

EØS-statlige selskapers rett til tingsinnbegrepspant i Norge

*Er kravet om registrering i Foretaksregisteret i
pantelovens § 3-5 i strid med prinsippet om fri
etableringsrett i EØS-retten?*

Kandidatnummer: 51

Antall ord: 14 958



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN
10.05.23

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	<i>Presentasjon av tema og problemstilling</i>	4
1.2	<i>Temaets aktualitet</i>	4
1.3	<i>Presentasjon av det nåværende rettskildebilde</i>	6
1.3.1	Generelle bemerkninger.....	6
1.3.2	Tilgrensende lands lovgivning.....	6
1.3.3	EØS.....	7
1.4	<i>Den panterettslige konteksten</i>	8
1.4.1	Panterettens posisjon i samfunnet.....	8
1.4.2	Nærmere om tingsinnbegrepspant.....	8
1.4.3	Legislative hensyn i panteretten.....	9
1.5	<i>Nærmere om den EØS-rettslige konteksten</i>	10
1.5.1	Etableringsretten.....	10
1.5.2	Hvorfor kan ikke de utenlandske selskapene bare registrere seg i Foretaksregisteret?.....	12
1.5.3	Hensyn gjennomgående i både EU- og EØS-retten.....	13
1.5.4	Spesifikke hensyn for EØS-retten.....	14
2	Nærmere om begrepet «næringsdrivende»	15
2.1	<i>Begrepet «næringsdrivende» i norsk rett</i>	15
2.2	<i>Begrepet «næringsdrivende» i EU/EØS-retten?</i>	17
2.3	<i>Tolke «næringsdrivende» EØS-konformt?</i>	18
3	Hvordan dagens lovgivning slår ut ved gitte scenarier	20
3.1	<i>Scenario A</i>	20
3.2	<i>Scenario B</i>	21
4	Strider panteloven § 3-5 med grunnleggende prinsipper i EØS-retten?	22
4.1	<i>De generelle diskriminerings- og restriksjonsforbudene</i>	22
4.1.1	Når foreligger det diskriminerings- og restriksjonsforbud?.....	22
4.1.2	Inneholder TFEU art. 49 et diskriminering- og/eller et restriksjonsforbud?.....	23
4.2	<i>Strider kravet til å registrere seg i Foretaksregisteret i pantelovens § 3-5 med diskrimineringsforbudet i TFEU art. 49?</i>	24
4.2.1	Foreligger det diskriminering i scenario a?.....	24
4.2.2	Er forskjellsbehandlingen saklig begrunnet?.....	30
4.3	<i>Strider kravet oppstilt i pantel. § 3-5 med restriksjonsforbudet i TFEU art. 49?</i>	31
4.3.1	Foreligger det en hindring i scenario A?.....	31
4.3.2	Består pantelovens § 3-5 sitt kriterium om registrering i Foretaksregisteret Gebhard-testen?.....	32
5	Kan forskjellsbehandlingen i det hele tatt rettferdiggjøres?	34
5.1	<i>Er det behov for forskjellsbehandlingen?</i>	34

6	Avsluttende bemerkninger.....	35
6.1	<i>Oppsummering av funn</i>	35
6.2	<i>Anbefalinger</i>	36
	Litteraturliste	38

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Oppgaven vil ta for seg EØS-statlige selskapers adgang til tingsinnbegrepspant i Norge. Etter panteloven §§ 3-4, 3-11 og 4-10 gis «næringsdrivende» en adgang til å pantsette henholdsvis driftstilbehør, varelager og inngå factoringavtale. Denne adgangen er tilsynelatende lik for alle næringsdrivende. Reglene må imidlertid ses i sammenheng med pantel. § 3-5 som stiller opp et vilkår om at næringsdrivende må være registrert i det norske Foretaksregisteret.

Det er ved dette kravet i pantel. § 3-5 om registrering i Foretaksregisteret at hovedspørsmålet i oppgaven blir aktualisert. Gjennom oppgaven vil jeg analysere hvorvidt kravet om registrering i Foretaksregisteret er i strid med de grunnleggende prinsippene om fri etableringsrett i EU-/EØS-retten.

EØS-samarbeidet har vært en essensiell del av Norges tilgang til EU sitt indre marked og har gjort Norge til en samarbeidspartner og aktør i et større europeisk økonomisk fellesskap. EØS-avtalen gjør at Norge sine lover og regler innenfor de fire friheter må være i harmoni med EU sine reguleringer.¹ Dersom det motsatte er tilfelle, kan Norge få dom og sanksjoner mot seg i EFTA-domstolen.² Derfor er det viktig at Norge, samt alle andre EU-/EØS-stater, hele tiden etterstreber at sine nasjonale lovverk stemmer overens med EU sine reguleringer.

Utenlandske selskaper vil som hovedregel være registrert i sitt opprinnelsesland. Med internasjonaliseringen og større andel eksport, handel og samarbeid på tvers av landegrenser er dannelsen av transnasjonale selskaper en naturlig konsekvens. Med en økende mengde transnasjonale selskaper følger imidlertid en rekke nyere type juridiske problemstillinger som ikke har vært like relevant tidligere, hvilket gjør at det heller ikke har blitt drøftet inngående eller muligens ikke er regulert i det hele tatt.

Spørsmålet i denne oppgaven er om vilkåret om at et selskap må være registrert i «Foretaksregisteret» etter pantel. § 3-5 er i strid med det som følger av TEU art. 49 om fri etableringsrett. For å kunne svare på problemstillingen må det også finnes ut av hva som ligger i «næringsdrivende»-vilkåret i panteloven. I tillegg må det undersøkes hva slags type reguleringer som kan utgjøre brudd på etableringsretten som følger av EU- og EØS-retten.

1.2 Temaets aktualitet

¹ Se f.eks. EØS-loven § 2 som understreker viktigheten av harmoni, eller EØS-avtalen art. 3.

² EØS-avtalen art. 35.

EØS-statlige selskapers rett til å ta tingsinnbegrepspant er et lite undersøkt område forut for denne oppgaven. Det er ingen tvil om at problemstillingen er snever. Likevel mener jeg at den er av høy interesse da det er tale om et mulig brudd med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

For det første er det aktuelt med tanke på næringsvirksomheten, handelen over landegrensene og adgangen til det frie markedet. Det er selvfølgelig aktuelt for EU-/EØS-statlige selskaper å finne ut av hvorvidt de må registrere seg i et norsk foretaksregister før de kan ta tingsinnbegrepspant i Norge. Det vil være lettere for de utenlandske selskapene å kunne åpne filialer dersom de vet at registreringen de allerede har i landet de har hovedsete i er tilstrekkelig. Dette vil igjen kunne øke handelen og være gunstig, ikke bare for de involverte selskapene, men også for næringslivet generelt.

Videre kan det medføre økt handel over landegrensene. Økt handel kan igjen medføre vekst i både nasjonal og global økonomi. Ved forsterking av økt handel mellom land kan bedrifter utvide sine markeder og nå flere målgrupper, som igjen kan medføre økt sysselsetting. Kort fortalt er det fordelaktig med god tilgang på handel, noe som gjør denne problemstillingen aktuell. Hvilke situasjoner problemstillingen særlig kommer på spissen i kommer tilbake til i kapittel 3.

I tillegg er avdekking av eventuelle uoverensstemmelser mellom norsk rett og EØS-retten viktig av flere grunner. For det første, og det mest prominente, for å unngå urettmessig behandling av innbyggere eller næringsdrivende. Særlig ved den nylige såkalte NAV-skandalen ble det illustrert hvor viktig det er å avdekke mulige uoverensstemmelser mellom norsk rett og EØS-retten.

NAV-skandalen er en stor offentlig skandale som pågikk i Norge fra 2012 og ble avdekket i 2019. Skandalen gikk i korte trekk ut på at NAV hadde krevd tilbakebetalinger av trygdeytelser av personer som hadde oppholdt seg i utlandet mens de mottok arbeidsavklaringer eller sykepengene av NAV. Problemene oppsto fordi NAV hadde tolket EØS-regelverket feil. NAV tolket reglene slik at personer som mottok slike ytelser ikke hadde rett til å oppholde seg i utlandet i lengre perioder, mens reglene gjennom EØS-avtalen faktisk ga dem denne rettigheten. Dermed ble mange feilaktig mistenkt for trygdesvindler og påført krav om tilbakebetaling av store summer, som i noen tilfeller førte til alvorlige økonomiske konsekvenser og til og med fengselsstraff.

Skandalen førte til stor offentlig oppmerksomhet og kritikk av NAV sin praksis og systemer. Til og med Høyesterett har i storkammer kommet med dom at kravet om oppholdet i Norge, som NAV sin praksis bygde på, var i strid med EU-forordning nr. 883/2004.³

NAV sin praksis utgjorde et brudd på et helt grunnleggende EU-/EØS-prinsipp, nærmere bestemt prinsippet om fri bevegelighet av tjenester.⁴ Noe liknende kan skje dersom det viser seg at kravet til registrering i pantel. § 3-5 viser seg å være EØS-stridig, her med den frie etableringsretten. Selv om det for denne problemstillingen neppe vil være det samme omfanget og like mange berørte som i NAV-skandalen, vil det være mulig at utenlandske

³ Se HR-2021-1453-S.

⁴ Id. Avsnitt 166.

finansinstitusjoner og selskaper har gått glipp av forretningsmuligheter i Norge helt siden EØS-avtalen trådte i kraft i 1994.⁵

Eventuelt har man hatt en situasjon der panthavere ikke har rettsvern for panteavtaler med utenlandske selskaper. Dersom selskapet går konkurs, vil ikke pantaver ha en reell sikkerhet. På motsatt side kan det hende at utenlandske selskaper har blitt og blir nektet adgang til å ta tingsinnbegrepspant fra utlånere, fordi utlånerne vet at det panteavtalen ikke har rettsvern. I tillegg vil selskapene og utlånerne ha mulighet til å saksøke Norge for brudd på sine EØS-forpliktelser, og deres rettigheter som bunner i forpliktelsene, dersom det foreligger brudd.⁶

1.3 Presentasjon av det nåværende rettskildetilbud

1.3.1 Generelle bemerkninger

Denne oppgaven tar for seg en problemstilling som ikke tidligere er adressert av lovgiver eller i juridisk teori. Ettersom det er ingen direkte rettskilder som angår problemstillingen, rent bortsett fra legislative hensyn, medfører dette noen metodiske utfordringer. Derfor vil det spesielt ses til hvordan EU-domstolen har dømt i tilgrensende tilfeller innenfor liknende temaer. Dette for å kunne finne konturen av noen retningslinjer man kan følge også ved den foreliggende problemstillingen.

1.3.2 Tilgrensende lands lovgivning

Problemstillingen berører både flere fagfelt og flere forskjellige lover og traktater. Derfor er det en rekke problemstillinger som må utredes i det nåværende rettskildetilbudet. For det første omhandler problemstillingen adgangen til tingsinnbegrepspant. At næringsdrivende har adgang til dette i Norge er allerede gjort rede for i punkt 1.1. Det er imidlertid interessant å se hvordan adgangen til tingsinnbegrepspant er regulert i tilgrensende land.

Angående adgang til tingsinnbegrepspant er det ingen felles europeisk konsensus å påvise. Dette er imidlertid ingen overraskelse all den tid harmonisering av den materielle panteretten ikke anses å ligge innenfor EU-traktaten. I for eksempel dansk rett er hovedregelen at det ikke er tillatt med tingsinnbegrepspant, med unntak virksomhetspant.⁷ I Tyskland derimot er det ikke adgang til tingsinnbegrepspant. Mens i Sverige, har man en viss adgang.⁸

Det interessante i dette henseende er om landene som har en åpning til tingsinnbegrepspant stiller opp noe liknende vilkår til registrering i sitt eget nasjonale foretaksregister før dette kan tas. I Danmark har ikke deres bestemmelser om «virksomhedspant» noen definisjon av hva «erhvervsvirksomhed» er.⁹ Dette er heller ikke drøftet i den danske teorien.¹⁰ Det samme

⁵ EØS-loven.

⁶ EØS-avtalen art. 34.

⁷ jf. TL §§ 47 b og c.

⁸ Jf. Lag (2008:990) 2. kap. §§ 1-3. Se også Konow 2006.

⁹ Jf. danske tinglysningsloven.

¹⁰ Det er f.eks. ikke drøftet i Millung-Christoffersen 2016.

gjelder den svenske loven,¹¹ samt den svenske teorien.¹² Det er iøynefallende at ingen av våre naboer med adgang til tingsinnbegrepspant har valgt en liknende løsning. Imidlertid betyr det at det er lite å hente av argumentasjon fra et komparativt ståsted.

1.3.3 EØS

De fire frihetene i EU- og EØS-retten er prinsippene om fri bevegelse for varer, personer, tjenester og kapital mellom medlemslandene. Disse frihetene er i stor grad hva disse samarbeidene går ut på. Prinsippene gjør at f.eks. varer som er produsert i et EØS-land, skal kunne transporteres og selges fritt til et annet EØS-land. Prinsippet om fri flyt av varer fremgår av art. 8 i EØS-avtalen og art. 26 i TFEU i EU-retten. Videre går fri bevegelse av personer ut på at borgere fra forskjellige EØS-land har rett til å jobbe, studere eller oppholde seg i opptil tre måneder i et annet EØS-land uten å måtte oppfylle særlige krav. Prinsippet om at personer kan bevege seg fritt mellom medlemsstatene får uttrykk i art. 28 i EØS-avtalen og art. 45 TFEU.

Den frie bevegelse av tjenester får uttrykk i art. 36 i EØS-avtalen og art. 56 TFEU. Friheten går ut på at tjenesteleverandører som har hovedsete i en medlemsstat, har rett til å tilby sine tjenester i andre medlemsstater uten å møte på noen ubegrunnede hindringer. Til slutt innebærer den frie bevegelse av kapital at det er ingen begrensninger på investeringer, forvaltning av aksjer eller noen andre finansielle instrumenter mellom EØS-statene. Fri bevegelse av kapital er inntatt i art. 63 TFEU og i art. 40 i EØS-avtalen.

