

# Utflytting av norske selskaper til Europa

## EU-domstolens Cartesio-avgjørelse i lys av hovedsete- og stiftelses/inkorporasjonsteorien



Rechtsanwalt, partner  
Dr. Roland Mörsdorf  
Advokatfirmaet Grette DA, Oslo

### 1. Innledning

EF-domstolen har nylig avsagt en avgjørelse<sup>1</sup> hvor det konkluderes med at den enkelte EF-medlemsstat kan forhindre at selskaper som er stiftet etter denne statens rett, flytter til en annen EF-medlemsstat. Dommen er basert på EF-traktaten art. 43 og art. 48 som tilsvarer EØS-avtalen art. 31<sup>2</sup> og

1. Avgjørelse datert 16. desember 2008 i saken C-210/06.
2. Art. 31 lyder som følger: »I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.  
Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, sær-

art. 34.<sup>3</sup> Dommen skal derfor etterleves også i Norge.<sup>4</sup> Dette innebærer at dagens

lig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.«

3. Art. 34 lyder som følger: »Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittel, skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i EFs medlemsstater eller EFTA-statene.«  
Ved selskaper skal forstås selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper, samt andre juridiske personer i offentlig- eller privatrettslig forstand, unntatt dem som ikke driver ervervs-messig virksomhet.«
4. EØS-avtalen art. 6. Se også Bråthen, Selskapsrett, Oslo, 2008, 3. utgave, s. 37, og Sundby, Det nye selskapsrettslige landskap. Lov og Rett 2005, s. 387, 388.

rettsopfatning, om at norske selskaper ikke kan flytte til andre EF- og EFTA<sup>5</sup>-medlemsstater<sup>6</sup> uten å oppløses og avvikles,<sup>7</sup> ikke er i strid med europeisk rett.

## 2. Den aktuelle saken

### a) Sakens faktiske side

Saken gjelder Cartesio, et ungarsk kommandittselskap (*betéti társaság*) stiftet etter ungarsk rett med sete i Ungarn. Selskapet hadde åpenbart også sitt operative virksomhetssete i Ungarn. Selskapets deltakere, én komplementar og én kommandittist, var ungarske statsborgere som var bosatt i Ungarn. I 2005 sendte selskapet en melding til det ungarske foretaksregisteret for å registrere et nytt operativt virksomhetssete i Italia. Foretaksregisteret nektet å foreta en slik registrering. Begrunnelsen var at det etter ungarsk rett ikke er mulig for et selskap å flytte sitt operative virksomhetssete til en annen EF-medlemsstat og samtidig forbli et ungarsk selskap. Hvis selskapet ønsker å flytte sin operative virksomhet til Italia, måtte selskapet, etter foretaksregisterets oppfatning, først oppløses og avvikles i Ungarn og deretter nystiftes etter italiensk rett.

### b) EF-domstolens vurdering

Generaladvokat Poiares Maduro konkluderte i sin uttalelse til EF-domstolen<sup>8</sup> med at nasjonale – som de ungarske – regler som forbyr og forhindrer at et selskap som er stiftet etter en EF-medlemsstats rett, flytter sitt hovedsete til en annen EF-medlemsstat, er i strid med EF-traktaten art. 43 og art.

48.<sup>9</sup> EF-domstolen var imidlertid av en annen oppfatning.

Etter EF-domstolens vurdering skal EF-traktaten art. 43 og art. 48 nemlig fortolkes slik at en EF-medlemsstats rett som forhindrer at et selskap som er stiftet etter denne medlemsstatens nasjonale rett, flytter sitt hovedsete til en annen EF-medlemsstat og samtidig forblir et rettssubjekt etter denne medlemsstatens rett, ikke er i strid med EF-traktaten art. 43 og art. 48. Etter den nye avgjørelsen kan den enkelte EF-medlemsstat altså forhindre at selskaper som er stiftet etter denne statens rett, flytter til en annen EF-medlemsstat. EF-domstolen konkluderte med at dette ikke er i strid med europeisk rett.<sup>10</sup>

