

Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett

Giuditta Cordero Moss¹

1 INNLEDNING

I norsk internasjonal privatrett er spørsmålet om rettsvalg for selskapsrettslige forhold ikke regulert i loven. Litteraturen har vært sparsom,² og den eksisterende domspraksis har ikke direkte relevans.³

Harmonisering er viktig i internasjonal privatrett, men rettsvalgsreglene for selskapsrett er ikke enhetlige, selv ikke innenfor Europa. EUs forordninger gjelder lovvalg blant annet for kontraktsrett, erstatningsrett, insolvens og sivilprosess – men ikke selskapsrett. EF-domstolen har bidratt til en viss harmonisering, dog kun i begrenset omfang.

Denne artikkelen analyserer norske rettsvalgsregler for selskapsrett i lys av den nye europeiske utvikling.

2 HENSYN VED LOVVALG

Kjernen i temaet er selskapsrettens anvendelsesområde, både territorielt og saklig. Det territoriale anvendelsesområdet fastslås ved å definere kriteriene som tilsier at et selskap er underlagt et visst lands rett, eller, i internasjonal privatrettslig terminologi: Hvilken tilknytningsfaktor lovvalget er basert på. Det saklige anvendelsesområdet defineres ved å kartlegge hvilke saksforhold som bør reguleres av den anvendbare selskapsretten, eller, i internasjonal privatrettslig terminologi: Hvordan rettsforholdet skal kvalifiseres.

Før disse spesifikke spørsmål er drøftet kan det være nyttig å nevne hovedhensynene som ligger bak rettsvalget, ettersom disse gir retningslinjer for en hensiktsmessig analyse av problemstillingen.

¹ Professor dr. juris, Universitetet i Oslo.

² I de senere årene har problemstillingen vært gjenstand for mer inngående utredning, dog uten at dette har ført til en entydig klargjøring av rettstilstanden, se spesielt G. Woxholth, Lovvalgsreglene i selskapsforhold, herunder legitimasjon og erstatningsansvar overfor tredjemann, *Lov og Rett*, 1993, s. 579–595, M.H. Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006 og T. Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien?, i T. Frantzen, J. Giertsen og G. Cordero Moss, *Rett og toleranse. Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007, s. 198–209.

³ For en detaljert analyse vises det til litteraturen i fotnoten over.



2.1 Forutberegnelighet

Et rettsforhold kan ikke ses uavhengig av bakgrunnsretten: Juridiske virkninger er resultat av en interaksjon mellom saksforholdet og bakgrunnsretten, og det samme saksforholdet kan ha forskjellige juridiske virkninger avhengig av bakgrunnsretten. Som eksempel kan nevnes en faktisk situasjon der et krav mellom to kontraktparter ikke er blitt håndhevet på fem år: Hvis kravet er underlagt norsk rett er det foreldet; er det underlagt italiensk rett, er det ikke foreldet. Faktum er det samme, men de juridiske virkningene er forskjellige. Hvis partene skal vurdere deres respektive juridiske stilling, kan de ikke gjøre det kun ved å vurdere det faktiske saksforholdet; de må også ta med bakgrunnsretten i sin vurdering.

Partene kan ikke vurdere sin juridiske stilling før de har identifisert bakgrunnsretten, og de kan derfor heller ikke gjøre seg opp en mening om hvorvidt det lønner seg å forfølge de respektive kravene rettens vei fremfor å etterstrebe en annen løsning. Dette betyr igjen at hvilket lands rett som regulerer et rettsforhold, bør kunne defineres av partene før de går til sak. Rettsvalget bør derfor ikke være overlatt til dommerens skjønn – hvis partene ikke kan forutse hvilken bakgrunnsrett dommeren vil velge, har de heller ikke mulighet til å vurdere sin rettslige stilling før de går til sak.

Et av de viktigste hensyn i internasjonal privatrett er altså å skape forutberegnelighet for rettsvalget: Partene skal ha mulighet til å identifisere bakgrunnsretten med objektive kriterier. Rettsvalget skal ikke overlates til dommerens skjønn.

Rettsvalget innenfor selskapsretten er intet unntak: Selskapsretten definerer blant annet vilkårene for at en enhet skal anses som et selskap, de forskjellige organers kompetanse og forholdet til minoritetsaksjonærer, ansatte og kreditorer. For et selskap er det avgjørende å vite om det eksisterer som juridisk person eller om vedtakene truffet i styret er gyldige. Dette kan bare gjøres når selskapet vet hvilket lands rett som regulerer det. Hvis ikke den anvendbare selskapsretten kan utpekes før dommeren foretar lovvalget, kan det til og med vise seg at rettssaken ble anlagt av eller mot en part som ikke eksisterer – fordi den ikke var en juridisk person i det rettsystemet dommeren valgte til å regulere selskapet, såkalt selskapsstatutt.

