

Cathrine Bjoland

**AKSJONÆRAVTALER OG SELSKAPSRETTLIGE
IMPLIKASJONER: LOVVALG OG VOLDGIFT**

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Presentasjon av tema for avhandlingen | 1 |
| 1.2 | Avhandlingens rettskildebruk og metode | 3 |
| 1.3 | Prosjekttilknytning | 6 |
| 1.4 | Oversikt over den videre fremstillingen | 6 |
| <u>2</u> | <u>VOLDGIFT SOM ALTERNATIV FORM FOR TVISTELØSNING I INTERNASJONALE FORHOLD</u> | <u>8</u> |
| 2.1 | Internasjonal voldgift | 8 |
| 2.1.1 | Hensynet til harmonisering og forutberegnelighet | 10 |
| 2.1.2 | Unntak fra utgangspunktet om at voldgiftsdommer er endelige | 12 |
| 2.1.3 | Begrenset prøvelsesrett for de ordinære domstoler | 13 |
| 2.1.4 | Nærmere om ordre public-reservasjonen | 16 |
| <u>3</u> | <u>LOVVALGSREGLENE I NORSK INTERNASJONAL SELSKAPSRETT</u> | <u>23</u> |
| 3.1 | Generelt om lovvalsregler | 23 |
| 3.1.1 | Hensynet til forutberegnelighet og rettsenhet | 25 |
| 3.2 | Særlig om lovvalsreglene i norsk internasjonal selskapsrett | 25 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 3.2.1 | Hovedsetet eller stiftelsesstedet som tilknytningsfaktor? | 27 |
| 3.3 | Avsluttende bemerkninger og veien videre | 34 |
| 4 | <u>VOLDGIFTSRETTENS DOMSMYNDIGHET – LOVVALG OG RETTSVIRKNINGER</u> | 35 |
| 4.1 | Innledning | 35 |
| 4.2 | Manglende rettslig handleevne til å inngå avtale om voldgiftsbehandling | 36 |
| 4.2.1 | Vurderingstemaet | 36 |
| 4.2.2 | Lovvalget i norsk rett | 37 |
| 4.2.3 | Nærmere om innholdet i de norske bestemmelsene | 38 |
| 4.2.4 | Avslutningsvis. Anvendelse av partenes lovvalg kan medføre at voldgiftsdommen blir uvirksom | 41 |
| 4.3 | Ugyldig voldgiftsavtale | 42 |
| 4.3.1 | Lovvalg for voldgiftsavtalen – prinsippet om ”separability” | 43 |
| 4.3.2 | Selskapsstatuttets regler kan få innvirkning for gyldigheten av voldgiftsklausulen også når den ikke er den anvendbare retten | 47 |
| 4.3.3 | Avsluttende betraktninger | 48 |
| 5 | <u>SELSKAPSRETTENS INNVIRKNING PÅ GYLDIGHETEN OG FULLBYRDELSEN AV VOLDGIFTSDOMMER VED BRUK AV ORDRE PUBLIC-RESERVASJONEN</u> | 50 |
| 5.1 | Innledning og faktiske forutsetninger | 50 |
| 5.1.1 | Innledende om selskapsrettslige hensyn i en ordre public-vurdering | 50 |
| 5.1.2 | Faktiske forutsetninger i ordre public-vurderingen | 50 |
| 5.1.3 | Betydningen av at det er fullbyrdelse av erstatningskrav for brudd på aksjonæravtalen som behandles | 53 |
| 5.1.4 | Veien videre | 58 |
| 5.2 | Erstatning for brudd på aksjonæravtale som fratrar aksjonærene grunnleggende rettigheter vedrørende deltakelse på generalforsamling | 60 |
| 5.2.1 | Innledning | 60 |
| 5.2.2 | Krav til innkalling til generalforsamling i henhold til norsk rett | 61 |

| | | |
|------------|---|------------|
| 5.2.3 | Manglende innkalling kan føre til bortfall av aksjonærenes møterett | 62 |
| 5.2.4 | Tap av retten til å utøve stemmeretten | 65 |
| 5.2.5 | De konkrete forholdene avgjør spørsmålet om ordre public-strid | 66 |
| 5.2.6 | Avsluttende bemerkninger | 69 |
| 5.3 | Erstatning for brudd på aksjonæravtale som strider mot vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger | 70 |
| 5.3.1 | Innledning | 70 |
| 5.3.2 | Lovgrunnen for å åpne for stemmerettsbegrensninger i vedtektene | 71 |
| 5.3.3 | Domstolens vern av vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger | 73 |
| 5.3.4 | Momenter til bruk i en ordre public-vurdering | 78 |
| 5.3.5 | Avsluttende bemerkninger | 80 |
| 5.4 | Erstatning for brudd på aksjonæravtale som forplikter styremedlem til å sørge for nedsettelse av aksjekapitalen | 80 |
| 5.4.1 | Innledning | 80 |
| 5.4.2 | Skranke i norsk rett for å foreta en utdeling ved nedsettelse av aksjekapitalen | 81 |
| 5.4.3 | Hensynet til vern om selskapskapitalen | 83 |
| 5.4.4 | Hensynenes stilling i en ordre public-vurdering | 90 |
| 5.4.5 | Avsluttende betraktninger | 91 |
| 5.5 | Fravikelse av aksjonærenes fortrinnsrett ved kapitalforhøyelse – erstatning for brudd på aksjonæravtale som kunne medført misbruk av aksjemajoritetens myndighet | 93 |
| 5.5.1 | Innledning | 93 |
| 5.5.2 | Lovens krav ved forhøyelse av aksjekapitalen | 94 |
| 5.5.3 | Hensyn som søkes ivaretatt i aksjelovgivningen | 95 |
| 5.5.4 | Er det rom for anvendelse av ordre public-reservasjonen? | 100 |
| 5.5.5 | Avsluttende bemerkninger | 106 |
| 6 | <u>KONKLUSJON</u> | 108 |
| 7 | <u>KILDEHENVISNINGER</u> | 113 |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema for avhandlingen

Temaet for denne avhandlingen er hvordan partsautonomien i internasjonal voldgift begrenses av selskapsrettslige implikasjoner. En tvist er internasjonal når et rettsforhold har tilknytning til flere land. Særegent ved behandlingen av slike tvister er at det må avklares hvilket lands rett som vil komme til anvendelse ved løsningen av de ulike spørsmålene saken reiser. Dette er spørsmålet om hvilket lovvalg som skal legges til grunn.¹ Hvert land har sin egen internasjonale privatrett, og det er lovvalgsreglene i det aktuelle landet som avgjør lovvalget. Avhandlingen er skrevet ut ifra et norsk perspektiv, og det er følgelig norsk internasjonal privatrett, herunder selskapsrett, som legges til grunn.

Lovvalgsreglene gjelder for behandling i de ordinære domstolene så vel som i voldgift. Oppmerksomheten her er konsentrert om tvisteløsning ved voldgiftsbehandling. Her står partenes vilje gjennomgående meget sterkt. Det er en følge av det underliggende prinsippet om at voldgift er en partsstyrt prosess. Partene kan sies å ha større kontroll over utfallet av tvisten, ved at de har en større innvirkning på behandlingen av den. Den vidtgående

¹ I engelsk terminologi er dette spørsmålet om "choice of law". I norsk juridisk litteratur brukes tidvis også "rettsvalg" om denne øvelsen. Se blant annet Thue (2002), som anser "lovvalg" som en for snever oversettelse av choice of law, da utpekelsen av retten i et annet land ikke bare viser til lovreglene der, men hele rettssystemet. I forarbeidene til voldgiftsloven omtales vurderingen som et lovvalgsspørsmål, se eksempelvis Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 66. Det samme gjøres i juridisk litteratur. Se blant annet Lundgaard (2000) s. 19, Woxholth (1993) s. 580, *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 256. og *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) s. 199. Jeg vil i det følgende legge den samme tilnærmingen til grunn, og avklaringen av hvilken rett som skal regulere spørsmålet vil derfor bli omtalt som lovvalg, og reglene som avgjør dette som lovvalgsregler. Det presiseres at det er rettssystemet i sin helhet på vedkommende område, og ikke bare lovgivningen i landet, det vises til.

friheten for partene reiser derfor særlige problemstillinger, både for voldgiftsretten selv og for de ordinære domstolene i forbindelse med en eventuell etterfølgende behandling. Tilsynelatende kan partene med enkelthet omgå nasjonale regler ved å avtale tvisteløsning i voldgift i stedet for de nasjonale domstoler. Det er derfor også mekanismer som begrenser partenes selvstyre i internasjonal voldgift. Den ytterste konsekvensen av at partene og/eller voldgiftsretten ikke tar høyde for disse begrensningene, er at avgjørelsen blir uvirksom i etterkant.² Dette kan skje dersom den tapende parten angriper voldgiftsdommen med søksmål om ugyldighet, eller ved at de ordinære domstolene nekter å anerkjenne og fullbyrde den ved en behandling av krav om tvangsfullbyrdelse. Dersom partene og voldgiftsretten ikke er klar over, eller ignorerer, begrensninger på partsautonomien i voldgiftsbehandlingen, kan det således åpne for at partene kan trenere saken. Det sentrale formålet for voldgift som en rask og effektiv avklaring av tvisten vil da i stor grad bli svekket. Et mer overordnet siktemål er hensynet til å sikre voldgift som en respektert og trygg arena for tvisteløsning. Dersom partene enkelt kan komme seg unna de relevante rettsreglene og prinsippene, kan behandling i voldgift oppfattes som et "fristed" for partene, på bekostning av regler og rettsprinsipper i de landene som tvisten har sterk tilknytning til.

Denne avhandlingen vil søke å belyse selskapsrettslige implikasjoner som begrenser partsautonomien i internasjonal voldgift. Det vil bli tatt utgangspunkt i aksjonæravtaler i aksjeselskap, som etter sitt innhold vil medføre brudd på sentrale reguleringer i

² I juridisk litteratur blir tidvis rettsvirkningene om at voldgiftsdommen blir ugyldig eller nektet anerkjent og fullbyrdet i fellesskap bli omtalt som "uvirksom", se blant annet Moss, LoR (2009) s. 367. Dette vil bli lagt til grunn også her. Det motsatte resultatet, at dommen blir ansett å være gyldig eller blir anerkjent og tvangsfullbyrdet, vil tidvis bli omtalt som "virksom".

aksjelovgivningen.³ En slik undersøkelse favner over flere rettsområder. Både internasjonal privatrett, aksjeselskapsrett og, til en viss grad, kontraktsrett, vil bli behandlet.⁴

1.2 Avhandlingens rettskildebruk og metode

Temaet for avhandlingen, med sitt internasjonale perspektiv, gjør at rettskildeforankringen blir noe spesiell. Det vil derfor gis noen bemerkninger til denne innledningsvis. Som nevnt ovenfor, er avhandlingen skrevet ut fra et norsk perspektiv. Det er med det rettsstilstanden i norsk internasjonal privatrett og selskapsrett som vil bli undersøkt. Det medfører at det er de norske lovvalgsreglene på de aktuelle rettsområdene, så vel som grunnlagene for å sette voldgiftsavgjørelsen til side eller nekte å anerkjenne og fullbyrde den som følger av norsk rett, som vil bli behandlet.

Reglene for voldgiftsbehandling reguleres av Lov om voldgift av 14. mai 2004 nr. 25 (heretter voldgiftsloven eller vogl.). Loven er av relativt nyere dato, og inneholder de sentrale elementene i internasjonal voldgiftsbehandling.⁵ Videre gir forarbeidene til loven i stor grad et godt bilde av rettsstilstanden. Relevant rettspraksis er begrenset, og de foreliggende lovkommentarer til voldgiftsloven så vel som annen juridisk litteratur har derfor vært en verdifull rettskilde ved kartleggingen av den internasjonale privatretten.⁶ Reglene om ugyldige voldgiftsdommer er i stor grad videreført fra voldgiftslovens

³ Med "aksjonæravtale" menes her en "avtale mellom nåværende eller potensielle aksjonærer, eller mellom slike og tredjemenn, om utøvelse av aksjonærrettigheter i selskapet, og tvisteløsning mellom avtalepartene." Se for eksempel Normann (2009) side 41-42 for en lignende, men noe snevrere, definisjon.

⁴ For enkelthets skyld vil aksjeselskapsretten tidvis bli benevnt som selskapsrett. Gjennomgående vil det likevel være aksjeselskapsretten det refereres til.

⁵ Loven har fått status som "modelllov", noe som betyr at den er tilstrekkelig lik UNCITRALs forslag til utforming av nasjonal lovtekst. Se nærmere om dette i kapittel 2.1.1.

⁶ Det skal bemerkes at når det vises til artikler av Giuditta Cordero Moss har jeg valgt å innta henvisning til tidsskriftet artikkelen er publisert. Dette synes mest hensiktsmessig for leseren, da flere artikler utgitt samme år blir anvendt. Se avhandlingens del 7 om kildehenvisninger for en oversikt over de relevante forkortelsene. For øvrig vil kildehenvisningene være i henhold til de alminnelige retningslinjene.

forgjenger, Lov om rettergangsmåten for tvistemål (heretter tvml.) kapittel 32, og da særlig §§ 467 og 468. Eldre litteratur og praksis fra er derfor fortsatt relevant ved tolkningen av voldgiftsloven.⁷ Hva gjelder de bestemmelsene som denne avhandlingen konsentrerer seg om, er det imidlertid lite å hente fra rettspraksis.⁸

Selskapsrettslige lovvalgsregler er ikke lovfestet i norsk rett. Hvilke regler som skal legges til grunn for å fastslå lovvalget er heller ikke i særlig grad behandlet for de norske domstolene, og rettstilstanden de lege lata er ikke avklart. Det vil derfor i kapittel 3.2 bli foretatt en vurdering de lege ferenda. Spørsmålet er viet en del oppmerksomhet i juridisk litteratur. Argumenter derfra har derfor blitt benyttet i større utstrekning enn rettskildedefaktoren tradisjonelt skulle tilsi. I tillegg vil internasjonal praksis spille en sentral rolle i behandling av spørsmålet. Også når det gjelder spørsmålet om selskapsrettens innvirkning på voldgiftsrettens domsmyndighet er det lite rettskildemateriale i norsk rett. Dette blir behandlet i avhandlingens del 4. Spørsmålene har i noen grad vært behandlet i norsk juridisk teori, men ut over det er det lite føringer å hente fra norske rettskilder. En sentral plass vil derfor bli gitt til internasjonale avgjørelser og litteratur. Reglene er ikke harmonisert landene imellom, og hvert land har hver sin internasjonale privatrett. Likevel bygger de mye på de samme utgangspunktene og prinsippene, og rettspraksis og teori fra andre rettssystemer er derfor relevant i kartleggingen av innholdet i norsk internasjonal privatrett. Kildematerialet er hovedsakelig hentet fra juridisk litteratur og databaser, og da særlig Kluwer Arbitration⁹ og UNCITRALs hjemmesider.¹⁰ Enkelte avgjørelser har ikke vært tilgjengelige, og det er da vist til litteratur om relevante avgjørelser i stedet for den aktuelle avgjørelsen.

⁷ Jfr. NOU 2001:33 s. 149. Når det gjelder ordre public-reservasjonen, som er særlig relevant i denne avhandlingen, har imidlertid dens forgjenger, tvml § 467 nr. 4 "[...] neppe satt spor etter seg i praksis."

⁸ Lovutvalget skriver om forgjengeren til ordre public-reservasjonen vedrørende ugyldighet, tvml § 467 nr. 4, at den "[...] ikke har satt spor etter seg i rettspraksis."

⁹ Jfr. <http://www.kluwerarbitration.com/default.aspx>.

¹⁰ Jfr. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>.

I avhandlingens del 5, om det nærmere innholdet i ordre public-reservasjonen fra et selskapsrettslig perspektiv, har det blitt foretatt et omfattende rettskildesøk i norske så vel som i utenlandske databaser. Rettskildesøket har vist at selskapsrettslige implikasjoner bare i meget begrenset grad er blitt behandlet, både av domstolene og i litteraturen.

Vurderingene er derfor i stor grad basert på de lege ferenda-betraktninger. Det er tolkningen av den norske ordre public-reservasjonen som begrenser partsautonomien i saker som behandles i Norge, og som er relevant for denne avhandlingen. En naturlig følge av det, er at det har vært mest formålstjenlig å se på norske rettskilder for å fastslå hva som anses som grunnleggende hensyn i vår rettsorden. Det er da særlig Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (heretter asl.) og forarbeider, rettspraksis og litteratur i tilknytning til denne som blir anvendt. Også praksis fra de tidligere aksjelovene er relevant på en del punkter.¹¹ I denne delen av avhandlingen er det imidlertid liten utstrekning anvendt internasjonale rettskilder. En hovedsaklig bruk av norske tradisjonelle rettskilder på dette punktet må imidlertid ikke forstås dit hen at internasjonal praksis ikke er relevant: En rekke av hensynene som søkes ivaretatt i norsk rett er ikke særnorske, og andre lands praktisering av sin mulighet for beskyttelse gjennom ordre public-reservasjonen vil være verdifullt å se hen til. Liten bruk av utenlandsk rett synes heller å være et utslag av at det også i andre land er relativt lite rettskildemateriale i spørsmålet om hvordan selskapsretten får betydning for ordre public-reservasjonen.

Som ledd i undersøkelsene vil det bli tatt i bruk tenkte eksempler. Formålet med disse eksemplene er først og fremst å anvende dem som et middel til å få frem problemstillingen, ikke nødvendigvis å konkludere i den situasjonen som blir beskrevet. Drøftelsene beror ofte på en rekke omstendigheter, og eksemplene er søkt å være en hensiktsmessig måte å bringe leseren raskt inn i kjernen av problemstillingene. Særlig gjelder dette i avhandlingens del 5 som tar for seg ordre public-reservasjonen.

Det ikke brudd på de materielle selskapsrettslige reglene i seg selv som vil være avgjørende for om voldgiftsavgjørelsen kan bli uvirksom. Det vil derfor falle utenfor problemstillingen

¹¹ Jfr. Andenæs (2006) s. 4 og 8.

å foreta en inngående tolkning av de selskapsrettslige reglene som anvendes som ledd i undersøkelsene. Det er de bakenforliggende hensynene reglene skal beskytte, som er det sentrale.

