



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Vår europeiske selskapsrett

Av førsteamanuensis dr. juris Beate Sjøfjell

Justisdepartementet har bedt advokat Gudmund Knudsen utrede mulighetene for forenkling av aksjeloven, inspirert av den reformbølge som nå går over Europa og som har satt vår norske selskapsrett under press (se «Nordiske selskapsrettsreformer», *Nytt i privatretten* 2/2009, s. 1–2). Når Justisdepartementet så etter nyttår skal vurdere å foreslå en norsk aksjelovsreform, er det viktig at dette blir gjort i lys av EU/EØS-rettens betydning for vår selskapsrett.

Innhold nr. 4/2010:

Leder	1
Arbeidsrett.....	2
Barnerett.....	4
Boligrett.....	4
Erstatningsrett.....	5
Kontraktsrett.....	10
Litteratur.....	13
Panterett.....	14
Litteratur.....	14
Selskapsrett.....	14
Tingsrett.....	20
Litteratur.....	22
Institutt for privatrett.....	22
Professor Erling Eide – 70 år.....	22
Presentasjon av stipendiater.....	23
Disputaser.....	24
Skriftserien.....	24

EU-retten er av betydning for selskapsretten på to svært viktige måter – på traktatnivå og på sekundærrettsnivå. På traktatnivå i EU-retten finner vi en rekke overbyggende formål, grunnleggende prinsipper, fundamentale rettigheter og friheter som er en overbygning vi må forholde oss til på de fleste rettsområder, og som nær sagt all norsk rett i prinsippet må måles opp mot. Dette gjelder reglene om fri bevegelse av varer, tjenester, mennesker og kapital og den frie etableringsrett, og det gjelder også viktige grunnleggende rettigheter som beskyttelse mot diskriminering, proporsjonalitetskravet og grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, slik som «legal certainty», forutberegnelighet og forbudet mot tilbakevirkning. Det er ikke gitt at disse vil ha samme innhold etter EU-retten som de ville ha hatt i norsk rett uten EU-tilknytning.

Som kjent har vi i Norge gledet av å være et slags kvasimedlem uten stemmerett i EU, ved at vi har EØS-avtalen som tilknytningsform, som for svært mye av EU-retten for alle praktiske formål gir oss de samme regler, de samme rettigheter og plikter, som et EU-medlemsland. EØS-avtalen er noen ganger et rent bindeledd slik at vi uten videre kan legge det samme til grunn som om vi var et EU-medlemsland, og noen ganger et kompliserende ledd, fordi EØS-avtalens hoveddel ikke formelt har blitt fornyet siden inngåelsen av avtalen for 16 år siden, slik at vi noen ganger må gjennom øvelsen å spørre oss selv om et grunnleggende prinsipp videreutviklet i EU-retten gjelder fullt ut for oss. Som oftest kan vi regne med at det gjør det, på de områder EØS-avtalen gjelder.

Hva betyr dette i praksis? Først og fremst at vi ikke kan ha regler eller ordninger som er en ulovlig restriksjon på den frie bevegelsen av varer, tjenester, personer eller kapital eller på den frie etableringsrett. Det er de to siste som er spesielt relevant for selskapsretten.

Retten til fri bevegelse av kapital og etablering over landegrensene er, som en del av den frie bevegelsen som er sikret innenfor EØS-området, et sentralt middel for å fremme EUs overordnede mål.

Medlemslandene har derfor i utgangspunktet ikke lov til å oppstille hindringer for fri bevegelse av kapital eller etablering over landegrensene. Tiltak som er begrunnet i visse særlige viktige hensyn, kan likevel gjennomføres selv om de begrenser fri bevegelse eller etableringsfriheten, forutsatt at tiltaket er egnet, nødvendig og proporsjonalt. EU-domstolens rettspraksis gir oss veiledning her med serien av dommer fra saken *Kommisjonen mot Frankrike* (sak 270–83), via *Daily Mail* (sak 81/87) og *Centros* (sak C-212/97) til senest *Cartesio* (sak 210/06). *Daily Mail* og *Cartesio* skiller seg ut i denne serien ved at de gjelder reguleringen av selskapets fødsel og eventuelle død i stiftelseslandet, mens de andre sakene gjelder selskapenes liv i vertslandet, altså det landet hvor selskapet opererer med virksomhet over landegrensene. Nevnes kan også den ferske saken *Idryma Typou AE* (sak C-81/09), som er et kuriøst eksempel på ulovlig restriksjon (vil bli omtalt i et senere nummer av *Nytt i privatretten*). Viktige i vår selskapsrettslige kontekst er også de såkalte *Golden Shares*-sakene, (f.eks. forente saker C-282/04 og C-283/04), som har vist oss at når Staten velger å privatisere en virksomhet og opprette et aksjeselskap, må den følge spillereglene for slike selskaper og kan som utgangspunkt ikke som lovgiver tildele seg selv som aksjonær spesielle rettigheter som generalforsamlingen ikke kan sette til side.

