. Som det vil fremgå nedenfor er det den senere rettspraksis hos EF-domstolen som er av størst interesse her. Homogenitetsmålsetningen i

⁷² Ellefte rådsdirektiv 21. desember 1989 nr. 89/666 om offentlighet angående filialer opprettet i en medlemsstat av visse former for selskaper som er underlagt en annen medlemsstats lovgivning.

⁷³ Ot.prp.nr.73 (1991-1992) s. 13.

⁷⁴ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.

⁷⁵ Norge har imidlertid tatt forbehold for etablering innenfor fisket, jf. EØS-avtalen art. 31 nr. 2 som henviser til avtalens vedlegg VIII til XI.

EØS-avtalens fortale og ODA art. 3 medfører at også senere avgjørelser av EF-domstolen er relevante og tungtveiende argumenter ved tolkingen av EØS-avtalen.⁷⁶

EF-domstolens tolking av felleskapsretten kan komme i motstrid til norske bestemmelser. Såfremt den norske regel som synes å stå i et konfliktforhold til EØS-retten kan tolkes på flere måter, vil EØS-lovens § 2 føre til at det tolkingsalternativ som harmonerer med EØS-retten blir valgt. Det er dermed ikke snakk om en direkte motstrid i disse tilfellene. Kommer spørsmålet imidlertid på spissen må regelen som fremgår av EØS-avtalen gis forrang jf. § 2.⁷⁷

5.2 EF-traktaten art. 43 og 48 og EØS-avtalen art. 31 og 34

Retten til fri etablering for selvstendige næringsdrivende og juridiske personer omfatter etablering og flytting av en virksomhet til en annen EU-stat (primær etablering) så vel som etablering og flytting av en filial (sekundær etablering). Utgangspunktet er at denne friheten omfattes av prinsippet om fri bevegelighet for personer og er fundamental i EU-rettslig henseende.⁷⁸ Dette betyr ikke at retten er unntaksfri. Unntak finnes i traktatens art. 46 (EØS-avtalen art. 33) samt den ulovfestede lære om allmenne hensyn. I hvilken grad disse hensyn er gitt gjennomslag for filialers vedkommende vil bli diskutert i tilknytning til de nedenfor nevnte avgjørelser av EF-domstolen.

Art. 48 avgrenser virkeområdet for bestemmelsene til selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium. At det tas utgangspunkt i lovgivningen i landet selskapet er opprettet betyr at etableringsretten ikke kommer til anvendelse dersom selskapet ikke for eksempel har fulgt stiftelsesreglene i opprettelseslandet. Det kan også argumenteres for at ordlyden trekker i retning av at etableringsretten ikke omfatter tilfeller hvor opprettelseslandet legger begrensninger på et

⁷⁶ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2.utgave, Oslo 2004 s. 216

⁷⁷ Fredrik Sejersted mfl., s. 245.

⁷⁸ Fredrik Sejersted mfl., s. 260.

selskaps ønske om for eksempel å flytte sin virksomhet til utlandet. Dette resultat har også EF-domstolen kommet til, dog uten å drøfte ordlyden særskilt, og vil bli nærmere gjennomgått nedenfor i tilknytning til dens avgjørelse i Daily Mail.⁷⁹

5.3 EF-domstolens avgjørelser

5.3.1 Centros

EF-domstolen har i tre nyere avgjørelser tatt stilling til etableringsrettens betydning og omfang i forhold til grenseoverskridende avdelingsetableringer og flytting av hovedkontor. Den første avgjørelse, Centros-dommen⁸⁰, ble brakt inn for EF-domstolen av dansk høyesterett. Saken stod i Danmark mellom registreringsmyndigheten Erhvervs- og Selskabstyrelsen og det engelskregistrerte aksjeselskapet Centros Limited som var opprettet med henblikk på å utøve all sin virksomhet i Danmark. Erhvervs- og Selskabstyrelsen nektet selskapet å registrere seg i Danmark som en filial av utenlandsk selskap. Nektelsen ble begrunnet i at anvendelsen av et engelsk stiftet selskap i realiteten kun ville virke som en omgåelse av dansk selskapsrettslig lovgivning, og da særlig de danske krav til aksjekapital på minimum DK 200.000,-.

Danske myndigheter anførte at siden man sto overfor en ren omgåelse av dansk aksjeselskapslov, så var ikke registreringsnektelsen i strid med EF-traktatens daværende art. 52 og 58⁸¹. EF-domstolen gav ikke Danmark medhold i denne påstanden, og uttalte at man her var ved kjernen i etableringsretten. I det følgende vil vilkårene Domstolen vurderte bli gjennomgått.

Domstolen har gjennom tidligere avgjørelser slått fast at EF-traktatens rettigheter ikke avskjærer medlemsstatene fra å beskytte seg mot at enkelte utnytter disse fordeler på en

⁷⁹ Sak 81/87 *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue vs. Daily Mail and General Trust plc.*, Sml. 1988 s. 5483 (heretter Daily Mail)

⁸⁰ Sak C-212/97 *Centros Limited vs. Erhvervs- og Selskabstyrelsen*, Sml. 1999 s. I-01459 (heretter Centros).

⁸¹ Bestemmelsene om etableringsrett ble flyttet uten innholdsmessige endringer ved gjennomføringen av Amsterdamtraktaten. Art. 56 ble flyttet til nåværende art. 46.

upassende eller bedragerisk måte.⁸² I Centros presiserte domstolen dette argumentet ytterligere ved å si at restriksjoner i etableringsretten eventuelt måtte vurderes fra sak til sak. Dette forhindret etter domstolens mening en generell praksis med registreringsnektelse.⁸³ EF-domstolen åpner for at nasjonale myndigheter eller domstoler kan begrense etableringsfriheten i enkeltsaker når selskapet er etablert med en bedragerisk hensikt overfor for eksempel kreditorene.⁸⁴ Domstolen trekker frem at sanksjonsmuligheter i form av ansvar for selskapets deltakere i slike tilfeller kan være i tråd med etableringsretten. Dette synspunktet fastholdes også i de senere avgjørelser som gjennomgås nedenfor.

Domstolen presiserte videre at EF-traktaten art. 56⁸⁵ som gir adgang til særbehandling av fremmede statsborgere under hensyn til blant annet den offentlige orden, ikke kunne anvendes til beskyttelse av kreditorer slik det var anført her.⁸⁶ Dette synspunktet har blitt fastholdt uten nærmere diskusjon i de to senere avgjørelser som diskuteres nedenfor, *Überseering*⁸⁷ og *Inspire Art*⁸⁸.

EF-domstolen har gjennom rettspraksis utviklet nærmere vilkår for at nasjonale begrensninger på de fundamentale friheter sikret i EF-traktaten er rettmessige.⁸⁹ Nærmere bestemt må fire kumulative vilkår være til stede. Begrensningene må ilegges på en ikke-diskriminerende måte, de må være begrunnet i tvingende samfunnsmessige/allmenne hensyn, de må være egnet til å oppnå de mål de skal ivareta og de må ikke gå lenger enn

⁸² Centros, avsnitt 24 med videre henvisninger.

⁸³ Centros, avsnitt 38 og 39.

⁸⁴ Centros, avsnitt 34.

⁸⁵ Nå art. 46, tilsvarende EØS-avtalen art. 33.

⁸⁶ Centros, avsnitt 34.

⁸⁷ Sak C-208/00 *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagment GMBH (NCC)*. Sml. 2002 s. I-9919 (heretter *Überseering*)

⁸⁸ Sak C-167/01 *Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art Ltd*. Saml. 2003 I-10155 avsnitt 131 (heretter *Inspire Art*).

⁸⁹ Centros, avsnitt 34 med videre henvisninger.

hva som er nødvendig. EF-domstolen argumenterte for at ingen av disse vilkår var oppfylt i denne saken.

For det første avviste domstolen at hensynet til selskapets kreditorer kunne begrunne denne begrensning i etableringsretten. Domstolen uttalte at en registreringsnektelse ikke er en egnet måte å beskytte nasjonale kreditorer når selskapet driver all sin virksomhet i filialen. Dette fordi filialens kreditorer er tilsvarende utsatt når kun deler av selskapets virksomhet foregår i filialen, og i disse tilfellene ønsket ikke danske myndigheter å nekte registrering.

Danske myndigheter hadde argumentert for at offentlige kreditorer, spesielt skatte- og avgiftskreditorer, ikke inngår i noe kontraktsforhold med selskapet eller filialen og derfor ikke kan sikre sine interesser ved krav om sikkerhetsstillelse eller garantier. Heller ikke dette argumentet kunne etter domstolens mening slå igjennom fordi mindre inngripende tiltak uansett var tilgjengelige. Som eksempel henviser domstolen til at offentlige kreditorer kan sikre seg i form av lovpålagte garantier.⁹⁰

5.3.2 Überseering

Den andre avgjørelse, Überseering-dommen, hadde sitt grunnlag i erstatningskrav reist av det nederlandske registrerte selskapet Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) for arbeide NCC hadde utført på Überseerings lokaler i Tyskland. Überseerings aksjer hadde i forkant av dette i sin helhet blitt solgt til to tyske aksjonærer. Ved denne transaksjonen ble selskapet, i henhold til den tradisjonelle tyske hovedseteteori som her ble lagt til grunn, ansett for å være tysk. På grunn av sin manglende registrering som tysk aksjeselskap fulgte det av tyske regler at selskapet ikke var å anse som et rettssubjekt og derved manglet partsevne ved tyske domstoler. Spørsmålet om den tyske praksis var i strid med etableringsretten ble på denne bakgrunn brakt inn for EF-domstolen av den tyske domstol (Bundesgerichtshof).

⁹⁰ Hva domstolen legger i "lovpålagte garantier" er ikke nærmere forklart i avgjørelsen. Se Erik Werlauff, *EU Company Law, Common business law of 28 states*, 2nd edition, Copenhagen 2003 s. 12. Se for øvrig nedenfor i kapittel 6.5.

Det ble anført fra tysk side at man stod overfor et annet tilfelle enn i Centros, da det var snakk om en etterfølgende flytting av selskapets sete og ikke en sekundær etablering.⁹¹ Domstolen var uenig i at realiteten var vesensforskjellig fra Centros og uttalte at kravet om reinkorporering i tysk rett i realiteten innebar en total utsletting av etableringsretten.⁹² Domstolen konkluderte på samme måte som i Centros med at det forelå en begrensning i etableringsretten som ikke kunne begrunnes ut i fra læren om allmenne hensyn og konkluderte med at Tysklands praksis var i strid med art. 43 og 48.