1.3 Prosjekttilknytning

Avhandlingen er en del av forskningsprosjektet ”Choice of Law Clauses and their Limitations” ved institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo.¹² Prosjektets formål er å kartlegge rekkevidden av partenes autonomi i internasjonale forhold som ikke er rent kontraktsrettslige. Avhandlingen er blant de første i rekken av flere, som vil ta for seg ulike rettsområder og hvilke begrensninger disse kan få på partsautonomien. Som et ledd i prosjektet har det vært organisert to seminarer hvor blant annet de selskapsrettslige implikasjonene har vært tema.¹³ Blant deltakerne har det blant annet vært internasjonale aktører med særlig kompetanse innen voldgift og selskapsrett, professorer og studenter fra juridisk fakultet i Oslo, så vel som advokater fra prosjektets partnere og bidragsytere. I de tilfellene hvor det rettskildemessige grunnlaget er hentet fra informasjon fra seminarene, er dette blitt eksplisitt vist til.

1.4 Oversikt over den videre fremstillingen

Innledningsvis i del 2 vil det bli gitt en oversikt over voldgiftsinstituttet. I lys av avhandlingens formål vil det føre for langt å gå i detalj i lovreguleringene og forholdene rundt selve voldgiftsbehandlingen. I noen grad er det derfor bare vist til relevante lovbestemmelser og litteratur.

I avhandlingens del 3 er lovvalgsreglene i norsk internasjonal selskapsrett viet særlig oppmerksomhet. Som det vil fremgå, er ikke partenes lovvalg relevant i de selskapsrettslige spørsmålene. Rettstilstanden når det gjelder fastleggelsen av lovvalget på rettsområdet ikke avklart for norsk retts vedkommende. Det er derfor også gått noe i dybden på andre rettssystemers praktisering av selskapsrettslige lovvalgsregler.

¹² For nærmere informasjon, se <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/index.html>.

¹³ For nærmere informasjon, se <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/events/>.

I del 4 og 5 vil konsekvensene av feil lovvalg i voldgiftsbehandlingen bli undersøkt. Det vil bli sett på ulike grunnlag som de ordinære domstolene har til å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom ved en eventuell domstolsbehandling. I noen tilfeller kan de ordinære domstolene foreta en selvstendig prøving av lovvalget. Feil som følge av lovvalget i voldgiftsrettens behandling, kan da føre til at avgjørelsen blir uvirksom. I denne forbindelse vil det bli sett på to grunnlag for hvordan feil lovvalg kan få direkte betydning for dommens virksomhet; lovvalgsreglene for vurdering av selskapers representanters rettslige handleevne til å avtale tvisteløsning ved voldgift på vegne av selskapet, og lovvalgsreglene for vurdering av selve voldgiftsavtalens gyldighet. Videre kan avgjørelsen bli uvirksom fordi dens resultat strider mot fundamentale hensyn i vår rettsorden, den såkalte ordre public-regelen. Denne oppstiller skranker for innholdet av voldgiftsavgjørelsen. Voldgiftsrettens behandling av tvisten, deriblant det foretatte lovvalget, kan ha ført til et resultat som den etterfølgende domstolen finner vil stride mot den grunnleggende rettsfølelsen i domstollandet. Ordre public-reservasjonen er da en sikkerhetsventil for statene for å kjenne voldgiftsavgjørelsen ugyldig eller å nekte å anerkjenne og fullbyrde den. Avhandlingen vil undersøke hvilke selskapsrettslige hensyn som kan gjøre seg gjeldende i en ordre public-vurdering. Også dette vil bli gjort et norsk perspektiv, og det er følgelig en behandling for de norske ordinære domstoler som legges til grunn.

Andre implikasjoner enn de aksjeselskapsrettslige vil falle utenfor oppgavens problemstilling, og vil derfor ikke bli behandlet. Dette gjelder også den avtalerettslige siden av aksjonæravtaler.

Avhandlingens konklusjon følger i del 6. Det vil her gis en sammenfatning av hovedpunktene som er kommet frem gjennom undersøkelsene i avhandlingen.

2 Voldgift som alternativ form for tvisteløsning i internasjonale forhold

2.1 Internasjonal voldgift

Voldgift er en alternativ form for tvisteløsning til de ordinære domstolene. I norsk rett reguleres voldgiftsbehandling av voldgiftsloven. Av lovens forarbeider fremgår at voldgift skal være "[...] en direkte konkurrent til tvisteløsning i offentlig regi ved domstolene, og innebærer en privatisering av samfunnets rettshåndhevelse."¹⁴ Voldgift har sitt utspring i det grunnleggende prinsippet om avtalefrihet; når partene i en tvist kan bli enige om en løsning seg imellom, kan de også avtale at en tredjeperson skal kunne løse tvisten med bindende virkning. Som den store hovedregel krever voldgiftsbehandling derfor partenes samtykke. En nødvendig forutsetning for at dommene som blir avsagt ved voldgiftsbehandling er et reelt alternativ til ordinær domstolsbehandling, et at de har tvangs- og rettskraft i de nasjonale rettsystemene.¹⁵ Voldgiftsdommer kan i tråd med dette i utgangspunktet ikke ankes med mindre partene avtaler dette.

En sentral begrunnelse for at partene velger voldgift, er nettopp at det gir dem en rask og effektiv avgjørelsen av tvisten.¹⁶ Andre fordeler er at saken så vel som dommen er unntatt offentlighet og at partene kan styre svært mye av prosessen selv. De kan også velge

¹⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 17.

¹⁵ Det fremgår ikke uttrykkelig av voldgiftsloven at voldgiftsdommen har rettskraftsvirkning, men det er uomtvistet at så er tilfelle. Det er underforstått i loven, og det legges gjennomgående til grunn i forarbeidene. Se for eksempel Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s. 66; "en voldgiftsdom har samme rettskraft som en dom avsagt av de alminnelige domstoler".

¹⁶ Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 14-15.

dommerpanelet, noe som kan være en stor fordel i saker som eksempelvis krever kunnskap på spesielle fagfelt. Det at det er en partsstyrt prosess preger også voldgiftsloven; det følger av vogl § 2 at loven i det vesentlige er deklarasjonsrett og står tilbake for partenes avtale med mindre annet fremgår av loven. Det gjør at voldgift kan fravike fra behandlingsmåten i de ordinære domstolene i ganske stor grad. I saker som ikke bare har tilknytning til ett land, er det videre en stor fordel at man kan sikre nøytralitet i tvisteløsningen, ved at voldgiftsdomstolen løsrives fra et lands nasjonale domstoler og rettssystem til fordel for andre regler og en annen geografisk plassering. Dette kan bidra til å skape tillitt til at domstolen er nøytral, og at partene stiller mer på likefot. På grunn av de omfattende forskjellene fra ordinær domstolsbehandling er det nødvendig å begrense hvilken type saker som kan behandles ved voldgift. Bare saker partene har ”fri rådighet” over kan voldgis, jfr. vogl. § 9.¹⁷

Den vide selvbestemmelsesretten som er gitt partene er med på å skape et inntrykk av at de står fullstendig fritt i tilretteleggingen og innholdet av voldgiftsrettens behandling av tvisten. Så er imidlertid ikke tilfelle, da domstolen må forholde seg til den internasjonale privatretten i det landet den har sitt sete.

Til forskjell fra dommer avsagt av de ordinære domstolene har voldgiftsdommer i internasjonale forhold tvangs- og rettskraft over store deler av verden, jfr. New York-konvensjonen 10. juni 1958 om anerkjennelse og fullbyrding av voldgiftsavgjørelser.¹⁸ Norge tiltrådte konvensjonen ved kgl. res. 9. des. 1960, og gjennom denne er Norge folkerettslig forpliktet til å anerkjenne og fullbyrde voldgiftsavgjørelser fra alle landene

¹⁷ Vilkåret har samme ordlyd som i den alminnelige prosessretten, og er ment å ha samme meningsinnhold. Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 33, hvor det legges det til grunn at hvilke saker som kan behandles i voldgift i utgangspunktet må vurderes på lik linje med skillet mellom dispositive og indispositive saker i norsk prosessrett. Vurderingen er til en viss grad relativ, og ”[s]pørsmålet beror på en tolkning av de aktuelle rettsreglene i lys av reglens formål, særlig om det knytter seg offentlige interesser til dem”. Se også *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) s. 77-83.

¹⁸ Original tittel: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 (heretter “New York-konvensjonen”).

som har tiltrådt konvensjonen. For å sikre effektiviteten av voldgiftsinstituttet er det helt sentralt at det er tilnærmet ”fri flyt” av voldgiftsdommer på tvers av landegrensene, og dommene skal legges opprøvd til grunn med mindre partene selv bringer saken inn for de ordinære domstolene. For norsk retts vedkommende reguleres anerkjennelse og fullbyrdelse direkte av voldgiftsloven kapittel 10. Det følger av § 45 at anerkjennelse og fullbyrdelse skal skje for voldgiftsavgjørelser avsagt i alle land, og det gjelder uavhengig av om det aktuelle voldgiftslandet har tiltrådt konvensjonen og uten noe krav om gjensidighet.

2.1.1 Hensynet til harmonisering og forutberegnelighet

For å fremme voldgift som tvisteløsningsmåte i internasjonale forhold er det helt grunnleggende at det legges til rette for en samordnet praktisering av både voldgiftsbehandlingen og de ordinære domstolenes etterfølgende behandling av voldgiftsavgjørelsen. En ensartet regulering bidrar til at voldgiftsrettens avgjørelse med størst mulig grad av sikkerhet kan legges til grunn som en rettskraftig dom, uansett hvor den er avsagt. Det skaper trygghet for partene ved at de kan innrette seg etter voldgiftsbehandlingen i visshet om at dommen ikke kan angripes i etterkant, og at den ikke vil bli nektet tvangsfullbyrdet dersom det skulle bli nødvendig.¹⁹ Som et ledd i dette er UNCITRAL Model Law (”modelloven”) utarbeidet som et forslag til utforming av de ulike statenes voldgiftslover.²⁰ Modelloven har ingen rettslig status og er kun ment å være et mønster for hvordan landene kan utforme loven i sine rettssystemer. Formålet med modelloven er å få en så ensartet regulering av internasjonal kommersiell voldgift som mulig i samsvar med reglene i New York-konvensjonen.²¹ Modelloven er heldekkende, og regulerer med det både behandlingen i voldgift så vel som domstolenes eventuelle

¹⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 75.

²⁰ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law in International Commercial Arbitration 1985 With Amendments as adopted in 2006.

²¹ Jfr. General Assembly Resolution 40/72 (11 December 1985) og General Assembly Resolution 61/33 (4 December 2006) som er gjengitt i modelloven – explanatory note vii og viii.

befatning med saken i etterkant, herunder voldgiftsdommers gyldighet og fullbyrdelse. I en resolusjon vedtatt av FNs generalforsamling 11. desember 1985 oppfordres alle medlemslandene til å ta modelloven i betraktning for å oppnå internasjonal rettsenhet. Det vil i sin tur forenkle forholdene i internasjonal handel.²² En rekke land har utarbeidet sine lover i nær sammenheng med modelloven. Over 60 av disse landene, herunder Norge, er så tilnærmet like modelloven at de har fått status som modellovland.²³ Andre land, herunder Sverige, fraviker modelloven på noen sentrale punkter, og har brukt den mer som inspirasjon.²⁴

New York-konvensjonen og modelloven har ikke egne håndhevingsorganer, og det er de nasjonale domstolene som er rettsanvenderne. For å oppnå formålet om å fremme voldgift som et tvisteløsningsalternativ i internasjonale tvister, er det sentralt at disse regelverkene gis en noenlunde lik forståelse i de forskjellige landene. En mest mulig ensartet tolkning oppnås ved å se hen til landenes praktisering av reglene. Når det blir lagt til grunn en relativt lik regulering av den etterfølgende behandlingen av voldgiftsdommer, vil man oppnå forutberegnelighet for aktører i internasjonale forhold, uavhengig av hvilket land de opererer i. Det vil også føre til at voldgiftsretten lettere kan ta hensyn til, og innrette seg etter, de relevante nasjonale lovgivningene og praktiseringene av grunnlagene for at avgjørelsen kan bli uvirksom. En positiv følge av det, er at det vil være mindre behov for landene å kjenne voldgiftsavgjørelsen ugyldig eller nekte tvangsfullbyrdelse dersom de får den forelagt seg. Klare forhold her minsker igjen partenes muligheter til å trenere saken.

²² Se Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s. 19 med videre henvisning til resolusjon (40/72).

²³ Ifølge UNCITRALs uoffisielle oversikt over land som har status som modellovland er det pr. 16.06.2010 i overkant av 60 land:

UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Norge fikk slik status i forbindelse med ikrafttreddelsen av voldgiftsloven i 2004.

²⁴ Herunder England og Sverige. For Sveriges vedkommende fremgår dette i forarbeidene til Lag om skiljeförfarande prop. 1998/99:35 s. 44.

2.1.2 Unntak fra utgangspunktet om at voldgiftsdommer er endelige

Som følge av de virkningene voldgiftsavgjørelser fører med seg, har statene avstått en vesentlig del av sin eksklusive rett til å avsi dom med rettskraftig virkning. Det er derfor gitt noen få, uttømmende, grunnlag for at domstolene kan motsette seg dommen. En forutsetning er at voldgiftsavgjørelsen bringes inn for de ordinære domstolene. Det er to ulike grunnlag for det. For det første ved at den misfornøyde parten angriper dommen ved ugyldighetssøksmål. Et slikt søksmål anlegges for domstolene i det landet hvor voldgiftsretten hadde sitt sete. Dersom en voldgiftsdom blir kjent ugyldig vil dette som regel være til hinder for å fullbyrde avgjørelsen i andre land. For det andre kan saken bringes inn for de nasjonale domstolene med krav om tvangsfullbyrdelse dersom den tapende part ikke oppfyller sine forpliktelser i henhold til voldgiftsdommen. Slikt krav kan fremmes i alle land hvor den tapende part har midler.²⁵ Ugyldighetssøksmål reguleres i vogl. § 43, som er utformet i lys av modelloven art. 34.²⁶ Nektelse av anerkjennelse og fullbyrdelse er regulert i vogl. § 46, som har sin bakgrunn i modelloven art. 36.²⁷

Modelloven er i sin tur utformet i tråd med New York-konvensjonen art. V vedrørende fullbyrdelse.²⁸ Ugyldighetsgrunnene og grunnlag for å nekte fullbyrdelse er uttømmende angitt i både voldgiftsloven, New York-konvensjonen og modelloven. En slik uttømmende regulering fremmer forutberegneligheten for partene og gjør det tryggere for dem å innrette seg etter en avgjørelse i tillitt til at den vil bli stående.

I vogl. §§ 43/46 første ledd så vel som i de internasjonale reguleringene, blir det i hovedsak sett hen til om avgjørelsen skal kjennes uvirksom ut ifra partenes forhold: Avgjørelsen kan bli uvirksom dersom den inneholder svært graverende materielle eller prosessuelle mangler slik at det ikke er rett overfor partene å la den bli stående. Det blir reflektert ved at partene må påberope seg disse grunnlagene for at de skal komme til anvendelse. Annet ledd er i

²⁵ Forutsatt at landet har tiltrådt New York-konvensjonen eller at slik adgang følger av landets nasjonale regulering på dette punktet.

²⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 75.

²⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-3004) s. 78.

²⁸ Jfr. Modelloven explanatory note s. 36.

større grad begrunnet i hensynet til staten og ivaretagelsen av grunnleggende hensyn i samfunnet som man ønsker å ivareta. En vesentlig del av statenes kompetanse er overlatt til andre ved at private organer kan avsi rettskraftige avgjørelser som gir et selvstendig tvangsgrunnlag. I lys av de omfattende virkningene voldgiftsavgjørelser har, må det være en viss adgang til å sette dem til side eller nekte å anerkjenne og fullbyrde dem. Staten kan videre ha en aktiv rolle ved effektiviseringen; fullbyrdelse i Norge skal etter vogl. § 45 tredje ledd gjøres etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven. Det ligger i dette at partene kan kreve dommen tvangsfullbyrdet med bistand fra offentlige organer. Nettopp denne direkte sammenhengen mellom privat tvisteløsning og offentlig iverksatt tvangsgjennomføring gjør det nødvendig med en viss adgang for det offentlige til å påse at grunnleggende rettssikkerhetsbetraktninger har blitt ivaretatt i voldgiftsbehandlingen.²⁹ Grunnlagene i annet ledd skal i tråd med dette prøves ex officio.

2.1.3 Begrenset prøvesrett for de ordinære domstoler

De ordinære domstolene skal ikke være en ankeinstans, og adgangen til å overprøve voldgiftsrettens avgjørelser er derfor meget begrenset. EU-domstolen³⁰ har treffende uttalt seg om begrunnelsen for en snever adgang til overprøving: “[I]t is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognize an award should be possible only in exceptional circumstances.”³¹ Prøvesretten er i tråd med dette en avveining mellom formålet om å fremme voldgift som institutt, og statens behov for å ivareta grunnleggende rettssikkerhetsbetraktninger i samfunnet.³²

²⁹ Se blant annet Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 75.

³⁰ Ved ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten om endringer av traktat om Den europeiske union og traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap (Lisboa-traktaten) 1. desember 2009 skiftet EF-domstolen navn til EU-domstolen. Domstolen ble med det en egen juridisk person. Av hensyn til en enkel fremstilling vil jeg vil i det følgende legge dagens navn til grunn, også i de tilfellene hvor saken stammer fra tidspunktet før endringen.

³¹ Jfr. Sak C-126/97 Eco Swiss ChinaTime Ltd mot Benetton Int'l NV premiss (35).

³² Se NOU 2001:33 s. 100.

Disse betraktningene har gitt seg utslag i voldgiftslovens reguleringer. Ifølge vogl. § 6 kan domstolene bare behandle og treffe avgjørelse om voldgiftsdommen ”der det følger av loven [voldgiftsloven] her”. Det er bare kapittel 9 om ugyldighet og kapittel 10 om anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse som åpner for det. Det følger av lovens ordlyd og forarbeider i de relevante bestemmelsene, §§ 43 og 46 at grunnlagene som er angitt her er uttømmende.³³ New York-konvensjonen og modelloven er også uttømmende regulert, det følger her direkte av ordlyden.³⁴ I realiteten betyr dette at det er en svært begrenset prøvingsrett. Felles for grunnlagene er at en av partene må ha brakt saken inn for de ordinære domstolene for at unntakene i det hele tatt skal kunne vurderes.

