



UiT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Dokumentavgift ved utflytting av aksjeselskap

Ørjan Walseth

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2015

Antall ord: 16 287



Innhold

1. Innledning	4
1.1. Oppgavens tema og problemstillinger	4
1.2. Avgrensning.....	5
1.3. Den videre framstilling	6
2. Utflytting av aksjeselskaper	8
2.1. Generelt	8
2.2. Stiftelsesteorien eller hovedseteteorien	9
2.3. Utflyttingssituasjonen	15
2.4. Konsekvens av selskapsutflytting.....	18
2.5. Oppsummering om utflytting av aksjeselskaper	19
3. Grenseoverskridende fisjon og fusjon	21
4. Dokumentavgift	25
4.1. Innledning.....	25
4.2. Rettslig grunnlag og begrunnelsen for dokumentavgift	25
4.3. Dokumentavgift i utflyttingssituasjonene.....	26
4.3.1. Dokumentavgift påløper ved tinglyst hjemmelsoverføring	26
4.3.2. Dokumentavgift ved utflytting med skatterettslig kontinuitet	28
4.4. Avgiftsfritak etter dokumentavgiftsloven § 3.....	31
4.5. Oppsummering om dokumentavgift ved utflytting	32
5. Utflytting av aksjeselskap og EØS-avtalens etableringsregler	33
5.1. Innledning.....	33
5.2. Kort presentasjon av EØS-avtalens regler om etableringsfrihet	33
5.3. Selskapsrettslig likvideringsplikt og etableringsfriheten.....	34
5.4. Dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap og etableringsfriheten.....	38
5.4.1. Innledning.....	38
5.4.2. Etableringsfrihetens anvendelsesområde ved dokumentavgift etter selskapsutflyttinger.....	38

5.4.3.	Restriksjonsforbud	43
5.4.4.	Traktatfestet unntak fra restriksjonsforbudet	47
5.4.5.	Ulovfestet unntak fra restriksjonsforbudet	48
5.5.	Sammenfatning og konklusjon	51
6.	Konsekvens av at dokumentavgift er uforenelig med etableringsfriheten	52
7.	Avslutning	53
7.1.	Bemerkninger	53
7.2.	Sammenfatning og nye problemstillinger.....	53
7.3.	Alternative avgiftsfrie selskapsutflyttinger	56
8.	Kilderegister	60

1. Innledning

1.1. Oppgavens tema og problemstillinger

Oppgavens tema er utflytting av aksjeselskap og allmennaksjeselskap (aksjeselskaper) fra Norge til en annen EØS-stat.¹ Med utflytting forstås i hovedsak to typetilfeller. Det ene tilfellet er der et aksjeselskap som helhet flytter ut av Norge (helhetlig utflytting). Det andre tilfellet er der et aksjeselskap utflytter som følge av en grenseoverskridende fisjon eller fusjon. De relevante fisjon- og fusjonstilfellene for oppgaven er der et overdragende aksjeselskap er norsk, og der et eller flere av de overtakende selskap skal videreføres i en annen EØS-stat. Utflytting av aksjeselskaper reiser selskaps-, avgifts- og EØS-rettslige spørsmål, og det er slike spørsmål som behandles i oppgaven.

En selskapsrettslig problemstilling ved helhetlig utflytting er om aksjeselskapet mister sin juridiske identitet i Norge etter utflyttingen. Dette er et spørsmål om aksjeselskapet i forbindelse med utflyttingen likvideres som et norsk selskapsrettslig subjekt. Dersom det utflyttede aksjeselskapet likvideres, kan dette medføre avgiftsrettslige konsekvenser. I tillegg vil utflytting av aksjeselskap gjennom grenseoverskridende fisjon og fusjon behandles. Også når et overtakende utenlandsk selskap overtar eiendeler, rettigheter og forpliktelser fra et overdragende norsk aksjeselskap ved grenseoverskridende fisjon og fusjon oppstår det avgiftsspørsmål.

Det avgiftsrettslige spørsmålet som skal behandles er om utflyttinger av aksjeselskap kan medføre plikt til å svare dokumentavgift ved tinglyst overføring av grunnbokshjemmelen til et aksjeselskaps faste eiendom, jf. lov 12. des. 1975 nr. 59 om dokumentavgift (dokumentavgiftsloven) § 1 jf. forskrift 15. desember 2014 nr. 1724 om Stortingets vedtak om særavgifter til statskassen for budsjettåret 2015 kapittel 5565 post 70 (Stortingets vedtak om dokumentavgift) § 1. Etter Stortingets vedtak om dokumentavgift § 1 svares dokumentavgift ved tinglysing «av dokument som overfører hjemmel til fast eiendom». Dersom aksjeselskapet likvideres etter helhetlig utflytting og aksjonærene vil videreføre selskapet i utlandet, er utgangspunktet at aksjonærene må stifte et nytt selskap i utlandet. Etter likvidering av aksjeselskapet oppstår spørsmål om tinglyst overføring av aksjeselskapets grunnbokshjemler til et nystiftet utenlandsk selskap er dokumentavgiftspliktig.

¹ «Aksjeselskap» benyttes i oppgaven som fellesbetegnelse på aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Behandles bare en av aksjeselskapsformene presiseres dette særskilt.

Problemstillingen ved grenseoverskridende fisjon og fusjon vil være om tinglyst overdragelse av fast eiendom fra et overdragende norsk aksjeselskap til et overtakende utenlandsk selskap er dokumentavgiftspliktig.

Både spørsmålet om likvidering ved helhetlig utflytting, adgangen til grenseoverskridende fisjon og fusjon og spørsmålet om dokumentavgift i utflyttingstilfellene, behandles også i lys av reglene om etableringsfrihet i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

1.2. Avgrensning

Ved utflytting av aksjeselskap kan det også oppstå andre skatte- og avgiftsrettslige spørsmål enn dokumentavgift ved tinglysing. Lov 26. mars 1999 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 10-71 har regler om skatteplikt for gevinst på eiendeler mv. ved utflytting av selskap. Skattelovens regler om utflyttingsskatt har vært underlagt en rekke endringer for å harmonere med EØS-retten. Regelverket om indirekte skatter, blant annet dokumentavgift, har ikke i like stor grad vært underlagt endringer med hensyn til EØS-avtalen.

En annen avgift som kan oppstå ved utflytting av aksjeselskap er omregistreringsavgift for motorvogner. Etter lov 19. juni 1959 nr. 2 om avgifter vedrørende motorkjøretøyer og båter § 1 første ledd jf. forskrift 15. desember 2014 nr. 1724 kapittel 5536 post 75 § 1 skal det svares avgift til «statskassen ved omregistrering» av motorkjøretøyer. Avgiftsplikten oppstår ved omregistrering av motorvogn på ny eier i motorvognregisteret, jf. forskrift 2. juli 1986. nr. 1430 om omregistreringsavgift § 1. På samme måte som for dokumentavgift, kan en problemstilling ved helhetlige utflytting være om omregistrering fra et norsk aksjeselskap til et nystiftet utenlandsk selskap er avgiftspliktig. Tilsvarende kan avgiftsplikt problematiseres ved omregistrering av motorvogn fra et norsk overdragende aksjeselskap til et utenlandsk overtakende selskap i forbindelse med grenseoverskridende fisjon og fusjon.

Dokumentavgift etter utflytting av aksjeselskap kan også drøftes i lys av andre EØS-regler, og da særlig reglene om fri bevegelse av kapital og forbud mot statsstøtte. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har for eksempel konkludert med at fritak fra dokumentavgift ved

omorganiseringen av Statsbygg, med påfølgende tinglyste hjemmeloverføringer til statsaksjeselskapet Entra Eiendom AS, var ulovlig statsstøtte.²

Selv om utflytting av aksjeselskaper reiser mange rettslige spørsmål, vil jeg i det følgende kun drøfte problemstillingene om dokumentavgift og etableringsfriheten.

1.3. Den videre framstilling

I den videre framstilling vil jeg i kapittel 2 drøfte om, og eventuelt på hvilke vilkår, et aksjeselskap likvideres ved utflytting fra Norge. Deretter vil jeg i kapittel 3 behandle adgangen til utflytting av et norsk aksjeselskap ved grenseoverskridende fisjon og fusjon. Bakgrunnen for at jeg behandler selskapsutflyttingene først er at disse kapitlene danner rammene for kapittel 4, der jeg drøfter om selskapsutflyttingene kan resultere i en plikt til å svare dokumentavgift. I kapittel 5 vurderer jeg om de norske reglene om selskapsutflytting og dokumentavgift er forenelig med EØS-avtalens krav etter etableringsfriheten, før jeg i kapittel 6 redegjør for konsekvensen av at de norske reglene eventuelt er i strid med EØS-avtalen.

Arnesen og Stenvik har framhevet som en metodisk riktig framgangsmåte ved rettsspørsmål som reguleres av norsk rett og folkerett, at de folkerettslige kravene til norsk rett klarlegges først, for deretter å konfrontere tolkningsresultatet av folkeretten med nasjonale rettskildefaktorer.³ Framgangsmåten er begrunnet i at en fastlegging av folkerettens krav vil ha betydning for hvordan nasjonale rettskilder skal tolkes. Dette på grunn av presumsjonsprinsippet som innebærer at norsk rett så vidt mulig skal gis et innhold som samsvarer med Norges folkerettslige forpliktelser.⁴ For å kunne anvende presumsjonsprinsippet korrekt hevdes det at de folkerettslige kravene til norsk rett må klarlegges før de nasjonale rettskildefaktorene anvendes.

Min framstilling avviker fra denne tilnærmingen. Når jeg velger å behandle de nasjonale rettskildene først, er det fordi at denne framgangsmåten konkretiserer hvilke problemtilfeller som er relevante å vurdere i lys av etableringsfriheten. Oppgavens rammer tillater ikke en generell redegjørelse for kravene etableringsfriheten stiller ved utflytting av aksjeselskap, for deretter en vurdering av de enkelte problemstillinger etter norsk rett i lys av folkerettens krav.

² <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/other/nr/830>.

³ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Oslo 2009, s. 66.

⁴ *ibid.* s. 67.

Jeg viser også til at Høyesterett i spørsmål om norsk rett oppfyller folkerettens krav har stilt seg fritt til om de behandler nasjonale eller internasjonale rettskilder først. I Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) startet Høyesterett med å tolke den norske bilansvarsloven⁵ for deretter å ta stilling til de folkerettslige krav etter tre EØS-direktiv. Et motsatt eksempel er Rt. 2012 s. 752 om spørsmål om straff etter motorferdselloven⁶. Der presiserte Høyesterett at ved tolkningen av straffebudet er det sett hen til de krav til lovhjemmel EMK⁷ art. 7 stiller.⁸

⁵ Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer.

⁶ Lov 10. juni 1972 om motorferdsel i utmark og vassdrag.

⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vedtatt 4. November 1950.

⁸ Rt. 2012 s. 752 avsnitt 25-26.

2. Utflytting av aksjeselskaper

2.1. Generelt

Spørsmålet om aksjeselskapet skal likvideres ved helhetlig utflytting har nær sammenheng med hvilket lands rett aksjeselskapet er underlagt. Utgangspunktet i Norge og andre land er at selskaper reguleres av selskapets hjemlands rett (selskapsstatuttet).⁹ Det er to hovedteorier om hvilke tilknytningskriterier som bestemmer et selskaps hjemsted, og dermed hvilket lands selskapsrett som kommer til anvendelse på selskapet. Teoriene blir kalt stiftelses- og hovedseteteorien.

Stiftelsesteorien, eller inkorporasjonsteorien, går ut på at selskapet reguleres av selskapsretten i det landet hvor selskapet er stiftet, eventuelt hvor selskapet er registrert (formell tilknytning).¹⁰ Det betyr at selskapet kan flyttes ut av stiftelsesstaten, men fortsatt være underlagt stiftelsesstatens selskapslovgivning. Etter hovedseteteorien er det selskapsretten der selskapet har sitt hovedsete som er avgjørende (reell tilknytning).¹¹ Når hovedsetet til et selskap flyttes fra en hjemstat som følger hovedseteteorien, vil retten i mottakerstaten utgjøre selskapsstatuttet.¹² Dette innebærer at et selskap som flytter fra en hjemstat som følger hovedseteteorien likvideres i hjemstaten.¹³

Det er viktig å bemerke at stiftelses- og hovedseteteorien bare er navn på samlebetegnelser på resultatet av ulike reguleringer for å avgjøre selskapets hjemsted. Hvilke regler og vilkår som gjelder for at et aksjeselskap skal være selskapsrettslig hjemmehørende i Norge må derfor bero på en rettsdogmatisk analyse. I det følgende vil jeg i punkt 2.2 drøfte om norsk selskapsrett følger en stiftelses- eller hovedseteteori når et aksjeselskap flytter ut av Norge. I forlengelsen av 2.2 vil jeg i punkt 2.3 behandle utflyttingssituasjonen, dvs. konkret når et norsk aksjeselskap ikke lenger er hjemmehørende i Norge og dermed bryter med det norske selskapsstatuttet. Deretter vurderer jeg i punkt 2.4 rettsvirkningen av et aksjeselskaps brudd på norske selskapsstatutter.

⁹ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006, s. 694.

¹⁰ Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 4. utgave, Oslo 2013, s. 41.

¹¹ *l.c.*

¹² Roland Mörsdorf, «Utflytting av norske selskaper til Europa», *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret*, 2009 nr. 1 og 2 s. 28-36 (s. 31).

¹³ *l.c.*

2.2. Stiftelsesteorien eller hovedseteteorien

Det første spørsmålet ved helhetlig utflytting av aksjeselskap er hvilke tilknytningskrav som gjelder for at aksjeselskapet skal være underlagt norske selskapsstatutter. Dette er et spørsmål om norsk aksjeselskapsrett følger en hovedsete- eller stiftelsesteori.

Aksjeselskaper reguleres henholdsvis av lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven). Når aksjeloven og allmennaksjeloven korresponderer vil jeg av hensyn til framstillingen henvise til «aksjelovene». Det framkommer ikke eksplisitt av aksjelovene når et aksjeselskap er hjemmehørende i Norge og derav underlagt norsk aksjeselskapsrett. Stiftelsen av aksjeselskap er imidlertid regulert i aksjelovens kapittel 2. Aksjelovene § 2-1 første ledd første punktum bestemmer at for å stifte et aksjeselskap skal det opprettes et stiftelsesdokument.

Stiftelsesdokumentet skal inneholde aksjeselskapets vedtekter etter aksjelovene § 2-2 og de minstekrav til stiftelsesdokumentet som følger av aksjelovene § 2-3, jf. aksjelovene § 2-1 første ledd annet punktum. Aksjelovene § 2-9 bestemmer at aksjeselskapet er stiftet når alle stifterne har datert og undertegnet stiftelsesdokumentet.

Etter lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak (foretaksregisterloven) § 2-1 første ledd nr. 1 og nr. 2 er aksjeselskaper registreringspliktig i foretaksregisteret.

Foretaksregisterloven § 4-1 første ledd annet punktum bestemmer at aksjeselskapet skal være meldt til foretaksregisteret senest tre måneder etter undertegnelsen av stiftelsesdokumentet.

Dersom aksjeselskapet ikke er meldt til foretaksregisteret innen tre måneder, kan ikke selskapet registreres og forpliktelsene etter stiftelsesdokumentet bortfaller, jf. aksjelovene § 2-18 tredje ledd.

Stiftelsesreglene i aksjelovene og registreringsplikten etter foretaksregisterloven tilsier at norske aksjeselskaper må være stiftet og registrert i Norge for å være et norsk aksjeselskap underlagt norske selskapsstatutter. I det følgende legges det til grunn at et aksjeselskap er lovlig stiftet og registrert etter aksjelovene og foretaksregisterloven. Spørsmålet er om norske selskapsstatutter godtar, og eventuelt på hvilke vilkår, at et aksjeselskap som er stiftet og registrert i Norge flytter hovedsete til utlandet.

Hvilken reell tilknytning et aksjeselskap må ha til Norge er ikke regulert direkte i aksjelovene. Av aksjeloven § 2-2 første ledd nr. 2 og allmennaksjeloven § 2-2 første ledd nr. 3 framgår

imidlertid at selskapets vedtekter skal angi «den kommune i riket hvor selskapet skal ha sitt forretningskontor». Bestemmelsen indikerer at et aksjeselskap må ha et forretningskontor i Norge.

Høyesterett tok i Rt. 1991 s. 943 stilling til hvilke krav som stilles til et «forretningskontor» i aksjeloven § 2-2. Saken gjaldt krav fra aksjonær om tilbakeflytting av en lokalavis til vedtektsbestemt forretningskommune. Lokalavisen hadde beholdt en heltidsansatt i den vedtektsbestemte kommunen. Den ansatte betjente sentralbordet, kundekontakt, annonsemottak og salg av abonnementer. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt dette kontoret tilfredsstilte aksjelovens krav til «forretningskontor».

Høyesterett fastslo at aksjeselskapets *hovedkontor* ikke behøver å ligge i den kommunen hvor selskapet skal ha sitt *forretningskontor*.¹⁴ Spørsmålet var hva som krevdes av kontoret i den vedtektsbestemte kommunen. Om tolkingen av «forretningskontor» framgikk av Høyesteretts avgjørelse at:

«[B]estemmelsen i aksjeloven § 2-2 første ledd nr.2 - sett i sammenheng med kravet om offentlig registrering - først og fremst søke[r] sin begrunnelse i behovet for å gjøre selskapet tilgjengelig, for aksjonærene, for andre private interesser og for offentlige myndigheter.»¹⁵

Avgjørelsen indikerer at et vedtektsbestemt forretningskontor må ivareta hensynet til aksjeselskapets tilgjengelighet overfor omverdenen. Uten nærmere drøftelse konkluderte Høyesterett med at kontoret i kommunen tilfredsstilte de interesser aksjeloven § 2-2 første ledd nr. 2 bygger på, slik at kontoret var et «forretningskontor». Kravet om tilbakeflytting av hovedvirksomheten til den vedtektsfestede kommunen ble derfor ikke tatt til følge.

Spørsmålet for Høyesterett omhandlet flytting av aksjeselskap internt i Norge. Hva gjelder grenseoverskridende flyttinger reserverte Høyesterett seg i et obiter dictum ved «at jeg med dette ikke har tatt standpunkt til innholdet av lovens begrep forretningskontor i relasjon til det interlegale spørsmål om når et selskap skal anses som norsk og norsk lov anvendes.»¹⁶ Hvilke

¹⁴ Rt. 1991 s. 943 (s. 946).

¹⁵ Rt. 1991 s. 943 (s. 946).

¹⁶ Rt. 1991 s. 943 (s. 946).

reelle tilknytningskrav aksjeselskapet må oppfylle for å være underlagt norsk selskapsstatutt beror derfor på andre rettskildefaktorer.