Et annet hensyn i internasjonal privatrett er at rettsvalget ikke skal påvirkes av saksforholdets tilfeldige karakteristikk, som for eksempel hvilket land saksforholdet har sin tilknytning til.

Lovvalsregler er basert på tilknytningsfaktorer, og av hensyn til forutberegneligheten bør disse være objektive og brukes uansett om de identifiserer domstolens egen rett eller et annet lands rett som bakgrunnsrett. En lovvalsregel som kun definerer når et selskap skal anses som underlagt domstollandets rett, som for eksempel foretaksregistreringsloven § 1-2 som definerer ethvert foretak med hovedkontor i Norge som norsk, er nyttig for å skille mellom innenlandske (norske) og utenlandske selskap, men ikke til å definere

hvilken utenlandsk rett de utenlandske selskaper er underlagt. En norsk part saksøkt i Norge av et utenlandsk selskap som er stiftet i land A og har sitt hovedkontor i land B, vet ikke om saksøkerens rettslige handleevne eller dens styrevedtak skal vurderes etter retten i land A eller B. Hvis ikke rettsvalgsreglene gjelder i alle retninger, altså uansett om de peker på domstollandets rett eller på en utenlandsk rett, risikerer man at rettsvalget blir komplisert og uforutberegnelig.

Videre bør rettsvalget sikre mest mulig konsistens og kontinuitet i bakgrunnsretten: Hvis tilknytningsfaktoren varierer avhengig av situasjonen, risikerer ett og samme selskap å måtte forholde seg til kravene i forskjellige lands selskapsrett, avhengig av rettsforholdet. Det er imidlertid viktig for et selskap å vite at kravene om kapitalisering, om beskyttelse av minoritetsaksjonærer, om selskapsorganenes kompetanse osv., er regulert av ett lands rett og står fast, uansett hvor i verden selskapet utøver sin virksomhet. Et situasjonsbasert rettsvalg vil kunne føre til varierende resultater for en domstol som vurderer en sak mot et selskap stiftet i land A med hovedkontor i land B og daglig ledelse i land C. Det ble foreslått⁴ at en norsk domstol bør anvende stiftelsesstedet som tilknytningsfaktor hvis land A og B har forskjellige tilknytningsfaktorer, og setestedet hvis land A og C har dette som felles tilknytningsfaktor. Resultatet av en slik ad hoc-tilnærming ville være at ett og samme selskap innenfor samme rettssak blir regulert av selskapsretten i land A i én situasjon og C i en annen. Domstolen ville naturligvis tilpasset rettsvalget for å unngå et slikt resultat, men dette ville underminere den objektivitet og forutsigbarhet som lovvalgsreglene bør ha.⁵

Et ytterligere hensyn i internasjonal privatrett er at rettsvalget i minst mulig grad bør påvirkes av hvor søksmål er anlagt. Hvis domstolene i alle land anvender den samme tilknytningsfaktor for å identifisere bakgrunnsretten, blir saksforholdet regulert av samme lands rett uansett hvor saken blir anlagt. Hvis hvert lands internasjonale privatrett har lovvalgsregler basert på forskjellige tilknytningsfaktorer, vil den materiellrettslige vurderingen av samme saksforhold kunne variere avhengig av hvilket lands domstol som befatter seg med saken, og hvilket selskapsstatutt de forskjellige lovvalgsregler utpeker. Dette åpner for den uheldige praksis med forumshopping, der saksøkeren prøver å anlegge sak i det landet hvor lovvalgsreglene vil utpeke bakgrunnsretten som er mest fordelaktig for dennes sak. Ofte fører forumshopping til at sak blir anlagt for fora med tynn tilknytning til saken, såkalte eksorbitante vernetting. For saker innenfor Europa er eksorbitante fora blitt forbudt av den europeiske forordning Brussels I,⁶ og for saker innenfor Europa og EFTA (herunder Norge) av Lugano-konvensjonen. Brussels I og Lugano-konvensjonen har altså begrenset, dog ikke helt forhindre, muligheten for forumshopping. Utenfor

⁴ M.H. Andenæs, cit., s. 703.

⁵ Slik argumenterer også Woxholth, cit., s. 590 f.

⁶ Nr. 44/2001.



Europa og EFTA er muligheten for forumshopping stort sett kun begrenset av hvert lands egne regler om jurisdiksjon, som kan variere dramatisk fra land til land.