I forbindelse med avtaler med selskapsrettslige implikasjoner er det særlig tre grunnlag som vil være relevante å gå inn på i de tilfellene hvor de ordinære domstolene får saken forelagt seg. Disse er regulert i vogl. §§ 43/46 første ledd litra a og annet ledd litra b.

For det første vil det være tilfeller hvor parten manglet rettslig handleevne til å inngå avtale om voldgift, jfr. §§ 43/46 første ledd litra a første alternativ. For selskapers del omfatter det både spørsmålet om selskapet er en selvstendig juridisk person og at representanten hadde adgang til å opptre på vegne av selskapet for å inngå avtale om voldgift. For det andre kan den ordinære domstolens vurdering av voldgiftsavtalens gyldighet få betydning, jfr. den nevnte bestemmelsens 2. alternativ. Både rettslig handleevne og gyldig voldgiftsavtale er forutsetninger for at voldgiftsretten skal ha kompetanse til å avsi dom i saken. Det vil bli vist at voldgiftsrettens lovvalg og vurdering på disse punktene kan få avgjørende betydning ved en etterfølgende domstolsbehandling. For det tredje er det en fare for at voldgiftsdommer blir uvirksomme på grunn av ordre public-reservasjonen, jfr. vogl. §§ 43/46 annet ledd litra b. Det kan skje dersom resultatet i avgjørelsen strider mot ordre public i det landet den ordinære domstolen sitter i. Her vil det altså ikke være selve

³³ Se blant annet Ot.prp. nr.27 (2003-2004) s. 75, 110 og 113.

³⁴ Se også modelloven – explanatory note (2006) s. 35.

behandlingen i voldgiftsretten som er det sentrale, men hvordan voldgiftsavgjørelsens virkninger vil oppleves i landet avgjørelsen vil bli virksam i.

2.1.3.1 De ordinære domstolene kan verken overprøve rettsanvendelsen eller bevisbedømmelsen

Spørsmålet blir så hvor langt domstolene kan og skal gå i sin behandling av voldgiftsavgjørelsen. Voldgiftsloven gir ikke rettslig grunnlag for at de ordinære domstolene kan foreta en ny prøving av saken. Uten hjemmel følger det av vogl. § 6 at domstolene er avskåret fra å gjøre dette.³⁵ En slik forståelse bekreftes i forarbeidene, hvor det presiseres at dette gjelder både i forhold til rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.³⁶ En generell overprøving ville ha ført til at behandling i voldgift ikke var en endelig avgjørelse, slik den er forutsatt å være, men kun et første steg på veien for å løse tvisten.

Dette er også en sikker tolkning i henhold til New York-konvensjonen og modelloven. Illustrerende for dette er avgjørelse avsagt av de sveitsiske domstoler vedrørende New York-konvensjonen. Uttalelsen retter seg direkte mot art. V (2) (b) om ordre public. Det sies her at "[t]he appellant forgets that the enforcement court does not decide on the arbitral award as an appellate instance; the merits of the award cannot be reviewed under the cover of public policy".³⁷ Dette er også klart i internasjonal juridisk litteratur. Det fremholdes blant annet her at "[...] the court before which the enforcement of a Convention award is sought, may not review the merits of the award because a mistake in fact or law by the arbitral tribunal is not included in the list of grounds for refusal enumerated in Art. V. This

³⁵ Se også *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) s. 53 og *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 109.

³⁶ Se NOU 2001:33 s. 147 (kommentar til § 8-1 [§ 43]): "Domstolene kan ikke sette en voldgiftsdom til side etter en materiell overprøving". Se også s. 98. For norsk retts vedkommende reflekterer det den tradisjonelle oppfatningen også før voldgiftsloven trådte i kraft. Se blant annet Mæland (1988) s. 189: note 1 for videre henvisning til Eckhoff 1977 s. 28: "Noe upresist blir det uttalt at man kan ikke få prøvet en voldgiftsdoms riktighet, kun dens gyldighet".

³⁷ *Inter Maritime Mgt SA v. Russin & Vecchi*.

feature too is generally accepted by the courts.”³⁸ Feil lovvalg eller annen rettsanvendelsesfeil kan altså ikke utgjøre en uvirksomhetsgrunn i seg selv. Domstolen skal kun gå inn i voldgiftsrettens avgjørelse i den utstrekning det er behov for å fastslå om det er grunnlag for å gjøre den uvirksom.³⁹

På en rekke rettsområder står hensynet til tredjeparter sentralt. Voldgiftsavgjørelser som gjennom det lovvalget som er foretatt godtar brudd på regler og prinsipper på disse områdene, kan meget vel føre til at disse hensynene blir krenket.⁴⁰ Dette er forhold som igjen kan gjøre at avgjørelsen blir uvirksom fordi resultatet strider mot ordre public. Dette gjelder blant annet på selskapsrettens område. For å komme noe nærmere hvilke begrensninger selskapsretten kan medføre på partsautonomien, er det derfor nødvendig å gå nærmere inn på innholdet i ordre public-reservasjonen.

2.1.4 Nærmere om ordre public-reservasjonen

Ordre public er en internasjonalt anerkjent reservasjon i internasjonale forhold for å beskytte eget lands fundamentale normer og verdier i internasjonale forhold. Reservasjonen er nedfelt i de fleste lands lovgivning.⁴¹ I norsk rett følger grunnlaget av vogl. §§ 43/46 annet ledd litra b. Bestemmelsene lyder:⁴²

³⁸ Jfr. van der Berg (2003) s. 650.

³⁹ Jfr. van der Berg (2003) s. 650: “The principle that a court may not subject an arbitral award to a review on the merits is not unfettered, in the sense that the court may examine the award for the purposes of verifying the grounds for refusal of enforcement, e.g., excess by the arbitral tribunal of its authority.”

⁴⁰ Se nærmere om dette Moss, *Global Jurst* (2008) s. 34 flg.

⁴¹ Jfr. Born (2009) s. 2827.

⁴² Tidligere regulering i tvistemålsloven hadde tilsvarende bestemmelse i § 467 nr. 4. Det fulgte av denne at voldgiftsavgjørelsen ville være ugyldig dersom den ”gaar ut paa noget, som strider mot lov eller ærbarhet”. Til tross for ulik ordlyd er ordre public-bestemmelsene i det vesentlige ment å videreføre bestemmelsen, jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 111: ”Bestemmelsens [§43 (2) litra b] innhold har likhetstrekk med det som følger av tvistemålsloven § 467 nr. 4 [...]”. Se også NOU 2001:33 s. 100: ”Utvalget kan ikke se at dette innebære [sic] store endringer i forhold til de grunner som etter tvistemålsloven kan føre til ugyldighet”. Det samme må gjelde anerkjennelse og fullbyrdelse. Rettskilder fra den tidligere bestemmelsen vil derfor fortsatt

”Domstolene skal av eget tiltak nekte anerkjennelse og fullbyrding av en voldgiftsdom når: [...] b) anerkjennelse eller fullbyrding [jfr. § 46; voldgiftsdommen i § 43] av voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen (ordre public).”

Ordre public-reservasjonen er ment å være en sikkerhetsventil for å kunne gripe inn i de tilfellene hvor voldgiftsdommens resultat vil være helt uforenlig med vår rettsorden.⁴³ Det er grunnleggende samfunnsinteresser som skal vernes, og vurderingen skal i tråd med det ikke være avhengig av partenes anførsler, men skal foretas ex officio av domstolen. Bestemmelsen er underlagt en dynamisk tolkning for å sikre at det er de til enhver tid gjeldende samfunnsforhold som søkes ivaretatt.⁴⁴ Den har i så måte karakter av å være en rettslig standard.

I den internasjonale privatretten er det anlagt to ulike tilnærminger til ordre public.⁴⁵ Én måte er å se på det som en reservasjon for å verne fundamentale prinsipper i domstollandet. Disse setter en grense for hvilke resultater voldgiftsavgjørelsen fører med seg som må tolereres av domstolene, dersom de får befatning med en voldgiftsavgjørelse (negativ ordre public, eller bare ordre public). En annen tilnærming er å se på det som et grunnlag for å anvende norsk rett, fordi den utenlandske bakgrunnsretten strider mot grunnleggende prinsipper.⁴⁶ Ordre public vil da påberopes som et unntak fra de alminnelige lovvalgsreglene. Det fremgår ikke uttrykkelig av loven, men i norsk rett er det førstnevnte, ”negativ ordre public”, som skal legges til grunn. Det følger blant annet av en nylig avsagt avgjørelse av Høyesterett inntatt i Rt. 2009 side 1537 (Bokhandleren i Kabul). Høyesterett

være relevant i kartleggingen av ordre public-reservasjonen i voldgiftsloven. Det skal dog bemerkes at det i NOU 2001:33 s. 149 og Ot.prp. nr 27 (2003-2004) s. 110 uttales at anvendelsesområdet i den nye bestemmelsen antas å være noe snevrere, men at det vil ha liten praktisk betydning.

⁴³ Jfr. Mæland (1988) s. 243.

⁴⁴ Jfr. Moss, *Global Jurist* (2008) s. 33 og Moss, *TfR* (2007) s. 711.

⁴⁵ Se nærmere om dette i Moss (1999) s. 138-144.

⁴⁶ Dette er i norsk internasjonal privatrett også omtalt som såkalt positiv ordre public, inngrepsnormer, internasjonalt preseptoriske regler eller direkte anvendelige regler. Se Rt. 2009 s. 1537 og Moss, *TfR* (2007) s. 702.

sondrer eksplisitt mellom ordre public-reservasjonen og direkte anvendelige regler (også kalt inngrepsnormer og internasjonalt preseptoriske regler) og begrenser ordre public til å være ”et forbehold om at den fremmede retten må vike dersom anvendelsen av fremmed rett vil føre til et resultat som strider sterkt med vår rettsfølelse.”⁴⁷ Med det ga Høyesterett sin støtte til det synet som har vært fremmet i litteraturen om at ordre public skal forbeholdes en funksjon som en skanse mot å godta resultatet som fulgte av voldgiftsrettens behandling.⁴⁸ Høyesteretts tilnærming har også fått oppslutning i ettertid.⁴⁹ I tråd med dette er det ordre public i negativ forstand som vil bli lagt til grunn i det følgende.

2.1.4.1 Vurderingstemaet

Vurderingstemaet i §§ 43/46 annet ledd litra b er angitt å være om voldgiftsdommen, eller det å anerkjenne og fullbyrde den, vil virke ”støtende på rettsorden”. Det blir ikke gått nærmere inn på hva som ligger i dette verken i disse bestemmelsene eller voldgiftsloven for øvrig. Rent språklig gir ordlyden anvisning på en vurdering av hvordan avgjørelsen vil oppfattes. I forarbeidene fremgår det at bestemmelsen skal tolkes snevert, og den er forbeholdt tilfeller hvor ”fundamentale rettsprinsipper av materiell eller prosessuell karakter er tilsidesatt.”⁵⁰ I forarbeidene følger det videre at brudd på preseptoriske bestemmelser ikke automatisk vil medføre brudd på ordre public; det krever brudd på mer overordnede normer og verdier for å kvalifisere som ordre public.⁵¹ I teorien er det blant annet oppstilt som en vurdering av om gjennomføringen av en avgjørelse etter det foretatte lovvalget er i strid med grunnleggende prinsipper i et rettssystem eller med moralske, økonomiske eller sosiale samfunnsprinsipper.⁵²

⁴⁷ Jfr. Rt. 2009 s. 1537 premiss (37).

⁴⁸ Se Moss, TfR (2007) s. 711-715 og Moss, NiP (2009) s. 20-21.

⁴⁹ Jfr. blant annet Moss, NiP (2010) s. 21-23 og Heimdal (2010) s. 71.

⁵⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 111.

⁵¹ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 111.

⁵² Jfr. Moss (1999) s. 300-301.

Om vurderingen er det treffende oppsummert i en avgjørelse avsagt av English Court of Appeal:

“Considerations of public policy can never be exhaustively defined, but they should be approached with extreme caution ... It has to be shown that there is some element of illegality or that the enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that enforcement would be wholly offensive to the ordinarily reasonable and fully informed member of the public on whose behalf the powers of the state are exercised.”⁵³

For å finne de relevante momentene i domstolenes vurdering må det klargjøres hvilket lands normer og rettsprinsipper det skal ses hen til. Vogl viser til ”rettsordenen” i bestemt form når den angir hvem avgjørelsen skal virke støtende mot og en naturlig språklig forståelse av dette tilsier at det er domstollandets egen tolkning av ordre public som skal legges til grunn. Forarbeidene viser til juridisk teori som presiser dette.⁵⁴ At utgangspunktet for vurderingen er hvordan avgjørelsen vil virke i nettopp domstollandet, kommer klarere frem både i modelloven (“[...] the public policy of *this* state” (min utheving) i art. 34 og 36) og i New York-konvensjonen (“[...] the public policy of *that country*” (min utheving)). Hvert land legger med det sin suverene forståelse av begrepet til grunn, og når saken fremmes for de norske domstolene er det altså norsk ordre public som skal vurderes. Det vil være relevant å se hen til andre lands forståelse av reservasjonen for å unngå at variasjonene i fastleggelsen av innholdet er styrende for hvilket land avgjørelsen eventuelt kreves tvangsfullbyrdet i. Det er imidlertid ikke tale om noen ”internasjonal ordre public”, og det er domstolens eget lands grunnleggende prinsipper som er det avgjørende.⁵⁵

Ordre public-regelen er på grunn av sin natur ikke presist utformet, og andre rettskilder bidrar ikke i særlig grad til å konkretisere vurderingstemaet. Verken New York-

⁵³ Jfr. Deutsche Scachtbau- und Tiefhohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah Nat'l Oil Co. (1987) sitert i Born (2009) s. 2842-2843.

⁵⁴ Se NOU 2001:33 s. 149 som viser til blant annet Moss (1999) s. 306-307. Her fremgår det at det er ordre public i det landet som domstolen tilhører. Se også Moss, TFR (2007) s. 710 og 712.

⁵⁵ Se Moss, TFR (2007) s. 714-715.

konvensjonen eller modelloven har noen nærmere klargjøring av innholdet i ordre public-reservasjonen, og ved en sammenligning med andre lands utforming av bestemmelsen ser vi at de er utformet på tilsvarende måte som den norske. Eksempelvis er vurderingstemaet i svensk rett om voldgiftsdommen er ”uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige”.⁵⁶ Også i tysk rett er unntaket svært generelt utformet: ”die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (ordre public) widerspricht.”⁵⁷ En slik åpen utforming kan føre til at de nasjonale domstolene anlegger en vid tolkning av ordre public-reservasjonen. Dette gir den misfornøyde parten en god mulighet til å nå frem med sin påstand dersom den angriper voldgiftsdommen i etterkant, eller motsetter seg fullbyrdelse. Økt adgang til å gjøre avgjørelser uvirksomme vil således svekke formålet om voldgift som et effektivt tvisteløsningsmiddel i internasjonale kommersielle tvister. På grunn av dette må reservasjonen gis et meget snevert anvendelsesområde.

2.1.4.2 Vilkåret er underlagt en konkret vurdering

I en ordre public-vurdering er det som nevnt de grunnleggende hensynene i samfunnet som skal ivaretas. Likevel vil ikke alle feil eller krenkelser av visse grupper av hensyn automatisk stride mot ordre public: for at reservasjonen skal bevare sin funksjon som sikkerhetsventil og uten at det skal gå ut over voldgiftsinstituttets effektivitet, må den være underkastet en konkret vurdering. Det fremgår i de relevante bestemmelsene at det er hvordan voldgiftsavgjørelsen ”virker” på rettsordenen som er det sentrale, og ordlyden gir med det anvisning på en konkret vurdering av de utslagene avgjørelsen vil medføre. Dersom prinsipielle forhold var tilstrekkelige til å anvende ordre public-reservasjonen, ville det gjennom domstolenes tolkningspraksis kunne utvikle seg en rekke faste grunnlag for å gjøre voldgiftsavgjørelser uvirksomme, uten at de i det konkrete tilfellet ville virke støtende. Grunnlaget ville da fått et annet og betraktelig videre innhold enn det som var tiltenkt, og en slik praksis ville være i direkte strid med formålet i New York-konvensjonen

⁵⁶ Se Lag (1999:116) om skiljefärfarande 33§ nr 2.

⁵⁷ Zivilprozessordnung, Buch 10 Schiedsrichterliches Verfahren § 1059 (2) 2. b).

om en effektiv og endelig behandling i voldgift.⁵⁸ En annen følge av en mer prinsipiell fastleggelse av hvilke hensyn som skal omfattes, er at de fastsatte vilkårene kan medføre at andre, klart støtende resultater, blir utelukket. Også i rettspraksis og juridisk teori er derfor en konkret vurdering lagt til grunn.⁵⁹

Til tross for en konkret vurdering kan det forsøkes å sondre ut visse typer avgjørelser som særlig vil stå i fare for å bli tilsidesatt eller nektet anerkjent og fullbyrdet. Ved en nærmere undersøkelse av hva ordre public-reservasjonen inneholder, kan et naturlig utgangspunkt være å se på regler som skal ivareta visse grunnleggende hensyn. Brudd på slike bestemmelser kan gi en pekepinn på at det også kan være tale om ordre public-strid.⁶⁰ Det må likevel presiseres at om det faktisk vil være det, beror på de konkrete omstendighetene: Den endelige konklusjonen vil alltid avhenge av om resultatet i den konkrete avgjørelsen krenket visse hensyn som igjen medførte et brudd med fundamentale rettsprinsipper i landet.⁶¹

2.1.4.3 Lovvalgsreglenes betydning i ordre public-sammenheng

Enkelte av de hensynene som selskapsretten skal ivareta, kan være blant de fundamentale prinsippene som kan omfattes av ordre public-reservasjonen. En korrekt anvendelse av

⁵⁸ Se Born (2009) s. 2837.

