

Brexits betydning for et engelsk Ltd. registrert som NUF – mulig påvirkning på norsk internasjonal selskapsrett

Av advokat Dr. Roland Mörsdorf og advokatfullmektig Trine Halvorsen, LL.M.
Advokatfirmaet Grette DA, Oslo

1. Innledning

Med folkeavstemningen den 23. juni 2016 bestemte Storbritannia seg for å forlate EU-fellesskapet ("Brexit"). Konsekvensene av et slikt brudd er enda ikke klare, heller ikke de rettslige. Et av mange spørsmål som melder seg, er hvilke følger dette vil få på selskapsrettens område. På grunn av de lave kapitalkravene florerer engelske limited liability companies ("Ltd.") over hele EU-området. Hva skjer med disse selskapene nå? Vil de fortsatt nyte godt av de frihetene de ble gitt da de ble grunnlagt? Eller vil et britisk farvel til EU også bety et farvel til de flerfoldige engelske Ltd.'ene?

For Norges del vil det kunne få betydning for de mange engelske Ltd.'ene som er registrert i Norge som norskregistrert utenlandsk foretak ("NUF").¹ Utenlandske selskaper som har virksomhet i Norge, støter raskt på ulike problemstillinger knyttet til norsk internasjonal selskapsrett. Komplikasjoner kan særlig oppstå avhengig av hvilken teori for lovvalgsspørsmålet en legger til grunn – hovedseteteorien som legger til grunn det lands rett hvor selskapet har sitt hovedsete, eller stiftelsesteorien som legger til grunn det lands rett hvor selskapet ble stiftet.

1. Jf. foretaksregisterloven § 2-1 (12) som pålegger utenlandske foretak som driver virksomhet i Norge plikt til å registrere seg i foretaksregisteret.

I norsk rett har det vært delte oppfatninger om det er hovedseteteorien eller stiftelsesteorien som er avgjørende for om et selskap reguleres med utgangspunkt i norsk rett. Tidligere gikk de fleste uttalelsene i retning av at det var hovedseteteorien som var avgjørende i norsk rett,² men det har vært en utvikling i nyere rettsteori, hvor flere nå argumenterer for at det er stiftelsesteorien som bør gjelde generelt.³ Spørsmålet er ikke endelig løst i verken lovgivning eller rettspraksis.⁴

Som denne artikkelen vil vise, er Brexit og problemene som kan følge i kjølvannet, enda et argument for at oppfatningen det gis uttrykk for i den nyere rettsteorien er riktig, og at det altså er stiftelsesteorien som generelt bør gjelde.

2. Brexits betydning for Norge

2.1. Norsk filial av engelsk selskap

For å opprette et NUF behøves et utenlandsk foretak som vil stå som ansvarlig for virksomheten i Norge. Et NUF tildeles et organisasjonsnummer i Norge, men det er det utenlandske

2. Tore Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien, Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 199.

3. Se nærmere punkt 3.2.1 nedenfor.

4. Se Tore Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien, Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 199.

foretaket som har partsevne og som anses som det selvstendige rettssubjektet.⁵ Tanken bak NUF er i utgangspunktet at det skal være et utenlandsk foretak med såpass mye virksomhet i Norge at det er lurt eller påkrevd å registrere en filial i Norge.⁶

Det er ingen egenkapitalkrav for etablering av NUF, og det er heller ingen konkrete krav til hvilken type utenlandsk foretak som kan registrere et NUF. Som følge av Norges EØS-rettslige forpliktelser må Norge anerkjenne alle selskap stiftet i en EU/EØS-stat,⁷ og kan heller ikke stille krav til selskapets drift i stiftelseslandet.⁸

I mange tilfeller er et NUF de facto kun en filial av et utenlandsk foretak, men svært ofte dreier det seg om et tomt selskap registrert i utlandet med all faktisk drift og all næringsvirksomhet i Norge.⁹ Den mest utbredte foretaksformen blant disse NUF'ene har vært engelske Ltd.'er.¹⁰ Et Ltd. er en selvstendige juridisk person hvor aksjeeierne ikke er personlig ansvarlig for selskapets gjeld, tilsvarende norske AS.¹¹ Statistikk fra Statistisk sentralbyrå (SSB) fra 2009 viste at ca. 80 % av NUF'ene var filialer av Ltd.'er.¹²

På forespørsel har Brønnøysundregisteret opplyst at per august 2016 er ca. 35 % av NUF'ene filialer av Ltd.'er.¹³ Antallet har sunket siden 2009, men de utgjør fortsatt en viktig del av det norske foretakslandskapet. Per 5. august 2016 fantes det 23 566 NUF'er i Norge, hvorav mer enn 8 000 (ca. 35 %) av dem var registrert som filial av et engelsk selskap.¹⁴ Bakgrunnen for Ltd.'s popularitet er blant annet at kapitalkravet er så lavt som ett britisk pund, opprettelsen kan skje over nett, og selskapet er som regel registrert innen 24 timer.¹⁵ Det er altså en enkel og lite tidkrevende oppgave å opprette et Ltd., og fordi engelsk rett legger stiftelsesteorien til grunn, vil utflytting av Ltd.'et til Norge gjennom opprettelse av et NUF bli akseptert av engelsk rett.¹⁶

Den norske aksjeloven ble endret i 2011 blant annet for å gjøre den mer attraktiv for næringslivet,¹⁷ og med dette for å motvirke det økende antall NUF'er.¹⁸ Kapitalkravet til AS ble senket fra kr. 100 000 til kr. 30 000, og nedgangen i antall NUF skyldes trolig dette grepet.¹⁹

5. Rt. 2008 s. 1730.

6. Hedvig Bugge Reiersen og Beate Sjøfjell, NUF-kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring, Tfr 2010, s. 424.

7. Tore Bråthen, Revisjonsplikten for AS, NUF og SPE, Magma 6/2008.

8. Dette er klagt i blant annet Centros, sak C-212/97 (1999), Überseering, sak C-208/00 (2002) og Inspire Art, sak C-167/01 (2003).

9. Slike NUF'er kalles ofte "norske" NUF'er, i motsetning til "reelle" NUF'er som har sitt hovedsete i utlandet, se Lena Johnsen, Konkursbehandling av Norsk filial av Utenlandsk Foretak (NUF), NTS 2007:4, s. 52, 54.

10. Se blant annet Gudmund Knudsens utredning om forenkling og modernisering av aksjeloven 2011, s. 55 og Prop.148L, (2010-2011) punkt 3.4.

11. Jf. Salomon V. Salomon & Co Ltd (1897) hvor dette uttrykkelig ble slått fast.

12. Rapport fra SSB av 27. mars 2008. Se også NOU 2009: 4 Tiltak mot skatteunndragelser, s. 50 og s. 51.

13. Advokatfirmaet Grette DA henvendte seg til Brønnøysundregisterene i e-post av 3. august 2016.

14. Brønnøysundregisterets svar på Advokatfirmaet Grette DAs henvendelse i e-post av 5. august 2016.

15. <https://www.gov.uk/register-a-company-online>.

16. Lena Johnsen, Norsk filial av Utenlandsk Foretak – NUF, NTS 2007:2, s. 21, 22. Se nærmere om stiftelsesteorien som forutsetning for at et selskap kan flytte ut av landet etter dets regler selskapet ble stiftet, punkt 3.2.1 nedenfor.

17. Se Tore Bråthen, Revisjonsplikten for AS, NUF og SPE, Magma 6/2008.

18. Justisdepartementets mandat til Gudmund Knudsen i brev av 29. juni 2010 om forenkling av aksjeloven. Se også Roland Mörsdorf, Minstekrav til aksjekapital og modellvedtekter, Tff 1/2011, s. 16.