EF-domstolen kom til at spørsmålet om hvorvidt EF-traktaten art. 43 skal anvendes på et selskap som påberoper seg den europeiske etableringsretten, i likhet med spørsmålet om en fysisk person er statsborger i en EF-medlemsstat og dermed kan påberope seg denne friheten, må løses etter nasjonal rett. Det finnes nemlig ingen ensartet definisjon i EF-retten av hvilke selskaper den europeiske etableringsretten gjelder for. Kun i de tilfeller hvor et selskap etter nasjonal rett kan påberope seg den europeiske etableringsretten, kan det stilles spørsmål ved om dette selskapet er konfrontert med en begrensning av denne etableringsretten som er i strid med EF-traktaten art. 43.<sup>11</sup>

EF-domstolen konkluderte videre med at en EF-medlemsstat derfor kan definere både den tilknytning som kreves for at et selskap skal anses for å være stiftet i samsvar med denne statens nasjonal rett og

5. Men EFTA-medlemsstater menes Norge, Island og Lichtenstein, se EØS-avtalen art. 2.

6. Og samtlige andre stater.

7. Se nedenfor under punkt 3. d).

8. Uttalelse datert 22. mai 2008.

9. Punkt 35 i generaladvokatens uttalelse.

10. Se nærmere s. 18 Sørensen, CARTESIO-dommen – et skridt frem og to tilbake i sagan om selskabers muligheder for fri bevægelighed, under punkt 2 – i dette heftet.

11. Punkt 109 i EF-domstolens avgjørelse.

dermed er omfattet av den europeiske etableringsretten, og den tilknytning som kreves for å forbli et rettssubjekt etter denne nasjonale retten. Dette omfatter muligheten for en EF-medlemsstat til ikke å tillate at et selskap som omfattes av dens nasjonale rett, forblir et rettssubjekt etter denne statens rett når selskapet ønsker å etablere seg i en annen EF-medlemsstat ved å flytte sitt hovedsete til denne andre EF-medlemsstaten og dermed bryte den tilknytningen som kreves etter stiftelsesstatens nasjonal rett.<sup>12</sup>

Avslutningsvis konkluderte EF-domstolen med at i de tilfeller hvor et selskap ønsker å flytte fra en EF-medlemsstat til en annen EF-medlemsstat ved å omdanne selskapet til et selskap som reguleres av den andre medlemsstatens rett, altså ved endring av hvilken rett som kommer til anvendelse, må skilles fra de tilfeller hvor et selskap ønsker å flytte selskapets sete til en annen EF-medlemsstat uten at selskapet samtidig endrer hvilken rett som kommer til anvendelse.<sup>13</sup> Med mindre det er begrunnet i tvingende alminnelige hensyn, vil nasjonale regler som forhindrer at et selskap flytter til en annen EF-medlemsstat ved en slik omdanning være i strid med EF-traktaten art. 43.<sup>14</sup> *Cartesio*-saken handlet imidlertid ikke om en utflytting ved omdanning, men om en vanlig utflytting av selskapets virksomhetssete. Alternativet som EF-domstolen åpnet for var derfor ikke aktuelt.

### 3. Rettsteori

#### a) Bakgrunn

Bakgrunn for *Cartesio*-saken, som også EF-domstolen viste til i sin avgjørelse,<sup>15</sup> var

12. Punkt 110 i EF-domstolens avgjørelse.
13. Punkt 111 i EF-domstolens avgjørelse.
14. Punkt 113 i EF-domstolens avgjørelse.
15. Punkt 105 i EF-domstolens avgjørelse.

spørsmålet hvilket tilknytningspunkt som er bestemmende for selskapsstatuttet (*lex societatis*). For å kunne fastsette et selskaps rettigheter og plikter, er det nemlig viktig å ta stilling til hvilken stats rett som kommer til anvendelse. Dersom et selskap er stiftet og registeret i en stat etter dens rettsregler, samt også har sitt hovedsete der, vil rettighetene og pliktene fastsettes etter denne statens rett. Hvis denne staten for eksempel er Norge, vil selskapet være norsk. Problematisk blir det først dersom et selskap er stiftet og registeret i én stat, mens hovedsetet befinner seg i eller flyttes til en annen stat.