Disse fire frihetene er viktige for å skape et integrert europeisk marked og for å stimulere økonomisk vekst og utvikling. Gjennom EØS-avtalen samarbeider de deltakende landene for å fremme økonomisk samarbeid og integrasjon, og for å sikre likhet i konkurransevilkårene.¹³

Friheten som er mest relevant for problemstillingen er fri etableringsrett. Etableringsretten kan sies å berøre flere av de fire «store» frihetene, både fri flyt av personer, kapital og tjenester. Retten gir borgere og selskaper fra en medlemsstat adgang til å etablere seg og drive virksomhet i et annet land, uten å møte diskriminering eller unødvendige hindringer. Dette betyr at EU-/EØS-borgere og selskaper kan etablere seg og drive virksomhet i en annen EU-/EØS-medlemsstat. Mer om etableringsretten i punkt 1.5.

I denne konteksten er det viktig å ha i mente at Norge ikke kan diskriminere EØS-statlige selskaper sammenliknet med norske selskaper. Selv om det kan tenkes at dette selskapet ikke har rett til tingsinnbegrepspant i sitt hjemland, må Norge fortsatt gi de tilgang i Norge på lik linje med norske selskaper. Dette betyr at ettersom Norge, helt legitimt, har åpnet for at næringsdrivende kan ta tingsinnbegrepspant i Norge, må EØS-statlige selskaper som på noen måte etablerer seg i Norge ha samme adgang.

¹¹ Lag (2008:990) om företagshypotek.

¹² Problematikken er hverken drøftet i Dahlgren og Rune 1996, eller Walin m.fl. 2012.

¹³ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 19.

1.4 Den panterettslige konteksten

1.4.1 Panterettens posisjon i samfunnet

Tilgang til å pantsette er en grunnleggende del av dagens økonomiske samfunn. Det finnes mange forskjellige typer pant, felles for alle er at de fungerer som kredittsikring. Første hovedskille er skillet mellom håndpant og underpant. Kort fortalt er forskjellen at ved håndpant blir pantsetter fratatt besittelsen av gjenstanden så lenge denne stilles til sikkerhet, mens ved underpant sitter pantsetter på tingen under sikkerhetsstillelsen.

Denne oppgaven omhandler tingsinnbegrepspant, og ved denne type panterett er det tale om underpant. Vanligvis vil utgangspunktet være at en underpantsettelse er i f.eks. en bil, der det er tale om én bestemt gjenstand. Ved tingsinnbegrepspant derimot, er det tale om pant i en mer eller mindre ubestemt masse av løsøreobjekter. Dette betyr at tingsinnbegrepspant i utgangspunktet ikke rommes av definisjonen i pantel. § 1-1, all den tid det ikke er tale om «bestemte» formuesgoder. Dette kan tas til inntekt i første omgang at man trenger særlig lovhjemmel for å kunne ta tingsinnbegrepspant, noe som også er fremholdt i teorien.¹⁴ Rettslig sett befinner vi oss dermed allerede i et slags unntak fra pantehovedregelen i det problemstillingen knytter seg til tingsinnbegrepspant.

1.4.2 Nærmere om tingsinnbegrepspant

Tingsinnbegrepspant kan defineres som en samlet underpantsettelse av en gruppe løsøreobjekter.¹⁵ Tingsinnbegrepspant er en nyttig løsning særlig der det ikke er praktisk å pantsette hver enkelt løsøreobjekt for seg selv, som for eksempel ved varelager eller driftstilbehør.¹⁶

Det er også svært relevant å kunne ha adgang til å ta tingsinnbegrepspant der det ofte er tale om en rekke mindre verdifulle gjenstander, som det vil være en god del kostnader og tid knyttet til å pantsette hver for seg. Sistnevnte eksempel vil også ofte være sammenfallende med både driftstilbehør og varelagerpant.

Historisk har adgangen til tingsinnbegrepspant både variert og vært oppe til debatt i norsk rett. Første adgangen til en form for tingsinnbegrepspant kom ved Panteloven av 1857, men dette gjaldt kun for visse kredittinstitusjoner og driftstilbehør.¹⁷ Driftstilbehørspanteloven fra 1895 og forlagspanteloven fra 1946 utvidet og forbedret ordningene for pantsetting av driftstilbehør og forlagsrettigheter.¹⁸ I tillegg fikk hotellforetakene også lov til å pantsette driftstilbehør fra 1931.¹⁹ Ved innføringen av nåværende pantelov av 1980 fikk næringsdrivende generell adgang til å ta tingsinnbegrepspant i driftstilbehør, varelager og motorvogner og anleggsmaskiner.

Lovendringene som har skjedd etter tusenårsskiftet har hatt stor betydning for adgangen til å pantsette ulike immaterielle rettigheter. I 2015 ble det åpnet adgang til å pantsette patenter og planteforedlerretter, og i 2020 ble det også åpnet adgang til å pantsette varemerker. Før disse lovendringene ble disse immaterielle rettighetene inkludert i driftstilbehørspant, men nå kan de

¹⁴ Skoghøy 2021, s. 21.

¹⁵ Konow 2006, s. 75.

¹⁶ Se panteloven §§ 3-4 og 3-11.

¹⁷ Skoghøy 2021, s. 25.

¹⁸ Id.

¹⁹ Id.

pantsettes separat. Selv om det nå er mulig å pantsette disse rettighetene separat, så er de fortsatt en del av driftstilbehørspanten som næringsdrivende må stille ifølge panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Adgangen til å pantsette motorvogner og anleggsmaskiner ble senere utvidet til å også gjelde jernbanemateriell i 1996. Disse lovendringene har gjort det enklere for næringsdrivende å kunne sikre lån ved å pantsette sine eiendeler.

Oppsummert har det vært åpning for tingsinnbegrepspant i Norge relativt lenge, selv om innholdet av retten har variert med tiden. Det har imidlertid vært en viktig brikke for næringslivet og næringsdrivende i Norge med tanke på finansiering av bedriften. Derfor er det også viktig for utenlandske aktører som vil drive næring i Norge å kunne ha samme tilgang på denne retten, slik at de har mulighet til å konkurrere på like vilkår som de norske bedriftene.

1.4.3 Legislative hensyn i panteretten

Panteretten har som formål å regulere forholdet mellom en kreditor og en debitor i tilfelle av en gjeldsforpliktelse der del av motytelsen til debitor er å stille sikkerhet til kreditor. Denne juridiske konstallasjonen har flere legislative hensyn som er styrende og er spesielle for den.

Først og fremst har panteretten som formål å fungere som en sikkerhetsstillelse for kreditor. Dette har den konsekvens at panteretten skaper kreditt, ettersom kreditorer i større grad kan tillatte seg å låne ut penger dersom de vet at de har sikkerhet hos debitor. Dette er også omtalt som den største rettspolitiske grunnen til avtalepant.²⁰ Sikkerhetsstillelsen betyr at kreditor har mulighet til å søke dekning i f.eks. debtors bolig (dersom boligen er panteobjektet) i tilfelle debitor misligholder sin betalingsplikt overfor kreditor. Panteretten gir dermed kreditor en mer beskyttet stilling enn dersom lånet var en alminnelig fordring.

Panteretten gir prioritet til panthaver i forhold til andre usikrede kreditorers krav, eller panthavere med lavere prioritet. Dette springer også ut fra kredittsikrende og kredittskapende hensyn. Dersom debitor misligholder sin betalingsplikt, for eksempel ved å gå konkurs, vil kreditor ha prioritet til å få dekt sitt gjenstående krav mot debitor.²¹

Disse legislative hensynene er med på å vise hvordan panteretten fungerer i praksis ved å sikre kreditorens krav og beskytte både kreditor og debitor, samtidig som det fastsetter et rammeverk med klare regler for panteretten og dens begrensninger.

At panteretten skal sikre kreditt og samtidig virke kredittskapende er relativt klare og tydeliggjorte hensyn. Det er imidlertid også flere mer underliggende hensyn som preger panteretten. Panteretten blir også styrt av hensynet til myndighetenes kontroll. Myndighetene har behov for å kunne kontrollere markedslivet til en viss grad, hvilket også gjør seg gjeldende i panteretten. Hva og på hvilke vilkår noen kan ta pant i noe er i utgangspunktet fullt ut regulert i panteloven, hvilket betyr at det er lovgiver som har full kontroll over pantereguleringen i Norge.

²⁰ Skoghøy 2021, s. 22.

²¹ Dette grunnleggende momentet er også tatt inn i den norske legaldefinisjonen av hva som er å anse som en panterett, jf. pantel. § 1-1.

Dersom man ikke følger instruksene fra lovgiver og dermed også reglene i panteloven, har man pant uten rettsvern. Dette resulterer i at du ikke faktisk sitter med en sikkerhet hos debitor og risikerer tap dersom debitor går konkurs eller på annen måte ikke klarer å oppfylle sine forpliktelser. Relatert til problemstillingen, vil et EØS-rettslig selskap som f.eks. har åpnet en filial i Norge og inngår panteavtale om sitt varelager uten å registrere seg i Foretaksregisteret, ikke inngått en panteavtale som har rettsvern. Kreditor som ga lånet til selskapet, vil da befinne seg i en svært usikker situasjon.

Det norske myndigheter imidlertid må ta hensyn til er at EØS-statlige borgere og selskaper skal ha adgang til å pantsette på lik linje med norske borgere og selskaper, hvilket er essensielt for problemstillingen.

Disse legislative hensynene viser hvordan panteretten også må ta hensyn til myndighetenes kontroll og reguleringer for å sikre en rettferdig og trygg prosess for både kreditor og debitor, samtidig som det skal fremme kredittskapende verdier for alle i EU- og EØS-samarbeidet.

1.5 Nærmere om den EØS-rettslige konteksten

1.5.1 Etableringsretten

Den frie etableringsretten er regulert i TFEU art. 49-55 og EØS-avtalen art. 31-35 i EØS-avtalen, der de sentrale bestemmelsene er henholdsvis art. 49 og 31. I TFEU art. 49 heter det at «[r]estriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en medlemsstat på en annen medlemsstats territorium er i samsvar med bestemmelsene nedenfor forbudt».²² Artikkelen gjør uttrykk for at det ikke er adgang til å ha restriksjoner for «statsborgere fra en medlemsstat» når disse skal etablere seg i en annen medlemsstat. Dette tilsier for eksempel at Norge ikke kan ha bestemmelser som gjør det er vanskeligere for svensker å etablere seg i Norge enn noen fra en av de andre medlemsstatene, da dette vil være «forbudt».

Den frie etableringsretten i EU-retten er i første omgang rettet mot «statsborgere», hvilket tilsier enkeltpersoner. Som nevnt senere i punkt 2.2.1 så gjør TFEU art. 54 at «selskaper og foretak» også nyter vern av den frie etableringsretten. Selskapers adgang til å etablere seg blir gjennom art. 54 sidestilt med statsborgeres rettigheter til etablering. Videre heter det tilbake i art. 49 at «[f]orbudet gjelder også restriksjoner på adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en medlemsstat som har etablert seg på en medlemsstats territorium».²³ Denne bestemmelsen innebærer at enhver restriksjon som påvirker muligheten for større selskaper i en medlemsstat til å fortsette eller utvide sin virksomhet gjennom et mindre selskap i et annet land, også er forbudt i henhold til EU-retten.

Oppsummert er adgangen til fri etableringsrett i EU-retten inntatt i TFEU art. 49-54, og den gjelder både enkeltpersoner og selskaper i alle slags former.

²² TFEU art. 49 første ledd første punktum.

²³ jf. første ledd andre punktum.

Etableringsretten er noe annerledes formulert i EØS-avtalen. I EØS-avtalen art. 31 heter det at det ikke skal være noen «restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EU sine medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium».

Etter ordlyden synes etableringsretten i EU og EØS å være sammenfallende selv om de er formulert på noe forskjellig vis. Det er heller ingen praksis som i seg selv foreslår at disse skal stille seg annerledes. Tvert imot, så vil presumsjonsprinsippet tilsi at disse skal forstås på helt samme måte.²⁴ Da det ikke er noe som antyder det motsatte, antas det dermed at etableringsretten i henholdsvis EU- og EØS-retten er fullt ut sammenfallende. I den videre fremstillingen vil det derfor tas utgangspunkt i EU sine artikler, da disse på enkelte områder er mer utfyllende. Dette vil ikke ha noen materielle innvirkninger på rettsanvendelsen eller konklusjonen ettersom etableringsretten uansett er den samme i de respektive rettslige enhetene.

Noe av høy interesse for foreliggende problemstilling er at det er eksplisitt bestemt at etableringsretten også gjelder for agenturer, datterselskaper og filialer. Det er ved opprettelsen av disse at spørsmålet om kravet til registrering i Foretaksregisteret virkelig kommer på spissen. Ettersom man ikke kan ha restriksjoner som rammer agenturer, datterselskaper eller filialer på en slik måte at de blir diskriminert på grunn av nasjonalitet, blir spørsmålet nærmere bestemt om kravet til registrering i Foretaksregisteret i panteloven § 3-5 i første omgang utgjør en diskriminering eller en restriksjon. Spørsmålet blir så videre om denne diskrimineringen eller restriksjonen er på bakgrunn av nasjonalitet.

Det kan også reises spørsmål om etableringsretten rommer en form for fri rett til å velge selskapsform. En slik rett kan ikke direkte leses ut av art. 49 TFEU. Det følger imidlertid av alminnelige selskapsrettslige prinsipper at det er utøveren selv som kan velge hva slags form man ønsker at selskapet sitt skal være på. Videre er det slik at medlemsstatene ikke gjennom lovgivning eller andre bestemmelser direkte eller indirekte kan tvinge utøverne til å velge eller bli ledet vekk fra en eller flere bestemte selskapsformer. Dette følger bl.a. av Avoir Fiscal-saken.²⁵ Denne saken er viktig for å illustrere dette poenget, men også for senere parallelltolkning, og vil derfor behandles inngående her.

Avoir Fiscal-saken omhandlet en fransk skatteordning som gjorde at franske selskaper hadde en skattefordel angående fradrag for betalt skatt som deres utenlandske datterselskaper hadde gjort. Dette gjorde at utenlandske selskaper som hadde opprettet filialer i Frankrike, gikk glipp av denne skattefordelen.

²⁴ Nærmere om presumsjonsprinsippet i punkt 2.3.

²⁵ C-270/83.

Det nederlandske selskapet Biegi BV gikk til sak mot Frankrike da de mente at skatteordningen var i strid med EU-retten. De mente at ordningen utgjorde en fordel for franske selskaper, hvilket gjorde at utenlandske selskaper ble diskriminert og derav hadde en ulempe og begrensede muligheter til å investere og bedrive virksomhet i Frankrike.