19. <https://www.brreg.no/pressemelding/fortsatt-stor-vekst-i-nye-aksjeselskap-faerre-nuf/>

2.2. Storbritannia og EØS-avtalen

EØS-avtalen, hvor hoveddelen er gjennomført som lov i Norge,²⁰ er inngått mellom EFTA-statene Island, Liechtenstein og Norge²¹ på den ene siden, og både EU som fellesskap og EU-medlemsstatene på den andre siden. Det vil si at både EU som sådan og de enkelte medlemsstatene, Storbritannia inkludert, er part i EØS-avtalen.²²

Følgelig vil Storbritannias eventuelle uttreden av EU ikke automatisk medføre en uttreden av EØS-avtalen.²³ Det er ikke regulert i verken EØS-avtalen eller noen av EU-traktatene hva som skjer med tilknytningen til EØS dersom en stat opphører å være EU-medlemsstat. Det må dermed i utgangspunktet følge av grunnleggende folkerettslige prinsipper at en stat fortsatt er bundet av en folkerettslig forpliktelse eller traktat inntil denne sies opp eller på annet vis rettmessig avsluttes.²⁴ Storbritannia signerte EØS-avtalen individuelt i eget navn, og en eventuell utmelding av EU påvirker trolig ikke Storbritannias tilknytning som sådan til EØS-avtaleverket. Storbritannia som stat er bundet av EØS-avtalen, og de materielle rettigheter og plikter som følger av denne vil fortsatt gjelde etter en eventuell Brexit. En uttreden krever etter EØS-avtalens artikkel 127 formell utmelding med tolv måneders varsel.²⁵

Når det er sagt; å være part i EØS-avtalen slik den er i dag uten å bli verken en EFTA-stat²⁶ eller å være en EU-medlemsstat gir i praksis lite mening. EØS består av et topilarsystem hvor EU blir enig på sin side og EFTA på sin, før det deretter treffes endelig vedtak i EØS-organene.²⁷ Et Storbritannia ute av EU betyr at de også er utenfor de institusjonelle rammene som for eksempel EU-domstolene, EU-Kommisjonen, EU-Rådet og Europa-Parlamentet. Funksjonelt blir Storbritannia svært hemmet av å stå utenfor disse – for eksempel vil de ikke ha en politisk stemme.

Selve hovedpoenget med EØS-avtalen er å knytte EFTA-statene til EUs indre marked,²⁸ og uten representasjon i EU må Storbritannia avfinne seg med alt som skulle komme fra EU på dette området. Dette særlig all den tid EØS i realiteten er innlemmelse i alle forordninger, direktiv og vedtak som kommer fra EU, og rent faktisk kun er en enveisavtale.²⁹ Med folkeavstemningen ble det bestemt at landet skulle ut av EU, og i realiteten medfører dette nødvendigvis at de samtidig må trekke seg fra EØS-avtalen.

Dette er årsaken til at spørsmålene om britisk EFTA-medlemskap, eller et nytt og modifisert EØS-medlemskap har kommet opp. Storbritannia var med da EFTA ble opprettet i 1961, og det har igjen blitt foreslått som et mulig alternativ. Gjennom et nytt medlemskap i EFTA vil Storbritannia, om ikke annet, i hvert fall kunne bli en del av institusjoner som *formelt*

fører en automatisk uttreden av EØS – i strid med det britiske jurister har gitt uttrykk for, se BBCs artikkel "Brexit: Legal battle over UK's single market membership" av 28.11.2016.

20. Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
21. Sveits er en EFTA-stat, men har ikke ratifisert EØS-avtalen.
22. Odd Stemsrud, EØS-rett i et nøtteskall, Oslo 2015, s. 22.
23. Professor George Yarrow, styreleder for Regulatory Policy Institute ved Hertford College, Oxford er i følge BBC av samme mening (artikkelen "Brexit: Legal battle over UK's single market membership" av 28.11.2016).
24. Carl August Fleischer, Folkerett, 7. utgave Oslo 2000, s. 42.
25. Den britiske regjeringen er av motsatt oppfatning, nemlig at en uttreden av EU også med-

26. Storbritannia var opprinnelig medlem av EFTA, men forlot samarbeidet da Storbritannia ble medlem av EU.

27. Odd Stemsrud, EØS-rett i et nøtteskall, Oslo 2015, s. 47.

28. Fredrik Sejersted mfl., EØS-rett, 3. utgave Oslo 2011, s. 86.

29. Odd Stemsrud, EØS-rett i et nøtteskall, Oslo 2015, s. 48.

har innflytelse over samarbeidet. Dersom Storbritannia faktisk skulle bli en del av EFTA og part i EØS-avtalen, vil det sannsynligvis styrke organisasjonens forhandlingsposisjon overfor EU og andre handelspartnere. Samtidig er det ikke gitt at dette er noe EU-medlemsstatene og EFTA-statene ønsker. Et britisk medlemskap i EFTA vil forskyve balansen kraftig, og de eksisterende staters prioriteringer vil telle mindre. Det er også mulig at EFTAs handelsavtaler med andre land, som for eksempel Canada, Sør-Afrika og Mexico, må reforhandles. Et annet alternativ er en omfattende omgjøring av EØS-avtalen, skreddersydd etter Storbritannias krav og behov. Det er imidlertid lite som tyder på at EU-medlemsstatene vil la Storbritannia velge og vrake de frihetene de ønsker og ikke ønsker, noe Storbritannia selv synes å ha innsett.³⁰ Skulle Storbritannia søke medlemskap i EFTA eller ønske å tiltre en ny og modifisert EØS-avtale, er det med andre ord ikke en selvfølge at ønsket blir innfridd.³¹

Signalene fra Storbritannia selv til nå, er også overveiende negative til denne muligheten. En omfattende undersøkelse konkluderte med at Storbritannia som part i EØS-avtalen slik den er i dag, vil ha liten eller ingen innflytelse over EUs indre marked, og dette vil ha en ødeleggende effekt på landets økonomi.³² Et eventuelt britisk medlemskap i EFTA og/eller EØS vil i tilfelle kreve omfattende forhandlinger og organisasjoner som ser ganske annerledes ut enn den gjør i dag. Å spå et utfall blir kun spekulasjoner, men i skrivende stund er det mer

30. Cabinet Office, Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union, Policy Paper 2016, s. 29.

31. Jf. EFTA-konvensjonen artikkel 56, som krever tilslutning fra EFTA-rådet før et nytt medlem kan tas opp.

32. Cabinet Office, Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union, Policy Paper 2016, s. 21.

sannsynlig at Storbritannia verken blir medlem i EFTA eller part i EØS-avtalen, enn at de blir.³³

Sammenfatningsvis vil Storbritannias uttreden av EU med all sannsynlighet bli etterfulgt av en uttreden av EØS. Hovedformålet med EØS-avtalen er å sikre tilgang til EUs indre marked.³⁴ Et av hovedargumentene til organisasjonene som ledet kampen for at Storbritannia skulle forlate EU, var nettopp motstanden mot den frie flyten, herunder særlig av mennesker. Storbritannia vil være like langt i så henseende om de skulle bestemme seg for det svært usannsynlige valget om ikke å trekke seg fra EØS-avtalen, eller om de mot formodning skulle bli medlem av EFTA. Ingen av opsjonene synes å være reelle alternativer.

Konsekvensen av at Storbritannia trer ut av EØS vil være at Storbritannia ikke lenger er omfattet av de fire friheter. Norge vil dermed etter Brexit ikke lenger være forpliktet til å gi britiske selskaper eller andre juridiske eller fysiske personer de samme friheter som under EØS-avtalen. Dette med mindre egne avtaler om slike rettigheter – bilateralt eller på europeisk nivå – inngås.

3. Internasjonal privatrett på selskapsrettens område

3.1. Lovvalgsspørsmålet – hovedseteteori vs. stiftelsesteori

I lovvalgsspørsmålet på selskapsrettens område skiller man tradisjonelt mellom to teorier – stiftelsesteorien som legger til grunn det lands rett hvor selskapet ble stiftet, og hovedseteteorien som legger til grunn det lands rett hvor selskapet har sitt hovedsete.³⁵

33. Statsminister Theresa May har også uttalt at en eksisterende modell som EØS-medlemskap ikke er aktuelt, se kommentar av Kjetil Wiedswang, Dagens Næringsliv, lørdag 3. september 2016, s. 27.

