

UiO : **Det juridiske fakultet**

Norskregistrert utenlandsk foretak (NUF) som alternativ til AS

En analyse av sentrale rettslige og faktiske problemstillinger knyttet til NUF som alternativ til norsk aksjeselskap i kjølvannet av endringer i aksjeloven mv.

Kandidatnummer: 731

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 16 672



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Innledning og problemstilling	1
1.2	Avgrensning og videre fremstilling.....	2
1.3	Begrepsavklaringer.....	3
1.3.1	Norskregistrert utenlandsk foretak (NUF).....	3
1.4	Metode og rettskilder	4
1.4.1	Norsk rett.....	4
1.4.2	Engelsk rett	4
2	GENERELLE UTGANGSPUNKT	6
2.1	Selskapsdeltakernes ansvar for selskapets forpliktelser	6
2.1.1	Aksjeselskap.....	6
2.1.2	Limited company (Ltd)/NUF	6
2.1.3	Ansvarsgjennombrudd/lifting of the corporate veil	7
2.2	EØS-avtalens etableringsfrihet.....	8
2.3	Skepsis og kritikk av NUF	8
2.4	NUF og AS i et statistisk perspektiv	9
3	VALG AV FORETAKSFORM: NUF SOM ALTERNATIV TIL AS	13
3.1	Selskapets stiftelse – plikter og kostnader.....	13
3.1.1	Aksjeselskap.....	14
3.1.2	Norskregistrert utenlandsk foretak.....	15
3.1.3	Utgifter til juridiske tjenester i oppstartsfasen	16
3.1.4	Vurderinger	17
3.2	Aksjekapitalkravet.....	18
3.2.1	Aksjekapitalkravets bakgrunn og begrunnelse etter norsk rett	19
3.2.2	Hvorfor oppstilles ikke et tilsvarende krav etter engelsk rett?.....	21
3.2.3	Oppsummering.....	21
3.3	Revisjonsplikt.....	22
3.3.1	Gjeldende rett.....	23
3.3.2	Vurderinger	25
3.4	Utdeling fra selskapet (utbytte)	26
3.4.1	Utdelingsbegrepet	27
3.4.2	Lovendringer.....	28
3.4.3	Utbytteadgangen – vilkår og kompetanse	29
3.4.4	Ekstraordinært utbytte.....	32

3.4.5	Vurderinger	33
3.5	Selskap og skatt	33
3.5.1	Skatteplikt og dobbeltbeskatning	34
3.5.2	Skattesatser, skatt på utbytte og skatteplanlegging	35
4	NUF I DAG, AS I MORGEN (SKATTEFRI OMDANNING)	38
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	40
5.1	Hvem benytter seg av NUF-formen i dag?	40
5.2	Avsluttende vurderinger	41
6	KILDE- OG LITTERATURLISTE	43
6.1	Juridisk litteratur	43
6.2	Lover, forskrifter, forarbeider mv.	44
6.3	Rettspraksis	46
6.4	Nettsider	46
6.5	Øvrige kilder	48

1 Innledning

1.1 Innledning og problemstilling

Frem mot slutten av forrige tiår var Norskregistrert Utenlandsk Foretak (NUF¹) den raskest voksende foretaksformen i Norge. I takt med et stigende antall NUF innså lovgiver *i hvilken grad* norsk selskapsrett er konkurranseutsatt som følge av av EØS-rettens etableringsfrihet. Som jeg vil komme nærmere inn på antok man at foretaksformen tiltrakk seg en del stiftere som ellers ville valgt å organisere sin virksomhet som norsk aksjeselskap (AS²). På bakgrunn av dette igangsatte Justisdepartementet et arbeid med å utrede mulige endringer i aksjelovgivningen, med sikte på å sikre aksjeselskapsformens videreførelse som en attraktiv foretaksform for organisering av norsk næringsvirksomhet. Sommeren 2010 ble advokat Gudmund Knudsen gitt mandat til å forestå utredningen, som ble overlevert departementet 11. januar 2011.³

Med utgangspunkt i blant annet denne utredningen har Stortinget vedtatt en rekke endringer i lovgivningen knyttet til selskapers opprettelse og virksomhet. Mye tyder på at lovendringene har vært vellykket, da det i dag registreres langt færre nye NUF i Foretaksregisteret, samtidig som stadig flere velger aksjeselskapsformen ved oppstart av ny virksomhet.⁴

Oppgaven er en analyse av norskregistrerte utenlandske foretak som alternativ til norske aksjeselskap i kjølvannet av endringer i aksjeloven mv.⁵ Intensjonen er å finne ut om det, til tross for endringene, eksisterer forskjeller i lovgivningen som kan motivere til å starte virksomhet som NUF i dag. I det følgende vil jeg derfor behandle utvalgte rettslige problemstillinger som anses sentrale for valg av foretaksform.⁶ For å sikre at behandlingen gir en balansert fremstilling vil jeg i noen grad se på faktiske omstendigheter som kan påvirke valget, deriblant selskapsformenes omdømme og betydningen av dette. Jeg tar utgangspunkt i regler som er berørt av myndighetenes arbeid med å styrke aksjeselskapets stilling, det vil si sentrale lovendringer i særlig aksjeloven og revisorloven med dette formål. I forlengelsen av dette vil jeg også se på adgangen til skattefri omdanning fra NUF til AS. Temaet er i utgangspunktet

¹ Oppgaven er avgrenset til en behandling av NUN-NUF, se pkt. 1.2 og 1.3.1.

² Jf. asl. § 1-1 (2).

³ Justis- og politidepartementet, *Forenklinger av aksjeloven* (2010); Eventuelle endringer skulle vurderes med sikte på (1) forenkling, (2) å være tilpasset behovene for små og mellomstore selskaper og (3) å gjelde for alle aksjeselskaper.

⁴ Se pkt. 2.4. Se også kapittel 4.

⁵ Til en viss grad er oppgaven dermed en studie av lovregler som styringsverktøy for myndighetene.

⁶ Momenter som i de aller fleste tilfeller er av sentral betydning for partenes valg er blant annet de næringsdrivendes behov for å begrense deltakeransvaret, hvilke utgifter som følger ved opprettelse og drift av selskapet, om selskapsformen innebærer revisjonsplikt, i hvilken grad det er behov for fleksibilitet med tanke på handlefrihet, kapitalbinding og utdelingsadgang, samt mulige skattemessige fordeler med den ene eller andre selskapsform, jf. Andenæs (2007), side 47.

vidt, og av hensyn til oppgavens begrensede omfang finner jeg det nødvendig å foreta en avgrensning og presisering av hvilke problemstillinger som behandles i det følgende.

1.2 Avgrensning og videre fremstilling

Oppgaven ser på regler og forhold knyttet til aksjeselskap og norskregistrerte utenlandske foretak som er opprettet med utgangspunkt i et engelsk *Limited liability company limited by shares*⁷ (limited/Ltd).⁸ Et overveiende stort fokus på spørsmål av økonomisk karakter skyldes at momenter ved valg av foretaksform, særlig der valget står mellom AS og NUF, ofte er en vurdering av hvilken foretaksform som ut fra et økonomisk perspektiv er mest gunstig. Med forbehold for pkt. 3.1.3 har de økonomiske spørsmål oppgaven behandler direkte opphav i rettslige reguleringer.⁹ Som det klare utgangspunkt behandler jeg ikke eventuelle svakheter i regelverkene som kan virke motiverende på næringsdrivende med lovstridige formål.

Kapittel 2 presenterer generelle utgangspunkt for den videre avhandlingen, herunder ansvarsbegrensning for selskapets innehavere som en grunnleggende forutsetning, betydningen av EØS-rettens etableringsfrihet for NUF-enes eksistens, kritikk av foretaksformen NUF og en oversikt over seneste års utvikling i et statistisk perspektiv. I kapittel 3, som er oppgavens hoveddel, foretar jeg en komparativ analyse av sentrale regler og aspekter knyttet til selskapets stiftelse og registrering (pkt. 3.1), krav til minste aksjekapital (pkt. 3.2), regler om eventuell pliktig revisjon (pkt. 3.3), regler for utdeling fra selskapet til dets eiere, i hovedsak utbytte (pkt. 3.4) og avslutningsvis sentrale problemstillinger knyttet til selskap og skatt (pkt. 3.5). Videre omhandler kapittel 4 adgangen til å foreta skattefri omdanning fra NUF til AS, mens jeg i siste del, kapittel 5, presenterer mine avsluttende bemerkninger. For øvrig foretas det nærmere avgrensninger og presiseringer underveis.

⁷ I engelsk selskapsrett skiller man mellom selskaper som er "limited by shares" og "limited by guarantee", jf. CA 2006 s. 3. Det sonderes også mellom Private Companies og Public Companies. Public Companies er de selskaper som oppfyller vilkårene i CA 2006 s. 4, mens Private Companies er de som ikke oppfyller nevnte vilkår. *Private Company limited by shares* er den engelske selskapsformen som har mest til felles med norske AS, se NOU 2009:4, side 201 og Zangenberg (2010), side 17-19.

⁸ Visse aspekter knyttet til Enkeltpersonforetak (ENK) og skatt behandles imidlertid i pkt. 3.5.2.

⁹ Deriblant registreringsplikt (gebyr), revisjon (honorar), kapitalkrav og skatt.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Norskregistrert utenlandsk foretak (NUF)

Et norskregistrert utenlandsk foretak (NUF) er en filial av et utenlandsk foretak registrert i Norge. Foretaksformen består av et hovedselskap i utlandet og en filial i Norge. Selv om akronymet NUF viser til *selve filialen* av det utenlandske selskap, anvender jeg betegnelsen også under henvisning til selskapskonstellasjonen (NUF som foretaksform).¹⁰

Det finnes ulike typer NUF, både med og uten virksomhet i hovedselskapet. Et NUF kan opprettes for å organisere virksomhet på tvers av landegrenser og det finnes en rekke eksempler på store utenlandske selskaper som har valgt å organisere sin norske virksomhet i et NUF, særlig innen næringene finans og forsikring.¹¹ Slike NUF kan man si er *reelle filialer* i den forstand at det drives virksomhet i hovedselskapet i det land hvor dette er registrert, i tillegg til virksomhet i (en rekke) andre land.¹² Oppgaven konsentrerer seg imidlertid om de NUF hvor hovedselskapet i utlandet er opprettet i den hensikt å starte en norsk filial hvor all næringsvirksomhet i praksis skal foregå, såkalte *postboks-NUF* eller *NUN-NUF* (Norge utland-Norge).¹³ Det er særlig denne gruppen som har vært gjenstand for skepsis og kritikk, og som har stått for nesten all vekst de seneste ti år.¹⁴

1.3.1.1 Hovedselskap

Hovedselskapet er det utenlandske selskap som den norske filialen springer ut av. Et NUF kan være filial av et selskap organisert etter hvilken som helst foretaksform i det aktuelle land, både foretaksformer med og uten personlig ansvar for selskapsdeltakerne. De fleste NUF er imidlertid filialer av utenlandske selskap med begrenset deltakeransvar, i hovedsak engelske Ltd. Selv om man som utgangspunkt kan registrere hovedselskapet hvor som helst i verden, er man med hovedselskap i England beskyttet av diskrimineringsforbudet som gjelder i EØS-området.¹⁵ Begrepet *hovedselskap* anvendes under henvisning til det engelske Ltd som sådan.

¹⁰ Uttrykket *NUF som foretaksform* (eller lignende) anvendes i betydningen hovedselskap + filial.

¹¹ For eksempel IF Skadeforsikring NUF, Fokus Bank NUF (Danske Bank AS fra 15.11.12) og Handelsbanken Finans NUF.

¹² Et utenlandsk selskap som ønsker å etablere virksomhet i Norge kan, i stedet for å opprette et NUF, oppnå dette ved å etablere et norsk datterselskap, ved oppkjøp av et norsk selskap eller ved fusjon med et norsk selskap, jf. Reiersen og Sjøfjell (2010), side 424.

¹³ "Nordmenn som etablerer foretak i utlandet og som driver virksomhet i Norge gjennom å etablere NUF", jf. rapport av 27. mars 2008 (SSB), jf. NOU 2009: 4, side 50.

¹⁴ Knudsen, *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 54-55. I SSB-rapporten (27.3.2008) ble det fremlagt tall som tilsa at over 90% av nyregistrerte NUF i perioden januar-februar 2008 var NUN-NUF, ibid., side 50.

¹⁵ Se pkt. 2.2.

1.3.1.2 Filial

En filial er definert som en selvstendig underavdeling av en bedrift, vanligvis med lokaler på et annet sted enn hovedavdelingen.¹⁶ Filialen i et NUF er ikke et selvstendig rettssubjekt og handler dermed på vegne av hovedselskapet. Som utgangspunkt har ikke filialer partsevne i rettslige tvister for norske domstoler, hvilket blant annet innebærer at kun hovedselskapet kan saksøke og bli saksøkt.¹⁷

1.4 Metode og rettskilder

Ut fra et overordnet perspektiv, med det EU/EØS-rettslige prinsipp om etableringsfrihet som ramme, representerer oppgavens tema et møte mellom rettssystemer. Problemstillingen nødvendiggjør en studie av både norske og engelske (hovedsakelig) selskapsrettslige regler. Jeg vil her kort gjøre rede for metodebruken som ligger til grunn for oppgaven.¹⁸

1.4.1 Norsk rett

Den rettslige analysen er foretatt med utgangspunkt i alminnelig juridisk metode – i samsvar med norsk rettskildelære. Særlig sentralt står *Lov om aksjeselskaper (aksjeloven/asl.) av 13. juni 1997 nr. 44*, samt forarbeider til de aktuelle bestemmelser. Forarbeidene er, for oppgaven, den viktigste kilden til innsikt i lovgivers intensjoner, herunder hvilke hensyn som har vunnet fram og ligger til grunn for den nåværende rettstilstand.¹⁹ Mange av de bestemmelser som behandles er nye eller har relativt nylig blitt endret, hvilket innebærer at tilfanget av rettspraksis (samt sekundære kilder som juridisk litteratur) er av begrenset omfang. Problemtillingen inviterer *per se* ikke til utstrakt bruk av rettspraksis.

1.4.2 Engelsk rett

Engelsk rett består, sett bort fra *equity*²⁰, av regler som utledes fra henholdsvis *statutory law* og *common law*.²¹ Kort og upresist er *statutory law* vedtatt lovgivning, med Parliament som øverste lovgivende myndighet, mens *common law* er den rett som utledes fra (den samlede)

¹⁶ Store Norske Leksikon (nettutgave).

¹⁷ Jf. Rt. 2008 s. 1730; ”dersom en filial skal ha partsevne, må det [...] ha særskilt hjemmel” (avsnitt 34). Senest opprettholdt i HR-2014-2155-U (05.11.14). Et unntak fra hovedregelen er norske filialer av utenlandske forsikringsselskaper, som har partsevne med generalagenten som lovlig stedfortreder, jf. Rt. 2005 s. 451 (avsnitt 26).

¹⁸ Det blir ikke gitt noen generell fremstilling av alminnelig juridisk metode og rettskildelære, kun særtrekk ved den faktiske metodebruk.

¹⁹ Occasio legis er det kort gjort rede for i innledningen.

²⁰ Equity er et selvstendig rettslig institutt og en motpol til de rigide og lite fleksible regler som kan følge av *common law* (av det latinske *aequitas* = utjevning), se Shears (1996), side 26-27.

²¹ Geldart (1995), side 2.

rettspraksis (case law).²² Ved tolkning av lovtekst skal man legge til grunn ordenes betydning ut fra en naturlig språklig forståelse (bokstavelig og grammatisk).²³ Der hvor det oppstår klar motstrid mellom regler etter henholdsvis statutory law og common law, er det regelen etter førstnevnte som har forrang.²⁴

Den mest sentrale rettskilden for oppgavens vedkommende er *The Companies Act 2006* (CA 2006), som med sine 1 300 paragrafer (sections/ s.) er usedvanlig omfattende.²⁵ Store deler av CA 2006 bygger på en videreføring og omarbeiding av tidligere lovgivning, som igjen, til en viss grad, baserer seg på lang tids rettspraksis.²⁶ Med enkelte unntak erstattet loven selskapsrettslige bestemmelser i the Companies Act 1985, the Companies Act 1989 og the Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004.²⁷ CA 2006 kodifiserer i tillegg visse plikter for selskapets styremedlemmer (duties of directors) som tidligere fulgte av common law.²⁸

Veiledninger (guidances) fra Companies House og ICAEW²⁹, samt juridisk litteratur for øvrig, har vært viktige kilder i arbeidet med å tolke de relevante bestemmelser i loven.³⁰ I tillegg har litteraturen fungert som indirekte kilde ved å tilrettelegge for innsikt i lovens motiver, historiske bakgrunn og samfunnsmessige kontekst.

²² Shears (1996), side 6 og 23. *Common law* i den betydning begrepet her anvendes må ikke forveksles med den rettslige tradisjonen (common law som alternativ til civil law).

²³ Ibid., side 9.

²⁴ Geldart, (1995), side 3.

²⁵ CA 2006 antas å være den mest omfattende enkeltlovgivning som noen gang er vedtatt i England/UK, se Palmer's Company Law... (2009), side 53.

²⁶ Chan (2010), side 19.

²⁷ Palmer's Company Law... (2009), side 53.

²⁸ Davies (2008), side 60.

²⁹ Institute of Chartered Accountants in England and Wales. Veiledningen/*Guidance on the determination of... (Tech 02/10)* pretenderer å være i samsvar med gjeldende rett per 1. juni 2010, se side 8; "English and Scottish Counsel have confirmed that the guidance is consistent with the law at 1 June 2010." Se pkt. 3.4.3.2, særlig note 180.

³⁰ I særdeleshet kommentarutgaven til CA 2006 (Palmer's Company Law... [2009]).