EU-domstolen kom frem til at skatteordningen var diskriminerende mot selskaper fra andre medlemsstater. De fastslo at ordningen gjorde at franske selskaper fikk en urettferdig fordel i forhold til utenlandske, og at denne diskrimineringen ikke var godt nok begrunnet. Frankrike prosederte blant annet på at de utenlandske selskapene heller kunne benytte seg av datterselskaper fremfor filialer og slik unngå diskrimineringen, men EU-domstolen avslo anførselen. EU-domstolen uttalte at «i henhold til art. 52 [nå art. 49], stk. 1, annet punktum, har de erhvervsdrivende udtrykkelig mulighet for frit at velge, under hvilken juridisk form de vil udøve virksomhet i en anden medlemsstat, og denne valgmulighet må ikke begrænses af diskriminerende skattebestemmelser».²⁶

Avoir Fiscal-saken sier altså at selskaper fritt kan velge organisasjonsform og at denne retten ikke kan begrenses grunnet diskriminerende skattebestemmelser. Det må antas at det ikke bare er diskriminerende skattebestemmelser som ikke blir godtatt, men også diskriminerende selskapsrettslige og panterettslige bestemmelser. Dersom en diskriminerende bestemmelse skal bli godtatt, har EU-domstolen stilt rimelig strenge krav til selve begrunnelsen for diskrimineringen. Flere ganger har EU-domstolen avvist krav om at en aktivitet skal utføres i en bestemt selskapsform,²⁷ og det de har også tidligere avvist at man kan legitimt utelukke børsnoterte selskaper fra en bestemt aktivitet.²⁸

1.5.2 Hvorfor kan ikke de utenlandske selskapene bare registrere seg i Foretaksregisteret?

En åpenbar innvending mot teamets aktualitet er at de utenlandske selskapene enkelt bare kan registrere seg i Foretaksregisteret. Det finnes likevel flere grunner til at dette kan være uønskelig for selskapene. For det første er det en hel registreringsprosess som må gjennomføres i tillegg til at denne prosessen også koster penger. Det er ikke unaturlig at selskaper, som allerede er registrert i sitt hjemland, helst vil slippe enda en registrering når de f.eks. åpner en filial.

For å kunne registrere seg i Foretaksregisteret som et utenlandsk selskap må du registrere deg som et NUF (norskregistrert utenlandsk foretak). Dette koster per dags dato 2832 kr.²⁹ I tillegg til dette må man ha en norskregistrert revisor og regnskapsfører, som er godkjent av finansstilsynet.³⁰ Selv om registreringsgebyret ikke er av nevneverdig størrelse i seg selv, er det

²⁶ Jf. avsnitt 22.

²⁷ Sørensen og Danielsen 2022, s. 577.

²⁸ C-514/03, kommisjonen mot Spania.

²⁹ Brønnøysundregistrene, «Gebyr for registrering og tinglysning», tilgjengelig på <https://www.brreg.no/bedrift/gebyr-for-registrering-og-tinglysning/#nuf> (besøkt 14.03.23).

³⁰ Brønnøysundregistrene, «Forenklet registrering av norskregistrerte utenlandske foretak (NUF)», BR-1080BM, tilgjengelig på <https://www.brreg.no/wp-content/uploads/BR-1080BM.pdf> (besøkt 14.03.23).

mulig at arbeidskraft må innleies før man har oppfylt kravene til å være et NUF. Videre er det en rekke skjemaer og dokumentasjon som også må fylles inn og registreres, og dette helst på norsk.

Uansett om dette ikke fremstår som en stor byrde å pålegge selskapene, er det fortsatt relevant å finne ut hvorvidt den norske retten strider med EØS-retten, som redegjort for i punkt 1.2. I tillegg er det en forutsetning at disse selskapene allerede er registrert i en annen EØS/EU-stat, det fremstår derfor som en dobbelforpliktelse å måtte registrere seg i enda et register. Videre vil krav som rammer utenlandske selskaper særlig, her dobbeltregistrering, fort bli ansett som en restriksjon eller være diskriminerende.³¹

1.5.3 Hensyn gjennomgående i både EU- og EØS-retten

Som kort nevnt i punkt 1.4 bygger både EU- og EØS-retten på implementeringen og gjennomføringen av de fire frihetene. De fire frihetene bygger igjen på verdier og hensyn som er tatt inn i EU og EØS-avtalen sine artikler. I TEU art. 2 står det blant annet at unionen er basert på «respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities». Liknende betraktninger er inntatt i EØS-avtalens der det heter at «[f]ormålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler».³²

Det er tydelig ut fra dette at verdiene i stor grad bunner i ikke-diskriminering slik at både privatpersoner og selskaper konkurrer på like vilkår innad i både EU og EØS. Denne verdien er også sentral for problemstillingen om hvorvidt EØS-statlige selskaper blir diskriminert av kravet til registrering i Foretaksregisteret i pantel. § 3-5.

Gjennom diskrimineringsforbudet forplikter EU- og EØS-statene seg til å fremme muligheter og behandle mennesker og selskaper likt, uavhengig av f.eks. rase, kjønn, religion, alder, seksuell legning eller andre personlige egenskaper man kan diskriminere ut ifra. Ikke bare er ikke-diskriminering viktig for å ivareta de fire store frihetene, men også generelle menneskerettigheter vil bli varetatt samtidig som det vil fremme sosial rettferdighet i store deler av Europa. Diskriminering kan som kjent føre til urettferdig behandling, undertrykkelse og marginalisering av spesifikke grupper i samfunnet, hvilket igjen kan påvirke deres muligheter til å kunne delta aktivt og på lik linje med andre.

For at det indre markedet skal fungere på best mulig måte er det viktig at det hverken forekommer diskriminering av personer eller selskaper. Ikke-diskriminering er derfor et absolutt styrende hensyn i EU- og EØS-retten. Dette kan illustreres av EU sine rekke direktiver og forordninger som har kommet for videre å definere diskrimineringsforbudet. Det har f.eks.

³¹ Se kap. 4.

³² Jf. art. 1.

kommet direktiv om likebehandling mellom deltidsansatte og heltidsansatte i arbeidslivet,³³ direktiv til vern mot forskjellsbehandling av deltidsansatte og midlertidig ansatte,³⁴ direktiv om likebehandling av vikarbyråansatte og arbeidstakere ansatt i brukervirksomheten hvor vikaren er utleid,³⁵ og sist, men ikke minst direktiv om krav til selskaper fra medlemsstater.³⁶

Selv om diskriminering i seg selv er forbudt i både EU- og EØS-retten, har EU likevel sett seg nødt til å regulere dette nærmere. Dette vitner om at ikke-diskriminering er et helt grunnleggende hensyn. Videre er det også viktig for å fremme økonomisk vekst og sosial utvikling.

Artikkel 3 i TEU etablerer EU sine formål og verdier som inkluderer fred, velferd og bærekraftig utvikling, samt sosial rettferdighet, ikke-diskriminering og solidaritet mellom medlemsstatene.³⁷ Traktaten understreker også viktigheten av å respektere Europas kulturelle mangfold. Disse verdiene er sentrale i EU- og EØS-retten, og legger grunnlaget for utviklingen av politikk og lover. EU sine mål om å oppnå et rettferdig indre marked er fundamentert i disse verdiene, og er avgjørende for tolkningen av EU sine bestemmelser og vurderingen av saker.

Til slutt er ikke-diskriminering også en viktig verdi i seg selv. EU står for grunnleggende rettigheter og verdier som menneskeverd, likestilling og solidaritet. Å fremme ikke-diskriminering er en nøkkel til å opprettholde disse verdiene og skape et mer rettferdig og inkluderende samfunn. I tillegg er det med på å fremme et bedre og mer åpent indre marked der flere vil ha mulighet til å delta.

1.5.4 Spesifikke hensyn for EØS-retten

EØS-retten er en unik juridisk ramme som har som formål å ta hensyn til de ulike lovgivningene i de respektive EØS-landene og harmonisere dette med EU sine direktiver og forordninger. I EØS-retten sin søken etter harmoni, er det flere legislative hensyn som er spesielle for EØS-retten som benyttes.

Noe av det viktigste er at Norge gjennom EØS-avtalen skal få tilgang på EU sitt indre marked. Det er flere grunner til at det er viktig for Norge å ha tilgang til det indre markedet. For det første er EU Norges største handelspartner, og en betydelig del av norsk eksport går til EU-landene.³⁸ Ved å ha tilgang til EU sitt indre marked, får norske bedrifter bedre tilgang til et større marked og kan dermed øke sin eksport og omsetning.

For det andre er EU sitt indre marked preget av høy konkurranse og et høyt nivå av produktstandarder og regelverk. Ved å være en del av dette markedet, kan norske bedrifter dra

³³ Direktiv 97/81/EF av 15. desember 1997.

³⁴ Direktiv 99/70/EF av 28. juni 1999.

³⁵ Direktiv 2008/104/EF av 19. november 2008.

³⁶ Direktiv 68/151/EØF av 9. mars 1968.

³⁷ TEU art. 3 første ledd.

³⁸ Statistisk sentralbyrå, «Utenrikshandel med varer», tilgjengelig på <https://www.ssb.no/utenriksokonomi/utenrikshandel/statistikk/utenrikshandel-med-varer> (besøkt 05.05.23).

nytte av de høye standardene og regelverket for å øke sin egen konkurranseevne og kvalitet. For det tredje skaper handel med EU-landene mange arbeidsplasser i Norge. Til slutt er EU sitt indre marked også en viktig kilde til utenlandske investeringer i Norge. Ved å ha tilgang til dette markedet, kan norske bedrifter tiltrekke seg flere investeringer og dermed øke sin kapasitet og vekstpotensial.

En viktig forskjell mellom EU-retten og EØS-retten som gjør at harmoni står så sterkt i EØS-retten, er at EU sin lovgivning ikke får direkte virkning i EØS-statene.³⁹ Dersom en forordning er vedtatt og tredd i kraft i EU, så er dette også del av medlemsstatenes lovgivning. Dersom en forordning er vedtatt av EU og denne skal inntas gjennom EØS-samarbeidet, får EØS-statene på sin side en gjennomføringsfrist til å få implementert bestemmelsene i nasjonal rett. Dette kan gjøres på flere forskjellige legitime måter, som ikke er nødvendig å gå nærmere inn på. Uansett, understreker dette viktigheten av harmoni i EØS-retten.

Som nevnt forsøker EØS-retten å harmonisere lovgivningen i EØS-landene med det som følger av EØS-samarbeidet at skal inntas fra EU-lovgivningen. Særlig er det viktig å tolke harmonisk der bestemmelsene er innenfor handel og konkurranse. Dette springer også utfra viktigheten av hensynet til ikke-diskriminering i EU-retten, som selvfølgelig står like sterkt i EØS-retten.

2 Nærmere om begrepet «næringsdrivende»

2.1 Begrepet «næringsdrivende» i norsk rett

I følge pantel. § 3-4 kan «næringsdrivende» ta pant i driftstilbehør i hans «næringsvirksomhet». Det samme gjelder for pant i varelager og factoringpant jf. hhv. pantel. § 3-11 og § 4-10. Hva som menes med «næringsdrivende» er definert i pantel. § 3-5 bokstav a. Der heter det at «[s]om næringsdrivende anses [...] foretak registrert i Foretaksregisteret». Dette innebærer at et selskap må være registrert i Brønnøysundregisterets foretaksregister for at man skal kunne anses som næringsdrivende etter pantelovens regler.

Et spørsmål som umiddelbart reiser seg, er om definisjonen av «næringsdrivende» i pantel. § 3-5 er uttømmende. Ordlyden i seg selv åpner ikke for andre tolkninger da den rett ut sier at «[s]om næringsdrivende anses» og deretter kommer med en oppramsing av hva som skal regnes som næringsdrivende. Det står riktignok ikke noe eksplisitt om at den er uttømmende, men ordlyden tatt i betraktning er uttømmende den mest nærliggende tolkningen.

Heller ikke forarbeidene sier noe eksplisitt om hvorvidt «næringsdrivende» i pantel. § 3-5 er en uttømmende legaldefinisjon. Forarbeidene gir en nærmere forklaring av hva som skal regnes som «næringsvirksomhet». Der heter det at "med 'næringsvirksomhet' er ment produksjon, salg og servicevirksomhet med sikte på å skaffe den som driver virksomheten inntekter. Det må kreves at virksomheten er av et visst omfang og blir drevet med en viss kontinuitet».⁴⁰ Forarbeidene tar for seg hva som må til for å kunne kvalifisere seg til å bli registrert i

³⁹ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 358.

⁴⁰ Odelstingsproposisjon 1980 s. 47-48.

«Foretaksregisteret» i seg selv, fremfor å definere videre hva som ligger i «næringsvirksomhet». Dette kan tyde på at eneste definisjonen av det som skal regnes som «næringsdrivende» er nettopp det at det må være registrert i Foretaksregisteret. Videre er det regulert i foretaksregisterloven hva og hvem som kan registrere seg i Foretaksregisteret.⁴¹

Panteloven § 3-5 fikk sin nåværende ordlyd ved vedtakelsen av foretaksregisterloven i 1985. Den tidligere ordlyden vedtatt i 1980 lød «[s]om næringsdrivende anses Personer og foretak som er registrert i firmaregisteret, eller i et annet register etter Kongens bestemmelse i forskrift». Ved vedtakelsen av foretaksregisterloven i 1985 ble den endret til dagens ordlyd. Endringen gjorde at det utelukkende er bedrifter registrert i Foretaksregisteret som kan anses som næringsdrivende, og åpner lenger ikke for at andre registre kan anerkjennes i definisjonen av næringsdrivende.

Skoghøy har tatt til orde for at definisjonen er uttømmende.⁴² Han mener at pantel. § 3-5 må anses som en uttømmende legaldefinisjon i relasjon til alle bestemmelser i panteloven som henviser til den.

Unntak fra når man ikke trenger å være registrert i Foretaksregisteret er også nevnt i bestemmelsen. Unntakene er «sykehus, pleiehjem, skole, universitet, museum, idretts- eller fritidsinstitusjon og andre institusjoner av sosial, humanitær eller lignende art, selv om de ikke blir drevet med sikte på fortjeneste, i den utstrekning dette bestemmes av Kongen i forskrift».⁴³ Listen er etter sin ordlyd på en måte både uttømmende og ikke-uttømmende. Bestemmelsen setter opp et prinsipp at det er kun lovfestede eller forskriftsfestede unntak som gjelder, men dette må bestemmes av «Kongen». Med andre ord, er listen uttømmende i den grad at det kun er lov- eller forskriftsfestede unntak som er anerkjent. På en annen side er den ikke uttømmende fordi nye unntak kan forskriftsfestes. Uansett taler også bokstav b for at definisjonen er uttømmende, ettersom unntakene må følge av lovteksten eller forskriftsfestes. Uansett dreier diskusjonen seg om hvilke typer næringsvirksomhet og/eller omfanget av næringsvirksomhet for virksomheter som ikke har det som noe fremtredende mål å tjene penger.