34. Fredrik Sejersted mfl., EØS-rett, 2. utgave Oslo 2004, s. 83.

35. Tore Bråthen, Selskapsrett, 4. utgave Oslo 2013, s. 41.

Spørsmålet er ikke harmonisert internasjonalt, men i EU/EØS har man etter avgjørelser fra EU-Domstolen kommet til at av hensyn til prinsippet om fri bevegelighet må stiftelsesteorien gjelde for selskap fra en EU/EØS-stat.³⁶ Et selskap som er gyldig stiftet i en EU/EØS-stat må anerkjennes med samme rettspersonlighet i en hvilken som helst annen EU/EØS-stat.³⁷

3.2. Norge

3.2.1. Antatte regler etter norsk rett

I Norge er det ikke endelig avklart hvilke lovvalgsregler som gjelder generelt for selskapsretten, men i teori³⁸ og praksis har hovedseteteorien tidligere ofte blitt fremhevet som den gjeldende lovvalgsteorien.³⁹ For selskapsrettslige spørsmål var altså det tradisjonelle utgangspunktet det lands rett hvor selskapet hadde sitt hovedsete, eller der det "administrative senteret var", som kom til anvendelse.⁴⁰

Det er i all hovedsak rettspolitiske årsaker, og ønsket om å motvirke såkalt forumshopping som har begrunnet dette tradisjonelle utgangspunktet.⁴¹ En frykter at statene skal konkurrere mot hverandre for å tiltrekke seg flest selskaper, noe som kunne resultere i et slags "race-to-the-bottom" hva gjelder selskapsrettslige re-

gler, for eksempel regler til vern for kreditorer og ansatte.⁴²

I dag har Norge i overensstemmelse med de europarettlige forpliktelser endret det tradisjonelle utgangspunktet om at hovedseteteorien alltid gjelder. Etter avgjørelsene fra EU-Domstolen er Norge forpliktet til å legge stiftelsesteorien til grunn overfor selskap fra EU/EØS-stater. Et selskap gyldig stiftet i EU/EØS vil i alle tilfeller bli anerkjent i Norge med den samme rettspersonligheten som i stiftelseslandet.⁴³

At stiftelsesteorien gjelder overfor selskap fra en EU/EØS-stat er altså ikke omstridt. Om teorien gjelder generelt, også for selskap stiftet i stater *utenfor* EU/EØS, er derimot usikkert. Flere har argumentert for at stiftelsesteorien er tvungen rett for selskap fra EU/EØS-stater, men at hovedseteteorien gjelder for selskap fra alle andre land.⁴⁴ Det ble altså foreslått en spalting for de to ulike situasjonene. I nyere teori synes tendensen å gå i retning av at stiftelsesteorien bør gjelde generelt,⁴⁵ men dette er ikke endelig avgjort i rettspraksis.⁴⁶

36. Blant annet Centros, sak C-212/97 (1999), Überseering, sak C-208/00 (2002) og Inspire Art, sak C-167/01 (2003).

37. Se blant annet Roland Mörsdorf, Utflytting av norske selskap til Europa, NTS 2009:1-2, s. 28.

38. Tore Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien, Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 199.

39. Se blant annet Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a punkt 2.1 hvor Justisdepartementet der forutsatte at det var hovedseteteorien som gjaldt.

40. Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a punkt 2.1.

41. Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 234.

42. Se blant annet Stefan Grundman, Regulatory Competition in European Company Law – Some Different Genius?, Capital Markets in the Age of the Euro, s. 566.

43. Tore Bråthen, Selskapsrett, 4. utgave Oslo 2013, s. 42.

44. Se blant annet Tore Bråthen, Selskapsrett, 4. utgave Oslo 2013, s. 42, Giuditta Cordero Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Oslo 2013, s. 320, Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 236, Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, 3. utgave Oslo 2012, s. 71 og Berte-Elen Reinertsen Konow, Løsørepant over landegrensler, Bergen 2007, s. 375 flg.

45. Se særlig Giuditta Cordero Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Oslo 2013, s. 320, Anne Cathrine Sundby, Det nye selskapsrettslige landskap, Lov og Rett 2005, s. 396, Geir Woxholth, Selskapsrett, 5. utgave Oslo 2014, s. 89 og Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 234 flg.

46. Se imidlertid TOBYF-2004-990, hvor Oslo byfogdembete i en nyere avgjørelse kom til at

Det er imidlertid flere gode grunner som taler for at stiftelsesteorien generelt bør gjelde. Et av de viktigste hensyn i internasjonal privatrett er å skape forutberegnelighet for lovvalget. Hovedseteteorien innebærer en omfattende vurdering. Ikke bare er selve begrepet "hovedsete" enda ikke avklart i Norge,⁴⁷ men også selve avgjørelsen når man har kommet til enighet om hvordan begrepet skal forstås innebærer betydelig rom for skjønn. Det mangler både materielle regler og saksbehandlingsregler som er nødvendige for å avgjøre om et foretak har sitt hovedsete i Norge.⁴⁸ Der stiftelsesteorien gjelder har man i motsetning en tydelig, objektiv og enkel anvendbar regel.⁴⁹

Stiftelsesteorien har også den fordel at man unngår kollisjon av regler i land med hovedseteteorien og land med stiftelsesteorien.⁵⁰ Et selskap som flytter ut av et land med hovedseteteorien vil ikke lenger være underlagt dette lands rett, og vil i de fleste tilfeller anses for å være oppløst. Følgelig må det utflyttende selskap forholde seg til potensielt helt andre regler i det nye landet. Det er ikke uvanlig at selskapet ikke oppfyller de kravene som stilles til stiftelse i det nye landet.

Resultatet, dersom hovedsetet flyttes ut av landet selskapet opprinnelig hadde hovedsete i, er at selskapet ikke lenger anerkjennes som

et selskap registrert i Panama (altså utenfor EU/EØS-området) med hovedsete i Sveits var underlagt panamansk rett. Retten uttalte at "hensynet til forutberegnelighet [taler] med tyngde for at stiftelseslandets rett legges til grunn som selskapsstatutt". Slik underrettspraksis har imidlertid begrenset rettskildevikt.

47. Giuditta Cordero Moss, Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett, Festskrift til Mads Henry Andenæs 2010, s. 227.

48. Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, 3. utgave Oslo 2012, s. 71.

49. Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 235.

50. Se mer om dette i Giuditta Cordero Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Oslo 2013, s. 317 flg.

selskap i opprinnelseslandet og kan kreves oppløst.⁵¹ Dersom stiftelsesteorien anvendes i det nye landet og selskapet heller ikke er stiftet etter det nye landets tilsvarende regler, vil selskapet heller ikke i det nye landet etter stiftelsesteorien kunne anerkjennes som et slikt selskap. Dette vil si verken som for eksempel et kapitalselskap etter det nye landets regler, siden selskapet ikke er stiftet i henhold til dette lands stiftelseskrav, eller som et kapitalselskap i opprinnelseslandet, siden det nye landet må anerkjenne oppløsningen etter hovedseteteorien som gjelder i opprinnelseslandet. Det nye landet er forpliktet til å anerkjenne oppløsningen for å forhindre at selskapet fortsetter å eksistere med sin opprinnelige rettspersonlighet i det nye landet, uten at selskapet faktisk eksisterer i opprinnelseslandet. Selskapet vil da i praksis falle mellom to stoler. Legger en derimot stiftelsesteorien til grunn, vil de samme reglene gjelde for selskapet hele dets levetid i alle land, uavhengig av hvor det måtte operere. I et samfunn som stadig internasjonaliseres, er harmonisering på tvers av landegrenser et hensyn som vil bli viktigere og viktigere.⁵²

Et annet aspekt er det næringspolitiske. For at Norge skal kunne tiltrekke virksomhet og næring til landet, er det helt avgjørende at Norge har lovgivning som gjør det attraktivt og enkelt.⁵³ Dersom selskap stiftet i andre land vet at de vil bli anerkjent i Norge, vil det anses som trygt å etablere virksomhet også her. Usikkerheten knyttet til hovedseteteorien gir motsatt effekt.