I lov 6. juli 1957 nr. 4 om aksjeselskaper (opphevet) fantes det bestemmelser om utenlandske selskapers adgang til å drive virksomhet i Norge. Før et utenlandsk aksjeselskaps avdeling kunne starte virksomhet i Norge var anmeldelse til handelsregisteret påkrevd, jf. § 127 første ledd. Etter § 127 tredje ledd skulle det med anmeldelsen følge en bekreftelse fra «utenlandske registerfører eller tilsvarende myndighet om at selskapet er lovlig stiftet og har sitt hovedkontor i utlandet.» Bestemmelsene synes å forutsette at selskaper med «hovedkontor i utlandet» var å anse som utenlandske selskaper, og dermed ikke underlagt norsk selskapsstatutt. En antiteseslutning tilsier derfor at norske aksjeselskaper etter aksjeloven av 1957 måtte ha hovedkontor i Norge. Bestemmelsene ble ikke videreført i lov 4. juli 1976 om aksjeselskaper (opphevet), og finnes heller ikke i de gjeldende aksjelover fra 1997. Forarbeidene til de gjeldende aksjelover har ikke behandlet spørsmålet om aksjeselskapets tilknytningskrav til Norge. Om forutsetningene i de tidligere aksjelovene har Andenæs uttalt at disse har «liten betydning for valget mellom stiftelses- og seteteorien»^{17, 18}

Forutsetningen i aksjeloven av 1957 om at aksjeselskap måtte ha hovedkontor i Norge, kan det nå søkes støtte for i foretaksregisterloven. Foretaksregisterloven § 1-2 bestemmer at «[m]ed norske foretak menes i denne lov ethvert foretak med hovedkontor i Norge eller på norsk kontinentalsokkel. Andre foretak er utenlandske.» Aksjeselskaper er som nevnt registreringspliktige i foretaksregisteret, jf. foretaksregisterloven § § 2-1 nr. 1 og nr. 2. Justisdepartementets lovavdeling har i en tolkningsuttalelse framhevet at «[v]ektige grunner» taler for å tolke registreringsreglene slik at det er samsvar mellom hvilke aksjeselskap som skal anses som norsk etter aksjelovene, og hvilke aksjeselskaper som er registreringspliktig i foretaksregisteret som norske foretak.¹⁹ Tolkningsuttalelsen er derfor et argument for at norske selskapsstatutter krever at aksjeselskap har hovedkontor i Norge.

¹⁷ Andenæs bruker begrepet «seteteorien» som betegnelse på senteret for selskapets daglige ledelse, dvs. selskapets hovedkontor jf. Andenæs 2006 s. 695.

¹⁸ Andenæs 2006 s. 701.

¹⁹ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 2.5.

Det kan stilles spørsmål ved rettskildevekten til lovavdelingens uttalelser. Bråthen har framhevet at uttalelser fra lovavdelingen har begrenset egenvekt som rettskilde.²⁰ Eckhoff og Boe har tatt til orde for at lovavdelingens uttalelser kan vektlegges som et relevant tolkningsmoment.²¹ Etter mitt skjønn er lovavdelingens standpunkt, at det er sammenfall mellom når et foretak anses som norsk etter foretaksregisterloven og når et aksjeselskap anses som norsk etter aksjelovene, vel begrunnet i retts tekniske hensyn. Jeg finner derfor grunn til å vektlegge lovavdelingens standpunkt som et argument for at aksjeselskap må ha hovedkontor i Norge for å være underlagt norske selskapsstatutter.

Analogibetraktninger fra lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) kan også underbygge synspunktet om at et aksjeselskap må ha hovedkontor i Norge. I selskapsloven § 1-3 a framgår at et selskap omfattes av selskapsloven «når det har sitt hovedkontor i riket eller på norsk kontinentalsokkel». I Ot.prp. nr. 47 (1984-1985) er det lagt til grunn at kravet i § 1-3 a svarer til «vilkåret for at et aksjeselskap skal anses for norsk etter aksjeloven.»²² Justisdepartementet har i ovennevnte tolkningsuttalelse uttalt at «[d]et er vanskelig å se grunner til at det for de forskjellige selskapsformer skulle gjelde ulike regler for hvilken tilknytning selskapet må ha til Norge for å reguleres av norsk selskapslovgivning.»²³

Norske selskapsstatutter er også behandlet i Ot.prp. nr. 17 (2004-2005). Proposisjonen gjaldt forslag til lov om europeiske selskaper. Av proposisjonen framgår at selskap som har hovedkontor i Norge er underlagt norsk selskapslovgivning, og dersom selskapet ønsker å flytte hovedkontoret til utlandet må selskapet oppløses i Norge og nystiftes i mottakerstaten.²⁴ Proposisjonen er dermed også et argument for at norske selskapsstatutter krever at aksjeselskap har hovedkontor i Norge.

Av underrettspraksis har Oslo tingrett i avgjørelse fra 1. mars 2013 tatt stilling til hvorvidt norske selskapsstatutter krever at aksjeselskap har hovedkontor i Norge.²⁵ Saken gjaldt

²⁰ Tore Bråthen, Hovedsete eller stiftelsesteorien?, *Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 s. 198-209 (s. 205).

²¹ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 231; Eirik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2012 s. 300-301.

²² Ot.prp. nr. 47 (1984-1985) s. 36.

²³ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 2.5.

²⁴ Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) s. 6.

²⁵ TOSLO-2010-147861.

gyldigheten av vedtak om ligningsendring for et aksjeselskap, som følge av at aksjeselskapet var selskapsrettslig og skatterettslig flyttet fra Norge til Storbritannia. Tingretten la avgjørende vekt på ovennevnte tolkningsuttalelse fra Justisdepartementet og Ot.prp. nr. 17 (2004-2005), og konkluderte i punkt 2.1 med: «at et aksjeselskap har hjemsted i Norge og reguleres av norsk aksjelovgivning når det har hovedsete (hovedkontor) i Norge.»²⁶ Staten anket tingrettens avgjørelse, men trakk anken i oktober 2014.²⁷ Tingrettens dom er derfor rettskraftig.

Det kan problematiseres hvilken rettskildevekt som kan tillegges tingrettsavgjørelser. Eckhoff har understreket at ting- og lagmannsrettspraksis har langt fra den samme rettskildevekt som praksis fra Høyesterett.²⁸ Nygaard hevder at på områder der det er lite eller ingen høyesterettspraksis burde underinstansdommer vektlegges.²⁹ Ved slike tilfeller sammenligner Nygaard underrettspraksis med «eit stykke rettslitteratur».³⁰ Praksisen fra underordnet domstol kan derfor tjene som «bidrag til regeldanning eller bidrag til presisering av rettssituasjonen i høve til det aktuelle rettsspørsmålet.»³¹ Siden Høyesterett ikke har tatt stilling til hvorvidt norsk aksjeselskapsrett krever at aksjeselskap har hovedkontor i Norge, vektlegger jeg tingrettsdommen som et argument for at hovedkontor i Norge kreves.

I juridisk teori har oppfatningene vært delte på hvorvidt norsk selskapsrett krever at aksjeselskaper skal ha hovedkontor i Norge.

Bråthen synes generelt å hevde at stiftelsesteorien er og bør være gjeldende tilknytningskrav for at et selskap skal være underlagt norsk selskapsstatutt.³² Som begrunnelse har Bråthen blant annet vist til Rt. 2002 s. 1144 og EU-domstolens avgjørelse i C-212/97 Sml. 1999 s. I-1459 (Centros), C-208/00 Sml. 2002 s. I-9919 (Überseering) og C-167/01 Sml. 2003 s. I-10155 (Inspire Art).³³ Cordes, Stenseng og Landa har også vist til EU-dommene som et argument for at stiftelsesteorien er gjeldende rett.³⁴ Fellesnevneren for alle dommene er

²⁶ TOSLO-2010-147861 s. 9-10.

²⁷ <http://www.dn.no/nyheter/finans/2014/10/07/2153/Transocean/avlyser-skattesak>.

²⁸ Eckhoff 2001 s. 162.

²⁹ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004 s. 210.

³⁰ *l.c.*

³¹ Nygaard 2004 s. 326.

³² Bråthen 2013 s. 42; Bråthen 2007 s. 209.

³³ Bråthen 2013 s. 41-42; Bråthen 2007 s. 200-202.

³⁴ Jørg Cordes, Laila Stenseng og Peter Landa, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2. utgåve, Oslo 2010 s. 228-232.

imidlertid at de omhandler forhold ved et utenlandsk selskaps virksomhet utenfor sin opprinnelige hjemstat. Dette i motsetning til oppgavens problemstilling som gjelder hvilke reelle tilknytningskrav som kan stilles til et aksjeselskap som er stiftet og registrert i Norge, men som ønsker å flytte virksomheten til utlandet. På denne bakgrunn er dommene, etter mitt skjønn, ikke relevante for spørsmålet om et norsk aksjeselskap må ha hovedkontor i Norge. Jeg drøfter ikke de EU-rettslige sidene av selskapsstatuttene nærmere her, siden jeg drøfter dette i kapittel 4. Bråthen har forøvrig også vist til at praksis fra foretaksregisteret og tendensen i øvrige nordiske land taler for at stiftelsesteorien *bør* legges til grunn.³⁵

Cordes, Stenseng og Landa synes å argumentere for at stiftelsesteorien er gjeldende rett på grunn av hensynet til forutberegnelighet.³⁶ De viser til at det for stifterne av selskapet og tredjemenn vil være lettere å konstatere hvor selskapet er stiftet eller registrert enn hvor selskapet har sitt hovedkontor. Av denne grunn hevder de at selskapet reguleres av stiftelses- eller registreringsstatens selskapsrett. Jeg er enig i at det vil være retts teknisk enklere å fastslå hvor selskapet er stiftet eller registrert enn hvor selskapets hovedkontor ligger, slik at hensynet til forutberegnelighet kan tilsi at stiftelsesteorien *bør* legges til grunn. På den annen side mener jeg at det er lite forutsigbart for omverden dersom et selskap som har hele sin virksomhet i en stat er underlagt en annen stats selskapsstatutt.

Andenæs har i situasjoner der et utenlandskregistrert selskap har hovedsete i Norge argumentert for at hovedseteteorien gjelder, slik at norsk selskapsrett kommer til anvendelse på det utenlandskregistrerte selskapet.³⁷ Dette begrunner Andenæs i konsekvensbetraktninger, herunder at stiftere ikke fritt skal kunne velge bort de norske selskapsreglene ved å stifte selskapet i utlandet.³⁸ Hva gjelder utflytting av norskregistrerte aksjeselskaper, og spørsmålet om aksjeselskapet må ha hovedkontor i Norge, synes Andenæs å stille spørsmålet uten å konkludere.³⁹ Scheel hevder på sin side generelt, uten en nærmere analyse, at norske aksjeselskaper må ha hovedkontor i riket for å være underlagt norsk aksjelovgivning.⁴⁰

³⁵ Bråthen 2013 s. 42.

³⁶ Cordes, Stenseng og Landa 2010 s. 235-236.

³⁷ Andenæs 2006 s. 700.

³⁸ *l.c.*

³⁹ Andenæs 2006 s. 701-703.

⁴⁰ Georg Scheel mfl., *Skipsfart og samarbeid*, Oslo 1991 s. 1018-1019.

Gaarder og Lundegaard hevder stiftelsesteorien er gjeldende rett ved blant annet å anvende prinsippene for domisilskifte for fysiske personer analogt på selskaper.⁴¹ Gaarder og Lundegaard viser til at en fysisk person først oppnår domisil i Norge når det er på det rene at personen akter å gjøre Norge til sitt permanente oppholdssted. Tilsvarende må da, ifølge Gaarder og Lundegaard, gjelde for selskaper. Gaarder og Lundegaard hevder at det først blir klart om selskapet akter å bli hjemmehørende i Norge når selskapet tar de nødvendige skritt for å registreres som et norsk foretak.⁴² På denne bakgrunn forstår jeg at Gaarder og Lundegaard argumenterer for at kun registrering er tilstrekkelig etter norske selskapsstatutter.

Gjennomgangen av rettskildestoffet viser at det er usikkert hvorvidt et aksjeselskap må ha hovedkontor i Norge for å være underlagt norske selskapsstatutter. Verken praksis fra Høyesterett, aksjelovene eller juridisk teori gir entydige svar. De rettskildene som gir klare svar er Ot.prp. nr. 17 (2004-2005), Oslo tingretts avgjørelse fra 3. mai 2013 i TOSLO-2010-147861 og tolkningsuttalelsen fra Justisdepartementets lovavdeling. Alle disse rettskildene legger til grunn at et aksjeselskap må ha hovedkontor i Norge. På denne bakgrunn konkluderer jeg, og legger til grunn i det følgende, at et aksjeselskap som er stiftet og registrert i Norge også må hovedkontor i Norge.

2.3. Utflyttingssituasjonen

Jeg har lagt til grunn at et aksjeselskap må ha *hovedkontor* i Norge for å være underlagt norske selskapsstatutter. Dette løser imidlertid ikke spørsmålet om hvor mye av aksjeselskapets funksjoner, virksomhet og administrasjon mv. som kan flyttes ut av landet før selskapet skal anses som utflyttet. Begrepet «hovedkontor» kan forstås på flere måter. Kravet om *hovedkontor* kan forstås slik at kontoret hvor aksjeselskapets daglige ledelse foregår må være i Norge. Kravet kan også forstås slik at det er tilstrekkelig at aksjeselskapet har et kontor i Norge som oppfyller nærmere funksjoner slik at kontoret kan anses som *et av* aksjeselskapets hovedkontorer. I den andre ytterkant kan *hovedkontor* forstås slik at det er tilstrekkelig at kontoret rent formelt har en slik benevnning.

Verken aksjelovene eller praksis fra Høyesterett tar direkte stilling til hva som oppfyller kravet til *hovedkontor* etter norske selskapsstatutter. I forarbeidene til selskapsloven heter det

⁴¹ Hans Petter Lundgaard, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utgave, Oslo 2000 s. 187-188.

⁴² *l.c.*

at «[m]ed «hovedkontor» siktes det til det administrative senter for selskapets virksomhet.»⁴³ Tilsvarende framgår av forarbeidene til foretaksregisterloven der *hovedkontor* forstås som «det administrative senter for foretakets virksomhet.»⁴⁴

For de fleste selskaper må det antas kurant å avgjøre om det administrative senteret ligger i Norge. For aksjeselskaper som har spredt de administrative funksjonene over landegrensene har Justisdepartementets lovavdeling uttalt at hvor *hovedkontoret* ligger beror på en konkret vurdering, der momenter som stedet styret avholder møter og hvor administrasjonen ellers holder til vil være relevante.⁴⁵ Lovavdelingen framhever at terskelen for når hovedkontoret selskapsrettslig skal anses å ligge i Norge kan vurderes forskjellig ved stiftelse og registrering av et nytt aksjeselskap, og der et etablert aksjeselskap i ettertid flytter virksomheten ut av landet. I sistnevnte tilfelle hevder lovavdelingen at situasjonen antas å «bli vurdert som et spørsmål om omgåelse av norsk aksjelov, og det er mulig at det dermed skal mer til for å konkludere med at selskapet ikke lenger er norsk, enn i den første situasjonen.»⁴⁶

Hva og hvor mye av aksjeselskapets funksjoner som kan flyttes til utlandet har også vært behandlet i juridisk teori. Eckhoff og Knudsen har konkludert med at det ikke er grunnlag for å oppstille en klar regel om selskapets administrasjon kan flyttes ut av landet.⁴⁷ Likevel hevder de at «det må legges til grunn at norsk aksjelovgivning ikke fastsetter noe forbud mot flytting av et norsk selskaps hovedadministrasjon til utlandet.»⁴⁸ Dette betyr imidlertid ikke «at selskapet bør [være] fritatt for å ha et kontor i Norge med en viss bemanning.»⁴⁹ Eckhoff og Knudsen viser til at hensynet til aksjeeierne, selskapets kreditorer, medkontrahtenter og offentlige myndigheter tilsier at selskapet må ha et kontor i Norge som ivaretar disse interessegruppene.⁵⁰ Videre pekes det på at kravet til kontoret bør «settes noe høyere når hovedadministrasjonen, herunder daglig leder, befinner seg i utlandet».⁵¹ Når daglig leder er stasjonert i utlandet «bør [det] nok (...) kreves at selskapets kontorer i Norge er bemannet med personer som ikke bare skal formidle kontakt videre til ledelsen i utlandet, men som har

⁴³ Ot.prp. nr. 47 (1984-1985) s. 37.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 50 (1984-1985) s. 235.

⁴⁵ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 2.8.

⁴⁶ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 2.8.

⁴⁷ Anders Eckhoff og Gudmund Knudsen, Flytting av hovedadministrasjonen til et norsk allmennaksjeselskap eller aksjeselskap til utlandet, *Festskrift til Finn Berg Jacobsen*, Oslo 2000 s. 143-155 (s. 150).

⁴⁸ *l.c.*

⁴⁹ *ibid.* s. 151.

⁵⁰ *ibid.* s. 151-152.

⁵¹ *ibid.* s. 152.

en viss selvstendig myndighet til forvaltningen av de disposisjoner selskapet foretar» i Norge.⁵²

Aarbakke mfl. synes å støtte Eckhoff og Knudsens ovennevnte vurdering, og uttaler at «den norske aksjelovgivningingen ikke er til hinder for at et norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap flytter sin hovedadministrasjon til utlandet.»⁵³ Forutsetningen må imidlertid, ifølge Aarbakke mfl., være at aksjeselskapet opprettholder et kontor i Norge som med en viss selvstendighet kan håndtere selskapets interesser i Norge.⁵⁴

Den gjennomgåtte litteratur tilsier at aksjeselskapet ikke behøver å ha *hovedkontoret* i Norge, men at det er tilstrekkelig at selskapet etter flyttingen har et *forretningskontor* i Norge. Forretningskontoret må håndtere aksjeselskapets interesser i Norge og aktører som har behov for å kontakte aksjeselskapet i Norge. Denne løsningen harmonerer også med hensynet til selskapets tilgjengelighet, som Høyesterett i avgjørelsen Rt. 1991 s. 946 begrunnet vilkåret «forretningskontor» i aksjeloven § 2-2 første ledd med. Høyesterett reserverte seg i imidlertid mot å behandle hva som kreves av aksjeselskapet for å være underlagt norske selskapsstatutter. Jeg mener likevel at hensynet til aksjeselskapets tilgjengelighet også bør tas hensyn til i spørsmålet om hvor mye av selskapet som kan tillates å flytte ut av landet. Etter mitt skjønn vil det være vel formalistisk å kreve at selve *hovedkontoret* til selskapet må ligge i Norge, når virksomheten i Norge og berørte aktører kan ivaretas av et forretningskontor i Norge.