Oppsummert så er det lite som tyder på at definisjonen av næringsdrivende i pantel. § 3-5 kan tolkes på noen annen måte enn som en uttømmende legaldefinisjon. Ordlyden åpner ikke for andre muligheter for at noe skal kunne anses som næringsdrivende enn de som er registrert i «Foretaksregisteret».

Videre er det klart at «Foretaksregisteret» ikke kan tolkes som noe annet enn Brønnøysundregisterets foretaksregister. Det er det eneste anerkjente Foretaksregisteret i Norge, og siden ordlyden er «Foretaksregisteret», altså bestemt form entall, så åpner ikke bestemmelsen for at noen andre foretaksregistre anerkjennes.

⁴¹ Foretaksregisterloven.

⁴² Skoghøy 2016, s. 287.

⁴³ Panteloven § 3-5 bokstav b.

Noe å bemerke i denne sammenhengen er at det vil være motsatt for selskap som ikke er registrert i «Foretaksregisteret». Selskapene vil ikke være anerkjent som «næringsdrivende» i norsk panterettslig forstand. Konsekvensen av dette er omtalt i punkt 1.2.

2.2 Begrepet «næringsdrivende» i EU/EØS-retten?

Videre er det relevant å se hen til hvordan EU/EØS-retten definerer næringsdrivende eller lignende, spesielt i henseende til etableringsretten. Etableringsretten i EU eller EØS opererer ikke med noe direkte begrep som tilsvarer «næringsdrivende». Det er derfor vanskelig å si at EU- og EØS-retten legger noen faktiske føringer på hvordan Norge skal definere dette i seg selv.

Istedenfor et næringsdrivende-begrep er etableringsretten i EU knyttet til et selskapsbegrep. Dette begrepet er definert nærmere i TFEU art. 54, der det stilles visse vilkår til selskapene. For det første må det være «opprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning».⁴⁴ Dette betyr at så lenge selskapet innfrir kravene til å være et selskap i landet det er opprettet i, er det anerkjent som et selskap i EU og i EØS. Ordlyden «en medlemsstats lovgivning» tilsier at det er irrelevant hvilken medlemsstats lovgivning selskapet opprettes i tråd med. Dette tilsier videre at Norge har mulighet til å ha sine egne regler om hva som er å regne som et selskap. Videre må selskapet ha sitt «vedtægtsmessige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhet er beliggende indenfor Unionen».⁴⁵ Dette tilsier at selskapene må være basert hovedsakelig innenfor den Europeiske Union for å kunne nyte av etableringsretten. Dette er altså vilkårene som EU-retten stiller til at noe skal være et selskap utfra TFEU art. 54 første ledd.

I andre ledd av artikkelen står det noen presiseringer til hva som kan være et selskap. For det første regnes selskaper som «privatrettslige selskaber», som innbefatter «kooperaative selskaper, samt alle andre juridiske personer, der henhører den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje».⁴⁶ Dette er med andre ord en veldig bred definisjon av selskaper, der alle selskapsformer etter ordlyden er omfattet, med mindre de ikke driver i gevinstøymed. Denne definisjonen gir også mening med tanke på konteksten, da etableringsretten ønsker å sikre et åpent indre marked. Bedrifter som ikke bedriver sin virksomhet med gevinst for øye, bidrar ikke i første rekke med noen økonomisk vinning til det åpne markedet.

Videre er det art. 54 som gjør at etableringsretten, slik den er formulert i art. 49, gjelder tilsvarende for selskaper. Bestemmelsen forutsetter etter sin ordlyd om at den kun må være i tråd med «en medlemsstats lovgivning», hvilket gjør at stat B ikke kan forhindre selskaper i å utøve sin etableringsrett selv om de ikke oppfyller kravene til å være et selskap/næringsdrivende i stat B, dersom de oppfyller kravene i stat A.

⁴⁴ TFEU art. 54 første ledd.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id andre ledd.

Etter TFEU art. 49 jf. art. 54 må Norge, som medlemsstat,⁴⁷ tillate at selskaper som oppfyller selskapsvilkårene i andre EØS-land, kan benytte seg av sin etableringsrett i Norge. Nettopp derfor reiser det seg spørsmål om hvorvidt Norge kan stille ekstra vilkår til hva som er å regne som «næringsdrivende» i panteloven før disse selskapene kan få nyte de samme rettighetene som norske selskaper.

Noe interessant å påpeke er at det er et visst spenn mellom hva som er regnes som selskap i EU-/EØS-retten og hva som er å regne som næringsdrivende i norsk rett.⁴⁸ I Norge må det være registrert i det norske Foretaksregisteret før det kan regnes som næringsdrivende etter panteloven, mens i EU-/EØS-retten kan det være registrert i hvilket som helst medlemsland. Det er nettopp denne spenningen som utgjør problemet i denne oppgaven.

En problemstilling som reiser seg med tanke på forskjellig begrepsbruk og innhold innad i Norge og i EU, er om man kan ta EU sine betraktninger om hva som defineres som et selskap over til hvordan man skal definere næringsdrivende i en norsk panterettslig kontekst. Begrepene er klart i svært stor grad overlappende. Dette er interessant i den grad det kunne betydd at pantelovens definisjon av «næringsdrivende» burde bli tolket eller formulert annerledes i lys av EU-retten. Dette vil derfor bli undersøkt nærmere i neste punkt.

2.3 Tolke «næringsdrivende» EØS-konformt?

Et spørsmål som er relevant å stille er hvorvidt det er mulig å tolke det norske næringsdrivende-begrepet konformt med det EU-rettslige selskapsbegrepet som påpekt ovenfor. EØS-konform fortolkning referer seg til prinsippet om å tolke nasjonal lovgivning på en måte slik at den samsvarer med det som følger av EØS-avtalen. Hvis det skulle oppstå mangler i implementeringen av EU-retten på nasjonalt nivå, kan nasjonale domstoler ofte løse dette ved å tolke eksisterende lover på en måte som er i samsvar med de underliggende EU/EØS-rettslige forpliktelsene. Ikke bare er dette et tolkningsalternativ, det er også en plikt for domstolene å tolke på en slik måte.

Plikten til å tolke konformt springer ut av lojalitetsplikten i TEU art. 4 tredje ledd. Der heter det i andre avsnitt at «The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations». Bruken av ordet “shall” er det som gjør dette til en plikt fremfor et alternativ.

Det står derimot ikke i artikkelen eksplisitt at domstoler må gjøre det de kan for å tolke i samsvar – dette er derimot klarlagt i EU-domstolen sin praksis. Grunnlaget for konform fortolkning av nasjonale bestemmelser ble lagt i von Colson & Kamann-saken.⁴⁹ Der uttaler EU-domstolen at lojalitetsplikten som får uttrykk i art. 3 TEU gjør at den «påhviler alle myndighetene i medlemsstatene, herunder også domstolene inden for deres kompetence”.⁵⁰ Videre uttalte EU-

⁴⁷ Medlem av EØS, men gjelder tilsvarende der jf. art. 31 i EØS-avtalen.

⁴⁸ Se punkt 2.1.

⁴⁹ C-14/83.

⁵⁰ C-14/83 avsnitt 25.

domstolen at dette hadde den konsekvens at de nasjonale domstolene hadde en plikt til å fortolke sin nasjonale rett «i lyset av direktivets ordlyd og formål».⁵¹

Prinsippet som kom til uttrykk i von Colson & Kamann-saken har blitt gjentatt og videre presisert i senere saker. I Murphy-saken uttalte EU-domstolen at nasjonale domstoler hadde ansvar for å tolke nasjonal rett i samsvar med felleskapsretten «under fuld udnyttelse af det skøn [...] råder over i henhold til national rett».⁵² Videre i Marleasing-saken ble det fastslått at nasjonale domstoler måtte gå så langt som mulig for å fortolke nasjonal rett i tråd med EU-retten.⁵³ Dette har senere blitt en standardformulering, der domstolene må strekke sine tolkninger «as far as possible» for at det skal være samsvar mellom den EU- og den nasjonale retten.⁵⁴

EFTA-domstolen har i kjølvannet av disse dommene uttalt at man også etter EØS-avtalen har en plikt til å tolke konformativt. Først i Karlsson-saken fastslo EFTA-domstolen at EØS-avtalen inneholder en plikt for nasjonale domstoler til å ta hensyn til EØS-rettslige forpliktelser som ikke er gjennomført i nasjonal rett.⁵⁵ Dette skyldes den overordnede målsetningen i EØS-avtalen om å etablere et dynamisk og homogent marked, samt betydningen av å beskytte individuelle rettigheter og prinsippet om effektivitet i folkeretten. Derfor skal nasjonale domstoler vurdere enhver relevant faktor fra EØS-retten, uavhengig av om den er gjennomført i nasjonal rett.

Artikkel 3 i EØS-avtalen regulerer lojalitetsplikten, og EU-domstolens tilnærming i von Colson & Kamann er relevant i denne sammenhengen. I Straffesak mot A ble EØS-avtalens artikkel 3 tilføyd som rettslig grunnlag, og EFTA-domstolen presiserte at nasjonale domstoler ikke bare må ta hensyn til EØS-reglene i sin tolkning av nasjonal rett, men at de også må strekke seg "as far as possible" for å finne en EØS-konform løsning.⁵⁶

Et spørsmål av stor betydning angående plikten til EU/EØS-konform tolkning er om det er nasjonale eller EU-rettslige tolkningsprinsipper som bestemmer hvor langt nasjonale domstoler kan og må gå i tolkningen av nasjonal rett. EU-domstolen har ennå ikke klargjort dette spørsmålet, og det er mulig at det er ulike synspunkter internt i domstolen.

På den annen side har EU-domstolen tidligere uttalt at plikten til EU-konform tolkning av nasjonal rett innebærer at "... De nationale retter gør alt, hvad der henhører under deres kompetence - idet de tager den nationale ret i dens heøhed i betragtning og anvender fortolkningsmetoder, der er anerkjendt i denne ret - for at sikre den fulde virkning af direktivet og for at nå et resultat, der er i overensstemmelse med det, der tilsigted med direktivet".⁵⁷ Dette inkluderer å ta hensyn til nasjonal rett i sin helhet og å anvende fortolkningsmetoder som er

⁵¹ Id.

⁵² C-157/86 avsnitt 11.

⁵³ C-106/89.

⁵⁴ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 413.

⁵⁵ E-4/01.

⁵⁶ E-1/07.

⁵⁷ Se C-282/10, avsnitt 25 og C-176/12, avsnitt 39.

anerkjent i denne retten. Derfor kan det virke som om nasjonale tolkningsprinsipper er avgjørende for hvor langt nasjonale domstoler kan og må gå i sin tolkning av nasjonal rett.

Det legges derfor til grunn at det er de nasjonale tolkningsprinsippene som utgjør grensene for hvor langt man kan strekke sin tolkning i lys av EU/EØS-retten. Det kan i denne sammenheng bemerkes at domstolene ikke kan tolke loven på en måte som fullt ut strider mot dens bokstav og formål, også kalt en *contra legem*-tolkning.⁵⁸

Spørsmålet blir hvor langt man kan trekke norske tolkningsprinsipper til å tolke «registrert i Foretaksregisteret» til også å omfatte EØS-statlige foretaksregistre.

Det kan vanskelig sies at det finnes sterke nok verktøy i den norske metodelæren som kan tolke pantel. § 3-5 sitt vilkår om registrering i Foretaksregisteret til å bety noe annet enn den bokstavelige tolkningen av ordlyden. Ordlyden er så klar som den kan bli, og begrunnelsen for hvorfor ordlyden på den formen er i forarbeidene.⁵⁹ Riktignok har EU-domstolen i Björnekulla Fiskeindustrier-dommen uttalt at svenske forarbeider til svensk lovgivning ikke kunne stå i veien for en EU-konform tolkning.⁶⁰ Likevel kan det ikke ses bort fra den helt klare ordlyden, som heller forsterkes av forarbeidene, mer enn at forarbeidene kommer med en alternativ tolkning som i Björnekulla-saken.

En EØS-konform tolkning kan derfor ikke finne sted uten at dette hadde vært å tolke pantel. § 3-5 *contra legem*. Dette er man enige om at det ikke er rom for selv om man velger å bruke de norske eller EØS-rettslige tolkningsprinsippene. Svaret på spørsmålet blir derfor at det ikke er mulig å trekke tolkningen «registrert i Foretaksregisteret» så langt at det også omfatter EØS-statlige foretaksregistre. Man kan følgelig ikke tolke det norske næringsdrivende-begrepet konformt med selskapsbegrepet i EU-retten.

3 Hvordan dagens lovgivning slår ut ved gitte scenarier

3.1 Scenario A

Relevant for å finne ut om det er en faktisk motstrid mellom den norske og EØS-retten er å teste hvordan den norske lovgivningen slår ut ved gitte scenarier. Dette for å kunne finne ut hvorvidt nåværende lovgivning utgjør en forskjellsbehandling.

Første scenario, heretter kalt scenario A, tar utgangspunkt i et utenlandsk selskap som er etablert og registrert i en annen EØS-stat enn Norge. Selskapet ønsker å opprette en filial i Norge. Som del av finansieringen av filialen ønsker selskapet å pantsette filialens varelager i en norsk bank. Selskapet (filialen) ønsker ikke å registrere seg i det norske Foretaksregisteret. Spørsmålet er om filialen vil få adgang til å pantsette sitt varelager.

⁵⁸ Fredriksen og Mathisen 2022, s. 415.

⁵⁹ Ot.prp. (1980) s. 47-48.

⁶⁰ C-371/02.

Etter pantel. § 3-11 første ledd kan «[n]æringsdrivende» underpantsette «varelager» i «sin næringsvirksomhet». I det gitte scenarioet er det uproblematisk at det er tale om et «varelager» og at dette er innenfor filialen «sin næringsvirksomhet». Det springende punktet blir derfor om filialen er å regne som «[n]æringsdrivende» i pantelovens forstand.