Ønsket om å motvirke forumshopping uavhengig av hvor selskapet faktisk befinner seg, er i utgangspunktet et godt argument for hovedseteteorien. Når dette er sagt, er det usikkert hvor mye mer legitimitet et selskap stiftet i Norge har

51. Dette er tillatt under EU-retten, jf. Cartesio, sak C-210/06.

52. Giuditta Cordero Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Oslo 2013, s. 319.

53. Prop. 148L, (2010-2011) punkt 3.2.

enn selskap stiftet i et annet land. For alle praktiske formål trenger et selskap som skal drive virksomhet i Norge, et organisasjonsnummer. Foretaksregisteret og norske myndigheter har oversikt over hvem og hvor mange NUF'er som opererer i Norge. For all videre drift vil selskapet være underlagt de samme reglene og tilsyn som norske AS'er. Etter at man også endret aksjeloven til å fritta for revisjonsplikt for selskap som blant annet omsetter for mindre enn kr 5 000 000, er det ikke mer kontroll med et slikt AS enn med et NUF.⁵⁴

For å kunne stifte et AS behøves ikke mer enn innbetalt aksjekapital på kr 30 000, stiftelsesdokument, vedtekter og et styre. Dette kan også gjøres enkelt over nett fra tilbydere som leverer ferdig utfylte dokumenter til pakkepris, eller en kan gjøre det selv hjemmefra elektronisk over altinn.no. Hvor mye legitimitet det er i praksis i denne prosessen kan diskuteres. Det gjennomføres ingen fullstendig legitimasjonskontroll av stifterne og styremedlemmene, i motsetning til for eksempel i Tyskland. Der kontrolleres både identiteten til de fysiske personene (stifterne og styremedlemmene) og til de juridiske personene (stifterne) samt representasjonsevnen til de personene som skal representere de juridiske personene.

Aksjekapitalen på kr 30 000 synes heller ikke å utgjøre noen hindring. Etter at kravet ble senket fra kr 100 000 til kr 30 000, har det vært en betydelig nedgang i antall NUF'er, samtidig som det har vært en markant oppgang i antall AS'er.⁵⁵ Skepsisen mot NUF har ofte vært begrunnet med at det er useriøse aktører som

står bak. De nevnte tallene kan tyde på at det er de samme aktørene som tidligere gikk veien om NUF, som nå i stedet velger å stifte et AS. Altså vil heller ikke hovedseteteorien kunne sikre at det slippes til det man frykter er useriøse aktører. Ved endringen i 2011 uttalte lovgiver at beløpet på kr 30 000 kunne være "en viss inngangsbillett" til aksjeselskapsformen, men uttrykte tvil om det faktisk utgjorde noen forskjell.⁵⁶ Dette vil særlig være tilfellet dersom forslaget om å redusere minstekravet til aksjekapital til kr 1 som fremsatt i utredningen om forenklinger i aksjelovgivning⁵⁷ tas til følge.

Et tilleggsmoment er hvordan det i norsk rettsteori har blitt tatt til orde for at man kan gjøre unntak for de tilfellene hvor anvendelsen av fremmed rett vil føre til resultater som støtter mot fundamentale prinsipper i norsk rett og samfunn.⁵⁸ Dette prinsippet om såkalt ordre public er kjent i norsk internasjonal rett, og vil kunne være en utvei i de helt urimelige tilfellene.⁵⁹ Andre forfattere foreslår å stille krav om at det i alle fall er en viss grad av virksomhet i stiftelseslandet.⁶⁰ Det kan også knyttes visse rettsvirkninger til en utflytting, som for eksempel utflyttingsskatt.⁶¹ Dette er eksempler som viser at det er mulig å unngå rene omgåelsestilfeller, eller gjøre det mindre attraktivt også med stiftelsesteorien til grunn. Argumentet med forumshopping mister med det noe av sin vekt, og etter en samlet avveining fremstår stiftelsesteo-

54. Jf. aksjeloven § 7-6 som ble endret med endringslov 15. april 2011 nr. 10. Se til sammenligning Konkursrådets uttalelse nr. 54, Konkursbehandling av norsk avdeling av utenlandsk foretak (NUF), 2008, hvor den tidligere revisorplikten til alle AS ble fremhevet som et argument for at AS er en tryggere form enn NUF.

55. <https://www.brreg.no/pressemedling/fortsatt-stor-vekst-i-nye-aksjeselskap-faerre-nuf/>

56. Prop. 148L (2010-2011) punkt 3.4.

57. NOU 2016:22 "Aksjelovgivning for økt verdiskaping" datert 21. oktober 2016.

58. Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, 3. utgave Oslo 2012, s. 72.

59. Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 78.

60. For eksempel Giuditta Cordero Moss, Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett, Festskrift til Mads Henry Andenæs 2010, s. 229.

61. Se Giuditta Cordero Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Oslo 2013, s. 313, hvor det argumenteres for at slik beskatning ikke vil være i strid med EU-retten.

rien alt i alt som den mest fordelaktige og den enklest praktiserbare.⁶²

Selv om gode grunner altså taler for at stiftelsesteorien bør gjelde generelt, er dette fortsatt et uavklart spørsmål i norsk rett. Vel har det vært en utvikling i nyere rettsteori hvor flere nå argumenterer for at stiftelsesteorien bør gjelde generelt, men uten en endelig avklaring i lov eller praksis er trolig den gjeldende rettsituasjonen at stiftelsesteorien gjelder overfor selskap fra EU/EØS-stater, mens hovedseteteorien gjelder ellers.⁶³ Forutsatt at dette er den faktiske rettsituasjonen, opererer man i praksis i Norge altså parallelt med to forskjellige teorier.

3.2.2. Tyskland som illustrasjon

I Tyskland har man også tradisjonelt basert seg på hovedseteteorien, og i utgangspunktet er det denne som fortsatt ligger til grunn. Tyskland har imidlertid vært nødt til å modifisere utgangspunktet i tråd med EU-Domstolens avgjørelser. Løsningen er blitt at Tyskland konsekvent og eksplisitt benytter stiftelsesteorien overfor selskap som er stiftet i en EU/EØS-stat, men hovedseteteorien overfor selskap stiftet i alle andre stater (Sveits inkludert).⁶⁴ For utflyttende selskap gjelder heller ikke hovedseteteorien konsekvent.⁶⁵

Som følge av dette vil alle kapitalselskap fra ikke-EU/EØS-stater som anses for å ha hovedsete i Tyskland uten å ha fulgt de tyske stiftelsesreglene for tyske kapitalselskap bli behandlet som personselskap eller enkeltpersonforetak.⁶⁶ Det vil si uten det begrensede ansvaret som normalt ligger i kapitalselskapsformen. Også i Tyskland opererer mange Ltd.'er i ly av etableringsfriheten, og Tyskland begynner å ane konturene av alle problemene som kan oppstå dersom Storbritannia faktisk velger å forlate samarbeidet.⁶⁷ I årene mellom 2004 og 2011 var det registrert omtrent 50 000 aktive Ltd.'er i Tyskland.⁶⁸ Med Brexit faller det rettslige grunnlaget for deres eksistens bort, til tross for at de er gyldig stiftet i henhold til engelsk rett. For disse vil ikke lenger engelsk rett gjelde, men den tyske.

Ifølge tysk selskapsrett vil deltakerne i det omdannede personselskapet nå hefte personlig for de forpliktelser selskapet pådro seg som kapitalselskap.⁶⁹ Det vil også oppstå problemer med signaturrett, da det engelske styre i et Ltd. etter engelsk rett har en vid tegningsrett, i motsetning til etter tysk rett hvor signaturretten i utgangspunktet ligger hos selskapsdeltakerne.⁷⁰

vil eksistere om det flytter ut. Slik praktisering er således i henhold til EU-retten.

62. Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 235.

63. Se Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 234 flg. om denne diskusjonen. Et illustrerende eksempel på utviklingen i teorien er første og andre utgave av denne boken. I den første utgaven fra 1999 (s. 204-205) argumenterte forfatterne for hovedseteteorien, men endret altså synspunkt i andre utgave.

64. Se for eksempel avgjørelsene av den tyske høyesterett i sivilrett (Bundesgerichtshof) dattert 8. september 2016 i saken III ZR 7/15 og allerede 27. oktober 2008 i saken II ZR 158/06.

65. Baumbach/Hopt, HGB, 36. utgave München 2014, § 106, Rn. 8. Se også Cartesio, sak C-210/06, hvor EU-domstolen la til grunn at det er opp til nasjonal rett å bestemme vilkårene for at et selskap skal anses som gyldig stiftet og fortsatt

66. Robert Freitag/Stefan Korch, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 29, 22. juli 2016, s. 1363, og Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Insolvenzrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 39, 30. September 2016, s. 1851.

67. Som artikkelen Robert Freitag/Stefan Korch, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 29, 22. juli 2016, s. 1363, er et godt eksempel på.

68. Robert Freitag/Stefan Korch, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 29, 22. juli 2016, s. 1362.

69. Jf. tysk handelslov "Handelsgesetzbuch" § 128.
70. Jf. tysk handelslov "Handelsgesetzbuch" § 125.

De som sitter i styret i Ltd, er ikke nødvendigvis også selskapsdeltakere. De som tidligere har truffet alle avgjørelser, kan plutselig stå uten signaturrett. Videre vil alle Ltd.'er måtte omklassifiseres i det tyske foretaksregisteret, noe som vil ta både tid og ressurser.

Forutsatt at Norge fortsatt opererer med hovedseteteorien generelt, men stiftelsesteorien for selskap fra EU/EØS-stater slik tilfellet er i Tyskland, vil Brexit kunne skape lignende komplikasjoner også for Norge.

4. Mulige komplikasjoner etter Brexit

4.1. Utgangspunkt

Som beskrevet innledningsvis er en stor del av NUF'ene registrert som filial av selskap i England. Med stiftelsesteorien lagt til grunn overfor alle selskap fra EU/EØS-stater inkludert EU-medlemmet Storbritannia, bød ikke dette på problemer. I etterdønningene av Brexit vil imidlertid situasjonen være annerledes dersom hovedseteteorien blir benyttet.

Forutsatt at hovedseteteorien gjelder, er ikke Norge overfor selskap opprettet i Storbritannia lenger forpliktet til å gi sin anerkjennelse til at selskapet eksisterer med samme rettspersonlighet. Skulle Norge komme til at et selskaps administrative senter er i Norge, er det norsk rett som vil gjelde – uavhengig av om selskapet er gyldig stiftet i Storbritannia. Et Ltd. opprettet med ett britisk pund i aksjekapital og uten et norsk stiftelsesdokument, innfrir ikke de norske formkravene til aksjeselskap.

Spørsmålet i neste omgang er hvilke komplikasjoner og problemer dette konkret kan skape i praksis.

4.2. Ltd. forsøkt registrert som NUF

Det finnes i dag en rekke tilbydere som tilbyr en kjapp og billig NUF-pakke. Over nett kan man bestille et Ltd., som igjen registrerer sitt NUF i Norge. Ltd.'et er et tomt postkasseselskap kun stiftet i England, mens all faktiske virksomhet skjer i den norske filialen. Hurtig og diskret kan man altså svært billig "kjøpe" seg et selskap med

begrenset ansvar. Som beskrevet innledningsvis, har man etter stiftelsesteorien som er tvungen rett for selskap fra EU/EØS-området, også full adgang til dette.

Legger en imidlertid – etter Brexit – hovedseteteorien til grunn, vil et selskap stiftet i England som rent postkasseselskap anses for å ha sitt administrative senter i Norge.⁷¹ Følgelig vil norsk rett komme til anvendelse, med den konsekvens at selskapet etter norsk rett anses som oppløst.⁷²

Det er Foretaksregisteret som må foreta den endelige avgjørelsen av hvor det administrative senteret til et foretak som forsøker å registrere seg som NUF'er. Dette innebærer en omfattende vurdering av bevis og dokumentasjon – som krever både tid og ressurser. Kommer Foretaksregisteret til at foretaket ikke har det administrative senter i England, men i Norge, kan det ikke registreres som et NUF, da selskapet som sådant anses oppløst.

Det vil heller ikke registreres automatisk som et AS, da det verken er sendt inn registermelding for AS'et, og det vil neppe innfri blant annet aksjekapitalkravet.

Er det ikke er sendt registermelding om ansvarlig selskap (ANS), vil det neppe heller skje automatisk innføring i Foretaksregisteret under denne selskapsformen.

4.3. Eksisterende Ltd'er registrert som NUF

4.3.1. Lovvalgsendring post Brexit

Som nevnt er en betydelig del av de eksisterende NUF'er i dag engelske Ltd'er. Legges hovedseteteorien til grunn, vil konsekvensen av Brexit være at Norge ikke lenger er forpliktet til å anerkjenne disse selskapene. Hovedseteteorien fordrer konkrete vurderinger av det enkelte foretak for å finne ut hvor hovedsetet faktisk er. Kommer man til at det er i Norge, er det norsk

71. Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 227.

72. Tore Bråthen, Selskapsrett, 4. utgave Oslo 2013, s. 41.

rett som gjelder, og det er plutselig de norske kravene som foretakene skal vurderes etter.

Innledningsvis må det klargjøres om en kan innføre en slik lovvalgsendring, som kan medføre at de eksisterende engelske selskapene registrert som NUF'er behandles annerledes post Brexit. Altså om de kan behandles etter norsk rett fremfor engelsk rett.

I internasjonal privatrett vil som et utgangspunkt en lovvalgsendring kun virke ex nunc, det vil si fremover i tid.⁷³ Det samme prinsippet kjenner norsk rett, med den grunnleggende regelen om at lovendringer som et utgangspunkt ikke kan virke med tilbakevirkende kraft dersom det er til skade for noen.⁷⁴ En lovvalgsendring som pålegger noen en tyngende rettsvirkning ex tunc, altså bakover i tid, ville som hovedregel vært grunnlovsstridig.⁷⁵ Det er med all sannsynlighet ikke tilfellet her, da det ikke er snakk om å pålegge tidligere engelske NUF'er byrder eller ulemper fordi de tidligere har drevet virksomhet gjennom denne formen. Det er heller snakk om en endring av hvordan de kan utøve sin virksomhet i fremtiden, og en slik endring er som hovedregel ikke grunnlovsstridig.⁷⁶

Det har imidlertid utviklet seg en doktrine om at nye regler heller ikke kan gripe inn i etablerte rettsposisjoner.⁷⁷ Forutsetningen synes da å være at endringen må fremstå som uforholdsmessig inngripende eller tyngende.⁷⁸ Det

vil også være av betydning hvilket rettsområde man er på og hvor beskyttelsesverdig interessen som begrunner endringen er.⁷⁹ Å frata et selskap sin organisasjonsform som NUF med de tilknyttede rettigheter i Norge kan muligens sies å være til skade, og i alle tilfeller vil det gripe inn i en etablert rettighet. Dette kunne tale mot at man kan frata et engelsk selskap sin organisasjonsform som NUF.

På den andre siden er det ikke snakk om direkte å frata et subjekt en eiendel, sitt virke eller å ilegge selskapet en økonomisk byrde. Det er en endring av selskapsformen, men filialen vil fortsatt kunne operere som et personselskap eller enkeltpersonforetak og drive sin virksomhet videre.⁸⁰ Personselskap har etter norsk rett en alminnelig rettssubjektivitet, hvilket betyr at det er selskapet som sådan som blir subjekt for formuerettslige rettigheter og forpliktelser.⁸¹ Det er selskapet selv som har partsevne.⁸² Deltakere som eventuelt opptrer på vegne av selskapet, anses ikke som part, men selskapets representant.⁸³ At foretaket beholder denne karakteren og disse rettighetene, taler med tyngde mot at lovvalgsendringen er uforholdsmessig inngripende eller tyngende.