⁵⁹ Born (2009) s. 2845 viser til *Adviso NV v. Korea Overseas Constr. Corp.*, hvor det uttales at vurderingen er begrenset til de tilfeller hvor “the concrete outcome of recognizing such an award is contrary to the good morality and other social order [...]”. Se også Moss, *TfR* (2007) s. 710 med videre henvisning til Giuliano-Lagarde-rapporten (betenkning om Romakonvensjonen i 1. Journal officiel n. C 282 du 31/10/1980 p. 1-50 art. 3 § 3). Direkte gjelder uttalelsen vedrørende ordre public i Romakonvensjonen av 1980 om lovvalgsregler på kontraktrettens område, men de samme hensyn om et snevert anvendelsesområde gjør seg gjeldende også ved andre ordre public-vurderinger.

⁶⁰ Dette vil bli nærmere undersøkt i avhandlingens del 5.

⁶¹ Se Moss, *Global Jurist* (2008) s. 34.

lovvalgsreglene på selskapsrettens område sikrer at disse hensynene blir ivaretatt ved behandlingen av tvisten.⁶² Det vil da ikke være behov for ordre public-reservasjonen.

Det kan imidlertid vise seg at partene hadde foretatt et annet lovvalg for behandlingen av tvisten, og med det feilaktig ansett det for å utgjøre den anvendbare retten, også i de selskapsrettslige spørsmålene. Voldgiftsrettens eksistens i den enkelte saken er i stor grad prisgitt partenes ønske om fortsatt behandling. For ikke å risikere at partene avslutter oppdraget, kan det være at panelet velger å være lojal mot partenes vilje ved fastleggelsen av retten som skal legges til grunn.⁶³ Materielle selskapsrettslige forhold er imidlertid utenfor partenes selvbestemmelsesrett hva gjelder lovvalget. Dersom voldgiftsretten anvender partenes valgte rett i stedet for den retten som følger av en korrekt bruk av lovvalgsreglene, kan det få den konsekvensen at fundamentale hensyn i selskapets hjemlands rett, som skulle blitt ivaretatt gjennom det korrekte lovvalget, ikke blir ansett å være relevante.⁶⁴ Et tilsvarende vern er i tilfelle avhengig av at den valgte retten også inneholder regler som skal beskytte de aktuelle interessene. Dersom hensynene har blitt ignorert av voldgiftsretten, står avgjørelsen i fare for å bli uvirksom på grunnlag av ordre public-reservasjonen ved en etterfølgende domstolsbehandling.

For å unngå slik risiko, er det derfor nødvendig at voldgiftsretten følger de lovvalgsreglene som gjelder på selskapsrettens område. I det følgende vil det gjort rede for de norske lovvalgsreglene på dette området.

⁶² Med "selskapsstatutt" menes retten i landet selskapet anses å være hjemmehørende i. Se Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 222.

⁶³ Se Alvik (2009) særlig s. 47-48.

⁶⁴ Se Moss, LoR (2009) s. 366.

3 Lovvalsreglene i norsk internasjonal selskapsrett

3.1 Generelt om lovvalsregler

Den internasjonale privatretten anvendes for å finne hvilke materielle regler som skal regulere de enkelte rettsspørsmålene i en internasjonal tvist.⁶⁵ Det avgjøres ved lovvalsreglene på det aktuelle rettsområdet. Det er kun ett lands lovvalsregler som legges til grunn, og disse gjelder for alle sidene av tvisten.⁶⁶ Dette vil i hovedsak være domstollandets regler. Lovvalget har på det relevante rettsområdet kollisjonsrettslig virkning:⁶⁷ Det betyr at den materielle retten som legges til grunn vil gjelde i sin helhet, på bekostning av andre lands regler, også de preseptoriske reglene i andre rettssystem. Det er forskjellige lovvalsregler på de ulike rettsområdene. Domstolen må som ledd i behandlingen foreta en såkalt kvalifisering av tvisten for å finne hvilke rettsområder tvisten berører.⁶⁸ Ved fastleggelsen av lovvalget er det sentrale å finne det rettssystemet som tvisten naturlig hører inn under, og dermed bør behandles ut ifra. I domstolenes tilnærming til dette har det utviklet seg forskjellige kriterier for å finne hvor saken har nærmest tilknytning. Disse kriteriene kalles tilknytningsfaktorer eller tilknytningskriterier. Ved bruk av disse finner domstolen hvilken rett som skal legges til grunn.

⁶⁵ Se Moss, TfR (2007) s. 679, hvor formålet med lovvalsreglene beskrives som å ”identifisere hvilket lands rett som skal regulere et forhold som har tilknytning til flere rettssystemer, den såkalte bakgrunnsrett eller *lex causæ*”.

⁶⁶ Se Ot.prp. nr 27 (2003-2004) s. 103.

⁶⁷ Se Moss, TfR (2007) s. 682 og 700.

⁶⁸ Se Lundgaard (2000) s. 121 note 1. Kvalifisering blir her definert som å ”innordne et saksfaktum under en viss rettsregel eller en viss gruppe rettsregler”. Spørsmålet om kvalifisering er mindre sentralt i voldgift enn i en rekke andre forhold, som for eksempel familie- og arverettsspørsmål. Det skyldes at det ikke er lovvalget som følge av kvalifiseringen som eventuelt vil føre til at voldgiftsavgjørelsen blir uvirksom ved en eventuell etterfølgende domstolsbehandling. Så lenge avgjørelsen under det (feilaktige) lovvalget fortsatt kan fullbyrdes i de relevante jurisdiksjonene, vil det ikke være grunn til å reagere på lovvalget på prinsipielt grunnlag. Derimot er det resultatet som følge av lovvalget som kan føre til uvirksomhet. Det vil derfor ikke bli gått nærmere på spørsmålet om kvalifisering av tvisten i denne avhandlingen. For en nærmere behandling av kvalifikasjonsspørsmålet, se Moss, Global Jurist (2008) særlig s. 7-9.

Den mest utbredte lovvalgsregelen finner vi på kontraktsrettens område, hvor det er partenes lovvalg som legges til grunn.⁶⁹ Hjemmelen for dette er i norsk rett i stor grad ulovfestet.⁷⁰ Innenfor EU reguleres dette av Roma I-forordningen.⁷¹ Den er ikke åpen for andre enn medlemsstatene i EU, men harmoniseringssynspunkter taler sterkt for at vi legger en tilsvarende løsning til grunn.⁷² Hovedregelen følger i art. 3 nr. 1 som sier at partene har avtalefrihet i forhold til lovvalget for kontraktsrettslige spørsmål.

Begrunnelsen for partsautonomi som lovvalgsregel i kontraktsretten er at sakene typisk regulerer forholdet mellom to parter, og avgjørelsen vil følgelig primært få rettsvirkninger mellom disse. Som en følge av det er det partenes bestemmelser, og ikke tredjeparter og samfunnets interesser, som er styrende for behandlingen av tvisten.⁷³

Partsautonomi som den relevante lovvalgsregelen er så vidtgående i den internasjonale privatretten at den tilsynelatende kan oppfattes som et generelt prinsipp på internasjonalt nivå.⁷⁴ I praksis viser dette seg ved at partene kun forholder seg til det rettssystemet de selv har valgt, både ved hvilket regelverk de innretter seg etter, og ved vurderingen av sin rettslige stilling, uansett hvilket rettsområde tvisten måtte omfatte. Dette gjelder imidlertid ikke på generelt grunnlag, da partene bare kan velge bakgrunnsretten innenfor visse rammer. Utenfor kontraktsrettens område begrenses partenes valg av andre lovvalgsregler,

⁶⁹ Se Moss, TfR (2007) særlig s. 681 og 683.

⁷⁰ Jfr. Moss, TfR (2007) s. 679. Vi ser visse utslag i lovgivningen, se eksempelvis Lov om lovvalg for internasjonale løssørekjøp av 3. april 1964 nr. 1 og Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111.

⁷¹ Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

⁷² Hensynet til rettsenhet ble fremhevet av Høyesterett i Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul): ”Norge er ikke bundet av [Roma I-] forordningen. I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmålet legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.” jfr. premiss (35). Se også Moss, LoR (2009) s. 68 flg. Se også Moss, TfR (2007) s. 679-680.

⁷³ Se også Woxholth (1993) s. 583.

⁷⁴ Se Moss, TfR (2007) s. 679 flg. som oppstiller spørsmålet om dette, men avviser det.

ordre public-reservasjonen, samt såkalte internasjonalt preseptoriske regler eller inngrepsnormer.⁷⁵

3.1.1 Hensynet til forutberegnelighet og rettsenhet

Klare lovvalgsregler er sentralt i internasjonal privatrett, slik at partene kan forutse hva som vil være den anvendbare retten.⁷⁶ Dersom lovvalget skulle blitt avgjort ut ifra dommerens skjønn i hver enkelt sak, ville partene ikke hatt mulighet til å forutse sin juridiske stilling i tvisten før de går til sak. Som ledd i dette er lovvalgsreglene harmonisert på en del rettsområder. Det fører til at domstollandet, uavhengig av hvilket det er, vil legge til grunn de samme tilknytningsfaktorene når den skal finne den anvendbare retten. På en rekke rettsområder er ikke lovvalgsreglene harmonisert. Lovvalgsreglene er en del av landenes egen internasjonale privatrett, og det er da det opp til hvert lands lovvalgsregler å avklare hvilken tilknytningsfaktor som skal anvendes ved fastleggelsen av den anvendbare retten. Videre er ikke grensene mellom de ulike materielle rettsområdene harmonisert, og følgelig må sontringen mellom disse også baseres på de respektive landenes regler for dette. Hvilket lands internasjonale privatrett som blir lagt til grunn kan altså bli en betydelig påvirkningsfaktor i utfallet av saken. Når voldgift holdes i Norge, eller en voldgiftsavgjørelse fremmes for de norske domstolene i etterkant, er det de norske lovvalgsreglene som kommer til anvendelse.⁷⁷

3.2 Særlig om lovvalgsreglene i norsk internasjonal selskapsrett

I selskapsrettslige spørsmål er det ikke partsautonomien som er den relevante tilknytningsfaktoren for å finne den anvendbare retten.⁷⁸ Dette er fordi tredjeparter,

⁷⁵ Moss, TfR (2007) s. 680. Om internasjonalt preseptoriske regler, se særlig s.702 flg. Domstollandets grunnleggende regler får da direkte anvendelse til fortrenghet for de reglene som følger av den retten som er lagt til å grunn som den anvendbare retten. Se også Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul).

⁷⁶ Se Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 224.

⁷⁷ Jfr. vogl. § 31.

⁷⁸ Også i Roma I-forordningen avgrenses det uttrykkelig mot selskapsrettslige spørsmål, jfr. art. 1 nr. 2 (f).

herunder aksjonærer, kreditorer, ansatte og andre berørte aktører, har en sterk interesse i sakens utfall. Hensynet til ivaretagelsen av disse er ansett å veie tyngre enn partenes vilje.⁷⁹ Det er derfor selskapets hjemland som er tilknytningsfaktoren for selskapsstatuttet. Dette er et av rettsområdene hvor lovvalgsreglene ikke er harmonisert i internasjonal privatrett, og det er ingen ensartet fremgangsmåte for å finne hvor selskapet er hjemmehørende.⁸⁰

Rettstilstanden er ikke avklart innenfor norsk internasjonal selskapsrett på dette punktet.⁸¹ Tradisjonelt har det vært en tendens i rettspraksis til å anvende den individualiserende metode.⁸² Man går da konkret inn i hver sak og ser hvor selskapet har nærmest tilknytning, og med det hvilket lands rett som vil være mest naturlig å legge til grunn.⁸³ Denne tilnærmingen har i norsk rett blitt forankret i den såkalte Irma Mignon-formelen.⁸⁴ Tradisjonelt har denne tilnærmingen hatt støtte i domstolene som den primære lovvalgsregelen. Den har imidlertid vært kritisert i litteraturen.⁸⁵ En lovvalgsregel som bestemmer lovvalget ut ifra hva som er hensiktsmessig i den konkrete situasjonen er ansett å være uheldig: En fremgangsmåte som vurderer hver sak konkret og bestemmer lovvalget ut ifra hva som til enhver tid er den beste løsningen, vil klart ikke fremme behovet for forutberegnelighet. I en avgjørelse avsagt i 2009 synes Høyesterett nå å ha forlatt den individualiserende metode til fordel for mer forutberegnelige regler for lovvalget.⁸⁶

Spørsmålet for Høyesterett var fastleggelsen av lovvalget i sak om erstatning utenfor kontrakt for brudd på personvern. Det var altså på et annet rettsområde enn selskapsretten, men de aktuelle uttalelsene er generelle og vil således være relevante her også. I et obiter dictum uttaler førstvoterende med tilslutning fra flertallet: "Dersom ikke rettsvalget følger av fastere regler, skal saken etter norsk internasjonal privatrett avgjøres på grunnlag av rettsreglene i det land som saksforholdet etter en totalbedømmelse har tilnærming til ("Irma

⁷⁹ Se Moss, *Global Jurist* (2008) s. 7 og Woxholth (1993) s. 583.

⁸⁰ Jfr. Moss, *Festskrift til Andenæs* (2010) s. 224 og Bråthen (2007) s. 203.

⁸¹ Jfr. Moss, *Festskrift til Andenæs* (2010) s. 221 flg.

⁸² Jfr. Moss, *TfR* (2007) s. 697.

⁸³ Se eksempelvis *Rt.* 1980 s. 243, *Rt.* 1982 s. 1294 og *Rt.* 2002 s. 180.

⁸⁴ Jfr. *Rt.* 1923 II s. 58.

⁸⁵ Se Moss, *TfR* (2007) s. 698-699.

⁸⁶ Jfr. *Rt.* 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul).

Mignon-formelen”). På stadig flere rettsområder har det imidlertid – gjerne med utgangspunkt i ”Irma Mignon-formelen” utviklet seg fastere regler.”

Det følger av rettens uttalelse at den individualiserende metode anses å være av subsidiær karakter; den skal kun anvendes dersom ikke annet grunnlag er tilstrekkelig godtgjort. Videre kan det også utledes med utgangspunkt i at annet skal følge av ”fastere regler” at det ikke er krav om at lovvalget må være regulert i lov.⁸⁷ På selskapsrettens område er det internasjonalt særlig to ulike tilknytningsfaktorer som legges til grunn: landet hvor selskapet er stiftet (stiftelsesteorien) eller landet hvor selskapet har sitt hovedsete og det reelt styres fra (hovedseteteorien).

3.2.1 Hovedsetet eller stiftelsesstedet som tilknytningsfaktor?

Hovedseteteorien legger til grunn at selskapet hører hjemme i den staten hvor den har sitt faktiske hovedsete, altså i det landet hvor (størstedelen av) administrasjonen sitter.⁸⁸ En slik tilnærming sikrer at det er reglene i landet hvor selskapet rent faktisk har sin virksomhet, og reglene dette landet har for å sikre at hensynet til minoritetsaksjeeiere og kreditorer er ivaretatt, som kommer til anvendelse.⁸⁹ På den måten vil en i stor grad oppnå at selskapet har en reell tilknytning til det som regnes som hjemlandet, og at registreringen gjenspeiler selskapets virksomhet, da det i alle fall til en viss grad befinner seg der. Man unngår at det blir konkurranse mellom de ulike landenes nasjonale selskapsrett, som blant annet kan ha til følge at selskapene søker å omgå visse regler ved å registrere selskapet i et land med mer gunstige regler, mens hovedsetet befinner seg i et annet land. En fordel ved dette er at man unngår såkalt forumshopping.⁹⁰ Med det menes at selskaper registrerer seg ut ifra hvor det er gunstige reguleringer for selskaper, gjerne uten sammenheng med hvor virksomheten faktisk kommer til å finne sted overhodet. Tendensen er også kalt Delaware-effekten, etter en sterk tendens til en slik praksis i et meget gunstig område for selskaper å

⁸⁷ Moss, NiP (2010) s. 21.

⁸⁸ Jfr. Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 226 med videre henvisninger.

⁸⁹ Bråthen (2007) s. 207.

⁹⁰ Se Andenæs (2006) s. 696 og Bråthen (2008) s. 57.

registrere seg i USA.⁹¹ Tradisjonelt har hovedseteteorien stått sterkt i civil law-landene, særlig dem som er påvirket av tysk rett.⁹² Stiftelsesteorien har på sin side tradisjonelt støtte i engelsk rett og andre common law-stater, samt Sverige, Danmark, Sveits og USA.⁹³ Her legges de formelle forholdene til grunn, og selskapet anses å høre hjemme i den staten der det ble registrert/stiftet uten hensyn til om det faktisk drives virksomhet der. Fordelen med en slik ordning er at det i høy grad vil være forutberegnelig for alle parter. Dersom det skjer endringer i det forholdet som betinger tilknytningen, for eksempel endringer ved registreringssted, opphør, nystiftelse, vil samtlige involverte i selskapet hele tiden kunne holde seg oppdatert gjennom statenes krav til publisitet rundt dette.

Som tidligere nevnt er rettstilstanden i Norge er ikke avklart. I det følgende vil jeg først gjøre rede for tilnærmingen i andre rettsystemer. Med et slikt bakgrunnsbilde vil jeg så se på hvilken tilnærming som bør legges til grunn i norsk internasjonal selskapsrett.

3.2.1.1 Praksis fra EU-domstolen

Selskapsretten og lovvalgsreglene for selskaper er ikke harmonisert innad i EU, men praksis fra EU-domstolen gir visse føringer.⁹⁴ Direkte gjelder avgjørelsene spørsmålet om etableringsfriheten i EU-retten ved selskapers frie adgang til å etablere seg i andre medlemsstater. Som et ledd i vurderingen har domstolen måttet avklare lovvalget, som igjen beror på selskapsstatuttet. Avgjørelsene er i så måte relevante også i denne forbindelse. Som det vil fremgå rett nedenfor, blir det i avgjørelsene lagt til grunn som den store hovedregelen at et EU-land ikke kan fremsette ytterligere krav ved etablering i dette landet, dersom selskapet først er gyldig stiftet i et annet medlemsland; Det ville lagt

⁹¹ Se Andenæs (2006) side 696 og Bråthen (2008) s. 57.

⁹² Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 225 flg. Se også Kropholler (2006) s. 568 flg.

⁹³ Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s 224 med videre henvisninger.