Etter ordlyden vil man etter alt å dømme tenke at filialen enkelt er å regne som «[n]æringsdrivende». Som nevnt i punkt 2.1, operer derimot panteloven med en definisjon av nettopp «næringsdrivende» i pantel. § 3-5. Der blir næringsdrivende som nevnt kun definert som noen som er registrert i «Foretaksregisteret». Som drøftet ovenfor må denne definisjonen anses som uttømmende, iallfall i en panterettslig kontekst. Etersom filialen ikke har registrert seg i Foretaksregisteret, vil derfor foretaket etter pantelovens regler ikke være regnet som å være næringsdrivende.

Dette betyr at det kreves av filialer, som er registrert i sitt hjemland, også må registrere seg i det norske Foretaksregisteret før de kan ta pant i sitt varelager. Det samme gjelder pant i driftstilbehør og factoringpant som har samme kravet til «næringsdrivende» jf. pantel. §§ 3-4 og 4-10. Dette medfører at utenlandske selskaper må foreta seg en slags dobbeltregistrering for å kunne få tilgang på de samme rettighetene som norske selskaper vil ha med én enkelt registrering.

Beviselig fører kravet som stilles til å være næringsdrivende i pantel. § 3-5 at EØS-statlige selskaper som oppretter filialer i Norge må foreta en dobbeltregistrering, altså registrering i to lands foretaksregistre, før de kan ha muligheten til å lovlig stifte tingsinnbegrepspant i sin egen næringsvirksomhet. I tillegg, godtar man et slikt krav, kan selskaper være nødt til å foreta en slik registrering i samtlige land de opererer i. Spørsmålet blir om dette utgjør diskriminering eller en restriksjon på de utenlandske selskapene. Dette vil bli drøftet inngående i kapittel 4.

3.2 Scenario B

I det andre scenarioet tar vi utgangspunkt i en EØS-statlig bank som ønsker å være panthaver overfor et norsk selskap. Den utenlandske banken er registrert i sitt eget hjemland i henhold til hjemlandets regler. Det norske selskapet er registrert i det norske Foretaksregisteret og oppfyller dermed kravene til å ta tingsinnbegrepspant etter panteloven. Spørsmålet er om det er adgang for den utenlandske banken å være panthaver overfor det norske selskapet etter pantelovens regler. Hvis ikke, kan det være at utenlandske banker i en årrekke har gått glipp av finansieringsmuligheter på grunn av diskriminerende bestemmelser.

Dersom man tar utgangspunkt i driftstilbehørspant så er regelen at «[n]æringsdrivende» kan «underpantsette» driftstilbehør som «brukes i eller er bestemt for hans næringsvirksomhet».⁶¹ Spørsmålet er om dette også er bestemmende for hvem som kan være panthaver.

⁶¹ Jf. pantel. § 3-4.

I første omgang blir spørsmålet om hva som menes med å «underpantsette». Ordlyden ser til å peke på vedkommende som sitter med driftstilbehøret, ettersom det er dette som rent faktisk blir pantsatt. En naturlig språklig forståelse tilsier dermed at denne regelen retter seg i første omgang kun til pantsetter, og ikke til panthaver. Dette standpunktet forsterkes ved å se til konteksten av bestemmelsen. Videre i samme setning heter det som nevnt at underpantsettelsen av driftstilbehøret skal «brukes i eller er bestemt for hans næringsvirksomhet». Ordlyden befester at bestemmelsen retter seg mot pantsetter fremfor panthaver, all den tid det er krav om at driftstilbehøret er del av dens egne næringsvirksomhet.

Bestemmelsene om tingsinnbegrepspant synes med dette ikke å stille opp noen formelle krav om hvem som kan være panthaver. De generelle bestemmelsene i pantelovens kapittel 1 har heller ingen regler om hvem som kan være panthaver i en panteavtale. Det må derfor være adgang for en hvilken som helst aktør som har mulighet til å stille med finansiering overfor en pantsetter å inngå en panteavtale med vedkommende.

Med andre ord er det ingenting i norsk lovgivning som skranter for at utenlandske banker kan være panthaver for norske selskaper. Det kan derfor vanskelig sies at det foreligger noen slags form for diskriminering eller hindring av de utenlandske bankene. Den resterende fremstillingen vil derfor konsentrere seg om typetilfeller som i scenario A.

4 Strider panteloven § 3-5 med grunnleggende prinsipper i EØS-retten?

4.1 De generelle diskriminerings- og restriksjonsforbudene

4.1.1 Når foreligger det diskriminerings- og restriksjonsforbud?

Som nevnt tidligere i oppgaven er ikke-diskriminering en essensiell del av tilgangen på det åpne markedet. Derfor operer EU- og EØS-retten med ulike diskriminerings- og restriksjonsforbud. Disse forbudene har som hensikt å sikre varenes, personers, selskapers, tjenesteytneres og kapitalens frie bevegelighet og lik tilgang til det åpne markedet. De aller fleste traktatbestemmelser som regulerer adgangen til det åpne markedet innehar et eller annet forbud mot diskriminering, mens andre traktatbestemmelser heller forbyr restriksjoner eller hindringer. Noen traktatbestemmelser innehar begge.

Et allment forbud finnes i TFEU art. 18. Der heter det at «any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.» Artikkelen er helt generelt utformet og gir ikke særlige retningslinjer til selve vurderingen. De fleste friheter har derimot egne bestemmelser som regulerer diskriminering og restriksjoner. Det er disse EU-domstolen tar tak i ved vurderingen av hvorvidt det har funnet sted et traktatbrudd. Artikkel 18 er derfor subsidiær.⁶²

⁶² Jf. lex specialis-prinsippet.

Selv om de aller fleste bestemmelser innehar enten et diskriminering- eller restriksjonsforbud, eller begge, etterlater ikke bestemmelsene noe klart inntrykk av forholdet mellom de to forskjellige forbudene i seg selv. Ettersom de er formulert i relasjon til nesten hver enkelt frihet, er også innholdet og formen av forbudene forskjellige. Derfor er det viktig å gå inn og tolke forbudene før de benyttes, for å kunne fastlegge hva slags forbud det er, samt innholdet av det spesifikke forbudet.

Innledningsvis kan det imidlertid være viktig å merke seg at forbudet mot restriksjoner i utgangspunktet strekker noe lenger enn forbudet mot diskriminering.⁶³ For å kunne anvende diskrimineringsforbudet må man konstatere forskjellsbehandling som går utover noens tilgang på det åpne marked på grunn av deres opprinnelse. På den andre siden, kan restriksjonsforbudet i utgangspunktet brukes til å tilsidesette enhver bestemmelse som i noen grad hindrer fri bevegelse, med mindre visse tvingende allmenne hensyn kan begrunne hindringen.⁶⁴

Diskriminering i seg selv er klart også kvalifisert til å være en restriksjon. Det kan derfor sies at diskrimineringsforbudet dermed er en del av restriksjonsforbudet. Dette stemmer også godt overens med at restriksjonsforbudet strekker seg lenger enn diskrimineringsforbudet. Dermed utgjør diskrimineringsforbudet minimumsstandarden for bestemmelsene i traktaten.⁶⁵ Spørsmålet blir derfor ofte ved tolkning av forbudene hvorvidt det spesifikke forbudet går utover diskrimineringsforbudet og også forbyr restriksjoner.

Videre er det greit å bemerke at selv der bestemmelsen inneholder et restriksjonsforbud har EU-domstolen som regel valgt å avgjøre saken basert på diskrimineringsforbudet. Dette fordi diskriminering er ofte lettere å påvise enn en hindring, i tillegg til at det er mer «alvorlig».

4.1.2 Inneholder TFEU art. 49 et diskriminering- og/eller et restriksjonsforbud?

Angående etableringsretten er det artikkel 49 i TFEU som er av relevant som hjemmel. I tråd med det som er sagt i punktet ovenfor må denne derfor tolkes inngående for å finne ut av innhold og rekkevidde av forbudet.

I første setning første avsnitt av artikkelen står det at «restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited». Bruken av ordet “restrictions” er en tydelig indikator på at det også er tale om et restriksjonsforbud, og ikke bare et diskrimineringsforbud. Bestemmelsen forbyr etter sin ordlyd enhver restriksjon som berører medlemslandenes borgere sin etableringsrett.

Som nevnt i punkt 1.5 er etableringsretten utvidet til også å gjelde bedrifter og selskaper i art. 54. I første avsnitt andre setning av artikkel 49 står det videre at «[s]uch prohibition shall also apply to restrictions on setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State». Dette videre konfirmerer at

⁶³ Sørensen og Danielsen 2022, s. 269.

⁶⁴ Sørensen og Danielsen 2022, s. 283.

⁶⁵ Sørensen og Danielsen 2022, s. 269.

restriksjonsforbudet som er å finne i art. 49 TFEU også gjelder for bedrifter og andre selskapsformer.

Andre avsnitt av art. 49 er også av interesse. Her viser art. 49 til art. 54 ved å si at etableringsretten inkluderer blant annet «in particular companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 54, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected». Andre avsnitt er mer formulert som et diskrimineringsforbud da det i seg selv aldri nevner hindringer. Slik er også bestemmelsen tolket i teorien.⁶⁶

Ordlyden «under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country» er også av høy interesse for problemstillingen, spesielt i hensyn til scenario A. Ordlyden sier at selskaper har retten til å operere etter reglene «by the law of the country where such establishment is effected». Bestemmelsen kan tyde på at det er et absolutt krav for selskaper fra andre medlemsland å respektere de regler som landet de etablerer seg i har. Det stemmer i og for seg, det betyr imidlertid ikke at disse reglene ikke kan være diskriminerende eller utgjøre hindringer i selskapenes markedsadgang. Snarere tvert imot, kan *ikke* bestemmelsen tolkes dithen at den avskjærer selskaper mot å anlegge søksmål grunnet diskriminerende eller hindrende bestemmelser fordi de er ilagt en plikt til å uansett følge reglene. Dette vil stride med hele formålet til diskriminering- og restriksjonsforbudet.

Oppsummert inneholder art. 49 i TFEU både et restriksjonsforbud og et diskrimineringsforbud. I det følgende vil det derfor bli drøftet inngående om pantelovens krav i § 3-5 bryter med noen av disse forbudene. I tråd med EU-domstolens praksis om at diskrimineringsforbudet blir drøftet først, vil dette også bli drøftet først i denne fremstillingen.⁶⁷

4.2 Strider kravet til å registrere seg i Foretaksregisteret i pantelovens § 3-5 med *diskrimineringsforbudet* i TFEU art. 49?

4.2.1 Foreligger det diskriminering i scenario a?

Ved vurderingen av hvorvidt det foreligger diskriminering må det først gjøres klart at det finnes forskjellige typer for diskriminering. Diskrimineringen kan både være direkte eller skjult. En direkte diskriminering vil ofte være lett å påvise, typisk ved at en lovbestemmelse f.eks. kun åpner for en mulighet for nasjonale selskaper. Som regel vil det imidlertid være tale om skjult diskriminering.

Selv om det foreligger direkte eller skjult forskjellsbehandling, betyr det ikke nødvendigvis at det foreligger diskriminering. Det er en ytterligere betingelse at forskjellsbehandlingen ikke er saklig begrunnet for at det skal foreligge diskriminering. Det kan i prinsippet forestilles saklige grunner som kan rettferdiggjøre en direkte forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet osv. Imidlertid er det vanskelig å overbevise EU-domstolen om at en direkte forskjellsbehandling ikke er diskriminering. Derimot vil det oftere kunne foreligge saklige grunner som kan

⁶⁶ Sjørensen og Danielsen 2022, s. 268.

⁶⁷ Se punkt 4.1.

rettferdiggjøre skjult forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling av personer som har bopel i andre land, vil dermed i visse tilfeller kunne være berettiget, for eksempel i skatteretten. Formålet med de nasjonale reglene må derfor undersøkes.

Innledningsvis kan det være greit å avklare at det i det foreliggende tilfellet ikke er tale om direkte diskriminering. Det er ingenting i pantel. § 3-5 som eksplisitt gir norske selskaper rettigheter som selskaper fra andre medlemsland ikke får. Videre er det heller ingenting som eksplisitt avskjærer selskaper fra andre medlemsland fra noen rettigheter eller friheter i lovteksten. Spørsmålet blir derfor om det foreligger skjult forskjellsbehandling i pantel. § 3-5.

Skjult forskjellsbehandling vil være tilfelle dersom det ikke er nasjonalitet i seg selv som er grunnlaget for forskjellsbehandlingen. For å illustrere så er ikke nasjonalitet i seg selv bestemmende for hvorvidt du er å regne som næringsdrivende etter pantel. § 3-5. Skjult forskjellsbehandling vil finne sted dersom det forskjellsbehandles ut fra andre kriterier en nasjonalitet direkte, men forskjellsbehandlingen i realiteten vil føre til samme resultat som direkte forskjellsbehandling.

At indirekte diskriminering er en del av diskrimineringsforbudet, kan både hjemles og illustreres ved Sotgiu-dommen.⁶⁸ Kort fortalt omhandlet dommen en ansatt i det tyske postvesenet. Det tyske postvesenet hadde en ordning som gjorde at ansatte som hadde bopel i Tyskland, fikk høyere sluttvederlag enn de som hadde bopel i andre land. Sotgiu var italiensk statsborger og hadde sin bopel i Italia. Her var regelen knyttet til hvor personen bodde – og ikke hvor personen var fra. Regelen ville derfor ha rammet en tysk statsborger boende i utlandet på lik måte. Det var derfor ikke tale om direkte diskriminering. I dommen uttalte EU-domstolen at «[r]eglerne om ligestilling [...] forbyder ikke blot åpenlys forskjellsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskjellsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier reelt fører til samme resultat».⁶⁹ Det ble også uttrykt at en slik tolkning var «nødvendig for å garantere effektiviteten af et af Fællesskabets grundlæggende principper [...] at der sikres arbejdstagere ligestilling, «faktisk og retlig.»».⁷⁰

EU-domstolen har i flere avgjørelser behandlet spørsmålet om diskriminering av personer på grunn av nasjonalitet. I den forbindelse har EU-domstolen oppsummert sin praksis rundt skjult diskriminering. Det må antas å foreligge skjult diskriminering dersom betingelsene i de nasjonale reglene først og fremst berører utenlandske statsborgere, eller overveiende berører disse, eller når betingelser gjelder uten forskjell, men lettere kan oppfylles av innenlandske statsborgere, eller hvis reglene risikerer å ramme utenlandske statsborgere.⁷¹ Ettersom etableringsretten også er utvidet til å gjelde selskaper, må det samme være tilfelle for selskaper.