Et annet argument er at disse selskapene i utgangspunktet etter norsk rett ikke ville ha blitt anerkjent. Ltd.'ene operer ikke i Norge som kreasjoner av norsk lovgivning, men som følge av Norges forpliktelser under EØS-avtalen. EØS-avtalen er primært en folkerettslig avtale hvor det ikke har blitt overført formell lovgivningskompetanse.⁸⁴ De Ltd.'ene som har valgt

73. Robert Freitag/Stefan Korch, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 29, 22. juli 2016, s. 1363.

74. Jf. blant annet prinsippet i Grunnloven § 97 og forbudet mot at lover gis tilbakevirkende kraft.

75. Rt. 2010 s. 143 Rederibeskatningdommen.

76. Rt. 2010 s. 143 Rederibeskatningdommen. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, Forbud mot tilbakevirkende lovgivning, Lov og Rett 2011, s. 277.

77. Jens Edvin A. Skoghøy, Forbud mot tilbakevirkende lovgivning, Lov og Rett 2011, s. 265.

78. Rt. 2011 s. 347 og Jens Edvin A. Skoghøy, Forbud mot tilbakevirkende lovgivning, Lov og Rett 2011, s. 278.

79. Jens Edvin A. Skoghøy, Forbud mot tilbakevirkende lovgivning, Lov og Rett 2011, s. 272.

80. Se punkt 3.2.2 ovenfor om tysk rett og nærmere nedenfor under punkt 4.3.2 om norsk rett.

81. Geir Woxholth, Kommentarutgave til Selskapsloven, 2005, s. 75.

82. Jf. selskapsloven § 2-1 (1).

83. Geir Woxholth, Kommentarutgave til Selskapsloven, 2005, s. 76.

84. Fredrik Sejersted mfl., EØS-rett, 3. utgave Oslo 2011, s. 88.

å etablere seg i Norge, har gjort det på basis av en folkerettslig traktat, som kun binder partene som er en del av den, og som kan sies opp av partene selv.⁸⁵ Grunnlaget for deres eksistens er en oppsigelig avtale, og hensynet til forutberregnelighet gjør seg ikke like sterkt gjeldende.

Lovvalgsendringen som medfører at Norge behandler Ltd.'er registrert som NUF'er etter norsk rett fremfor engelsk rett, kan således ikke sies å være uforholdsmessig inngripende eller tyngende. En eventuell endring vil kunne gjennomføres uten at man er i strid med forbudet mot lovendringer med tilbakevirkende kraft til skade for noen.

4.3.2. Videre prosess

Spørsmålet er hva en skal gjøre med de Ltd.'ene registrert som NUF. Norge er post Brexit ikke lenger forpliktet til å anerkjenne dem, og som gjennomgått er det trolig legitimt å endre formen. Spørsmålet er hvem som skal ta ansvaret for å rydde opp og på hvilken måte.

Tidligere årsmeldinger fra Brønnøysundregistrene inneholdt en oversikt over selskapene bak NUF'ene og deres opprinnelsesland, men dette har man sluttet med i de senere årene. Etter henvendelse til Brønnøysundregistrene ble det opplyst at man ikke kjente mer konkret til årsaken, og at en fremstilling ville kreve en tidkrevende analyse og gjennomgang av hvor det administrative senteret er.⁸⁶ For det første fordrer det altså en gjennomgang av alle NUF'er som er registrert. For det andre må en bli enige om hva en deretter skal gjøre med dem. En kan tenke seg at dette vil bli løst på europeisk nivå, men per dags dato er dette enda ikke endelig avgjort.

85. Teichmann/Knaier, Brexit – Was nun? Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht, Heft 6/2016, 15. desember 2016, s. 245, er av samme oppfatning om Ltd.'er som operer i Tyskland.

86. Advokatfirmaet Grette DA henvendte seg til Brønnøysundregistrene i e-post av 3. august 2016.

4.3.2.1. Skatterettslig omdanning til AS

Skatterettslig kan et NUF frivillig omdannes til et aksjeselskap. Gjennom en ny forskrift til skatteloven har det også blitt særlig tilrettelagt for slik omdanning.⁸⁷ For skattemessig omdanning fra NUF til et AS er det imidlertid krav om at virksomheten overdras til et nystiftet aksjeselskap, og dette koster både tid og penger.⁸⁸ Det understrekes i denne forbindelse at det her er snakk om omdanning i *skattemessig* forstand.⁸⁹

Stiftelsesutgiftene for et AS kan beløpe seg til rundt kr 10 000, og dette kommer i tillegg til de kr 30 000 som må skytes inn som aksjekapital.⁹⁰ Det er ikke gitt at alle dagens NUF'er ønsker slik omdanning, da motivasjonen bak valget av NUF-formen i første omgang trolig var nettopp å unngå å måtte betale det krevde aksjekapitalinnskuddet.⁹¹

Slik skattefri omdanning til AS forutsetter at foretaket er et NUF. Et Ltd. med all virksomhet i Norge vil på bakgrunn av hovedseteteorien ikke lenger anses for å eksistere i Norge. Grunnlaget bak NUF'et har dermed falt bort, og med det også nødvendigvis NUF'et selv. Selve formålet med skattefritaket var at flere NUF'er skulle omdannes til AS.⁹² Når det ikke eksisterer et NUF i utgangspunktet som kan omdannes til et AS, er det heller ikke lenger grunnlag for å innvilge et

87. Jf. Forskrift om endring av forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 som nettopp hadde til formål å muliggjøre skattefri omdanning av NUF som skattemessig er hjemmehørende i Norge til aksjeselskap.

88. Jf. Forskrift om endring av forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14.

89. Se om selskapsrettslig omdanning punkt 4.3.2.2 nedenfor.

90. Roland Mörsdorf, Minstekrav til aksjekapital og modellvedtekter, Tff 1/2011, s. 16.

91. Tidligere var det krav om hele kr 100 000

92. Jf. Forskrift om endring av forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14.

slikt foretak fordelen med skattefrie overdragelse av verdiene til et AS.

For dagens engelske Ltd.'er som er registrert som NUF, vil det dermed være tryggest å omdanne NUF'et til et AS før Storbritannia faktisk endelig trer ut av EU/EØS-samarbeidet. Kun slik vil man være sikker på at man kan fortsette virksomheten i Norge under en foretaksform som gir begrenset ansvar, samt å overdra alle verdier skattefritt til foretaket i ny drakt.

4.3.2.2. Selskapsrettslig omdanning til AS

Når det gjelder *selskapsrettslig* omdanning, er det i lovs form kun lagt opp til en omdanning fra et AS til et ASA og omvendt.⁹³ Det vil si fra en norsk kapitalselskapsform til en annen. Det er derimot ikke lagt opp til en selskapsrettslig omdanning fra et utenlandsk registrert kapitalselskap til et norsk kapitalselskap. Det er ingen hjemmel i lov som åpner opp for at man selskapsrettslig kan omdanne et NUF til et AS.

Ønsker man å etablere seg som et AS i stedet, må altså NUF'et slettes, og et nytt AS stiftes. Dette krever at alle vilkårene som stilles til norske aksjeselskap må være innfridde, og det må være sendt en registermelding til Foretaksregisteret om å registrere et AS. Det tidligere NUF'et vil miste sin identitet underveis. For å oppnå fordelen med skattefrie overdragelse, må dette som beskrevet ovenfor skje pre Brexit.