⁹⁴ Se også Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 227 og Bråthen (2007) s. 198 flg.

begrensninger på etableringsfriheten som skal gjelde i medlemslandene. Dette er slått fast i sakene ”Centros”, ”Überseering” og ”Inspire Art”.⁹⁵

I Centros-saken ble det slått fast at så lenge et selskap er gyldig stiftet i henhold til reglene i det aktuelle landet, kan ikke andre land kreve ytterligere tiltak dersom selskapet skal etablere seg der. I denne saken var det et engelskregistrert selskap som ønsket å opprette filial i Danmark. De danske myndighetene krevde at filialen måtte registreres i henhold til de danske reglene, fordi filialen skulle ha sin virksomhet der.⁹⁶ Både hovedselskapet og filialen hadde sin administrasjon og hovedsete i Danmark. For å ta stilling til om det var danske eller engelske selskapsrettslige regler som skulle avgjøre spørsmålet om kravene til etablering, måtte domstolen ta stilling til hvor selskapet var hjemmehørende. EU-domstolen anså selskapet som hjemmehørende i England fordi det var stiftet der. Danmark kunne derfor ikke stille ytterligere krav til registrering i Danmark. I denne saken var det ikke faktisk virksomhet i landet selskapet ble ansett å være hjemmehørende i, og det var således tale om en ren omgåelse av det danske regelverket. Stiftelsesstedet som tilknytningsfaktor gjaldt likevel også for disse tilfellene.⁹⁷

Stiftelsesstedet som tilknytningsfaktor gjelder også i de tilfellene hvor selskapets hovedadministrasjon blir flyttet og det er det nye landet som stiller ytterligere krav. I Überseering-saken hadde aksjonærene i et nederlandskregistrert selskap solgt alle aksjene i selskapet, og samtlige nye aksjonærer bodde i Tyskland. Hovedadministrasjonen ble samtidig flyttet dit. Tyskland, som legger hovedseteteorien til grunn, anførte at selskapet ikke hadde juridisk handleevne hvis selskapet ikke oppfylte de tyske selskapsrettslige kravene. EU-domstolen kom med henvisning til at selskapet allerede var gyldig stiftet etter nederlandsk rett, og at de tyske kravene med det i realiteten ville være å ilegge ekstra vilkår. Dette ville stride mot etableringsfriheten. Domstolen vurderte altså selskapets juridiske kompetanse ut ifra stiftelseslandets rett.

En ytterligere avgjørelse som bekrefter at det ikke kan pålegges flere krav enn det som kreves av landet som selskapet er stiftet i, kom i saken Inspire Art. Det dreide seg der om et selskap som var stiftet og registrert i England. Direktøren med rett til å tegne firmaet satt i Nederland. Nederlandske myndigheter krevde med

⁹⁵ Sak C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsbestyrelsen, Sak C-208/20 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), og Sak C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd. Det bemerkes at avgjørelsene vil bli behandlet bare i den utstrekning det er nødvendig for å belyse lovvalgsspørsmålet.

⁹⁶ I motsetning til datterselskap må filialer ikke stiftes selv, de følger hovedselskapet.

⁹⁷ Tilsvarende betraktninger er noe av grunnen til at norskregistrert utenlandsk foretak, såkalte NUF, anvendes i så stor grad. For en nærmere behandling av spørsmålene som reises i forbindelse med NUF, se Bugge Reiersen og Sjøfjell (2010).

henvisning til at administrasjonen satt i Nederland at det skulle registreres ekstra informasjon om firmaet, som at det var utenlandsk, samt revisorerklæring om at selskapet oppfylte kravene til minstekapital og egenkapital. Domstolen viste til at selskapet var gyldig stiftet etter engelsk rett, og alle tilleggsvilkår for etablering ville medføre en begrensning på etableringsfriheten. Følgelig var det stiftelsesteorien som ble lagt til grunn også her.

Disse sakene illustrerer at så lenge selskapet er gyldig stiftet i henhold til de selskapsrettslige reglene i ett medlemsland, er det ikke adgang til å fremsette ytterligere krav når selskapet skal etableres i et annet. Det gjelder også når det nye landet legger til grunn hovedsetet som tilknytningsfaktor.

Hovedseteteorien har imidlertid også sin plass i EU-retten: Land som legger hovedsetet til grunn som tilknytningsfaktor kan fortsatt fremsette ytterligere krav til selskapet, dersom det skal opphøre sin virksomhet for deretter å etablere sin virksomhet i et annet land.

Det ble slått fast i saken kalt "Daily Mail". EU-domstolen la her til grunn at reglene om opphør av selskaper ikke var omfattet av reglene om etableringsfriheten, og var følgelig opp til landenes reguleringer. Spørsmålet i saken var om de engelske myndighetene kunne nekte et selskap som var gyldig stiftet i England å ta med seg sin engelske nasjonalitet når det skulle flytte hele virksomheten, herunder hovedadministrasjonen ut av England. Myndighetene krevde at selskapet ble likvidert.⁹⁸ Det var anført at flytting av selskapets hovedsete medførte en etablering i det nye landet, og retten til etableringsfrihet hindret det tidligere landet å pålegge selskapet ytterligere krav ved flyttingen.

Domstolen viste til at reglene om selskapenes stiftelse og funksjon ikke er harmonisert, og er følgelig overlatt til nasjonal lovgivning. Hva gjaldt flytting av virksomheten til et annet land, var det ulike reguleringer for dette i medlemsstatene; noen stater krevde at selskapet måtte oppløses og stiftes på nytt, mens det i andre ikke fikk noen rettsvirkninger at hovedsetet ble flyttet. De landene som har hovedsetet som tilknytningsfaktor, måtte følgelig fortsatt få fremsette krav om opphør av selskapet i dette landet, dersom selskapet skulle flytte hele virksomheten.

Centros-, Überseering- og Inspire Art-sakene har alle blitt avsagt i tiden etter Daily Mail-saken, og det har vært tvil om hovedsetet som tilknytningsfaktor i spørsmål i forbindelse

⁹⁸ Sak C-81/87 The Queen mot H.M. Treasure and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail.

med etableringsfriheten har noen plass i EU-retten etter disse.⁹⁹ Standpunktet om at stiftelse og opphør av selskaper fortsatt er underlagt nasjonal rett ble imidlertid bekreftet i saken "Cartesio" og det er nå på det rene at land med hovedsetet som tilknytningsfaktor fortsatt kan påberope seg disse reglene i spørsmål om eksistens og opphør av selskaper.¹⁰⁰

I Cartesio-saken var det tale om et selskap som var stiftet i Ungarn og ønsket å flytte hovedsetet til Italia, men samtidig fortsette å være hjemmehørende i Ungarn. Myndighetene i Ungarn anførte med henvisning til at hovedsetet er tilknytningsfaktoren for lovvalg i selskapsretten i Ungarn samt Daily Mail-avgjørelsen at Cartesio måtte oppløse og likvidere selskapet dersom det ønsket å flytte hovedsetet utenlands. Domstolen fulgte dette opp og bekreftet Daily Mail-saken fra 1987 og minnet om at et lands regler om stiftelsen og eksistensen av et selskap er nasjonale regler. Det kunne dermed bestemmes, uten at det ville stride mot EU-retten, at selskapet ikke lenger ville anses å være ungarsk dersom det som følge av flytting av hovedadministrasjonen ikke faktisk hørte hjemme der lenger.

Vi ser av disse avgjørelsene at det i EU-retten som hovedregel er stiftelsesstedet som legges til grunn som tilknytningsfaktor ved lovvalget ved behandlingen av spørsmål om etableringsfriheten. Unntaket er reglene om stiftelse og opphør av et selskap, da kan hjemstaten nekte selskapet å ta med seg nasjonaliteten dersom det flytter hele virksomheten ut av landet uten å likvidere selskapet først, slik forholdene var i Daily Mail og Cartesio. Stiftelsesstedet blir altså ansett å være den tilknytningsfaktoren som fremmer etableringsfriheten på best måte.

Ved at stiftelsesstedet gjøres til den relevante tilknytningsfaktoren sikrer man at alle involverte i selskapene hele veien vet hvilket rettssystem som vil bli lagt til grunn, uavhengig av hvor selskapet opererer. Det blir således en forutberegnelig løsning for de som skal forholde seg til selskapet. For å sikre en ensartet behandling ved lovvalget for selskapsrettslige spørsmål, vil EU-domstolens avgjørelser også være relevante i et norsk perspektiv.

⁹⁹ Se Bråthen (2007) s. 201-202.

¹⁰⁰ Sak C/210-06 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt mot Ungarn.

3.2.1.2 Rettstilstanden i Norge i lys av utviklingen i EU

Om det er stiftelsesstedet eller hovedsetet som skal legges til grunn i norsk rett, er ikke endelig avklart.¹⁰¹ Spørsmålet har ikke fått sin endelige avklaring i domstolene, opp gjennom årene har de benyttet seg av begge teoriene som den relevante tilknytningsfaktoren. I juridisk litteratur har oppfatningene vært delte. Andenæs foretar en sonndring mellom ulike typesituasjoner, slik at tilknytningsfaktorene vil føre til forskjellig lovvalg i ulike situasjoner. Han synes imidlertid å falle tilbake på hovedseteteorien dersom et valg må foretas.¹⁰² I motsatt retning finner vi blant annet Bråthen,¹⁰³ Moss¹⁰⁴ og Woxholth,¹⁰⁵ som alle er tilhengere av stiftelsesstedet som tilknytningsfaktor. Norsk rett vil da legge til grunn den samme tilnærmingen som av mange av EU-landene gjør, og som antydes som fordelaktig av EU-domstolen i dens behandling av saker om etableringsfriheten. Hensynet til forutberegnelighet og ensartethet taler for sistnevnte: Det vil gjøre rettstilstanden enklere både for norske selskaper og for de aktørene som skal forholde seg til norske selskaper.

En kjennelse avsagt av Oslo Byfogdembete skal fremheves i denne sammenheng.¹⁰⁶ Avgjørelsen illustrerer etter min oppfatning en god tilnærming til vurderingen. Her ble problemstillingen om lovvalgsreglene i selskapsretten satt på spissen, og det ble foretatt en bred vurdering av rettstilstanden både i norsk og europeisk internasjonal selskapsrett.¹⁰⁷ I den konkrete saken var det spørsmål om det var adgang til å foreta gjennomskjæring ved

¹⁰¹ Se således Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 225, se særlig fotnote 18.

¹⁰² Andenæs (2006) s. 694 flg., se særlig s. 703.

¹⁰³ Jfr. Bråthen (2008) s. 37-39.

¹⁰⁴ Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 228.

¹⁰⁵ Woxholth (1993) s. 579-595, se særlig s.586-587.

¹⁰⁶ Jfr. TOBYF-2004-990 (Plenteous Corporation).

¹⁰⁷ Oslo Byfogdembete er klageinstans ved namsmannens avgjørelser i tvangsfullbyrdelsessaker.

Rettskildevekten av avgjørelsen er dermed noe begrenset. Kjennelsen sammenfatter imidlertid på en klar måte utviklingen i norsk internasjonal selskapsrett i lys av de internasjonale tendensene og hensynene som er relevante. Da spørsmålet om lovvalgsreglene på selskapsrettens område ikke har vært oppe for domstolene i stor utstrekning, synes denne i så måte godt egnet som en illustrasjon av en hensiktsmessig fremgangsmåte.

utleggsforretning. Det måtte da først avklares hvilket lands regler om adgang til gjennomskjæring som skulle legges til grunn. Retten fant at gjennomskjæring var et selskapsrettslig spørsmål, og det var følgelig de (norske) selskapsrettslige lovvalgsreglene som skulle avgjøre lovvalget. De to selskapene det var snakk om var søsterselskaper stiftet i Panama, mens hovedkontoret var i Sveits. I rettens undersøkelse av de relevante rettskildene ga verken juridisk teori eller lovvalgsreglene i andre europeiske land noe entydig svar. Med henvisning til EU/EØS-rettslige avgjørelser og teori ble det lagt til grunn at hovedregelen der var stiftelsesteorien. Endelig la retten særlig vekt på et meget sentralt hensyn i internasjonal privatrett: ”hensynet til forutberegnelighet [taler] med tyngde for at stiftelseslandets rett legges til grunn som selskapsstatutt”.¹⁰⁸ Det ble i dommen også sett hen til hvordan spørsmålet ble løst i andre land. Det er meget fordelaktig, da det vil sikre en ensartet praktisering av lovvalgsreglene på selskapsrettens område.¹⁰⁹

3.2.1.3 Konklusjon

Utviklingen i EU-domstolen vedrørende etableringsfriheten viser at stiftelsesstedet i stor utstrekning vil bli lagt til grunn der. Det samme har vi sett gjelder i en rekke av landene det er naturlig for Norge å sammenligne seg med.

Som det har blitt vist er det ikke endelig avklart i norsk internasjonal selskapsrett om det er stiftelsesstedet eller hovedsetet som er den relevante tilknytningsfaktoren for å fastslå bakgrunnsretten. Hensynet til forutberegnelighet taler imidlertid for at stiftelsesstedet bør legges til grunn som den generelle tilknytningsfaktoren, slik som synspunktene i EU-domstolen også gir anvisning på – også i de tilfellene hvor en annen tilknytningsfaktor ville ha ført til at norsk selskapsrett ble den anvendbare retten.¹¹⁰

¹⁰⁸ Jfr. kjennelsen s. 10 av 14 i printet format [sidedall ikke registrert i gjengivelsen på www.lovdato.no].

¹⁰⁹ Det skal bemerkes at avgjørelsen ble avsagt før Cartesio-saken var oppe for EU-domstolen. Den generelle fremstillingen om rettstilstanden i EU ville gjerne blitt modifisert noe, dog uten at det ville hatt noen betydning for resultatet i den konkrete saken.

¹¹⁰ Jfr. Moss, NiP (2009) s. 20-21.

Rettskildebildet i land utenfor EU/EØS-området ved spørsmålet om hvilken tilknytningsfaktor som skal legges til grunn ved fastleggelsen av selskapsstatuttet, er heller ikke klart. Hensynet til rettsenhet taler for å legge de samme synspunktene som er gjort rede for her til grunn, også utenfor EU/EØS. Dersom man skulle anvendt andre tilknytningsfaktorer i saker med parter og/eller selskaper utenfor dette området, risikerer man at de selskapsrettslige spørsmålene behandles ut ifra ulike selskapsstatutt fra sak til sak, avhengig av partskonstellasjonen. Hensynet til forutberegnelighet for aktørene og harmoniseringsbetraktninger taler da for at den samme tilknytningsfaktoren, stiftelsesstedet, som hovedregel blir gjort gjeldende også her.

3.3 Avsluttende bemerkninger og veien videre

I dette kapittelet har det blitt vist at det er selskapsstatuttet som skal legges til grunn ved avgjørelsen av de selskapsrettslige spørsmålene i en tvist. Partenes lovvalg for tvisten vil således ikke være relevant, og det selv om de eksplisitt har foretatt et lovvalg for disse spørsmålene også.

Dette gjelder også for voldgiftsrettens behandling av tvisten. Som vi har sett, kan det være at voldgiftsdomstolen til tross for dette tar det standpunktet at den følger partenes vilje i likevel, og med det anlegger kontraktsstatuttet som lovvalget. Det vil føre til at tvisten blir behandlet på feil rettslig grunnlag. Det er imidlertid ikke gitt at en slik feil medfører at voldgiftsdommen blir uvirksom ved en eventuell etterfølgende ordinær domstolsbehandling. For det første er det en forutsetning at avgjørelsen blir fremmet for de ordinære domstolene i etterkant; så lenge partene innretter seg etter voldgiftsrettens avgjørelse, vil eventuelle feil ikke få betydning, da de nasjonale domstolene ikke får befatning med saken i etterkant. Videre er feil lovvalg lagt til grunn i voldgiftsrettens behandling ikke en uvirksomhetsgrunn i seg selv, verken i voldgiftsloven eller New York-konvensjonen, og en voldgiftsavgjørelse kan følgelig ikke gjøres uvirksom på dette grunnlaget. Men, det finnes noen situasjoner hvor voldgiftsdommen risikerer å bli

uvirksom som følge av at voldgiftsretten ignorerte selskapsstatuttet. I de neste kapitlene vil det bli sett nærmere på grunnlagene for dette.

4 Voldgiftsrettens domsmyndighet – lovvalg og rettsvirkninger

4.1 Innledning

Voldgift er en frivillig, partsstyrt prosess, og voldgiftsretten har bare domsmyndighet i den utstrekning partene har samtykket til det, og innenfor de rammer de har satt for behandlingen. For at voldgiftsretten skal ha slik kompetanse, må det for det første foreligge en gyldig voldgiftsavtale. For det andre, når et selskap er part, må avtalen være inngått av representanter som hadde adgang til å avtale dette på vegne av selskapet.¹¹¹ For å sikre voldgiftsinstituttets effektivitet er det voldgiftsretten selv som skal vurdere om den innehar slik kompetanse. Dette prinsippet om ”kompetanse-kompetanse” følger i norsk rett av vogl § 18 første ledd, og er et av de grunnleggende prinsippene i modelloven art.16 (1).¹¹² En slik ordning, hvor spørsmålet ikke skal avgjøres særskilt av de ordinære domstolene, unngår en faren for at partene kan bruke dette til å trenere saken.

Dersom dommen blir brakt inn for de nasjonale domstolene i etterkant, åpnes det imidlertid for at de ordinære domstolene kan vurdere rettsevnen på selvstendig grunnlag.¹¹³ Det skal i det følgende bli sett på de to nevnte grunnlagene for at de ordinære domstolene kan gjøre en voldgiftsavgjørelse uvirksom fordi voldgiftsretten ikke hadde domsmyndighet. Begge

¹¹¹ Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 45.

¹¹² Jfr. modelloven – explanatory note s. 30. Se også Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 45 og NOU 2001:33 s. 76. Det følger her at dette prinsippet er ”anerkjent i stort sett hele verden”. Se også *Voldgiftsloven Kommentirutgave* (2007) s. 126-127 med videre henvisninger.

¹¹³ Dette følger også av vogl. § 31 fjerde ledd, som sier at § 18 må tolkes med de begrensninger som følger av § 43 første og annet ledd.

disse uvirksomhetsgrunnene er basert på at voldgiftsretten ikke la til grunn det lovvalget som fulgte av de relevante tilknytningsfaktorene. Som vi skal se, er ingen av grunnlagene basert på partenes lovvalg, og kan da ikke legges til grunn som den anvendbare retten i de aktuelle vurderingene.