Så lenge lovvalgsreglene i de forskjellige land ikke er harmonisert, vet altså saksøkte ikke inntil saken er anlagt hvilken lovvalgsregel som vil bli anvendt, og følgelig heller ikke hvilket lands rett som kan komme til å bli utpekt som bakgrunnsrett – og er derfor ikke i en posisjon til å vurdere sin juridiske stilling. Dette taler sterkt for en harmonisering av rettsvalgsregler, som igjen ville redusere insitamentet til å bedrive forumshopping.

Innenfor internasjonal selskapsrett er lovvalgsregler ikke harmonisert, ikke en gang i Europa.⁷ Som det vil bli vist nedenfor, har EF-domstolen bidratt til en viss harmonisering, men forskjeller består fortsatt. En slik harmonisering er høyst ønskelig; i mangel av lovfestede lovvalgsregler tilsier argumentene ovenfor at rettspraksis og litteratur bør etterstrebe en rettsanvendelse som tar hensyn til behov for forutberegnelighet og harmonisering i rettsvalg.

2.2 Tilstrekkelig tilknytning

I tillegg til å være objektiv og forutsigbar bør tilknytningsfaktoren sikre at et saksforhold reguleres av retten i et land som det har tilstrekkelig tilknytning til. I snart to århundrer har den internasjonalprivatretslige metode, i hvert fall i den kontinentaleuropeiske sammenheng, vært basert på at et rettsforhold skal være underlagt retten i det landet det hører til i henhold til sin særegne natur.⁸

Prinsippet om den nærmeste tilknytning er grunnlaget for tilknytningsfaktorene. Når tilknytningsfaktoren for en type rettsforhold er identifisert, blir dette til lovvalgsregelen som skal anvendes på enhver sak innenfor den relevante type. Slik er det at den nærmeste tilknytning har inspirert lovvalgsreglene om at en kontrakt skal reguleres av retten i det landet der realdebitoren har sitt hovedkontor,⁹ og at et erstatningsrettslig krav skal reguleres av retten i det landet der skaden inntraff.¹⁰ Når disse tilknytningsfaktorene er blitt formulert i lovvalgsregler, er ikke den nærmeste tilknytning et selvstendig kriterium som dommeren

⁷ H.P. Lundgaard, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, Oslo 2000, s. 187, synes å mene at 1980-Romakonvensjonen om lovvalg for kontraktsrettslige forpliktelser legger til grunn hovedseteteorien og henviser til dens art. 4.2, der den subsidiære lovvalgsregelen for kontrakter er nedfelt. Denne bestemmelsen er dog ikke relevant for selskapsstatuttet. Art. 4.2 har en presumsjon for hvilket land som en kontrakt anses å ha sin nærmeste tilknytning til, nemlig landet der realdebitoren har sin bopel. Dette er en tilknytningsfaktor for kontraktsretten som regulerer kontraktsforpliktelsene mellom partene. Art. 4.2 har ingen ambisjon om å gi en tilknytningsfaktor for selskapsstatuttet: Roma-konvensjonen avgrenser uttrykkelig sitt anvendelsesområde mot selskapsretten, jfr. art. 1(2)(c). Den samme avgrensing gjør Roma-konvensjonens etterfølger, Roma I-forordningen (Nr. 593/2008), jfr. art. 1(2)(f). I Roma I er realdebitorens bopel definert mer presist som stedet der realdebitoren har sitt hovedkontor. Dette er dog, som nevnt, i denne sammenheng ikke en selskapsrettslig tilknytningsfaktor.

⁸ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band VIII (1849), s. 108 f.

⁹ Roma I art. 4 jfr. Art. 19.

¹⁰ Roma II-forordning (Nr. 864/2007).

kan velge å bruke til fortregning for lovvalgsreglene. Prinsippet bør altså ikke tolkes slik at hvert eneste forhold blir vurdert konkret med tanke på å veie opp mot hverandre alle forholdets særegenheter: En slik vurdering ville være direkte i strid med hensynet til forutsigbarhet. I Norge ble formelen om den nærmeste tilknytning lenge forstått som den «individualiserende metode» og gjerne brukt som basis for å foreta nettopp konkrete vurderinger; dette er dog i strid med den gjengse forståelse av tilsvarende formler innenfor internasjonal privatrett, og synes å være forlatt av Høyesterett i nyere avgjørelser.¹¹

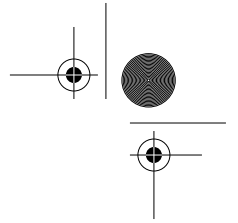
3 STIFTELSESTEORIEN OG HOVEDSETETEORIEN

Innenfor selskapsretten er den nærmeste tilknytning søkt oppnådd gjennom to forskjellige tilknytningsfaktorer: England,¹² USA,¹³ Sveits,¹⁴ og, ikke minst, Sverige¹⁵ og Danmark¹⁶ legger vekt på stedet der selskapet ble stiftet; Tyskland legger vekt på stedet der selskapet har sitt hovedsete.¹⁷ I Norge er rettstilstanden ikke avklart, og man finner tilhengere av begge teorier.¹⁸

3.1 Hvor har et selskap sitt hovedsete?

Et problem som oppstår ved anvendelse av hovedseteteorien, er å definere hva som ligger i begrepet hovedsete.