Oslo tingretts nevnte dom fra 3. mai 2013 kan også brukes som et støtteargument for at et aksjeselskap kun behøver å ha et *forretningskontor* i Norge. Av tingrettens avgjørelse framkommer «at et selskap kan flytte sitt hovedkontor ut av landet så lenge det opprettholder et forretningskontor i landet.»⁵⁵

På bakgrunn av det gjennomgåtte rettskildematerialet konkluderer jeg med at det kreves at aksjeselskap har et forretningskontor i Norge. Forretningskontoret må ha myndighet til å forvalte aksjeselskapets virksomhet i Norge og betjene kontakten mellom aksjeselskapet og

⁵² *l.c.*

⁵³ Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 3. utgave, Oslo 2012 s. 73.

⁵⁴ *l.c.*

⁵⁵ TOSLO-2010-147861 (s. 11).

øvrigheten. Hvorvidt dette kontoret kalles *forretningskontor* eller *hovedkontor* er uten betydning. I det følgende bruker jeg begrepet «hovedkontor» for å beskrive slike kontorer.

2.4. Konsekvens av selskapsutflytting

Den neste problemstillingen er hvilke rettsvirkninger som utløses når et aksjeselskap ikke lenger har et tilfredsstillende hovedkontor i Norge. Verken aksjelovene eller Høyesterett har behandlet rettsvirkningen av at aksjeselskap ikke lenger har hovedkontor i Norge.

Finansdepartementet behandlet spørsmålet i Prop.112 L (2011-2012) om endringer i skatteavgifts- og tollavgivningen. På side 13 drøftet departementet konsekvensene av selskapsutflyttinger og konkluderte på generelt grunnlag at «[n]orsk selskapsrett godtar ikkje at eit selskap flytter sitt hovudkontor frå Noreg, utan at selskapet er likvidert.»

Justisdepartementets lovavdeling har lagt til grunn at dersom hovedkontorene flyttes ut av riket er dette et rettsstridig forhold selskapet plikter å avhjelpe, enten «ved tilbakeflytting eller ved at selskapet oppløses og avvikles».⁵⁶

Av proposisjonen og lovavdelingens uttalelse utleder jeg at det tilligger aksjeselskapet en likviderings- eller tilbakeflyttingsplikt dersom aksjeselskapet flytter sine hovedkontorer ut av Norge. Aksjeselskapet kan oppfylle denne plikten enten ved at generalforsamlingen beslutter aksjeselskapet oppløst i medhold av aksjelovene § 16-1 eller ved at selskapet flytter tilbake eventuelt reetablerer et hovedkontor i Norge.

Det kan videre problematiseres hva rettsvirkningen er dersom aksjeselskapet ikke oppfyller likviderings- eller tilbakeflyttingsplikten. Aarbakke mfl. peker på at det er usikkert om, og eventuelt på hvilke vilkår, gjeldende rett gir adekvate sanksjonsmidler for å avbøte rettsstridig utflytting av aksjeselskap.⁵⁷ Utgangspunktet må imidlertid ifølge Aarbakke mfl. være «at selskapet ikke uten videre kan ses på som oppløst.»⁵⁸ Justisdepartementets lovavdeling har også uttalt at «[e]n unnlattelse av å rette forholdet vil imidlertid ikke uten videre ha som konsekvens at selskapet ikke lenger reguleres av norsk aksjelov.»⁵⁹

⁵⁶ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 3.

⁵⁷ Aarbakke mfl. 2012 s. 73.

⁵⁸ *l.c.*

⁵⁹ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 4.

En mulighet er at aksjeselskap som flytter sine hovedkontorer ut av Norge oppløses av retten. Etter aksjelovene § 16-15 første ledd nr. 1 skal tingretten ved kjennelse oppløse aksjeselskapet «[h]vis ikke generalforsamlingen treffer beslutning om oppløsning» og «selskapet skal oppløses som følge av bestemmelse i lov eller vedtekter». Vilkåret «oppløses som følge av lov» tar ifølge Justisdepartementets lovavdeling «sikte på lovbestemmelser som selv gir uttrykk for at en overtredelse medfører at selskapet kan tvangsoppløses.»⁶⁰ Aksjeselskapets plikt til å ha et hovedkontor i Norge framgår ikke direkte av lovbestemmelse. Både Aarbakke mfl. og Eckhoff og Knudsen har tatt til orde for at en utvidende tolking av aksjelovene § 16-15, slik at tingrettens kompetanse til å likvidere aksjeselskapet også gjelder når aksjeselskapet har flyttet sine hovedkontorer ut av Norge.⁶¹ Dersom aksjeselskapet motsetter seg likvidering hevdes det at hensynet til selskapskreditorene og andre medkontrahenter tilsier at selskapet likvideres i ordnede former etter reglene i aksjelovene.⁶² En utvidelse av tingrettens kompetanse vil etter min mening i tillegg avbøte den tilsynelatende mangelen på adekvate sanksjonsmuligheter ved flytting av aksjeselskapets hovedkontorer til utlandet.

Etter dette blir konklusjonen at retten kan oppløse aksjeselskapet ved kjennelse dersom aksjeselskapet ikke har et hovedkontor i Norge jf. aksjelovene § 16-15 første ledd.

Eckhoff og Knudsen har i tillegg påpekt at det etter omstendighetene kan bli spørsmål om dom på oppløsning av aksjeselskapet etter aksjelovene § 16-19 eller alminnelige rettsgrunnsetninger.⁶³ Av hensyn til konklusjonen om at retten kan avsi kjennelse for oppløsning vil jeg ikke drøfte dette nærmere. Det vises også til at aksjelovene § 16-19 tredje ledd om dom på oppløsning gir samme rettsvirkning som kjennelse på oppløsning, herunder at selskapet skal «avvikles etter reglene i konkursloven og dekningsloven», jf. aksjelovene § 16-18 første ledd.

2.5. Oppsummering om utflytting av aksjeselskaper

Drøftelsen i kapittel 2 viser at aksjeselskap som er stiftet og registrert i Norge også må ha hovedkontor i Norge. Dersom aksjeselskapet flytter sine hovedkontor ut av Norge plikter

⁶⁰ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 3.

⁶¹ Aarbakke mfl. 2012 s. 73-74; Eckhoff og Knudsen 2000 s. 154.

⁶² *l.c.*

⁶³ Eckhoff og Knudsen 2000 s. 153.

aksjeselskapet å avhjelpe forholdet, enten ved tilbakeflytting eller likvidering. Avhjelpes ikke forholdet kan retten likvidere aksjeselskapet. Først når retten har likvidert aksjeselskapet opphører aksjeselskapet å eksistere. Dersom aksjeselskapet vil fortsette å drive virksomhet i utlandet, har Justisdepartementet understreket at dette kun kan skje ved likvidering av aksjeselskapet og ved «nystiftelse [av selskapet] etter reglene i det nye hjemlandet.»⁶⁴ I det følgende legges til grunn at et aksjeselskap er flyttet ut av Norge, at aksjeselskapet er blitt likvidert og at aksjonærene har nystiftet selskapet i en annen EØS-stat.

⁶⁴ Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636, avsnitt 3.

3. Grenseoverskridende fisjon og fusjon

Problemstillingen i kapittel 3 er hvorvidt norske aksjeselskap har adgang til å flytte ut av Norge gjennom grenseoverskridende fisjon eller fusjon. Med *fusjon* forstås sammenslåing av selskaper «når et selskap (det overtagende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskaps) eiendeler, rettigheter og forpliktelser», jf. aksjelovene § 13-2 første ledd. Aksjeeierne i det overdragende selskapet får da som vederlag «aksjer i det overtagende selskapet», eller «slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget», jf. aksjelovene § 13-2 første ledd nr. 1 og 2. Med *fisjon* forstås når «selskapets eiendeler og forpliktelser skal fordeles på selskapet selv (det overdragende selskapet) og ett eller flere overtagende selskaper», jf. aksjelovene § 14-2 første ledd. Med *fisjon* forstås også når det «overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på to eller flere overtagende selskaper», jf. aksjelovene § 14-2 annet ledd. For begge fisjonstilfellene får aksjeeierne i det overdragende selskapet «aksjer i selskapet eller i ett eller alle av de overtagende selskaper», eller «slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget», jf. aksjelovene § 14-2 første ledd nr. 1 og 2.

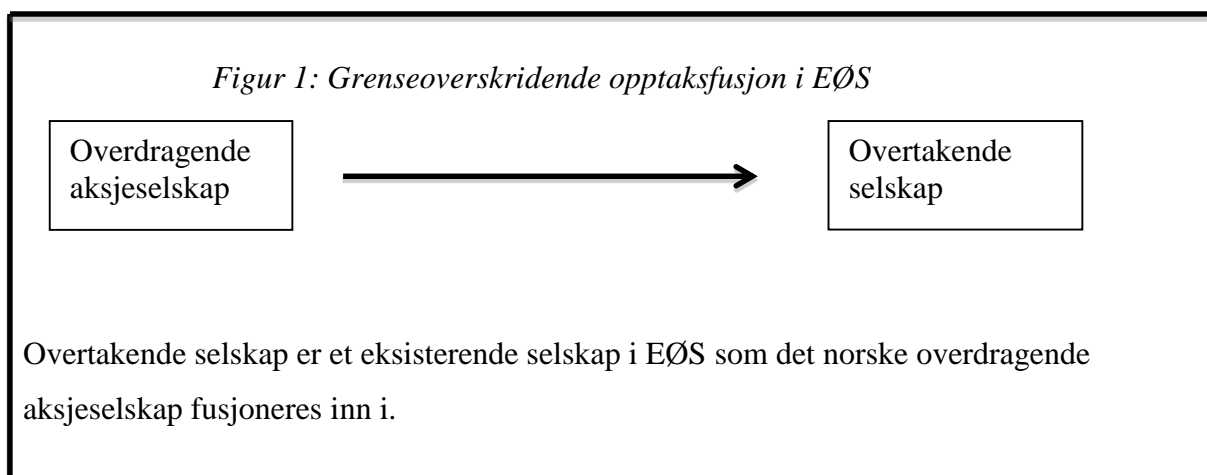
Fusjonstilfellene som behandles er der et norsk aksjeselskap fusjonerer med et utenlandsk selskap og det overtagende selskap skal videreføres i en annen EØS-stat enn Norge.

Fisjonstilfellet som behandles er der et norsk aksjeselskap fisjonerer og et eller flere av de overtagende selskapene skal være hjemmehørende i andre EØS-stater.

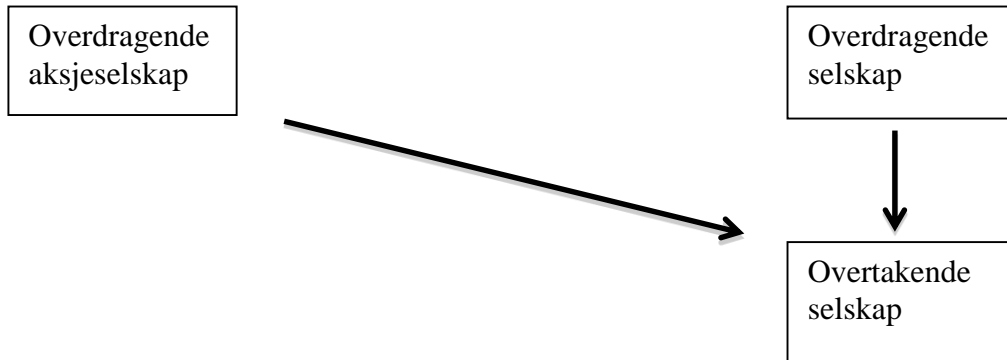
Eksempler på grenseoverskridende fisjon og fusjon kan illustreres følgende:

Norge

EØS

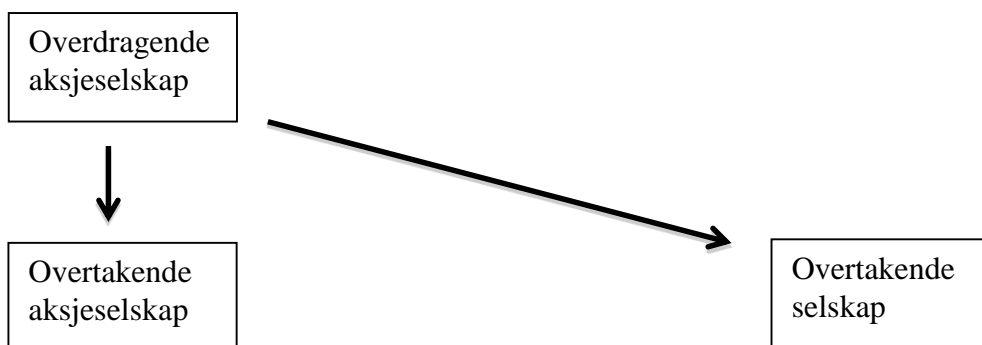


Figur 2: Grenseoverskridende fusjon med nystiftelse i EØS



Overtakende selskap nystiftes i EØS etter en fusjon mellom et norsk overdragende aksjeselskap og et overdragende selskap fra EØS.

Figur 3: Grenseoverskridende fusjon med stiftelse i EØS



Et norsk overdragende aksjeselskap fusjonerer og et overtakende selskap videreføres i EØS.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF (fusjonsdirektivet) åpner for *fusjoner* av selskaper med begrenset ansvar når minst to av de deltakende selskap hører under ulike medlemsstaters lovgivning, jf. artikkel 1. Direktivet bygger på et prinsipp om at grenseoverskridende fusjoner i utgangspunktet følger de nasjonale fusjonsreglene, jf. artikkel 4 nr. 1 a og b. Prinsippet er gjennomført i norsk rett gjennom regler om grenseoverskridende fusjoner i aksjeloven § 13-25 og allmennaksjeloven § 13-25 til 13-36.

Hva gjelder grenseoverskridende *fisjoner* eksisterer ikke direktivregulering fra EU. EU-domstolens avgjørelse i sak C-411/03, Sml. 2005 s. I-10805 (Sevic) har betydning for retten til grenseoverskridende *fisjoner*. Dette til tross for at avgjørelsen gjaldt *fusjoner* og ikke *fisjoner*. Saken gjaldt spørsmål om tyske selskapsregler som nektet et tysk selskap å fusjonere med et luxembourgsk selskap var i strid med etableringsfriheten. Om retten til grenseoverskridende fusjon framgår i premiss 19:

«Grænseoverskridende fusioner opfylder ligesom andre selskabsomdannelse behovet for samarbejde mellem og sammenlægning af selskaber med hjemsted i forskellige medlemsstater. De er særlige fremtrædelsesformer i forbindelse med udøvelsen af etableringsfriheden, som er vigtige for det indre markedes tilfredsstillende funktion, og hører dermed til blandt de erhvervsmæssige aktiviteter, med hensyn til hvilke medlemsstaterne er forpligtede til at respektere den ved artikel 43 EF foreskrevne etableringsfrihed.»

EU-domstolen konkluderte med at den tyske lovgivningen som bare tillot nasjonale fusjoner, men ikke grenseoverskridende fusjoner, utgjorde en restriksjon.⁶⁵ Restriksjonen kunne ikke begrunnes i tvingende allmenne hensyn.⁶⁶

Ved den norske gjennomføringen av fusjonsdirektivet i aksjelovene ble det i forbindelse med høringen uttalt av Justisdepartementet at «[p]å bakgrunn av SEVIC-dommen må det antas at etableringsfriheten i EF-traktaten artikkel 43, jf. artikkel 48, også omfatter retten til å *fisjonere* (min kursivering).»⁶⁷ Anker-Sørensen og Sjøfjell har forstått EU-domstolens avgjørelse i Sevic dithen at retten til grenseoverskridende fisjon er begrunnet i at ethvert tiltak som kan muliggjøre eller lette adgangen til grenseoverskridende virksomhet i en annen medlemsstat er vernet av etableringsfriheten.⁶⁸ På bakgrunn av SEVIC-dommen ble det derfor innført bestemmelser i aksjelovene § 14-12 om grenseoverskridende *fisjoner*.

⁶⁵ Premiss 20-23.

⁶⁶ Premiss 24-31.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) s. 13.

⁶⁸ Linn Anker-Sørensen og Beate Sjøfjell, «Vår europeiske selskapsrett», *Selskapsrettstidsskriftet*, 1. utgave, Oslo 2014 s. 44-45.

Retten for norske aksjeselskaper til å delta i grenseoverskridende fisjoner og fusjoner i EØS er dermed forankret både i aksjelovene og i etableringsreglene etter EØS-avtalen. Av denne grunn kan et aksjeselskap flytte fra Norge gjennom en grenseoverskridende fisjon eller fusjon.

Aksjeloven § 13-25 første punktum og allmennaksjeloven § 13-25 første ledd første punktum bestemmer at ett eller flere norske aksjeselskap kan fusjonere med «ett eller flere utenlandske selskaper med begrenset ansvar som har sitt registrerte forretningskontor eller sitt hovedkontor i en annen EØS-stat, og som er underlagt lovgivningen i en annen EØS-stat enn Norge». Av annet punktum følger at aksjeselskap «bare [kan] fusjoneres med et utenlandsk selskap etter første punktum som har en selskapsform som etter sin stats selskapslovgivning svarer til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap.» Med vilkåret «svarer til» har Matre forstått at aksjeselskapet bare kan fusjonere med selskap i EØS som «i struktur og juridisk form er å likestille med et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap».⁶⁹

Aksjelovene § 14-12 åpner for fisjoner «hvor de deltakende selskapene er eller skal være underlagt lovgivningen i minst to forskjellige EØS-stater». Aksjelovens regler om grenseoverskridende fisjon i EØS har ikke likelydende regulering som grenseoverskridende fusjoner med hensyn til at de utenlandske selskap må *svare til* aksjeselskap. Aarbakke mfl. har imidlertid ut fra en formålsbetraktning lagt til grunn at vilkåret «svarer til aksjeselskap» også gjelder for de utenlandske deltakende selskap ved grenseoverskridende fisjoner.⁷⁰

Av denne grunn konkluderes det med at et norsk aksjeselskap kan helt eller delvis flyttes ut av Norge ved å delta i en grenseoverskridende fisjon eller fusjon. Forutsetningen er at de deltakende utenlandske selskap er hjemmehørende i EØS og svarer til norske aksjeselskap.

⁶⁹ Hugo P. Matre, lovkommentar note 2358 til allmennaksjeloven § 13-25 på www.rettsdata.no.

⁷⁰ Aarbakke mfl. 2012 s. 1243.