4.2 Manglende rettslig handleevne til å inngå avtale om voldgiftsbehandling

4.2.1 Vurderingstemaet

Det at selskapets representant har rettslig handleevne til å inngå avtale om voldgiftsbehandling på vegne av selskapet, er en forutsetning for at selskapet skal være bundet til avtalen. Dersom den ene eller begge partene manglet rettslig handleevne, er det ikke avgitt et bindende samtykke til tvisteløsning ved voldgift. Voldgiftsretten har følgelig ikke et grunnlag å utlede sin kompetanse fra, når den skal behandle og avgjøre saken med rettskraftig virkning.

Som illustrasjon kan vi tenke oss en situasjon hvor et norsk selskap inngår en investeringsavtale med et selskap fra et annet land. Den norske parten oppfyller imidlertid ikke sine forpliktelser. I henhold til en voldgiftsklausul i avtalen innleder den andre parten voldgiftsbehandling med krav om erstatning. Den norske parten anfører at tvisten ikke skal behandles ved voldgift fordi selskapets styremedlem som signerte avtalen hadde gått ut over sine fullmakter i henhold til reguleringene i norsk rett. Partene har valgt et annet lands rett til å regulere tvisten, og med henvisning til denne anser voldgiftsretten ikke norsk rett for å være relevant. Representanten har adgang til å inngå avtalen i henhold til den utenlandske retten, og vedkommende blir dermed funnet å ha rettslig handleevne på vegne av selskapet. Som følge av behandlingen i voldgiftsretten får den annen part medhold i sitt erstatningskrav. I en etterfølgende domstolsbehandling kan det bli spørsmål om voldgiftsdommen kan bli gjort uvirksom fordi det norske selskapet manglet handleevne.

4.2.2 Lovvalget i norsk rett

Det rettslige grunnlaget for å nekte å fullbyrde voldgiftsdommen følger av §§ 43/46 første ledd litra a. Ifølge disse kan voldgiftsavgjørelsen bli kjent uvirksom dersom "[...] en av partene i voldgiftsavtalen manglet rettslig handleevne". Tilsvarende grunnlag finnes i New York-konvensjonen art. V (1) (a) og modelloven art. 34 (2) (a) (i) og art. 36 (1) (a) (i).

Hvordan lovvalget skal fastlegges fremgår ikke direkte av ordlyden i voldgiftsloven, men det følger av forarbeidene at hovedregelen innebærer at det er partenes hjemlandslov som skal regulere dette.¹¹⁴ Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.¹¹⁵ Samme løsning er også lagt til grunn i New York-konvensjonen art. V (1) (a), hvor det følger at partenes rettsevne vurderes i henhold til "the law applicable to them". Lovvalget fastlegges særskilt for hver av partene.¹¹⁶ I norsk rett er spørsmålet om rettslig handleevne for selskaper ansett å være et selskapsrettslig spørsmål, og med det er det selskapets hjemlands rett som skal legges til grunn. Partenes lovvalg vil dermed ikke være relevant i denne vurderingen. På tross av dette, blir partenes lovvalg lagt til grunn i stor utstrekning av både partene og voldgiftsretten i dens behandling av saken.¹¹⁷

Lovvalgsreglene er ikke harmonisert på dette punktet, og for selskapers vedkommende er det i hovedsak to ulike tilnærminger: Rettslig handleevne blir enten sett på som et kontraktsrettslig spørsmål, eller som et selskapsrettslig spørsmål. Som vi har sett tidligere er tilknytningsfaktorene ulike for de to tilnærmingene; førstnevnte anser partenes lovvalg å være den anvendbare retten, sistnevnte lener seg på selskapets hjemlands rett.¹¹⁸ Selv om det er enkelte land som kvalifiserer spørsmålet som kontraktsrettslig, er den store

¹¹⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 110-111.

¹¹⁵ Jfr. *Voldgiftsloven Kommentirutgave* (2007) s. 251-252, *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 318-319 og Lundgaard (2000) s. 175-177.

¹¹⁶ Se også Moss, LoR (2009) s. 370.

¹¹⁷ Jfr. Moss, *Festskrift til Siehr* (2010) s. 1.

¹¹⁸ Jfr. blant annet van der Berg (1981) s. 276.

hovedregelen likevel at spørsmålet om rettslig handleevne blir ansett å være regulert av partens hjemlandslov.¹¹⁹

4.2.3 Nærmere om innholdet i de norske bestemmelsene

Det har i praksis vist seg å være noe uklart hva vilkåret i norsk rett om rettslig handleevne omfatter for selskapers vedkommende. Dette gjelder særlig spørsmålet om representantenes adgang til å avtale voldgift på vegne av selskapet er en del av rettsevnen, eller om det er et avtalerettslig spørsmål om voldgiftsavtalens gyldighet. Lovens ordlyd og forarbeider gir ikke noe klart svar på dette. Innholdet i bestemmelsen er ment å samsvare med New York-konvensjonen og modelloven, og hensynet til rettsenhet tilsier derfor at også andre lands praktisering av disse kildene fortsatt vil være sentrale momenter i forståelsen av de norske bestemmelsene.¹²⁰ I det følgende vil det bli vist at vurderingen av selskapers rettslige handleevne omfatter både spørsmålet om selskapet var et selvstendig juridisk subjekt så vel som om representanten hadde fullmakt. En annerledes forståelse av vilkåret fører til at det er andre lovvalgsregler som gjelder, noe som igjen kan lede til at et annet lovvalg blir lagt til grunn. En avgjørelse avsagt i Hålogaland lagmannsrett er en god illustrasjon på hvilke konsekvenser en for snever tolkning av vilkåret om manglende rettslig handleevne kan få.

Rt. 2001 s. 900 (Nor Deal) var et videre kjæremål av en kjennelse avsagt i Hålogaland lagmannsrett. Saken var et spørsmål om en russisk voldgiftsavgjørelse kunne nektes tvangsfullbyrdet i Norge.¹²¹ Partene i saken var et norsk selskap, Nor Deal AS ("Nor Deal"), og et statlig russisk forskningsinstitutt (Knipovich Polar Research Institute of Marines Fisheries and Oceanography, "PINRO"). Spørsmålet for lagmannsretten var blant annet om voldgiftsavgjørelsen var kunne nektes tvangsfullbyrdet fordi representanten som

¹¹⁹ Internasjonalt er det noen common law-stater som legger kontraktsstatuttet til grunn. Mer utbredt er imidlertid selskapsstatuttet. Se nærmere om dette Moss, Festskrift til Siehr (2010) s. 12-13 med nærmere henvisninger i note 14 og 15 til blant annet engelsk og amerikansk rett.

¹²⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 75 og 78 og NOU 2001:33 s. 98 og 103.

¹²¹ Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 9. april 2001.

hadde avtalt voldgift ("Andersen") var et ordinært styremedlem, uten kompetanse til å avtale voldgiftsbehandling på vegne av selskapet på egenhånd. Tvisten ble behandlet etter New York-konvensjonens regler.¹²² Nor Deal anførte at Andersen ikke hadde hatt fullmakt til å representere selskapet, og at det måtte få betydning for gyldigheten av voldgiftsavgjørelsen. Det sies ikke eksplisitt, men det fremgår av sammenhengen at dette var en anførsel under det første alternativet i konvensjonen art. V nr. (1) (a), som tilsvarende det første alternativet i vogl. §§ 43/46 første ledd litra a.¹²³ Domstolen var imidlertid ikke enig i en slik subsumpsjon. Lagmannsretten kom til at det var grunnlag for å nekte tvangsfullbyrdelse, og i det videre kjæremålet sluttet Høyesteretts kjæremålsutvalg seg til dette. Denne delen av bestemmelsen ble ansett å gjelde "[...] forholdet mellom partene i den avtale hvor voldgiftsklausulen er inntatt, og ikke den personelle kompetanse knyttet til den eller de som med rette eller urette opptre på partenes vegne".¹²⁴ Vilkåret ble med det underlagt en forståelse som bare omfattet en vurdering av selskapet som en egen juridisk person. Spørsmålet om representasjonsevnen på vegne av selskapet ble i stedet subsumert under New York-konvensjonen art. V (1) (a) andre alternativ om gyldigheten av voldgiftsklausulen i sin helhet.

Lagmannsrettens fremgangsmåte er ikke i tråd med New York-konvensjonen, hvor dette hører inn under behandlingen om "legal incapacity". Også i norsk så vel som internasjonal juridisk teori er det lagt til grunn at kompetansemangler hos selskapets representant ved avtaleinngåelse om voldgiftsbehandling skal vurderes under vilkåret om manglende rettslig handleevne.¹²⁵ Det kan særlig vises til van der Berg som i sin redegjørelse av grunnlaget

¹²² Saken var oppe for domstolene i 2001, altså før voldgiftsloven var trådt i kraft (1. januar 2005 jfr. vogl § 48 og res.) 14 mai 2004 nr. 751.) Tilsvarende grunnlag finnes nå i voldgiftsloven § 46 første ledd litra a første alternativ.

¹²³ Bestemmelsen er utformet i lys av New York-konvensjonen art. V (1) (a) og vurderingstemaene vil være de samme. Tidligere praksis er derfor relevant.

¹²⁴ Jfr. kjennelsen s. 7.

¹²⁵ Jfr. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 318-319 og Moss, *Global Jurist* (2008) s. 12, Moss, *Festskrift til Siehr* (2010) s. 3-4 og Moss, *Festskrift til Andenæs* (2010) s. 230 For tysk retts vedkommende,

om ”incapacity” for å nekte fullbyrdelse etter New York-konvensjonen, skriver at det kan være tale om en situasjon hvor ”a corporation may not have been represented in an adequate manner” ved inngåelse av voldgiftsklausulen.¹²⁶

En slik forståelse av New York-konvensjonen er blant annet bekreftet av Svea Hovrätt i dens behandling av en voldgiftsdom avsagt av Stockholm Chamber of Commerce.¹²⁷ Voldgiftsretten og de ordinære domstolene foretok her ulike lovvalg for vurderingen av representantenes adgang til å inngå avtale om voldgift på vegne av selskapet, noe som i sin tur ble avgjørende for voldgiftsdommens gyldighet. Partene i saken var staten Ukraina (”Ukraina”) og Norsk Hydro ASA (”Norsk Hydro”). Ukraina anførte at voldgiftsdommen var ugyldig fordi de to representantene som hadde undertegnet avtalen ikke hadde tilstrekkelige fullmakter til å inngå verken aksjonæravtale eller avtale om voldgift på vegne av staten.¹²⁸ Den ukrainske parten manglet derfor rettslig handleevne.¹²⁹ Avtalen mellom partene inneholdt blant annet en svensk lovvalgs klausul, og voldgiftsretten hadde lagt denne til grunn også vedrørende spørsmålet om rettslig handleevne. Ukraina argumenterte for at partenes hjemlandslov, og ikke partenes lovvalg slik voldgiftsretten hadde lagt til grunn, utgjorde det korrekte lovvalget ved denne vurderingen. Svea Hovrätt var enig i dette og la ukrainsk rett til grunn. I den konkrete vurderingen av representantenes påtegning på dokumentet kom domstolen til at det ikke forelå fullmakt til verken å inngå aksjonæravtale

se Kropholler (2006) s. 581 som sier at retts- parts- og prosessdyktighet ”richtet sich grundsätzlich nach dem Gesellschaftsstatut”.

¹²⁶ Jfr. van der Berg (1981) s. 276.

¹²⁷ Jfr. State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA. Se nærmere omtale i Moss, Festskrift til Siehr (2010) s. 2 flg.

¹²⁸ Det var et særskilt opprettet organ for utøvelse og ivaretagelse av den ukrainske statens interesser vedrørende privatiseringsprosesser av fast eiendom, State Property Fund of Ukraine, som hadde opptrådt på vegne av staten. [Organet hører formelt til de sentrale organene i den utøvende myndighet i Ukraina, jfr. Ukrainas Government Portal. Tilgang:

http://www.kmu.gov.ua/control/en/publish/article?art_id=8118078&cat_id=73048]

¹²⁹ Rettsevnen til å inngå aksjonæravtale og til å avtale voldgiftsbehandling ble vurdert separat jfr. prinsippet om atskilthet (”separability”).

eller til å avtale voldgiftsbehandling på vegne av den ukrainske staten. Domstolen konkluderte med at det ikke forelå bindende avtale om voldgiftsbehandling. Voldgiftsavgjørelsen var med det ugyldig.

Hovrättens behandling av lovvalgsspørsmålet viser at den korrekt henførte vurderingen for rettslig handleevne på vegne av selskapet under selskapsstatuttet, og ikke kontraktsstatuttet, slik voldgiftsretten gjorde. Det førte til at ukrainsk, i stedet for svensk, rett var den anvendbare retten. I henhold til denne kom domstolen til at Ukrainas representant manglet rettslig handleevne. Dette fikk avgjørende konsekvenser for partene: Fra å ha en voldgiftsdom som tilkjente Norsk Hydro om lag USD 20 mill., var nå voldgiftsavgjørelsen ugyldig.

4.2.4 Avslutningsvis. Anvendelse av partenes lovvalg kan medføre at voldgiftsdommen blir uvirksom

Også i norsk rett skal anførsler om representantens manglende fullmakt til å inngå avtale på vegne av selskapet henføres under vilkåret om ”manglende rettslig handleevne”. For selskaper er det følgelig ikke kontraktsstatuttet, men selskapsstatuttet som er det riktige lovvalget. Eventuelle anførsler fra selskaper som part i saken om at det er partenes lovvalg som skal legges til grunn ved spørsmålet skal derfor ikke tas til følge.

Selskapsstatuttet som den relevante retten vil også være i tråd med lovgivers forutsetninger. det fremgår av de norske forarbeidene at de relevante bestemmelsene i voldgiftsloven skal samsvare med modelloven – som igjen legger samme forståelse til grunn som New York-konvensjonen.¹³⁰ Selv om det rettslige grunnlaget nå følger av voldgiftsloven, er Norge fortsatt folkerettslig forpliktet til å følge New York-konvensjonen. Samme innhold og tilnærming som de svenske domstoler foretok i Norsk Hydro-saken må derfor legges til grunn også av norske domstoler. Selskaper som er hjemmehørende i Norge må følgelig som den store hovedregel oppfylle de norske representasjonsreglene for å ha rettslig

¹³⁰ Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 75 og 78.

handleevne. Hvis voldgiftsretten til tross for dette har lagt partenes lovvalg til grunn, står avgjørelsen i fare for å bli kjent ugyldig eller nektet tvangsfullbyrdet av de ordinære domstolene. Det beror på om domstolen ved behandling av saken med grunnlag i reglene i den korrekte anvendbare retten finner at voldgiftsretten manglet domsmyndighet på grunn av manglende rettslig handleevne.

En fastleggelse av lovvalget i vurderingen av manglende rettslig handleevne som lagmannsretten la til grunn i den nevnte Nor Deal-saken, ville ført til at man i norsk rett fikk en særegen tolkning på dette punktet. I denne saken ble det endelige lovvalget riktignok norsk rett likevel. Slik sett fikk det ingen faktiske konsekvenser at lagmannsretten ikke subsumerte forholdet under det første alternativet i New York-konvensjonen, slik den skulle ha gjort. Som vi skal se nedenfor, var dette imidlertid en følge av en feilaktig tolkning av lovvalget i bestemmelsens andre alternativ om gyldigheten av voldgiftsavtalen.

4.3 Ugyldig voldgiftsavtale

Det andre grunnlaget for at voldgiftsavgjørelsen kan bli uvirksom på grunn av manglende domsmyndighet, er dersom voldgiftsklausulen var avtalerettslig ugyldig.

Vi kan for eksempel tenke oss et tilfelle hvor et utenlandsk selskap ønsker å innta en voldgiftsklausul i en avtale med et selskap hjemmehørende i Norge, noe det norske selskapet nekter. Det utenlandske selskapet ignorerer dette, og utformer likevel et vedlegg til avtalen som inneholder en voldgiftsklausul. Det blir ikke henvist til vedlegget i hovedavtalen. Den norske parten blir heller ikke informert på annen måte, og klausulen blir følgelig aldri vedtatt av det norske selskapet. Ved senere tvist mellom partene, blir saken behandlet ved voldgift med grunnlag i klausulen til tross for dette. Den utenlandske parten får medhold i sitt krav i voldgiftsbehandlingen. Det norske selskapet nekter å oppfylle sine forpliktelser i henhold til avgjørelsen, med henvisning til at voldgiftsklausulen var ugyldig fordi det aldri var inngått noen bindende avtale om voldgift. Saken ender med krav om tvangsfullbyrdelse for de norske domstolene.

Det rettslige grunnlaget vil da være voldgiftsloven §§43/46 første ledd litra a andre alternativ. Det følger her at ”voldgiftsavtalen er ugyldig etter de rettsregler som partene har avtalt skal anvendes på avtalen, eller i mangel av slik avtale, etter det lands rett hvor voldgiftsdommen ble avsagt [jfr. § 46; ”norsk rett” i § 43]”.¹³¹ Det omfatter alle andre grunnlag for ugyldighet enn manglende rettslig handleevne.¹³² Tilsvarende grunnlag finnes i New York-konvensjonen art. V (1) (a) og modelloven art. 34 (2) (a) (i) og 36 (1) (a) (i), andre alternativ.

4.3.1 Lovvalg for voldgiftsavtalen – prinsippet om ”separability”

Tilsvarende som vedrørende rettslig handleevne, vil også en ugyldig voldgiftsavtale føre til at voldgiftsretten ikke hadde kompetanse til å avsi dom i saken.

I de nevnte bestemmelsene oppgis det to grunnlag for lovvalget: primært er det partenes lovvalg som skal legges til grunn, og subsidiært voldgiftslandets rett. De ordinære domstolene skal ta en selvstendig vurdering av gyldigheten ut ifra det korrekte lovvalget uavhengig av hva voldgiftsretten la til grunn i sin vurdering. Bestemmelsene kan tilsynelatende gi uttrykk for at så lenge partene har foretatt et lovvalg for tvisten, skal dette legges til grunn også i vurderingen av avtalens gyldighet. Ordlyden i bestemmelsen taler imidlertid om ”voldgiftsavtalen”. Med det refereres det bare til den delen av hovedavtalen hvor partene enes om å behandle tvisten ved voldgift, eventuelt voldgiftsavtalen dersom denne er utformet i en egen avtale. I tråd med prinsippet om ”separability” er partenes avtale om å behandle tvisten ved en voldgiftsdomstol isolert fra resten av avtaleforholdet

¹³¹ I henhold til vgl. § 43 skal vurderingen foretas etter ”norsk rett” dersom partene ikke har avtalt annet. I Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 113 legges det til grunn at det medfører en ulikhet mellom § 43 og § 46 på dette punktet. Det er imidlertid i realiteten kun tale om et språklig avvik, da også § 43 peker ut *lex loci arbitri* som lovvalget – som ved ugyldighetssøksmål fremmet for norske domstoler alltid vil være Norge. Det er det som følger av modelloven, og ifølge Ot.prp. (2003-2004) s. 111 forutsettes det samsvar med modelloven. Se videre *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) side 252-253 og 273 som også legger dette til grunn.