- 11 Rt. 2005 s. 1008, HR-2009-02255-A. Formelen om den «nærmeste tilknytning» ble i Norge lansert av den kjente Irma Mignon-dommen (Rt. 1923 II s. 58). Innenfor lovvalg for kontrakter fant man den samme formel i Roma-konvensjonen, og den herskende (dog ikke ubestridte) tolkning var at den ikke tillater en konkret vurdering: For flere detaljer og henvisninger til rettspraksis og litteratur, se G. Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007, s. 679–717. Roma-konvensjonen ble erstattet av Roma I, som endelig klargjorde at konkrete vurderinger ikke er tillatt ved lovvalg (med noen unntak): For flere detaljer se G. Cordero Moss, Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett, *Lov og Rett*, 2009, Vol. 48 nr. 2, s. 67–83.
- 12 L. Collins et al., *Dicey, Morris, Collins: The Conflict of Laws*, 14. ed. 2006, §§ 30-002 ff.
- 13 Restatement, Second, Conflict of Laws §§ 296 f. (1971); se også E. Scoles, P. Hay, P. Borchers og S. Symeonides, *Conflict of Laws*, 4. ed. § 23.2 ff.
- 14 Sveitsisk lov om internasjonal privatrett, § 154.
- 15 Se M. Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 2008, s. 161 f., med henvisninger til ytterligere litteratur.
- 16 P. Arnt Nielsen, *International privat- og procesret*, 1997, s. 631.
- 17 K. Siehr, *Internationales Privatrecht*, 2001, s. 308 f., J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 2006, s. 568 ff.
- 18 Justisdepartementet forutsetter at hovedseteteorien gjelder i norsk rett: se Ot.prp. nr. 17 (2004–2005) om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10 a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001) (SE-loven), pkt. 2.1, som bekrefter departementets syn som kom til uttrykk i en uttalelse (06.01.2008, JDLOV-1997-11163) om selskapsrettslige konsekvenser av å flytte et aksjeselskaps ledelse på styrenivå til utlandet. For hovedseteteorien er også J. Cordes, L. Stenseng, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 1999, s. 205 og M. Andenæs, cit., s. 700 f., selv om sistnevnte forfatter synes å foretrekke en ad hoc-tilnærming basert på hver saks sammensetning fremfor en alminnelig tilknytningsfaktor. For stiftelsesteorien er: T. Bråten, cit., s. 209; Lundgaard, cit., s. 187 ff.; A.C. Sundby, Det nye selskapsrettslige landskap, *Lov og Rett*, 2005, s. 387–422; G. Woxholth, Lovvalgsreglene i selskapsforhold, cit., s. 587.



I tysk internasjonal privatrett, der hovedseteteorien har sin opprinnelse og fortsatt gjelder, anses hovedsete å være det stedet der ledelsesfunksjonen faktisk utøves slik at det er erkjennbart utad.¹⁹

I norsk rett sier foretaksregisterloven at et selskap med hovedkontor i Norge anses som et norsk selskap. Hovedkontor er imidlertid ikke en presis betegnelse.²⁰

I foretakregisterlovens forarbeider heter det at hovedkontoret menes å være «det administrative senter for foretakets virksomhet».²¹ Dette er blitt tolket til å bety det stedet hvor styrefunksjonen utøves, noe som kan være forskjellig fra det som er angitt som stedet for forretningskontor i vedtektene eller lignende.²²

I en uttalelse om selskapsrettslige konsekvenser av å flytte et aksjeselskaps ledelse på styrenivå til utlandet²³ mente Justisdepartementet at det er vanskelig å ta stilling til om hovedkontoret må likestilles med stedet der selskapets øverste ledelse, altså styret, utøver sin funksjon, eller om man bør ta sikte på selskapets administrative senter uavhengig av hvor styremøtene holdes. Ifølge departementet bør spørsmålet avgjøres ut fra en konkret vurdering der begge kriteriene kan være sentrale.