4. Dokumentavgift

4.1. Innledning

Problemstillingen i kapittel 4 er hvorvidt det påløper dokumentavgift i utflyttingstilfellene. Spørsmålet som behandles er om tinglyst overføring av grunnbokshjemmel fra et likvidert norsk aksjeselskap til et nystiftet utenlandsk selskap er dokumentavgiftspliktig (dokumentavgift ved helhetlig utflytting). I tillegg drøftes spørsmålet om det påløper dokumentavgift ved tinglyst overføring av grunnbokshjemmel fra et overdragende norsk aksjeselskap til et overtakende selskap i en annen EØS-stat (dokumentavgift ved grenseoverskridende fisjon og fusjon). I punkt 4.2 presenteres kort det rettslige grunnlaget og begrunnelsen for dokumentavgift. I punkt 4.3 drøftes hovedregelen for når det påløper dokumentavgift i lys av utflyttingstilfellene, før det i punkt 4.4 vurderes om det kan gis avgiftsfritak.

4.2. Rettslig grunnlag og begrunnelsen for dokumentavgift

Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 75 a fastslår at det tilkommer stortinget å pålegge avgifter. Derav følger av dokumentavgiftsloven § 1 første ledd første punktum at det skal svares dokumentavgift til statskassen dersom det vedtas av Stortinget. Av Stortingets vedtak om dokumentavgift § 1 følger at det skal betales dokumentavgift «ved tinglysing av dokument som overfører hjemmel til fast eiendom». Avgiftsgrunnlaget utgjør 2,5 prosent av «salgsverdien av fast eiendom (...) som det erverves eiendomsrett til i forbindelse med det avgiftspliktige dokument», jf. dokumentavgiftsloven § 7 første ledd første punktum, jf. Stortingets vedtak om dokumentavgift § 1 første ledd annet punktum.

Dokumentavgift avkreves bare når hjemmelsoverføring tinglyses, dvs. at erverver som ikke tinglyser svarer ikke avgift.⁷¹ Tinglysing er ikke bestemmende for det reelle eierforholdet til eiendommen.⁷² Hovedformålet med å tinglyse er å oppnå rettsvern mot andre rettsstiftelser i eiendommen fra kreditorer og godtroende omsetningsserververe.⁷³ Ved grenseoverskridende fisjon og fusjon har et overtakende selskap et klart incentiv til å tinglyse erverv av fast eiendom fra et overdragende selskap, såfremt det overdragende selskapet skal fortsette å

⁷¹ NOU: 2014:13 s. 295.

⁷² Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave, Oslo 2007 s. 503.

⁷³ *ibid.* s. 503-504.

eksistere. På den annen side er ikke incentivet for å tinglyse like klart der det overdragende selskapet likvideres eller i situasjonen ved helhetlig utflytting av aksjeselskap. I disse tilfellene vil innehaveren av grunnbokshjemmelen være et likvidert selskap. Rette eier vil være det overtakende selskapet i EØS eller et nystiftet selskap i EØS. Siden aksjeselskapet som innehar grunnbokshjemmelen er likvidert har det ikke (lenger) kreditorer eller mulighet til å kontrahere med godtroende omsetningsserververe. På denne bakgrunn kan det vanskelig tenkes at de utenlandske selskaps eiendomsrett kan ekstingveres. Det utenlandske selskapet kan likevel ha incentiv til å tinglyse hjemmelsoverføringen, f. eks av hensyn til selskapets kredittverdighet og pantsettelse av den faste eiendommen.

4.3. Dokumentavgift i utflyttingssituasjonene

4.3.1. Dokumentavgift påløper ved tinglyst hjemmelsoverføring

Vilkåret for dokumentavgift er som nevnt «tinglysing av dokument som overfører hjemmel til fast eiendom», jf. Stortingets vedtak om dokumentavgift § 1. Ordlyden «overfører hjemmel» indikerer at det påløper avgift ved tinglyst hjemmelsoverføring fra et rettssubjekt til et annet rettssubjekt. Høyesterett har ikke behandlet spørsmålet om hva som er en avgiftspliktig hjemmelsoverføring. I Justisdepartementets publiserte tinglysingsavgjørelser fra 1979-87 framkommer det av U82-3 at navneendringer på person i tinglysingsregisteret ikke er avgiftspliktig.⁷⁴ I tinglysingsavgjørelsen presiseres også at «tilsvarende gjelder for selskap hvor det er tale om endring av selve firmanavnet.» Tinglysingsavgjørelsen er gjengitt både i rundskriv fra Toll- og avgiftsdirektoratet og av Flørenes i lovkommentaren til dokumentavgiftsloven på www.rettsdata.no i note 22.⁷⁵ Flørenes uttaler at bakgrunnen for at navneendringer ikke utløser avgiftsplikt er at det ikke skjer «noen forrykning av personens avgiftsmessige identitet.»⁷⁶ Det legges derfor til grunn at avgiftspliktige tilfeller er tinglyste hjemmelsoverføringer fra et rettssubjekt til et annet. Ved navneendringer i tinglysingsregisteret påløper ikke dokumentavgift.

Vurderingen blir derfor om tinglyst overdragelse av fast eiendom i utflyttingstilfellene er avgiftspliktige hjemmelsoverføringer eller avgiftsfrie navneendringer.

⁷⁴ Justisdepartementet, *Tinglysingsavgjørelser*, Oslo 1998 s. 93.

⁷⁵ Rundskriv nr. 12/2010 S s. 11; Torbjørn Flørenes, lovkommentar note 22 til dokumentavgiftsloven § 6 på www.rettsdata.no.

⁷⁶ Flørenes lovkommentar note 22.

Justis- og politidepartementet har i rundskriv G-06/2005 (rundskrivet) uttalt seg om sontringen mellom avgiftsfrie navneendringer og avgiftspliktige hjemmeloverføringer. I rundskrivets punkt 3 framkommer at det «ikke skal betales dokumentavgift (...) hvor fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning» etter aksjelovene kapittel 13, 14 og 15. Videre presiseres det i rundskrivet at «[t]ilsvarende skal det ikke betales (...) dokumentavgift når fast eiendom overføres som ledd i fisjoner, fusjoner og omdanninger i henhold til andre lovregler som bygger på kontinuitetsbetraktninger.» Tilsvarende skal også gjelde dersom det «i fremtiden vedtas ny selskapslovgivning med regler om fusjon, fisjon eller omdanning som bygger på kontinuitetsbetraktninger.» På den annen side skal «[o]verdragelse av fast eiendom i forbindelse med selskapsrettslige omorganiseringer som ikke gjennomføres etter et regelsett som bygger på kontinuitetsbetraktninger (for eksempel sammenslåing av ansvarlige selskaper), (...) fortsatt anses som en [avgiftspliktig] hjemmeloverføring.»⁷⁷

Som begrunnelse viser rundskrivet i punkt 2 til tidligere rundskriv G-37/1990. Her framgikk at det ikke foreligger noen hjemmeloverføring når fast eiendom blir overført som ledd i fusjon fra et overdragende til et overtakende selskap. Begrunnelsen var at ved fusjon vil det «overdragende foretaket anses å fortsette i det overtakende foretaket» etter tinglygingsreglene. I rundskrivet punkt 3 ble det pekt på at det hadde skjedd sentrale endringer i selskapslovgivningen siden rundskriv G-37/1990. Aksjelovene hadde i tillegg til reglene om fusjon fått bestemmelser om fisjon og omdanning som også bygde på kontinuitetsbetraktninger. Justisdepartementet fant derfor «at alle fusjoner, fisjoner og omdanninger som bygger på kontinuitetsbetraktninger, behandles på samme måte (...) [etter] tinglygingsreglene.»

Av dette utleder jeg at når fast eiendom blir tinglyst overdratt etter fisjon, fusjon eller omdanning som følger selskapsregler som bygger på kontinuitetsbetraktninger (*selskapsrettslig kontinuitet*) anses tinglysingen som en avgiftsfri navneendring. Med *selskapsrettslig kontinuitet* forstår jeg at omorganiseringen følger regelsett som sikrer videreføring av selskapet (eller selskapene) med hensyn til selskapets form, eiere, eiendeler, forpliktelser og rettigheter. Ved *selskapsrettslig kontinuitet* forrykkes ikke selskapets

⁷⁷ Rundskriv G-06/2005 punkt 3.

avgiftsrettslige identitet, slik at det etter tinglygingsreglene ikke skjer en avgiftspliktig hjemmelsoverføring mellom to rettssubjekter.

Grenseoverskridende fisjon og fusjon er regulert i aksjelovene kapittel 13 og 14, og bygger på *selskapsrettslig kontinuitet* (jf. oppgavens kapittel 3). Det overdragende aksjeselskapet vil derfor etter tinglygingsreglene anses å fortsette i det overtakende selskap i EØS. Overdragelse av grunnbokshjemmel fra et norsk overdragende aksjeselskap til et utenlandsk overtakende selskap i EØS ved grenseoverskridende fisjon og fusjon er derfor å anse som en avgiftsfri navneendring. Konklusjonen blir dermed at det ikke påløper dokumentavgift ved grenseoverskridende fisjon og fusjon.

Mer problematisk er plikten til å svare dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap. Det sentrale spørsmålet er om helhetlig utflytting av aksjeselskap følger regelsett som bygger på kontinuitet, slik at aksjeselskapets avgiftsrettslige identitet bevares.

Som nevnt vil situasjonen i de helhetlige utflyttingene være at aksjeselskapet likvideres i Norge, for deretter å måtte nystiftes i mottakerstaten. Selv om selskapene i realiteten kan være det samme, med de samme aksjonærer, medkontrahenter, aktiva og passiva, følger ikke utflyttingen regler som bygger på *selskapsrettslig kontinuitet*. Det oppstår en selskapsrettslig diskontinuitet, ettersom aksjeselskapet likvideres i Norge for deretter å nystiftes i mottakerstaten. Diskontinuiteten taler for at det ved helhetlig utflytting skjer en forrykning av aksjeselskapets avgiftsrettslige identitet, som innebærer at tinglysning fra et likvidert aksjeselskap til et nystiftet utenlandsk selskap er å anse som en avgiftspliktig hjemmelsoverføring.

4.3.2. Dokumentavgift ved utflytting med skatterettslig kontinuitet

Et annet spørsmål er om helhetlig utflytting av aksjeselskap kan følge regler om *skatterettslig kontinuitet*, og hvilken betydning *skatterettslig kontinuitet* har for plikten til å svare dokumentavgift. Med *skatterettslig kontinuitet* forstår jeg at aksjeselskapets skatteposisjoner videreføres uendret til det utenlandske selskapet etter utflyttingen. Drøftelsen har vist at det er klart at tinglyst overdragelse av fast eiendom som bygger på *selskapsrettslig kontinuitet* ikke er avgiftspliktig. I det følgende drøftes først om helhetlig utflytting av aksjeselskap kan skje med *skatterettslig kontinuitet*. Deretter vurderes om utflytting med *skatterettslig kontinuitet*

medfører at det oppstår en avgiftspliktig hjemmelsoverføring mellom et utflyttet aksjeselskap og et nystiftet utenlandsk selskap.

Skatteloven § 10-71 regulerer skatteplikt på eiendeler ved utflytting av selskap. Etter bestemmelsens første ledd er hovedregelen at gevinst og tap på eiendel som selskapet eier på tidspunktet «skatteplikten til riket opphører (...) er skattepliktig eller fradragberettiget som om eiendelen var realisert siste dag før» skatteplikten opphørte. Skatteplikten opphører når selskapet ikke er hjemmehørende i riket etter skatteloven § 2-2 første ledd eller når selskapet skal «anses som hjemmehørende i en annen stat etter skatteavtale», jf. skatteloven § 10-71 første ledd første punktum. Av skatteloven § 10-71 annet ledd følger imidlertid at «[s]katteplikt etter første ledd bare gjelder i tilfeller der selskapet mv. blir hjemmehørende i stat utenfor EØS». Bestemmelsens tredje ledd bestemmer likevel at ved skatterettslig utflytting til EØS «gjelder § 9-14 for eiendeler og forpliktelser som tas ut av norsk beskatningsområde ved utflyttingen.»

Av skatteloven § 9-14 første ledd første punktum framgår at gevinst på eiendel som «tas ut av norsk beskatningsområde, er skattepliktig som om eiendelen (...) var realisert siste dag før dette tidspunktet.» Med «eiendel» som tas ut av norsk beskatningsområde forstås bl.a. «eiendel som tilhører (...) skattepliktig etter § 2-3, når skatteyterens skatteplikt opphører etter» § 2-3, jf. skatteloven § 9-14 annet ledd b. Skatteloven § 2-3 første ledd a bestemmer at selskap som ikke er hjemmehørende i Norge «plikter å svare skatt av formue i og inntekt av fast eiendom (...) som vedkommende eier eller rår over her i riket.»

Bestemmelsene sier med andre ord at aksjeselskap som skatterettslig ikke lenger er hjemmehørende i Norge fortsatt skal svare skatt av formue og inntekt i selskapets faste eiendommer beliggende i Norge. Den skatterettslige utflytting av aksjeselskap utløser dermed ikke realisasjonsbeskatning av aksjeselskapets faste eiendommer i Norge. Heller ikke etterfølgende «[l]ikvidisasjon etter norsk selskapslovgivning av selskap» skal medføre at eiendommen anses realisert, jf. skatteloven § 10-71 fjerde ledd første punktum. Etter fjerde ledd annet punktum «skal skattemessige verdier og ervervstidspunkter for eiendeler og forpliktelser videreføres uendret» etter likvidering av «selskap mv. etter norsk selskapslovgivning».

Samlet viser reglene i skatteloven §§ 10-71 jf. 9-14 at det utflyttede selskapets skatteposisjoner vedrørende fast eiendom i Norge videreføres uendret etter selskapsutflyttingen (*skatterettslig kontinuitet*). Dette gjelder selv om selskapet selskapsrettslig likvideres i Norge. På denne bakgrunn vil helhetlige utflyttinger med hensyn til et aksjeselskaps faste eiendommer skje med *skatterettslig kontinuitet*. Dette til tross for at helhetlige selskapsutflyttinger ikke bygger på *selskapsrettslig kontinuitet*, jf. tidligere drøftelse.

Problemstillingen blir dermed om helhetlig utflytting med *skatterettslig kontinuitet* utløser en avgiftspliktig hjemmelsoverføring mellom et utflyttet likvidert aksjeselskap og et nystiftet utenlandsk selskap.

Finansdepartementet har i Prop.1 LS (2013-2014) drøftet sondringen mellom avgiftspliktige hjemmelsoverføringer og avgiftsfrie navneendringer. På side 180 framkommer at av «Justisdepartementets rundskriv G-6/2005 framgår at det ikke anses som hjemmelsoverføring dersom en omorganisering bygger på lovfestet selskapsrettslig kontinuitet.» På samme side uttaler Finansdepartementet at «[t]inglysing som ledd i andre omorganiseringer, anses som hjemmelsoverføring og utløser plikt til å betale dokumentavgift.» Av proposisjonen utledes at bare hjemmelsoverføringer som bygger på *selskapsrettslig kontinuitet* anses som avgiftsfrie navneendringer. På den annen side vil tinglysing etter andre omorganiseringer, for eksempel med *skatterettslig kontinuitet*, være avgiftspliktige hjemmelsoverføringer.

Borgarting lagmannsrett har i avgjørelse 28. november 2006, LB-2006-157912, tatt stilling til om tinglyst overdragelse av fast eiendom etter omorganiseringer med *skatterettslig kontinuitet*, men ikke *selskapsrettslig kontinuitet*, er dokumentavgiftspliktig. Saken gjaldt kjæremål over tinglysningsnektelse av hjemmel til fast eiendom fra enkeltmannsforetak til nystiftet aksjeselskap på grunn av at avkrevet dokumentavgift ikke var innbetalt. Den kjærende part anførte forgjeves at det ikke forelå en avgiftspliktig hjemmelsoverføring. Bakgrunnen for anførselen var at omdanningen fra enkeltmannsforetak til aksjeselskap skjedde skattefritt (med *skatterettslig kontinuitet*), jf. skatteloven § 11-20 første ledd bokstav a jf. forskrift 26. mars 1999 nr. 14 om utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven § 11-20-1 annet ledd bokstav a. Om det tinglysningsrettslige spørsmålet konkluderte lagmannsretten:

«Det etableres en ny selskapsform. At det etter skatteloven er etablert skattefrihet ved omdanningen, endrer ikke dette. Tinglysning av skjøtet til selskapet er derfor avgiftspliktig hjemmelsoverføring.»⁷⁸

Lagmannsrettens kjennelse viser at når det opprettes en ny selskapsform utgjør den etterfølgende tinglysningen en avgiftspliktig hjemmelsoverføring. At omorganiseringen fra enkeltmannsforetak til aksjeselskap er skattefri fikk ikke betydning for avgiftsspørsmålet. Selv om kjennelsen konkret gjaldt dokumentavgiftsplikt ved skattefri omdanning fra enkeltmannsforetak til aksjeselskap, forstår jeg kjennelsen som et generelt argument for at hjemmelsoverdragelser som bare bygger på *skatterettslig kontinuitet* er å anse som avgiftspliktige hjemmelsoverføringer.

Samlet taler proposisjonen fra Finansdepartementet og kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett for at det påløper dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap, selv om utflyttingen ikke innebærer en skatterettslig realisasjon av aksjeselskapets faste eiendommer (*skatterettslig kontinuitet*). Når utflyttingen bare skjer med *skatterettslig kontinuitet*, og ikke etter regler om *selskapsrettslig kontinuitet*, endres selskapets avgiftsrettslige identitet slik at det oppstår en avgiftspliktig hjemmelsoverføring mellom to selskaper. Ved helhetlig utflytting vil derfor tinglyst hjemmelsoverføring fra et likvidert norsk aksjeselskap til et nystiftet utenlandsk selskap være dokumentavgiftspliktig.

Konklusjonen blir derfor at det påløper dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap.

4.4. Avgiftsfritak etter dokumentavgiftsloven § 3

Ved helhetlig utflytting av aksjeselskap er tinglysning av aksjeselskapets faste eiendommer på et nystiftet utenlandsk selskap avgiftspliktig. Problemstillingen under dette punkt er hvorvidt det kan gis avgiftsfritak for slike tilfeller.