2 Generelle utgangspunkt

2.1 Selkapsdeltakernes ansvar for selskapets forpliktelser

Et av de første og viktigste valgene man må ta stilling til ved oppstart av ny virksomhet er hvorvidt man som eier (selskapsdeltaker, aksjonær og lignende) skal hefte personlig for selskapets forpliktelser. Aksjeselskapenes fremvekst er i stor grad knyttet til ansvarsbegrensningen, som innebærer at aksjonærene ikke hefter overfor kreditorene for selskapets forpliktelser i større grad enn med den innskutte kapital. Selskapskonkurs i et foretak uten ansvarsbegrensning for eierne kan i ytterste konsekvens innebære personlig økonomisk ruin, siden det ikke foretas noen gjeldssanering ved avsluttet konkursbehandling etter norsk rett.³¹

2.1.1 Aksjeselskap

Ansvarsbegrensningen for norske AS er hjemlet i asl. § 1-2. Merk at ansvarsbegrensningen ikke trer i kraft før selskapet er registrert ved melding til Foretaksregisteret, hvilket innebærer at selskapet som sådan kan ikke pådra seg gjeld før registreringstidspunktet. Dette betyr at man står personlig og ubegrenset ansvarlig for eventuelle forpliktelser som pådras selskapet overfor tredjepersoner inntil selskapet er registrert, med mindre forpliktelsen følger av stiftelsesdokumentet eller av lov.³²

2.1.2 Limited company (Ltd)/NUF

Muligheten for å oppnå en ansvarsbegrensning tilsvarende AS har vært avgjørende for NUF-formens popularitet. Ansvarsbegrensningen for de norsk-engelske NUF reguleres av engelsk selskapsrett, og det er hovedselskapets foretaksform som er avgjørende for om det foreligger en ansvarsbegrensning for virksomheten i filialen. Det fremgår av CA 2006 s. 3 i hvilke tilfeller det er tale om limited-selskap (selskap med ansvarsbegrensning for deltakerne). At engelske limited-selskaper er selvstendige juridiske personer, herunder at selskapets aksjonærer ikke er personlig ansvarlig for selskapets gjeld, ble utvetydig slått fast i saken *Salomon V. Salomon & Co Ltd* (1897).³³ Det er med andre ord sikker rett at både engelske Ltd og norske AS er egne rettssubjekter og at aksjonærene ikke hefter for selskapets gjeld.

³¹ De som er personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser hefter videre for udekket gjeld, jf. dekningsloven § 6-6. Dette er tilfelle for innehavere av blant annet enkeltpersonforetak (ENK) og ansvarlig selskap (ANS).

³² Asl. § 2-20 (1) og (2) jf. § 2-18 (1), se *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentanutgave* (2012), side 157.

³³ Lord Macnaghten (House of Lords) uttalte: "The company is at law a different person altogether from the subscribers to the memorandum of association; [...] Nor are the subscribers, as members, liable in any shape or form, except to the extent and in the manner provided by the Act." Selv om enkelte unntak har vært anerkjent av engelske domstoler er det ingen senere avgjørelser som i avgjørende grad har rokket ved dommens prinsipielle utgangspunkt. Sitert: Vandekerckhove (2007), side 66.

Man må imidlertid være oppmerksom på at manglende overholdelse av visse plikter i England kan ha innvirkning på NUF-selskaps ansvarsform. Alle engelske selskap har, i henhold til CA 2006 s. 854, en plikt til å innlevere en årsmelding (annual return) til det engelske foretaksregisteret Companies House. Manglende innlevering kan i ytterste konsekvens føre til sletting av hovedselskapet etter prosedyren for ”strike off”.³⁴ Til tross for at mange velger å betale profesjonelle aktører for hjelp til å overholde NUF-ets plikter i utlandet, kan det forekomme situasjoner, for eksempel som følge av rot, manglende kontroll og/eller useriøse tilbydere, hvor hovedselskapet blir slettet uten at deltakerne eller ledelsen er klar over dette.³⁵ Filialen er, som tidligere nevnt, ingen egen juridisk enhet og sletting av hovedselskapet innebærer dermed også opphør av filialen. Siden det ikke foregår noen informasjonsutveksling mellom det engelske og det norske foretaksregisteret slettes ikke den norske filialen automatisk som følge av sletting av hovedselskapet, hvilket innebærer at filialen *i praksis* kan fortsette sin virksomhet i Norge. Når det er hovedselskapet som er rettslig ansvarlig for selskapets forpliktelser innebærer en slik situasjon at eventuell videre drift i filialen (som i realiteten ikke lenger er noen filial) skjer uten ansvarsbegrensning for deltakerne.³⁶ Manglende kontroll kan i ytterste konsekvens vise seg svært kostbart.

2.1.3 Ansvarsgjennombrudd/lifting of the corporate veil

Det finnes ingen prinsipiell avgjørelse, verken i Norge eller England, som har avgjort spørsmålet om ansvarsgjennombrudd/lifting of the corporate veil i selskaper med begrenset deltakeransvar. I senere tid har de fleste engelske saker, hvor temaet har vært aktuelt, blitt avgjort etter læren om ”wrongful trading”.³⁷ Tradisjonelt har engelske domstoler vært tilbakeholdne med å se bort fra prinsippene i *Salomon V. Salomon & Co Ltd*, under henvisning til rettferdighets- og likhetsbetraktninger (reasons of equity or justice).³⁸ Høyesterett har holdt muligheten for ansvarsgjennombrudd åpen, men presisert at det skal mye til for å kunne statuere et slikt direkte ansvar for aksjonærene.³⁹ Generelt fremstår spørsmål om ansvarsgjennombrudd

³⁴ CA 2006 s. 1000. Manglende innlevering straffes som regel i første omgang med bøter, jf. CA 2006 s. 858.

³⁵ Se for eksempel *Aftenposten, Selskapet hans ble plutselig slettet* (2009).

³⁶ Konkursrådet, *Problemnotat om norsk avdeling av utenlandsk foretak (NUF) på bakgrunn av Konkursrådets årskonferanse 2006* (2010).

³⁷ Instituttet *wrongful trading* var nytt med UK Insolvency Act 1986 (IA 1986, inntatt i s. 214) og innebærer et sivil søksmål mot selskapets styremedlemmer (company directors) i konkurstilfeller, til fordel for selskapets kreditorer. Det er ment som et supplement til *fraudulent trading* for de mindre alvorlige tilfeller av vanstyre i selskaper. Selskapet må være satt under konkursbehandling og kun styremedlemmer på det aktuelle tidspunkt (for *wrongful trading*) kan saksøkes. Det er krav om at det aktuelle styremedlem forsto eller burde ha forstått at det ikke var noen rimelig mulighet for selskapet til å unngå konkursbehandling på det aktuelle tidspunkt, jf. s. 214 (2).

³⁸ Vandekerckhove (2007), side 75-76.

³⁹ Se Rt. 1996 s. 672 *Kongeparken* (særlig side 678) og Rt. 1996 s. 742 *Minnor*. Aksjeloven av 1997 medførte ingen endring på dette punkt. Se Ot. prp. nr. 23 (1996-1997), side 117.

mer som en snever juridisk-teoretisk problemstilling, enn en praktisk løsning for norske og engelske domstoler.

2.2 EØS-avtalens etableringsfrihet

EU-domstolens avgjørelse i sak C-212/97 (Centros) i 1997 markerte startskuddet for fremveksten av NUF i Norge, selv om det skulle ta noen år før utviklingen for alvor skjød fart.⁴⁰ Etableringsfriheten, hjemlet i EØS-lovens artikkel 31, er avledet av EU/EØS-rettens fire friheter, hvilket innebærer et generelt forbud mot alle nasjonale tiltak som kan innebære en hindring på den frie bevegelse av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital.⁴¹ Enhver form for diskriminering er i strid med intensjonene bak etableringsfriheten, og forbudet gjelder både indirekte og direkte hinder for internasjonal etablering.⁴² Diskrimineringsforbudet begrenser således norske myndigheters materielle kompetanse med hensyn til hvilke tiltak som kan anvendes for å styrke aksjeselskapets stilling.⁴³ Ikke bare har man rett til å velge i hvilket land man ønsker å starte sin virksomhet, man står fritt til å gjøre det *i den hensikt* å omgå nasjonal lovgivning.⁴⁴ Merk at NUF med hovedselskap hjemmehørende i land utenfor EØS ikke er beskyttet av EØS-avtalens absolutte diskrimineringsforbud.

2.3 Skepsis og kritikk av NUF

Mens enkelte har sett NUF som et kjærkomment alternativ til norske aksjeselskap og enkeltpersonforetak, har andre vært skarpe i sin kritikk av nykommeren i norsk selskapsrett. Myndighetenes og mediernes fokus på (enkelte) NUF-selskapers manglende kontroll og uredelige hensikter, usikkerhet knyttet til konkurstilfeller og lignende, har trolig medvirket til å gi selskapsformen et generelt dårlig rykte. Som eksempel kan nevnes at Skattekrim i 2008 gikk ut og anbefalte bedrifter og personer å være forsiktig i handel med NUF, blant annet på grunnlag av at NUF-selskaper i 2007 rangerte høyt på listen over selskaper som ikke leverte selvangivelse.⁴⁵ I Økokrims Trendrapport (2008-2009) ble det hevdet at risikoen for økonomisk kri-

⁴⁰ C-212/97; Danske myndigheter nektet et dansk ektepar å registrere en filial av et engelsk selskap (Centros Ltd), opprettet i den hensikt å drive virksomhet i Danmark, da myndighetene anså det som et illojalt forsøk på å omgå dansk selskapsrett. EU-domstolen var klar på at det eksisterer en uforbeholden rett til å registrere sitt selskap i et land med mer fordelaktige selskapsrettslige regler, sett fra de næringsdrivendes ståsted, og at enhver form for diskriminering mot slike selskaper er et brudd på etableringsfriheten (avsnitt 38).

⁴¹ EØS-lovens bestemmelser er i tilfelle motstrid gitt forrang i forhold til lovbestemmelser av samme trinnhøyde, jf. eøsl. § 2.

⁴² Zangenberg (2010), side 27.

⁴³ Myndighetene kan for eksempel ikke kreve at det utenlandske selskapet har en egenkapital som tilsvarer minstekravet i asl. § 3-1 (aksjekapitalkravet), jf. sak C-167/01 (Inspire Art).

⁴⁴ Jf. bl.a. sak C-167/01 (Inspire Art). Se også Prop. 51 L. (2010-2011), side 19.

⁴⁵ NTB, *Skatteparadis på Seychellene bekymrer Skattekrim* (2008); Hvert tredje NUF utelot å levere selvangivelse i 2007. Se også Haakaas, *Utrygge utenlandsformuer* (2008).

minalitet generelt er større i NUF enn i tilsvarende norske aksjeselskap, under henvisning til erfaringer med at NUF blir anvendt til omgåelse av ilagt konkursskarantene mv. Det ble videre pekt på det lave kapitalkrav (begrenset ansvar) og den manglende revisjonsplikt for små foretak (lite kontroll) som incentiver for mange til å velge NUF, hvilket igjen har ført til at ”useriøse aktører har fått et nyttig redskap gjennom NUF-instituttet.”⁴⁶ At en del NUF har vært opprettet med hovedselskap i tradisjonelle skatteparadiser (typisk Seychellene) har neppe bidratt til å bedre det generelle inntrykket av foretaksformen.⁴⁷

Til tross for at opprettelse av NUF er helt i tråd med EØS-avtalens intensjoner om etableringsfrihet, har det like fullt vært mange kritiske ytringer rettet mot omgåelsen av norske selskapsrettslige regler. Til eksempel ser Økokrims Trendrapport med en generell skepsis på muligheten til å unngå den undergivelse av betingelser og kontroll som normalt medfølger virksomhet drevet i aksjeselskaps form, og AS fremheves som et *alt i alt* bedre og mer pålitelig alternativ enn NUF. Utredningen (2011) legger vekt på at for den næringsdrivende selv og for andre som har noe å gjøre med virksomheten, så som kreditorer og andre medkontrahtenter, ansatte og offentlige myndigheter, er det av betydning at aksjeselskaper er en velkjent og velregulert organisasjonsform som både private og offentlige myndigheter er fortrolig med og har tillit til.⁴⁸

Mye på bakgrunn av de ovenfor nevnte forhold vil et NUF generelt ha vanskeligere for å oppnå lån og kreditt enn et tilsvarende AS.⁴⁹ Slik jeg ser det skyldes skepsisen delvis den usikkerheten som har vært knyttet til NUF som ny aktør i et (tidligere) relativt oversiktlig norsk selskapsrettslig landskap.⁵⁰ Som jeg vil komme nærmere inn på har ulempene ved NUF-formen fått stadig større betydning i takt med økningen i aksjeselskapets attraktivitet.

2.4 NUF og AS i et statistisk perspektiv

Statistikk er et nyttig verktøy for å systematisere og skape oversikt over den faktiske og rettslige utviklingen som har skjedd på området de seneste 10-15 år. Når det gjelder lovgivning som styringsverktøy kan statistikk over nyregistreringer og totalbestand anvendes som indikator på om norske myndigheter lykkes i sitt arbeid med å gjøre norsk selskapsrett konkurrans-

⁴⁶ Økokrim, *Trendrapport (2008-2009)*, side 37.

⁴⁷ Ifølge en rapport utarbeidet av SSB på vegne av Nærings- og Handelsdepartementet (27.03.2008) har nær samtlige NUN-NUF tilknytning til Storbritannia eller Seychellene, se NOU 2008:12, side 89. Hvorvidt kritikken av skatteparadis-NUF er berettiget vil ikke forfølges videre.

⁴⁸ Knudsen, *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 71.

⁴⁹ Varjag (4.11.2014) *personlig meddelelse*.

⁵⁰ Usikkerheten knyttet til selskapsformen NUF var for øvrig bakgrunnen for Reiersen og Sjøfjells artikkel *NUF-kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring*.

dyktig. Lovendringene som oppgaven behandler bør derfor sees i sammenheng med utviklingstrekkene som jeg her vil presentere.

Få andre foretaksformer har hatt en like eksplosiv utvikling som NUF, men utviklingen i senere tid kan tyde på at foretaksformen har mistet mye av sin tiltrekningskraft. Fra 211 nyregistreringer og en totalbestand på 1314 NUF i år 2000, til 4 790 nyregistreringer og en totalbestand på 16 610 i 2010 (en økning på hele 1 264% i løpet av ti år), er det få andre (om noen) europeiske land som har opplevd en tilsvarende fremvekst av nasjonale filialer av utenlandske foretak.⁵¹ Norge har således vært helt i Europa-toppen, kun forbigått av Tyskland, hvilket er oppsiktsvekkende med tanke på Norges forholdsvis beskjedne befolkningstall.⁵² I 2011 nådde man toppen (og vendepunktet) med hensyn til totalbestand av NUF, med 17 184 selskaper registrert per 31.12.2011. Påfølgende år sank antallet til 14 570, en reduksjon på i overkant av 15%.⁵³

Mens 2011 var toppår for totalbestand var 2010 det året som så flest nyregistreringer (4790). Fra 2010 til 2011 sank antallet nyregistrerte NUF med 24%. I 2012 var reduksjonen på hele 58,4%. Nedgangen fortsatte i 2013 med 25,3%, og ser man på tilgjengelig statistikk for første halvår av 2014 er nedgangen så langt i år på ca. 10,4% i forhold til fjoråret.⁵⁴ Den klare trend er en forholdsvis kraftig reduksjon i antall nyregistrerte NUF, men samtidig kan utflatingen de seneste år tyde på en viss stabilisering. Det faktum at det fortsatt opprettes nærmere 1000 NUF-selskaper i året indikerer at det fortsatt finnes situasjoner hvor NUF-formen er høyst aktuell.

Som det fremgår av grafen i diagram 2 (på side 12) har den prosentvise utviklingen i antall nyregistrerte AS i samme periode holdt et mer stabilt nivå.⁵⁵ Sett bort ifra den kraftige svingningen rundt 2006 registreres en økning i antall AS mot slutten av perioden – sammenfallende med en nedgang i antall NUF. 2013 bød derimot på en reduksjon totalt sett i nyregistrerte foretak i Norge, deriblant for aksjeselskapsformen som opplevde en nedgang på 4,8%.⁵⁶ Så

⁵¹ Brønnøysundregistrene, *Årsmeldinger* (2000-2011).

⁵² Reiersen og Sjøfjell (2010), side 426; Norge var etterfulgt av Nederland og Frankrike på listen over land med flest Ltd/filial-selskaper i Companies House.

⁵³ Brønnøysundregistrene, *Årsmeldinger* (2011).

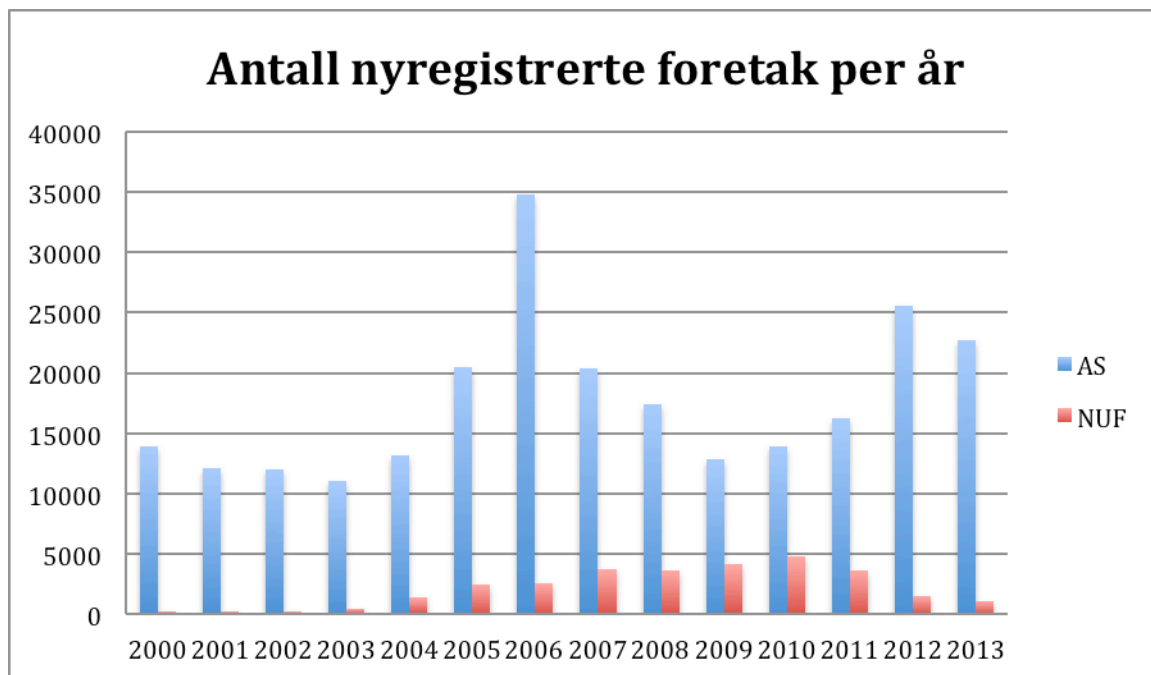
⁵⁴ I løpet av 1. og 2. kvartal 2014 ble det registrert 493 nye NUF mot 550 i 2013, se Statistisk sentralbyrå, *Nye foretak, etter kvartal og organisasjonsform* (2014).

⁵⁵ Brønnøysundregistrene, *Årsmeldinger* (2000-2013). Den kraftige økningen i antall nyregistrerte AS fra 2005 tilskrives overgangsregel E etter skatteloven. Årsaken til toppen i 2006 skyldtes svært mange innkomne meldinger til Foretaksregisteret mot slutten av 2005. Rundt 14 000 av meldingene ble først registrert det påfølgende år, se *Årsmelding* (2006)

⁵⁶ I 2013 ble det registrert 22 711 nye AS, se Statistisk sentralbyrå, *Nye foretak, etter kvartal og organisasjonsform* (2013).

langt i år (2014) er det registrert en oppgang på 5,3%.⁵⁷ Merk at AS i hele perioden vært den klart dominerende selskapsform for oppstart av virksomhet med ansvarsbegrensning.