I Norge er det fortsatt uenighet om hvilken stats rett som kommer til anvendelse,<sup>16</sup> og verken norsk lovgivning, rettspraksis eller rettsteori gir noe klart svar.<sup>17</sup> Det finnes hovedsakelig to konkurrerende teorier om hvilket tilknytningspunkt som er bestemmende for selskapsstatuttet.<sup>18</sup> Imidlertid går flere nyere uttalelser i retning av at det er hovedseteteorien<sup>19</sup> som er avgjørende.<sup>20</sup>

#### b) Hovedseteteorien

Etter hovedseteteorien er selskapsstatuttet retten i den stat hvor selskapet har sitt hovedsete.<sup>21</sup> Spørsmålet blir så hva som er selskapets hovedsete. Som regel tar man utgangspunkt i hvor selskapet har sin forretningsmessige virksomhet, hvor selskapet reelt sett styres fra, hvor hovedkontoret

16. Bråthen, *Selskapsrett*, Oslo, 2008, 3. utgave, s. 38.
17. Cordes/Stenseng, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, Oslo, 1999, s. 203, 204.
18. Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, Oslo, 2006, 2. utgave, s. 697.
19. Se nedenfor under punkt b).
20. Bråthen, *Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien? Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år*, 2007, s. 198, 199.
21. Cordes/Stenseng, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, Oslo, 1999, s. 203.

ligger og hvor selskapets har sin adresse.<sup>22</sup> Begrunnelsen for denne teorien er i all hovedsak rettspolitisk: For å unngå at et selskapet stiftes i en stat kun for å omgå lovgivning i den staten hvor virksomheten faktisk utøves («forumshopping»), bør selskapet underlegges retten i den staten hvor selskapets reelle ledelse er.<sup>23</sup> På denne måten sikrer hovedseteteorien at nasjonal rett til beskyttelse av minoritetsaksjonærer, kreditorer og ansatte kommer til anvendelse.<sup>24</sup> Problemet med denne teorien kan være å fastslå hvor og i hvilken stat selskapets hovedsete rent faktisk ligger.

Dersom hovedsetet reelt er flyttet fra en stiftelsesstat som følger hovedseteteorien, til en annen stat, vil retten i den nye staten utgjøre selskapsstatuttet.<sup>25</sup> Dette innebærer at et selskap som er stiftet i en stat som følger hovedseteteorien, automatisk vil oppløses ved flytting til en annen stat som følger den samme teorien. Den nye staten vil da bestemme om selskapet – etter den nye statens rett – skal betraktes som et rettssubjekt, og dersom så er tilfellet om selskapet skal betraktes som et kapitalselskap, et personselskap eller en annen organisasjonsform. Den nye staten bestemmer da også om selskapet i den nye organisasjonsformen i tillegg skal betraktes som en juridisk person.<sup>26</sup>

Dersom hovedsetet reelt er flyttet fra en stiftelsesstat som følger hovedseteteorien – slik at selskapet egentlig oppløses automa-

tisk ved utflytting –, til en annen stat som følger stiftelses/inkorporasjonsteorien,<sup>27</sup> viser den nye statens rett tilbake til stiftelsesstatens materielle rett (*renvoi*). Som regel godtar stiftelsesstaten en slik tilbakevisning, slik at både stiftelsesstaten og den nye staten betrakter selskapet som et selskap etter stiftelsesstatens rett.<sup>28</sup> Det kan imidlertid oppstå tvil dersom selskapet ikke lenger har noe faktisk tilknytningspunkt<sup>29</sup> til stiftelsesstaten. Enkelte rettsteoretikere mener at selskapet da vil oppløses i stiftelsesstaten og betraktes også som oppløst i den nye staten. Det siste skyldes tilbakevisningen til stiftelsesstatens rett.<sup>30</sup>

#### c) Stiftelses/inkorporasjonsteorien

Etter stiftelses/inkorporasjonsteorien er selskapsstatuttet retten i den stat hvor selskapet er stiftet og etter dens rett stiftelsen har foregått.<sup>31</sup> Den største fordel med stiftelses/inkorporasjonsteorien er at det er svært enkelt og uproblematisk å fastsette selskapsstatuttet. På den annen side kan stiftelses/inkorporasjonsteorien føre til problemer dersom et selskapet kun er stiftet i en bestemt stat for å omgå lovgivning i en annen stat, nemlig i den staten hvor selskapets virksomhet rent faktisk utøves.<sup>32</sup> EF-dom-

22. Gaarder/Lundgaard, Innføring i internasjonal privatrett, Oslo, 2000, 3. utgave, s. 187.

23. Gaarder/Lundgaard, Innføring i internasjonal privatrett, Oslo, 2000, 3. utgave, s. 187.

24. Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien? Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 207.