Liten veiledning finnes i prosessuellrettslige kriterier: De norske regler om verneting er ment å fordele domstolenes myndighet i riket og kan derfor ikke uten videre tas til inntekt for å tolke uttrykket «hovedkontor» i lovvalgssammenheng,²⁴ mens reglene om internasjonal verneting åpner for alle tolkninger som er nevnt ovenfor.²⁵ Mens hensynet til prosessøkonomi kan tale for å åpne for en viss valgmulighet ved anleggelse av en sak, er forutberegnelighet vesentlig i forbindelse med valg av den materielle rett. Den prosessrettslige løsning kan derfor ikke brukes som basis for å definere hovedkontor som tilknytningsfaktor ved lovvalg.

Etter dette synes det ikke å være endelig avklart i norsk rett hva som utgjør et selskaps hovedsete.

19 Kropholler, cit. s. 571.

20 Uttrykket «hovedkontor» er etter Andenæs tilstrekkelig elastisk til å dekke begge tilknytningsfaktorer som en eventuell lovvalgsregel kunne være bygget på: Hvis tilknytningsfaktoren er stiftelsesstedet, tolkes «hovedkontor» som forretningskontoret i stiftelseslandet, og selskapet anses som utenlandsk. Hvis tilknytningsfaktoren er hovedsete, tolkes det som selskapets forvaltningssted i Norge, og selskapet anses som norsk: jfr. Andenæs, cit., s. 700.

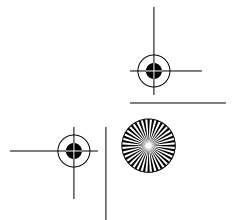
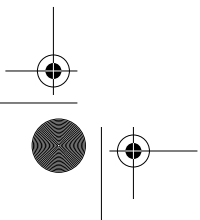
21 Ot.prp. nr. 50 (1984–1985) s. 39.

22 M. Aarbakke, Registrering i Foretaksregisteret – og noe om registreringens selskapsrettslige betydning, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1988 s. 71–107, 76 f.

23 06.01.2008, JDLOV-1997-11163, pkt. 2.7 og 2.8.

24 I henhold til tvl. § 4-4 har et selskap verneting der det har hovedkontor ifølge registreringer. Regelen er ment å videreføre tvml. § 21 (verneting for et selskap er der styret har sitt sete).

25 Luganoloven § 50, i likhet med forordningen Brussels I, sier at et selskaps bosted er der selskapet har sitt vedtektsbestemte sete, hovedadministrasjon eller hovedforretningssted.





3.2 EF-domstolens innflytelse på tilknytningsfaktoren

En rekke av EF-domstolens avgjørelser om etableringsretten har implikasjoner for selskapsstatuttets tilknytningsfaktor. Formålet med dommene er å sikre at etableringsfriheten ikke blir begrenset av lovvalgsreglene – ikke å harmonisere lovvalgsreglene. Derfor påvirker EF-domstolens rettspraksis tilknytningsfaktoren kun i de tilfeller hvor et lovvalg basert på den ville begrense etableringsfriheten; samme tilknytningsfaktor forblir upåvirket av EF-domstolens praksis når den ikke har implikasjoner for etableringsretten.

EF-domstolen har bestemt at et selskap, gyldig stiftet i et EU-land, ikke kan pålegges strengere selskapsrettslige krav i et annet EU-land der selskapet ønsker å etablere sin virksomhet, for eksempel i form av en filial. Dette ville resultere i en begrensning av etableringsretten og være i strid med EU-traktaten art. 43 og 48 (og EØS-avtalen art. 31 og 34). Videre ville det stride mot formålet om å fremme det indre markedet, hvis selskaper måtte tilpasse seg kapitaliseringskravene, stemmereglene for selskapsorganene osv. i hvert land hvor de utøver virksomhet; det ligger i det europeiske samarbeidet at medlemsstatene gjensidig skal anerkjenne hverandres selskapsrett og selskaper som er gyldig stiftet deretter. EF-domstolen bekreftet at denne gjensidige anerkjennelsen strekker seg til å dekke også tilfellene av omgåelse av selskapsretten, dvs. der selskapet ble stiftet i et land med gunstig selskapsrett, mens dets virksomhet og ledelse utelukkende er lokalisert i et annet land.²⁶ I forbindelse med etableringsretten er det altså stiftelsesteorien som råder.