¹³² Jfr. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 111. Se også *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 319.

mellom partene. Prinsippet kommer til syne i vogl. § 18 annet ledd, som lyder: ”Ved avgjørelser etter første ledd [om fastleggelsen av voldgiftsrettens kompetanse] skal en voldgiftsavtale som utgjør en del av en kontrakt, anses som en selvstendig avtale uavhengig av de andre deler av kontrakten. En avgjørelse av voldgiftsretten om at kontrakten er ugyldig, medfører ikke i seg selv at voldgiftsavtalen er ugyldig.” Prinsippet om ”separability” er i likhet med prinsippet om ”kompetanse-kompetanse” også et av de helt grunnleggende prinsippene i modelloven, og er begrunnet i voldgiftsinstituttets effektivitet: voldgiftsdomstolen må ha mulighet til å sette den materielle avtalen mellom partene til side som ugyldig, uten å miste sin kompetanse til å behandle saken på generelt grunnlag.¹³³ I motsatt fall ville ikke domstolen hatt mulighet til å avsi dom på ugyldighet vedrørende de materielle spørsmålene i tvisten, da den ikke ville hatt et avtalerettslig grunnlag mellom partene å bygge sin jurisdiksjonsmyndighet på.¹³⁴ Avtale om voldgiftsbehandling er således en egen kontrakt, uavhengig av om den inngår som en del av et større avtaleforhold. Dette medfører at partene må ha foretatt et eksplisitt lovvalg for voldgiftsavtalen, uavhengig av det lovvalget som eventuelt er avtalt for de øvrige kontraktsrettslige delene av tvisten.¹³⁵ Det er ikke vanlig at slikt eget lovvalg gjøres i standardutformede voldgiftsavtaler.¹³⁶ Det er derfor et forhold som lett kan overses av partene, og konsekvensen er at det er voldgiftslandets rett som blir den anvendbare retten for vurderingen av voldgiftsavtalens gyldighet.

I motsetning til lovvalgsregelen som gjelder for vurderingen av partenes rettslige handleevne, vil selskapets hjemlandslov altså ikke være det relevante lovvalget for selskapet i denne vurderingen. Det kan imidlertid vise seg at selskapsstatuttets regler

¹³³ Jfr. modelloven – explanatory note s. 30 og Moss, Festskrift til Siehr (2010) s. 3-4.

¹³⁴ Se nærmere om dette i Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 45-46 og NOU 2001:33 s. 77.

¹³⁵ Dette gjelder også etter modelloven og New York-konvensjonen, se *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) s. 252 med videre henvisninger til van der Berg i note 553.

¹³⁶ Jfr. *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) s. 252. Eksempelvis er det ikke regulert i Stockholm Chamber of Commerce sine standardavtaler. Se deres Model Clauses for Arbitration Rules: <http://www.sccinstitute.com/english-14.aspx>

likevel spiller inn i vurderingen, og slik sett påvirker utfallet ved voldgiftsbehandlingen.¹³⁷ Det er de materielle reglene det vises til i §§ 43/46 første ledd litra a andre alternativ, ikke bare landets lovvalgsregler.

En annerledes oppfatning av reglene ble lagt til grunn i den nevnte dommen Rt. 2001 s. 900 (Nor Deal). Som det ble vist ovenfor ble spørsmålet om representantens adgang til å inngå avtale om voldgift på vegne av selskapet ansett å være et spørsmål om voldgiftsavtalens gyldighet, til tross for at Nor Deal anførte manglende rettslig handleevne. I den saken var det verken uttrykkelig eller stilltiende avtalt noe om lovvalget for voldgiftsklausulen. Det førte til at russisk rett, som var voldgiftslandets rett, kom til anvendelse. Lagmannsretten la imidlertid bare til grunn de russiske lovvalgsreglene: Den fant at det fulgte av russisk internasjonal privatrett, så vel som i internasjonal privatrett generelt, at spørsmålet om adgangen til å opptre på vegne av et norsk selskap skulle vurderes i henhold til hjemlandsretten.¹³⁸ Domstolen synes da å begrunne det norske lovvalget i reglene om tilbakevisning (til norsk rett i dette tilfellet), såkalt renvoi.¹³⁹ Det er imidlertid ikke grunnlag i norsk internasjonal privatrett for å foreta renvoi på kontraktsrettens område. Heller ikke innenfor EU-retten er det adgang til det på dette området. Roma I-forordningen art. 20 avgrensner uttrykkelig mot det.¹⁴⁰ Uten hjemmel til å foreta en slik tilbakevisning betyr det at spørsmålet om gyldigheten av voldgiftsavtalen skulle – etter lagmannsrettens forståelse av spørsmålet om rettslig handleevne - ha vært avgjort etter materiell russisk avtalerett.

I Nor Deal-saken fikk subsumpsjonen og det medfølgende lovvalget ingen direkte betydning. Det fremgår i kjennelsens premisser at domstolen ville ha kommet til det samme

¹³⁷ Dette vil bli nærmere behandlet i 4.3.2, i forbindelse med Dallah-saken.

¹³⁸ Jfr. lagmannsrettens kjennelse s. 9. Høyesterett kunne ikke overprøve lagmannsretten på dette punktet, se Rt. 2001 s. 900 side 903.

¹³⁹ Se om dette Lundgaard (2000) s. 149-159.

¹⁴⁰ Den lyder: "The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless provided otherwise in this Regulation."

resultatet selv om materiell russisk rett ble lagt til grunn i vurderingen.¹⁴¹ Korrekt fremgangsmåte er likevel viktig på prinsipielt grunnlag, og det er ikke gitt at domstolen vil komme til det samme resultatet basert på et annet – og feil – lovvalg i alle situasjoner. I Nor Deal-saken fulgte det norske lovvalget av at retten fant at russiske lovvalgsregler førte til at norsk bakgrunnsrett var den anvendbare rett vedrørende spørsmålet om rettsevne på vegne av selskapet, i og med at selskapet var hjemmehørende i Norge. Reglene for fastleggelsen av hvor selskapet er hjemmehørende er imidlertid ikke harmonisert, og det er ulike tilnærminger til fastleggelsen av selskapsstatuttet. Det kan derfor ikke sies med sikkerhet i forkant av domstolens behandling hvilket lovvalg som vil bli lagt til grunn. Man trenger ikke se lenger enn til den norske internasjonale selskapsretten før rettstilstanden ikke er endelig avklart om det er selskapets stiftelsessted eller hovedsetet som avgjør bakgrunnsretten. Også fra et annet perspektiv kan dette by på overraskelser; vi kan tenke oss et selskap med hovedsete i Norge, men som er stiftet i England. Det anser seg for å være et norsk selskap, men dersom stiftelsesstedet er den relevante tilknytningsfaktor i forumlandet vil det være hjemmehørende i England.¹⁴² Det vil gjelde selv om selskapet har liten eller ingen tilknytning til England for øvrig.¹⁴³ Engelske representasjonsregler vil da være avgjørende for om vedkommende har tilstrekkelig kompetanse til å avtale voldgift på vegne av selskapet. Disse reglene kan føre til at selskapet blir bundet til voldgiftsavtalen, til tross for at det ikke ville vært det etter norske selskapsrettslige regler om representasjon.

¹⁴¹ Jfr. lagmannsrettens kjennelse s. 8.

¹⁴² Dette er en høyst aktuell problemstilling i forhold til norskregistrerte utenlandske foretak, såkalte NUF. Pr. 15. januar 2009 var det i følge SSB registrert 13 344 NUF i Foretaksregisteret (det omfatter de NUF som driver næringsvirksomhet her i landet eller på norsk kontinentalsokkel registreres, jf. foretaksregisterloven § 2-1 annet ledd), jfr. NOU 2009:4 Tiltak mot skatteunndragelser punkt 3.5.5. Se også Bugge Reiersen og Sjøfjell (2010).

¹⁴³ Se nærmere om dette i en grunnleggende avgjørelse innen EU-retten, Centros-saken, som ble behandlet i kapittel 3.2.1.1.

4.3.2 Selskapsstatuttets regler kan få innvirkning for gyldigheten av voldgiftsklausulen også når den ikke er den anvendbare retten

Til tross for at det er en annen rett som er den anvendbare retten, kan selskapets hjemlandsrett likevel få innvirkning på resultatet. I en vurdering av om voldgiftsavtalen er gyldig inngått, er partenes intensjoner et relevant moment i mange lands kontraktsrett; mente parten å binde seg til voldgiftsbehandling ved den aktuelle disposisjonen? Hvis det blir besvart bekreftende, anses voldgiftsavtalen å være gyldig inngått. I denne vurderingen kan det at parten har opptrådt i samsvar med den påkrevde fremgangsmåten i eget lands rett være en sterk indikator på at den mente å binde seg.

En avgjørelse fra engelske Court of Appeal er illustrerende i denne sammenheng. Partene i saken var et pakistansk eiendomsfirma, Dallah Real Estate & Tourism Holding Co ("Dallah") og myndighetene i Pakistan (Government of Pakistan, heretter "GoP").¹⁴⁴ Saken dreide seg om krav på erstatning for brudd på avtale om bygging av overnattingssteder for pakistanske pilegrimer i Mekka.¹⁴⁵ Voldgiftsretten, som var satt i Frankrike, anså seg kompetent til å behandle og avsi dom i saken. Som følge av voldgiftsbehandlingen ble GoP dømt til å betale erstatning. GoP føyet seg ikke etter avgjørelsen, og Dallah fremmet krav om tvangsfullbyrdelse i England. GoP anførte her at voldgiftsavgjørelsen måtte nektet tvangsfullbyrden fordi det ikke var inngått noen bindende avtale om voldgift. Det rettslige grunnlaget for lovvalget var New York-konvensjonen art. V (1) (a) andre alternativ. Den engelske domstolen måtte først ta stilling til hvilket lovvalg som skulle legges til grunn i vurderingen. Etter en tolkning av voldgiftsavtalen kom retten til at partene ikke hadde foretatt et lovvalg spesifikt for voldgiftsklausulen. Domstolen falt da tilbake på

¹⁴⁴ Dallah Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs. Avgjørelsen er ikke rettskraftig avgjort da den er anket til Supreme Court. Muntlig høring er i henhold til The Supreme Courts hjemmeside satt til 28. juni 2010 [Tilgang: http://www.supremecourt.gov.uk/current-cases/CCCcaseDetails/case_2009_0165.html]. I fastleggelsen av lovvalget og den videre rettskildebruken stadfestet Court of Appeal det som ble lagt til grunn i den tidligere instansen.

¹⁴⁵ Det er ikke nødvendig for den følgende drøftelsen å gå nærmere inn på sakens faktum, og det vil følgelig ikke bli gjort. For en redegjørelse av dette, se Moss, Festskrift til Siehr (2010) s. 5 flg.

voldgiftslandets rett, og fransk materiell kontraktsrett ble lagt til grunn. I undersøkelsen av om GoP var bundet, ble det lagt stor vekt på partenes intensjoner ved avtaleinngåelsen. Domstolen baserte sin vurdering på partenes subjektive oppfatning av følgene av deres handlinger, vurdert gjennom objektive kriterier. I henhold til franske rettsprinsipper var partenes hjemlands rett et relevant moment i denne vurderingen.¹⁴⁶ I sin vurdering tiller den engelske domstolen enkelte formelle regler i pakistansk rett vedrørende avtaleinngåelse på vegne av staten stor vekt. Dersom GoP hadde opptrådt i overensstemmelse med reglene i sitt eget rettssystem, ville det være et tegn på at den mente å binde seg til avtalen. Representanten hadde imidlertid ikke opptrådt i tråd med disse reglene. Court of Appeal konkluderte med at det ikke var GoPs intensjoner å inngå avtale om voldgift, og i henhold til den franske kontraktsretten var voldgiftsklausulen med det ugyldig. Voldgiftsdommen ble derfor nektet tvangsfullbyrdet.

Selv om New York-konvensjonen rent faktisk anga andre lovvalgsregler, med den kollisjonsrettslige virkning det medfører, ble hjemlandets rett altså ansett å være relevant i den konkrete vurderingen. Hvorvidt andre land ser hen til partenes intensjoner i vurderingen av voldgiftsavtalens gyldighet, beror på kontraktsretten i det aktuelle landet. Videre vil det være usikkert om det at fremgangsmåten i partens hjemland er fulgt vil være relevant i vurderingen, og hvor stor vekt momentet eventuelt blir gitt.

4.3.3 Avsluttende betraktninger

Det har blitt vist at spørsmålet om voldgiftsavtalens gyldighet kan bli avgjort på ulike rettslige grunnlag, og med innslag av flere lands rett. Det at partene har foretatt et lovvalg for hovedavtalen mellom partene, vil det imidlertid ikke nødvendigvis være tilstrekkelig til å legge dette valget til grunn. Lovvalget for vurderingen av voldgiftsavtalens gyldighet foretas primært etter partenes lovvalg, subsidiært etter voldgiftslandets rett. På grunn av prinsippet om ”separability” vil den praktiske hovedregel være voldgiftslandets rett, noe som kan komme som en overraskelse på partene. Videre kan også fremgangsmåten i

¹⁴⁶ Se premiss (24) i High Courts avgjørelse.

hjemlandsretten komme inn som et relevant argument i vurderingen. Det avhenger av om den anvendbare retten ser hen til partenes intensjoner ved forholdene rundt inngåelsen av avtalen, og om selskapets hjemlands rett for avtaleinngåelse er et relevant moment her. I hvor stor utstrekning dette blir gjort, beror på retten i det enkelte land. Ved at vurderingen er underkastet andre regler enn det partene innrettet seg etter, kan dette føre til et ganske annet resultat enn det partene forutså.

Lovvalget kan således være av avgjørende betydning for utfallet av tvisten, og partene må være bevisst på at deres lovvalg ikke vil omfatte alle spørsmålene som reises. Dette har her blitt fremhevet ved vurderingen av partenes rettslige handleevne og gyldigheten av voldgiftsavtalen, hvor det er andre tilknytningsfaktorer som gjelder. Det er nødvendig at partene, så vel som voldgiftsretten, innretter seg etter den anvendbare retten for å unngå risikoen for at voldgiftsavgjørelsen blir uvirksom i etterkant.

Den tredje implikasjonen selskapsretten kan ha på partsautonomien som skal behandles, er tilfellene hvor partenes lovvalg fører til at voldgiftsdommen blir uvirksom på grunn av dens resultat.

Undersøkelsene i det følgende er søkt foretatt med en praktisk vinkling. Det er derfor utformet eksempler på voldgiftsavgjørelser som etter sitt innhold kan medføre ordre public-strid. På denne måten er det også søkt å trekke frem det konkrete elementet som er et grunnleggende element i ordre public-vurderingene. Før jeg går inn på vurderingen av de selskapsrettslige implikasjonene, vil de faktiske forutsetningene som legges til grunn som bakgrunnsteppe for mine drøftelser bli skissert i kapittel 5.1. Som det vil fremgå her, dreier sakene seg om tvangsfullbyrdelse av dom på erstatning for ikke å ha oppfylt aksjonæravtalen. Innledningsvis vil det også gis en kommentar til hvordan sakene om erstatning stiller seg i en ordre public-vurdering.

5 Selskapsrettens innvirkning på gyldigheten og fullbyrdelsen av voldgiftsdommer ved bruk av ordre public-reservasjonen

5.1 Innledning og faktiske forutsetninger

5.1.1 Innledende om selskapsrettslige hensyn i en ordre public-vurdering

Ordre public-reservasjonen er de nasjonale domstolenes skanse for å motsette seg en internasjonal voldgiftsavgjørelse med begrunnelse i hvordan voldgiftsdommens resultat vil oppleves i vår rettsorden.¹⁴⁷ Et hjemmelsgrunnlag som fokuserer på virkningen av dommen, gjør det nødvendig at domstolen i sin behandling distanserer seg fra en vurdering av hva den korrekte løsningen av tvisten ville være. Det er ikke nok å slå fast at voldgiftsretten foretok feil lovvalg, eller at rettsanvendelsen under det foretatte lovvalget var feil. Det vil heller ikke være tilstrekkelig at de norske reglene ville ha ført til et annet resultat. I stedet blir det et spørsmål om hvordan det resultatet som nå foreligger, vil virke i forhold til hensyn som blir ansett å være helt grunnleggende i Norge.

5.1.2 Faktiske forutsetninger i ordre public-vurderingen

Det vil bli lagt til grunn at en tvist som springer ut av en aksjonæravtale har blitt behandlet i voldgift.¹⁴⁸ Det foreligger en gyldig og bindende avtale om voldgiftsbehandling og den hadde følgelig domsmyndighet i saken.¹⁴⁹ Partene i saken var henholdsvis norske og utenlandske aksjonærer, i et aksjeselskap hjemmehørende i Norge. Den ene parten hadde

¹⁴⁷ Som vi har sett tidligere, kan ordre public-reservasjonen anvendes av de norske domstolene enten ved å erklære avgjørelsen ugyldig jfr. § 43 annet ledd litra b (dersom voldgiftsretten hadde sitt sete i Norge), eller ved å nekte å anerkjenne og fullbyrde avgjørelsen jfr. § 46 annet ledd litra b (dersom slikt krav fremmes her).

¹⁴⁸ Se kapittel 1.1 for definisjon av aksjonæravtale. Aksjonæravtaler er underlagt partenes frie rådighet, og for norsk retts vedkommende følger det da av vogl. § 9 første ledd at det i utgangspunktet er adgang til å avtale at tvister som kan oppstå i avtaleforholdet skal avgjøres ved voldgift. Se Knudsen (2009) s. 36. For en nærmere behandling av aksjonæravtalers kontraktsrettslige stilling, se Giertsen (2003) s. 53-70, særlig s. 55-57.