25. Cordes/Stenseng, Hovedlinjer i internasjonal privatrett, Oslo, 1999, s. 206.

26. I noen rettsordninger betraktes personselskaper ikke som juridiske personer.

27. Se nedenfor under punkt c).

28. Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Oslo, 2006, 2. utgave, s. 702.

29. Virksomhet, administrasjon, filial osv.

30. Se Peters, Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland, GmbHR 2008, s. 245, 246, og Preuß, Die Wahl des Sitzungssitzes im geltenden Gesellschaftsrecht und nach dem MoMiG-Entwurf, GmbHR 2007, s. 57, 60, til rettsituasjonen i Tyskland som tradisjonelt følger hovedseteteorien.

31. Gaarder/Lundgaard, Innføring i internasjonal privatrett, Oslo, 2000, 3. utgave, s. 186.

32. »Forumshopping«, se ovenfor under punkt b).

stolen<sup>33</sup> har imidlertid åpnet for at et selskap som utøver sin virksomhet helt eller delvis i en EF-medlemsstat, likevel kan stiftes i en annen EF-medlemsstat for å benytte seg av denne statens fordelaktige regler.<sup>34</sup>

Dersom et selskap flytter sitt hovedsete fra stiftelsesstaten som følger stiftelses/inkorporasjonsteorien, til en annen stat som også følger stiftelses/inkorporasjonsteorien, betrakter både stiftelsesstaten og den nye staten selskapet som et selskap etter stiftelsesstatens rett. Selskapsstatuttet endres altså ikke.

Dersom selskapet derimot flytter sitt hovedsete fra en stiftelsesstat som følger stiftelses/inkorporasjonsteorien, til en annen stat som følger hovedseteteorien, oppløses selskapet etter den nye statens regler. I de fleste tilfeller krever den nye staten at selskapet etablerer seg på nytt i samsvar med den nye statens rett.<sup>35</sup> Alternativt kan et kapital-selskap behandles som et person-selskap i den nye staten.<sup>36</sup> Dette forutsetter imidlertid at det i den nye staten ikke finnes formelle krav for å stifte et slikt person-selskap. Spørsmålet som da oppstår er hvordan selskapet skal behandles i stiftelsesstaten som følger stiftelses/inkorporasjonsteorien. Etter stiftelsesstatens rettsregler medfører flyttingen av selskapets hovedsete nemlig ikke en endring i selskapsstatuttet. På den annen side må stiftelses-

staten akseptere at selskapet flytter til en annen stat med den følge at selskapet oppløses eller behandles som et personselskap i den nye staten.

#### d) Myndigheter

Justisdepartementets lovavdeling var allerede i 1998 av den oppfatning at et aksjeselskap må ha en viss tilknytning til Norge for å kunne anses som norsk.<sup>37</sup> I de tilfeller hvor en så vesentlig del av selskapets ledelse og/eller administrasjon er flyttet til utlandet at det må anses som et brudd på regelen<sup>38</sup> om at hovedkontoret skal ligge i Norge,<sup>39</sup> er det på det rene at en slik utflytting vil være et ulovlig forhold som selskapet har plikt til å rette opp. Dette må enten skje ved tilbakeflytting eller ved at selskapet oppløses og avvikles. Et aksjeselskap kan med andre ord ikke flytte til utlandet uten en oppløsning og avvikling etter norsk aksjelov og en nystiftelse etter reglene i den stat hvor aksjeselskapet ønsker å flytte til.<sup>40</sup>

33. EF-Domstolens *Inspire Art*-avgjørelse datert 30. september 2003 i saken C-167/01, punkt 96. Se også for eksempel den tyske høyesterett i sivilsaker (*BGH*), avgjørelse datert 14. mars 2005 i saken II ZR 5/03.