I sin begrunnelse uttaler Domstolen at "tvingende allmenne hensyn" kan foreligge når nærmere bestemte betingelser og omstendigheter gjør det nødvendig å beskytte kreditorenes, skattevesenet, minoritetsaksjonærene eller de ansattes interesser.⁹³ Hvilke omstendigheter og betingelser dette skulle være sier Domstolen ikke noe om. Den konstaterer imidlertid at disse mål ikke kan begrunne et så inngripende tiltak som å nekte selskapet rettslig handleevne.

5.3.3 Inspire Art

Den tredje avgjørelse, Inspire Art-dommen, hadde sitt grunnlag i tvist mellom den nederlandske registreringsmyndigheten "Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam" og det engelskregistrerte selskapet Inspire Art Ltd. Inspire Art var registrert som et utenlandsk selskap i nederlandsk handelsregister og var dermed underlagt engelsk selskapslovgivning. Det var ikke bestridt av nederlandske myndigheter at selskapet som sådant var engelsk. Selskapet var imidlertid også underlagt nederlandsk lov om formelt utenlandske selskaper,⁹⁴ som stilte en del krav til selskapet. Den nederlandske domstol

⁹¹ Überseering avsnitt 19.

⁹² Überseering avsnitt 81.

⁹³ Überseering avsnitt 92.

⁹⁴ Wet op de Formeel Buitenlandse Veenootschappen av 17. desember 1997.

(Kantongerecht te Amsterdam) forela på denne bakgrunn spørsmålet om disse krav var i overensstemmelse med art. 43 og 48 for EF-domstolen.

En del av de kravene som den nederlandske loven stilte, var krav som også fremgår av ellevte selskapsdirektiv. Disse krav var etter Domstolens mening ikke i strid med etableringsretten. Domstolen la til grunn at ellevte selskapsdirektiv må tolkes uttømmende slik at de krav nederlandsk lovgivning stilte ut over dette måtte anses direktivstridige.⁹⁵ De krav som gikk ut over ellevte selskapsdirektiv var krav om at selskapet registrerte seg som et formelt utenlandsk selskap i handelsregisteret med angivelse av registreringsdatoen selskapet ble innført i registeret til registreringslandet. Det ble også stilt krav om at alle dokumenter som ble produsert av selskapet skulle påføres benevnelsen ”formelt utenlandsk selskap”. Det ble for øvrig stilt krav om revisorbekreftelse av innbetalt aksjekapital. Til slutt var det påkrevd at selskaper som kun hadde en deltaker måtte registrere visse opplysninger om denne. EF-domstolen konkluderte derfor med at disse krav var direktivstridige.⁹⁶

Den nederlandske lov om formelt utenlandske selskaper stilte også krav om at den nederlandske filialen måtte stille minimum aksjekapital på linje med øvrige nederlandske selskaper.⁹⁷ Ved brudd på de krav loven stilte bestemte loven at ledelsen var personlig solidarisk ansvarlig for selskapets forpliktelser. EF-domstolen anså disse krav for å falle utenfor virkeområdet til ellevte selskapsdirektiv i motsetning til de krav som ble ansett for direktivstridige. Det var derfor kun kapitalkravet og den tilhørende sanksjon som ble vurdert opp mot den fri etableringsrett, jf. EF-traktaten art. 43 og 48.⁹⁸

Ikke overraskende, i lys av Centros og Überseering, kom domstolen til at kravet om minste aksjekapital og dermed også ledelsens personlige ansvar innebar en restriksjon på

⁹⁵ Inspire Art avsnitt 69-73.

⁹⁶ Inspire Art avsnitt 71.

⁹⁷ På dette tidspunkt var aksjekapitalkravet på EUR 18.000. Se Inspire Art avsnitt 27.

⁹⁸ Inspire Art avsnitt 73.

etableringsretten. Det var ikke av betydning at Nederland formelt aksepterte filialetableringen, så lenge det faktisk ble stilt krav til filialen som gikk ut over de krav registreringslandet stilte til selskapet. Heller ikke her ble det ansett å foreligge tilstrekkelige grunner til at restriksjonen kunne anses lovlige i henhold til EF-retten. Domstolens begrunnelse var på dette punkt sammenfallende med Centros og Überseering.

Domstolens avgjørelse i Inspire Art går et skritt videre vi forhold til Centros ved at den slår fast at mindre vidtgående hindringer (enn registreringsnektelse) også kan være i strid med etableringsretten.

5.3.4 Forholdet til Domstolens tidligere avgjørelse i Daily Mail

I både Überseering og Inspire Art ble det fra myndighetenes side, under henvisning til domstolens tidligere avgjørelse i Daily Mail, argumentert for at denne skapte presedens for at restriksjoner i nasjonal lovgivning kunne være forenlige med etableringsretten. Faktum i denne saken var at det engelskregistrerte selskapet "Daily Mail and General Trust PLC" av skattemessige årsaker ønsket å flytte sin hovedadministrasjon til Nederland. EF-domstolen la til grunn at engelsk selskapsrett tillot et engelskregistrert selskap å flytte sin hovedadministrasjon til utlandet uten derved å miste sin rettssubjektivitet i England.⁹⁹ Tvisten dreide seg imidlertid om at engelske myndigheter etter engelsk skattelovgivning måtte samtykke i en slik utflytting dersom selskapet ved denne operasjonen ikke lenger var skattepliktig i England. Slikt samtykke ble i dette tilfellet nektet av myndighetene.

Spørsmålet som ble forelagt domstolen var om et slikt samtykkekrav/nektelse var i strid med EF-retten i henhold til daværende art. 52 og 58. Domstolen kom til at et slikt krav ikke var i strid med etableringsretten.¹⁰⁰ Sentralt i dens begrunnelse var at selskaper er nasjonale vesener hvis eksistens ikke kan løsrives fra det land det er inkorporert i. Domstolen konstaterte videre at EF-landenes regler på dette punkt var ulike og at disse spørsmål måtte

⁹⁹ Daily Mail avsnitt 3.

¹⁰⁰ Daily Mail avsnitt 25.

løses gjennom harmoniserende lovgivning på fellesskapsnivå. Domstolen begrenset seg derfor til å si at etableringsretten ikke omfattet utflyttingstilfeller som dette på det daværende stadium av fellesskapsretten.

Daily Mail dommen ble avsagt i 1988. Det forholdsvis lange tidsrommet mellom denne avgjørelsen og de senere dommer som her er gjennomgått kunne kanskje vært grunnlag nok for Domstolen til å si at fellesskapsretten hadde utviklet seg videre og at dens tidligere avgjørelse derfor ikke lenger ubetinget kunne legges til grunn. Domstolen valgte ikke denne tilnærming, men fremhevet i både *Überseering* og *Inspire Art* at faktum her var annerledes. Det ble fremhevet som et avgjørende skille at det i *Daily Mail* var registreringslandet som la begrensninger på et selskapet, mens det i de to andre sakene var "mottakerlandet" som la begrensninger på et selskap som var lovlig etablert i en annen stat.

EF-domstolen synes på denne bakgrunn fremdeles å forutsette at etableringsretten først kan anvendes overfor "utflyttingstilfellene" når det foreligger relevant lovgivning på fellesskapsnivå. Slik lovgivning foreligger i utkast til fjortende selskapsdirektiv som ikke er trådt i kraft, og som det per i dag er usikkert om vil tre i kraft også i fremtiden.¹⁰¹

Daily Mail dommens rekkevidde er for øvrig uklar fordi det i saken dreide seg om et skatterettslig tilfelle, mens Domstolens argumentasjon var av generell art. Dette poeng ble heller ikke nærmere kommentert av Domstolen i *Überseering* eller *Inspire Art*.

6 Etableringsrettens betydning for adgangen til å drive med filial i Norge

6.1 Foretaksregisterloven

Etter den tolking som er redegjort for tidligere skal registerfører nekte registrering av en norsk filial dersom det må legges til grunn at selskapet skal drives med et hovedkontor i

¹⁰¹ Hanne Søndergaard Birkmose s. 147.

Norge. Denne løsning kan sammenliknes med danske myndigheters standpunkt i Centros, som altså ble underkjent av EF-domstolen. Skulle Foretaksregisteret legge seg på en praksis som ble forsøkt av danske myndigheter er det på denne bakgrunn liten tvil om at denne ville være i strid med etableringsretten.

Etter foretaksregisterloven vil selskaper med drift både i Norge og registreringslandet kunne nektes registrering når hovedkontoret må anses å ligge i Norge. Danske myndigheter begrenset seg til å anføre at det måtte være adgang til å nekte registrering når selskapet overhodet ikke hadde aktivitet i registreringslandet. I forhold til vurderingen av allmenne hensyn og det resultat EF-domstolen kom frem til i Centros er denne forskjell ikke av betydning.

Det foreligger ikke norsk rettspraksis eller rettspraksis fra EFTA-domstolen som gir nærmere veiledning for løsning av konflikten mellom foretaksregisterlovens regler og EØS-avtalen. Konflikten har sitt opphav i definisjonen av norsk foretak i foretaksregisterloven § 1-2. Foretaksregisterloven § 3-8 er etter sin ordlyd ikke direkte knyttet til hovedkontorets plassering, noe som gjør at definisjonen synes å bli løsrevet fra opplysningsplikten i forbindelse med registreringen. Plikten til å opplyse om selskapets hjemlands lov sammenholdt med plikten til å registrere selskapets utenlandske forretningsadresse kan i hvert fall isolert forstås slik at selskapet kan registrere seg som utenlandsk uavhengig av hovedkontorets plassering.¹⁰² En mulig løsning er dermed at hovedkontoret etter § 1-2 tolkes som det registrerte hovedkontor. Ordlyden er åpen i den forstand at hovedkontor like gjerne kan forstås som det registrerte som det faktiske hovedkontor. Tolkes bestemmelsen som det registrerte hovedkontor er det likevel klart i strid med forarbeidenes uttalelser.

¹⁰² Foretaksregisterloven § 3-8 nr. 1 og 5.

EØS-avtalens regler må tillegges avgjørende vekt ved tolkingen av foretaksregisterloven § 1-2. Dette følger av at EØS-regelen er fastslått i lov i motsetning til forståelsen av foretaksregisterloven § 1-2 som bygger på forarbeidene.