Dokumentavgiftsloven § 3 gir departementet fullmakt til å gi avgiftsfritak. Etter bestemmelsen «kan [departementet] i enkelttilfeller fritta eller sette ned avgift når særlige forhold taler for det.» Ordlyden «særlige forhold» indikerer at terskelen for avgiftsfritak er høy. Etter fast forvaltningspraksis gis avgiftsfritak kun når det oppstår typetilfeller som ikke

⁷⁸ LB-2006-157912.

var overveid eller når annen utvikling var forutsatt ved Stortingets avgiftsvedtak, slik at dokumentavgift i det konkrete tilfellet vil få en utilsiktet eller uakseptabel virkning.⁷⁹

Vurderingen blir derfor om dokumentavgift ved helhetlig utflytting var overveid ved Stortingets vedtak om dokumentavgift, og om avgift vil virke utilsiktet eller uakseptabelt. Hvorvidt Stortinget har overveid dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap framkommer ikke av vedtaket om dokumentavgift eller øvrige stortingsdokumenter. Det kan stilles spørsmål ved om dokumentavgift ved helhetlig utflytting kan gi en uakseptabel virkning. Dokumentavgift vil imidlertid være et utslag av de generelle rettsvirkningene utflyttingen medfører, og må således iakttas og medberegnes av aksjeselskapet. Sett hen til at dokumentavgift er en ren fiskal avgift kan det vanskelig tenkes at dokumentavgift ved tinglyst hjemmelsoverføring fra et likvidert aksjeselskap til et nystiftet utenlandsk selskap gir en utilsiktet eller uakseptabel virkning. Dokumentavgiften tar som nevnt sikte på å avgiftsbelegge tinglyste hjemmelsoverføringer mellom to rettssubjekter.

Det kan også problematiseres om det vil utgjøre «særlige forhold» om dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap er i strid med etableringsfriheten etter EØS-avtalen. Ettersom jeg behandler dokumentavgiftens EØS-konformitet i kapittel 5 drøfter jeg ikke spørsmålet nærmere her.

Konklusjonen blir derfor at dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap ikke utgjør «særlige forhold» som gir grunn for avgiftsfritak.

4.5. Oppsummering om dokumentavgift ved utflytting

Gjennomgangen i kapittel 4 viser at ved helhetlig utflytting av aksjeselskap vil det etter tinglysingsreglene foreligge en avgiftspliktig hjemmelsoverføring mellom et likvidert norsk aksjeselskap og et nystiftet utenlandsk selskap. På den annen side vil det ikke oppstå dokumentavgift ved grenseoverskridende fisjon og fusjon når det overdragende norske aksjeselskapets faste eiendommer tinglyses på et overtakende selskap i EØS.

⁷⁹ Torbjørn Flørenes, lovkommentar note 13 til dokumentavgiftsloven 3 på www.rettsdata.no.

5. Utflytting av aksjeselskap og EØS-avtalens etableringsregler

5.1. Innledning

Etter norsk aksjeselskapsrett skal et aksjeselskap som flytter hovedkontorene til utlandet likvideres (jf. kapittel 2). Likvidasjon innebærer at grunnbokshjemmelen til aksjeselskapets faste eiendommer bør tinglyses på et nystiftet utenlandsk selskap. Slik tinglysing utløser i utgangspunktet plikt til å svare dokumentavgift (jf. kapittel 4). EØS-avtalens etableringsregler forbyr imidlertid restriksjoner på selskapers etableringsadgang i EØS. Forbudet rammer både tiltak som hindrer utenlandske selskap i å etablere seg i mottakerstaten, og fraflytningsstatens tiltak som hindrer selskapet i å etablere seg i andre land.

Problemstillingen under kapittel 5 blir derfor todelt. Det første spørsmålet er omplikten til å likvidere aksjeselskapet ved flytting til en annen EØS-stat rammes av EØS-avtalens etableringsregler. Dersom aksjeselskapet ikke behøver å likvidere etter utflyttingen, har ikke aksjeselskapet samme incentiv til å tinglyse overdragelsen av aksjeselskapets faste eiendommer. Det andre spørsmålet er om en plikt til å svare dokumentavgift ved hjemmelsoverføring mellom et likvidert utflyttet aksjeselskap og et nystiftet utenlandsk selskap er en ulovlig restriksjon på etableringsfriheten.

I punkt 5.2 redegjør jeg kort for EØS-avtalens regler om etableringsfrihet, før jeg i punkt 5.3 drøfter hvorvidt etableringsfriheten gir et selskap rett til å beholde sin juridiske identitet i fraflytningsstaten. Til slutt foretar jeg i punkt 5.4 en analyse av om dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap er forenelig med etableringsreglene.

5.2. Kort presentasjon av EØS-avtalens regler om etableringsfrihet

EØS-avtalen art. 31 jf. art. 34 bestemmer at det ikke skal være «noen restriksjoner på etableringsadgangen» i en annen medlemsstat for selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og som har sitt vedtektsbestemte sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i EØS. Et selskap må derfor være opprettet og hjemmehørende i EØS for å nyte vern av EØS-avtalens restriksjonsforbud. Dersom et nasjonalt tiltak utgjør en restriksjon på et selskaps etableringsadgang, oppstiller EØS-retten to unntak slik at restriksjonen likevel er forenelig med etableringsfriheten. For det første framkommer av EØS-avtalen art. 33 et traktatfestet unntak fra restriksjonsforbudet. For det andre har EU-domstolen utviklet en

domstolskapt lære om tvingende allmenne hensyn som kan gjøre unntak fra restriksjonsforbudet.

5.3. Selskapsrettslig likvideringsplikt og etableringsfriheten

Problemstillingen under dette punkt er hvorvidt etableringsfriheten gir aksjeselskap rett til å beholde sin status som rettssubjekt i Norge etter utflytting av sine hovedkontorer til andre EØS-stater. Dette er et spørsmål om plikten til å likvidere aksjeselskapet etter utflyttingen er forenelig med etableringsfriheten.

EU-domstolen har i sak C-81/87, Sml. 1988 s. 5483 (Daily Mail), behandlet spørsmålet om et selskap som flytter hovedkontoret til utlandet kan påberope seg etableringsfriheten for å beholde sin juridiske identitet i fraflyttingsstaten. Et britisk selskap ønsket å flytte hovedkontoret til Nederland. Formålet med flyttingen var fra selskapets side å oppnå skattefordeler.⁸⁰ Selskapet ønsket etter utflyttingen å fortsette å ha et britisk selskapsstatutt, men dette krevde samtykke fra britiske myndigheter. Selskapet fikk ikke samtykke. Etter utflytting ville derfor selskapet mistet sin status som juridisk person i Storbritannia. Selskapet hevdet at samtykkekravet var i strid med etableringsfriheten.

I premiss 19 uttrykte EU-domstolen:

«Det bemærkes, at selskaber i modsætning til fysiske personer er enheder oprettet i henhold til en retsorden, og på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin en national retsorden. De eksisterer kun i kraft af de forskellige nationale lovgivninger, som er bestemmende for deres stiftelse og funktion.»

Domstolen viste til at medlemsstatenes lovgivning er forskjellig med hensyn til om et selskap kan flytte uten å miste sin identitet.⁸¹ Videre presiserte domstolen at daværende EU-traktat (Romatraktaten)⁸² tok hensyn til ulikhetene i medlemsstatenes lovgivning.⁸³ Romatraktaten artikkel 58 oppstilte et tilknytningskrav mellom selskapet og medlemsstaten for at selskapet skal vernes av etableringsfriheten.⁸⁴ Traktaten likestilte selskapets vedtektsbestemte

⁸⁰ Premiss 7.

⁸¹ Premiss 20.

⁸² Treaty establishing the European Economic Community vedtatt 25. Mars 1957.

⁸³ Premiss 21.

⁸⁴ Tilsvarende EØS-avtalen artikkel 34.

hjemsted, hovedadministrasjon eller hovedforetak som tilknytningsfaktor for å fastslå selskapets nasjonalitet. Til slutt pekte domstolen på at Romatraktaten artikkel 220 ga uttrykkelig hjemmel til å inngå traktater om selskapers rett til å beholde sin rettslige identitet ved flytting mellom medlemsstatene.⁸⁵

På grunn av de ulike nasjonale reguleringene fastslo EU-domstolen at det er problematisk med en enhetlig regulering av selskapsflyttinger mellom medlemslandene.⁸⁶ Om et selskap har rett til å beholde statusen som rettssubjekt i fraflytningsstaten var derfor ikke «løst ved reglene om etableringsretten».⁸⁷ I et obiter dictum uttalte EU-domstolen at de særlige problemene omkring selskapsutflytting og bevarelsen av selskapets identitet i fraflytningsstaten måtte løses ved lovgivning eller inngåelse av avtaler.⁸⁸ På denne bakgrunn konkluderte EU-domstolen med at etableringsfriheten «skal fortolkes således, at de ikke på fællesskapsrettens nuværende utviklingstrin gir et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en medlemsstat, hvor selskabet ifølge sine vedtægter har hjemsted, nogen ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat.»⁸⁹

EU-domstolens avgjørelse i Daily Mail indikerer at retten til å beholde selskapets identitet i fraflytningsstaten er et nasjonalt spørsmål som ikke er beskyttet av etableringsfriheten. EU-domstolen foretok imidlertid en generell reservasjon for framtidige avgjørelser ved å presisere at standpunktet kun gjaldt på fællesskapsrettens daværende utviklingstrinn.

EU-domstolen har i sak C-208/00, Sml. 2002 s. I-9919 (Überseering) tatt stilling til om nasjonale prosessregler som avviste et søksmål fra et utenlandsk selskap var i strid med etableringsfriheten. I motsetning til Daily Mail, som gjaldt situasjonen i selskapets opprinnelige hjemstat, gjaldt Überseering situasjonen i selskapets mottakerstat. I saken hadde et hollandskregistrert selskap reist mangelskrav mot et tysk selskap for mangelfulle renovasjonsarbeider på selskapets faste eiendom i Tyskland. Etter tysk rett ble det hollandskregistrerte selskapet underlagt tyske selskapsstatutter, siden aksjonærene i selskapet utelukkende var tyske statsborgere. Tyske underrettsdomstoler konkluderte med at det hollandskregistrerte selskapet ikke var gyldig stiftet etter tysk selskapsrett. Mangelskravet ble

⁸⁵ Premiss 21.

⁸⁶ Premiss 23.

⁸⁷ Premiss 23.

⁸⁸ Premiss 23.

⁸⁹ Premiss 25.

derfor avvist med den begrunnelse at selskapet manglet partsevne. Det hollandskregistrerte selskapet reiste krav om at avvisningskjennelsen var uforenelig med etableringsfriheten.

Av EU-domstolens avgjørelse framkommer at selskaper «har ret til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed og til at drive og oprette virksomheder på samme vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning».⁹⁰ For å kunne realisere etableringsretten fant domstolen at en naturlig følge er at «nævnte selskaber anerkendes af enhver medlemsstat, hvori de ønsker at etablere sig.»⁹¹ EU-domstolen understreket dermed at medlemsstatenes anerkjennelse av utenlandske selskaper er omfattet av etableringsfriheten.

Avvisningskjennelsen som bygde på at tysk rett ikke anerkjente det hollandskregistrerte selskapet utgjorde dermed en restriksjon. EU-domstolen konkluderte også med at det ikke kunne gjøres unntak fra restriksjonen etter den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn.⁹² Av avgjørelsen kan det utledes at det er en restriksjon på etableringsfriheten at en medlemsstat nekter å anerkjenne et selskap som er opprettet i en annen medlemsstat.⁹³

I Überseering framkommer det noen presiseringer om avgjørelsen i Daily Mail. EU-domstolen viste til at Daily Mail gjaldt forholdet mellom selskapet og fraflyttingsstaten.⁹⁴ Avgjørelsen i Daily Mail synes derfor ikke å ha blitt vektlagt i Überseering i spørsmålet om mottakerstatens behandling av utenlandske selskaper. På denne bakgrunn synes det som at EU-domstolen i Überseering ikke tar avstand fra rettssetningen oppstilt i Daily Mail. Friis Hansen har forstått dommene slik at «[a] Member State can no longer use the real seat doctrine as a legal instrument for denying recognition to a foreign company which is formed in accordance with the law of a Member State, and which meets the criteria set up in Article 48 EC (Uberseering).»⁹⁵ På den annen side forstår Friis Hansen at «[a] Member State may continue to apply elements of the real seat doctrine to its own companies, so that a company, which is incorporated under the laws of a Member State can be regarded as having been wound up if the company moves its head office or registered to another Member State (Daily Mail).»⁹⁶ Av dette forstår jeg at en medlemsstat ikke kan anvende hovedseteteorien for å

⁹⁰ Premiss 56.

⁹¹ Premiss 59.

⁹² Premiss 92-93.

⁹³ Anker- Sørensen og Sjøfjell 2014 s. 65.

⁹⁴ Premiss 62.

⁹⁵ Søren Friis Hansen, «Movement of Companies», *Scandinavian Studies in Law*, 2003 Vol. 45 side 147-172 (s. 170).

⁹⁶ *ibid.* s. 170-171.

avvise et utenlandsk selskap som er opprettet og hjemmehørende i EØS. På den annen side kan medlemsstatene anvende hovedseteteorien på nasjonale selskap og dermed kreve selskapet likvidert når selskapet flytter hovedsete ut av staten.

Disse synspunktene er fulgt opp i EU-domstolens avgjørelse i sak C-210/06, Sml. 2008 s. I-9641 (Cartesio), der domstolen igjen tok stilling til spørsmål om selskapsutflyttinger og etableringsfriheten. Saken gjaldt et ungarsk selskap som ønsket å flytte hovedkontoret til Italia, men fortsette å eksistere som rettssubjekt i Ungarn. Etter ungarsk rett ville flyttingen av hovedkontoret medføre at selskapets eksistens i Ungarn opphørte. Et spørsmål for EU-domstolen var dermed hvorvidt et selskap har rett til å beholde sin juridiske identitet i fraflyttingsstaten.

EU-domstolen viste i Cartesio til rettssetningen oppstilt i Daily Mail om «at et selskab, der er opprettet i henhold til en national retsorden, kun eksisterer i kraft af den nationale lovgivning, som er bestemmende for dets stiftelse og funktion.»⁹⁷ Videre fastslo domstolen at det er en forutsetning for at selskapet skal vernes av etableringsfriheten at selskapet er lovlig etablert i et medlemsland.⁹⁸ Angående spørsmålet om etableringsfriheten gir et selskap rett til å beholde sin selskapsrettslige status i fraflyttingsstaten uttalte domstolen:

«En medlemsstat kan således definere såvel den tilknytning, som kræves af et selskab, for at det kan anses for at være stiftet i henhold til national ret og dermed er omfattet af etableringsretten, som den tilknytning, der kræves for efterfølgende at opretholde denne egenskab. Denne beføjelse omfatter muligheden for medlemsstaten for ikke at tillade et selskab, der henhører under dens nationale lovgivning, at bevare denne egenskab, når det agter at etablere sig i en anden medlemsstat ved at flytte sit hjemsted til sidstnævntes område og derved bryde den tilknytning, som kræves i henhold til stiftelsesmedlemsstatens nationale ret.»⁹⁹

⁹⁷ Premiss 104.

⁹⁸ Premiss 109.

⁹⁹ Premiss 110.

Anker-Sørensen og Sjøfjell har forstått avgjørelsen slik at dersom et selskap ikke oppfyller de rådende tilknytningsfaktorer i vertsstaten «vil selskapet heller ikke kunne påberope seg etableringsretten overfor denne medlemsstaten.»¹⁰⁰

Praksis fra EU-domstolen tilsier dermed at når et selskap flytter til en annen medlemsstat vil selskapets status i fraflytningsstaten bero på fraflytningsstatens interne rett.¹⁰¹ Et selskap kan derfor ikke påberope seg etableringsfriheten som vern mot nasjonale regler om likvideringsplikt ved selskapsutflyttinger. Konklusjonen blir at etableringsfriheten ikke stenger for likvidering av aksjeselskap når det flytter sine hovedkontorer ut av Norge.¹⁰²

5.4. Dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap og etableringsfriheten

5.4.1. Innledning

Problemstillingen under denne delen er om plikt til å svare dokumentavgift ved overføring av grunnbokshjemmelen skyldes helhetlig utflytting av aksjeselskap er i strid med etableringsfriheten etter EØS-avtalen. En forutsetning er at et norsk aksjeselskap flytter ut av Norge og likvideres, men at aksjonærene viderefører virksomheten gjennom et selskap hjemmehørende i et annet EØS-land. I tillegg forutsettes at det foretas en tinglyst hjemmelsoverføring av det norske aksjeselskapets grunnbokshjemler til det utenlandske selskapet. I punkt 5.4.2. behandler jeg hvorvidt etableringsfriheten verner et selskap som utflytter og må svare dokumentavgift. Dernest vil jeg i punkt 5.4.3. drøfte om dokumentavgift ved utflytting er en restriksjon på etableringsfriheten, før jeg i punkt 5.4.4. og 5.4.5 vurderer om unntakene fra restriksjonsforbudet kommer til anvendelse.

5.4.2. Etableringsfrihetens anvendelsesområde ved dokumentavgift etter selskapsutflyttinger

Som konkludert i punkt 5.3, gir ikke etableringsfriheten et aksjeselskap rett til å bevare sin juridiske identitet i Norge etter utflytting. Dette fordi aksjeselskapet etter utflyttingen ikke lenger er lovlig etablert i Norge, noe som er en forutsetning for at selskapet skal vernes av etableringsreglene. Problemstillingen under dette punkt er om etableringsreglene kommer til anvendelse i spørsmålet om dokumentavgift etter utflytting av aksjeselskap. Plikten til å svare dokumentavgift er en avledet rettsfølge av at aksjeselskapet likvideres, når aksjeselskapets

¹⁰⁰ Anker- Sørensen og Sjøfjell 2014 s. 67.

¹⁰¹ Samme standpunkt i Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 400; Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, *EU Ret*, 6. reviderede udgave, København 2010 s. 506-508.

¹⁰² Se samme standpunkt i Mörsdorf 2009 s. 33; Karsten Engsig Sørensen, «CARTESIO-dommen», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2009 nr. 1 og 2 s.18-26 (s. 19-20).

faste eiendommer tinglyses på et nystiftet utenlandsk selskap. Et synspunkt kan derfor være at avledede rettsvirkninger av likvideringsplikten, herunder plikt til å svare dokumentavgift, også faller utenfor virkeområdet til etableringsfriheten.