93. Jf. aksjeloven § 15-1 og allmennaksjeloven § 15-1. Annerledes for eksempel i tysk rett hvor et personselskap kan delta i en slik omdanning etter den tyske transformasjonsloven "Umwandlungsgesetz", se Roland Mörsdorf, Formwechsel von Gesellschaften, publisert i Norsk-Tysk Handelskammers tidsskrift "Connect" 3/2014, s. 58, og nærmere om den tyske transformasjonsloven Roland Mörsdorf, Fisjon etter tysk rett sammenlignet med norsk fisjonsrett, NTS 2013:4, s. 15 flg.

4.3.2.3. Fra kapitalselskap til personselskap

Dersom NUF'ene selv ikke ønsker eller ikke kan omdannes til AS, må Foretaksregisteret foreta seg noe. Det er ikke klargjort i lov hva et foretak som ikke innfrir kravene til et AS skal klassifiseres som.

Etter tysk rett kan et utenlandsk kapitalselskap omgjøres⁹⁴ til et tysk personselskap.⁹⁵ Dette vil bli utfallet for et utenlandsk kapitalselskap fra utenfor EU/EØS-området, som etter hovedseteteorien ikke anses for å ha hovedsete i Tyskland. Selskapet vil da automatisk omgjøres til et personselskap eller enkeltpersonforetak.

I norsk rett er en slik omgjøring fra kapitalselskap til personselskap ikke behandlet nærmere. Det utenlandske selskapet – etter hovedseteteorien – vil imidlertid også i Norge bli ansett som oppløst, men likevel er det fortsatt en enhet med plikter og rettigheter, og denne enheten må behandles som noe. At et Ltd. registrert som NUF nå behandles som et personselskap tilsvarende som i tysk rett, er en plausibel løsning. Etter norsk rett er et selskap definert som en økonomisk virksomhet utøvet av to eller flere deltakere.⁹⁶ Et Ltd. som bedriver økonomisk virksomhet i Norge og hvor to eller flere deltakere er involvert, vil per definisjon være å anse som et selskap etter selskapsloven.

Dersom det kun er én person som driver økonomisk virksomhet, må dette være å anse som et enkeltpersonforetak, hvor eieren personlig hefter med hele sin formue for alle forpliktelser virksomheten måtte ha.⁹⁷

94. Ikke: "omdannes" etter den tyske transformasjonsloven "Umwandlungsgesetz".

95. Robert Freitag/Stefan Korch, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 29, 22. juli 2016, s. 1363.

96. Jf. selskapsloven § 1.

97. En slik omgjøring av et Ltd. med kun én aksjeeier til et enkeltpersonforetak er konsekvensen av Brexit etter tysk rett, se Teichmann/Knaier, Brexit – Was nun? Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht, Heft 6/2016, 15. desember 2016, s. 245.

4.3.2.4. Komplikasjoner

Verken personselskap eller enkeltpersonforetak har en tilsvarende ansvarsbegrensning som aksjeselskap, og disse formene er derfor normalt mindre attraktive. De som har etablert et Ltd. og operert i Norge gjennom et NUF, vil nå bli fratatt fordelene med begrenset ansvar. Man vil gripe inn i en etablert foretaksform, noe som kan hevdes å medføre en ulempe for de involverte.

På grunn av den inngripende karakteren er det desto viktigere at Foretaksregisteret har klare og tydelige kriterier for vurderingen. Dette krever et nytt regelverk eller nye retningslinjer. Som tidligere gjennomgått er det fortsatt mange uløste spørsmål knyttet til hovedseteteorien, og å få dette på plass vil ikke være en enkel oppgave.

Deretter blir spørsmålet hva Foretaksregisteret kan og skal foreta seg dersom de etter hovedseteteorien har kommet til at et foretak har sitt faktiske administrative senter i Norge uten å innfri kravene til norske kapitalselskap.

Et registrert foretak som opphører, eller dersom de øvrige vilkårene for registrering bortfaller, skal melde om dette til Foretaksregisteret og foretaket slettes.⁹⁸ Denne plikten påligger altså i utgangspunktet foretaket selv, men ofte foreligger ingen slik melding, og det er Foretaksregisteret som må sørge for å slette foretaket.

Ved sletting av NUF benyttes ofte hjemmelen for det man kaller "døde foretak".⁹⁹ Denne hjemmelen blir lagt til grunn i de tilfellene Foretaksregisteret har fått melding fra det engelske registeret Companies House om at et Ltd. med filial i Norge har blitt slettet.¹⁰⁰ Brexit vil imid-

lertid ikke få påvirkning for de eksisterende engelske Ltd.'ene i England, da England legger stiftelsesteorien til grunn.¹⁰¹ Ltd.'ene fortsetter å eksistere i England, og Companies House vil ikke sende slik melding til Foretaksregisteret. Etter foretaksregisterloven anses et foretak som "dødt" dersom registerføreren har grunn til å tro at et foretak er opphørt.¹⁰² Dette beror ikke på om virksomheten har opphørt, men om den *juridiske* personen har opphørt å eksistere, da Foretaksregisteret er ment å være en oversikt over nettopp juridiske personer.¹⁰³ Legger en hovedseteteorien til grunn, vil Ltd.'er registrert som NUF'er, men med det administrative senteret i Norge, post Brexit – etter norsk rett – anses for å ha opphørt å eksistere som juridisk person i Norge. Som følge anses NUF'et for å ha opphørt å eksistere og skal slettes i Foretaksregisteret.

Varsel om sletting skal da sendes av Foretaksregisteret til alle berørte foretak,¹⁰⁴ og som beskrevet innledningsvis, utgjør antall Ltd.'er i Norge per dags dato mer enn 8 000 foretak. Det er en betydelig jobb å kartlegge og deretter kontakte alle berørte. Den videre innhentingen og bearbeidingen av informasjonen vil ta store ressurser.

Selve selskapet som sådan vil heller ikke opphøre å eksistere ved at NUF'et slettes i Norge, da det er Ltd.'et i England som er det faktiske selskapet. Ltd.'et må i tillegg slettes for at forpliktelsene skal opphøre helt, og dette reguleres av engelsk rett.¹⁰⁵ For de mange nordmenn som har benyttet Ltd.'et som et postkasseselskap, kan dette by på problemer.

98. Jf. foretaksregisterloven § 4-1 andre ledd.

99. Jf. foretaksregisterloven § 7-3.

100. Foretaksregisteret er linket med Companies House og får automatisk meldinger i slike tilfeller, jf. Marit Wenda Kjærsvik, Norsk lovkommentar til foretaksregisterloven § 7-3.

101. Cordes mfl. Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 226.

102. Jf. foretaksregisterloven § 7-3 tredje ledd.

103. Jf. Ot.prp. nr. 50 (1984-85) s. 56.

104. Jf. Ot.prp. nr. 50 (1984-85) s. 56.

105. Hedvig Bugge Reiersen og Beate Sjøfjell, NUF-kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring, Tfr 2010, s. 457.

Etter at foretaket er slettet som NUF i Norge, vil det trolig etter norsk rett anses som et personselskap,¹⁰⁶ hvor det er deltakerne som hefter for selskapets forpliktelser. Det skjer imidlertid ingen automatisk innføring som personselskap i Foretaksregisteret uten en innsendt og godkjent registermelding. Personselskap som driver næringsvirksomhet, er imidlertid også registreringspliktige.¹⁰⁷ Etter en eventuell sletting av NUF'et må altså i utgangspunktet foretakene selv sørge for at en eventuell registermelding om personselskap sendes inn. Dersom det ikke gjøres og NUF'et blir slettet, blir spørsmålet blant annet hvem konkret som skal hefte for foretakets allerede pådratte forpliktelser.