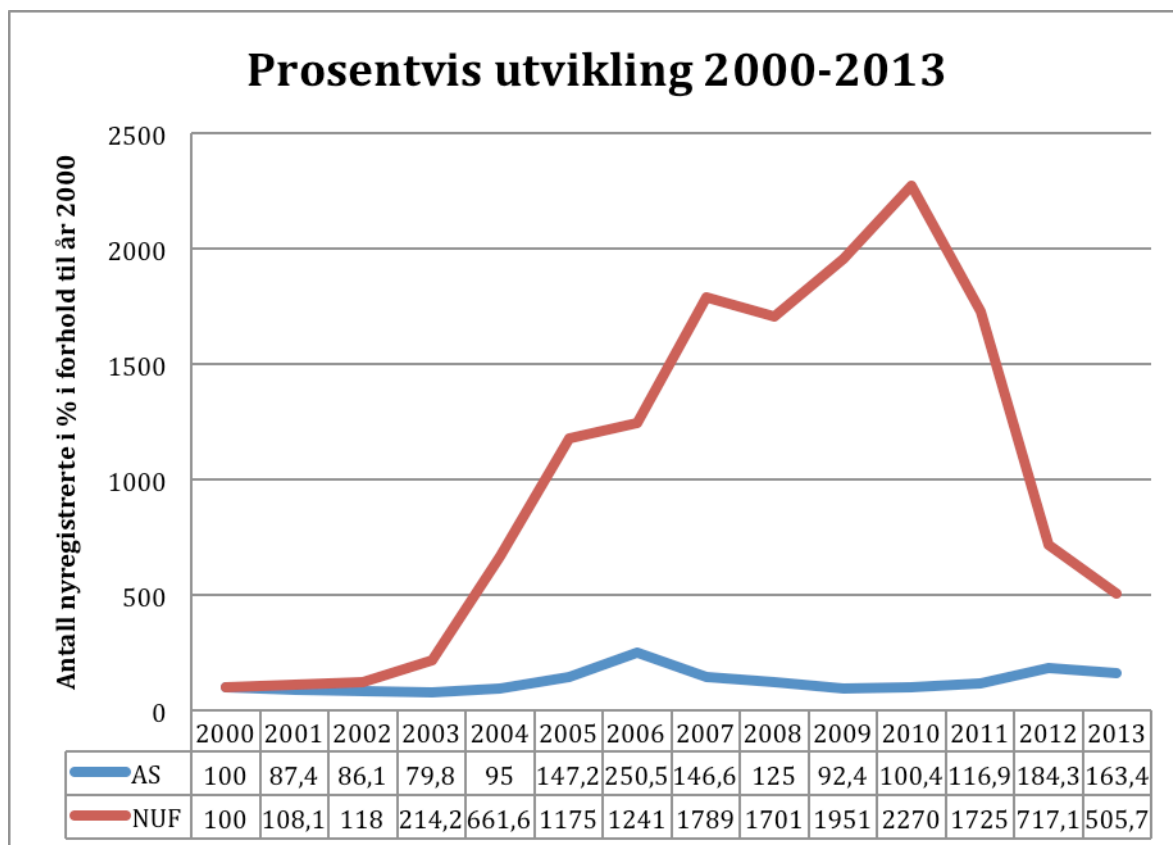
Diagram 1



Diagrammet viser utviklingen i antall nyregistrerte AS og NUF per år i perioden 2000 til 2013.

⁵⁷ 13 049 nyregistrerte AS (1. og 2. kvartal) 2014 mot 12 392 (1. og 2. kvartal) 2013, se Statistisk sentralbyrå, *Nye foretak, etter kvartal og organisasjonsform* (2014).

Diagram 2



Grafen viser den prosentvise utviklingen i nyregistrerte selskaper etter selskapsform, prosentvis per år i forhold til år 2000, og illustrerer tydelig den kraftige veksten, samt påfølgende reduksjonen, av nyregistrerte NUF i Norge.⁵⁸

⁵⁸ Diagrammene er utarbeidet på bakgrunn av tall fra Brønnøysundregistrenes årsmeldinger og statistikker i perioden 2000-2013, se Brønnøysundregistrene, *Årsmeldinger* (2000-2013). Alle utregninger og tall er basert på registreringer i Foretaksregisteret. NUF som kun er registrert i Enhetsregisteret (ikke driver virksomhet i Norge) er holdt utenfor.

3 Valg av foretaksform: NUF som alternativ til AS

Valg av foretaksform er en av de viktigste problemstillingene man står overfor ved oppstart av ny virksomhet. I perioden 2000 til 2012 ble det registrert i underkant av 30 200 nye foretak hvert år i snitt i Norge.⁵⁹ Antallet i seg selv tilsier at valg av foretaksform er en høyst reell problemstilling mange opplever å måtte ta stilling til, én eller flere ganger i løpet av livet. Mange som starter i det små finner enkeltpersonforetak formålstjenlig, men etter hvert som virksomheten vokser og omsetning og inntjening øker er det, særlig på grunnlag av norske skatteregler, tilrådelig med en omorganisering til en annen foretaksform, typisk AS, NUF eller tilsvarende.⁶⁰ På generell basis er det ikke mulig å fastslå at én foretaksform for alle formål og i alle aspekter er bedre eller mer fordelaktig enn en annen. For ulike tilfeller og behov vil det være forskjellige faktorer som spiller inn, samt at vektingen av de ulike momenter vil kunne variere. Som Tore Bråthen skriver i *Selskapsrett* (2013), på side 290:

Hver eierform har sine særtrekk, som må tas i betraktning av den som skal velge mellom dem. [...] For å kunne velge den eierformen som passer best i det konkrete tilfellet, må man både kjenne eierformenes særtrekk og vite hva man selv synes er viktig å oppnå gjennom valg av eierform.

Valg av foretaksform bør derfor foretas på bakgrunn av en skjønnsmessig helhetlig vurdering av momenter som er av betydning for virksomhetens konkrete behov.

3.1 Selskapets stiftelse – plikter og kostnader

Uavhengig av om virksomheten organiseres som AS eller NUF innebærer stiftelse, registrering og drift av selskapet både plikter og kostnader. Jeg vil her se på noen slike sentrale plikter og kostnader som pålegges selskapet i oppstartsfasen. I tillegg behandles kostnader knyttet til videre drift som antas å være særlig fremtredende på tidspunktet for valg av foretaksform.⁶¹ For aksjeselskapets vedkommende står lovendringen som åpner for bruk av selskapskapitalen til dekning av stiftelsesutgifter sentralt.⁶² Når det gjelder NUF blir prosessen frem mot stiftelse og registrering viet særlig oppmerksomhet, på bakgrunn av de utfordringer det innebærer å skulle forholde seg til to lands regelverk parallelt.

⁵⁹ Gjennomsnittet er utregnet på bakgrunn av opplysninger fra Brønnøysundregisterets årsmeldinger og årsstatistikker, 2000-2012

⁶⁰ Det skal beregnes personinntekt for eier av enkeltpersonforetak for inntekt som er innvunnet i virksomheten (foretaksmodellen), jf. sktl. § 12-10, se Zimmer (2010), side 539-540.

⁶¹ Typisk utgifter til eventuell revisjon og overholdelse av NUF-ets plikter i England.

⁶² Jeg vil ikke foreta en generell behandling av de formelle stiftelsesregler knyttet til opprettelse av AS.

3.1.1 Aksjeselskap

Stiftelse av aksjeselskap reguleres i hovedsak av aksjelovens kapittel 2. Når det gjelder adgangen til anvendelse av selskapets midler til dekning av stiftelseskostnader ble det i desember 2011 vedtatt en endring av asl. § 2-5.⁶³ Fra ikrafttredelsen av någjeldende aksjelov og frem til 1. januar 2012 var det ikke anledning for norske AS å anvende aksjekapitalen til dekning av selskapets stiftelsesutgifter. Utgifter ved stiftelsen kunne bare dekkes når det beløp som ble betalt for aksjene oversteg aksjenes pålydende med et beløp som minst tilsvarte stiftelsesutgiftene.⁶⁴ Begrensningen ble begrunnet ut fra hensynet til selskapskreditorene og deres dekningsmuligheter, da man så det som en viktig lovgiveroppgave å hindre en uthuling av kravet til minste aksjekapital (asl. § 3-1).⁶⁵ Som jeg vil komme nærmere inn på under blant annet pkt. 3.2.1 har synet på, eller i alle fall vektingen av, hensynet til beskyttelse av kreditorernes interesser endret seg vesentlig siden den gang.

I dag er eneste begrensning på adgangen til dekning av stiftelsesutgifter at beløpet ikke må overstige aksjeinnskuddet (aksjenes pålydende med tillegg av eventuell overkurs), jf. asl. § 2-5 første ledd.⁶⁶ Det fremkommer riktignok ikke eksplisitt av bestemmelsen hva som i lovens forstand menes med "utgifter ved stiftelsen" (stiftelsesutgifter), men aksjelovens forarbeider gir en viss indikasjon gjennom en ikke-uttømmende liste med eksempler.⁶⁷ Ifølge aksjelovens kommentarutgave vil det være naturlig å anse som stiftelsesutgift: "ethvert utlegg til bistand av teknisk, juridisk eller økonomisk art som er nødvendig for å stifte selskapet".⁶⁸ Som eksempel kan nevnes at i de tilfeller hvor revisjon i forbindelse med stiftelsen er påkrevet, for eksempel ved revisjon av åpningsbalansen (asl. §2-8), vil revisjonshonoraret normalt omfattes av *stiftelsesutgifter* i § 2-5.⁶⁹

⁶³ Jf. endringslov 16. desember 2011 nr. 63 (ikraft 1. januar 2012 iflg. res. 16. desember 2011 nr. 1260).

⁶⁴ Tidl. asl. § 2-5.

⁶⁵ NOU 1992:29, side 37. Aksjeloven 1976 hadde ingen slik begrensning.

⁶⁶ Bråthen (2013), side 76 og 79. Ifølge Prop. 148 L (2010-2011) side 22 er bakgrunnen for reverseringen en grunnleggende tanke om at de reelle kostnader ved stiftelse av aksjeselskap ikke skal overstige minstekravet på kroner 30 000.

⁶⁷ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) side 131; Som eksempler nevner forarbeidene utgifter som påløper i forbindelse med utarbeidelsen av stiftelsesdokumentet (deriblant vedtektene), gebyret for registrering i Foretaksregisteret og utgifter til rådgivning om valg av foretaksform. Videre blir det presisert at utgifter som ikke er nødvendige for å stifte selskapet, men som har sammenheng med etableringen av det, også kan anses som stiftelsesutgifter. Prop 148 L. (2010-2011) side 28 viser til at det kun vil være *reelle stiftelseskostnader* som kan dekkes med hjemmel i asl. § 2-5, uten at begrepet gis en nærmere definisjon (kun en henvisning tilbake til Ot. prp. nr. 23, side 131).

⁶⁸ *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentارutgave* (2012), side 122.

⁶⁹ Forutsatt at det ved stiftelsen kun gjøres pengeinnskudd i selskapet (aksjekapitalen), selskapet ikke skal bli part i avtale, og ingen skal gis særskilte rettigheter som nevnt i § 2-4, oppstiller ikke asl. § 2-8 noe krav til utarbeidelse og revisjon av åpningsbalanse. Se for øvrig pkt. 3.3.

Aksjeselskap er registreringspliktig i Foretaksregisteret, jf. foretaksregisterloven (fregl.) § 2-1 (1) nr. 1.⁷⁰ Registreringsavgiften regnes som stiftelsesutgift i aksjelovens forstand, selv om dette skjer etter stiftelsestidspunktet som definert i asl. § 2-9.⁷¹ Senere års mulighet for elektronisk registrering innebærer en forenkling av prosessen, i tillegg til at det har en økonomisk side knyttet til stiftelsesutgiftene; Gebyret for registrering av AS i Foretaksregisteret er for tiden på kroner 6 797 for registrering på papir og 5 666 ved elektronisk registrering.⁷² Selskaps dekning av stiftelsesutgifter er fradragsberettiget etter sktl. § 6-1 (1).⁷³

3.1.2 Norskregistrert utenlandsk foretak

Det er en forutsetning for opprettelse av filialen i Norge at hovedselskapet er ferdig stiftet og registrert i England. Et viktig skritt på veien er utarbeidelse av selskapets stiftelsesdokument (memorandum of association), som sammen med en søknad om selskapsstiftelse og andre registreringspliktige dokumenter skal oversendes Companies House, jf. CA 2006 s. 9 (1). Selve registreringen tar ofte ikke mer enn to til tre timer.⁷⁴ Gebyr for registrering i Companies House er £40 på papir, £15 på nett og £13 for elektronisk registrering (CHEFP⁷⁵).⁷⁶ I forbindelse med innsending av annual return må det betales et årlig gebyr (annual return fee) på henholdsvis £40 (papir) eller £13 (innlevering på nett/ via CHEFP).

Fremgangsmåte for stiftelse og registrering fremgår av CA 2006 s. 7 flg. På samme måte som man i Norge er pålagt å ha vedtekter for å kunne stifte et AS, er *articles of association* obligatorisk for engelske Limited-selskaper.⁷⁷ Med mindre man har behov for eller ønske om særskilte selskapsinterne prosedyrer kan man anvende lovens standardvedtekter (*Model articles for private companies*). Mens norske AS ikke er gyldig stiftet uten vedtekter, asl. § 2-9 jf. § 2-1, innebærer manglende registrering av articles for et Ltd. at CA 2006s standardvedtekter legges til grunn.⁷⁸ Selskapet må ha minst ett styremedlem (company director) og være registrert

⁷⁰ Samtidig med registrering i Foretaksregisteret blir selskapet registrert i Enhetsregisteret, se Brønnøysundregistrene, *Enhetsregisteret*.

⁷¹ *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2012), side 122.

⁷² Brønnøysundregistrene, *Gebyr for registrering og tinglysning*.

⁷³ Bråthen (2013), side 76.

⁷⁴ Zangenberg (2010), side 58. Ved behov for garantert registrering samme dag er "same-day incorporation" en mulighet som tilbys, men det forutsetter at melding om registrering er mottatt Companies House innen klokken 15 GMT. Gebyrer for same day incorporation er £100 på papir og £30 for elektronisk registrering, se Companies House, *Companies House Prices* (2014).

⁷⁵ Companies House Electronic Filing Partner.

⁷⁶ Companies House, *Companies House Prices* (2014). Henholdsvis kroner 416, 156 og 135 (valutakurs 10,41 NOK/ 1£, 14.10.14).

⁷⁷ Se særlig asl. §§ 2-1 og 2-2 og CA 2006 s. 18 (1). Selskapets *articles* skal registreres, jf. CA 2006 s. 9 (5) b.

⁷⁸ CA 2006 s. 18 (2) jf. s. 20. Stiftelsesdatoen for selskapet har betydning for hvilke versjoner av Model articles som i tilfelle legges til grunn. Selskaper stiftet før 1.10.2009 (Table A), mellom 1.10.2009 og

med kontoradresse i England.⁷⁹ Kontoradressen må være en fysisk adresse i England eller Wales, ikke en postboks eller lignende.⁸⁰ NUF som normalt ikke driver virksomhet i England kan benytte seg av firmaer som tilbyr ulike postløsninger (blant annet kontoradresser).⁸¹ Det påligger ingen plikt til å ha et eget styre i filialen, hvilket i så tilfelle kommer i tillegg til styret i hovedselskapet. Ved å ha eget styre og registrere opplysninger om signaturrett i Brønnøysund fremstår selskapet utad mer som et norsk aksjeselskap.⁸² Etter endt registrering mottar man en firmaattest (Company Certificate) med selskapets engelske organisasjonsnummer.

Alle NUF som skal drive næringsvirksomhet i Norge er registreringspliktig i Foretaksregisteret, jf. fregl. § 2-1 (2). Hvilke opplysninger som er registreringspliktige fremgår av § 3-8. Man må være oppmerksom på at kravet til både norske og engelske utgaver av visse dokumenter kan innebære kostnader i form av utgifter til oversettelse.⁸³ Gebyr for registrering av NUF i Foretaksregisteret er for tiden kroner 2 832 på papir og 2 265 for elektronisk registrering, med andre ord knapt halvparten av gebyret for AS. Som for aksjeselskaper er registrering i Enhetsregisteret gratis.⁸⁴

3.1.3 Utgifter til juridiske tjenester i oppstartsfasen⁸⁵

En del vil finne at juridiske tjenester er en nødvendig forutsetning, og følgelig også nødvendig utgift, for effektiv og korrekt oppstart av virksomhet. Utgiftspostens faktiske størrelse vil kunne variere, blant annet på bakgrunn av de enkelte selskapers individuelle behov, men som utgangspunkt tilbyr de fleste aktører standardpriser for registrering (og oppfølging) av selskaper.⁸⁶ Jeg vil nedenfor presentere en enkel tabell med priseksempler fra tre tilfeldig valgte tilbydere av juridiske tjenester for oppstart av virksomhet. Prisene er i disse tilfellene den samme uavhengig av om man starter AS eller NUF. Prisdifferansen, som for øvrig er svært liten, er å finne mellom de ulike tilbyderne. Når det gjelder NUF er årlige oppfølgingskostnader tatt med. Hensikten er å gi et realistisk bilde av den økonomiske kostnaden ved å vedlike-

27.4.2013 (Model articles), fra og med 28.4.2013 (Model articles – revidert versjon). Se Companies House. *Companies Act 2006 – Model articles* (2014).

⁷⁹ CA 2006 s. 12 og 86.

⁸⁰ Zangenberg (2010), side 57.

⁸¹ Ofte er slike kontoradresser en del av "pakken" man kjøper når man benytter seg av juridiske tjenester til stiftelse, registrering og oppfølging av NUFets plikter i England. Se pkt. 3.1.3.

⁸² Signaturretten må i så fall gjelde hele selskapet, se Zangenberg (2010), side 61-63.

⁸³ Se fregl. § 6-3.

⁸⁴ Brønnøysundregistrene, *Gebyr for registrering og tinglysning*.

⁸⁵ Med "juridiske tjenester" menes her, i tillegg til tradisjonell juridisk rådgivning, tilfeller hvor et firma påtar seg den praktiske gjennomføringen av elementer i registrerings- og stiftelsesprosessen.

⁸⁶ Tjenestene som tilbys er i stor grad standardisert, også mellom de ulike aktørene (mindre variasjoner kan likevel forekomme). Hvorvidt aktørene er til å stole på er imidlertid en vel så viktig problemstilling, se pkt. 2.3.

holde selskapets plikter i England, samt gi en indikasjon på hvor mye man må ut med, forutsatt at man ikke har anledning til å forestå stiftelsen, registreringen og oppfølgingen selv.⁸⁷ Prisene som her gjengis er ekskl. mva. og gebyr for registrering i Foretaksregisteret.