EU-domstolens avgjørelse i *Cartesio* gir et obiter dictum som ikke følger dette synspunktet. Etter obiter dictumet må det ved grenseoverskridende selskapsflyttinger til en annen medlemsstat sondres mellom de tilfeller med og uten endring av selskapets nasjonalitet.¹⁰³ Når selskapet flytter uten endring av nasjonalitet synes regelen oppstilt i *Daily Mail*, om at selskapet ikke er vernet av etableringsfriheten i spørsmålet om å bevare sin juridiske identitet i fraflyttingsstaten, å gjelde. På den annen side åpner EU-domstolen i *Cartesio* for at et selskap ved flytting kan underlegges selskapslovgivningen i mottakerstaten, dersom selskapet «omdannes til en selskapsform, der henhører under national lovgivning i den medlemsstat, hvortil det flytter.»¹⁰⁴ I dette tilfelle kan «regler om etableringsfrihet, navnlig ikke begrunde, at stiftelsesmedlemsstaten ved at foreskrive oppløsning og likvidation af dette selskab forhindrer dette [selskapet] i at blive omdannet til et selskab efter den anden medlemsstats nationale lovgivning, for så vidt som dette er tilladt efter denne lovgivning.»¹⁰⁵

Selskapsflyttinger med og uten endring av nasjonalitet kan illustreres på følgende måte:

Norge

EØS

Selskapsutflytting uten endring av nasjonalitet

Aksjeselskap

Oppløsning i Norge og nystiftelse i EØS

Nystiftet selskap

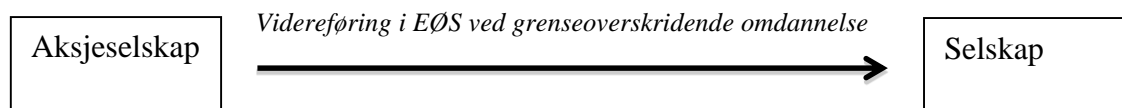
Aksjeselskapet endrer ikke nasjonalitet, men likvideres ved utflytting. Det nystiftede selskapet er et nytt selskap.

¹⁰³ Sak C-210/06, Sml. 2008 s. I-9641, premiss 111.

¹⁰⁴ Premiss 111.

¹⁰⁵ Premiss 112.

Selskapsutflytting med endring av nasjonalitet



Aksjeselskapet endrer nasjonalitet og videreføres i mottakerstaten gjennom en grenseoverskridende omdannelse.

Både Engsig Sørensen og Anker-Sørensen og Sjøfjell forstår *Cartesio*-dommen slik at fraflyttingsstaten ikke kan legge hindringer for at selskapet videreføres i mottakerstaten gjennom en grenseoverskridende omdannelse, såfremt mottakerstaten godtar grenseoverskridende selskapsomdannelser.¹⁰⁶

Av *Cartesio* forstår jeg derfor at når selskapet *nystiftes* i mottakerstaten så er selskapet ikke vernet av etableringsfriheten ved utflyttingen. Dette er, som nevnt i punkt 5.3, begrunnet i at det er et vilkår for å vernes av etableringsfriheten at selskapet er lovlig etablert i sitt vertsland. Godtar mottakerstaten at selskapet *videreføres* gjennom grenseoverskridende selskapsomdannelser, er regelen at utflyttingsstaten ikke kan legge hindringer for omdannelsen av selskapet til et selskap i mottakerstaten. Borg-Barthet forstår at begrunnelsen for distinksjonen «lies in the fact that, by electing to change its governing law in the process of emigrating, the company frees itself of its dependence on its governing law and the connecting factors prescribed therein.»¹⁰⁷ Selskapet vil i situasjonene ved grenseoverskridende omdannelser underlegges mottakerstatens rett, og dermed være lovlig etablert i mottakerstaten når selskapet mister sin tilknytningsfaktor til fraflyttingsstaten. På denne bakgrunn vil selskapet hele tiden være lovlig etablert i sitt vertsland, slik at selskapet er beskyttet av etableringsfriheten.

EU-domstolens avgjørelse i *Cartesio* har vært kritisert av flere. Friis Hansen og Krenchel har kritisert avgjørelsen fordi den først erkjenner en rett til grenseoverskridende omdannelser, for

¹⁰⁶ Engsig Sørensen 2009 s. 20; Anker-Sørensen og Sjøfjell 2014 s. 67.

¹⁰⁷ Justin Borg-Barthet, «European Private International Law of Companies after *Cartesio*», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009 s 1020-1028 (s. 1027).

deretter å gjøre retten avhengig av mottakerstatens interne rett.¹⁰⁸ Engsig Sørensen har kritisert avgjørelsen, og tatt til orde for at avgjørelsens premiss 112, «for så vidt som dette er tilladt efter denne [mottakerstatens] lovgivning» ikke kan forstås slik at mottakerstaten fritt kan nekte grenseoverskridende selskapsomdannelse.¹⁰⁹ Engsig Sørensen hevder at formuleringen er misvisende fordi den bygger på forutsetningen om at medlemsstaten fritt kan bestemme hvilke tilknytningsfaktorer selskapet må oppfylle til medlemslandet.¹¹⁰ Av denne grunn kan mottakerstaten «kræve, at selskabet for at blive omdannet opfylder nationale krav», herunder mottakerstatens tilknytningsfaktorer og tilpasser vedtektene etter mottakerstatens rett.¹¹¹ Engsig Sørensen hevder derfor at passusen «for så vidt som dette er tilladt» må forstås som «på de betingelser dette er tilladt.»¹¹² Som begrunnelse viser Engsig Sørensen til at denne forståelsen er mer forenelig med den engelske versjonen av Cartesio premiss 112 som lyder «to the extent that it is permitted under that law to do so.»¹¹³ Engsig Sørensen underbygger også sin forståelse ved å vise til EU-domstolens avgjørelse i *Sevic*¹¹⁴, der retten til grenseoverskridende fusjoner ble anerkjent gjennom etableringsfriheten. Når EU-domstolen erkjenner en rett til grenseoverskridende fusjon tyder dette på at medlemslandene også må legge til rette for andre grenseoverskridende selskapsrettslige omstruktureringer.¹¹⁵

Etter min mening er det grunn til å framheve at bakgrunnen for at EU-domstolen i *Sevic* anerkjente retten til grenseoverskridende fusjoner i etableringsreglene var at tysk rett kun godtok fusjoner mellom tyske selskaper. De tyske fusjonsreglene var derfor diskriminerende og en ulovlig restriksjon på etableringsfriheten. Engsig Sørensen har presisert at internrettslige selskapsomdannelse i alminnelighet er tillatt etter nasjonale retter, og at det derfor må antas at medlemsstatene også må tillate grenseoverskridende selskapsomdannelse.¹¹⁶

I sak C-378/10 (offentliggjort i elektronisk sml.) (*Vale*), tok EU-domstolen et oppgjør med *Cartesio*-premissene om at selskapsomdannelse må være tillatt etter mottakerstatens rett.

¹⁰⁸ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk selskabsret 1*, 3. udgave, København 2010 s. 210.

¹⁰⁹ Engsig Sørensen 2009 s. 24-25.

¹¹⁰ *ibid.* s. 24.

¹¹¹ *l.c.*

¹¹² *l.c.*

¹¹³ *l.c.*

¹¹⁴ Dommen er omtalt i oppgavens kapittel 3.

¹¹⁵ Engsig Sørensen 2009 s. 25.

¹¹⁶ *ibid.* s. 25-26.

Vale var et italiensk stiftet selskap som ønsket å flytte sitt registrerte hjemsted til Ungarn for å underlegges ungarsk rett. Det italienske selskapet søkte opptak i det ungarske selskapsregisteret som selskapet VALE Építési kft, med det italienske selskapet som rettslig forgjenger. Ungarn nektet selskapet registrert under henvisning til at ungarsk rett ikke godkjenner selskapsrettslige forgjengere som ikke er ungarske. For EU-domstolen ble spørsmålet om hjemstedflytting av selskap verne av etableringsfriheten, herunder om mottakerstaten kan nekte tilflytting av selskap gjennom en grenseoverskridende omdannelse.¹¹⁷

EU-domstolen startet i Vale med å vise til utgangspunktet fra Daily Mail og Cartesio om at selskaper er opprettet etter nasjonal rett og eksisterer i kraft av den nasjonale retten som er bestemmende for selskapets stiftelse og funksjon.¹¹⁸ Domstolen viste til at det er opp til medlemsstatene selv å definere vilkårene for at selskapet skal eksistere etter nasjonal rett, og således være beskyttet av etableringsfriheten.¹¹⁹ Deretter avklarer EU-domstolen forståelsen av Cartesio. Premisset om at grenseoverskridende selskapsomdannelser må være «tilladt etter denne lovgivning» i Cartesio, kan ikke forstås å «undtage lovgivningen i værtsmedlemsstaten om omdannelse af selskaber fra» etableringsfriheten.¹²⁰ Uttalelsen i Cartesio var ifølge Vale ment som en presisering av at selskaper eksisterer i kraft av nasjonal rett. Cartesio-premisset måtte derfor forstås som «hvis de fastsatte betingelser i den henseende er opfyldt».¹²¹

På denne bakgrunn inntok EU-domstolen i Vale det standpunkt «at en national lovgivning, som giver selskaber, der er underlagt national ret, mulighed for omdannelse, men som ikke tillader omdannelse af et selskab, der er omfattet af en anden medlemsstats ret, er omfattet af anvendelsesområdet for» etableringsfriheten.¹²² EU-domstolens avgjørelse i Vale viser at selskapsutflyttinger gjennom grenseoverskridende selskapsomdannelser er omfattet av anvendelsesområdet til etableringsfriheten, såfremt mottakerstaten har interne regler om selskapsomdannelse.¹²³ Av denne grunn må som regel en mottakerstat godta at et utenlandsk

¹¹⁷ Premiss 16.

¹¹⁸ Premiss 27.

¹¹⁹ Premiss 29.

¹²⁰ Premiss 32.

¹²¹ Premiss 32.

¹²² Premiss 33.

¹²³ Gro Rosenmai, «Grænseoverskridende hjemstedsflytning», *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret*, 2014 nr. 1 s. 131-144 (s. 138-139).

selskap omdannes og videreføres i mottakerstaten. På den annen side kan ikke fraflyttingsstaten oppstille restriksjoner for selskapet i forbindelse med omdannelsen.¹²⁴

Det konkluderes derfor med at et aksjeselskap som flytter til en medlemsstat gjennom en grenseoverskridende selskapsomdannelse er vernet av etableringsfrihetens restriksjonsforbud. I det følgende legges til grunn at et norsk aksjeselskap flytter til et medlemsland som godtar interne selskapsomdannelse, og dermed også grenseoverskridende selskapsomdannelse.

5.4.3. Restriksjonsforbud

Problemstillingen under dette punkt er hvorvidt plikt til å svare dokumentavgift der overføringen av grunnbokshjemmel finner sted etter en grenseoverskridende selskapsomdannelse utgjør en restriksjon på retten til fri etablering. EØS-avtalen art. 31 jf. 34 fastsetter at det ikke skal være noen «restriksjoner» på selskapers etableringsadgang i EØS. Ordlyden «restriksjoner» peker på at forbudet rammer juridiske etableringshindringer. Når EU-domstolen har vurdert hvorvidt skatter og avgifter utgjør en restriksjon synes spørsmålet å være om det foreligger nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.¹²⁵ Dette er et spørsmål om det foreligger sammenlignbare situasjoner som behandles ulikt på grunn av nasjonalitet.¹²⁶

EU-domstolen har i sak C-1/93, Sml. 1994 s. I-1137 (Halliburton), tatt stilling til om en avgift på overdragelse av fast eiendom mellom søsterselskaper var en restriksjon på etableringsfriheten. Halliburton-konsernet var organisert med et morselskap i USA som eide 100 % av de aktuelle søsterselskapene. Søsterselskapene var hjemmehørende i henholdsvis Tyskland og Nederland.¹²⁷ Det tyske datterselskapet overdro eiendommer beliggende i Nederland til det nederlandske datterselskapet.¹²⁸ Etter nederlandske avgiftsregler var denne overdragelsen avgiftsbelagt.¹²⁹ Etter nederlandsk rett var det imidlertid et avgiftsfritak ved konserninterne transaksjoner mellom nederlandske selskaper. Siden overdragelsen skjedde mellom et tysk og et nederlandsk selskap i samme konsern påløp det derfor avgift. Spørsmålet for EU-domstolen var om avgiften var en restriksjon på etableringsfriheten.

¹²⁴ Jf. Cartesio premiss 112.

¹²⁵ Sejersted mfl. 2011 s. 411.

¹²⁶ *ibid.* s. 412.

¹²⁷ Premiss 3.

¹²⁸ Premiss 4.

¹²⁹ Premiss 5.

I spørsmålet om avgiften utgjorde en restriksjon framkommer av EU-domstolens avgjørelse at;

«fritagelse for avgiften på handler med fast eiendom udelukkende [er] ved transaksjoner mellom selskaper stiftet som aktieselskaper eller anpartsseselskaper i henhold til nederlandsk ret, men derimod ikke ved transaksjoner mellom tilsvarende selskaper stiftet i henhold til de andre medlemsstaters lovgivning.»¹³⁰

EU-domstolen fant derfor at det forelå forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Begrunnelsen var at det ikke påløp avgift ved overdragelse mellom nederlandske søsterselskaper, mens overdragelse mellom et nederlandsk og et tysk søsterselskap, der det tyske selskapet var *tilsvarende* det nederlandske selskap, var avgiftsbelagt.¹³¹ Denne forskjellsbehandlingen utgjorde en restriksjon på etableringsfriheten. EU-domstolens avgjørelse i Halliburton viser at det er en restriksjon dersom selskapets nasjonalitet er bestemmende for hvorvidt det påløper avgift ved overdragelse av fast eiendom.

Halliburton-saken gjaldt konserninterne overdragelser av fast eiendom. Spørsmålene som behandles i denne oppgaven gjelder ikke konserninterne overdragelser, men utflytting av norske aksjeselskaper til andre EØS-stater. Det er dermed ikke full parallellitet mellom situasjonen i Halliburton og de situasjoner som foranlediger problemstillingene i denne oppgaven. EU-domstolen har i sak C-371/10, Sml. 2011 s. I-12273 (National Grid Indus), tatt stilling til om det forelå en restriksjon ved utflytting av et selskap. Saken gjaldt et nederlandsk aksjeselskap som flyttet hovedsete til Storbritannia, uten at selskapet ble omdannet til et britisk selskap eller likvidert i Nederland. Forut for flyttingen hadde selskapet gitt et lån i britiske pund til et britisk selskap. På grunn av valutaendringer forelå det en latent gevinst på fordringen på tidspunktet for flyttingen. Etter nederlandsk rett skulle den latente gevinsten beskattes i Nederland ved flytting av selskapets hovedsete til Storbritannia. Spørsmålet for EU-domstolen var om gevinstbeskatningen utgjorde en restriksjon på etableringsfriheten.

EU-domstolen startet med å presisere at opprinnelsesstaten ikke kan hindre at et selskap etablerer seg i en annen medlemsstat.¹³² I spørsmålet om gevinstbeskatningen utgjorde en

¹³⁰ Premiss 17.

¹³¹ Premiss 20.

¹³² Premiss 35.

restriksjon vektla EU-domstolen at et nederlandsk selskap som flytter hovedsetet ut av Nederland stilles likviditetsmessig dårligere enn et tilsvarende selskap som bevarer hovedsetet i Nederland.¹³³ Dette ble begrunnet med at en «latent kapitalgevinst ville ikke kunne beskattes, hvis National Grid Indus hadde flyttet sit faktiske hovedsæde inden for det nederlandske område.»¹³⁴ På bakgrunn av at det forelå sammenlignbare situasjoner som ble behandlet ulikt etter hvor selskapet hadde hovedsete konkluderte EU-domstolen med at gevinstbeskatningen var en restriksjon på etableringsfriheten.¹³⁵

EU-domstolens avgjørelse i National Grid Indus viser at det er en restriksjon om selskaper som flytter internt i en medlemsstat og selskaper som flytter til en annen medlemsstat skattemessig behandles ulikt. Ved å sammenholde EU-domstolens avgjørelser i Halliburton og National Grid Indus forstår jeg derfor at når en skal ta stilling til hvorvidt dokumentavgift etter en grenseoverskridende omdannelse er en restriksjon, må man vurdere om interne og grenseoverskridende selskapsomdannelser avgiftsrettslig behandles ulikt.

Aksjelovene kapittel 15 regulerer interne omdannelser i Norge fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap og fra allmennaksjeselskap til aksjeselskap. Bakgrunnen for omdannelsesadgangen mellom aksjeselskapsformene framkommer i Ot.prp. nr. 36 (1993-1994);

«En overgang fra den ene til den andre aksjeselskapsformen berører i liten grad aksjeeiernes og kreditorenes stilling. Det skulle derfor ikke være nødvendig å kreve at et selskap som skal omdannes, må oppløses og nystiftes. I stedet bør reglene baseres på et kontinuitetsprinsipp, slik at selskapet anses som det samme rettssubjektet etter omdannelsen.»¹³⁶

Proposisjonen viser at omdannelse mellom aksje- og allmennaksjeselskaper følger regler som sikrer *selskapsrettslig kontinuitet*. Tinglyst overdragelse fra et aksjeselskap til et allmennaksjeselskap etter omdannelse jf. aksjelovene kapittel 15 vil derfor ikke være dokumentavgiftspliktig (jf. oppgavens kapittel 4).

¹³³ Premiss 37.

¹³⁴ Premiss 40.

¹³⁵ Premiss 41.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 136-137.

Grenseoverskridende selskapsomdannelser er ikke regulert i aksjelovene. Fraværet av regler som sikrer *selskapsrettslig kontinuitet* ved grenseoverskridende omdannelser medfører at tinglyst hjemmeloverføring etter slike omdannelser utløser plikt til å svare dokumentavgift (jf. kapittel 4). På denne bakgrunn vil et aksjeselskap som omdannes til et selskap i utlandet som svarer til norske aksjeselskaper, og som ellers viderefører aksjeselskapets eiere, eiendeler, rettigheter og forpliktelser, avgiftsrettslig behandles annerledes enn interne omdannelser mellom aksjeselskaper. Med andre ord vil en grenseoverskridende omdannelse med faktisk *selskapsrettslig kontinuitet* behandles annerledes enn interne omdannelser som har regelsett som sikrer *selskapsrettslig kontinuitet*. Dette taler for at dokumentavgift etter grenseoverskridende omdannelser forskjellsbehandles på grunn av det grenseoverskridende elementet. En innvending mot dette resonnementet kunne vært at situasjonene med interne og grenseoverskridende omdannelser ikke er sammenlignbare, fordi et omdannet utenlandsk selskap er objektivt noe annet enn et norsk aksjeselskap. Etter EU-domstolens avgjørelse i Halliburton kan ikke denne innvendingen vinne fram. I Halliburton konkluderte EU-domstolen som nevnt at når selskaper stiftet etter nederlandsk rett avgiftsrettslig ble behandlet bedre enn *tilsvarende* selskaper stiftet i en annen medlemsstat var dette en restriksjon.¹³⁷

Det utenlandske omdannende selskapet har imidlertid ingen plikt til å tinglyse overføringen av grunnbokshjemmelen, og dermed svare dokumentavgift. Rette eier bestemmer selv hvorvidt eiendomsoverdragelsen skal tinglyses i grunnboken. Skal det utenlandske selskapet stilles i samme rettslige stilling som nasjonale selskaper må likevel hjemmeloverdragelsen tinglyses. Ved tinglysing vil da interne og grenseoverskridende omdannelser avgiftsrettslig behandles ulikt. At denne forskjellsbehandlingen først oppstår ved etterfølgende tinglysing viser at dokumentavgift ved grenseoverskridende omdannelser er en avledet og indirekte forskjellsbehandling.