34. Sundby, *Det nye selskapsrettslige landskap*, Lov og Rett 2005, s. 387, 397.

35. Se for eksempel den tyske høyesterett i sivilsaker (*BGH*) i 2000, avgjørelse datert 30. mars 2000 i saken VII ZR 370/98.

36. Se for eksempel den tyske høyesterett i sivilsaker (*BGH*) i 2002, avgjørelse datert 1. juli 2002 i saken II ZR 380/00.

37. Uttalelse vedrørende selskapsrettslige konsekvenser av å flytte et aksjeselskaps ledelse på styrenivå til utlandet datert 6. januar 1998 i saken jnr 97/11163 E TO/ØØ.

38. Se asl. § 2-2 første ledd nr. 2, og asal. § 2-2 første ledd nr. 3.

39. Uansett om man skal betrakte dette som et resultat av en tolking av begrepet "forretningskontor" i asl. § 2-2 første ledd nr. 2, eller som et utslag av ulovfestet rett.

40. Se også Woxholth, *Lovvalsreglene i selskapsforhold*, herunder legitimasjon og personlig erstatningsansvar overfor tredjemand, Lov og Rett 1993, s. 579, 588: Intet norsk selskap kan flyttes til utlandet uten forutgående oppløsning.

I senere uttalelser<sup>41</sup> har Justisdepartementet antatt at Norge legger til grunn hovedseteteorien.<sup>42</sup> Skattedirektoratet har i et notat om filialer (NUF – norskregistrert utenlandsk foretak)<sup>43</sup> vurdert spørsmålet om hvilken teori som skal anvendes og konkluderte under en viss tvil med at det er hovedseteteorien som gjelder.<sup>44</sup> Praksis fra Foretaksregisteret kan derimot trekke i retning at stiftelsesteorien skal legges til grunn.<sup>45</sup>

#### 4. Rettsfølger

##### a) Rettsituasjon

EF-domstolen benyttet ikke muligheten<sup>46</sup> til å konkretisere den europeiske etableringsretten og til å danne et system hvoretter eu-

ropeiske selskaper<sup>47</sup> står fritt til å flytte fra en EF- og EFTA-medlemsstat til en annen.<sup>48</sup> For Norge innebærer EF-domstolens avgjørelse at norske myndigheter fortsatt kan forhindre at norske selskaper flytter fra Norge til andre EF- eller EFTA-medlemsstater. Norske selskaper har derfor – etter europeisk rett – fortsatt ikke adgang til å flytte fra Norge til andre EF- og EFTA-medlemsstater. Etter dagens rettsoppfatning, som er ikke i strid med europeisk rett etter den nye avgjørelsen av EF-domstolen, kan dermed et selskap ikke stiftes etter norsk rett og deretter flytte til en annen EF- og EFTA-medlemsstat og samtidig forbli et rettssubjekt som omfattes av norsk selskapsrettslovgivning. Et selskap må derfor opprettholde en viss tilknytning til Norge for å kunne stiftes etter norsk rett og for å bli ansett som et norsk selskap.<sup>49</sup> Med andre ord må en vesentlig del av selskapets ledelse og/eller administrasjon stasjoneres i Norge. Grunnet den nye avgjørelsen av EF-domstolen er reglene i norsk selskapsrettslovgivning om at et norsk selskaps hovedsete skal ligge i Norge,<sup>50</sup> heller ikke i strid med europeisk rett. Norsk selskapsrettslovgivning<sup>51</sup> behøver derfor ikke å endres. Norske selskaper kan etter dagens rettsoppfatning og lovgivning fortsatt ikke flytte til

41. Brev om »EU-kommisjonens planlagte forslag til det fjortende selskapsrettsdirektiv (transfer of the registered office of a company) – høring i form av internettkonsultasjon« fra 18. mars 2004; Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001) (SE-loven) s. 6.

42. Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien? Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 205.

43. Skatteetatens arbeidsgruppe: NUF – registrering av utenlandske foretak i Norge, 8. februar 2006.

44. Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien? Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 205.

45. Bråthen, Selskapsrett, Oslo, 2008, 3. utgave, s. 39.

46. I motsetning til hva mange hadde forventet, se for eksempel Werner, Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach »Cartesio« und »Trabrennbahn«, GmbH 2009, s. 191, 193, og Teichmann, Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, s. 393, 394. Se også Sørensen, EF-Domstolens seneste praksis om selskapsrett NTS 2008:2, s. 20, 27.