	Advokatfirma Varjag AS ⁸⁸		Norsk Bedriftstjeneste AS ⁸⁹		Firmahjelp AS ⁹⁰	
	NUF	AS	NUF	AS	NUF	AS
Registrering	3000,-	3000,-	3290,-	3290,-	2990,-	2990,-
Oppfølging per år*	2200,-	N/A	2300,-	N/A	2750,-	N/A

N/A – not applicable

*For en fast årlig sum tilbyr aktørene hjelp til overholdelse av NUF-ets plikter i England.

3.1.4 Vurderinger

Som det fremgår av behandlingen ovenfor varierer kostnadene til en viss grad avhengig av hvilken foretaksform man faller ned på, slik som for eksempel gebyret for registrering av selskapet/filialen i Foretaksregisteret.⁹¹ Når det gjelder NUF påløper i tillegg gebyr for registrering i engelske Companies House.⁹² Uavhengig av foretaksform vil utgifter til juridiske tjenester i forbindelse med oppstarten kunne anses nødvendig, mens årlige oppfølgingskostnader vil være særlig aktuelt dersom NUF-formen er å foretrekke. Ved stiftelse av AS er det i enkelte tilfeller krav om revisjon, med tilhørende utgifter, jf. blant annet asl. § 2-8. De ulike kapitalkrav for henholdsvis AS og NUF vil også kunne være relevant i denne sammenheng, selv om dette spørsmålets betydning trolig er noe dempet som følge av adgangen for AS til å anvende selskapets midler til dekning av stiftelseskostnadene.⁹³

I de fleste tilfeller vil et NUF være *billigste mulige* foretaksform med hensyn til selskapets stiftelse og registrering.⁹⁴ Ser man imidlertid bort fra rent økonomiske hensyn må man være oppmerksom på de utfordringer det innebærer å skulle forholde seg til to lands regelsett parallelt. Det må være legitimt å hevde at den norske aksjeselskapsformen generelt fremstår som

⁸⁷ Forutsatt at man gjør jobben selv vil obligatoriske gebyrer som påløper i hovedselskapets registreringsland (for eksempel annual return fee), være årlige kostnader ved valg av NUF.

⁸⁸ Se Advokatfirma Varjag, *Priser*

⁸⁹ Se Norsk Bedriftstjeneste, *Startside* (2014)

⁹⁰ Se FirmaHjelp, *Startside*.

⁹¹ Kroner 5 666 for AS og 2 265 for NUF (beløpene forutsetter elektronisk registrering).

⁹² Mellom 13£ og 40£, avhengig av registreringsform, se pkt. 3.1.2. I tillegg påløper det for NUFs vedkommende årlige utgifter i form av annual return fee.

⁹³ Mer om dette i neste punkt.

⁹⁴ I alle fall dersom man medregner kravet til minste tillatte aksjekapital, jf. asl. § 3-1. Kapitalkravet er ikke en stiftelseskostnad som sådan, men kan like fullt være et økonomisk hinder i oppstartsfasen, se pkt. 3.2.1.

enklere å både forstå og forholde seg til, og behovet for profesjonell bistand og oppfølging gjennom oppstart og drift vil trolig være større ved valg av NUF. Her, som ellers, vil valget måtte bero på en konkret helhetlig vurdering.

3.2 Aksjekapitalkravet

Bestemmelsen om minste tillatte aksjekapital, asl. § 3-1 (1), er særlig interessant fordi ulike regler omkring dette i norsk og engelsk rett trolig har vært den viktigste årsaken til hvorfor mange har valgt å organisere virksomheten som NUF.⁹⁵ At et høyt aksjekapitalkrav kan være et effektivt hinder for små og mellomstore virksomheter mot å velge aksjeselskapsformen fremgår av utredningen til forenkling av aksjeloven:

Den utstrakte bruken av utenlandske selskaper illustrerer imidlertid tydelig at det gjeldende kravet til aksjekapital i aksjeselskaper kan utgjøre et hinder for å velge aksjeselskapsformen.⁹⁶

Fra ikrafttredelsen av gjeldende aksjelov var minste tillatte aksjekapital ved oppstart av et norsk AS 100 000 kroner.⁹⁷ Dette var høyest i Norden, samt blant de strengeste kapitalkrav i Europa for øvrig, mot slutten av forrige ti-år.⁹⁸ Etter engelsk rett oppstilles det til sammenligning ikke noe krav til aksjekapital for oppstart av Ltd-selskaper.⁹⁹ Med virkning fra 1. januar 2012 vedtok Stortinget å senke minstekravet til 30 000 kroner.¹⁰⁰ Nedgangen i antall nyregistrerte NUF i tiden etter endringen av asl. § 3-1 (1) kan tyde på at kapitalkravet i mange tilfeller har hatt en avgjørende innvirkning på valg av foretaksform. Det nye minstekravet omfatter for øvrig også selskaper stiftet før endringen, hvilket betyr at eldre aksjeselskaper nå kan foreta en nedsettelse av aksjekapitalen.¹⁰¹

Sett hen til hvilken betydning aksjekapitalkravet har hatt for NUF-enes fremvekst, er spørsmålet i det følgende hvorfor man i Norge har valgt å fastholde et krav til aksjekapital ved stiftelse

⁹⁵ NOU 2008:12, side 90. I en dansk spørreskjemaundersøkelse fra 2012 svarte hele 49% av respondentene at "ingen eller lille kapitalkrav ved stiftelse" er én av de inntil tre viktigste faktorene ved oppstart av ny virksomhet (klart flest av samtlige svaralternativer), jf. Neville (2012), side 23-26.

⁹⁶ Knudsen. *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 72.

⁹⁷ Asl. § 3-1 (1) slik bestemmelsen lød før endringen. Den tidligere aksjeloven (1976) § 1-1 (5) opererte med minste tillatte aksjekapital på 50 000 kroner. Justert for inflasjon innebar ikke det nye kravet (1997) noen egentlig økning i forhold til 1976.

⁹⁸ Knudsen. *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 77-79.

⁹⁹ Aksjekapitalen i et Ltd. kan være så lav som £ 1. For *public limited companies* (PLC) er det derimot et krav om minimum £ 50 000 i aksjekapital, jf. CA 2006 s. 763 (1) a, jf. andre selskapsdirektiv (77/91/EF) art. 6.

¹⁰⁰ Jf. endringslov 16. desember 2011 nr. 63. Grensen på 30 000 kroner er i samsvar med anbefalingen i utredningen (Knudsen), se side 11.

¹⁰¹ *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2012), side 168. Eventuell nedsettelse forutsetter at lovens øvrige vilkår for nedsettelse av aksjekapitalen er oppfylt, jf. asl. § 12-1 flg.

av AS når engelsk rett ikke oppstiller en tilsvarende forpliktelse ved oppstart av Ltd (NUF). Jeg vil først se på aksjekapitalkravets bakgrunn og begrunnelse etter norsk rett; Hvordan utviklingen i retning av stadig flere NUF *de facto* har påvirket vektingen av de ulike hensyn som ligger til grunn for kravets eksistens, herunder hvordan etableringsfriheten har påvirket og bidratt til endringen av asl. § 3-1. Videre vil jeg se på hvorfor det ikke oppstilles et tilsvarende krav etter engelsk rett.

3.2.1 Aksjekapitalkravets bakgrunn og begrunnelse etter norsk rett

Kravet til minste tillatte aksjekapital som sikkerhet for selskapets kreditorer må ses i sammenheng med den ansvarsbegrensning for selskapets forpliktelser som aksjonærene i et AS nyter godt av.¹⁰² Tradisjonelt har hensynet til kreditorbeskyttelse blitt tillagt stor vekt i favør av et høyt krav til minste aksjekapital:

Hovedformålet med reglene om selskapskapitalen i de to lovene er [...] å sikre selskapskreditorenes interesse i å ha selskapskapitalen som dekningsobjekt.¹⁰³

Ved stiftelsen av et nytt AS kan aksjeinnskuddet gi en viss dekningsmulighet for selskapets kreditorer, men allerede i forbindelse med oppstarten av virksomheten kan aksjeinnskuddet, i alle fall dersom dette er i henhold til lovens minimum, være oppbrukt.¹⁰⁴ Et selskaps registrerte aksjekapital må således ikke forveksles med en reell kredittvurdering, og i forbindelse med moderniseringen av aksjeloven sluttet Justisdepartementet seg til utredningens konklusjon, nemlig at minste tillatte aksjekapital som dekningsobjekt er mer av formell enn reell betydning for kreditorene.¹⁰⁵

Hensynet til å motvirke useriøse og ufunderte selskapsdannelser ble derimot fremhevet som det viktigste argumentet i favør av et (fortsatt) minstekrav til aksjekapital.¹⁰⁶ Man fant ikke grunnlag for å avvise muligheten for at kravet kan bidra til å motvirke oppstart av næringsvirksomhet som verken samfunnet eller de som står bak selskapet er tjent med. Man kunne heller ikke se bort ifra at et slikt minstekrav kan hindre at aksjeselskapet blir brukt som redskap for økonomisk kriminalitet, til eksempel konkursrytteri. Betydningen av kapitalkravet som middel mot slik uønsket virksomhet ble imidlertid vurdert som usikkert og neppe avgjø-

¹⁰² Under arbeidet med den nye aksjeloven (1997) foreslo aksjelovutvalget et kapitalkrav på 200 000 kroner, blant annet under henvisning til dette hensyn, se Ot. prp. nr. 23 (1996-1997), side 30.

¹⁰³ Prop. 111 L (2012-2013), side 43.

¹⁰⁴ Woxholth (2014), side 68.

¹⁰⁵ Prop. 148 L (2010-2011), side 19.

¹⁰⁶ Knudsen. *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 79.

rende i forhold til personer som bevisst søker å misbruke aksjeselskapsformen.¹⁰⁷ Det var også et sentralt poeng at dette hensynet var på direkte kollisjonskurs med et annet og muligens viktigere hensyn, nemlig ønsket om å legge til rette for nyetableringer og verdiskapning.¹⁰⁸

Hensynet til nyetablering og verdiskapning ble fremhevet som svært sentralt i favør av nedsettelse av kapitalkravet. Departementet fremhevet ønsket om å gjøre aksjeselskapsformen lettere tilgjengelig for flere næringsdrivere i Norge, under henvisning til at virksomhet drevet som AS anses mer ønskelig enn virksomhet drevet som enkeltpersonforetak eller NUF. Til støtte for argumentet så man blant annet at Sverige opplevde en kraftig økning i antall nyetablerte aksjeselskaper etter at kapitalkravet ble redusert til SEK 50 000.¹⁰⁹

Det kanskje viktigste argumentet i favør av nedsettelse av aksjekapitalkravet var begrunnet ut fra utviklingen i EU-retten og hensynet til harmonisering med utenlandsk rett. Departementets innstilling, i lys av EØS-avtalens etableringsfrihet, var at man ønsket å gjøre aksjeloven mer konkurransedyktig i forhold til øvrige lands selskapslovgivning. Det ble ansett som fordelaktig at selskaper som utelukkende driver virksomhet i Norge skal være stiftet etter og underlagt norsk aksjelovgivning.¹¹⁰

Norske myndigheter antok at et lavere aksjekapitalkrav ikke ville ha stor betydning for aksjeselskapers tilgang på kapital, da banker og andre kreditorer som regel sørger for sikkerhetsstillelse gjennom vilkår for lån og kreditt.¹¹¹

Det faktum at muligheten for omgåelse av det nasjonale aksjekapitalkravet ble utnyttet i større grad i Norge enn ellers i Europa har, slik jeg oppfatter det, vært av avgjørende betydning for beslutningen om å nedsette minstekravet i aksjeloven § 3-1 (1) med hele 70 prosent. I ytterste konsekvens sto valget mellom å akseptere en lavere inngangsbillett for virksomhet drevet som AS eller å se norsk selskapsrett i økende grad bli valgt bort til fordel for utenlandsk selskapslovgivning.

¹⁰⁷ Prop. 148 L (2010-2011), side 19.

¹⁰⁸ Knudsen. *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 74; ”Om det lovbestemte kravet til minste aksjekapital skal være en effektiv hindring for økonomisk kriminalitet og andre former for misbruk av aksjeselskapsformen, må trolig minstekravet heves så meget at inngangsbilletten for bruk av aksjeselskapet blir så høy at det vil hindre ønskelige nyetableringer.”

¹⁰⁹ Prop. 148 L. (2010-2011), side 19-20; I Sverige ble det registrert 40 000 nye selskaper i løpet av de 12 første månedene etter lovendringen, hvorav 80 % av selskapene var registrert med minste tillatte aksjekapital.

¹¹⁰ *Ibid.*, side 19.

¹¹¹ *Ibid.*, side 19.

3.2.2 Hvorfor oppstilles ikke et tilsvarende krav etter engelsk rett?

Som nevnt innledningsvis eksisterer det ikke noe generelt minstekrav til aksjekapital ved stiftelse av et Ltd. Dette skyldes først og fremst at engelsk rett tradisjonelt har hatt et annet syn enn norsk/kontinental rett på bestemmelser om minste tillatte aksjekapital, blant annet som sikkerhet for selskapets kreditorer.

To sentrale motforestillinger fremheves som begrunnelse for dette.¹¹² For det første blir det vist til at en eventuell minimumsterskel vanskelig vil kunne gi en effektiv utforming uten også å gjøres svært kompleks; I tillegg til å gjelde vidt forskjellige virksomheter må den være tilstrekkelig generell og praktisk anvendelig. Skal en regel om minste tillatte aksjekapital være *effektiv* bør den nødvendigvis gjenspeile det enkelte selskaps omfang og risiko.¹¹³ Er kapitalkravet for lavt vil det ikke gi en effektiv kreditorbeskyttelse, og er det for høyt vil det kunne virke konkurransehemmende ved å hindre nye aktører fra å etableres. For det annet pekes det på at selv om selskapet opprettes med en viss minimumskapital, er dette i seg selv ingen garanti for at selskapet på et senere tidspunkt er i stand til å overholde sine kreditorforpliktelser.¹¹⁴ I stedet for en rigid minimumsregel som asl. § 3-1 (1) har man derfor valgt regulering gjennom en rekke kontrollmekanismer (capital maintenance rules), som skal forhindre at et selskaps (potensielt risikofylte) virksomhet blir drevet for kreditorenes regning og risiko.¹¹⁵

3.2.3 Oppsummering

Forskjellene mellom norsk og engelsk rett på dette punkt skyldes ulike syn på hvilke kontrollmekanismer som er best egnet til å ivareta motstridende interesser til aksjonærenes ansvarsbegrensning, herunder kreditorenes behov for sikkerhet. Mens man i Norge tradisjonelt har tillagt kapitalkravet stor betydning, har man i England akseptert en større økonomisk frihet ved selskapets stiftelse og i stedet oppstilt capital maintenance-regler for å motvirke at et selskaps (eventuelle) aksjekapital fritt kan tilbakeføres til aksjonærene. Stortinget var ikke villig til å fjerne aksjekapitalkravet helt, men reduserte det betraktelig for å motvirke den kraftige økningen i antall nyregistrerte NUF, samt fallet i antall nyregistrerte AS.

¹¹² Davies (2008), side 263.

¹¹³ Ibid., side 263-264

¹¹⁴ Ibid., side 264.

¹¹⁵ Ibid., side 51. Om maintenance of capital i forhold til utbytte, se pkt. 3.4.3.2.

3.3 Revisjonsplikt

Inntil mai 2011 eksisterte det vesentlige forskjeller i reglene for revisjon av AS og NUF. Samtlige AS (uavhengig av størrelse) var revisjonspliktig, mens revisjonsplikt for NUF først slo inn dersom den samlede årsomsetningen oversteg fem millioner kroner.¹¹⁶ Denne forskjellen, i disfavør av norske AS med relativt lav omsetning, antok man var en medvirkende årsak til den kraftige veksten i antall NUF mot slutten av forrige tiår.¹¹⁷

Delvis som en konsekvens av dette ble det nedsatt et Revisjonsutvalg som skulle gjennomgå reglene for revisjon i små selskaper. Finansdepartementet forutsatte i sitt mandat til utvalget at AS og NUF skulle behandles likt, slik at revisjonsplikten ikke skulle være avgjørende for valg av foretaksform.¹¹⁸ Revisjonsutvalgets utredning til Finansdepartementet la til grunn, på bakgrunn av en undersøkelse utført av Econ (Pöyry) på vegne av *Den norske Revisorforening*, at små AS normalt betalte mellom 10 000 og 30 000 kroner i årlig revisorhonorar.¹¹⁹ En ikke ubetydelig utgift som på det daværende tidspunkt kunne unngås ved å organisere selskapet som NUF.

Revisjonsutvalget fant imidlertid en utvidelse av unntaksadgangen betenkelig, blant annet under henvisning til at revisjonsfritak for små AS og NUF ville kunne tiltrekke seg en del selskapsstifere med hensikt å unndra seg den kontroll som revisorer har i selskaper med revisjonsplikt.¹²⁰ I lys av mandatet om likebehandling konkluderte utvalget med at det burde innføres revisjonsplikt også for regnskapspliktige NUF.¹²¹ Finansdepartementet var derimot ikke enig i utvalgets (flertallets) konklusjon og kom etter en samlet vurdering av en rekke ulike hensyn til at det likevel var tilrådelig å lempe på revisjonsplikten for de minste foretakene.¹²² Stortinget fulgte departementets innstilling og vedtok våren 2011 å oppheve plikten til revisjon for små AS.¹²³

¹¹⁶ Jf. rettstilstanden i forkant av innføringen av nytt avsnitt II i 7. kapittel til revisorloven, jf. endringslov av 15. april 2011 nr. 10.

¹¹⁷ Prop. 51 L. (2010-2011), side 90.

¹¹⁸ Frøyshov og S. Johansen (2011), side 50, jf. NOU 2008:12, side 15.

¹¹⁹ NOU 2008:12, side 82.

¹²⁰ Blant annet anførte Økokrim og Oslo Likningskontor i sine høringsvar at virksomhet i NUF-form uten revisjonsplikt ga større rom for økonomisk kriminalitet sammenlignet med virksomhet drevet i AS-form, se NOU 2008:12, side 90.

¹²¹ Ibid., side 91.

¹²² Ifølge Finansdepartementet ble det lagt avgjørende vekt på "hensynene til forenkling, likebehandling av selskaper med begrenset deltakeransvar og internasjonal utvikling" jf. Prop. 51 L (2010-2011), side 47.

¹²³ Endringslov av 15. april 2011 nr. 10.

3.3.1 Gjeldende rett

Det rettslige utgangspunkt etter norsk rett er at både aksjeselskaper og norskregistrerte utenlandske foretak er underlagt revisjonsplikt, jf. revisorloven (revl.) § 2-1 første ledd, jf. regnskapsloven § 1-2 første ledd nr. 1 (AS) og nr. 13 (NUF¹²⁴). Imidlertid er både små AS¹²⁵ og små NUF¹²⁶ per i dag unntatt revisjonsplikt.