Spørsmålet blir dermed om også indirekte forskjellsbehandlinger er en restriksjon på etableringsfriheten. EU-domstolen har i sak C-385/12 (ennå ikke offentliggjort) (Hervis) tatt standpunkt til om indirekte forskjellsbehandlinger vernes av etableringsfrihetens restriksjonsforbud. Spørsmålet i saken var hvorvidt en ungarsk særavgift på omsetning fra detaljhandel var i strid med etableringsfriheten. Etter ungarsk rett skulle avgiften ilegges både ungarske og utenlandske selskaper. I tilfeller der selskapet tilhørte et konsern skulle

¹³⁷ Sak C-1/93 premiss 17.

avgiftsgrunnlaget fastsettes etter en forholdsmessig fordelingsnøkkel basert på netto omsetning i konsernet. Særavgiften ble fastsatt progressivt avhengig av selskapet eller konsernets netto omsetning. Det ungarske selskapet Hervis var et datterselskap i SPAR-konsernet. På grunn av SPAR-konsernets store netto omsetning ble Hervis pålagt en avgiftssats som var markant høyere enn dersom beregningsgrunnlaget alene hadde vært omsetningen i Hervis. Hervis ble derfor indirekte forskjellsbehandlet ettersom selskapet var en del av SPAR-konsernet.

EU-domstolen viste til at restriksjonsreglene forbyr ikke bare «åpenlys forskjellsbehandling begrundet i selskabernes hjemsted, men desuden enhver form for skjult forskjellsbehandling».¹³⁸ Domstolen fastslo at det ikke forelå en direkte diskriminering ettersom særavgiften oppkreves på samme vilkår av samtlige selskaper som utøver virksomhet i Ungarn.¹³⁹ På den annen side ville en progressiv særavgift som «i de fleste tilfælde» rammer konserner «med selskaber med hjemsted i andre medlemsstater» hardere, være «en indirekte forskjellsbehandling på grundlag af selskabernes hjemsted» som utgjør en restriksjon på etableringsfriheten.¹⁴⁰

Av avgjørelsen i Hervis utledes at også avledede og indirekte rettsvirkninger utgjør en restriksjon, såfremt regelverket konkret gjør at selskapene stilles ulikt. Avgjørelsene Halliburton, National Grid Indus og Hervis tilsier dermed at dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap, gjennom en grenseoverskridende omdannelse, er en restriksjon på etableringsfriheten. Forutsetningen må imidlertid være at den grenseoverskridende omdannelsen bygger på faktisk *selskapsrettslig kontinuitet*, dvs. at det omdannende utenlandske selskapet svarer til og ellers viderefører det norske aksjeselskapet. Konklusjonen blir derfor at dokumentavgift etter slike grenseoverskridende omdannelser er en restriksjon på etableringsfriheten, jf. EØS-avtalen art. 31. jf. art. 34.

5.4.4. Traktatfestet unntak fra restriksjonsforbudet

EØS-avtalen art. 33 oppstiller et traktatfestet unntak fra restriksjonsforbudet. Etter bestemmelsen skal forbudet «ikke hindre at bestemmelser om særbehandling av fremmede

¹³⁸ Premiss 30.

¹³⁹ Premiss 32.

¹⁴⁰ Premiss 39 og 41.

statsborgere får anvendelse når de er fastsatt ved lov eller forskrift og begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen.» Unntaket gjelder også for selskaper, jf. art. 34.

Plikten til å svare dokumentavgift følger av lov og forskrift. Dokumentavgiften er imidlertid en fiskal avgift som ikke er begrunnet i offentlig orden, sikkerhet eller folkehelsen. Det traktatfestede unntaket i EØS-avtalen art. 33 gir derfor ikke unntak fra restriksjonsforbudet.

5.4.5. Ulovfestet unntak fra restriksjonsforbudet

EU-domstolen har etter den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn oppstilt tre kumulative vilkår for at en restriksjon på etableringsfriheten likevel kan være forenelig med EØS-avtalen. Det restriktive tiltaket må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og tiltaket må være egnet og nødvendig til å ivareta det tvingende allmenne hensynet.¹⁴¹

Den første problemstillingen blir om dokumentavgift ved helhetlig utflytting av aksjeselskap kan begrunnes i et tvingende allment hensyn. Dokumentavgiften er en fiskal avgift.

Spørsmålet blir hvorvidt hensynet til statens inntekter er et relevant hensyn.

I *National Grid Indus* drøftet EU-domstolen om en restriktiv gevinstbeskatning på en fordring som følge av en selskapsutflytting kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Domstolen tok utgangspunkt i «at opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne er et lovligt formål».¹⁴² Videre kunne ikke utflytting av selskapet gjøre «at oprindelsesmedlemsstaten skal give afkald på sin ret til at beskatte en kapitalgevinst, der er opstået inden for rammerne af dens beskatningskompetence før nævnte flytning».¹⁴³ Territorialprinsippet, at staten kan skattlegge inntekter som har sin kilde i staten,¹⁴⁴ tilsa at Ungarn kunne beskatte latente kapitalgevinster som var oppstått i tiden før det skattepliktige selskapet utflyttet.¹⁴⁵ Av denne grunn ble beskatning av den latente gevinsten begrunnet i hensynet til en fordelt beskatningskompetanse mellom medlemsstatene. Dette hensynet utgjorde et tvingende allment hensyn.¹⁴⁶

¹⁴¹ Se sak C-371/10 (*National Grid Indus*) premiss 42; Sejersted mfl. 2011 s. 406-407.

¹⁴² C-371/10 premiss 45.

¹⁴³ Premiss 46.

¹⁴⁴ Frederik Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utgave, Oslo 2009 s. 34.

¹⁴⁵ Premiss 46.

¹⁴⁶ Premiss 46.

Av dommen utledes at en medlemsstat i utflyttingstilfeller kan beskatte ikke-realiserede gevinster oppstått under medlemsstatens beskatningskompetanse. Dette fordi hensynet til en fordelt beskatningskompetanse mellom medlemsstatene er et tvingende allment hensyn.

Etter mitt skjønn vil ikke hensynet til en fordelt beskatningskompetanse gjøre seg gjeldende i spørsmål om dokumentavgift ved utflytting av aksjeselskap. Dokumentavgift er en avgift på tinglyst hjemmelsoverføring til fast eiendom. Avgiften har ikke karakter av å beskatte gevinster eller andre inntekter. Videre følger det av den faste eiendommens natur at dokumentavgift vil tilligge den norske stats beskatningskompetanse, siden eiendommen ligger i Norge. Av denne grunn kan ikke hensynet til en fordelt beskatningskompetanse mellom medlemsstatene utgjøre et tvingende allment hensyn i denne sammenheng.

EU-domstolens avgjørelse i Hervis er mer relevant i spørsmålet om dokumentavgift ved utflytting aksjeselskap kan unntas restriksjonsforbudet. Til spørsmålet om en særavgift på omsetning av detaljhandel kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn framkommer av EU-domstolens avgjørelse at «beskyttelse af landets økonomi» ikke kunne begrunne den restriktive særavgiften.¹⁴⁷ Domstolens uttalelse bygger på prinsippet om at rent økonomiske hensyn ikke kan unnta restriktive tiltak.¹⁴⁸ Dette taler for at dokumentavgift, som er rent fiskalt begrunnet, ikke kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.

Det kan også problematiseres om kontrollhensyn kan begrunne restriksjonen. I Halliburton-saken hadde nederlandske myndigheter anført at det var nødvendig å begrense avgiftsfritaket til nederlandske selskaper fordi skattemyndighetene ikke hadde mulighet til å kontrollere hvorvidt det utenlandske selskapet tilsvarte nederlandske selskaper.¹⁴⁹ EU-domstolen konkluderte med at kontrollhensynet ikke kunne utgjøre et tvingende allment hensyn fordi;

«[n]ærmere opplysninger om selskabsformene i de øvrige medlemsstater kan nemlig indhentes med henblik på opkræving af afgifter på retshandler ved hjælp av den ordning, der er indført ved Rådets direktiv 77/779/EØF».¹⁵⁰

¹⁴⁷ C-385/12 premiss 44.

¹⁴⁸ Sejersted mfl. 2011 s. 406.

¹⁴⁹ C-1/93 premiss 21.

¹⁵⁰ Premiss 22.

Informasjonsutvekslingsdirektivet er ikke integrert i EØS-avtalen. Dette har medført at EU-domstolen har funnet at restriksjoner som er ulovlige mellom EU-statene, ikke har blitt ansett uforenelige med EØS-avtalen.¹⁵¹ Norge har imidlertid inngått skatteavtaler med de fleste EØS-stater som gir norske myndigheter tilgang til opplysninger om selskaper i avtalelandet.¹⁵² I disse tilfellene vil kontrollhensynet ikke utgjøre et tvingende allment hensyn. Ved utflytting av aksjeselskap til EØS-stater som Norge ikke har en tilfredsstillende skatteavtale med, med hensyn til informasjonsutveksling, kan kontrollhensynet utgjøre et tvingende allment hensyn som kan begrunne dokumentavgift. For disse tilfellene vil det være grunn til å drøfte om dokumentavgift er *egnet og nødvendig* for å ivareta kontrollhensynet.

EU-domstolens avgjørelse i sak C-422/01, Sml. 2003 s. I-6817 er illustrerende for hvilke krav som stilles for at kontrollhensynet kan gjøre unntak fra restriksjonsforbudet. Saken gjaldt spørsmål om utenlandske forsikringsselskaper som ble beskattet hardere enn svenske forsikringsselskaper var i strid med retten til fri bevegelse av tjenester. Etter at EU-domstolen hadde fastslått at forskjellsbehandlingen utgjorde en restriksjon, vurderte domstolen om hensynet til en effektiv skattekontroll kunne begrunne restriksjonen. Om den ulike beskatningen av innen- og utenlandske selskaper var *nødvendig* framkommer av EU-domstolens avgjørelse at;

«[d]er er heller intet til hinder for, at de pågældende skattemyndigheder kræver, at den skattepligtige selv fremlægger de beviser, som de finder nødvendige for at kunne bedømme, om de i lovgivningen fastsatte betingelser for fradrag er opfyldt, og dermed afgøre, om det krævede fradrag skal godkendes».¹⁵³

Hensynet til en effektiv skattekontroll kunne derfor ikke begrunne restriksjonen.

Av EU-domstolens avgjørelse utleder jeg at kontrollhensynet ikke kan begrunne en restriktiv skatt eller avgift såfremt staten kunne opprettet et dokumentasjonskrav til den skatte- eller avgiftspliktige. På denne måten kunne den skatte- eller avgiftspliktige godtgjort at den befinner seg i en tilsvarende situasjon som et nasjonalt skatte- eller avgiftssubjekt, og således blitt behandlet på samme måte. Norske myndigheter har ikke åpnet for at selskaper i forbindelse med grenseoverskridende omdannelser kan dokumentere at de er i tilsvarende

¹⁵¹ Se f. eks sak C-72/09 Sml. 2010 s. I-10659.

¹⁵² <https://www.regjeringen.no/nb/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat/id417330/>.

¹⁵³ Premiss 43.

situasjon som interne omdannelser som følger regelsett som sikrer *selskapsrettslig kontinuitet*. På denne bakgrunn kan ikke kontrollhensynet nødvendiggjøre at interne og grenseoverskridende selskapsomdannelser avgiftsrettslig behandles ulikt.

Konklusjonen blir derfor at kontrollhensynet ikke kan nødvendiggjøre restriksjonen. Det er derfor ikke grunn til å behandle vilkåret om egnethet subsidiært.

5.5. Sammenfatning og konklusjon

Dokumentavgift ved utflytting av aksjeselskap gjennom en grenseoverskridende selskapsomdanning, der hjemmel til fast eiendom tinglyses fra et likvidert norsk aksjeselskap til et omdannet utenlandsk selskap, er en restriksjon på etableringsfriheten. Forutsetningen er at den grenseoverskridende omdannelsen skjer med faktisk *selskapsrettslig kontinuitet*, dvs. at det omdannende utenlandske selskapet svarer til og ellers viderefører det norske aksjeselskapet. Det kan ikke gjøres unntak fra restriksjonsforbudet, verken etter EØS-avtalen art. 33 eller etter den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn.

6. Konsekvens av at dokumentavgift er uforenelig med etableringsfriheten

EØS-avtalen skal etter lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1 «gjelde som norsk lov». Videre bestemmer EØS-loven § 2 at bestemmelser «i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter [EØS] avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.» Bestemmelsene viser at EØS-avtalens regler om etableringsfrihet ved motstrid går foran reglene om dokumentavgift.

Konklusjonen blir derfor at dokumentavgift ikke kan oppkreves ved utflytting av aksjeselskap når et aksjeselskap omdannes til et selskap i mottakerstaten, og aksjeselskapets faste eiendommer tinglyses på et videreført omdannet selskap i EØS som tilsvarer norske aksjeselskap.

7. Avslutning

7.1. Bemerkninger

Avslutningsvis vil jeg i punkt 7.2 foreta en kort sammenfatning av oppgavens problemstillinger før jeg peker på nye rettsspørsmål som kan reises ut i fra oppgavens konklusjoner. Dernest vil jeg i punkt 7.3 peke på andre alternative avgiftsfrie selskapsutflyttinger.

7.2. Sammenfatning og nye problemstillinger

Framstillingen har vist at et aksjeselskap som flytter sine forretningskontor ut av Norge plikter å likvidere. Dersom aksjeselskapet ikke overholder likvideringsplikten, kan domstolen likvidere selskapet. På den annen side har et aksjeselskap som flytter rett etter etableringsfriheten til å omdannes til et selskap i mottakerstaten. At aksjeselskapet likvideres i Norge, men har rett til å videreføres i mottakerstaten gir grobunn for nye problemstillinger.

Et aksjeselskap som flytter gjennom en grenseoverskridende selskapsomdannelse kan ikke ilegges dokumentavgift når aksjeselskapets grunnbokshjemler tinglyses på et videreført omdannet selskap som tilsvarer et norsk aksjeselskap. Dette på grunn av EØS-avtalens etableringsregler. Et spørsmål som jeg ikke har drøftet er om den grenseoverskridende omdannelsen kan bygge på *selskapsrettslig kontinuitet* etter mottakerstatens selskapsregler, og hvilken virkning dette ville hatt for norske avgiftsregler. Konklusjonen vil uansett bli den samme. Dokumentavgift kan ikke ilegges i disse tilfellene.

Drøftelsene viser at tydeligere reguleringer om utflyttinger av selskap er nødvendige for å avbøte problemer i spenningsfeltet mellom norsk selskaps- og avgiftsrett og EØS-retten. I EU er det satt i gang arbeider med forslag til fjortende selskapsdirektiv om selskapers nasjonalitetsskifte.¹⁵⁴ Direktivet tar sikte på å muliggjøre at et selskap kan flytte og underlegges lovgivningen i en annen EØS-stat uten å likvideres i fraflyttingsstaten.¹⁵⁵ En gjennomføring av direktivet vil åpne for at et aksjeselskap kan bevare sin identitet i Norge etter utflytting. Aksjeselskap vil da ikke ha behov for å overføre grunnbokshjemmelen til sine faste eiendommer til et utenlandsk selskap. Direktivet ville derfor dempet konflikten mellom dokumentavgiften og etableringsfriheten ved utflytting av aksjeselskap.

¹⁵⁴ <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/direktiv-om-flytting-av-selskapers-regis/id524148/>.

¹⁵⁵ Bråthen 2013 s. 56-57.

Norge er folkerettslig forpliktet til å bringe reglene om dokumentavgift i samsvar med EØS-avtalen, og kan derfor ikke vente på et direktiv fra EU. Hvilke endringer som må gjøres må underlegges en bredere vurdering enn hva denne oppgaven tillater. Jeg skal derfor kun peke på noen alternativer.

En mulig regelendring kan være å tillate aksjeselskaper å flytte sine hovedkontor til andre EØS-stater og fortsatt være underlagt norske selskapsstatutter. På samme måte som en gjennomføring av EUs fjortende selskapsdirektiv, vil innføring av en slik regel være at et selskap kan flytte til EØS uten å likvideres i Norge. Regelen ville medført at et aksjeselskap som flytter sine hovedkontor til andre EØS-stater ikke behøver å tinglyse sine eiendommer på andre rettssubjekter.

På den annen side kan det tenkes at et aksjeselskap ønsker å benytte seg av retten til å videreføres i mottakerstaten gjennom en grenseoverskridende omdannelse (jf. punkt 5.4.2.). Det videreførte selskapet kan ønske grunnbokshjemmelen tinglyst overført til seg. Etter etableringsfriheten kan ikke denne hjemmelsoverføringen belastes med dokumentavgift. En måte å bringe dokumentavgiftsreglene i samsvar med etableringsfriheten kan derfor være å innføre et avgiftsfritak. Avgiftsfritaket må omfatte situasjonen der et aksjeselskap videreføres i EØS gjennom en grenseoverskridende omdannelse. En forutsetning for avgiftsfritaket må også være at det omdannede selskapet svarer til et norsk aksjeselskap. Dette skisserte avgiftsfritaket kan illustreres på følgende måte:

Avgiftsfritak ved tinglyst hjemmelsoverføring etter grenseoverskridende selskapsomdannelse i EØS når aksjeselskapet videreføres i et selskap som svarer til aksjeselskap

Norge

EØS

Aksjeselskap
(A)

Tinglyst overføring av grunnbokshjemmel

Selskap (B)

Aksjeselskapet (A) videreføres ved omdannelse til selskap (B) i EØS. Selskap (B) er tilsvarende et norsk aksjeselskap. Aksjeselskapets faste eiendommer tinglyses overført til selskap (B). Avgiftsfritaket omfatter denne hjemmelsoverføringen.