EUs traktatrett inneholder en rekke hjemler for EU-lovgiver til å vedta rettsakter (som vi med en samlebetegnelse kaller sekundærrett) for å gjennomføre EU-rettens overordnede formål. Det er vedtatt en rekke selskapsrettsdirektiver og noen forordninger med direkte relevans for norsk selskapsrett, og spesielt for aksjeselskapsretten, senest ved *Aksjonærrettighetsdirektivet* (2007/36/EF; omtalt i lovendringssaken i dette nummeret). Vi har også noen selskapsrettsrelevante anbefalinger fra EU, derunder om godtgjøring av ledelsen i børsnoterte selskaper (2004/913 EF) og om styremedlemmers rolle (2005/162 EF). Det ligger i ordet at de ikke er bindende, men at det er anbefalt å følge dem, og noen av disse har medført endringer i vår aksjelovgivning.

En del av implementeringen av sekundærretten kan kritiseres, dels for feilaktig eller manglende implementering og dels for en passiv-defensiv holdning i implementeringen. Det første kan sies å være en del av årsaken til NUF-kaoset i norsk rett, og illustrerer også at en aksjelovsreform bør inkludere en reform av vår foretaksregistreringsrett – og må sees i sammenheng med regnskaps-, revisjons- og skatteretten (H.B. Reiersen og B. Sjøfjell, «NUF-kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 3/2010 s. 423–463). Den passiv-defensive holdningen ser vi i implementeringen av *Annet selskapsdirektivs* (77/91/EØF) daværende forbud mot selskapsfinansiering av aksjeerverv som har bidratt til å gjøre den norske regelen i aksjelovens § 8-10 unødige rigid og ullen (Sjøfjell, «Kun til plunder og

heft? Forbudet mot selskapsfinansiering av aksjeerverv i den norske allmennaksjeloven § 8-10», *Nordisk tidsskrift for selskapsret* 2009 1:2, s. 116–145). Liberaliseringen av Annet selskapsdirektiv i 2006 gir nye muligheter for å liberalisere vårt forbud mot selskapsfinansiering av aksjeerverv, og forbudet i aksjelovens § 8-10 er da også uttrykkelig nevnt i utredningsmandatet.

Til tross for at noe av implementeringen kan kritiseres, er vi alle vant til å forholde oss til at det er sekundærrett som må implementeres. Derimot har vi ikke alle tatt inn over oss at EUs traktatrett – gjennom EØS-avtalen – har en overordnet rolle i vår selskapsrett. Den rettslige betydningen av EUs traktatrett for vår selskapsrett er underkommunisert i den norske selskapsrettslige diskursen. Norsk selskapsrett er europeisk selskapsrett og omvendt.

Hva er konsekvensene? Sekundærretten må tolkes i lys av traktatretten, og det innebærer at norsk lov eller forskrift som er ment å implementere sekundærretten må tolkes i lys av både sekundærretten og den overordnede traktatretten. Traktatretten er viktig som retningslinje for tolkningen av sekundærretten, men også mer enn det: Vi kan ikke ta for gitt at sekundærretten alltid er i samsvar med traktatretten, og vi har ikke lov til å legge til grunn sekundærlovgivning som ikke er i samsvar med traktatretten. Vi kan heller ikke ta for gitt at en norsk regel som tilsynelatende er i samsvar med for eksempel et direktiv, er lovlig etter traktatretten. Norsk lov, forskrift, rettspraksis og forvaltningspraksis må tåle å måles opp mot relevant sekundærrett, mot traktatreglene og mot grunnleggende prinsipper på traktatnivå. Dette stiller nye krav til vår tradisjonelle norske lovgivningsteknikk med bl.a. omfattende forbud og dispensasjonshjemmel uten retningslinje for skjønn som skal utøves, og nye krav til helhetstenking ved lovreform.