En nyere dom fra EF-domstolen²⁷ viser dog at hovedseteteorien ikke i sin helhet er i strid med EU-retten. Med dette bekreftet EF-domstolen den eldre og kontroversielle Daily Mail-dommen,²⁸ som gikk ut fra at selskaper er skapt av nasjonal rett, og at det er opp til nasjonal rett å bestemme hvilke tilknytningsfaktorer som skal legges til grunn for at et selskap skal anses som gyldig stiftet og fortsatt eksisterende på dets territorium. Er et selskap stiftet i et land som opererer med hovedsetet som tilknytningsfaktor, og ønsker selskapet å flytte hovedsetet til et annet land, kan det ikke påberope seg etableringsfriheten for å få flytte uten videre. Hvis flytting av hovedsetet medfører at selskapet ikke lenger kan anses å tilhøre staten hvor det ble stiftet, kan selskapet ikke lenger forbli registrert som stiftet i sitt opprinnelsesland. Det er derfor legitimt å kreve at selskapet blir oppløst før hovedsetet flyttes.

Hovedseteteorien er derfor indirekte regulert på to forskjellige måter i EF-domstolens praksis, avhengig av om den er rettet mot å begrense virksomhet i destinasjonslandet (hvilket er i strid med etableringsretten), eller om den regulerer vilkår for stiftelse og fortsatt eksistens i stiftelseslandet (hvilket er akseptert).

²⁶ Centros (C-212/97), Überseering (C-208/00) og Inspire Art (C-167/01).

²⁷ Cartesio (C-210/06).

²⁸ Daily Mail (C-81/87).



Befinner eksempelvis et engelskregistrert selskaps hovedsete seg i Norge, kan altså norske myndigheter ikke påberope seg hovedseteteorien for å pålegge selskapet å overholde norske regler om kapitalisering med mer. Dette er bakteppet for at norskregistrerte utenlandske foretak, NUF, florerer.²⁹

Vil et norskregistrert selskap flytte sitt hovedsete til utlandet, kan norske myndigheter kreve at det først oppløses som selskap i Norge, forutsatt at hovedseteteorien gjelder her.³⁰

3.3 Konklusjon: stiftelsesteorien bør foretrekkes

I lys av den usikkerhet som preger norsk internasjonal selskapsrett og utviklingen i EF-domstolens praksis, og med tanke på hovedhensynene i internasjonal privatrett som beskrevet ovenfor – forutberegnelighet, konsistens og harmonisering – synes det riktig å argumentere for at stiftelsesteorien bør legges til grunn i norsk rett.

Stiftelsesteorien forutsetter en gjensidig anerkjennelse av selskapsrett og er best egnet til å styre lovvalget når de rettsystemene det skal velges mellom, er inspirert av felles prinsipper – slik man kan si om rettsystemene innenfor EU og EFTA.

Stiftelsesteorien åpner også for anerkjennelse av selskaper stiftet i land utenfor disse områdene og som ikke nødvendigvis deler de samme prinsippene. Hvis dette synes å være for risikabelt, kan det bemerkes at stiftelsesteorien i lang tid har vært anvendt i land som England og USA, uten at dette har satt deres samfunn i fare. I den grad anerkjennelsen fører til resultater som støter mot fundamentale prinsipper i norsk rett og samfunn, kan anvendelse av fremmede regler unngås ved å anvende ordre public-innsigelsen, som er en kjent mekanisme i internasjonal privatrett.³¹

Det er dessuten mulig å stramme inn stiftelsesteorien og unngå ren omgåelse: Man kan, for eksempel, anerkjenne et selskap under forutsetning av at det har noe virksomhet i stiftelseslandet. Innstrammingen er i strid med EØS-avtalen når stiftelseslandet er i EØS-området, men utenfor dette området er det fullt mulig å begrense omgåelse.³²

4 SELSKAPSRETTENS REKKEVIDDE

Spørsmålet om selskapsrettens rekkevidde er i internasjonale rettsforhold interessant når selskapsrettens tilknytningsfaktor konkurrerer med andre rettsområders tilknytningsfaktorer. Om et saksforhold defineres som selskapsrettslig, eller om det subsumeres under

29 Se NOU 2009: 4, pkt. 3.5.5. Mer utførlig om NUF se H. Bugge Reiersen og B. Sjøfjell, NUF-Kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring, artikkelutkast tilgjengelig hos forfatterne.

30 Slik Justisdepartementet forutsatte i sin uttalelse nevnt i fotnote 23 ovenfor.

31 Nærmere om bruk av ordre public-innsigelse i internasjonal privatrett se H.J. Thue, *Internasjonal privatrett*, 2002, s. 183 ff., og G. Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter, cit., s. 709 ff.