Et sentralt spørsmål er imidlertid om foretaksregisterloven nå må tolkes annerledes avhengig av om det utenlandske selskapet faller inn under virkeområdet for etableringsretten i EØS-avtalen og EF-traktaten. Forpliktelsene etter EØS-avtalen har ikke direkte betydning for tilfeller som faller utenfor dens virkeområde. Utgangspunktet er derfor at selskaper som er etablert utenfor EU- og EØS-området ikke kan drive med norsk filial dersom hovedkontoret legges til Norge.¹⁰³

Foretaksregisterloven § 3-8 ble som tidligere nevnt endret for å tilpasses EØS-avtalen.¹⁰⁴ Selv om endringen var begrunnet i EØS-avtalen ble det ikke gjort forskjell i forhold til utenlandske foretak etablert utenfor EU- og EØS-området. Dette ble begrunnet med at opplysningene som kreves etter § 3-8 uansett er nyttige for de som kommer i kontakt med filialen. For øvrig ble det ikke ansett å være behov for at foretaksregisterloven inneholdt spesielle bestemmelser for EU- eller EØS-foretak. Det kan derfor hevdes at det ikke er grunn til å gjøre ett skille ut i fra den rettspraksis som senere har utviklet seg i EU. Hensynet til en enkel anvendelse av bestemmelsen trekker også i retning av at disse tilfellene behandles likt.

I Foretaksregisteret registreres det som tidligere nevnt utenlandske selskaper som kun har virksomhet i Norge. Dette gjelder både selskaper innenfor og utenfor EØS-området. Det kan stilles spørsmål ved om denne praksis bør tillegges vekt ved vurderingen av adgangen til å registrere seg etter § 3-8 når hovedkontoret ligger i Norge og selskapet er registrert i et

¹⁰³ Denne løsning antas i Magnus Aarbakke mfl. s. 68.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.72 (1994-1995) om Lov om europeiske økonomiske foretaksgrupper ved gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XXII nr. 10 (rådsforordning (EØF) nr. 2137/85), s. 25 og Ot.prp. nr 73 (1991-92) om lov om offentlig støtte og lov om endringer i næringslovgivningen m.v. som følge av EØS-avtalen, kapittel 4.4.

land utenfor EU- og EØS-området. Opplysningsplikten i foretaksregisterloven § 3-8 er som tidligere nevnt ikke direkte rettet mot beliggenheten av selskapets hovedkontor, noe som medfører at registerfører i praksis sjelden har informasjon til å ta stilling til om registrering skal nektes på dette grunnlag. I den grad praksisen dermed er et resultat av manglende informasjon er det noe betenkelig å tillegge den vekt.

Som en oppsummering kan det slås fast at flere grunner taler for at også selskaper registrert i land utenfor EU- og EØS-området har adgang til å registrere seg som utenlandske foretak etter foretaksregisterloven § 3-8 selv om det faktiske hovedkontor ligger i Norge. Disse momenter trekker i retning av at forarbeidene til foretaksregisterloven § 1-2 ikke tillegges avgjørende vekt. Hvilken tolking som bør legges til grunn vil også ha sammenheng med hvilken lovvalgteori som antas å gjelde i Norge. Legges registreringsteorien til grunn vil § 1-2 tolkes som den registrerte adresse. Dette drøftes nærmere i kapittel 6.5 når betydningen av EF-domstolens avgjørelser for hovedseteteorien diskuteres.

6.2 Aksjeloven

Hvis det legges til grunn at hovedkontorets plassering er avgjørende for om aksjeloven kommer til anvendelse, vil det også her oppstå konflikt i forhold til etableringsretten. I likhet med registreringsnektelse vil anvendelse av aksjelovens krav til minste aksjekapital stå i direkte motstrid til de ovenfor nevnte avgjørelser av EF-domstolen. Det rettskildemessige grunnlag for å hevde at hovedkontorets plassering er avgjørende etter aksjeloven er som nevnt ikke utvetydig, selv når EØS-avtalen er holdt utenfor tolkingen. Likevel tar ikke etableringsretten etter sin ordlyd eller tolkning av EF-domstolen stilling til den selskapsrettslige nasjonalitet, og har derfor ikke direkte betydning for hvilket kriterium som her legges til grunn. Kriteriet om hovedkontorets plassering er derfor isolert sett ikke utradert av EF-domstolens tolking av etableringsretten.

En mulig løsning vil være å si at hovedkontoret plassering er avgjørende, men at kravet til minste aksjekapital ikke kan anvendes i de tilfeller som omfattes av etableringsretten. Denne tolking vil føre til at det utenlandske selskap som har hovedkontor her vil måtte stifte et aksjeselskap men uten at reglene om aksjekapital kommer til anvendelse.

Løsningen vil lede til en rekke uklarheter i forhold til lovens øvrige bestemmelser. For eksempel ville styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5 første ledd som utløses når selskapets egenkapital er halvparten av aksjekapitalen, ikke gi mening hvis selskapet ikke har stilt aksjekapital overhodet. Flere eksempler kan også tenkes i tilknytning til aksjelovens regler om vern av selskapets egenkapital. I tillegg vil et krav om stiftelse av aksjeselskap utgjøre en restriksjon på etableringsretten selv om kapitalkravet ikke anvendes. Det må derfor kunne utelukkes at aksjeloven på denne måten bare delvis kommer til anvendelse.

Hovedkontorets faktiske plassering kan dermed ikke anvendes som et generelt kriterium for selskapets nasjonalitet etter aksjeloven. Etableringsretten får på denne måten indirekte betydning ut over kravet til minste aksjekapital.

6.3 Flytting av hovedkontor

Det følger av EF-domstolens avgjørelse i *Überseering* at et utenlandsk selskap med norsk filial kan velge å flytte sitt hovedkontor til Norge uten derved å måtte opprette et norsk aksjeselskap. I forhold til foretaksregisterloven og aksjeloven er problemstillingen her sammenfallende med den ovenfor.

Har selskapet drevet gjennom en norsk filial som i realiteten utgjør selskapet hovedkontor og senere flytter hovedkontoret til utlandet oppstår det ikke problemer i forhold til norsk lovgivning. Tvert i mot medfører denne utflyttingen at selskapets organisasjon bringes overens med foretaksregisterloven § 3-8 jf. § 1-2.

Det motsatte tilfellet, hvor et norskstiftet selskap flytter sitt hovedsete til en filial i utlandet, berøres ikke direkte av etableringsretten og må derfor bedømmes etter aksjelovens regler. Dette følger av EF-domstolens avgjørelse i *Daily Mail*.

6.4 Betydningen av EF-domstolens avgjørelser for registreringsteorien og hovedseteteorien

EF-domstolens tolking av etableringsrettens omfang innskrenker medlemslandenes adgang til å anvende lovvalgsregler på basis av de to tradisjonelle teorier. At reglene om etableringsrett går på tvers av de to ovennevnte teorier illustreres godt av at det i Centros, Inspire Art og Daily Mail var land som har lagt til grunn registreringsteorien, som forsøkte å legge begrensninger på selskapets grenseoverskridende virksomhet.

Danske myndigheters forsøk på registreringsnektelse i Centros, og nederlandske myndigheters forsøk på å stille ytterligere krav til utenlandske selskaper i Inspire Art var ikke et utslag av at de la registreringsteorien til grunn. I Centros var det et resultat av at danske myndigheter la til grunn registreringsteorien med den modifikasjon at den ikke kunne slå igjennom i tilfeller der selskapets tilknytning til registreringslandet kun utgjorde en formalitet.¹⁰⁵ For nederlandske myndigheter sin del var det et resultat av at man ønsket å begrense det man anså som uheldige konsekvenser av registreringsteorien. Registreringsteorien som sådan kan derfor forenes med EF-domstolens rettspraksis.

Med bakgrunn i Inspire Art kan det hevdes at etableringsretten rekker videre enn selskapsstatuttet fordi den begrenser de virkemidler en stat kan ta i bruk overfor utenlandske selskaper, selv om staten for så vidt anerkjenner at selskapet er underlagt et annet lands selskapslovgivning.

Et land som følger hovedseteteorien vil stille krav om at selskapet oppløses når hovedsetet flyttes til utlandet. Dette tilfellet kan sammenliknes med Daily Mail, dog med den begrensning at hovedsetelandet vil stille krav om oppløsning som ikke er begrenset til de tilfeller som har skatterettslige implikasjoner. Reelt innebærer et slikt krav en restriksjon

¹⁰⁵ Også uttrykt som et krav om "genuine link" jf. Søren Friis Hansen, s. 49. Forfatteren påpeker at denne praksis kan ses på som en blanding av hovedsete- og registreringsteorien. Se ovenfor i kapittel 3.

for selskapet. På bakgrunn av EF-domstolens avgjørelse i Daily Mail må det imidlertid legges til grunn at etableringsretten ikke omfatter dette tilfellet.

EF-domstolens avgjørelser synes samlet sett å innebære at etableringsretten fungerer etter et avsenderlandsprinsipp som medfører at så lenge selskapet er lovlig etablert i et EU-land etter de regler som der gjelder, så kan i utgangspunktet ikke "filiallandet" stille ytterligere krav til selskapet.¹⁰⁶ Etableringsretten hindrer derfor at hovedseteteorien legges til grunn av filiallandet fordi dette ville medføre et krav om at selskapet oppretter et aksjeselskap i filiallandet dersom det ønsker å drive med hovedsete der. Dette følger direkte av EF-domstolens avgjørelse i Centros og Überseering.

I norsk teori har Andenæs argumentert for at etableringsretten ikke griper inn i selskapsstatuttet. Etter hans mening er det avgjørende for etableringsretten om selskapet ved den sekundære etablering har mulighet til å opprette et aksjeselskap.¹⁰⁷ Dette synspunkt ble fremsatt før EF-domstolens avgjørelser og kan ikke lenger opprettholdes.