47. Som er stiftet etter reglene i en EF- eller EFTA-medlemsstat.

48. EF-domstolens oppfatning kritiseres også av Knof/Mock, ZIP 2009, s. 30, 31.

49. Se ovenfor under punkt 3. d).

50. Sel. § 1-3 som gjelder ansvarlige selskaper (ANS) og kommandittselskaper (KS): Et selskap omfattes av loven »når det har sitt hovedkontor i riket«. Asl. § 2-2 første ledd nr. 2 og asal. § 2-2 første ledd nr. 3 som gjelder aksjeselskaper (AS) og allmennaksjeselskaper (ASA): Vedtektene skal minst angi »den kommunen i riket hvor selskapet skal ha sitt forretningskontor«.

51. Og annen norsk lovgivning, herunder foretaksregisterloven og skatterettslovgivning.

andre EF- og EFTA-medlemsstater<sup>52</sup> uten oppløsning og avvikling i Norge.

Det andre alternativet som EF-domstolen viste til,<sup>53</sup> hvoretter et selskap som ønsker å flytte fra en EF- og EFTA-medlemsstat til en annen omdannes til et selskap som reguleres av den andre medlemsstatens rett, kan ikke betraktes som en reelt alternativ. En slik omdanning medfører nemlig at selskapet ikke forblir et rettssubjekt etter hjemstatens rett. Selv om selskapet – som rettssubjekt – ved en omdanning muligens forblir identisk med det opprinnelige selskapet, vil det ikke lenger være et rettssubjekt i hjemstaten og derfor miste sin nasjonale status. Det er ingen tvil om at dette kan resultere i negative og uønskede selskapsrettslige konsekvenser for selskapet og dets deltakere. Dessuten er det tenkelig at et selskap av andre grunner ønsker å beholde sin selskapsrettslige status, eksempelvis på grunn av skatte- og markedsføringshensyn. Før et selskap flytter fra en EF- og EFTA-medlemsstat til en annen, bør selskapet derfor foreta en grundig avveining av de fordeler og ulemper som oppstår når selskapet mister sin nasjonale selskapsrettslige status. Selskapet står altså i realiteten ikke fritt til å flytte til en annen EF- og EFTA-medlemsstat.

#### b) Teorier

Avgjørelsen fra EF-domstolen innebærer at hovedseteteorien kan anvendes ved utflytting av norske selskaper fra Norge til andre EF- og EFTA-medlemsstater.<sup>54</sup> Dette innebærer at norske selskaper kan oppløses ved

utflytting til andre EF- og EFTA-medlemsstater. Norske myndigheter – etter europeisk rett – behøver ikke å endre sin rettsopfatning på dette punkt.

Norge må imidlertid anerkjenne selskaper som er lovlig stiftet i andre EF- og EFTA-medlemsstater,<sup>55</sup> samt godta at selskaper fra andre EF- og EFTA-medlemsstater flytter til Norge. Etter hovedseteteorien ville selskapene oppløses ved flytting til Norge. Grunnet den europeiske etableringsretten og EF-domstolens rettspraksis,<sup>56</sup> kan hovedseteteorien derfor ikke anvendes ved slike innflyttinger. Norske myndigheter som følger hovedseteteorien, kan således ikke ensidig legge hovedseteteorien til grunn slik at lovlig stiftede selskaper fra andre EF- og EFTA-medlemsstater ikke godkjennes som ramme for næringsvirksomhet i Norge.<sup>57</sup> For slike europeiske innflyttinger til Norge kommer derimot stiftelses/inkorporasjonsteorien til anvendelse. Norge behøver imidlertid ikke å godta at selskaper fra stater som ikke er EF- eller EFTA-medlemmer, flytter til Norge. Hovedseteteorien kan følgelig anvendes på slike innflyttinger, slik at selskaper fra ikke-medlemsstater kan oppløses ved flytting til Norge.