32 Skatteunndragelsesutvalgets implisitte forutsetning om at stiftelsesteorien må forkastes for å begrense omgåelse (NOU 2009: 4 pkt. 10.4.3.4), er derfor ikke begrunnet.

reglene i et annet rettsområde, vil avgjøre hvilken tilknytningsfaktor som skal anvendes. Dette er spesielt relevant når selskapsrettslige spørsmål grenser til kontraktsrettslige forhold: I kontraktsretten er den såkalte partsautonomi, som gir partene adgang til å velge bakgrunnsretten fritt, den viktigste lovvalgsregel. Hvis partene ikke har foretatt et lovvalg, kommer den subsidiære lovvalgsregel om realdebitorens vanlige oppholdssted (hovedkontor) til anvendelse, atter subsidiært regelen om den nærmeste tilknytning.³³

Hvis partene til en kontrakt har foretatt et lovvalg for deres rettslige forhold, og kontrakten har selskapsrettslige implikasjoner, må rekkevidden av partenes lovvalg defineres: Når er kontraktsregulerte forhold ikke dekket av partenes lovvalg, men av selskapsstatuttet?

Ved aksjonæravtaler må det åpenbart trekkes en grense mellom de kontraktsrettslige aspekter som er underlagt retten valgt av partene, og de selskapsrettslige aspekter, underlagt selskapsstatuttet. Forutsatt at partene har valgt retten i land A til å regulere deres avtale, og at selskapet de eier sammen, er regulert av retten i land B, vil de kontraktsrettslige forpliktelser mellom partene ha retten i land A som bakgrunnsrett, mens de selskapsrettslige implikasjoner av avtalen vil bli underlagt retten i land B.³⁴ Dette betyr at partenes forpliktelser kan ha ulike virkninger i de to forskjellige sammenhenger: En forpliktelse om å instruere styrerepresentanter om å stemme på en viss måte kan for eksempel være kontraktsrettslig bindende men selskapsrettslig ugyldig. Likeså kan avtalte kriterier om hvordan kapitalbidrag skal verdifastsettes være i strid med selskapsstatuttet og derfor ikke håndhevbar overfor selskapet, til tross for at de er bindende etter retten som partene valgte for kontrakten. Det samme gjelder avtaler mellom partene om å fordele kompetanse mellom selskapsorganer osv.

Dikotomien mellom kontraktstatuttet og selskapsstatuttet kan føre til overraskende resultater hvis lovvalget i aksjonæravtalen ikke er godt gjennomtenkt: Hvis kontraktstatuttet anser kontrakten som bindende til tross for at forpliktelsen er ulovlig etter selskapsstatuttet, vil den part som selskapsstatuttet forhindrer fra å oppfylle sin forpliktelse være

33 I Norge er realdebitorens rett lovfestet som tilknytningsfaktor for kjøpskontrakter, se lov om lovvalg for internasjonale løsekjøp § 4. For de øvrige kontrakter antas tilknytningsfaktoren å være den nærmeste tilknytning – mye taler for at denne bør tolkes til å være realdebitorens rett. For nærmere analyse se G. Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter, cit., s. 692 ff. Dette synet ble bekreftet i HR-2009-02255-A. I Europa gjelder realdebitorens rett som generell tilknytningsfaktor innenfor kontraktsrett, jfr. Roma I art. 4. Den nærmeste tilknytning er en subsidiær faktor som anvendes når det ikke finnes én realdebitor.

34 Også Andenæs, cit., s. 707 f., synes å konkludere med at de selskapsrettslige aspekter av aksjonæravtalen er regulert av selskapsstatuttet. Han synes dog å forutsette at alternativet, som han forkastet, ville være at aksjonæravtalen er regulert av retten i «avtalelandet», antakelig ment å være landet der avtalen ble inngått. Kontraktstatuttet er imidlertid retten som ble valgt av partene eller, hvis ikke partene foretok et valg, realdebitorens rett. Hvis realdebitor ikke kan identifiseres, hvilket gjerne kan skje ved aksjonæravtaler, må man ty til en konkret vurdering av den nærmeste tilknytning, og da kan det være nærliggende å anvende det samme tilknytningskriteriet som for selskapsrett. Avtalelandet er ikke et alternativ.

ansvarlig for sin manglende oppfyllelse av kontrakten. Det vil være opp til kontraktsstatuttet å definere konsekvensene av at utenlandsk rett hindrer kontraktsoppfyllelsen – dette resulterer ikke nødvendigvis i ansvarsfritak.³⁵

Ofte vil kontraktspartene føle seg tryggere hvis kontrakten har en voldgiftsklausul: De vil forutsette at en internasjonal voldgiftsrett vil være tilbøyelig til å la partenes lovvalg i sin helhet komme til anvendelse. Dette kan imidlertid være en falsk trygghet, ettersom voldgiftsdommer som ikke tar hensyn til selskapsstatuttet, risikerer å bli underkjent eller nektet tvangsfullbyrdet av domstolene hvis selskapsretten ikke ble overholdt.³⁶

Et annet område der selskapsrettens tilknytningsfaktorer anvendes i forbindelse med kontrakter, og til fortrensel for lovvalget som partene kan ha foretatt, er selskapets rettslige handleevne eller legitimasjonsregler. Dette er relevant for alle avtaler inngått av et selskap: Dersom kontrakten er underlagt en rett valgt av partene, vil denne retten også dekke hvorvidt partene er bundet av avtalen, eller vil dette spørsmålet være regulert av de respektive partenes egen rett?