3.3.1.1 Aksjeselskap

Utgangspunktet er som nevnt revisjonsplikt, og for å unngå dette må selskapet aktivt fravelge revisjon. For aksjeselskaper gjelder ikke revisjonsplikten etter revisorloven § 2-1 (1) dersom det er truffet beslutning om dette i medhold av fullmakt som nevnt i asl. § 7-6.¹²⁷ Det er styret som fravelger revisjon etter fullmakt fra generalforsamlingen og beslutningen må være registrert i Foretaksregisteret for å ha virkning.¹²⁸ I henhold til de kumulative vilkår i asl. § 7-6 er det en forutsetning at driftsinntektene ikke overstiger fem millioner kroner, at balansesummen er mindre enn 20 millioner og at gjennomsnittlig antall ansatte ikke overstiger ti årsverk.¹²⁹ Et AS som regnes som *morselskap* etter asl. § 1-3 vil i alle tilfeller være revisjonspliktig, jf. revl. § 2-1 (5).¹³⁰ I visse tilfeller vil det være krav om revisjon av aksjeselskapets åpningsbalanse, jf. asl. § 2-8. Ved utbytte på grunnlag av en mellombalanse er det i alle tilfeller krav om revisjon, jf. asl. § 8-2a.¹³¹

3.3.1.2 Norskregistrert utenlandsk foretak

Revisjonsplikten for NUF (i Norge) gjelder ikke dersom driftsinntektene av den samlede virksomheten er mindre enn fem millioner kroner, jf. revl. § 2-1 (2), hvilket innebærer at beløpsgrensen for driftsinntekter er den samme som for AS. I motsetning til for AS oppstilles det ikke noen beløpsgrense for balansesummen eller begrensning på antall årsverk for å være fritatt plikten til revisjon.

¹²⁴ Forutsatt at NUF-et driver virksomhet i og er skattepliktig til Norge. Se pkt. 3.5.1.

¹²⁵ Med "små AS" menes her de AS som i henhold til revisorloven § 2-1 (3) kan frasi seg revisjon.

¹²⁶ Med "små NUF" menes her de NUF som i henhold til revisorloven § 2-1 (2) er fritatt for revisjonsplikt.

¹²⁷ Revisorloven § 2-1 (3).

¹²⁸ Aksjeloven § 7-6 (6) in fine.

¹²⁹ Merk at bestemmelsen setter grense for maks antall årsverk, til forskjell fra CA 2006 s. 382 (3) som opererer med maks antall ansatte. Hvorvidt man skulle anvende antall årsverk eller ansatte som avgrensningskriterium var for øvrig tema i forbindelse med endringen av revisorloven. Man antok, på grunnlag av en samlet vurdering, at *antall årsverk* er en mer relevant indikator for størrelsen på økonomisk virksomhet innen rammene av et foretak enn *antall personer*, se NOU 2008:12, side 102.

¹³⁰ Et aksjeselskap regnes som *morselskap* hvis det på grunn av avtale eller som eier av aksjer eller selskapsandeler har bestemmende innflytelse over et annet selskap, jf. asl. § 1-3 (2). For datterselskaper i konsernforhold gjelder de alminnelige regler om adgang til fravelgelse av revisjon.

¹³¹ Prop. 111 L (2012-2013), side 115.

Et NUF kan imidlertid også tenkes å være revisjonspliktig i England.¹³² Det følger av engelske selskapsrettslige regler at alle selskaper er regnskapspliktige, samt at regnskapet (som er en del av *required accounts and reports*) skal oversendes Companies House for registrering.¹³³ Det rettslige utgangspunkt er også etter engelsk rett revisjonsplikt, men med unntak for bl.a. små selskaper (small companies), jf. CA 2006 s. 475 (1) bokstav a, jf. s. 477 (1).¹³⁴ Section 382 (1) til (6) regulerer hvilke selskaper som regnes som små.¹³⁵ For å kvalifisere som ”small”, og dermed nyte godt av unntaket, må selskapet oppfylle minst to (two or more) av følgende vilkår:¹³⁶

- Omsetningen (turnover) må være på maksimalt £ 6 500 000.
- Balansesummen (balance sheet total) må ikke overstige £ 3 260 000.
- Selskapet kan ikke ha flere enn 50 ansatte.

Selskapet må for øvrig ikke falle inn under kategorien av selskaper som er ekskludert fra revisjonsfritak, jf. s. 384. På bakgrunn av dette vil et NUF som er fritatt fra revisjonsplikt i Norge som hovedregel også være fritatt etter engelsk rett.¹³⁷

Norskregistrerte utenlandske foretak som er holdingselskap (morselskap) er ikke revisjonspliktig etter norsk rett, forutsatt at vilkårene for revisjonsfritak for øvrig er oppfylt.¹³⁸ Et NUF som er morselskap (parent company), eller som ellers er del av et konsern (group of companies), vil være unntatt revisjon også i England dersom selskapet/konsernet oppfyller vilkårene i CA 2006 s. 479 (availability of small companies exemption in case of group company).¹³⁹

¹³² Det forutsettes i det følgende at NUF-et oppfyller vilkårene for revisjonsfritak etter norsk rett.

¹³³ CA 2006 s. 386 (1) og s. 441 (1), jf. s. 444 til 447.

¹³⁴ Selskaper som kan unntas etter *bokstav a* må avgi en erklæring (statement) i henhold til reglene i s. 475 (2) til (4).

¹³⁵ CA 2006 s. 477 (4) bokstav a.

¹³⁶ CA 2006 s. 382 (3) opererer med terskelverdier som er vesentlig høyere enn etter norsk rett, henholdsvis (ca.) 68 og 34,1 millioner norske kroner (valutakurs 10,46 NOK/ £1 [13.10.14]). Terskelverdiene samsvarer for øvrig med regnskapslovens vilkår for ”små foretak” (rskl. § 1-6 første ledd).

¹³⁷ Dette skyldes at det er nesten utenkelig at et NUF med en årsomsetning på inntil 5 mill NOK skal overstige de engelske terskelverdier for antall ansatte og balansesum.

¹³⁸ Sml. asl. § 1-3.

¹³⁹ Utgangspunktet i CA 2006 s. 479 er revisjonsplikt for selskaper i konsernforhold, med mindre vilkårene for unntak for holdingselskaper/små konsern (parent companies/small groups) er oppfylt. Sentralt for vurderingen er at konsernet, som det aktuelle selskapet er en del av, ikke må overstige to eller flere av følgende terskelverdier (i millioner pund): omsetning - 6,5 netto/7,8 brutto, balansesum - 3,26 netto/3,9 brutto, samt antall ansatte - 50, jf. s. 479 (5) a, jf. s. 383 (4).

3.3.1.3 Pålegg om revisjon

Et AS eller NUF, som ellers er unntatt revisjonsplikt etter norsk rett, vil kunne pålegges revisjon for ett eller flere årsregnskap som en konsekvens av eventuelle brudd på regnskapslovens eller bokføringslovens regler, samt eventuelle brudd på god regnskaps- eller bokføringskikk, jf. ligningsloven § 6-7 (1) bokstav a (AS)/bokstav b (NUF).¹⁴⁰ Et pålegg om revisjon vil innebære tilleggsutgifter for det aktuelle selskap i form av revisorhonorar.

3.3.2 Vurderinger

Spørsmålet er om de til dels ulike vilkår som oppstilles for AS og NUF innebærer en realitetsforskjell av betydning for valg av foretaksform. Ifølge statistikk fra SSB (2012)¹⁴¹ er gjennomsnittlig kostnad for arbeidskraft i privat sektor i Norge på 683 900 kroner per årsverk.¹⁴² Gjennomsnittlige arbeidskraftkostnader for ti årsverk overstiger dermed totalt sett terskelverdien for driftsinntekter (fem millioner) med god margin. Forutsatt driftsinntekter opp mot fem millioner vil kostnadene til arbeidskraft, selv om man legger laveste gjennomsnittskostnad til grunn (hotell- og restaurantvirksomhet – 433 800 per årsverk), beslaglegge en så stor andel av driftsinntektene (over 85%) at det reelt sett vil være lite midler igjen til dekning av selskapets øvrige driftsutgifter. På bakgrunn av dette antas vilkåret om maksimalt ti årsverk for AS, slik jeg ser det, i de langt fleste tilfeller å ikke ha selvstendig betydning som skranke på adgangen til revisjonsfritak.

Når det gjelder terskelverdien for balansesummen¹⁴³ (20 mill. for AS, ingen etter norsk rett for NUF), kan dette tenkes å gi ulike utslag i revisjonsplikt for et AS og et NUF av samme størrelse. Der hvor et AS det påfølgende regnskapsår blir revisjonspliktig som følge av at balansesummen overstiger terskelverdien, vil revisjon for et tilsvarende NUF fortsatt være frivillig, forutsatt at samlede driftsinntekter ikke overstiger fem millioner.¹⁴⁴ Hvorvidt denne forskjellen har potensiale til å innvirke på valg av foretaksform vil trolig avhenge av en samlet vurdering knyttet til fordeler og ulemper med NUF som foretaksform, men vil trolig ikke ha like stor betydning som en eventuell forskjell i terskelverdi for omsetning.

¹⁴⁰ Ifølge Prop. 51 L. (2010-2011) side 43 har ikke pålegg om revisjon et pønalt formål. Hensikten er å gi skatte- og avgiftsmyndighetene adgang til – i tiden fremover – å kontrollere foretak hvor dette anses nødvendig, på bakgrunn av selskapets tidligere sviktende regnskapsførsel.

¹⁴¹ Jf. Arbeidskraftskostnadsundersøkelsen 2012, se Statistisk sentralbyrå, *Arbeidskraftkostnader, 2012* (2014).

¹⁴² Gjennomsnittskostnaden omfatter både direkte kostnader (for eksempel lønn og honorarer) og indirekte kostnader (arbeidsgiveravgift, pensjonspremier og forsikring, naturalytelser og opplæring mv.).

¹⁴³ Balansesummen svarer til summen av egenkapital og gjeld (samlede eiendeler), jf. regnskapsloven § 6-2. Balansen viser hva foretaket har av økonomiske ressurser og hvordan disse er finansiert, se NOU 2003:06, side 71 og 74.

¹⁴⁴ Jf. asl. § 7-6 (3) og revl. § 2-1 (2).

Dersom det aktuelle selskap skal anvendes som holdingselskap vil det, med tanke på plikt til revisjon, kunne ha betydning hvilken foretaksform man faller ned på. Der hvor et AS som morselskap alltid vil være revisjonspliktig vil et tilsvarende NUF, forutsatt at selskapet oppfyller de aktuelle unntaksvilkår etter engelsk rett, være unntatt revisjon. Denne forskjellen innebærer at det i alle fall på dette området kan være (økonomisk) fordelaktig å opprette selskapet som NUF kontra AS.

3.4 Utdeling fra selskapet (utbytte)

For de fleste aksjonærer vil hovedformålet svært ofte være å oppnå økonomisk avkastning på den investerte kapital.¹⁴⁵ Bestemmelser som gir anledning til å dele økonomisk overskudd med selskapets eiere, gjennom utbytte eller på annen måte, er derfor sentrale og nødvendige forutsetninger for enhver selskapsforms attraktivitet. På bakgrunn av dette vil utdelingsreglene ofte være av interesse for den som skal starte ny virksomhet. Utdeling fra NUF reguleres av engelsk selskapslovgivning. Jeg vil først se på hva som ligger i begrepet utdeling (i vid/snever forstand). Deretter vil jeg se på om reglene er ulike for AS og NUF med hensyn til når utbytte kan besluttes og hvor mye som kan utdeles.¹⁴⁶ Dersom reglene for utbytte er enklere/mer fordelaktig innen rammene av det ene lands regelverk, kan dette være et viktig moment ved valg av foretaksform.

Et grunnleggende perspektiv i både engelsk og norsk selskapsrett er at aksjonærenes interesse i økonomisk avkastning må avveies mot andre selskapsinteresser.¹⁴⁷ Aksjelovens restriksjoner på utdelingsadgangen er satt til beskyttelse av aksjekapitalen og er først og fremst begrunnet ut fra hensynet til selskapets kreditorer.¹⁴⁸ Engelsk selskapsrett opererer med såkalte *legal capital rules* (kapitalregler), hvor intensjonen i all hovedsak er den samme – å legge restriksjoner på adgangen til å overføre/tilbakeføre selskapskapitalen til aksjonærene.¹⁴⁹

Hver aksje er en bestemt andel av den totale aksjekapitalen og skal lyde på like store beløp, jf. asl. § 3-1 (2) og CA 2006 s. 10 (2). Aksjeloven og Companies Act 2006 har begge som ut-

¹⁴⁵ Folkvord (2013), side 17. I mindre selskaper hvor eieren(e) er direkte involvert i den daglige selskapsdriften kan andre formål ofte være vel så viktig som økonomisk utbytte – om ikke viktigere; Muligheten for å være sin egen sjef, samt muligheten for å kunne føre sine ideer ut i livet er typiske eksempler, se Neville (2008), side 120.

¹⁴⁶ Oppgaven avgrenses til en behandling av utbyttereglene, da utbytte stort sett er den vanligste måten for aksjonærene å nyte godt av økonomisk overskudd i selskapet.

¹⁴⁷ Knudsen, *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 85 og Davies (2008), side 300.

¹⁴⁸ *Ibid.*, side 86.

¹⁴⁹ Payne (2008), side 2 og 28; Regulering av konflikten mellom aksjonærer og selskapets kreditorer anses som kapitalreglenes hovedformål (side 1).

gangspunkt at hver aksje gir lik rett i selskapet (aksjonærrettigheter), hvilket innebærer at hver aksje gir rett på en bestemt andel av et eventuelt utbytte, med mindre særskilte forhold tilsier noe annet.¹⁵⁰ Likhetsgrunnsetningen kan imidlertid fravikes i selskapets vedtekter/articles gjennom inndeling av aksjene i ulike aksjeklasser.¹⁵¹ Ulike aksjeklasser anvendes ofte for å gi eiere av aksjer innen en bestemt klasse utvidede eller innskrenkede stemmerettigheter på generalforsamlingen, men også forskjellige utbytterettigheter (ofte omtalt som preferanseaksjer/preference shares).¹⁵² Generelt er det en noe friere adgang til å begrense rettigheter ved bruk av aksjeklasser etter engelsk rett.¹⁵³

3.4.1 Utdelingsbegrepet

Enhver overføring av verdier som kommer aksjonærene til gode omfattes av aksjelovens utdelingsbegrep.¹⁵⁴ Hva som regnes som utdeling i CA 2006 Part (P.) 23s forstand fremgår av s. 829 (1): *"distribution" means every description of distribution of a company's assets to its members, whether in cash or otherwise [...]* (min kursivering). Unntak fra det generelle utgangspunktet fremgår av annet ledd. Både det engelske og det norske utdelingsbegrepet favner vidt og ikke bare overføringer av penger men også overføring av ting, eiendom og lignende omfattes. Det fremgår ikke eksplisitt av definisjonene hva som faktisk regnes som utdeling etter de respektive bestemmelser.¹⁵⁵ Det er imidlertid ikke tvilsomt at alminnelig utbetaling av utbytte omfattes.

Utbytte er en av flere mulige måter å foreta utdeling fra et AS. Andre eksempler etter norsk rett er kapitalnedsettelse, fusjon eller fisjon av selskaper og tilbakebetaling etter oppløsning, se asl. § 3-6 første og annet ledd. Etter engelsk rett omfatter utdeling i vid forstand, i tillegg til utbytte (distribution), blant annet kapitalnedsettelse (reductions of share capital), fondsemi-sjon (bonus issues) og innløsninger (redemptions).¹⁵⁶ I England anvendes ofte begrepet "divi-

¹⁵⁰ Asl. § 4-1 (1) første punktum og Davies (2008), side 819.

¹⁵¹ Asl. § 4-1 (1) annet punktum og CA 2006 s. 629 flg.

¹⁵² Gjems-Onstad (2013), side 147. Se Model articles art. 22. En alternativ organisering av aksjeklassene kan innebære å gi aksjer uten eller med begrenset stemmerett fortrinnsrett til utbytte fremfor aksjer med stemmerett.

¹⁵³ Til eksempel innehar aksjeloven visse regler som er direkte knyttet til den enkelte aksje/aksjonær (individualrettigheter), se særlig asl. § 5-3 (2).

¹⁵⁴ Asl. § 3-6 (2). Skattelovens utbyttebegrep forutsetter at verdioverføringen skjer *vederlagsfritt*, jf. sktl. § 10-11 (2). At "vederlagsfri overføring" er utelatt fra det selskapsrettslige utbyttebegrepet har neppe i seg selv betydning for utbyttebegrepets innhold (begrepskjernen er lik i både det skatte- og selskapsrettslige utbyttebegrepet), se Folkvord (2013), side 18. Prinsipielt må man likevel skille mellom det skatterettslige og selskapsrettslige utbyttebegrep, se Andenæs (2006), side. 435.

¹⁵⁵ Davies (2008), side 289-290.

¹⁵⁶ Begrepet *utdeling i vid forstand* omfatter her de former for utdeling som er unntatt begrepet *utdeling* i CA 2006 del 23s forstand, jf. s. 829 (2).

dend” om utbytte i det daglige.¹⁵⁷ Med mindre annet fremgår uttrykkelig eller av sammenhengen for øvrig, anvendes her begrepet *utdeling* i den forstand som spesifisert i CA 2006 s. 829 (snever/ del 23s forstand).

3.4.2 Lovendringer

3.4.2.1 Aksjeloven

Endringslov 14. juni 2013 nr. 40 innebar en forenkling av flere av aksjelovens utdelingsregler, herunder at de formelle skrankene for utdeling av utbytte etter asl. § 8-1 ble redusert. Før endringen skulle det gjøres fradrag for netto utsatt skattefordel, goodwill og balanseført forskning og utvikling ved beregning av utbytte.¹⁵⁸ Tidligere var det også en begrensning mot at selskapet kunne utdele utbytte dersom egenkapitalen etter balansen var mindre enn ti prosent av balansesummen, med mindre man fulgte fremgangsmåten for nedsettelse av aksjekapitalen, jf. §§ 12-4 og 12-6.¹⁵⁹ Overkursfondet, som tidligere inngikk i den bundne egenkapital, ble ikke videreført.¹⁶⁰

Lovgiver antok at endringene i § 8-1, sammenholdt med blant annet det reduserte krav til minste aksjekapital, ville bidra til at selskapskapitalen i større grad enn tidligere kunne tilpasses det enkelte selskaps faktiske kapitalbehov. Samtidig var man oppmerksom på muligheten for at aksjeselskapene etter lovendringen kan dele ut mer utbytte enn det som var mulig etter de gamle reglene, at det kan resultere i dårligere likviditet for selskaper som ikke tar hensyn til dette, samt muligens dårligere dekningsmuligheter for kreditorene.¹⁶¹ Som en konsekvens av reduksjonen i de formelle skrankene etter § 8-1 må imidlertid det skjønnsmessige kravet etter asl. § 3-4 få en mer sentral rolle.¹⁶²

3.4.2.2 Companies Act 2006

Companies Act 2006, som avløste (det meste av) Companies Act 1985, innebar visse forenklinger av *capital maintenance*-reglene for Ltd i England.¹⁶³ Nytt med CA 2006 er at limited-selskaper kan foreta kapitalnedsettelse på grunnlag av en særskilt beslutning (resolution) og

¹⁵⁷ Davies (2008), side 285 flg. Tidligere var det vanlig å omtale utbytte som ”dividende” også i norsk rett, se Folkvord (2013), side 17.