I europeisk debatt har det blitt dratt litt ulike konklusjoner av det som her er sagt. Enkelte mener at hovedseteteorien ikke lenger kan anses å gjelde overhodet. De fleste begrenser imidlertid påstanden i to retninger. For det første vil selskaper som er opprettet utenfor EU- og EØS-området ikke reguleres av etableringsretten.¹⁰⁸ For det andre berører ikke etableringsretten per i dag stiftelseslandets regulering av "egne" selskaper og hovedseteteorien kan dermed i teorien anvendes i disse tilfeller. Som nevnt ovenfor må det som et utgangspunkt være riktig å se på virkningene av EF-domstolens avgjørelser i norsk rett med disse to begrensninger. Fordi rettstilstanden i Norge på dette punkt ikke har vært avklart kan det imidlertid hevdes at etableringsretten utgjør et moment for å legge registreringsteorien til grunn som lovvalgsregel i Norge.

¹⁰⁶ Se Kim Østergaard, "Selskapsstatuttet i EU". *Nordisk tidsskrift for selskapsret*, 2005: 1 s. 110-122 (s. 117).

¹⁰⁷ Mads Henry Andenæs, s. 521.

¹⁰⁸ Se Werner F. Ebke s. 46.

Hovedseteteorien er etter sin art generell og tar sikte på å løse alle lovvalgsspørsmål på selskapsrettens område. Når teorien ikke lenger kan anvendes generelt kan det reises spørsmål ved om det er meningsfullt å snakke om at den fremdeles gjelder i utflyttingstilfellene og for selskaper utenfor EU- og EØS-området.

De argumenter som ble vektlagt ovenfor i forbindelse med drøftelsen av foretaksregisterloven gjør seg også gjeldende her. Spesielt gjelder det den registreringspraksis som følges ved foretaksregisteret og det faktum at man valgte å ikke utforme ulike regler for selskaper etablert i og utenfor EU- og EØS-området i foretaksregisterloven.

Konklusjonen blir etter dette at dersom det skal oppstilles en generell lovvalgsteori i Norge så må dette eventuelt være registreringsteorien. En anvendelse av registreringsteorien vil også omfatte utflyttingstilfellene samt selskaper etablert utenfor EU- og EØS-området. Dette kan igjen sies å underbygge de momenter som taler for at foretak etablert utenfor EU- og EØS-området kan registrere seg som utenlandske selskaper etter foretaksregisterloven § 3-8 selv om det faktiske hovedkontoret befinner seg i Norge. Etableringsretten får på denne måten en indirekte betydning for tolkingen av de norske regler også ut over sitt virkeområde.

6.5 Andre vilkår som stilles til den norske filial

Som det fremgår av EF-domstolens avgjørelse i Inspire Art setter etableringsretten og ellefte selskapsdirektiv begrensninger på hvilke krav som kan stilles til filialen. De krav som stilles til selskapet i foretaksregisterloven § 3-8 gjennomfører som nevnt kun ellefte selskapsdirektiv og er dermed i tråd med etableringsretten.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Norsk lovgivning som stiller krav til utenlandske foretaks virksomhet i Norge er i teorien omtalt som en del av fremmedretten. Se Geir Woxholth s. 580.

Det kan stilles spørsmål ved om etableringsretten rekker så langt at ethvert krav som stilles til det utenlandske selskap, ut over det som følger av vedtatte EU-direktiver, vil være i strid med etableringsretten. EF-domstolens avgjørelse i Inspire Art trekker opp grensen for denne vurdering. For det første supplerer ellevte selskapsdirektiv etableringsretten ved at krav som omfattes av direktivets virkeområde men materielt stiller ytterligere krav til selskapet er direktivstridige. Det er altså kun krav som faller utenfor direktivets virkeområde som må vurderes direkte opp mot etableringsretten.¹¹⁰ I disse tilfeller har det vært antatt at mindre betydningsfulle krav kan tenkes å ikke være i strid med etableringsretten.¹¹¹

Det fremgår av første selskapsdirektiv¹¹² art. 4 sammenholdt med ellevte selskapsdirektiv art. 6 at filialens brev og dokumenter blant annet skal inneholde foretaksnummer og navn. Bestemmelsene er for Norges vedkommende inntatt i foretaksregisterloven § 10-2. Foretaksnavneloven¹¹³ § 2-2 stiller krav om at norske foretaksnavn skal inneholde angivelse av foretaksform. Disse krav er altså kun en gjennomføring av direktivene til forskjell fra den nederlandske lov om formelt utenlandske foretak som bestemte at benevnelsen ”formelt utenlandsk foretak” skulle påføres dokumentene. Den faktiske forskjell er mellom å registrere foretaksform og benevnelsen ”formelt utenlandsk foretak” er ikke stor, og illustrerer for så vidt at direktivet må leses som en uttømmende angivelse av tillatte krav.

¹¹⁰ Det kan stilles spørsmål ved om de øvrige selskapsdirektiver også må tolkes uttømmende. Ut i fra EF-domstolens fremgangsmåte i Inspire Art kan det konkluderes med at dette må bero på en konkret vurdering av de enkelte direktiver.

¹¹¹ Se Karsten Engsig Sørensen, ”C-167/01, Inspire Art – opprettelse af filialer”, *Nordisk tidsskrift for selskapsret* 2005:4 s. 29-30 (s. 30) og Hanne Sønnergaard Birkmose, s. 130.

¹¹² Første rådsdirektiv 9. mars 1968 nr. 68/151 om samordning av de garantier som kreves i medlemsstatene av selskaper som definert i traktatens artikkel 58 andre ledd for å verne selskapsdeltakeres og tredjemanns interesser, med det formål å gjøre garantiene likeverdige.

¹¹³ Lov 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv.

I Centros uttalte EF-domstolen at det offentlige eventuelt kan sikre sine interesser som kreditor ved at utenlandske selskaper stiller garantier for eventuelle krav som oppstår. Det er som nevnt uklart hva som ligger i dette, fordi slike krav som regel i seg selv er restriksjoner på etableringsretten. For eksempel stilles det på forskriftsnivå¹¹⁴ krav til enkelte utenlandske selskaper som driver merverdiavgiftspliktig virksomhet i Norge. Forskriften § 1 jf. § 3 bestemmer at utenlandske foretak som ikke har forretningssted eller hjemsted i Norge men driver merverdiavgiftspliktig virksomhet her, plikter å oppnevne en norsk representant (selskap eller person) som er solidarisk ansvarlig for at avgiften blir innberettet og betalt. I disse tilfellene er det altså ikke opprettet en fysisk filial, men selskapet faller inn under registreringsplikten for utenlandske foretak etter foretaksregisterloven § 3-8.

Det kan stilles spørsmål ved om forskriften er i tråd med etableringsretten så langt denne er tolket av EF-domstolen. Forskriften innebærer et obligatorisk krav til selskaper som ikke har opprettet et forretningssted men driver næringsvirksomhet i Norge. Forskriften omfatter derfor tilfeller som faller inn under EØS-avtalen art. 31 og 34. Selskapet må finne en norsk representant som er villig til å påta seg risikoen for selv å måtte dekke ubetalte krav. I realiteten innebærer dette at ansvarsbegrensningen til det utenlandske foretak, i hvert fall til dels, ikke anerkjennes. Dette innebærer at det foreligger en restriksjon på etableringsretten.

I likhet med tilfellene med registreringsnektelse anvendes dette krav generelt, og det kan derfor ikke begrunnes i muligheten for misbruk av etableringsretten.¹¹⁵ Beskyttelse av det offentlige kreditorposisjon kan ifølge EF-domstolen heller ikke brukes som et argument for at restriksjonen kan opprettholdes etter EF-traktaten art.46 (EØS-avtalen art. 33).¹¹⁶

Spørsmålet blir dermed om forskriften kan begrunnes i EF-domstolens praksis vedrørende allmenne hensyn. Staten kan utvilsomt få problemer ved inndrivelse av slike krav fordi

¹¹⁴ Forskrift 31.mars 1977 nr. 71 om registrering av utenlandsk næringsdrivende ved representant mv.

¹¹⁵ Jf. Centros, avsnitt 25 og Inspire Art, avsnitt 105.

¹¹⁶ Jf. Centros, avsnitt 34.

selskapet ikke har noe fysisk kontaktpunkt i Norge.¹¹⁷ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det i det hele tatt kan foreligge tvingende samfunnsmessige hensyn i et tilfelle som dette. I utgangspunktet er solidaransvaret rettet mot alle utenlandske næringsdrivende som ikke har forretningskontor i Norge og uten hensyn til om det foreligger noen konkret mistanke om at selskapet ønsker å unndra seg sine forpliktelser overfor det offentlige. EF-domstolen gjør imidlertid i Centros et poeng ut av at det er mulig for offentlige kreditorer å beskytte seg på en mindre inngripende måte. Solidaransvaret er på flere måter mindre inngripende enn registreringsnektelse. For det første er det rettet mot en mindre gruppe av de utenlandske foretak. I forhold til spesielt Centros og Inspire Art er solidaransvaret mer egnet og også proporsjonalt fordi det ikke innebærer noe kapitalkrav eller tilsvarende forpliktelse ved registreringen i Norge. For det andre utløses solidaransvaret først ved betalingsmislighold. Dette er et argument for at solidaransvaret ikke er et beskyttelsestiltak som går lenger enn nødvendig. Det er til slutt tvilsomt om solidaransvaret vil virke diskriminerende ved at et tilsvarende krav ikke stilles til norske selskaper. For at det kan vurderes om diskriminering foreligger må det forutsettes at utlendinger og innlendinger er i en sammenliknbar situasjon.¹¹⁸ Dette er tvilsomt fordi alle norske selskaper har forretningssted i Norge og restriksjonen kun retter seg mot de utenlandske som ikke har det.

Konklusjonen er etter dette usikker. Eksempelet illustrerer at det ikke er utelukket at begrensninger kan anvendes på generelt grunnlag. Slike begrensninger vil likevel neppe bli godtatt i stor utstrekning, noe som illustreres av EF-domstolens uttalelser i Centros og Inspire Art hvor den henviser til at kreditorenes interesser kan ivaretas gjennom lovgivningen ved straff eller andre sanksjoner mot konkrete tilfeller av bedrageri.¹¹⁹

¹¹⁷ Se kapittel 7.

¹¹⁸ Fredrik Sejersted mfl. s. 396.

¹¹⁹ Centros avsnitt 39 og Inspire Art avsnitt 136. Se også Werner F. Ebke s. 43 som argumenterer for at nasjonale regler til beskyttelse av kreditorene, etter EF-domstolens avgjørelser, neppe kan begrunnes i allmenne hensyn ("imperative requirements in the public interest") overhodet.