For voldgiftsavtaler har den norske voldgiftsloven en særskilt lovvalgsregel. En voldgiftsdom kan underkjennes eller nektes tvangsfullbyrdet hvis voldgiftsavtalen var signert av en part som ikke hadde rettslig handleevne etter sin egen rett.³⁷ Lovvalgsregelen tar ikke stilling til om selskapets egen rett er retten i landet der selskapet er stiftet eller der det har sitt hovedsete: Det som imidlertid er klart, er at retten partene valgte til å regulere avtalen ikke er anvendbar.

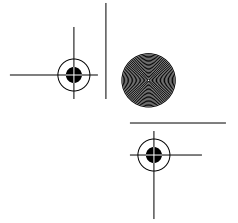
Utenom for voldgiftsavtaler har Norge ingen lovfestet lovvalgsregel for rettslig handleevne. Hensynet til intern konsistens tilsier imidlertid at tilknytningsfaktoren som gjelder for legitimasjon til å inngå voldgiftsavtaler, også skal gjelde for legitimasjon til å inngå andre typer kontrakter.³⁸

35 I Europa har forordningen Roma I gitt domstolen mulighet til å ta hensyn til slikt forbud i et annet land, jfr. art. 9 tredje ledd. Dommeren kan altså velge å vurdere kontraktens virkninger mellom partene i lys av selskapsstatuttet, selv om kontrakten er underlagt en annen bakgrunnsrett. Også Woxholth, cit., s. 584, foreslår at kontrakten blir uvirksom mellom partene i kraft av selskapsretten, uten dog å spesifisere hjemmelen.

36 For nærmere detaljer og henvisninger se G. Cordero Moss, Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift: Et tillegg og et forskningsprosjekt, *Lov og Rett*, 2009, s. 351–373.

37 Henholdsvis voldgiftsloven § 43 første ledd litra a) og § 46 første ledd litra a). Voldgiftsloven er basert på UNCITRAL Modelloven, som igjen har inspirert voldgiftsretten i flere enn 50 land. Den samme lovvalgsregelen er nedfelt også i New York-konvensjonen om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske voldgiftsavgjørelser, som er ratifisert av cirka 170 land, inkludert Norge.

38 Slik synes også M. Andenæs å konkludere, selv om han ikke nevner lovvalgsregelen for voldgiftsavtaler og synes å mene at lovvalget må avgjøres på fritt grunnlag, cit., s. 708 f. Samme resultat støttes av G. Woxholth, cit., s. 591 f.

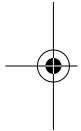


Dette gjenspeiler rettstilstanden i land som Tyskland, Sveits, Sverige og Danmark.³⁹ Dessuten avgrenser de europeiske lovvalgsregler om kontraktsstatuttet uttrykkelig mot partenes rettslige handleevne.⁴⁰

Også hensynet til harmonisering tilsier altså at et selskaps rettslige handleevne skal falle inn under selskapsstatuttet.

5 KONKLUSJON

Selv der lovvalgsreglene ikke er lovfestet og det ikke finnes relevant rettspraksis, er selskapsstatuttets territoriale og saklige anvendelsesområde underlagt hensyn og prinsipper som er felles for hele den internasjonale privatretten: Man er ikke overlatt til individuelle vurderinger på fritt grunnlag. Hensynet til forutberegnelighet, konsistens og harmonisering kan og bør brukes som retningslinjer.



³⁹ Jfr. henholdsvis Kropholler, cit., s. 581, sveitsisk lov om internasjonal privatrett, § 155(c), Bogdan, cit., s. 168, Arnt Nielsen, cit., s. 632 f. For henvisninger til rettspraksis se G. Cordero Moss, *Arbitration, Legal Capacity and Private International Law*, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, (red.), i *Convergence and Divergence in private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Utrecht 2010.

⁴⁰ Roma I art. 1(2)(f). USA går derimot ut fra at rettslig handleevne er dekket av kontraktsstatuttet: US Restatement, Second, Conflict of Laws, § 198; se også Scoles, Hays et al., cit., § 18.2. England henviser også til kontraktsstatuttet, men slik at dens begrensninger til rettslige handleevne kommer i tillegg til reguleringen som finnes i selskapsstatuttet: se Collins, cit., §§ 30-021 ff.