¹⁵⁸ Tidl. asl. § 8-1 (1).

¹⁵⁹ Tidl. asl. § 8-1 (2). Hvor stor betydning endringen *de facto* har for utdelingsadgangen avhenger imidlertid av hvilken terskel man legger seg på i vurderingen etter asl. § 3-4, se Gjems-Onstad (2013), side 149.

¹⁶⁰ Prop. 111 L (2012-2013), side 51. Bestemmelsen (asl. § 3-2) er nå erstattet med regelen om fond for urealiserte gevinster (tidl. asl. § 3-3a).

¹⁶¹ Ibid., side 107.

¹⁶² Ibid., side 59.

¹⁶³ Payne (2008), side 24.

en solvenserklæring (solvency statement).¹⁶⁴ Et annet eksempel er oppmykningen av reglene om innløsning og tilbakekjøp (redemptions and repurchases) av selskapets egne aksjer. Når det gjelder utbyttereglene viderefører imidlertid CA 2006 P. 23 i stor grad reglene i 1985-lovens del VIII.¹⁶⁵

3.4.3 Utbytteadgangen – vilkår og kompetanse

3.4.3.1 Norsk rett (AS)

Aksjeloven § 8-1 regulerer utbytteadgangen for norske aksjeselskapers vedkommende. Utgangspunktet er at bare den frie egenkapitalen kan være gjenstand for utdeling, det vil si alt som ikke er bundet egenkapital etter §§ 3-2 og 3-3, jf. § 8-1, eller definert som bundet egenkapital i selskapets vedtekter.¹⁶⁶ Utbyttet må ikke være større enn at det er igjen netto eiendeler som dekker selskapets aksjekapital og annen bundet egenkapital, kreditt, sikkerhetsstillelse og verdien av egne aksjer.¹⁶⁷ Aksjelovens § 3-4 legger en ytterligere skranke på utbytteadgangen: ”Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.”, jf. § 8-1 (4). Det er de reelle (og ikke de balanseførte) verdier av eiendeler og forpliktelser som skal legges til grunn for vurderingen.¹⁶⁸ Selv om et utbytte er i tråd med reglene i § 8-1, kan det således være i strid med det ovenfor nevnte prinsipp om forsvarlig økonomisk drift av selskapet og dermed ulovlig.

Beregningen av utbyttet skal som utgangspunkt foretas på grunnlag av balansen i selskapets sist godkjente årsregnskap. Når det gjelder aksjekapitalen er det for øvrig den registrerte aksjekapitalen på beslutningstidspunktet som skal legges til grunn.¹⁶⁹ Dersom det er foretatt kapitalforhøyelser eller nedsettelse som er vedtatt etter balansedagen og registrert før beslutningstidspunktet, får disse betydning for utbyttegrunnlaget.¹⁷⁰

¹⁶⁴ CA 2006 s. 642 – 644. Se Palmer’s Company Law... (2009), side 584.

¹⁶⁵ Payne (2008), side 28 - 31. Også før endringene introdusert av CA 2006 ble foretaksformen Ltd ansett som særlig fordelaktig blant europeiske gründere. I kjølvannet av Centros-avgjørelsen opplevde England en betydelig økning i antall utenlandske næringsdrivende som opprettet limited-selskap med filial i hjemlandet, i den hensikt å dra nytte av fordelaktig engelsk selskapslovgivning. Man antok at CA 2006 ville bidra til å forsterke denne trenden.

¹⁶⁶ Gjems-Onstad (2013), side 148-149.

¹⁶⁷ Ibid., side 148-149.

¹⁶⁸ *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2012), side 179. Dersom selskapet ikke har en likviditet eller egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten pålegges styret en handleplikt til å foreslå tiltak for å rette opp situasjonen, alternativt foreslå selskapet oppløst, jf. asl. § 3-5.

¹⁶⁹ Asl. § 8-1 (1). Ny ordlyd etter endringslov 14. juni 2013 nr. 40.

¹⁷⁰ Gjems-Onstad (2013), side 148.

Det er generalforsamlingens flertall som beslutter hvorvidt utbytte skal utdeles fra selskapet, jf. asl. § 8-2 (1). Kompetansebestemmelsen har i senere tid blitt endret, slik at generalforsamlingen (på visse vilkår) kan gi styret fullmakt til å treffe beslutning om ekstraordinært utbytte, herunder tilleggsutbytte og utbytte basert på en mellombalanse (annet ledd), se pkt. 3.4.4.¹⁷¹ Avvikende flertallskrav kan fastsettes i selskapets vedtekter, jf. asl. § 5-17 (3). Utbyttets størrelse avgjøres av selskapets styre og generalforsamlingen har ikke anledning til å beslutte høyere utbytte enn styret har foreslått eller godtar.¹⁷²

3.4.3.2 Engelsk rett (NUF)

Hovedreglene for utdelingsadgangen (distributions) fra engelske selskap reguleres av Companies Act 2006 P. 23. En av hovedfunksjonene til reglene om legal capital i engelsk rett er å sette maksimumsbegrensninger for hvor mye et selskap kan utbetale i utbytte (dividend) og andre former for utdelinger til aksjonærene.¹⁷³ Reglene om legal capital, herunder reglene om *maintenance of capital*, setter krav til overskudd av en viss margin i forhold til selskapets forpliktelser for at utbytte skal kunne utdeles. CA 2006 P. 23 er ikke en uttømmende regulering av restriksjoner på utdelingsadgangen. Restriksjoner etter common law eller selskapets vedtekter som setter grenser for størrelsen på utbytte, der hvor utbytte ellers er mulig, har forrang over lovens bestemmelser, jf. CA 2006 s. 851 og 852.¹⁷⁴

De selskapsinterne prosedyrer et selskap må følge for å beslutte utbytte, hvilket det i norsk rett er gitt bestemmelser om i aksjeloven, er i engelsk selskapsrett i stor grad overlatt til vedtektene å regulere.¹⁷⁵ Dette innebærer en større frihet for de næringsdrivende til å innrette selskapet etter eget behov, forutsatt at det ikke kommer i konflikt med preseptorisk lovgivning. Oppgavens behandling av utdelingsreglene tar utgangspunkt i standardreglene i *Model articles*.

Hva som kan deles ut fra selskapet fremgår av CA 2006 s. 830 (1): "A company may only make a distribution out of profits available for the purpose." *Profits available for distribution* er selskapets realiserte gevinster (realised profits) som det tidligere ikke har vært foretatt utde-

¹⁷¹ Prop. 111 L (2012-2013), side 63. Endringen hjemler muligheten for en betydelig myndighetsoverføring fra generalforsamling til styret, men departementet mente at hensynet til å legge til rette for fleksible løsninger for selskapene måtte gå foran.

¹⁷² Asl. § 8-2 (1).

¹⁷³ Davies (2008), side 285.

¹⁷⁴ Palmer's Company Law... (2009), side 734. CA 2006 s. 851 (2) er unntak fra dette utgangspunktet.

¹⁷⁵ Davies (2008), side 285.

ling av eller som ikke har vært brukt til "capitalisation",¹⁷⁶ forutsatt at realisert tap (realised losses) er trukket fra, unntatt dersom tapet tidligere har blitt avskrevet (written off).¹⁷⁷ Bestemmelsen forbyr såkalt *nimble dividends*, hvilket innebærer at et selskap ikke kan beslutte utbytte på grunnlag av et positivt årsresultat ett år, dersom årsresultatet for foregående år (eventuelt noen år tilbake) har vært negativt, og dette ikke har vært trukket fra eller blitt avskrevet i henhold til gjeldende regler. Det samlede overskudd gjennom årene må totalt sett overstige det samlede tap for at utbytte lovlig skal kunne utdeles.¹⁷⁸ Bestemmelsens forbehold om at kun selskapets *realiserte* overskudd og tap kan tas med innebærer at urealiserte poster skal utelates fra beregningen.¹⁷⁹

Etter common law oppstilles det en ytterligere skranke på utdelingsadgangen: "a company cannot lawfully make a distribution out of capital".¹⁸⁰ Dette innebærer at det er selskapets (faktiske) realiserte overskudd og tap på tidspunktet for utbytte som er avgjørende for hvor mye som lovlig kan utdeles. Dersom selskapet i tiden etter at utbytte ble besluttet har blitt påført tap som har minsket eller utradert *profits available for distribution* (capital maintenance-regelen), er det selskapets faktiske balanse på utdelingstidspunktet som må legges til grunn.¹⁸¹

Når det gjelder den personelle kompetanse til å beslutte utbytte har model articles samme utgangspunkt som aksjeloven, nemlig at utbytte besluttes etter forslag fra styret (board of directors), i tillegg til godkjenning fra flertallet av aksjonærene, mens ekstraordinært utbytte kan avgjøres av styret alene, jf. model articles art. 30 (2).¹⁸² Ethvert engelsk limited-selskap kan imidlertid velge i vedtektene å innrette de selskapsinterne kompetansereglene etter eget ønske og behov, avvikende fra model articles. For eksempel kan styret gis all beslutningskompetanse i utbyttespørsmål (hvilket for øvrig er uvanlig). Dersom et limited-selskap har vedtekter uten særskilte kompetanseregler for beslutning om utbytte vil denne kompetansen, i henhold

¹⁷⁶ Hva som regnes som kapitalisering i CA 2006 P. 23s forstand fremkommer av s. 853 (3): "(a) applying the profits in wholly or partly paying up unissued shares in the company to be allotted to members of the company as fully or partly paid bonus shares, or (b) transferring the profits to capital redemption reserve."

¹⁷⁷ CA 2006 s. 830 (2). Se Palmer's Company Law [...] (2009), note til s. 830 sub-s. 2, side 715.

¹⁷⁸ Davies (2008), side 287.

¹⁷⁹ Det er vanskelig å si noe kort og generelt om innholdet i begrepet *realised* i s. 830. Sections 841, 843, 844 og 853 inneholder regler for hva som (i visse tilfeller) skal regnes som *realised profits* og *realised losses*.

¹⁸⁰ ICAEW, Guidance on the determination of... (2010), side 9. Det har ikke skjedd noen endring av rettsstilstanden på dette punkt, jf. note 29.

¹⁸¹ Ibid., side 9.

¹⁸² I norske AS må styret ha fullmakt fra generalforsamlingen for å (alene) kunne beslutte tilleggsutbytte utenfor ordinær generalforsamling, jf. asl. § 8-2 (2).

til alminnelige engelske selskapsrettslige prinsipper, fullt ut være forbeholdt aksjonærene alene.¹⁸³

3.4.4 Ekstraordinært utbytte

Også før endringslov 14. juni 2013 nr. 40 til aksjeloven var det, på grunnlag av det fastsatte årsregnskapet, anledning til å vedta tilleggsutbytte på ekstraordinær generalforsamling. Adgangen til å beslutte slikt ekstraordinært utbytte utløy imidlertid ved utgangen av hvert regnskapsår.¹⁸⁴ I realiteten innebar dette at aksjeloven stengte for beslutning om utbytte i tidsperioden mellom 1. januar og ordinær generalforsamling, og i verste fall kunne aksjonærene risikere å vente opp til 18 måneder på tilgang til selskapets overskudd.¹⁸⁵

Fra et aksjonær- og samfunnsøkonomisk perspektiv er unødig innlåsing av overskuddskapital uheldig og lite ønskelig. Lovgiver mente at den norske rettstilstanden når det gjaldt tidspunkt for beslutning og utbetaling av utbytte var uholdbar, særlig tatt i betraktning at aksjelovgivningen i flere andre europeiske land, deriblant Danmark, åpnet for utbytte basert på en mellombalanse.¹⁸⁶ Siden 1. juli 2013 har det også vært mulig for norske aksjeselskaper å beslutte ekstraordinært utbytte på grunnlag av en mellombalanse. Mellombalansen skal være utarbeidet og revidert i henhold til reglene for årsregnskap, samt være godkjent av generalforsamlingen.¹⁸⁷ Aksjelovens §§ 8-1 og 8-2 gjelder tilsvarende for ekstraordinært utbytte.¹⁸⁸

Også i England er det mulig for selskaper å beslutte ekstraordinært utbytte (interim dividend) i tillegg til ordinært utbytte. Der hvor siste tilgjengelige årsregnskap ikke gir adgang til å utbetale utbytte må det utarbeides et del-årsregnskap (interim accounts), likt den norske mellombalansen.¹⁸⁹ Frem til den norske lovendringen i 2013 var det av den grunn større adgang til å velge når utbytte skulle besluttes for de som var eier og driver av NUF. Fra og med ikrafttredelsen av asl. § 8-2a er de norske reglene på området for beslutningstidspunkt for utbytte gjort tilnærmet like fleksible som de engelske.

¹⁸³ Davies (2008), side 285-286.

¹⁸⁴ Prop. 111 L (2012-2013), side 59.

¹⁸⁵ Knudsen, *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 89-90.

¹⁸⁶ *Ibid.*, side 90-91.

¹⁸⁷ Se pkt. 3.3.1.1.

¹⁸⁸ Asl. § 8-2a.

¹⁸⁹ CA 2006 s. 836 (2) *bokstav a* og s. 838. Se også Model articles art. 30 (1) og Davies (2008), side 294-295.

3.4.5 Vurderinger

Norske myndigheter har tatt konkurransen fra utenlandsk lovgivning på alvor også når det gjelder reglene for utdeling. Dette gjenspeiles i at utdelingsreglene i større grad enn tidligere er utformet på de næringsdrivendes premisser. Endringen i asl. § 8-1 innebærer til eksempel at det er færre formelle skranker på utdelingsadgangen nå enn tidligere. Minst like viktig i denne sammenhengen er adgangen for norske AS til å beslutte utbytte utenfor ordinær generalforsamling på grunnlag av en mellombalanse, hvilket motvirker unødig innlåsing av kapital.

Friheten til å innrette selskapet slik man selv finner det hensiktsmessig gjennom vedtektene er generelt noe større etter engelsk rett, blant annet når det gjelder kompetansedelingen mellom styre og generalforsamling, men endringen av asl. § 8-2 (2) representerer en oppmykning av de norske reglene på dette punkt.

De norske og engelske utdelingsreglene følger det samme rettslige utgangspunkt: visse restriksjoner må legges på utdelingsadgangen av hensyn til selskapets kreditorer, og utbytte kan bare utdeles av eventuelle overskytende midler tilgjengelig i selskapet. Den skjønsmessige vurderingen som må foretas etter norsk rett i forbindelse med beslutning om utbytte, asl. § 8-1 (4) jf. § 3-4, har tilsynelatende store likhetstrekk med begrensningen som legges på utdelingsadgangen etter common law-regelen. På bakgrunn av dette er det tvilsomt hvorvidt utdelingsadgangen *de facto* er videre etter engelsk rett. Endringene i 2013 innebærer, slik jeg ser det, at utdelingsreglene generelt er mindre sentrale for vurderingen av valg av foretaksform enn tidligere.

3.5 Selskap og skatt

Grunnleggende kunnskap om skatte- og avgiftsregler kan bety forskjellen mellom betydelige økonomiske besparelser og store (unødvendige) ekstraavgifter, forutsatt at det tas hensyn til hvilken foretaksform som *skattemessig* er mest gunstig for den aktuelle virksomhet.¹⁹⁰ Flere omfattende skattereformer siden 1990-tallet har imidlertid ført til at forskjellene i skattleggingen er mindre i dag enn tidligere, og for løpende inntekter beskattes alle organisasjonsformer i 2014 med 27%.¹⁹¹ Fullt ut parallelle er reglene likevel ikke og de største skattemessige

¹⁹⁰ At ulike skattemessige reguleringer har stort påvirkningspotensiale ved valg av foretaksform understøttes for øvrig av en dansk spørreskjemaundersøkelse (2012); *Skattemessige forhold* ble av 22% av respondentene rangert blant de tre viktigste faktorene på tidspunktet for valg av foretaksform (2009). På spørsmålet: "Hvis du skulle velge virksomhedsform nu, hvilke faktorer ville så være viktigst[?]" svarte hele 34% at skattemessige forhold er blant de tre viktigste. Det må kunne antas at resultatet, i alle fall i grove trekk, har overføringsverdi til norske forhold, se Neville (2012), side 22-24.

¹⁹¹ Gjems-Onstad (2013), side 52-53 og ssv. 2014 § 3-3. Selskapsskattesatsen ble med virkning for inntektsåret 2014 satt ned fra 28% (som var gjeldende skattesats i perioden 1992-2013).

forskjeller eksisterer i grenselandet mellom virksomhet drevet i og utenfor selskap.¹⁹² Jeg vil i det følgende se på hovedtrekkene i sentrale regler knyttet til skatteplikt for AS og NUF, muligheten for dobbeltbeskatning (NUF), hvordan selskaper skattlegges, muligheter for skatteplanlegging og beskatning i forbindelse med utbytte fra foretaket til aksjonærene. Avslutningsvis vil jeg presentere en tabell som illustrerer forskjeller i beskatningen av virksomhet i henholdsvis AS/NUF og ENK.

3.5.1 Skatteplikt og dobbeltbeskatning

Norske aksjeselskaper er selvstendige skattesubjekter og skattemessig hjemmehørende i Norge (alminnelig skatteplikt), jf. sktl. § 2-2 (1) bokstav a. *Globalinntektsprinsippet* innebærer at selskaper som omfattes av sktl. § 2-2 som utgangspunkt er skattepliktig til Norge for all inntekt, uavhengig av hvor denne er opptjent.¹⁹³ Det finnes to alternative hjemler for norsk skatteplikt for NUF.