Videre krever ikke EU-domstolen statistisk grunnlag eller annet bevis for at utenlandske varer og personer rammes av de nasjonale foranstaltningene. Domstolen foretar i stedet en vurdering av om reglene er *egnet til* å virke diskriminerende. Diskrimineringsforbudet omfatter ikke bare

⁶⁸ C-152/73, se også Bull 2002 s. 42.

⁶⁹ C-152/73 avsnitt 11.

⁷⁰ Id.

⁷¹ C-237/94, O'Flynn, avsnitt 18.

den situasjonen hvor ensartede situasjoner behandles forskjellig, men også den situasjonen hvor forskjellige situasjoner behandles likt.⁷²

Det er felles for disse eksemplene at det kan foreligge diskriminering hvor det stilles like krav, men kravene er vanskeligere å oppfylle for utenlandske personer og selskaper. Diskrimineringsforbudet kan dermed medføre at medlemsstatene er forpliktet til å ta hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldende for utenlandske personer.

For å påvise diskriminering er det en tre-trinns test som må foretas.⁷³ For det første, må det undersøkes hvorvidt *det er tale om en forskjellsbehandling*. Dette vil være lettest påviselig dersom en medlemsstat, her Norge, behandler norske selskaper og utenlandske selskaper i samme situasjon forskjellig. Det andre trinnet av testen er å vurdere *om en eventuell forskjellsbehandling er saklig begrunnet*.⁷⁴ Dersom den påviste forskjellsbehandlingen kan begrunnes i saklige hensyn, så vil det likevel ikke kvalifiseres som diskriminering. Dette er imidlertid bare så lenge forskjellsbehandlingen er *proporsjonal*, hvilket som er det tredje og siste trinnet. Dersom lempeligere forskjellsbehandling egner seg i like stor grad til å ivareta de saklige hensynene, vil den uproporsjonale forskjellsbehandlingen bli beregnet som diskriminering.

Spørsmålet som må drøftes i det følgende er dermed om panteloven § 3-5 utgjør en forskjellsbehandling av utenlandske selskapers adgang til det åpne markedet. Dersom regelen innebærer forskjellsbehandling mellom norske og utenlandske næringsdrivende, må det undersøkes om forskjellen er saklig begrunnet og om forskjellsbehandlingen fremstår som proporsjonal.

Ved første øyekast synes det klart å ikke gjøre det. Bestemmelsen skiller ikke på hvem som må registrere seg eller hvor de kommer fra. Bestemmelsen er utformet som en definisjon og gir ingen direkte rettsvirkning i seg selv. Det er eventuelt bare sammenholdt med pantel. §§ 3-4, 3-11 eller 4-10 at man kan få rettsvirkning for å være en næringsdrivende. Pantelovens system legger opp til at man må være næringsdrivende før man får tatt tingsinnbegrepspant, og for å være næringsdrivende må man være registrert i det norske Foretaksregisteret.⁷⁵

Som nevnt fører dette til at utenlandske selskaper må registrere seg i både sitt hjemland og i Norge før de kan anses som næringsdrivende.⁷⁶ I relasjon til det som nettopp er gått gjennom om diskrimineringsforbudet, så vil det være tale om forskjellige situasjoner som behandles likt. De utenlandske selskapene, som forutsatt allerede registrert i sitt hjemland i vårt scenario A, må derfor registrere seg på nytt for å kunne bli anerkjent som næringsdrivende etter panteloven. Her har vi på så måte to forskjellige situasjoner som behandles likt, der selskapet i scenario A må registrere seg én gang mer enn et norsk selskap.

⁷² jf. bl.a. C-8/82 Wagner, avsnitt 18, samt C-148/02, Avello, avsnitt 37 jf. avsnitt 31.

⁷³ Sørensen og Danielsen 2022, s. 270.

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Se punkt 2.1.

⁷⁶ Se punkt 3.1.

Spørsmålet blir om dette kvalifiseres som forskjellsbehandling under diskrimineringsforbudet. Det kan innvendes at regelen ikke forskjellsbehandler på det grunnlag av at det ville gjaldt tilsvarende for norske statsborgere som har dannet selskaper i utlandet for å så etablere filial i Norge. Dette er forsåvidt rett, men det er liten tvil om at selskaper som eventuelt må dobbeltregistrere seg i all hovedsak vil ramme utenlandske selskaper og borgere. Ovennevnte Sotgiu-dommen har gjort det klart at slike tilfeller også rammes av diskrimineringsforbudet.⁷⁷ Dette er ikke til hinder for at det kan foreligge en forskjellsbehandling.

Spørsmålet er så hva som må til for at det skal foreligge en forskjellsbehandling. I 2006 kom EU-parlamentet med et direktiv om tjenester på det indre markedet.⁷⁸ Direktivet har som formål å «lette udøvelsen af etableringsfriheden for tjenesteydere samt den frie bevægelighed for tjenesteydelser og sikrer samtidig et højt kvalitetsniveau for tjenesteydelser».⁷⁹ Det er klart at direktivet omhandler både etableringsfriheten og «tjenesteydere», som etter sin ordlyd klart omfatter selskaper. Vår problemstilling faller derfor innenfor det direktivet ønsker å regulere og kan derfor være bestemmende eller gi retningslinjer for hvordan problemet skal løses.

Videre er anvendelsesområdet for direktivet «tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat».⁸⁰ Det er videre klart at scenario A er innenfor anvendelsesområdet for direktivet ettersom selskapet i scenarioet klart er en tjenesteyter som bedriver tjenesteytelser.

Direktivet går nærmere inn på hva som regnes som diskriminering innenfor etableringsretten samt når diskriminering foreligger. Det interessante i denne saken er at selskapet i scenario A faktisk skal ha tilgang på en tjenesteytelse. Det er i så fall selskapets adgang til å kunne finansiere sin drift ved hjelp av tingsinnbegrepspant som blir vanskeliggjort på grunn av kravet i pantel. § 3-5. I så måte opererer faktisk selskapet som en tjenestemottaker i dette henseende, i den grad de skal kunne motta finansiering mot sikkerhetsstillelse i sitt eget varelager.

Direktivet har et eget kapittel som omhandler tjenestemottagernes rettigheter. Angående diskriminering står det generelt at det ikke skal stilles «diskriminerende krav til en tjenestemottager begrunet i dennes nationalitet eller opholdssted».⁸¹ Selv om det ikke gir stor veiledning til hva som skal regnes som diskriminerende, er det klart at selskapet i scenario A, som tjenestemottager i dette tilfellet, ikke kan bli diskriminert på grunn av deres nasjonalitet eller oppholdssted i kraft av etableringsretten i EU. Hvilket er mer presiserende sammenliknet med tolkningen av TFEU art. 49 i punkt 4.1.1.

For å kunne vurdere om det virkelig foreligger en forskjellsbehandling i scenario A er det relevant å se på hvordan EU-domstolen har bedømt andre saker i relasjon til etableringsfriheten. Så vidt meg bekjent har ikke EU-domstolen noen gang bedømt en sak rundt denne eksakte

⁷⁷ Jf. C-152/73. Noe liknende er også uttalt i andre dommer, f.eks. "etter selve sin karakter er egnet til i høyere grad at berøre udenlandske end indenlandske statsborgere og dermed risikerer navnlig at stille udenlandske statsborgere ringere". Jf. f.eks. Forente saker C-570. og 571/07 [SK] Pérez og Gómez, avsnitt 199.

⁷⁸ 2006/123/EF.

⁷⁹ 2006/123/EF art. 1 første ledd første punktum.

⁸⁰ 2006/123/EF art. 2 første ledd første punktum.

⁸¹ 2006/123/EF art. 20 første ledd første punktum.

problematikken. Det må derfor ses hen til saker med tilgrensende problematikk og se om det er noe av relevans man kan bruke som retningslinjer også på denne saken.

Særlig kan dommene *Überseering* og *Centros* trekkes frem.⁸² Førstnevnte dom omhandlet det tyske selskapet *Überseering* som hadde blitt opprettet og registrert i Nederland, men som ville drive virksomheten sin i Tyskland. Spørsmålet i saken omhandlet anerkjennelse av selskapsformer som er opprettet i andre medlemsstater. De tyske myndighetene anerkjente imidlertid ikke selskapet, og *Überseering* fikk derfor ikke operere som næringsdrivende i Tyskland. Tyske myndigheter hadde den begrunnelse at *Überseering* ikke oppfylte den tyske selskapslovens krav til opprettelse av et selskap.

EU-domstolen konkluderte med at Tyskland ikke kunne nekte å anerkjenne selskapsformen som var opprettet i tråd med Nederlandske regler. På generell basis betyr dette at en medlemsstat ikke kan nekte å anerkjenne en selskapsform som er opprettet i en annen medlemsstat, dersom selskapet oppfyller de krav og betingelser til selskapsopprettelse i den medlemsstaten det er opprettet og registrert. Med andre ord skal selskapsformer som er anerkjent i én medlemsstat ha rett til å operere og bedrive virksomhet innenfor hele EU-området, og de andre medlemsstatene kan ikke kreve ytterligere godkjenning, autorisasjon eller sette videre krav.

Dommen har betydning fordi den slår fast prinsippet om at et selskap som er opprettet og registrert i ett EU-land skal ha like stor rett til å drive virksomhet i alle de andre medlemslandene. Dommen har vært en bidragsyter til å øke både friheten og mobiliteten for selskaper som ønsker å operere i flere medlemsstater samtidig, hvilket som også er tilfellet i scenario A.

Problematikken er ikke helt den samme i *Überseering*dommen som det er i scenario A, men det finnes likevel likhetstrekk. Ettersom definisjonen av «næringsdrivende» i panteloven § 3-5 etter alt å dømme er uttømmende,⁸³ har det den konsekvens for utenlandske selskaper som oppretter en filial i Norge at de ikke får status som næringsdrivende før de eventuelt registrerer seg i det norske Foretaksregisteret. I så måte anerkjenner ikke Norge utenlandske selskaper før de er registrert i Foretaksregisteret.

Likhetstrekkene er at både Tyskland i *Überseering* og Norge i scenario A ikke anerkjenner de utenlandsregistrerte selskapene som vil bedrive sin virksomhet i deres stat. Forskjellen går i større grad på begrunnelsen. Tyskland nektet fordi de ikke anerkjente selskapsformen, hvilket ikke ble godkjent som en saklig grunn av EU-domstolen. Det var ikke registreringen i Nederland i seg selv som var problematisk, og det kan bare antas at det ikke hadde vært noen problemer dersom selskapsformen *Überseering* registrerte seg på hadde vært godkjent i Tyskland. I scenario A derimot, kan selskapsformen i utgangspunktet være i tråd med alle regler for selskapsopprettelse i Norge, bare at det er registrert i et annen medlemsstat.

⁸² Henholdsvis C-208/00 og C-212/97.

⁸³ Se punkt 2.1.

Likevel mener jeg at Überseeringdommen kan tas til inntekt for at det i scenario A foreligger en forskjellsbehandling. I både dommen og i scenariet får ikke selskapene status som næringsdrivende eller anerkjent i staten de ønsker å drive sin næringsvirksomhet i. At bakgrunnen for hvorfor de ikke blir anerkjent er annerledes vil uansett bli prøvd i testen av om det foreligger saklige grunner for forskjellsbehandlingen og har derfor ikke i seg selv innvirkning på hvorvidt det foreligger en faktisk forskjellsbehandling.

Prinsippene som kan utledes fra Überseeringdommen trekker dermed i retning av at Norge forskjellsbehandler utenlandske selskaper i scenario A ved regelen i pantel. §§ 3-5 jf. § 3-1.

Videre kan Centrosdommen underbygge dette standpunktet.⁸⁴ Dommen omhandlet et dansk ektepar, bosatt i Danmark, som ønsket å drive et selskap i Danmark. De opprettet et selskap med hjemsted i England som ikke oppfylte kravene etter dansk selskapslovgivning. Dommen er fra 1999 og England var på det tidspunktet også en medlemsstat av EU.

Danske myndigheter nektet å anerkjenne Centros som selskap i Danmark fordi de ikke oppfylte kravene i den danske selskapslovgivningen. Poenget med å opprette selskapet i England var blant annet å kunne unngå Danmark sine krav til egenkapital, da disse kravene var lavere i England. Mye av bakgrunnen for at danske myndigheter avviste selskapet var nettopp fordi at de hadde startet selskapet med det formål å unngå de danske reglene. De påla også Centros å oppfylle de danske kravene for å skulle bli anerkjent som selskap i Danmark.

EU-domstolen kom fram til at det var lovlig for ekteparet å opprette og registrere selskapet i England, selv om formålet deres var å unngå regelverket i Danmark. Med andre ord så kan ikke selskapslovgivningen i én medlemsstat hindre etablering av et selskap i en annen medlemsstat, selv om opprettelsen i den første medlemsstaten utelukkende var for å kunne omgå reglene i den andre medlemsstaten. Noe annet vil være brudd på etableringsretten.⁸⁵

Centrosdommen er betydningsfull fordi den holder fast ved prinsippet om at borgere i én medlemsstat har all rett til å etablere et selskap i andre medlemsstater, selv om dette er for å drive virksomhet i hjemlandet sitt. Dommen har med det innvirkning på hvordan selskaper som operer på tvers av flere medlemsstater innad i EU får operere. Derav er den også av interesse, da det også er tale om transnasjonal operering av selskapet i scenario A.

Videre illustrerer Centrosdommen hvordan etableringsretten og diskrimineringsforbudet står meget sterkt. Selv med parets intensjoner om å unngå danske regler, fant fortsatt EU-domstolen at det var Danmark som brøt med etableringsretten ettersom de ikke anerkjente Centros som selskap. Dette tilsier at prinsippene som allerede kunne utledes fra Überseeringdommen ble videreført og tydeliggjort i Centrosdommen. Som nevnt ovenfor så trekker prinsippene fra Überseering i retning av at det foreligger en forskjellsbehandling også i scenario A. Da disse i tillegg har blitt solidifisert i Centrosdommen, taler dette i sterk favør av at det foreligger en forskjellsbehandling.

⁸⁴ C-212/97.

⁸⁵ C-212/97 avsnitt 21-22.