7 Selskapets kreditorer

EF-domstolens avgjørelser har medført at selskaper i europeiske land er gitt en større valgfrihet med hensyn til sin organisering enn tidligere. I Norge er det gode grunner som taler for at valgfriheten også omfatter selskaper etablert utenfor EU- og EØS-området. Sentralt i myndighetenes argumentasjon i Centros, Überseering og Inspire Art var at denne valgfrihet hadde uheldige konsekvenser for selskapets tredjemenn. Spesielt ble det fremhevet at kreditorene ville kunne bli skadelidende. EF-domstolens uttalelse i Inspire Art om at det avgjørende for kreditorene må være at det utad er klart at selskapet er utenlandsk illustrerer for så vidt domstolens synspunkt på disse argumenter. Uttalelsen understreker også viktigheten av at kreditorene selv vurderer hvilken risiko de løper ved å kontrahere med en filial av et utenlandsk selskap. Dette reiser spørsmålet om hvilke utfordringer kreditorer kan støte på i sin forbindelse med en norsk filial av et utenlandsk selskap. Kreditorenes stilling bestemmes blant annet av vernetingsreglene som avgjør om de kan få sine krav avgjort, fullbyrdet og eventuelt slått selskapet konkurs i Norge. Dette vil bli drøftet nedenfor.

7.1 Selskapets og filialens vernetingsregning

Spørsmålet om hvilken rettskrets som skal behandle et søksmål (vernetingsspørsmålet) må holdes atskilt fra spørsmålet om hvilket lands materielle rett som kommer til anvendelse. Vernetingsreglene er begrunnet i til dels andre hensyn.¹²⁰ For eksempel ivaretar vernetingsreglene en avveining av partenes (eventuelt motstridende) interesser i å få saken behandlet i nærheten av hvor de holder til, og på den annen side domstolens (og partenes) behov for nærhet til tvistegenstanden.¹²¹

¹²⁰ Mads Henry Andenæs, s. 532.

¹²¹ Mads Henry Andenæs, s. 532.

7.1.1 Tvistemålsloven

Tvistemålslovens bestemmelser om verneting har tidligere vært forstått slik at de som hovedregel også var avgjørende for norske domstolars internasjonale kompetanse.¹²² Dette utgangspunkt har etter hvert blitt modifisert. Dersom sakens parter ikke hører hjemme i Norge eller tvisten ikke har noen tilknytning til landet, må det i utgangspunktet bero på en fortolkning av hver enkelt vernetingsbestemmelse om den hjemler internasjonal kompetanse.¹²³

Hovedregelen for selskapers verneting følger av tvistemålsloven § 21 jf § 17 hvor det fremgår at selskapet kan saksøkes ved dets hjemting. Det er slått fast i rettspraksis at hjemtinget også er bestemmende for norske domstolars internasjonale kompetanse.¹²⁴ Hjemtinget er der hvor styret har sitt sete, eller sist hadde sitt sete. Er selskapet registrert i Foretaksregisteret er det hovedkontorets adresse ifølge registreringen som utgjør hjemtinget. I Foretaksregisteret vil det som nevnt være registrert opplysninger om filialens eventuelle adresse og hovedforetakets adresse i utlandet jf. foretaksregisterloven § 3-8 nr. 1 og 6. Det kan her oppstå tvil om hvilken av de to adresser som må anses som ”hovedkontorets adresse ifølge registreringen”. For det første utpekes ingen av disse direkte som hovedkontor i registreringen og det kan som tidligere nevnt være tilfellet at filialen i realiteten utgjør hovedkontoret. Det utenlandske selskap er imidlertid rettssubjektet, og når det er på det rene at det er den registrerte (i motsetning til den faktiske) adresse som skal legges til grunn, vil det være mest naturlig å betrakte den utenlandske adresse som den registrerte. Det utenlandske foretak behøver som nevnt ikke ha noen forretningsadresse i Norge overhodet. Dette taler også for at den utenlandske adresse i alle tilfeller er den registrerte i forhold til tvistemålsloven § 21.

¹²² Jf. blant annet Francis Hagerup, *Den norske civilproces*, Oslo 1918 s. 184 og Per Augdahl, *Norsk Civilprosess*, 3. utgave, Oslo 1961 s. 164.

¹²³ Jf. blant annet Rt. 1993 s. 44, Rt. 1996 s. 25 (s. 35) og Tore Schei, *Tvistemålsloven med kommentarer*, bind I, 2. utgave, Oslo 1998 s. 45.

¹²⁴ Jf. Rt. 1988 s. 1110

Utenlandske selskaper er som tidligere nevnt registreringspliktige når de driver virksomhet i Norge. Det er derfor kun når selskapet ikke har overholdt registreringsplikten at kriteriet om ”styrets sete” kommer til anvendelse jf. tvistemålsloven § 21. Hva som nærmere ligger i ”styrets sete” er språklig sett ikke klart. Det kan referere til det vedtektsbestemte sete eller det faktiske sete. Det kan også stilles spørsmål ved hvilke styrefunksjoner som må være samlet for at vilkåret er oppfylt. I norsk teori har det vært argumentert for at det refererer til det faktiske sete.¹²⁵ Dette spørsmål kan for øvrig også oppstå ved vurderingen av vernettinget ved konkurs, og blir derfor nærmere behandlet nedenfor i kapittel 7.3.

Dersom det alminnelige vernetting i § 21 legges til grunn ville et utenlandsk selskap som drev med filial i Norge i mange tilfeller måtte saksøkes i utlandet, noe som ville medført betydelige omkostninger for eksempelvis norske kreditorer. De særlige vernettingsbestemmelser i tvistemålsloven og Luganokonvensjonen¹²⁶ medfører imidlertid at en filial av et utenlandsk selskap i ofte kan ha vernetting i Norge. For eksempel bestemmer tvistemålsloven § 32 for de tilfeller hvor selskapet ikke har hjemting i Norge, at søksmål om formueskrav kan ”reises i enhver retskreds, hvor han har en formuesgjenstand, eller hvor den gjenstand, kravet gjælder, befinner sig paa den tid, da stevningen forkyndes”. Så lenge ”formuesgjenstanden” befinner seg i Norge (som regel hos filialen) vil dermed kreditorer kunne anlegge sak her.

For øvrig kan tvistemålslovens særlige vernettingsbestemmelser i §§ 25 og 27 være relevante. Det oppstilles i § 25 et oppfyllellesvernetting for forpliktelser som bygger på kontrakt. Høyesterett har tolket bestemmelsen slik at den også angir norske domstolars internasjonale kompetanse.¹²⁷ For kreditorer som har kontrahert med selskapet via dets filial vil denne bestemmelse kunne være meget praktisk. Det åpnes i § 27 for at sak kan anlegges ved selskapets forretningskontor. Bestemmelsene får først og fremst selvstendig

¹²⁵ Mads Henry Andenæs, s. 531.

¹²⁶ Lov 8. januar 1993 nr. 21 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.

¹²⁷ Jf. Rt. 1998 s. 1965

betydning ved siden av § 21 når selskapets filial ikke samtidig utgjør hjemtinget. Forutsetningen for at selskapet kan saksøkes ved avdelingskontoret er at søksmålet har sitt grunnlag i dettes virksomhet og under forutsetning at det har et "særskilt styre".

Vernetingsregler kan for øvrig i en del tilfeller avtales mellom selskapet og de norske medkontrahenter. Adgangen til å inngå slike avtaler følger av tvistemålsloven § 36 eller av Luganokonvensjonen art. 17 og medfører at selskapets potensielle kreditorer kan sikre seg mot uforutsette konsekvenser allerede ved avtaleinngåelsen.

7.1.2 Luganokonvensjonen

Tvistemålslovens vernetingsbestemmelser er subsidiære i de tilfeller Luganokonvensjonen kommer til anvendelse. Ved motstrid vil Luganokonvensjonen måtte legges til grunn.¹²⁸ Luganokonvensjonen er for det første en tilknytningsavtale mellom EFTA-landene og EU og dens stedlige virkeområde er som en følge av dette begrenset.¹²⁹ For det andre omfatter Luganokonvensjonen kun sivile krav, jf. art 1. Det vil si at offentligrettslige krav på for eksempel skatt og avgift ikke omfattes. Luganokonvensjonen er her i tråd med folkerettslig sedvane som går ut på at offentligrettslige krav ikke kan settes frem for utenlandske domstoler.¹³⁰ En slik adgang kan imidlertid traktatfestes.

Sak mot selskapet skal anlegges ved dets sete, bedømt etter landets egen internasjonale privatrett jf. Luganokonvensjonen art. 53 jf art. 2. Henvisningen til landets internasjonale privatrett reiser spørsmålet om vernetingsregler dermed kobles sammen med lovvalgsspørsmålet. Luganokonvensjonen er utarbeidet med bakgrunn i Brüsselkonvensjonen¹³¹ som gjelder innenfor EU. Forarbeidene til Brüsselkonvensjonen

¹²⁸ Jf. Rt. 1996 s. 25 (s. 35).

¹²⁹ Den nærmere avgrensning av virkeområdet kan undertiden by på tvil. I Rt. 1995 s. 1244 la for eksempel Kjæremålsutvalget til grunn at Luganokonvensjonens regler om samskyldnerverneting kunne påberopes av saksøker som hadde bopel utenfor konvensjonsområdet.

¹³⁰ Se Jo Hov, *Rettergang III Sivilprosess*, Oslo 2000 s. 67.

¹³¹ "Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters" av 27. september 1968.

art. 53 uttaler at henvisningen klargjør at det ikke tas stilling til hva den enkelte medlemsstat legger i "sete". Konklusjonen må da bli at bestemmelsen i Norges tilfelle henviser tilbake til tvistemålsloven § 21.¹³²

Luganokonvensjonen art. 5 oppstiller en del særlige vernetingsregler som er relevante i forhold til den norske filial. For det første følger det av art. 5 femte ledd at tvist vedrørende virksomheten til en filial skal anlegges på det sted filialen ligger. Det følger ikke av ordlyden at filialen skal ha et særskilt styre, men det må innfortolkes et krav om at filialen i det minste har en form for ledelse som har myndighet til å forhandle med potensielle medkontrahenter.¹³³ Luganokonvensjonen art. 5 ligger dermed tett opp mot tvistemålsloven § 27. Det oppstilles for øvrig et oppfylleelsesverneting for selskapets kontraktmessige forpliktelser i art. 5 første ledd. Oppfylleelsesvernetinget svarer her til Høyesteretts tolking av tvistemålsloven § 25. Til slutt oppstilles det også verneting ved skadestedet for erstatningskrav utenfor kontrakt, jf. art. 5 tredje ledd. Samlet sett innebærer disse særlige vernetingsregler at selskapets kreditorer i utstrakt grad gis mulighet til å anlegge sak ved den norske filialen. Hovedregelen i art. 53 får dermed mindre betydning når det gjelder muligheten til å få dom i Norge. Art. 53 vil imidlertid medføre at kreditorene i disse tilfellene vil ha en valgmulighet mellom å anlegge sak i Norge og utlandet.