Fordi foretaket som beskrevet trolig er å anse som et personselskap, vil de normale selskapsrettslige reglene komme til anvendelse. Dette er i utgangspunktet uproblematisk, da alle deltakerne hefter for selskapsforpliktelsene.¹⁰⁸ I praksis vil imidlertid dette kunne by på utfordringer når det dreier seg om et tidligere NUF, da man blant annet ikke vet hvem som faktisk er aksjeeier i Ltd.'et og i det tidligere NUF'et, nå deltakere i personselskapet. Dette kan være problematisk, blant annet fordi en kreditor etter å ha rettet krav mot selskapet kan kreve selskapsdeltakerne direkte.¹⁰⁹ Forutsetningen for å kunne gjøre dette er selvfølgelig at man vet hvem som er selskapsdeltakere, noe en ikke gjør med et tidligere NUF.

Det naturlige for en kreditor vil da være å rette et eventuelt ansvar mot den som opptrer i Norge i Ltd.'ets navn, til tross for at foretaket enda ikke er registrert som et personselskap. For den eller de personene som har vært foretakets representant, kan dette få store følger, da man med det tidligere Ltd.'et hadde begrenset risiko, noe som plutselig ikke er tilfelle lenger. Med ett

hefter man personlig for alle forpliktelser selskapet tidligere har pådratt seg.

Som denne drøftelsen har vist er det mange usikkerheter knyttet til en slik opprydning. Ikke bare vil det være svært ressurskrevende og tidkrevende for Foretaksregisteret, men det vil også medføre ulemper og økonomiske byrder for kreditorer og foretakene selv. Det er således ikke utenkelig at det kan føre til rettslige prosesser begrunnet i for eksempel beskyttelsen mot å bli fratatt en rettighet eller påført en økonomisk byrde.

5. Brexit som argument for stiftelsesteorien

5.1. Uheldig med to teorier

I praksis opererer man i Norge i dag parallelt med to forskjellige teorier for lovvalgsspørsmålet på selskapsrettens område. Stiftelsesteorien gjelder tvungent for selskap fra EU/EØS-området, og hovedseteteorien tradisjonelt for selskap som kommer fra land utenfor EU/EØS-området. Dette er uheldig, da det skaper lite forutsigbarhet og lite klarhet. Det er en kjent sak at dette er problematisk, og det er på høy tid at man får en endelig avklaring av spørsmålet.

5.2. Brexit foranlediger avklaring

Som denne artikkelen har drøftet utførlig, vil Brexit kunne føre til en rekke komplikasjoner i forbindelse med de mange engelske selskapene som eksisterer som NUF i Norge i dag. Disse problemene skyldes kun at Norge tradisjonelt har hovedseteteorien som hovedregel, men samtidig benytter stiftelsesteorien grunnet europaretslige forpliktelser, noe som fører til at en etter Brexit må tilbake til hovedseteteorien og med ett må behandle foretakene annerledes.

Tyskland tjener i så tilfelle som en god illustrasjon på alle problemene hovedseteteorien i praksis kan innebære. Der har situasjonen utviklet seg til å bli enda mer kompleks enn slik det er etter norsk rett i dag. I Tyskland gjelder for tilflyttede selskap stiftelsesteorien tvungent for selskap fra EU/EØS-området og hovedse-

106. Se ovenfor under punkt 4.3.2.3.

107. Jf. foretaksregisterloven § 2-1 (3).

108. Jf. selskapsloven § 2-4 (1).

109. Jf. selskapsloven § 2-4 (2).

teteorien for selskap som kommer fra stater utenfor EU/EØS-området. Utflyttende kapital-selskap fra Tyskland, det vil si selskap som allerede er stiftet som et tysk GmbH som kan sammenlignes med AS'et, eller som et tysk AG som tilsvare ASA'et,¹¹⁰ vil etter en lovendring fra 2008 fortsatt anerkjennes som tyske kapital-selskap i Tyskland, uavhengig av hvor de anses for å ha hovedsete.¹¹¹ For disse er det altså stiftelsesteorien en legger til grunn.¹¹² Derimot er dette annerledes for tyske personselskap som flytter ut. For disse foreligger det ingen spesi-fikk lov som endrer utgangspunktet om at det er hovedseteteorien som gjelder.¹¹³

Man ender opp med fire ulike situasjoner som alle må behandles ulikt: der selskap fra utenfor EU/EØS-området kommer til Tyskland, der selskap fra EU/EØS-området kommer til Tyskland, der kapital-selskap gyldige stiftet etter tysk rett drar ut av Tyskland, og der personselskap gyldig stiftet etter tysk rett drar ut av Tyskland. Med andre ord har Tyskland kommet opp i en svært uoversiktlig rettssituasjon. Mye

av det kaoset som har oppstått, grunnes Tysklands insisterende standpunkt om å beholde hovedseteteorien.

Samme komplekse situasjon kan fort bli utfallet også i Norge når det gjelder selskap som kommer fra enten stater utenfor eller innenfor EU/EØS-området dersom hovedseteteoriens lite håndfaste vurderingsmomenter forblir toneangivende for rettsutviklingen fremover.

Hadde en derimot benyttet stiftelsesteorien på generell basis og ikke bare for selskap som er stiftet i en EU/EØS-stat, ville man unngått denne problematikken helt. I motsetning til i Tyskland, hvor grensdragningen er endelig og uttalt,¹¹⁴ er ikke dette rettskraftig avgjort i Norge.

5.3. Konklusjon

Diskusjonen har pågått lenge nok, og som de mulige komplikasjonene i kjølvannet av en potensiell Brexit illustrerer, er situasjonen med to samtidige teorier ikke bare uheldig, men også uholdbar. Norge må få en endelig avklaring i lovvalgsspørsmålet på selskapsrettens område.

Norge vil fortsette å være bundet av stiftelsesteorien under europeisk rett overfor selskap fra EU-området. Dette kan vi ikke endre på, og som det fremgår ovenfor, synes det ikke å være gode nok grunner for å beholde hovedseteteorien for selskaper fra utenfor EU-området. Også utviklingen i nyere rettsteori tilsier at stiftelsesteorien generelt bør legges til grunn. Både problematikken med å benytte seg av to samtidige teorier, mulige kommende komplikasjoner etter Brexit samt den svekkede vekten av argumentene for hovedseteteorien, tilsier at stiftelsesteorien må gjelde generelt i Norge for lovvalgsspørsmålet på selskapsrettens område.

110. Se om GmbH'et og AG'et Roland Mörsdorf, Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv, NTS 2011:2, s. 1, 2.

111. Jf. tysk aksjelov "Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung" § 4a og tysk allmennaksjelov "Aktiengesetz" § 5.

112. I tillegg finnes det et tredje type kapital-selskap i tysk rett, såkalte KGaA som det i norsk rett ikke finnes et tilsvarende kapital-selskap for. Et KGaA er et kommandittselskap hvor kapitalen er delt opp i aksjer, med minst én deltaker – komplementaren – som har et ubegrenset – personlig – ansvar for selskapets forpliktelser, og minst én annen deltaker (kommandittaksjonær) som ikke er ansvarlig for selskapets forpliktelser. Etter tysk rett er et slikt KGaA et kapital-selskap, se Hüffer, Aktiengesetz, 11. utgave München 2014, § 278, Rn. 4. Også for dette selskapet legges etter lovendringen fra 2008 stiftelsesteorien til grunn, jf. tysk allmennaksjelov "Aktiengesetz" § 278 (3) og § 5.

113. Baumbach/Hopt, HGB, 36. utgave München 2014, § 106, Rn. 8 og Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 6: Internationales Gesellschaftsrecht, München 2013, § 52, Rn. 24.

114. Se avgjørelsene av den tyske høyesterett i sivilrett (Bundesgerichtshof) datert 8. september 2016 i saken III ZR 7/15 og allerede 27. oktober 2008 i saken II ZR 158/06.

Oppsummeringsvis er det altså stiftelsesteorien som må komme til anvendelse, både på samtlige – europeiske og andre utenlandske – tilflyttende selskaper, og alle – norske – utflyt-

tende selskaper.¹¹⁵ Et selskap er dermed alltid underlagt selskapsretten i det land selskapet er stiftet, uavhengig av selskapets tidligere, nåværende eller fremtidige hovedsete.

115. Giuditta Cordero Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Oslo 2013, s. 319 flg.