Alt i alt foreligger en forskjellsbehandling i scenario A. Dette på bakgrunn av at ved å påtvinge selskaper som er registrert i andre medlemsstater en andre registrering, så behandler Norge forskjellige saker likt.⁸⁶ Videre er det klart at det er i størst grad utenlandske selskaper som denne forskjellsbehandlingen vil ramme, da det er i all hovedsak utenlandske selskaper som naturligvis er registrert i utlandet. At det samme ville vært tilfellet for et norsk selskap rent faktisk registrert i utlandet, er ikke avgjørende. I tillegg har EU-domstolen satt opp strenge prinsipper om at etableringsretten rommer utenlandsregistrerte selskapers rett til å drive næring i en annen medlemsstat.⁸⁷ Når EU-domstolen i tillegg har slått fast at selv den minste forskjellsbehandling vil i utgangspunktet være i strid med diskrimineringsforbudet,⁸⁸ er resultatet klart. Konklusjonen er at Norge forskjellsbehandler selskaper registrert i andre medlemsstater ved å sette opp et krav til registrering i det norske Foretaksregisteret i panteloven. § 3-5.

4.2.2 Er forskjellsbehandlingen saklig begrunnet?

For å finne ut om forskjellsbehandlingen i scenario A er saklig begrunnet må det først undersøkes nærmere hvilke begrunnelser som anses som saklige. Innledningsvis er det nevneverdig at det er en høy terskel før en diskriminerende regel kan bli unnskyldt. Dette har kun blitt anført for retten et fåtall ganger.⁸⁹ En av gangene er i Centrosdommen.⁹⁰ Der fant EU-domstolen at Danmark sin begrunnelse ikke holdt mål.

Artikkel 52 TFEU gir anvisning på hva som kan godtas som saklige grunner i henhold til forskjellsbehandling innenfor etableringsretten. Der heter det i korte trekk at bestemmelsene i etableringsrettkapitlet, herunder artikkel 49, ikke skal være til hinder for reguleringer eller regler som spesialbehandler utlendinger (eller utenlandske selskaper) på bakgrunn av «public policy, public security or public health».⁹¹ Det videre spørsmålet blir derfor om Norges begrunnelse for kravet oppsatt i pantel. § 3-5 grunner i «public policy, public security or public health».

Ordlyden «public policy, public security or public health» tilsier at det kun er grunnleggende offentlige hensyn som kan forsvare en forskjellsbehandling. Videre tilsier EU sine klare mål om ikke-diskriminering en svært høy terskel. I teorien er det også fremholdt at det må foreligge saklige grunner,⁹² som også stiller opp en viss terskel. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at Norges begrunnelse er innenfor disse områdene, den må også være tilstrekkelig god. I tillegg må forskjellsbehandlingen være proporsjonal.⁹³ EU-domstolen har understreket at på grunn av

⁸⁶ jf. bl.a. C-8/82 Wagner, avsnitt 18, samt C-148/02, Avello, avsnitt 37 jf. avsnitt 31.

⁸⁷ Jf. ovennevnte C-208/00, Überseering og C-212/97, Centros.

⁸⁸ Jf. bl.a. C-279/83 Avoir Fiscal avsnitt 21 og C-9/02 Lastteyrie du Saillant avsnitt 43.

⁸⁹ Sørensen og Danielsen 2022, s. 605.

⁹⁰ Se punkt 4.2.1.

⁹¹ Jf. TFEU artikkel 52 første ledd.

⁹² Sørensen og Danielsen 2022, s. 285.

⁹³ Sørensen og Danielsen 2022, s. 270.

bestemmelsens karakter av unntak, skal den tolkes innskrenkende, og de oppramsende hensynene skal anses uttømmende.⁹⁴

For tolkningen av pantel. § 3-5 henviser jeg til punkt. 2.1. En tolkning i seg selv gir ikke særlig veiledning med hensyn til hva som er begrunnelsen bak lovregelen. I forarbeidene er det imidlertid visse uttalelser om hvorfor bestemmelsen ble vedtatt med dette vilkåret. Der heter det at «[I]ovgrunnen til å begrense pantsettingsadgangen til næringsvirksomhet, ligger egentlig i det negative: Utkastet skal ikke åpne adgang til underpantsetting av privat innbo og andre private bruksting - slikt skal bare kunne pantsettes etter regelen om håndpant».⁹⁵

Ut fra ovennevnte forarbeidsuttalelse synes det klart at vilkåret om å måtte registrere seg i Foretaksregisteret er tatt inn for å avskjære privatpersoner mot å ta tingsinnbegrepspant. Noen annen begrunnelse er ikke nevnt i hverken lovtekst eller forarbeider. Begrunnelsen i seg selv gir mening, fordi det er uønskelig at privatpersoner skal kunne pantsette sitt innbo slik det er til enhver tid.

Det er tilsynelatende derimot ingen begrunnelse om hvorfor utenlandske selskaper skal bli forskjellsbehandlet. Dette gir også mening, tatt i betraktning at panteloven trådte i kraft i 1980 mens EØS-avtalen trådte i kraft i 1994. Det er derfor plausibelt å anta at lovgiver rent faktisk aldri har tenkt over problemstillingen, ei heller at det foreligger en tilsiktet forskjellsbehandling. Som nevnt innledningsvis i punkt 1.1 er ikke problemstillingen tidligere drøftet, ei heller av lovgiver. Det foreligger med det ingen begrunnelse for forskjellsbehandlingen som kan forankres i noen rettskilder.

Fra et objektivt standpunkt kan det derfor ikke ut fra dagens rettskilder sies at Norge har en saklig grunn for sin forskjellsbehandling. Forskjellsbehandlingen er derfor ikke saklig begrunnet.

Ettersom det ikke er noen saklig grunn for forskjellsbehandlingen, er det heller ikke nødvendig å foreta en forholdsmessighetsvurdering.

Konklusjonen er at pantel. § 3-5 sitt krav om registrering i det norske Foretaksregisteret strider med EU-/EØS-rettens diskrimineringsforbud.

4.3 Strider kravet oppstilt i pantel. § 3-5 med restriksjonsforbudet i TFEU art. 49?

4.3.1 Foreligger det en hindring i scenario A?

Uavhengig av at kravet oppstilt i pantel. § 3-5 bryter med diskrimineringsforbudet, er det også relevant og aktuelt å se om det bryter med restriksjonsforbudet i TFEU art. 49. Riktignok vil diskriminering som regel også utgjøre en restriksjon. Det er imidlertid noe forskjellige

⁹⁴ Sjørensen og Danielsen 2022, s. 285.

⁹⁵ Jf. Ot. Prp. 1980 s. 47-48.

vurderingstemaer, og utfra et norsk perspektiv er det selvfølgelig relevant å vite om Norge kan bli felt på flere grunnlag i en eventuell sak.

Innledningsvis er det greit å påpeke at det også her er en tretrinnsøvelse å vurdere om noe strider med restriksjonsforbudet. For det første må det klart nok *foreligge en restriksjon*. Videre må det vurderes om *restriksjonen kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn*. Til slutt, forutsatt at hindringen/restriksjonen kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn, må det vurderes hvorvidt hindringen/restriksjonen er *proporsjonal*. Hva som inngår i disse kriteriene, vil bli drøftet i det følgende.

Vurderingen etter restriksjonsforbudet har med andre ord store likhetstrekk med vurderingen etter diskrimineringsforbudet. Hovedforskjellen mellom en hindring og en diskriminering i dette henseende er at en hindring/restriksjon er en regel som gjør det mindre attraktivt å utøve den frie bevegeligheten fordi det er vanskeligere eller dyrere.⁹⁶ Videre er det ikke noe krav om at man kan bevise en faktisk restriksjon, så lenge denne kan sannsynliggjøres.⁹⁷

I vurderingen av om kravet i pantel. § 3-5 utgjør en restriksjon til selskapet i scenario A sin etableringsrett er særlig Inspire Art-dommen av interesse.⁹⁸ I motsetning til dommene nevnt i punkt 4.2 så var det ikke tale om nekting av anerkjennelse totalt, men heller oppstilling av ekstra krav til utenlandske selskaper. I dommen hadde selskapet Inspire Art Ltd blitt registrert i England, men hadde sine hovedaktiviteter i Nederland. For å forhindre omgåelser av de nederlandske kravene, så innførte Nederland lovbestemmelser om at selskaper som Inspire Art hadde plikt til å registrere seg som utenlandsk selskap og oppfylle de nederlandske minstekravene til egenkapital. Dersom kravene ikke var oppfylt, så heftet alle i selskapets ledelse solidarisk for de rettshandlene som selskapet inngikk.

EU-domstolen kom frem til at flere av de Nederlandske reglene representerte brudd på etableringsretten. Dette gjaldt både vilkåret om minstekrav til kapital og kravet om å registrere seg som et utenlandsk selskap i det Nederlandske foretaksregisteret. EU-domstolen testet også hvorvidt det forelå en restriksjon etter den såkalte Gebhard-testen.⁹⁹ Testen stammer fra en tidligere dom og har blitt brukt siden som en test for å undersøke om restriksjoner foreligger innenfor etableringsretten.¹⁰⁰ Derfor vil scenario A også bli testet etter Gebhard-testen.

4.3.2 Består pantelovens § 3-5 sitt kriterium om registrering i Foretaksregisteret Gebhard-testen?

Gebhard-testen er en prøvingsstandard fastsatt av EU-domstolen for å fastslå om nasjonale lover og forskrifter er i samsvar med etableringsretten. Testen ble fastsatt i C-55/94 om en tysk statsborger, Gebhard, som ønsket å jobbe som tømmer i Italia. Italia hadde en lov som krevde at utenlandske arbeidstakere måtte ha tillatelse til å jobbe i landet, og Gebhard argumenterte for

⁹⁶ Sørensen og Danielsen 2022, s. 283.

⁹⁷ Jf. C-524/04 Thin Cap, avsnitt 62.

⁹⁸ C-167/01.

⁹⁹ C-167/01 avsnitt 133.

¹⁰⁰ Sørensen og Danielsen 2022, s. 580. Se også C-384/04, Stauffer, premiss 19 og C -221/89, Factortame II.

at dette var i strid med prinsippet om fri bevegelse av arbeidskraft i EU. EU-domstolen fastslo at begrensningene i den italienske loven var tillatt, men at de måtte være i samsvar med fire kriterier som senere ble kjent som Gebhard-testen:¹⁰¹

1) Restriksjonen må være anvendelig uten diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. 2) Restriksjonen må være objektivt begrunnet i tvingende allmenne hensyn. 3) Restriksjonen må være nødvendig for å oppnå dette målet. 4) Restriksjonen må være proporsjonal i forhold til det målet som forfølges.¹⁰²

I sammenheng med etableringsretten er Gebhard-testen en viktig prøvingsstandard for å sikre at nasjonale lover og forskrifter ikke hindrer personer eller virksomheter som ønsker å etablere seg i andre EU-land. Testen er en påminnelse om at etableringsretten er en av de grunnleggende friheter som EU-lovgivningen gir, og at restriksjoner av denne retten må være nødvendige og proporsjonale.

Det første kriteriet i Gebhard-testen er som nevnt at restriksjonen må være anvendelig uten diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Det er klart at kravet i pantel. § 3-5 ikke oppfyller dette kriteriet jf. tidligere drøftelse.¹⁰³ Dette betyr imidlertid ikke nødvendigvis at restriksjonen er traktatstridig dersom den oppfyller de øvrige kravene.

Det andre kriteriet er at restriksjonen må være objektivt begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Spørsmålet blir så hva som ligger i tvingende allmenne hensyn. Her brukes det at annet begrep enn «saklige grunner» som blir brukt i relasjon til diskrimineringsforbudet. Temaet er så vidt berørt i ovennevnte Inspire Art-dommen, der EU-domstolen uttaler at Nederlands anførsler må vurderes etter «tvingende almene hensyn, dvs. kreditorbeskyttelse, bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden og opretholdelse af en effektiv skattekontrol såvel som af god handelsskik».¹⁰⁴

Det er bemerkelsesverdig at EU-domstolen lister opp andre typer hensyn enn de som følger av art. 52. Dette betyr at andre typer hensyn enn de som er legitimert gjennom traktaten kan begrunne en restriksjon. Dette gir også mening tatt i betraktning at en restriksjon i utgangspunktet er mindre inngripende enn diskriminering. Det er altså mulig å inkludere hensyn som ikke er uttrykkelig nevnt i de traktatmessige unntakene. Imidlertid avviser EU-domstolen konsekvent noen allmenne hensyn, inkludert økonomiske hensyn og hensyn begrunnet i administrative vanskeligheter.¹⁰⁵ Saklige grunner som kan komme på tale er ubegrenset i sakens natur. Det er en rekke "unnskyldninger" som medlemsstatene gjentatte ganger har forsøkt å fremføre, men som EU-domstolen like ofte har avvist. Dette inkluderer blant annet at man ikke kan be utenlandske selskaper eller personer foreta visse tilpasninger eller forholdsregler for å unngå restriksjonen.¹⁰⁶

¹⁰¹ C-55/04 avsnitt 37.

¹⁰² Id og C-19/92, Kraus.

¹⁰³ Jf. punkt 4.2.

¹⁰⁴ C-167/01 avsnitt 132.

¹⁰⁵ Sørensen og Danielsen 2022, s. 286.

¹⁰⁶ C-270/83, Avoir Fiscal.

Vurderingen av om det foreligger tvingende allmenne hensyn involverer en vurdering av om det finnes gyldige hensyn som kan rettferdiggjøre det restriktive tiltaket. Eksempler på hensyn som kan godkjennes er som ovennevnt kreditorbeskyttelse, bekjempelse av misbruk, skattekontroll eller god handelsskikk. Miljøhensyn kan også være godkjent.¹⁰⁷

I selve vurderingen av om restriksjonen stilt opp i pantel. § 3-5 faktisk er begrunnet i tvingende allmenne hensyn kan vi se tilbake til drøftelsen i punkt 4.2.2. Som nevnt der har ikke Norge noen faktisk begrunnelse for restriksjonen/diskrimineringen. Den er da heller ikke begrunnet i noen allmenne hensyn som eventuelt kunne vært tvingende. Det andre kriteriet et med det heller ikke oppfylt.

Ettersom det ikke er noen hensyn som er synliggjort som kan begrunne restriksjonen, vil restriksjonen uansett være et brudd på EU/EØS-retten. Det er derfor heller ikke noe poeng med å vurdere de to siste kriteriene etter Gebhard-testen om restriksjonen er nødvendig for å oppnå formålet og er proporsjonal i forhold til det målet som forfølges.