Denne rettssituasjonen hvor forskjellige teorier kan anvendes ved innflytting av selskaper fra ulike stater, nemlig stiftelses/inkorporasjonsteorien ved innflytting fra EF- og EFTA-medlemsstater på den ene siden

52. Og samtlige andre stater med mindre noe annet er avtalt i bilaterale eller internasjonale avtaler.

53. Punkt 113 i EF-domstolens avgjørelse.

54. Og samtlige andre stater med mindre noe annet er avtalt i bilaterale eller internasjonale avtaler.

55. Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien? Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 209.

56. *Centros* (avgjørelse datert 9. mars 1999 i saken C-212/97), *Überseering* (avgjørelse datert 5. november 2002 i saken C-208/00) og *Inspire Art* (avgjørelse datert 30. september 2003 i saken C-167/01).

57. Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien? Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue 70 år, 2007, s. 198, 209.

og hovedseteteorien ved innflytting fra samtlige andre stater på den andre siden,<sup>58</sup> er uheldig. Det er også uheldig at hovedseteteorien kan anvendes ved samtlige utflyttinger av norske selskaper fra Norge til andre stater, herunder EF- og EFTA-medlemsstater, mens samme teorien ikke kan anvendes ved alle typer innflyttinger til Norge. Dette skyldes at stiftelses/inkorporasjonsteorien nødvendigvis kommer til anvendelse ved innflytting fra andre EF- og EFTA-medlemsstater. Videre er det problematisk at ulike norske myndigheter orienterer seg til forskjellige teorier.<sup>59</sup>

For å oppnå ensartede teorier i norsk rett og en tilsvarende praksis av norske myndigheter, som i tillegg er i samsvar med europeisk rett, og fordi det internasjonalt er en klar tendens i retning av stiftelses/inkorporasjonsteorien,<sup>60</sup> bør man i stedet anvende stiftelses/inkorporasjonsteorien ved samtlige typer innflyttinger og utflyttinger av selskaper til og fra Norge.<sup>61</sup> En konsekvent anvendelse av én teori vil også gi større forutberegnelighet og derfor bedre rettsikkerhet. Ettersom stiftelses/inkorporasjonsteorien har et klart tilknytningspunkt, nemlig retten i den stat hvor selskapet ble stiftet,<sup>62</sup> bør denne teorien anvendes.

58. En slik forskjellsbehandling gjøres av den tyske høyesterett i sivilsaker (*BGH*), se for eksempel avgjørelsen datert 27. oktober 2008 i saken II ZR 158/06.

59. Justisdepartementet og Skattedirektoratet: hovedseteteorien, Foretaksregisteret: stiftelses/inkorporasjonsteorien.

60. Bråthen, Selskapsrett, Oslo, 2008, 3. utgave, s. 39.

61. I for eksempel Tyskland som tradisjonelt har fulgt hovedseteteorien, ble det allerede i 2008 fremlagt et utkast til en ny lov om internasjonal selskapsrett. Etter lovforslaget skal stiftelses/inkorporasjonsteorien anvendes på samtlige ut- og innflyttinger av selskaper, dvs. uavhengig av om det er tale om et EU-/EFTA-selskap eller ikke. Dersom lovforslaget blir vedtatt, vil derfor stiftelses/inkorporasjonsteorien bli kodifisert i Tyskland. Se Knof/Mock, Der Referentenentwurf zur Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrechts – die »halbe Wahrheit«, *GmbHR* 2008, R65, og Mülsch/Nohlen, Die ausländische Kapitalgesellschaft und Co. KG mit Verwaltungssitz im EG-Ausland, *ZIP* 2008, s. 1358, 1361, og Eberspächer, Unternehmerische Mitbestimmung in zugezogenen Ausländsgesellschaften: Regelungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers, *ZIP* 2008, s. 1951. Lovforslaget er én av grunnene til hvorfor den tyske høyesterett i sivilsaker (*BGH*) ikke vil endre sin rettspraksis, altså anvendelse av stiftelses/inkorporasjonsteorien ved innflytting av EF-/EFTA-selskaper og anvendelse av hovedseteteorien ved innflytting av selskaper fra samtlige andre stater. Tysk høyesterett vil heller avvente en vedtakelse av lovgiver, se avgjørelsen datert 27. oktober 2008 i saken II ZR 158/06 (punkt I. 1. b) cc).

62. Se ovenfor under punkt 3. c).