En annen metode for å avbøte motstriden kan være å innføre regler om grenseoverskridende omdannelser i EØS som sikrer *selskapsrettslig kontinuitet*. Ved denne metoden ville ikke det ovennevnte avgiftsfritaket vært nødvendig. EU-domstolen har i de nevnte avgjørelsene *Sevic*, *Cartesio* og *Vale* forutsatt at medlemstatene generelt skal legge til rette for grenseoverskridende omstruktureringer. Hvordan en grenseoverskridende selskapsomdannelse faktisk og rettslig skal gjennomføres er likevel uklart. Et forslag kan derfor være å innføre lovgivning som legger til rette for grenseoverskridende selskapsomdannelser, på samme måte som for grenseoverskridende fisjon og fusjon. På denne måten kan grenseoverskridende omdannelser i EØS følge regler som sikrer omdannelse med *selskapsrettslig kontinuitet*. Regelen ville medført at et norsk aksjeselskap som omdannes til et tilsvarende selskap i EØS og som tinglyser sine grunnbokshjemler på det omdannende selskapet ikke ville svart dokumentavgift.

Enda en metode for å avbøte motstriden mellom dokumentavgift ved grenseoverskridende omdannelser og etableringsfriheten, kan være å avgiftsbelegge tinglyste hjemmelsoverføringer etter interne omdannelser etter aksjelovene kapittel 15. En slik endring av avgiftsreglene ville medført at interne og grenseoverskridende omdannelser avgiftsrettslig ble behandlet likt, herunder at begge tilfellene ville utløst dokumentavgift ved tinglysing. På denne måten ville den nasjonalitetsbestemte forskjellsbehandlingen blitt eliminert, og det ville derfor ikke vært noen EØS-stridig restriksjon. Alternativet framstår likevel som en mindre heldig løsning. Denne regelen ville brutt med prinsippet om at tinglysing etter omstruktureringer av selskap som følger regelsett som sikrer *selskapsrettslig kontinuitet* ikke skal utløse dokumentavgift. Dette ville forhindret næringslivet i å foreta forretningsmessige beslutninger om å omdanne aksjeselskapet etter aksjelovene kapittel 15.

En annen problemstilling som kan drøftes er om rettens likvidasjon av aksjeselskapet i Norge er en EØS-stridig restriksjon, når aksjeselskapet benytter seg av retten til å videreføres i mottakerstaten gjennom en grenseoverskridende omdannelse. Aksjelovene § 16-18 første ledd bestemmer at når tingretten har besluttet selskapet likvidert «skal selskapet avvikles etter reglene i konkursloven og dekningsloven.» Det vil både være kunstig og muligens EØS-stridig å underlegge et solvent aksjeselskap konkursbehandling fordi aksjeselskapet flytter hovedkontorene ut av Norge. En konkursbehandling av aksjeselskapet ville forhindret videreføringen av selskapet i mottakerstaten.

7.3. Alternative avgiftsfrie selskapsutflyttinger

For et aksjeselskap som vil flytte ut av landet og samtidig unngå dokumentavgift kan også andre metoder enn å påberope seg etableringsfriheten være hensiktsmessig. Det er på ingen måte gitt at norske myndigheter eller EFTA-domstolen vil fatte samme konklusjon som meg i spørsmålet om dokumentavgift ved utflytting av aksjeselskap. Både prosessrisiko og domstolsbehandling kan være belastende for et aksjeselskap som ønsker å flytte fra Norge for å etablere seg andre steder i EØS, uten å svare dokumentavgift ved tinglyst hjemmelsoverføring av aksjeselskapets faste eiendommer til et videreført omdannet utenlandsk selskap.

Et alternativ kan være å omdanne et norsk aksjeselskap til et europeisk SE-selskap før utflyttingen. Et SE-selskap er et grenseoverskridende europeisk selskap av ASA-typen.¹⁵⁶ Etter SE-loven¹⁵⁷ § 1 gjelder SE-forordningen¹⁵⁸ om vedtektene for det europeiske selskap som norsk lov. Etter SE-loven § 6 kan et norsk allmennaksjeselskap omdannes til «et europeisk selskap etter SE-forordningen artikkel 2 nr. 4, jf. artikkel 37», og etter reglene i allmennaksjeloven kapittel 15 så langt de passer. SE-forordningen artikkel 2 nr. 4 bestemmer at omdanning fra allmennaksjeselskap til SE-selskap bare kan skje dersom allmennaksjeselskapet «minst i to år har hatt et datterselskap som er regulert av en annen medlemsstats [EØS-stats] lovgivning.»

En problemstilling er om tinglyst hjemmelsoverdragelse fra et norsk allmennaksjeselskap som omdannes til et SE-selskap betraktes som en avgiftspliktig hjemmelsoverføring eller en avgiftsfri navneendring etter tinglysningsreglene. SE-forordningen art. 37 nr. 2 fastslår at omdanningen fra allmennaksjeselskap til SE-selskap «ikke [skal] føre til at selskapet oppløses eller at det dannes en ny juridisk person.» Etter mitt skjønn vil derfor omdanningen fra allmennaksjeselskap til SE-selskap bygge på *selskapsrettslig kontinuitet*, slik at det kun oppstår en avgiftsfri navneendring etter tinglysningsreglene.

¹⁵⁶ Bråthen 2013 s. 46.

¹⁵⁷ Lov 1. april 2005 nr. 14 om europeiske selskaper ved gjennomføringen av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001).

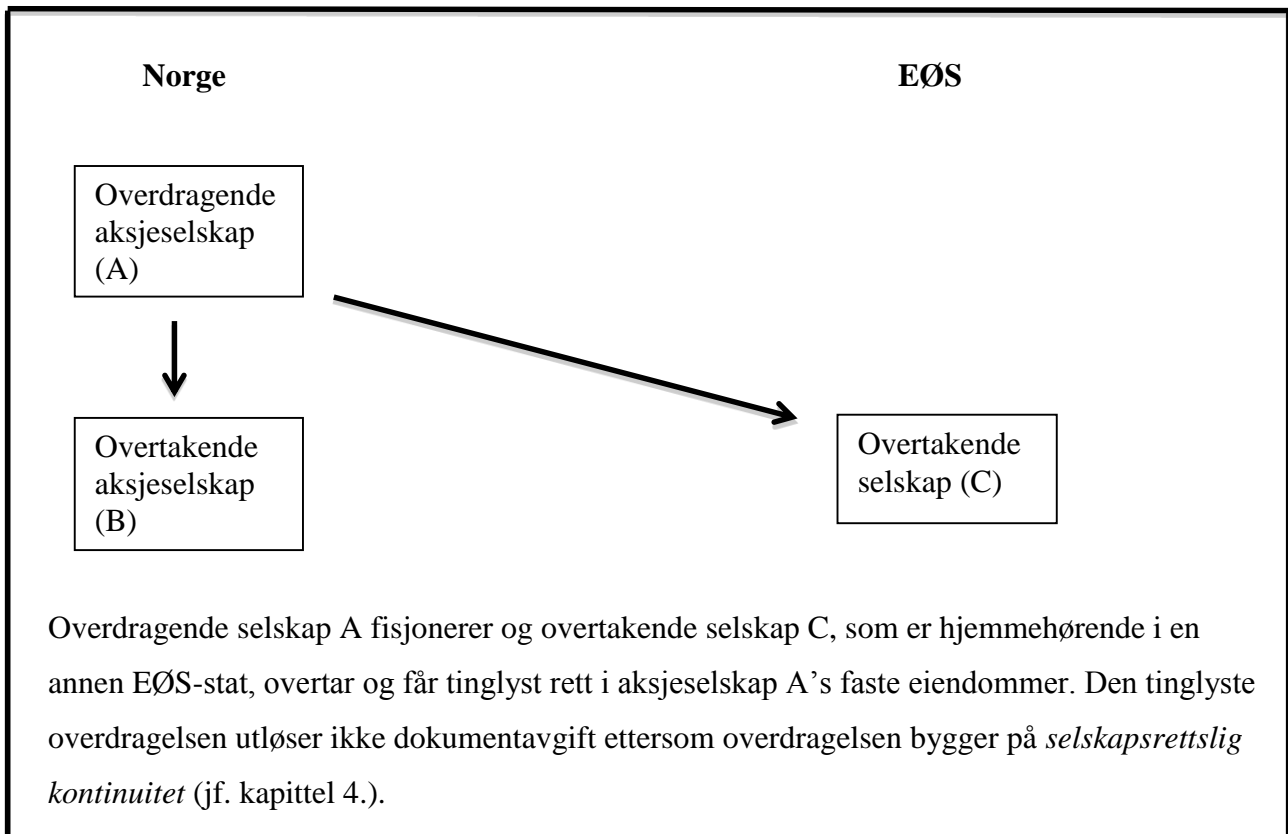
¹⁵⁸ EØS-avtalens vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001 av 8. oktober 2001 om vedtektene for det europeiske selskap (SE)).

SE-forordningen art. 8 nr. 1 første punktum åpner for at et «SE-selskaps forretningskontor kan flyttes til en annen medlemsstat [EØS-stat] i samsvar med» forordningens bestemmelser. Etter art. 8 nr. 2 annet punktum skal flytting av forretningskontoret «ikke føre til oppløsning av SE-selskapet eller til etablering av en ny juridisk person.» Etter SE-forordningen art. 8 nr. 1 vil dermed en selskapsutflytting av et SE-selskap bygge på *selskapsrettslig kontinuitet*, og således ikke utløse plikt til å svare dokumentavgift for SE-selskapets faste eiendommer.

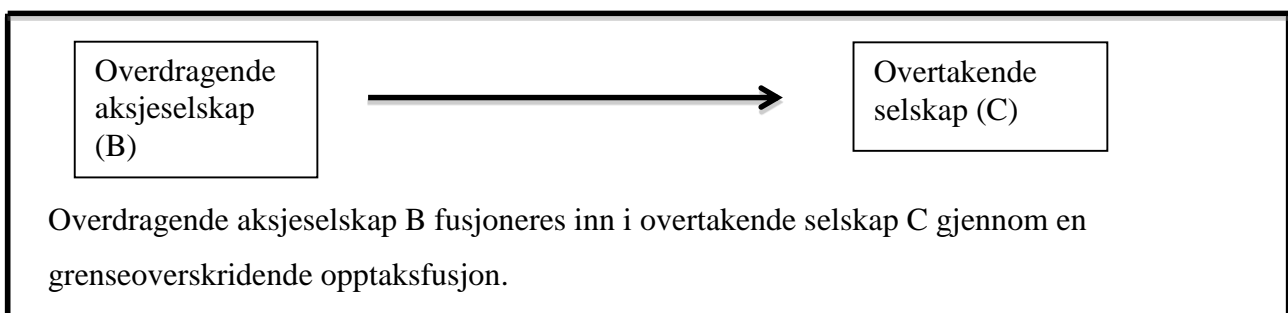
Samlet viser drøftelsen at en omdannelse fra allmennaksjeselskap til SE-selskap der allmennaksjeselskapets grunnbokshjemler tinglyses på SE-selskapet, med påfølgende utflytting av SE-selskapet, antakeligvis ikke vil være dokumentavgiftspliktig. For et aksjeselskap kan tilsvarende avgiftsfri utflytting gjennomføres. Da må først aksjeselskapet omdannes til allmennaksjeselskap, siden kun allmennaksjeselskaper kan omdannes til SE-selskap. På denne måten kan aksjeselskaper flytte ut av Norge uten å måtte svare dokumentavgift for tinglyst overføring av aksjeselskapets faste eiendommer.

Alternativet med omdannelse til SE-selskap før utflytting behøver likevel ikke være en mulig eller hensiktsmessig løsning for alle aksjeselskaper. Det kreves blant annet ved stiftelse av SE-selskap ved omdannelse fra allmennaksjeselskap, at allmennaksjeselskapet i minst to år har hatt et datterselskap som er underlagt lovgivningen i en annen EØS-stat, jf. SE-forordningen art. 2 nr. 4. I tillegg må det tas hensyn til andre krav som stilles til SE-selskaper. For eksempel stilles det krav til at SE-selskap skal ha tegnet kapital på minst 120.000 euro, jf. SE-forordningen art. 4 nr. 2.

Et annet avgiftsfritt alternativ til helhetlig utflytting kan være å flytte ut aksjeselskapet gjennom grenseoverskridende fisjoner og fusjoner. Et aksjeselskap (A) som er innehaver av grunnbokshjemmelen kan foreta en grenseoverskridende fisjon der eiendomsretten til aksjeselskapets eiendommer overdras og tinglyses på et overtakende selskap (C) hjemmehørende i en annen medlemsstat.



Tinglysing av hjemmelen til det overdragende aksjeselskap (A) sine faste eiendommer på overtakende utenlandske selskap (C) er en avgiftsfri navneendring i tinglysingsregisteret. Dersom det opprinnelige aksjeselskapet (A) ønsket å flytte hele selskapet ut av Norge, kan det gjenværende av aksjeselskapet i Norge (B) foreta en grenseoverskridende opptaksfusjon med det utenlandske overtakende selskap (C).



På denne måten kan det opprinnelige norske aksjeselskap (A) videreføres som helhet i EØS gjennom selskap (C).

Det kan imidlertid spørres om slik utflytting gjennom flerleddede grenseoverskridende fisjoner og fusjoner kan rammes av den ulovfestede omgåelselæren,¹⁵⁹ slik at avgift likevel må svares. Aksjeselskapet må også ta hensyn til andre skatter, avgifter og kostnader ved slike grenseoverskridende fisjoner og fusjoner. Disse problemstillingene er stoff for videre studier.

¹⁵⁹ Se Rt. 2008 s. 1510 om arveavgift. I premiss 59 synes Høyesterett å forutsette at den ulovfestede omgåelselæren både gjelder for skatter og avgifter.

8. Kilderegister

Traktater/konvensjoner:

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vedtatt 4. November 1950.

Treaty establishing the European Economic Community av 25. Mars 1957.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde vedtatt 2. mai 1992.

Lover:

Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov.

Lov 6. juli 1957 nr. 4 om aksjeselskaper (opphevet).

Lov 19. juni 1959 nr. 2 om avgifter vedrørende motorkjøretøyer og båter.

Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer.

Lov 10. juni 1972 om motorferdsel i utmark og vassdrag.

Lov 4. juli 1976 om aksjeselskaper (opphevet).

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

Lov 12. des. 1975 nr. 59 om dokumentavgift.

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.

Lov 26. mars 1999 om skatt av formue og inntekt.

Lov 1. april 2005 nr. 14 om europeiske selskaper ved gjennomføringen av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001).

Forskrifter:

Forskrift 26. mars 1999 nr. 14 om utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven.

Forskrift 15. desember 2014 nr. 1724 om Stortingets vedtak om særavgifter til statskassen for budsjettåret 2015.

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 47 (1984-1985).

Ot.prp. nr. 50 (1984-1985).

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994).

Ot.prp.nr. 17 (2004-2005).

Ot.prp. nr. 78 (2006-2007).

Prop.112 L (2011-2012).

Prop.1 LS (2013-2014).

NOU: 2014:13.

EU-dommer:

Sak C-81/87, Sml. 1988 s. 5483.

Sak C-1/93, Sml. 1994 s. I-1137.

Sak C-212/97, Sml. 1999 s. I-1459.

Sak C-208/00, Sml. 2002 s. I-9919.

Sak C-422/01, Sml. 2003 s. I-6817.

Sak C-167/01, Sml. 2003 s. I-10155.

Sak C-411/03, Sml. 2005 s. I-10805.

Sak C-451/05, Sml. 2007 s. I-8251.

Sak C-210/06, Sml. 2008 s. I-9641.

Sak C-72/09, Sml. 2010 s. I-10659.

Sak C-371/10, Sml. 2011 s. I-12273.

Sak C-378/10, (inntatt i elektronisk sml.).

Sak C-385/12, (ennå ikke offentliggjort).

Norsk rettspraksis:

Rt. 1991 s. 943.

Rt. 2002 s. 1144.

Rt. 2008 s. 1510.

Rt. 2012 s. 752.

LB-2006-157912.

TOSLO-2010-147861.

Uttalelser, direktiv og rundskriv:

Justisdepartementets lovavdelings tolkningsuttalelse 6. januar 2008, JDLOV-1997-111636.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF.

Rundskriv G-37/1990.

Rundskriv G-06/2005.

Rundskriv nr. 12/2010 S.

Juridisk litteratur:

Aarbakke, Magnus mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 3. utgave (Oslo 2012).

Andenæs, Mats Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave (Oslo 2006).

Anker- Sørensen, Linn og Beate Sjøfjell, «Vår europeiske selskapsrett», *Selskapsrettstidsskriftet*, 1. utgave (Oslo 2014).

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (Oslo 2009).

Boe, Eirik Magnus, *Rettskildelære under debatt* (Oslo 2012).

Borg-Barthet, Justin «European Private International Law of Companies after Cartesio», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009 s 1020-1028.

Bråthen, Tore, Hovedsete eller stiftelsesteorien?, *Festskrift til Helge Johan Thue*, Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.) (Oslo 2007) s. 198-209.

Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 4. utgave (Oslo 2013).

Cordes, Jørg, Laila Stenseng og Peter Landa, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2. utgave (Oslo 2010).

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

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Engsig Sørensen, Karsten, «CARTESIO-dommen», *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret*, 2009 nr. 1 og 2 s.18-26

Falkanger, Thor, og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave (Oslo 2007).

Friis Hansen, Søren og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk selskapsret 1*, 3. utgave (København 2010).

Friis Hansen, Søren «Movement of Companies», *Scandinavian Studies in Law*, 2003 Vol. 45 side 147-172.

Justisdepartementet, *Tinglysingsavgjørelser* (Oslo 1998).

Lundgaard, Hans Petter *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utgave (Oslo 2000).

Mörsdorf, Roland, «Utflytting av norske selskaper til Europa», *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret*, 2009 nr. 1 og 2 s. 28-36.

Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, *EU Ret*, 6. reviderede udgave (København 2010).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004).

Rosenmai, Gro «Grænseoverskridende hjemstedsflytning», *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret*, 2014 nr. 1 s. 131-144.

Scheel, Georg mfl., *Skipsfart og samarbeid* (Oslo 1991).

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011).

Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utgave (Oslo 2009).

Nettsider:

<http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/other/nr/830>. (sist sjekket 27.04.2015)

<http://www.dn.no/nyheter/finans/2014/10/07/2153/Transocean/avlyser-skattesak>. (sist sjekket 27.04.2015)

<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/direktiv-om-flytting-av-selskapers-regis/id524148/>. (sist sjekket 27.04.2015)

<https://www.regjeringen.no/nb/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat/id417330/>. (sist sjekket 27.04.2015)

Hugo P. Matre, lovkommentar note 2358 til allmennaksjeloven § 13-25 på www.rettsdata.no.
Noten er sist hovedrevidert 12.10.2014. (sist sjekket 27.04.2015)

Torbjørn Flørenes, lovkommentar note 13 og 22 til dokumentavgiftsloven §§ 3 og 6 på www.rettsdata.no.
Noten er sist hovedrevidert 17.06.2011. Noten er sist endret 14.03.2013.
(sist sjekket 27.04.2015)