Et NUF er skattepliktig til Norge dersom foretaket anses *skattemessig hjemmehørende* her, jf. sktl. § 2-2 (1) bokstav e. Høyesterett slo i Rt. 2002 s. 1144 (på side 1147) fast at ”et utenlandsk selskap regnes som skatterettslig hjemmehørende i Norge dersom selskapet reelt sett må anses ledet fra Norge.”¹⁹⁴ Det avgjørende for vurderingen er hvor selskapets materielle styreledelse finner sted, det vil si hvor beslutningene på styrenivå faktisk blir fattet.¹⁹⁵ Et NUF kan med andre ord anses skattemessig hjemmehørende i Norge til tross for at selskapet ikke er stiftet og registrert i henhold til norske regler. Sett i forhold til hvordan hoveddelen av NUF i Norge er organisert (NUN-NUF) vil svært mange, om ikke de fleste, være alminnelig skattepliktig hit. Dette innebærer blant annet at de lignes på samme måte som norske AS.¹⁹⁶ NO-KUS-beskatning¹⁹⁷ vil ikke være aktuelt for NUF som anses skattemessig hjemmehørende i Norge.¹⁹⁸

¹⁹² Enkeltpersonforetak er utenfor defisjonen ”selskap”.

¹⁹³ Zimmer (2010), side 392.

¹⁹⁴ Saken gjaldt spørsmål om straffansvar for manglende innlevering av selvangivelse for utenlandsk selskap. Til støtte for standpunktet viste førstvoterende blant annet til en uttalelse i Ot. prp. nr. 16 (1991-1992) på side 81: ”[E]t selskap med reell virksomhet kan måtte regnes som hjemmehørende i Norge selv om selskapet er registrert i et annet land og etter selskapets vedtekter har sitt kontor der. Det vil være tilfelle når virksomheten ikke ledes fra utlandet, men fra Norge, jf. skatteloven § 15 første ledd b [nå sktl. § 2-2 (1) b]. I denne situasjonen vil selskapet likevel være skattemessig hjemmehørende i Norge.”

¹⁹⁵ Zimmer (2010), side 394-395. ”Beslutninger på styrenivå” sikter til de beslutninger som tilligger styret etter norsk rett, typisk saker av uvanlig art eller stor betydning som normalt faller utenfor daglig leders kompetanse. Se asl. § 6-12 jf. § 6-14.

¹⁹⁶ Alle NUF (og AS) med skattepliktig virksomhet i Norge har plikt til å levere selvangivelse, jf. lignl. § 4-2 (1) bokstav a.

¹⁹⁷ Beskatning av *Norsk Kontrollert Utenlands Selskap*.

¹⁹⁸ Jf. ”[skattemessig] hjemmehørende i et lavskatteland”, sktl. § 10-60.

De NUF som ikke omfattes av sktl. § 2-2 (1) plikter å svare skatt til Norge for all virksomhet som drives i eller bestyres fra Norge, jf. sktl. § 2-3 (1) bokstav b. Regelen om *begrenset skatteplikt* innebærer at eventuell virksomhet i for eksempel England, forutsatt at denne er underlagt engelsk bestyrelse, skattlegges i henhold til engelske regler (i England). Eventuell virksomhet i utlandet kan etter forholdene være gjenstand for beskatning etter reglene i sktl. § 10-60 flg. (NOKUS).¹⁹⁹ Dersom all virksomhet foregår i den norske filialen av selskapet (i Norge), eventuelt dersom all virksomhet (både norsk og utenlandsk) er underlagt norsk bestyrelse, skjer all beskatning av virksomheten til Norge.²⁰⁰

En ulempe med selskapskonstellasjonen Ltd/NUF er faren for dobbeltbeskatning i form av både norsk og engelsk skatteplikt, samt plikter overfor både norske og engelske skattemyndigheter. Dette er imidlertid forsøkt motvirket gjennom internrettslige reguleringer og skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia.²⁰¹ Forutsatt at NUF-selskapet kun har virksomhet i Norge, samt eies og drives av personer skattemessig bosatt her, skal selskapet kun skatte til Norge.²⁰² For å fritas fra plikten til årlig rapportering til engelske skattemyndigheter (HMRC) er det i tillegg et vilkår at selskapet leverer norsk selvangivelse.²⁰³

3.5.2 Skattesatser, skatt på utbytte og skatteplanlegging

De til enhver tid gjeldende norske skattesatser fastsettes årlig i Stortingets skattevedtak (ssv.). Selskapsskattesatsen, det vil si skattesatsen på selskapets inntekter fratrukket utgifter i næringsvirksomheten (deriblant skattemessige avskrivninger) er, som nevnt innledningsvis, for inntektsåret 2014 på 27 %. Utbytte fra selskapet skattlegges (i tillegg til selskapsskatten) med 27%, jf. sktl. 10-11 (1).²⁰⁴ Dette innebærer en totalbeskatning på 46,71% innen selskapsoverskuddet havner på aksjonærenes konti.²⁰⁵ AS og NUF er fritatt for skatt på formue, jf. sktl. §

¹⁹⁹ Jeg vil ikke gå nærmere inn på reglene for NOKUS-beskatning, da oppgaven hovedsakelig behandler regler knyttet til NUF som anses skattemessig hjemmehørende i Norge (utelukkende driver virksomhet i Norge/NUN-NUF).

²⁰⁰ Zimmer (2010), side 395.

²⁰¹ Prop. 94 S (2012-2013).

²⁰² Se den norsk-engelske skatteavtalen, Prop 94 S (2012-2013) vedlegg 1, artikkel 7 punkt 1 og 2, som regulerer skattlegging av fortjeneste ved forretningsvirksomhet. Selskapsfilialen omfattes av uttrykket *fast driftssted*, jf. art. 5 punkt 2 bokstav b.

²⁰³ Se Advokatfirma Varjag. *Hva er NUF?* og om plikten til selvangivelse, note 196.

²⁰⁴ Sml. asl. § 3-6 (2). Se note 154.

²⁰⁵ Formel (i prosent): $27 \text{ (selskapsskatt)} + 27 \text{ (utbytteskatt)} = 27 + [(100-27) \times 0,27] = 46,71$. Et av formålene med skattereformen 2004-2006 var å innføre en begrenset dobbeltbeskatning av aksjeutbytte og aksjegevinst, samt å unngå kjedebeskatning, se Zimmer (2010), side 317.

2-36 (1) bokstav a (AS) og bokstav b (NUF). Aksjonærene må derimot betale formuesskatt på aksjenes verdi, som i ikke-børsnoterte selskaper fastsettes ut fra selskapets verdier.²⁰⁶

Fritaksmetoden innebærer at selskapsaksjonærer (selskaper som er aksjonærer i andre selskaper) som hovedregel fritas for beskatning på utbytte og gevinst på aksjer, samtidig som de ikke er fradragsberettiget for tilsvarende tap.²⁰⁷ Hensynet bak fritaksmetoden er å hindre kje-
debeskatning i eierkjeder innenfor selskapssektoren, altså at mellomliggende selskaper i slike eierstrukturer ikke skal skattlegges for utbytte mv. og realisasjonsgevinster på selskapsandeler.²⁰⁸ Tre prosent av utbyttet skal likevel anses som skattepliktig inntekt (skattesats 27%), hvilket innebærer 0,81% skatt på utbytte for selskapsaksjonærer (i hvert ledd) inntil man tar pengene ut av selskapet. For første ledd/selskapsaksjonær innebærer dette en totalbeskatning på 27,59%.²⁰⁹ Fritaksmetoden innebærer ikke noe egentlig skattefritak, kun en utsettelse av skattleggingen, sett bort ifra de tre prosentene. Når pengene tas ut av selskapet skattlegges uttaket (som normalt) med 27%, fratrukket eventuelt oppspart skjermingsfradrag.²¹⁰ Fritaksmetoden muliggjør blant annet skatteplanlegging og gjør AS og NUF velegnet for bruk som holdingselskap. Tabellen på neste side gir en forenklet fremstilling av beskatning i henholdsvis AS/NUF og ENK.²¹¹

²⁰⁶ Gjems-Onstad (2013), side 57. Personlige skatteyttere plikter å betale 0,3% formuesskatt til staten av den delen av den samlede antatte formue som overstiger kroner 1 000 000 (2 000 000 for ektefeller som lignes under ett), jf. ssv. 2014 § 2-1. I tillegg kommer eventuell formuesskatt til kommunen, maksimalt 0,7%, jf. ssv. 2014 § 2-3.

²⁰⁷ Jf. sktl. § 2-38 (1) *bokstav a* (AS og NUF skattemessig hjemmehørende i Norge) og *bokstav i* (NUF hjemmehørende i utlandet, forutsatt at dette tilsvarer den type selskaper mv. som er omfattet av bestemmelsens første ledd).

²⁰⁸ Se Meld. St. 11 (2010-2011), side 100-101.

²⁰⁹ Jf. sktl. § 2-38 (6), *bokstav a* (AS og NUF med alminnelig skatteplikt til Norge) og *bokstav b* (NUF med begrenset skatteplikt til Norge, jf. sktl. § 2-3 (1) bokstav b). Formel - skatteprosent av utbytte (selskapsaksjonær): $(100 \times 0,03) \times 27 = 0,81$. Formel - totalbeskatning (selskapsaksjonær): $27 + [(100-27) \times (0,03 \times 27)] = 27,59$.

²¹⁰ Jf. sktl. § 10-12. Skjermingsfradraget (skjermingsrenten på den opprinnelige investeringen) er for inntektsåret 2013 satt til 1,1% (skjermingsrenten for 2014 blir først fastsatt i januar 2015). Se Skatteetaten, *Skjermingsrente for aksjer og enkeltpersonforetak* (2014).

²¹¹ Det ikke er tatt hensyn til eventuelle fradrag og lignende. Merk at man som personlig næringsdrivende i enkeltpersonforetak, samt lønnsinntaker i AS og NUF, opparbeider seg trygde- og pensjonsrettigheter.

Totalbeskatning på tidspunkt for uttak av midler (utbytte/ lønn)²¹²

	AS/NUF		ENK		
Skatt på alminnelig bedriftsinntekt	27%		27%		
Trygdeavgift	N/A		11,4%		
Toppskatt	N/A	N/A	Under 527 400 N/A	Trinn 1 > 527 400 9%	Trinn 2 > 857 300 12%
Beskatning før uttak fra foretaket	27%	27%	38,4%	47,4%	50,4%
Skatt på utbytte*	Pers.skatteyter 27% (19,71%**)	Selskapsskatteyter 0,81%*** (0,59%)	N/A	N/A	N/A
Total beskatning	46,71%	27,59%	38,4%	47,4%	50,4%

N/A – not applicable

* Eventuell skjerming kommer til fradrag.

** 27% av resterende 73% [(100-27) x 0,27]

*** Fritaksmetoden - selskapsaksjonærer er unntatt beskatning på utbytte (kjedebeskatning), med unntak av 27% skatt på 3% av utbyttet (av gjenværende 73%, etter selskapsinntektsskatt på 27%), jf. sktl. § 2-38 (6) jf. (1).

²¹² Tabellen viser sentrale obligatoriske skatter og avgifter og er utarbeidet på grunnlag av skattesaster for inntektsåret 2014, se Finansdepartementet, *Skattesatser 2014* (2014), samt Gjems-Onstad (2013), side 54.

4 NUF i dag, AS i morgen (skattefri omdanning)

Så langt har fokuset i oppgaven vært på stadiet frem mot valg av foretaksform. I takt med AS-formens styrkede konkurranseevne opplever mange NUF-innehavere at fordeler som tidligere var ”forbeholdt” NUF i stadig økende grad kan oppnås også gjennom AS.²¹³ Når dette skjer uten en tilsvarende reduksjon i ulemper ved NUF-formen er det forståelig at en del kan finne det ønskelig å endre selskapsform, forutsatt at omdanningsprosessen ikke er belagt med uforholdsmessig store praktiske og økonomiske hindringer.²¹⁴ En rettslig tilrettelegging for skattefri omdanning tydeliggjør således at *allerede opprettede* selskaper omfattes av lovgivers intensjon om å få flere til å velge AS.

Skattelovens utgangspunkt er at endring fra en foretaksform til en annen innebærer skattepliktig realisasjon.²¹⁵ Det er imidlertid gjort visse unntak fra dette, blant annet gjennom reglene om skattefri omdanning, jf. sktl. § 11-20.²¹⁶ Lenge var ikke NUF omfattet av sktl. § 11-20 (1), som regulerer hvilke foretaksformer som omfattes av unntaksbestemmelsen. Et alternativ for å unngå beskatning var da (og er fortsatt) å gjennomføre en fusjon av selskaper, jf. sktl. § 11-1 flg., men sett i forhold til skattefri omdanning er slike fusjoner ofte både krevende og kompliserte.²¹⁷ Med virkning fra og med inntektsåret 2013 ble sktl. § 11-20 (1) vedtatt utvidet til også å omfatte NUF.²¹⁸ Formålet med endringen var:

[Å] legge til rette for at virksomhet med alminnelig skatteplikt til Norge, og som i dag drives gjennom selskap med begrenset ansvar stiftet i utlandet, skal kunne endre selskapsform til norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap uten at transaksjonen utløser skatteplikt i Norge.²¹⁹

²¹³ Med ”fordeler” menes her faktorer som på tidspunktet for valg av foretaksform (potensielt) var avgjørende for at valget falt på NUF, typisk lavt (ingen) krav til aksjekapital, ingen revisjonsplikt, enklere utbytteadgang mv.

²¹⁴ Med ”ulemper” menes her særlig det å skulle forholde seg til to lands regelsett (herunder plikter overfor både norske og engelske myndigheter), samt NUF-formens dårlige omdømme.

²¹⁵ Prop. 78 L (2010-2011), side 40.

²¹⁶ Begrepet ”skattefri omdanning” er missvisende da det ikke er tale om noe endelig skattefritak, men en utsettelse av tidspunkt for beskatning. Bestemmelsen er i hovedsak en fullmaktsbestemmelse som setter visse rammer for hvilke transaksjoner Finansdepartementet i forskrift kan unnta fra ordinær beskatning, se Zimmer (2010), side 633.

²¹⁷ Man antar at det tidligere var en del som ulovlig unngikk beskatning ved omdanning fra NUF til AS. Dette kunne oppnås gjennom å legge ned NUF-et for deretter å ta med verdiene over i et AS uten å innrapportere dette til skattemyndighetene. Se Deloitte, *NUF-eiere kan omdanne skattefritt* (2013).

²¹⁸ Jf. lov 7. desember 2012 nr. 76. Dette skjedde ved tilføyelse av bokstav g.

²¹⁹ Se Regjeringen, *Skattefri omdanning av NUF* (2013).

Merk at endringen begrenser seg til norskregistrerte utenlandske foretak som anses skattemessig hjemmehørende i Norge, jf. sktl. § 2-2 (1) bokstav e.²²⁰ Hovedregelen er at omdanning kan foretas uten beskatning når nystiftet AS eller ASA overtar virksomhet, eiendeler og eventuell gjeld og trer inn i de skatteposisjoner som knytter seg til virksomheten, forutsatt at gjennomføringen skjer i henhold til vilkårene i forskrift til skatteloven (fsfin.) § 11-20-3 til § 11-20-11.²²¹

En eventuell endring av selskapsform innebærer utgifter for selskapet i form av blant annet registreringskostnader til stiftelse av det overtagende aksjeselskap.²²² Det kan dermed tenkes tilfeller hvor oppnådde fordeler ikke kan forsvares ut fra et kostnads- perspektiv. Hvorvidt omdanning er fordelaktig for det enkelte selskap bør avgjøres på bakgrunn av en konkret og individuell kostnads- og konsekvensanalyse.²²³

Mens lovendringene behandlet under oppgavens kapittel 3 hovedsakelig har ført til en reduksjon i antall nyregistrerte NUF, har adgangen til skattefri omdanning (sammenholdt med de øvrige regelendringene) potensiell innvirkning på antallet eksisterende NUF.²²⁴ Hvor mange selskaper som har benyttet seg av adgangen til skattefri omdanning er det derimot vanskelig å si noe konkret om, da Foretaksregisteret ikke fører statistikk over eller på annen måte registrerer hvilke nye AS som opprettes på bakgrunn av et tidligere NUF, og ei heller hvorvidt sletting av et NUF skyldes endring av foretaksform eller reell (frivillig) avvikling av virksomheten.²²⁵ Jeg vil anta at adgangen til skattefri omdanning av foretaksform – i alle fall i noen grad – vil føre til en økning i antallet selskaper som forlater NUF-formen til fordel for AS.

²²⁰ Se alternative hjemler for norsk skatteplikt for NUF, pkt. 3.5.1.

²²¹ Fsf. § 11-20-2. Skal skattefri overgang fra NUF til AS foretas med virkning for inneværende inntektsår må dette skje i perioden 1. januar til 1. juli, jf. fsfin. § 11-20-4 (2).

²²² Se kravet om at NUF-ets virksomhet skal overtas av et *nystiftet* AS, jf. fsfin. §§ 11-20-2 og 11-20-3. Se pkt. 3.1.1 for nærmere om kostnader knyttet til opprettelse av AS.

²²³ Med utgangspunkt i gjeldende regelverk kan eksempelvis små selskaper (NUF) med begrenset virksomhet finne at det ikke lønner seg økonomisk å foreta en omdanning, sett opp mot kostnadene og ulempene det vil medføre å endre selskapsform. Eksempelvis dersom selskapet ikke, eller i svært begrenset grad, påføres praktiske eller økonomiske ulemper som kunne vært unngått ved å organisere selskapet som AS.

²²⁴ Den totale nedgangen i antall registrerte NUF i Foretaksregisteret har flere årsaker; alt fra konkurs til frivillig avvikling av virksomhet.

²²⁵ Foretaksregisteret (31.10.14) *personlig meddelelse*.

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Hvem benytter seg av NUF-formen i dag?

Som tidligere nevnt registreres det i dag rundt regnet 1000 NUF årlig i Norge. En logisk slutning som kan utledes fra dette er at foretaksformen fortsatt tilbyr noe AS-formen ikke kan. På grunnlag av den rettslige analysen i oppgavens hoveddel, samt erfaringer gjort av aktører i markedet for opprettelse av AS og NUF, vil jeg her si noe generelt om hvilke faktorer som typisk motiverer til opprettelse av NUF ut fra den nåværende rettstilstand. Advokat Eirik Austlid²²⁶ og Claes Zangenberg²²⁷ har bidratt med innspill og innsikt.