Formuesvernetinget i tvistemålsloven § 32 anerkjennes ikke etter Luganokonvensjonen art. 3. Grunnen til at regelen ikke er inntatt i Luganokonvensjonen er i de norske forarbeider forklart med at det ikke er behov spesielle formuesverneting i forholdet mellom stater som anerkjenner og fullbyrder hverandres dommer.¹³⁴

Luganokonvensjonen oppstiller eksklusivt verneting for saker vedrørende et selskaps gyldighet, oppløsning eller vedtak i dets styrende organer, ved selskapets sete. Selskapets

¹³² For en mer inngående drøftelse, se Mads Henry Andenæs, s. 533.

¹³³ Se Sak 33/78, *Somafer SA mot Saar-Ferngas AG*, Sml. 1978 s. 2183 og Stein Rognlien, *Luganokonvensjonen, Norsk kommentarutgave*, Oslo 1993 s. 154.

¹³⁴ Ot.prp. nr 94 (1991-92) s. 5.

sete henviser som tidligere nevnt til tvistemålsloven § 21, jf. Luganokonvensjonen art. 53. De særlige vernetingsregler kan altså ikke anvendes i disse saker. Dette medfører at selskapet ikke kan saksøkes ved den norske filialen selv om denne utgjør det faktiske hovedkontor.

7.2 Tvangsfullbyrdelse

Av praktiske hensyn vil det være viktig for en norsk kreditor å kunne få dom for sitt krav i Norge. Kreditoren vil imidlertid kunne ha behov for å rette kravet mot selskapet i utlandet i tillegg til den norske filialen. Det vil derfor være viktig å kunne bruke den samme avgjørelsen som tvangsgrunnlag for norske domstoler så vel som utenlandske. Dersom kreditoren er henvist til å få dom for kravet i utlandet vil han på samme måte ha behov for å benytte denne som tvangsgrunnlag i Norge. Luganokonvensjonen omfatter som nevnt også fullbyrdelsen av avgjørelser. Dette innebærer at innenfor konvensjonens virkeområde kan en norsk dom brukes som tvangsgrunnlag i utlandet og en avgjørelse avsagt av en utenlandsk domstol på samme måte benyttes i Norge, jf. Luganokonvensjonen art. 31.

Når kreditor har tvangsgrunnlag for kravet kan det fullbyrdes mot selskapet ved den norske filialen såfremt vernetingsreglene tillater dette. Begjæring om utlegg skal i utgangspunktet settes frem for namsmannen i det distrikt hvor selskapet har sitt hjemting, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-3. Det fremgår av samme lov § 1-8 at hva som er selskapets hjemting må avgjøres ut i fra tvistemålsloven §§ 19 til 21. I disse tilfeller blir likevel ikke tolkingen av hjemting nødvendigvis avgjørende for om kravet kan tvangsfullbyrdes i Norge fordi det følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 7-3 andre ledd bokstav c og d at namsmannen i det distrikt selskapet har formuesgode(r) er kompetent når selskapet har forretningskontor i distriktet eller ikke har kjent hjemting i riket. Adgangen til å tvangsfullbyrde kravet blir dermed utvidet til å omfatte tilfeller hvor selskapet kan saksøkes etter tvistemålsloven og Luganokonvensjonens særlige vernetingsbestemmelser.

Som tidligere nevnt er offentligrettslige krav ikke omfattet av Luganokonvensjonen. De fleste slike krav har imidlertid tvangsgrunnlag som følge av bestemmelse i lov¹³⁵ og er dermed ikke avhengig av særskilt avgjørelse om dette. Kravene kan altså inndrives i Norge men vil som tidligere nevnt ikke anerkjennes i utlandet og vil derfor heller ikke kunne tvangsfullbyrdes der. Unntak herfra finnes i avtale mellom de nordiske land om bistand ved inndrivelse av skattekrav.¹³⁶

7.3 Konkurs

I konkurssaker er vernetinget spesielt regulert i konkursloven § 146 jf. § 145. Det følger av § 146 at dersom skyldnerens virksomhet er registrert i Foretaksregisteret hører behandlingen av konkursbegjæringen under tingretten i den rettskrets hvor skyldneren har sitt hovedforretningssted. Ordlyden løser ikke spørsmålet om det her siktes til det foretaksregistrerte eller faktiske hovedforretningssted. Forarbeidene til bestemmelsen slår imidlertid fast at det er tale om det faktiske hovedforretningssted.¹³⁷ Denne løsning er også i lagt til grunn teori og rettspraksis.¹³⁸

Dersom skyldnerens virksomhet ikke er registrert i Foretaksregisteret henviser § 146 til hjemtinget jf. tvistemålsloven § 21 jf § 17. På samme måte som tidligere drøftet oppstår her spørsmålet om hvordan ”styrets sete” skal tolkes når selskapet ikke har registrert seg i tråd med registreringsplikten i foretaksregisterloven § 3-8. Forarbeidene til konkursloven uttaler at de foretak som ikke er registreringspliktige ofte vil være av begrenset omfang og det vil dermed ikke være naturlig å snakke om hovedforretningssted.¹³⁹ Dette hensyn gjør seg imidlertid ikke gjeldende dersom det utenlandske foretak ikke har oppfylt sin registreringsplikt i Foretaksregisteret. Reelle hensyn taler for at konkurs også her åpnes i nærheten av den faktiske virksomhet, det vil si at styrets sete tolkes som det faktiske sete i

¹³⁵ Se for eksempel lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift § 59 og lov 21. november 1952 nr. 2 om betaling og innkreving av skatt § 32.

¹³⁶ Avtale mellom de nordiske land om bistand i skattesaker av 7. desember 1989.

¹³⁷ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 127 jf. NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs, s. 227.

¹³⁸ Se Rt. 1993 s. 218 (kjm.utv.) og Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bergen 1988 s. 443.

¹³⁹ NOU 1972: 20 s. 227.

motsetning til det vedtektsfestede.¹⁴⁰ En ulik behandling av registrerte og uregistrerte filialer vil forøvrig kunne virke både tilfeldig og kompliserende. Forarbeidene synes å støtte denne tolking når det uttales at i tilfellene hvor registreringsplikt foreligger men ikke er oppfylt ”antas det at virksomheten regelmessig har et slikt omfang at det er hensiktsmessig at regelen om behandling ved hovedforretningsstedet kommer inn”.¹⁴¹

Konkursloven § 146 sier etter sin ordlyd ikke noe om tingrettens internasjonale kompetanse. Det fremgår imidlertid av forarbeidene¹⁴² at tingrettens stedlige kompetanse utelukkende reguleres av § 146 og at adgangen til å åpne konkurs må bestemmes etter samme kriterier når selskapet har tilknytning til flere land. Det utenlandske selskap kan dermed slås konkurs i Norge såfremt selskapets faktiske hovedforretningssted må anses å ligge i Norge. Dette er forøvrig også fastslått eksplisitt i kjennelse av Frostating lagmannsrett.¹⁴³

For selskapets ansatte som jobber i den norske filialen vil dette medføre at de på linje med øvrige norske lønsmottakere kan begjære selskapet konkurs i Norge ved manglende utbetaling av lønn. I tillegg vil de dermed kunne få krav på dekning av lønn fra lønnsgarantifondet.¹⁴⁴

For selskapets øvrige kreditorer vil dette kunne medføre at selskapet kan slås konkurs i Norge hvor hovedforretningskontoret ligger, men også i registreringslandet i de tilfeller hvor insolvenslovgivningen i dette landet gir en slik adgang (se nedenfor). Adgangen til å slå selskapet konkurs i registreringslandet vil naturlig nok være mest interessant for de norske kreditorer når hovedvekten av selskapets aktiva er antatt å befinne seg der.

¹⁴⁰ Jf. Kristian Huser, s. 455.

¹⁴¹ NOU 1972: 20 s. 227.

¹⁴² Jf. NOU 1972: 20 s. 227.

¹⁴³ RG 2005 s. 826.

¹⁴⁴ Jf. lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. § 2.

Blant kreditorene gjør det seg også her særlige hensyn gjeldende for det offentlige, som regel representert ved skatte- og avgiftsmyndighetene. For det første vil det på grunn av den tidligere nevnte folkerettslige sedvane ikke kunne begjæres konkurs i utlandet for offentligrettslige krav.¹⁴⁵ For det andre er som nevnt skatte- og avgiftsmyndighetene ufrivillige kreditorer i den forstand at deres krav ikke bygger på avtale med selskapet. Dette betyr at selskapet ved den norske filialen kan fortsette å pådra seg skattegjeld inntil det blir stoppet av en eventuell konkurs. Ligger ikke det faktiske hovedkontor i Norge eller skulle for eksempel den offentlige kreditor ikke være i stand til å sannsynliggjøre dette vil konsekvensen kunne bli at selskapet i praksis kan fortsette å opparbeide seg skatte- og avgiftsgjeld.

7.3.1 Muligheten for å begjære konkurs i utlandet

Konkursens nasjonale karakter gjør at mulighetene for å begjære selskapet konkurs i utlandet vil variere.¹⁴⁶ Behovet for å begjære selskapet konkurs i utlandet vil for øvrig kunne være tilstede uavhengig av om det er mulig å åpne konkurs i Norge når selskapets aktiva i hovedsak befinner seg i utlandet.

Når det gjelder verneting bestemmer for eksempel den engelske lovgivningen at selskapet kan begjæres konkurs i England dersom det har registrert kontor der.¹⁴⁷ Det er uten betydning om selskapet i realiteten ikke har noen tilknytning til England ut over denne formaliteten.¹⁴⁸ Engelsk konkursrett anerkjenner i prinsippet utenlandske kreditorer på linje med engelske, slik at krav oppstått i den norske filialen kan anmeldes i en engelsk konkurs.¹⁴⁹ En norsk kreditor kan på denne bakgrunn også begjære selskapet konkurs i

¹⁴⁵ Se Jo Hov, *Rettergang III Sivilprosess*, Oslo 2000 s. 67.