Panteloven § 3-5 sitt krav om å måtte registrere seg i Foretaksregisteret for å kunne ble anerkjent som næringsdrivende består med det ikke Gebhard-testen. Det betyr at restriksjonen ikke kan rettferdiggjøres, hvilket igjen betyr at det foreligger et brudd på etableringsretten.

Konklusjonen er at pantel. § 3-5 strider med restriksjonsforbudet i TFEU art. 49.

5 Kan forskjellsbehandlingen i det hele tatt rettferdiggjøres?

5.1 Er det behov for forskjellsbehandlingen?

Som nettopp gjennomgått i kapittel 4 bedriver Norge forskjellsbehandling av utenlandske selskaper ved å kreve registrering i det norske Foretaksregisteret. Videre er det klart at det ikke er noen rettskilder som berører spørsmålet og som i seg selv kan rettferdiggjøre forskjellsbehandlingen. Spørsmålet er om en slik forskjellsbehandling i det hele tatt kan rettferdiggjøres. Det kan for eksempel tenkes at Norge kan bli saksøkt i EFTA-domstolen for dette.¹⁰⁸ Kunne Norge i så fall klart å rettferdiggjøre den nåværende forskjellsbehandling for retten og dermed avverget dom i deres disfavør?

Det kan tenkes at man kan argumentere utfra kontrollhensyn. Norge har et behov for å vite hvem som bedriver virksomhet i sitt eget land, og å føre et register over hvilke selskaper som er i landet synes å være et rimelig tiltak for å ivareta dette behovet. Det er også klart at Norge har behov for å ha et foretaksregister i utgangspunktet. I mangelen av noe felles europeisk foretaksregister innad i unionen,¹⁰⁹ er Norge avhengig av å ha sitt eget register for å kunne ha til en viss grad oversikt og kontroll over næringslivet innad for sine egne grenser.

¹⁰⁷ Jf. Sørensen og Danielsen 2022, s. 285.

¹⁰⁸ Som f.eks. i Finangersakene, Rt. 2000 s. 1811 og Rt. 2005 s. 1365.

¹⁰⁹ Se også punkt 6.2.

Ettersom kravet ikke er veldig inngripende for de utenlandske selskapene, er det også fullt mulig å argumentere for at forskjellsbehandlingen er proporsjonal. Utenlandske selskapers adgang til å registrere seg som NUF i Foretaksregisteret gjør at de også har mulighet til å ta tingsinnbegrepsant i Norge. Denne prosessen er heller ikke særlig kostbar eller tidkrevende, selv om det medbringer noe innsats fra selskapet selv som kanskje er unødvendig.

Spørsmålet er likevel om det faktisk er rent nødvendig med en slik begrensning i lovverket. Det er vanskelig å se noen faktisk grunn for at en slik begrensning er strengt tatt nødvendig. Som det vil bli diskutert i punkt 6.2, så er det andre måter Norge kan oppnå den eventuelle kontrollen som rettferdiggjør et foretaksregister i seg selv på. Etter kontrollhensyn er nok en melding til myndighetene om at selskapet skal bedrive næringsvirksomhet i Norge tilstrekkelig. En slik begrensning fremstår derfor som unødvendig i det store og det hele bildet. Det vil derfor være vanskelig for Norge å forsvare dette i en eventuell rettsak.

6 Avsluttende bemerkninger

6.1 Oppsummering av funn

Det er en rekke funn som er blitt gjort gjennom denne fremstillingen. For det første er «næringsdrivende»-begrepet i pantel. § 3-5 å regne som en uttømmende legaldefinisjon.¹¹⁰ Selv om jeg ikke er den første til å mene dette,¹¹¹ er det noe som ikke er blitt vidtgående drøftet eller avklart fra hverken lovgiver eller Høyesterett. Dette er imidlertid kanskje det minst banebrytende funnet som er blitt gjort i løpet av denne oppgaven.

Av høyere interesse er konklusjonen om at panteloven § 3-5 sitt krav for næringsdrivende å være registrert i «Foretaksregisteret» bryter med diskrimineringsforbudet i TFEU art. 49.¹¹² Dette betyr at utenlandske selskaper kan ha gått glipp av forretningsmuligheter i Norge i en årrekke. I allfall betyr det at forretningsmulighetene deres har vært urettmessig begrenset og forvansket.

I tillegg er det blitt funnet at panteloven § 3-5 sitt krav strider med restriksjonsforbudet i TFEU art. 49.¹¹³ Dette er selvfølgelig ingen overraskelse når det først er konstatert brudd på diskrimineringsforbudet, men likevel av interesse ettersom det representerer nok et mulig rettslig grunnlag Norge kan bli felt på.

I korte trekk vanskeliggjør pantel. § 3-5 selskaper fra andre medlemsstater sin adgang til tingsinnbegrepsant. De utenlandske selskapene, som selskapet i scenario A, blir forskjellsbehandlet da de må være registrert i det norske Foretaksregisteret før de får rettslig adgang på tingsinnbegrepsant.

¹¹⁰ Se punkt 2.1.

¹¹¹ Se Skoghøy 2016 s. 287.

¹¹² Se punkt 4.2.

¹¹³ Se punkt 4.3.

Videre er begrunnelsen til at Norge bryter med både diskriminerings- og restriksjonsforbudet at de tilsynelatende ikke har noen motivasjon eller rettferdiggjørelse for forskjellsbehandlingen. Reglene oppsatt fra EU-domstolen er knallharde, og det er klart at det er traktatbrudd med en gang man ikke kan rettferdiggjøre sin forskjellsbehandling. Dette mye fordi lik adgang til det frie markedet står meget sentralt i hele EU-retten.

Det er derimot ikke vanskelig å forstå hvorfor Norge ikke har noen begrunnelse for sin forskjellsbehandling. Panteloven ble vedtatt i 1980, mens EØS-avtalen kom på plass først i 1992. Lovgiver kan ikke klandres for å ikke se 12 år inn i fremtiden mens de skriver en lov. I ettertid av EØS-avtalen kan det heller ikke ha vært et særlig stort problem, ettersom problemstillingen i seg selv er ganske snever. I tillegg må scenario A oppstå heller sjeldent. At forskjellsbehandlingen ikke er oppdaget eller rettet opp er derfor ikke merkelig. Det betyr derimot ikke at den ikke eksisterer.

6.2 Anbefalinger

Spørsmålet blir så hva Norge kan gjøre for å kvitte seg med traktatbruddet og forskjellsbehandlingen som finner sted i pantel. § 3-5. For det første anbefales dette fordi det åpner opp utenlandske selskapers adgang til det frie markedet. For det andre kan det forhindre eventuelle søksmål mot Norge i EFTA-domstolen. For å kunne unngå forskjellsbehandlingen, er det flere løsninger som kan tenkes, som i utgangspunktet ikke krever for mye arbeid heller.

For det første kan ordlyden i pantel. § 3-5 endres. Et forslag kan være å endre bestemmelsen til å si «i norske eller EØS-statlig foretaksregister» istedenfor nåværende «Foretaksregisteret». På denne måten vil også selskaper som er opprettet og registrert i andre EØS-land, hvilket også inkluderer EU-land, være å anse som «næringsdrivende» etter den norske panteloven.

Et annet forslag til ordlydsendring, endog noe mer omfattende, er å fjerne definisjonen i det hele. Dermed ville det bare stått «næringsdrivende» i pantel. §§ 3-4, 3-11 og 4-10. Dermed vil det være et tolkningsspørsmål for domstolene om hva som skal være å anse som næringsdrivende. Dette anses som noe mer anstrengt enn det første forslaget, men det er likevel en øvelse som norske domstoler er vant med.¹¹⁴

Videre kunne det vært en mulighet å spørre EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om saken. Etter EØS-avtalen har EFTA-domstolen myndighet til å gi rådgivende uttalelser om «tolkningen av EØS-avtalen».¹¹⁵ Dette betyr at Norge ikke kan spørre eksplisitt om pantel. § 3-5 strider med EØS-avtalen, ettersom dette ville vært en tolkning av norsk lovgivning. Det man derimot kan spørre om i praksis, er om et slikt tilfelle som illustrert i scenario A, ville stride med EØS-avtalen. På slik måte må EFTA-domstolen komme med en uttalelse som vil kunne være retningsgivende og vil overlate lite rom for skjønn for våre egne nasjonale domstoler.

¹¹⁴ Se f.eks. Rt. 2000 s. 1981, der Høyesterett fastlegger hva som skal være en næringsdrivende i skatterettsøyemed.

¹¹⁵ EØS-avtalen art. 34.

Et siste og meget ambisiøst forslag er at det dannes et felles EU-/EØS-rettslig selskapsregister. Hvis dette hadde funnet sted, kunne man ideelt sett hatt et stort oversiktlig register som spant over hele den europeiske union. Igjen kunne dette faktisk ha forenklet tilgangen på det indre markedet for selskaper. Dette ville imidlertid ha kommet i strid med EU sin egne gjeldende rett, da de har krav om at medlemsstatene skal ha et eget foretaksregister.¹¹⁶

Alt i alt er min veiledning å endre ordlyden i pantel. § 3-5 til å også omfatte EØS-statlige foretaksregistre. På den måten vil forskjellsbehandlingen være fjernet og Norge vil ikke lenger opprettholde en traktatstridig praksis. I tillegg er ikke tiltaket særlig omfattende eller inngripende.

¹¹⁶ Direktiv 68/151/EØF av 9. mars 1968, Art. 3 første ledd.

Litteraturliste

Norske lover:

Panteloven	Lov 8. juni 1980 s. 2 om pant (pantel.)
Foretaksregisterloven	Lov 21. juni 1986 s. 78 om registrering av foretak (fregl.).
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Danske lover:

Tinglysingsloven	Lov 30. september 2014 nr. 1075 om tinglysning
------------------	--

Svenske lover:

Lag om företagshypotek	Lov 20. november 2008 om företagshypotek
------------------------	--

Forarbeider:

Ot. Prp. 1980	Panteloven
---------------	------------

EU-direktiver:

97/81/EF	Direktiv 97/81/EF av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og EFF
99/70/EF	Direktiv 99/70/EF om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP (fagforeninger)
08/104/EF	Direktiv 08/104/EF om de som arbeider gjennom bemanningsbyråer har lik lønn og like arbeidsvilkår som ansatte i samme virksomhet som utfører samme arbeid
68/151/EØF	Direktiv 68/151/EØF om samordning av beskyttelsestiltak som, til beskyttelse av medlemmers og andres interesser, kreves av medlemsstatene for selskaper i henhold til andre

avsnitt av artikkel 58 i traktaten, med sikte på å gjøre slike tiltak likeverdige i hele Fellesskapet.

Norske dommer:

Rt. 2000 s. 1811	Finanger I
Rt. 2000 s. 1981	
Rt. 2005 s. 1365	Finanger II
HR-2021-1453-S	NAV-skandalen

EU-dommer:

C-8/82	Wagner
C-14/83	Colson & Kamann
C-270/83	Avoir Fiscal
C-157/86	Murphy
C-106/89	Marleasing
C-221/89	Factortame II
C-19/92	Kraus
C-55/94	Gebhard
C-212/97	Centros
C-208/00	Überseering
C-167/01	Inspire Art
C-9/02	Lastteyrie du Saillant
C-148/02	Avello
C-514/03	Kommisjonen mot Spania
C-384/04	Stauffer
C-524/04	Thin Cap

EFTA-domstolen:

E-4/01

Karlsson

E-1/07

Straffesak mot A

EU-artikler:

TEU art. 2

TEU art. 3

TEU art. 4

TFEU art. 18

TFEU art. 26

TFEU art. 45

TFEU art. 49

TFEU art. 52

TFEU art. 54

TFEU art. 63

EØS-artikler:

EØS-avtalen art. 1

EØS-avtalen art. 3

EØS-avtalen art. 8

EØS-avtalen art. 28

EØS-avtalen art. 31

EØS-avtalen art. 34

EØS-avtalen art. 35

EØS-avtalen art. 36

EØS-avtalen art. 40

Juridisk litteratur:

- Bull 2002 Bull, Henrik, Det indre marked for tjenester og kapital (Universitetsforlaget, 2002).
- Dahlgren og Rune 1996 Dahlgren, Rolf og Rune, Christer, Företagshypotek m.m., 2. utgave (Nordsteds gula bibliotek, 1996).
- Fredriksen og Mathisen 2022 Fredriksen, Marit og Eirik Mathisen, EØS-rett, 4. utgave (Fagbokforlaget, 2022).
- Horspool m.fl. 2021 Horspool, Margot, Matthew Humphreys og Michael Wells-Greco, European Union Law, 11. utgave (Oxford University Press, 2021).
- Lilleholt 2018 Lilleholt, Kåre, Allmenn formuerett, 2. utgave (Universitetsforlaget, 2018).
- Millung-Christoffersen. 2016 Millung-Christoffersen, Astrid, Virksomhedspant (Karnov Group, 2016).
- Konow 2006 Reinertsen Konow, Berte-Elen, Løsørepannt over landegrenser (Fagbokforlaget, 2006).
- Skoghøy 2021 Skoghøy, Jens Edvin A., Panterett, 5. utgave (Universitetsforlaget, 2021).
- Skoghøy 2016 Skoghøy, Jens Edvin A., Panteloven med kommentarer, 3. utgave (Gyldendal, 2016).
- Sørensen og Danielsen 2022 Sørensen, Karsten Engsig, og Jens Hartig Danielsen, EU retten, 8. reviderede utgave (Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2022).
- Walin m.fl. 2012 Walin, Gösta, Millqvist, Göran og Persson, Annina H, Panträtt, 3. utgave (Norstedts Juridik, 2012).

Nettkilder:

Brønnøysundregisteret. Gebyr for registrering og tinglysing. [Nett]. [U.å.]. [Sisert 14. mars 2023]. Tilgjengelig fra: <https://www.brreg.no/bedrift/gebyr-for-registrering-og-tinglysing/#nuf>.

Brønnøysundregisteret. Informasjon om NUF. [PDF på nett]. [U.å.]. [Sisert 14. mars 2023]. Tilgjengelig fra: <https://www.brreg.no/wp-content/uploads/BR-1080BM.pdf>.

Statistisk sentralbyrå. Utenrikshandel med varer. [Nett]. [U.å.]. [Sisert 5. mai 2023].
Tilgjengelig fra:
<https://www.ssb.no/utenriksokonomi/utenrikshandel/statistikk/utenrikshandel-med-varer>.