Det kan det tenkes flere grunner til hvorfor enkelte foretrekker å starte virksomhet som NUF.²²⁸ Opprettelsen kan for eksempel skyldes et ønske om å være underlagt mer fleksible engelske selskapsregler.²²⁹ Mye tyder imidlertid på at valg av NUF i de fleste tilfeller (hovedsakelig) er økonomisk motivert. Som nevnt under pkt. 3.3.1.1 er det visse situasjoner hvor AS, i motsetning til NUF, er underlagt revisjonsplikt.²³⁰ Selv om det er mulig å unngå revisjon og de kostnader dette innebærer ved å anvende NUF som holdingselskap, er det i praksis få selskaper som opprettes med dette som (uttalt) formål.²³¹ Man kan heller ikke se bort ifra at enkelte NUF opprettes på bakgrunn av mer tvilsomme hensikter, som jeg var inne på i pkt. 2.3 (kritikk av NUF). Et tilgrensende eksempel er bruk av NUF for å gjøre opplysninger om eierforhold i selskapet mindre tilgjengelig.²³²

I de langt fleste tilfeller er det likevel ett moment som klart skiller seg ut, nemlig muligheten for å omgå aksjekapitalkravet på 30 000 kroner.²³³ Til tross for at terskelen i asl. § 3-1 (1) er vesentlig redusert i forhold til tidligere, fungerer kapitalkravet fortsatt som et *de facto* hinder for enkelte næringsdrivende i svært små virksomheter mot å velge AS. Dette kan skyldes manglende ønske eller evne til å skyte inn den nødvendige kapital. En ikke ubetydelig del av ny virksomhet er innenfor kunnskapsbaserte og andre tjenesteytende næringer, hvor den per-

²²⁶ Advokatfirma Varjag AS; Han anslår at firmaet per i dag bistår i opprettelsen av 100-200 NUF årlig (mot 500-600 før endringene i selskapslovgivningen).

²²⁷ Juridisk ansvarlig i Panlegis (Malta) Limited og forfatter av "Håndbok i NUF".

²²⁸ Ifølge Zangenberg er kundegruppen som etterspør foretaksformen mer sammensatt enn tidligere.

²²⁹ Betydningen av dette er imidlertid dempet som følge av (bl.a.) muligheten for utbytte på grunnlag av en mellombalanse (AS), se pkt. 3.4.4.

²³⁰ Eksempelvis revisjon av åpningsbalanse (§ 2-8 (2)) og ved bruk av selskapet som morselskap/holdingselskap (§ 2-1 (5)).

²³¹ Advokat Austlid estimerer dette til å gjelde ca. 5/100 NUF de bidrar i opprettelsen av.

²³² Opplysninger om eierforhold i NUF er rent faktisk ikke vanskelig tilgjengelig. Mange er derimot uerfaren med å foreta søk i Companies House, jf. Austlid.

²³³ Både Austlid og Zangenberg bekrefter at aksjekapitalkravet (fortsatt) er det viktigste argumentet for å starte NUF.

sonlige arbeidsinnsats fra den som står bak virksomheten er den viktigste startkapitalen.²³⁴ Dersom de faktiske utgiftene i forbindelse med oppstarten av virksomheten er vesentlig lavere enn 30 000 kroner, er det, i enkelte tilfeller, heller ikke avgjørende at aksjekapitalen i AS kan anvendes til dekning av selskapets stiftelsesutgifter.²³⁵

5.2 Avsluttende vurderinger

Aksjeloven regulerer primært forholdet mellom private aktører, og endringer for å forbedre rettsstillingen for én part vil dermed påvirke rettsstillingen til parter med motstridende interesser.²³⁶ Kort oppsummert har det offentliges behov for kontroll og regulering, samt hensynet til medkontrahtenter og kreditorer mv., i stor grad måttet vike til fordel for de næringsdrivendes ønske om enklere regler og lavere kostnader.

Det har blitt hevdet at en regelharmonisering som fører til at reglene for aksjeselskap blir mer like NUF (og ikke omvendt), innebærer et såkalt "race to the bottom" hva angår rettslig regulering av virksomhet i aksjeselskapsform.²³⁷ I forkant av lovendringene i aksjeloven mv. ble det (relativt sett) høye kravet til aksjekapital, samt plikten til revisjon uavhengig av aksjeselskapets størrelse, fremhevet som aspekter ved AS som bidro til å øke selskapsformens seriøsitet.²³⁸ Slik jeg ser det er ikke endringene et uttrykk for en svekkelse av aksjeselskapets stilling som en seriøs selskapsform, men nødvendige tilpasninger for å motvirke en forvitring av norsk selskapsrett. Oppgavens tema illustrerer således hvordan EØS-rettens etableringsfrihet, sammenholdt med diskrimineringsforbudet, indirekte bidrar til regelharmonisering på selskapsrettens område.²³⁹

Valg av foretaksform er som nevnt en viktig problemstilling i forbindelse med oppstart av virksomhet og valget bør foretas på bakgrunn av en konkret og helhetlig vurdering av de momenter som er av betydning for virksomhetens behov. Som belyst i oppgaven er det en klar faktisk korrelasjon mellom justeringene i lovverket, en statistisk fremgang for AS og en kraftig reduksjon i antall NUF. Det er for øvrig verdt å merke seg at de selskapsrettslige reglene

²³⁴ Knudsen. *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011), side 71. Også det nåværende aksjekapitalkravet vil for en del virksomheter overstige de faktiske oppstartskostnadene.

²³⁵ Se pkt. 3.1.1.

²³⁶ Prop. 111 L (2012-2013), side 19.

²³⁷ Flertallet i Stortingets justiskomité bemerket i 2006 at dersom norsk selskapsrett skulle tilpasses slik at man unngikk NUF, så ville det bety å delta i et "race to the bottom" (en utvikling til en selskapsrett som er så lite byrdefull som mulig, herunder legger til rette for useriøse aktører), se Innst. O. nr. 12 (2006-2007), side 27.

²³⁸ Se blant annet Prop. 51 L (2010-2011), side 26 og Prop. 148 L (2010-2011), side 18.

²³⁹ Da endringene er framtvunget som følge av utviklingen, jf. etableringsfriheten, og ikke som følge av en plikt for myndighetene (forordninger og direktiver).

for NUF-formen i stor grad er uendret i forhold til tidligere.²⁴⁰ Nedgangen for NUF skyldes, med andre ord, ikke en endring i selskapsformens rettslige stilling *per se*, men etter alt å dømme de lovendringer som har vært foretatt for å gjøre aksjeselskapsformen tilgjengelig for et større antall virksomheter. Aksjeselskapets stilling som den foretrukne foretaksform for virksomheter som etterspør begrenset deltakeransvar er i dag, på bakgrunn av dette arbeidet, sterkere enn på flere år.²⁴¹

Så lenge kravet til minste aksjekapital i aksjeloven opprettholdes, og med mindre det skjer en dramatisk endring i NUF-enes rettslige og faktiske posisjon, vil NUF-formen være et reelt alternativ til norsk aksjeselskap i overskuelig fremtid; Først og fremst for de som ikke ønsker eller evner å oppfylle aksjelovens krav til aksjekapital, men også for personer som ønsker å drive virksomhet i Norge, og som av ulike årsaker foretrekker at virksomheten (hovedsakelig) underlegges engelske selskapsrettslige regler. På grunnlag av dette er det naturlige utgangspunktet for valg av foretaksform, slik jeg ser det, at aksjeselskapsformen (AS) er å foretrekke, med mindre særskilte forhold tilsier NUF.

²⁴⁰ Se derimot endringen i sktl. § 11-20 (skattefri omdanning).

²⁴¹ For hvert nyregistrerte NUF i første halvår av 2014 ble det opprettet ca. 26,5 AS. I 2009 og 2010 ble det til sammenligning registrert omtrent 1 NUF per 3 AS, se pkt. 2.4.

6 Kilde- og litteraturliste

6.1 Juridisk litteratur

Bøker

- Aarbakke, Magnus ... [et al.] *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave*, Universitetsforlaget, 3. utgave. Oslo 2012
- Andenæs (2006), Mads H. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave. Oslo, 2006
- Andenæs (2007), Mads H. *Selskapsrett*, 1. utgave. Oslo, 2007
- Bennett, David ... [et al.] *Palmer's Company Law Annotated Guide to the Companies Act 2006*, Sweet & Maxwell, 2. utgave. London, 2009
- Bråthen, Tore *Selskapsrett*, Universitetsforlaget, 4. utgave. Oslo, 2013
- Chan, Andreas og David C. Donald *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 1. utgave. Cambridge, 2010
- Davies, Paul and Gower *Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, 8. utgave. London, 2008
- Folkvord, Benn *Utbytte, Lovlige og ulovlige tilpasninger til skattereglene*, Gyldendal Juridisk, 1. utgave. Oslo, 2013
- Geldart, William *Introduction to English Law*, Oxford University Press, 11. utgave. Oxford, 1995
- Gjems-Onstad, Ole *Valg av selskapsform*, Gyldendal, 2. utgave. Oslo, 2013
- Shears, William og Graham Stephenson *James' Introduction to English Law*, Butterworths, 13. utgave. London, 1996
- Vandekerckhove, Karen *Piercing the Corporate Veil*, Wolters Kluwer, 2. utgave. 2007
- Woxholth, Geir *Selskapsrett*, Gyldendal, 5. utgave. Oslo, 2014
- Zangenberg, Claes *Håndbok i NUF*, Acanexus, 4. utgave. London, 2010
- Zimmer, Frederik og BA-HR *Bedrift, selskap og skatt*, Universitetsforlaget, 5. utgave. Oslo, 2010

Artikler

- Aftenposten* *Selskapet hans ble plutselig slettet* I: Aftenposten 19.04.09. (Sitert fra: <http://www.aftenposten.no/okonomi/innland/Selskapet-hans-ble-plutselig-slettet-6615200.html#.UzA4YP3ruAB> 24.08.14).
- B. Reiersen, Hedvig og Beate Sjøfjell *NUF-kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring* I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 123, 3/2010, side 423- 463. (Sitert fra idunn.no 09.09.14)
- Frøyshov, Hanne og Hanne S. Johansen *Revisjonsplikten for Norskregistrerte Utenlandske Foretak – en empirisk studie* I: Praktisk økonomi og finans, vol. 27, 1/2011,

- side 49-63. (Sitert fra idunn.no 12.10.14).
- Haakaas, Einar *Utrygge utenlandsformuer I: e24 17.08.2008* (sitert fra: <http://e24.no/naeringsliv/utrygge-utenlandsformuer/2599163> 15.09.14)
- Neville, Mette (2008) *Moderniseringsudvalgets udspil til ny selskabslov – ikke en lov i superliga for iværksættere og små selskaber I: Nordisk tidsskrift for Selskabsret – NTS, 4/2008, side 94-127.* (sitert fra: <https://www.djoef-forlag.dk/services/NTSONline/> 28.10.14)
- Neville, Mette og Karsten Ensigt Sørensen (2012) *Styrkelse af iværksætteri – en ny selskabsretlig dagsorden? I: Nordisk tidsskrift for Selskabsret – NTS, 2/2012, side 18-68.* (Sitert fra rettsdata.no 03.09.14).
- NTB* *Skatteparadis på Seychellene bekymrer Skattekrim I: Ukeavisen 25.03.2008.* (Sitert fra: <http://www.ukeavisenledelse.no/nyheter/neringsliv/skatteparadis-pa-seychellene-bekymrer-skattekrim-> 15.09.14)
- Payne, Jennifer *Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006 I: Oxford Legal Studies Research Paper, 13/2008.* (Tilgjengelig via: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1118367 24.09.14)

* Forfatter ukjent

6.2 Lover, forskrifter, forarbeider mv.

- 1976 (tidl.) Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr. 59
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven/deknl.) av 8. juni 1984 nr. 59
- 1980 Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven/lignl.) av 13. juni 1980 nr. 24
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven/eøsl.) av 27. november 1992 nr. 109
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven/asl.) av 13. juni 1997 nr. 44.
- 1998 Lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven/rskl.) av 17. juli. 1998 nr. 56
- 1999 Lov om revisjon og revisorer (revisorloven/revl.) av 15. januar 1999 nr. 2
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven/sktl.) av 26. mars 1999 nr. 14

1999	F19.11.1999 nr. 1158. Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (forskrift til skatteloven/fsfin)
2011	Lov om endringer i revisorloven og enkelte andre lover (unntak fra revisjonsplikt for små aksjeselskaper) av 15. april 2011 nr. 10
2011	Lov om endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv.) av 16. desember 2011 nr. 63
2013	Lov om endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger) av 14. juni 2013 nr. 40
2014 (skattevedtak)	Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2014 (Stortingets skattevedtak/ssv.)
CA 1985	The Companies Act 1985. UK (Sisert: http://www.legislation.gov.uk/id/ukpga/1985/6 24.09.14)
IA 1986	The Insolvency Act 1986. UK (Sisert: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents 21.09.14)
CA 2006	The Companies Act 2006. UK (Sisert: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents 24.09.14)
Knudsen (2011)	<i>Forenkling og modernisering av aksjeloven</i> , utredning på oppdrag for Justis- og politidepartementet
NOU 1992: 29	<i>Lov om aksjeselskaper [...] revisjon av aksjeloven</i>
NOU 2003:06	<i>Hva koster det? Bedre budsjettering og regnskapsføring i staten</i>
NOU 2008: 12	<i>Revisjonsplikten for små foretak</i>
NOU 2009: 4	<i>Tiltak mot skatteunndragelser</i>
Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)	<i>Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)</i>
Innst. O. nr. 12 (2016-2007)	<i>Innstilling frå justiskomiteen om lov om endringar i aksjelovgivninga o.a.</i>
Prop. 51 L (2010-2011)	<i>Endringer i revisorloven og enkelte andre lover (unntak for revisjonsplikt for små aksjeselskaper)</i>
Prop. 78 L (2010-2011)	<i>Endringer i skatteloven (skattefri omorganisering mv.)</i>
Prop. 148 L (2010-2011)	<i>Endringer i aksjelov mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv.)</i>
Prop. 111 L (2012-2013)	<i>Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)</i>
Prop. 94 S (2012-2013)	<i>Samtykke til å sette i kraft en skatteavtale mellom Norge og</i>

(skatteavtale) *Storbritannia, undertegnet i London 14. mars 2013 (inkl. vedlegg 1)*
Meld. St. 11 (2010-2011) *Evaluering av skattereformen 2006*

6.3 Rettspraksis

Rt. 1996 s. 672 *Kongeparken*
Rt. 1996 s. 742 *Minnor*
Rt. 2002 s. 1144
Rt. 2005 s. 451
Rt. 2008 s. 1730
HR-2014-2155-U
Sak C-212/97 *Centros Ltd mod. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Centros)*
Sak C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mod. Inspire Art Ltd (Inspire Art)*
[1897] AC 22 *Salomon v. Salomon & Co Ltd*

6.4 Nettsider

Advokatfirma Varjag. *Hva er NUF?*
<http://www.varjag.no/pages/hva-er-nuf/> [31.09.14]
Advokatfirma Varjag. *Nyregistrering av utenlandsk engelsk aksjeselskap – NUF*
<http://www.varjag.no/pages/starte-nuf/> [15.08.14]
Advokatfirma Varjag. *Priser*
<http://www.varjag.no/pages/priser/> [15.10.14]
Brønnøysundregistrene. *Enhetsregisteret*
<http://www.brreg.no/samordning/grunndata/enhetsregisteret.html> [15.10.14]
Brønnøysundregistrene. *Gebyr for registrering og tinglysning*
http://www.brreg.no/reg_gebyrer/ [25.08.14]
Brønnøysundregistrene. *Årsmeldinger (2000-2013)*
http://arsmelding.brreg.no/tidl_arsmeld/ [16.09.14]
Companies House. *Companies Act 2006 – Model Articles (2014)*
<http://www.companieshouse.gov.uk/about/modelArticles/modelArticles.shtml> [08.10.2014]
Companies House. *Companies House Prices (2014)*
<http://www.companieshouse.gov.uk/toolsToHelp/ourPrices.shtml> [28.09.14]
Companies House. *Life of a company – part 1; annual requirements (2014)*
<http://www.companieshouse.gov.uk/about/pdf/gp2.pdf> [28.09.14]
Deloitte. *NUF-eiere kan omdanne skattefritt (2013)*
<http://public.deloitte.no/trondheim/2013/08/27/nuf-eiere-kan-omdanne-skattefritt/> [31.10.14]
Finansdepartementet. *Skattesatser 2014 (2014)*

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/skattesatser-2014.html?id=748052 [26.10.14]

FirmaHjelp. *Startside*

<http://www.firmahjelp.no> [15.10.14]

ICAEW (Institute of Chartered Accountants in England and Wales). *Guidance on the determination of realised profits and losses in the context of distributions under the Companies Act 2006 (Tech 02/10)* (2010)

<http://www.icaew.com/~media/Files/Technical/technical-releases/legal-and-regulatory/TECH-02-10-Guidance-on-realised-and-distributable-profits-under-the-Companies-Act-2006.pdf> [18.10.11]

Justis- og politidepartementet. *Forenklinger av aksjeloven* (2010)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dep/styre-rad-og-utval/innstillinger/innstillinger-levert-i-2011/forenklinger-av-aksjeloven.html?id=610805> [07.11.14]

Konkursrådet. *Problemmotat om norsk avdeling av utenlandsk foretak (NUF) på bakgrunn av Konkursrådets årskonferanse 2006* (2010)

<http://www.konkursradet.no/problemmotat-om-norsk-avdeling-av-utenlandsk-foretak-nuf-paa-bakgrunn-av-konkursraadets-aarskonferanse-2006.5305160-300294.html> [21.08.14]

Lovdata

<https://lovdata.no>

Norsk Bedriftstjeneste. *Startside* (2014)

<http://norskbedriftstjeneste.no> [15.10.14]

Oxford Dictionaries

<http://www.oxforddictionaries.com/> [04.11.14]

Regjeringen. *Skattefrie omdanning av NUF* (2013)

<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/nhd/Nyheter-og-pressemeldinger/nyheter/2013/skattefrie-omdanning-av-nuf.html?id=728800> [31.10.14]

Rettsdata

<http://www.rettsdata.no/>

Skatteetaten. *Skjermingsrente for aksjer og enkeltpersonforetak* (2014)

<http://www.skatteetaten.no/no/Tabeller-og-satser/Skjermingsrente/?ssy=2013> [01.11.14]

Statistisk sentralbyrå. *Arbeidskraftkostnader, 2012* (2014)

<https://www.ssb.no/arbkost> [18.10.14]

Statistisk sentralbyrå. *Nye føretak, etter kvartal og organisasjonsform* (2013)

<https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/foretak/kvartal/2014-03-06?fane=tabell&sort=nummer&tabell=165380> [10.09.14]

Statistisk sentralbyrå. *Nye føretak, etter kvartal og organisasjonsform* (2014)

<https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/foretak/kvartal/2014-09-04?fane=tabell&sort=nummer&tabell=194888> [10.09.14]

Store Norske Leksikon. *Filial*

<https://snl.no/filial> [03.11.14]

Økokrim. *Tendrapport 2008-2009*

[http://www.okokrim.no/www/okokrim/resource.nsf/files/www93schj-tendrapport_2008-2009/\\$FILE/tendrapport_2008-2009.pdf](http://www.okokrim.no/www/okokrim/resource.nsf/files/www93schj-tendrapport_2008-2009/$FILE/tendrapport_2008-2009.pdf) [23.08.14]

6.5 Øvrige kilder

Personlige meddelelser

Claes Zangenberg, *e-mail* (23.02.14)

Folkeregisteret, *telefonsamtale* (31.10.14)

Advokatfirma Varjag AS, ved Eirik Austli, *telefonsamtale* (4.11.14)