¹⁴⁶ Spesiell regulering av dette spørsmål finnes i ”Konvensjon mellem Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs” av 7. oktober 1933.

¹⁴⁷ Insolvency Act 1986, part IV, section 117 (1). Se Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, Oxford 1999 s. 124.

¹⁴⁸ Ian F. Fletcher, s. 125.

¹⁴⁹ Ian F. Fletcher, s. 83.

England.¹⁵⁰ Et viktig unntak gjelder også her for offentligrettslige krav som med bakgrunn i statenes suverenitet ikke anerkjennes.¹⁵¹

EUs konkursforordning¹⁵² innebærer at mellom medlemslandene er adgangen til åpne konkurs styrt av forordningens regler og ikke medlemslandenes regler. Innenfor EU medfører konkursforordningen at alle typer krav anerkjennes i konkursbehandlingen, også offentligrettslige krav, jf. art. 39.¹⁵³ I forhold til Norge som ikke er en del av konvensjonen vil imidlertid forholdet måtte bedømmes etter EU-landets egne internasjonale konkursrettslige regler.

7.3.2 Virkningene av en utenlandsk konkurs i Norge

En utenlandsk konkurs har i utgangspunktet ikke rettsvirkninger i Norge.¹⁵⁴ Konkurs kan derfor åpnes i den norske filialen selv om selskapet er under konkursbehandling i utlandet. Dette utgangspunkt gjelder imidlertid ikke mellom de nordiske land. Den nordiske konkursskonvensjonen art. 1 første ledd slår fast at en konkurs som er åpnet i et av landene omfatter skyldnerens formue også i de øvrige konvensjonsstater.

¹⁵⁰ Ian F. Fletcher, s. 44.

¹⁵¹ Ian F. Fletcher, s. 84.

¹⁵² Council Regulation (EC) 29 May 2000 no. 1346/2000 on insolvency proceedings. Forordningen trådte i kraft 31. mai 2002 for EUs medlemsstater med unntak av Danmark.

¹⁵³ Enkelte ulemper vil de dog kunne støte på. For eksempel vil prioritetsreglene følge landet hvor konkurs er åpnet, jf. art. 39 og 4. Dersom Norge var omfattet av forordningen ville dette medføre at offentlige krav som er gitt prioritet etter dekningsloven § 9-3 i en konkurs i et EU-land naturlig nok ikke ville oppnå prioritet i den utenlandske konkursen. Se Gabriel Moss, Ian F. Fletcher og Stuart Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A Commentary and Annotated Guide*, Oxford 2002 s. 230.

¹⁵⁴ Det er uenighet i teorien om det er mulig for et utenlandsk konkursbo å begjære hjelpekonkurs i Norge. Legges konkursloven § 146 forutsetning om at den regulerer også norske domstolers internasjonal myndighet til grunn er en slik adgang ikke til stede. Kristian Huser, s. 462 antar imidlertid at en slik adgang er tilstedet. Motsatt i Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 1, Gjeldseksekusjon, gjeldsforhandling og konkurs*, 3. utgave, Oslo 1991 s. 93.

Det kan stilles spørsmål ved om konkurs i et av de andre nordiske land samtidig forhindrer at det åpnes konkurs i den norske filialen. Dette spørsmål er ikke uttrykkelig regulert i konvensjonen. Det følger imidlertid av konvensjonen art. 15 at offentlig tvangsakkordforhandling i en av statene forhindrer at konkurs åpnes i de andre stater. Bestemmelsens forarbeider synes å forutsette at det samme gjelder i konkurstilfellet.¹⁵⁵

Utenfor konvensjonens område vil det dermed være av betydning om det utenlandske konkursbo kan opptre som enkeltkreditor og eventuelt begjære konkurs i Norge, og på denne måte legge beslag på filialens aktiva. Skulle en slik adgang gjelde generelt ville det innebære at utenlandske offentligrettslige krav ble anerkjent gjennom konkursboet. En anerkjennelse av utenlandske krav ville som tidligere nevnt stride med folkerettslig sedvane. Utenlandske kreditorer vil derfor være henvist til enkeltforfølgning mot selskapets aktiva i Norge. Denne adgangen er tilstedet selv om selskapet er under konkursbehandling i utlandet.¹⁵⁶

EUs konkursforordning innebærer at konkurs åpnet i et medlemsland har direkte virkning i alle medlemsland. Norge omfattes ikke av forordningen og konkurs åpnet i et EU-land har dermed ikke spesielle rettsvirkninger i Norge.

7.4 Oppsummering

Vernetingsreglene gir kreditor mulighet til å inndrive sitt krav mot selskapets filial i Norge med den begrensning at selskapet ikke kan slås konkurs i Norge når hovedkontoret ikke befinner seg her. De største problemer vil derfor oppstå når det er behov for inndrivelse i utlandet.

Dersom selskapets aktiva befinner seg både i den norske filialen og i det utenlandske selskapet vil inndrivelsen av kravet kunne måtte foregå ved to prosesser. Som det har fremgått har kreditor i de fleste tilfeller muligheter til å få dom for sitt krav og

¹⁵⁵ Se Kristian Huser s. 457.

¹⁵⁶ Kristian Huser, s. 461 som også antar at konkursboet kan opptre med fullmakt på vegne av kreditorene.

tvangsfullbyrdet det overfor den norske filialen. Mulighetene til å få inndrevet kravet i utlandet vil imidlertid variere. Innenfor det saklige og geografiske virkeområde til Luganokonvensjonen og Brusselkonvensjonen vil norske dommer bli anerkjent og kunne fullbyrdes direkte. Utenfor dette område vil inndrivelsen bero på hvilket lands rett selskapet er underlagt. Inndrivelsen kan bli umuliggjort ved at kravet ikke anerkjennes for dette lands domstoler. Alternativt vil inndrivelsen bli vanskeliggjort ved at det er nødvendig på nytt å få dom for kravet. Offentlige krav vil som nevnt være avskåret fra inndrivelse i utlandet med mindre annet er traktatfestet.

Tilsvarende problemer oppstår i konkurstilfellet. Uavhengig av om konkurs kan åpnes i den norske filialen vil det være behov for tilgang til selskapets utenlandske aktiva. Er det åpnet konkurs i Norge vil det oppstå spørsmål om det norske konkursboet kan inndrive kravene i utlandet. Denne adgang vil variere avhengig av om konkursboet anerkjennes som kreditor (eventuelt som representant for kreditorene ved særskilt fullmakt) i utlandet. I den grad denne adgang ikke er tilstede vil den enkelte kreditor kunne få åpnet konkurs i utlandet. Dette vil for eksempel være tilfellet i England på grunn av registreringsvilkåret som der legges til grunn.

I de tilfellene kreditor kan inndrive kravet i utlandet er en slik prosess ofte krevende fordi ukjent regelverk anvendes og dermed knytter det seg større utgifter til inndrivelsen. Risikoen øker tilsvarende fordi det lett kan oppstå vanskeligheter med å klarlegge om det finnes aktiva i utlandet. Kvaliteten og tilgjengeligheten av utenlandske registre er sterkt varierende i så måte.

8 Konsekvenser av ulikt tilknytningskriterium etter lovvalgs- og vernetingsreglene

Ulikhetene mellom tilknytningskravet etter vernetingsreglene og lovvalgsreglene har konsekvenser i ulike retninger. Her vil kun enkelte problemstillinger knyttet til kreditorene bli diskutert.

I de tilfeller der et norsk vernetings utpekes har registreringsteorien den konsekvens at norske domstoler må anvende utenlandsk selskapsrett. I forhold til kreditor vil disse problemer kunne bli aktuelle ved at kreditoren blir påført et tap som kreves erstattet av selskapet eller direkte av styremedlem eller aksjonær.¹⁵⁷ I følge EF-domstolens avgjørelser i Centros og Inspire Art er det som nevnt først og fremst ved denne typen sanksjoner at nasjonale regler kan ivareta kreditorenes interesser uten å komme i strid med etableringsretten.

Det forutsettes i det følgende at disse krav i norsk rett må betraktes som selskapsrettslige fordi de har sitt grunnlag i selskapsforholdet.¹⁵⁸ En norsk domstol vil, under forutsetning av at registreringsteorien legges til grunn, måtte vurdere kravet med grunnlag i pliktene som fremgår av utenlandsk selskapsrett. I hvilken utstrekning det overhodet er mulig å fremme slike krav varierer. Ansvarer kan forøvrig bli betraktet annerledes etter utenlandsk rett, for eksempel som erstatningsrettslig eller konkursrettslig. Det er imidlertid kun utenlandsk selskapsrett som skal anvendes av norske domstoler.

Samme problemstilling oppstår ved konkurs. Det faktiske hovedkontors plassering i Norge medfører at selskapet kan slås konkurs her med grunnlag i at filialkontoret anses å utgjøre hovedkontoret. Konkursboets mulighet til å fremme krav mot selskapets styre, daglig leder

¹⁵⁷ Se for eksempel Rune Sæbø, "Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold", *Nybrott og Odling. Festskrift til Nils Nygaard*, 2002 s. 206.

¹⁵⁸ Det er i norsk teori argumentert for at ansvaret har sitt grunnlag i selskapsforholdet og at selskapsstatuttet derfor må legges til grunn. Se Mads Henry Andenæs s. 525 og Geir Woxholth s. 593-595 som argumenterer for denne løsning både for erstatningskrav og tilfeller av ansvarsgjennombrudd.

eller aksjonærer vil også her avhenge av utenlandsk selskapsrett. For eksempel er en del av styreansvaret overfor kreditorer i England lagt til konkurslovgivningen.¹⁵⁹ Den engelske konkurslovgivning kommer imidlertid ikke til anvendelse ved konkursbehandlingen i Norge. Dermed kan det oppstå et tomrom ved anvendelsen av norsk og utenlandsk rett.¹⁶⁰

8.1 Avsluttende bemerkninger

Gjennomgangen av vernetingsreglene illustrerer at grenseoverskridende virksomhet ved filial har virkninger som strekker seg ut over selskapsretten. Når adgangen til etablering er blitt utvidet ved EF-domstolens avgjørelser så øker behovet for en internasjonal regulering av prosessretten. Dette er til dels ivaretatt ved Luganokonvensjonen, Brüsselkonvensjonen og ved EUs konkursforordning. På grunn av at offentligrettslige krav ikke er omfattet av Luganokonvensjonen og Norge ikke er en del av den europeiske konkursregulering er det visse betenkeligheter knyttet til grenseoverskridende virksomhet gjennom filialer. Dette gjelder for øvrig i større grad for selskaper etablert utenfor EU- og EØS-området fordi Luganokonvensjonen her ikke kommer til anvendelse.

Vernetingsreglene medfører som nevnt spesielle problemer også for selskapets medkontrahenter som strekker seg ut over ulikhetene i selskapsrettslig regulering. I lys av EF-domstolens avgjørelser er medkontrahentene henvist til å selv å vurdere hvilken betydning dette får for kontraktsinngåelsen. Medkontrahenten kan som nevnt kalkulere risikoen inn i prisen på sin ytelse, stille krav om sikkerhet eller la være å inngå noen avtale med selskapets filial. Dette understreker for så vidt også EF-domstolens poeng i Inspire Art når den konkluderte med at det sentrale for selskapets potensielle medkontrahenter må være at det utad er klart hvilken lovgivning selskapet er underlagt,¹⁶¹ slik at risikovurderingen kan foretas på riktig faktisk grunnlag.

¹⁵⁹ Dette kan for så vidt også sies om norsk rett ved eksempelvis krenkelser mot kreditorfellesskapet jf. dekningsloven § 5-9 jf. 5-12.

¹⁶⁰ Tilsvarende synspunkt uttrykkes vedrørende forholdet mellom engelsk og tysk rett i Hans C. Hirt, "Freedom of Establishment...", *European Business Law Review*, 2004 (s. 1189-1222) s. 1218.

¹⁶¹ Inspire Art, avsnitt 135.

I den grad potensielle medkontrahenter viker tilbake for å inngå avtale med et utenlandsk selskap gjennom dets norske filial, vil muligheten til å drive med denne foretaksform i Norge bli tilsvarende svekket. Når EF-domstolen har lagt til grunn at etableringsretten fordrer at grenseoverskridende virksomhet kan skje via etablering av filial, er slike faktiske hindre i seg selv en barriere mot den fri etablering og et åpent europeisk marked. Etableringsretten er på denne måten avhengig av en harmonisert lovgivning ikke bare innenfor selskapsretten men også spesielt innenfor tilgrensende områder som prosess- og konkurslovgivningen.

9 Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* (Oslo 1998).

Augdahl, Per, *Norsk Civilprosess*, 3. utgave (Oslo 1961).

Birkmose, Hanne Søndergaard, *Konkurrence mellem retssystemer* (København 2004).

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 1, Gjeldseksekusjon, gjeldsforhandling og konkurs*, 3. utgave (Oslo 1991).

Cordes, Jørg og Laila Stenseng, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett* (Oslo 1999).

Ebke, Werner F., "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond", *European Business Law Review*, 2000 s. 9-54.

Eckhoff, Anders og Gudmund Knudsen, "Flytting av hovedadministrasjonen til et norsk allmennaksjeselskap eller aksjeselskap til utlandet", *Festskrift til Finn Berg Jacobsen* (Oslo 2000) s. 143-155.

Fletcher, Ian F., *Insolvency in Private International Law* (Oxford 1999).

Hagerup, Francis, *Den norske civilprosess* (Oslo 1918).

Hansen, Søren Friis, "C-212 og L 212 Konsekvenserne for dansk og europæisk selskabsret", *Nordisk tidsskrift for selskabsret*, 2000: 1 s. 45-64.

Hirt, Hans C., "Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd", *European Business Law Review*, 2004 s. 1189-1222.

Hov, Jo, *Rettergang III Sivilprosess* (Oslo 2000).

Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs* (Bergen 1988).

Lundgaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett* (Oslo 2000).

Marthinussen, Hans Fredrik og Magnus Aarbakke, *Aksjeloven: (lov om aksjeselskaper 4. juni 1976 nr. 59, som endret): med kommentarer*, 2 utgave (Oslo1996).

Merkt, Hanno, "Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective", *European Business law Review*, 2004 s. 1045-1057.

Moss, Gabriel, Ian F. Fletcher og Stuart Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A Commentary and Annotated Guide* (Oxford 2002).

Rognlien, Stein, *Luganokonvensjonen, Norsk kommentarutgave* (Oslo 1993).

Schall, Alexander, "The UK Limited Company Abroad – How Foreign Creditors are Protected after Inspire Art", *European Business Law Review*, 2005 s. 1534-1554.

Schei, Tore, *Tvistemålsloven med kommentarer, bind I*, 2. utgave (Oslo 1998).

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 2.utgave (Oslo 2004).

Skåre, Jan og Gudmund Knudsen, *Lov om aksjeselskaper: lov 4. juni 1976 nr. 59: med kommentarer*, 3. utgave, (Oslo1987).

Sæbø, Rune, "Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold", *Nybrott og Odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-års dagen*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.) (Bergen 2002) s. 201-212.

Sørensen, Karsten Engsig, "C-167/01, Inspire Art – opprettelse af filialer", *Nordisk tidsskrift for selskabsret* 2005: 4 s. 29-30.

Werlauff, Erik, *EU Company Law, Common business law of 28 states*, 2nd edition, Copenhagen 2003.

Woxholth, Geir, "Lovvalgsreglene i selskapsforhold, herunder legitimasjon og personlig erstatningsansvar overfor tredjemann", *Lov og Rett*, 1993 s. 579-595.

Østergaard, Kim, "Selskapsstatuttet i EU". *Nordisk tidsskrift for selskabsret*, 2005: 1 s. 110-122.

Aarbakke, Magnus mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Kommentaarutgave*, 2. utgave (Oslo 2004).

Lover

1890 Lov 17. mai 1890 nr. 6 om Handelsregistre, Firma og Prokura.

1952 Lov 21. november 1952 nr. 2 om betaling og innkreving av skatt

1957 Lov 6. juli 1957 nr.4 om aksjeselskaper.

1964 Lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp.

1969 Lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift.

1973 Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskav ved konkurs m.v.

1976 Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.

1984 Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs.

1985 Lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak.

1985 Lov 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv.

1985 Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.

- 1988 Lov 13. mai 1988 nr. 26 om inkassovirksomhet og annen inndrivning av forfalte pengekrav.
- 1988 Lov 10. juni 1988 nr. 39 om forsikringsvirksomhet.
- 1988 Lov 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner.
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 23 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
- 1993 Lov 8. januar 1993 nr. 21 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.
- 1998 Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap mv.
- 1999 Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer.

Forskrifter

- 1977 Forskrift 31.mars 1977 nr. 71 om registrering av utenlandsk næringsdrivende ved representant mv.
- 1994 Forskrift 7. juli 1994 nr. 717 om grenseoverskridende tjenesteyting av utenlandske banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat innenfor det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, m.m.
- 1994 Forskrift 2. mai 1994 nr. 326 om filial av banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat innen Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, m.m.
- 1995 Forskrift 22. september 1995 nr. 827 om forsikringstjenesteytelser og etablering av filial av forsikringsselskap med hovedsete i annen stat i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde m.m.
- 1998 Forskrift 16. desember 1998 nr. 1234 om innsending av årsregnskap m.v. til Regnskapsregisteret og rett til innsyn i årsregnskap m.v. endret ved forskrift 17. juni 2005 nr. 598.

Forarbeider

- Ot.prp.nr.50 (1980-1981) om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.
- Ot.prp. nr.47 (1984-1985) om lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.
- Ot.prp. nr. 50 (1984-1985) om A) Lov om registrering av foretak B) Lov om enerett til firma og andre forretningskjennetegn (fimaloven) C) Lov om prokura.
- Ot.prp. nr.73 (1991-1992) om lov om offentlig støtte og lov om endringer i næringslovgivningen m.v. som følge av EØS-avtalen.
- Ot.prp. nr. 72 (1994-1995) om Lov om europeiske økonomiske foretaksgrupper ved gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XXII nr. 10 (rådsforordning (EØF) nr. 2137/85).
- Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) om lov om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper m.v.
- Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).
- NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs.
- NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning.

Domsregister

- Rt. 1988 s. 1110
- Rt. 1991 s. 943
- Rt. 1993 s. 44
- Rt. 1993 s. 218 (kjm.utv.)
- Rt. 1995 s. 1244
- Rt. 1996 s. 25
- Rt. 1998 s. 1965
- Rt. 2005 s. 451

Rt. 2005 s. 1229

LB-1999-154 (Borgarting)

Uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-1997-11163

EF-domstolen

- Sak 33/78 *Somafer SA mot Saar-Ferngas AG*, Sml. 1978 s. 2183.
- Sak 81/87 *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue vs. Daily Mail and General Trust plc.*, Sml. 1988 s. 5483.
- Sak C-212/97 *Centros Limited vs. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Sml. 1999 s. I-01459.
- Sak C-208/00 *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagment GMBH (NCC)*. Sml. 2002 s. I-9919.
- Sak C-167/01 *Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art Ltd.* Sml. 2003 s. I-10155.

Andre EU-rettskilder

Første rådsdirektiv 9. mars 1968 nr. 68/151 om samordning av de garantier som kreves i medlemsstatene av selskaper som definert i traktatens artikkel 58 andre ledd for å verne selskapsdeltakeres og tredjemanns interesser, med det formål å gjøre garantiene likeverdige.

Ellevte rådsdirektiv 21. desember 1989 nr. 89/666 om offentlighet angående filialer opprettet i en medlemsstat av visse former for selskaper som er underlagt en annen medlemsstats lovgivning.

Rfo. 1346/2000 Council Regulation (EC) 29 May 2000 on insolvency proceedings.

Konvensjoner og traktater

Traktat av 25. mars 1957 om opprettelsen av Det europeiske fellesskap (EF-traktaten).

Konvensjon av 16. september 1988 om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (Luganokonvensjonen).

Brussels Convention 27. september 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters.

Avtale av 2. mai 1992 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

Avtale mellom de nordiske land om bistand i skattesaker av 7. desember 1989 (Nordisk bistandsavtale).

Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs av 7. oktober 1933 (Nordisk konvensjon om konkurs).