¹⁴⁹ Jeg vil ikke gå i detalj inn på forutsetningene for, eller reguleringen av, behandlingen i voldgift, da det vil føre for langt i forhold til rammene for avhandlingen. I en viss utstrekning vil jeg nøye meg med å vise til de relevante bestemmelsene. For øvrig vises det til avhandlingens del 1.

ikke oppfylt aksjonæravtalen, da den inneholdt en forpliktelse til å opptre på en måte som ville stride mot reguleringer i aksjeretten. I aksjonæravtalen var det inntatt en lovvalgsklausul som på generelt grunnlag anga et annet lands rett til å regulere alle spørsmål som oppstod i forbindelse med aksjonæravtalen. Den annen part fremmer krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen.¹⁵⁰

Aksjonæravtaler ligger i sin natur i grenselandet mellom kontrakts- og selskapsretten.¹⁵¹ Denne problemstillingen kommer også til syne i behandling av aksjonæravtaler i voldgift. Inngåelsen og innholdet av selve avtalen hører under de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper for avtaletolkning.¹⁵² Disse vurderingene er underlagt partenes lovvalg når spørsmålene behandles av voldgiftsretten så vel som de ordinære domstolene. De elementene i avtalen som omhandler materielle selskapsrettslige forhold faller imidlertid inn under selskapsrettens område. Lovvalsregelen på dette rettsområdet gir anvisning på selskapets hjemland som den anvendbare retten. Det vil gjelde uavhengig av hva partenes avtale sier.

I mine eksempler har voldgiftsretten fulgt partenes vilje, og med det lagt deres lovvalg til grunn i vurderingen av om det foreligger erstatningsansvar. Dette lovvalget ble altså foretatt til tross for at ansvaret bygget på en forpliktelse som er av selskapsrettslig art. Partenes lovvalg var imidlertid ikke relevant her: Når selskapet er hjemmehørende i Norge, er det følgelig norsk rett som skulle vært anvendt. I henhold til den utenlandske retten forutsettes det at aksjonæravtalen var gyldig og bindende på det relevante punktet. De øvrige vilkår for erstatning er oppfylt, og saksøkte blir dømt til å betale erstatning på grunn av mislighold av avtalen.¹⁵³ I henhold til norsk rett ville avtalen derimot ha vært ugyldig og ikke bindende:

¹⁵⁰ Utmåling av erstatning reiser i praksis særlige problemstillinger. Det forutsettes her at det ikke oppstår problemstillinger i forhold til erstatningsutmålingen. Se nærmere om de spørsmålene som da kan oppstå i Normann (2009) s. 43-45.

¹⁵¹ Se Moss, Festskrift til Andenæs (2010) s. 228-230.

¹⁵² Se Lowzow m. fl. (1993) s. 28 og 268.

¹⁵³ Det alminnelige ansvarsgrunnlaget ved erstatning for brudd på en aksjonæravtale er culpa. Det vil ikke bli gått nærmere inn på vurderingen av om vilkårene for erstatning er oppfylt, da det vil falle utenfor avhandlingens rammer. For en nærmere behandling av dette, se Normann (2009) s. 41-54 og Giertsen (2002) s. 537.

I norsk rett vil en avtale som strider mot lov ikke automatisk være ugyldig.¹⁵⁴ I en grunnleggende avgjørelse om vurderingen av rettsvirkningen blir det i Rt. 1993 s. 312 uttalt at det "ikke gjelder noen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men at spørsmålet må avgjøres ved tolkning av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning."¹⁵⁵ I forhold til en aksjonæravtale som ikke kan gjennomføres uten å medføre brudd på aksjelovgivningens regler, er det imidlertid i rettspraksis og teori lagt til grunn at den heller ikke vil være gyldig inter partes.¹⁵⁶ Det samme gjelder ved en avtale som medfører et brudd på selskapets vedtekter.¹⁵⁷ Aksjonæravtaler som medfører en plikt til å bryte preseptoriske regler i aksjelovgivningen vil følgelig ikke være gyldige, og heller ikke bindende for partene etter norsk rett. Som en konsekvens av det faller partenes plikt til oppfyllelse bort.¹⁵⁸

I etterkant av voldgiftsavgjørelsen oppfyller ikke den tapende parten sin plikt til å betale erstatning. Vedkommende har midler i Norge, og den andre parten fremmer sak for de norske domstolene med krav om å tvangsfullbyrde erstatningskravet. Når avgjørelsen først er fremmet for de nasjonale domstolene, skal domstolen prøve ex officio om tvangsfullbyrdelse på grunn av ordre public-strid skal nektes, jfr. vogl. § 46 annet ledd litra b.

Aksjeselskaper, sammen med allmennaksjeselskaper, er i hovedsaklig de formene for virksomhet som gir eierne et begrenset økonomisk ansvar overfor kreditorene.¹⁵⁹

Selskapsformen åpner for økt satsning på nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv, i og med at investorene ikke står i fare for å bli personlig ansvarlige for risikofylte prosjekter. Et begrenset ansvar medfører særlige fordeler for eierne.

Aksjonærene forvalter imidlertid ikke bare verdier på egne vegne, men også for en rekke

¹⁵⁴ Jfr. Woxholth (2003) s. 355.

¹⁵⁵ Jfr. Rt. 1993 s. 312 side 315. Dette prinsippet videreføres i Rt. 1995 s. 46. Se nærmere om dette, Samuelsen (1995) s. 111.

¹⁵⁶ Jfr. Andenæs (2006) s. 60 og *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 332.

¹⁵⁷ En nærmere drøftelse av aksjonæravtaler i slike tilfeller vil bli sett på i kapittel 5.3.

¹⁵⁸ Se blant annet Rt. 1995 s. 46.

¹⁵⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14.

tredjeparter. I lys av ansvarsbegrensningen kunne aksjeselskaper vært en særlig utrygg aktør å forholde seg til. For å veie opp for denne usikkerheten, inneholder aksjeloven derfor regler om organiseringen av selskapet, forholdet mellom selskapet og aksjonærene, og forholdet til selskapets kreditorer. Også hensynet til de ansatte og allmenne samfunnsinteresser er sentrale hensyn.¹⁶⁰ Loven er et resultat av en avveining mellom de ulike hensynene som skal ivaretas.¹⁶¹ Hvilke selskapsrettslige hensyn som kan føre til at ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse, er gjenstand for undersøkelse i det følgende.

5.1.3 Betydningen av at det er fullbyrdelse av erstatningskrav for brudd på aksjonæravtalen som behandles

Som det fremgår av redegjørelsen for de faktiske forutsetningene rett ovenfor, er det i drøftelsene spørsmål om tvangsfullbyrdelse av et erstatningskrav for brudd på aksjonæravtalen, og ikke en dom på oppfyllelse av denne. En slik vinkling gjør at vi kan få en bred tilnærming til aktuelle situasjoner hvor selskapsretten kan ha implikasjoner på partenes lovvalg i et ordre public-perspektiv. En vurdering av tvangsfullbyrdelse av dom på oppfyllelse av aksjonæravtalens forpliktelser ville ha ført med seg andre problemstillinger: Det følger av vogl. § 9 at partene bare har adgang til å avtale voldgift om forhold som partene ”har fri rådighet over”.¹⁶² En rekke av reglene i aksjeloven kan ikke fravikes ved avtale, og disse vil, som vi har sett, være ugyldige og ikke bindende for partene. Slike forhold vil følgelig ikke være underlagt partenes frie rådighet, og en voldgiftsdomstol kan ikke behandle krav om fullbyrdelse av en slik avtale.¹⁶³ En voldgiftsavgjørelse som overser det, vil kunne bli uvirksom etter vogl. §§ 43 / 46 annet ledd litra a. Et krav om erstatning for brudd på aksjonæravtalen vil på sin side ikke medføre en plikt til å bryte preseptoriske

¹⁶⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 65.

¹⁶¹ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14.

¹⁶² Som nevnt i kapittel 2.1 vil saker med fri rådighet i utgangspunktet være dispositive saker med det innholdet som er lagt til grunn i prosessretten. Den endelige avklaringen må foretas ved en tolkning av den aktuelle rettsregelen.

¹⁶³ Jfr. Knudsen (2009) s. 37.

regler i aksjeloven. Adgangen til å behandle erstatningskrav ved voldgift vil derfor ikke reise særlige problemstillinger i forhold til vogl. § 9, og erstatningstilfellene har derfor blitt vurdert som å være en hensiktsmessig tilnærming til ordre public-spørsmålet.

Det kan spørres om selskapsrettslige hensyn kan gjøres gjeldende i en ordre public-vurdering ved tvangsfullbyrdelse av et erstatningskrav. Tilsynelatende kan det synes ikke å være tilfellet: Realiteten av en tvangsfullbyrdelse av avgjørelsen vil i sin enkelthet være at en part må betale penger til den annen part, for brudd på avtalens forpliktelser. Tvangsfullbyrdelsen vil ikke ha noen selskapsrettslig virkning, og resultatet i voldgiftsavgjørelsen vil med det heller ikke direkte krenke noen av selskapsinteressene. På den annen side vil en tilnærming som kun anser direkte selskapsrettslige virkninger for å være relevante i en slik vurdering, være en snever forståelse av hvordan selskapsrettslige hensyn og verdier kan innvirke på vurderingen.

5.1.3.1 Domstolens bruk av selskapsrettslige hensyn i spørsmålet om erstatningsansvar

Rettspraksis viser at domstolene er åpne for å legge vekt på de bakenforliggende selskapsrettslige hensyn i sin vurdering av om erstatning skal ilegges for brudd på aksjonæravtaler når avtalen etter sitt innhold var ugyldig. De to følgende avgjørelsene er illustrerende for et slikt syn.

Rt. 2007 s. 360 (Lyse Energi) var en skattesak med et prejudisielt selskapsrettslig spørsmål. Et selskap, Lyse Energi AS, hadde inngått en avtale med aksjonærene om å konvertere overkursfondet til et ansvarlig lån. Selskapet var låntaker og aksjonærene var långivere. Retten skulle ta stilling til om utbetalte renter i realiteten var skattepliktig utbytte.¹⁶⁴ Lovens fremgangsmåte for nedsettelse av aksjekapitalen var ikke oppfylt. Et spørsmål i forbindelse med det, var om en nedsettelse av aksjekapitalen kunne anses etablert allerede ved inngåelsen av aksjonæravtale mellom selskapet og aksjonærene om å foreta

¹⁶⁴ For en nærmere behandling av avgjørelsen, se også Knudsen (2009) s. 32-34 og Andenæs (2009) s. 8-9.

kapitalnedsettelsen. Høyesterett godtok ikke noen form for avvik fra lovens fremgangsmåte, og kapitalnedsettelsen ble følgelig ikke ansett foretatt allerede på det tidspunktet. I spørsmålet om selskapet var erstatningspliktig overfor aksjonærene fordi aksjonæravtalen ikke var oppfylt på det forutsatte tidspunktet, svarte domstolen benektende på det. Retten la her stor vekt på det grunnleggende hensynet til kreditorene.

Høyesterett uttalte i denne forbindelse: ”Disse reglene [om nedsettelse av aksjekapitalen] til vern for kreditorene er preseptoriske. Dette innebærer at selskapet ikke kan binde seg til hva som skal vedtas på senere generalforsamlinger, eller til at styret skal sende inn endelig registreringsmelding. Loven forutsetter at slike beslutninger skal tas ut fra hva som er forsvarlig på det tidspunkt de tas. Avtaler som forskutterer fremtidige beslutninger, kan ikke kreves oppfylt. En konsekvens av dette er at selskapet heller ikke - slik det her er anført - kan holdes ansvarlig for oppfyllelsesinteressen. Dersom aksjonærene kunne kreve å bli stilt som om nedskrivningen av overkursfondet hadde funnet sted pr. 1. januar 1999, ville dette innebære en omgåelse av kreditorvernet i aksjeloven. Det ville – som påpekt av staten - foregripe utdelinger som etter loven er betinget av bestemte selskapsvedtak, kreditorvarsler og registreringer i Foretaksregisteret. Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at Lyse Energi AS har en form for misligholdsansvar overfor kommunene.”¹⁶⁵ Domstolen avviste også et deliktsansvar,¹⁶⁶ og ingen former for ansvar ble med det godtatt. Vi ser at et oppgjør i form av erstatning for den positive kontraktsinteressen ble likestilt med en oppfyllelse av avtalen. I denne saken er det den økonomiske interessen i avtalen som var det sentrale for partene. I slike tilfeller er det da naturlig å se spørsmålet om erstatning på samme måte som et faktisk brudd på reglene, slik Høyesterett gjorde i denne saken.

I den andre saken som skal fremheves her, Rt. 1995 s. 46 (Nimbus),¹⁶⁷ var det spørsmål om den ene parten hadde krav på restitusjon av vederlag.¹⁶⁸ Aksjonæravtalen som parten hadde

¹⁶⁵ Jfr. Rt. 2007 s. 360 premiss (62).

¹⁶⁶ Jfr. Rt. 2007 s. 360 premiss (63).

¹⁶⁷ For en nærmere behandling av avgjørelsen, herunder sakens faktum, se kapittel 5.3 punkt 5.3.3.1.

betalt i henhold til, ble funnet ugyldig fordi den stred mot "Lov eller Ærbarhed". Avtalen gikk ut på at den ene parten skulle stemme etter instruks fra den andre parten på et selskaps generalforsamling mot vederlag. Formål var å omgå vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger. I vurderingen av hvilken rettsvirkning ugyldigheten fikk, foretok domstolen en konkret vurdering og kom samlet til at restitusjon skulle nektes. En tilbakebetaling av vederlaget ville virke svært urimelig, da det ikke var grunn til å beskytte parten som krevde det: Det var denne parten som hadde tatt initiativ til den ugyldige avtalen og som arrangerte det hele. I forhold til den nærmere begrunnelsen for nektelsen uttalte et mindretall på to dommere seg slik om vurderingstemaet: "I hvilken utstrekning en part som har foretatt en ytelse i henhold til en ugyldig avtale kan kreve sin ytelse tilbake fra medkontrahenten må, mener jeg, avgjøres konkret ut fra en vurdering av partenes forhold og hva som best fremmer de hensyn som har medført at avtalen erklæres ugyldig." Blant de momentene som var særlig relevante i vurderingen, var denne partens formål å omgå vedtektene i selskapet, noe som i ugyldighetsvurderingen var funnet å stå i sterk kontrast til den særlige beskyttelse vedtektene fortjente. Ved å legge vekt på momentene i ugyldighetsvurderingen ser vi at de underliggende selskapsrettslige hensyn som skal ivaretas også får betydning i restitusjonsspørsmålet. En slik anvendelse av de selskapsrettslige hensynene vil etter min oppfatning være relevant i en vurdering av om resultatet er støtende i ordre public-sammenheng.¹⁶⁹

5.1.3.2 Ingen prinsipiell sontring i juridisk teori

Også i juridisk litteratur har det blitt lagt til grunn at erstatning ikke bør ilegges dersom en oppfyllelse av avtalen vil føre til selskapsrettslig erstatningsansvar. Det vil føre til en situasjon hvor avtaleparten kan risikere å måtte betale erstatning uansett hva vedkommende gjør. Det kan igjen virke som et press for å handle i tråd med avtalen. En slik ordning vil i

¹⁶⁸ Det var altså ikke erstatning, men betraktningene rundt restitusjon er de samme og er en fullgod illustrasjon likevel. Det vil bli gått nærmere inn på denne avgjørelsen i kapittel 5.3 om erstatning for brudd på aksjonærvtale som forutsetter en omgåelse av vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger.

¹⁶⁹ Se også Rt. 2003 s. 1501.

sin tur være med på å svekke vernet av de selskapsrettslige hensynene. Det har blant annet blitt fremhevet for styremedlemmer som er part i aksjonæravtale. I de tilfellene en opptreden i tråd med aksjonæravtalen medfører at selskapsinteressene blir krenket og det kan bli tale om myndighetsmisbruk etter asl. § 6-28, bør styremedlemmet ikke risikere å bli erstatningsansvarlig for brudd på avtalen.¹⁷⁰

5.1.3.3 Avsluttende betraktninger om erstatningssakene

De beste grunner taler derfor for å omfatte erstatningssakene i undersøkelsen av når selskapsrettslige hensyn vil være relevante i en ordre public-vurdering: Ansvarsgrunnlaget bygger på en aksjonæravtale som ikke kunne ha blitt gjennomført etter norsk rett, da den ville vært ugyldig og ikke bindende mellom partene. De selskapsrettslige hensynene som avtalen ville ha krenket ved en oppfyllelse, ville på den måten ha blitt vernet. Ved at voldgiftsretten har ilagt den ene parten erstatningsplikt for oppfyllelsesinteressen, gis avtalen likevel rettsvirkninger. Dette har en side både mot den erstatningspliktige og den erstatningsberettigede. For førstnevnte betyr illeggelsen av erstatningsansvar et signal om at vedkommende var forpliktet til å opptre i samsvar med aksjonæravtalen, selv om det medførte at de aktuelle selskapsrettslige reglene ble brutt. Parten som ikke overholdt avtalen vil således bli ilagt en sanksjon fra domstolen ved at den må betale erstatning. En slik konsekvens kan oppleves som et pressmiddel til å oppfylle avtalen. Det ville hatt den følge at de relevante selskapsrettslige hensynene faktisk ble brutt.¹⁷¹ Den erstatningsberettigede parten på sin side får gjennom erstatningen et substitutt for rettmessig oppfyllelse. Vedkommende blir følgelig stilt økonomisk som om oppfyllelse har skjedd. Det økonomiske aspektet er gjerne det sentrale formålet i avtalen, og det vil da ha liten betydning for denne parten hvordan vinningen skjer. Resultatet er at vedkommende vil oppnå den økonomiske vinningen på den ene eller andre måten uansett, og parten har følgelig ikke tatt noen økonomisk risiko ved å inngå en slik avtale. En slik rettstilstand kan være med å fremme den type avtaler og forsøk på omgåelser av norsk rett i voldgift for

¹⁷⁰ Se blant annet Lowzow m. fl. (1993) s. 36.

¹⁷¹ Se også Andenæs (2001) s. 162-163.

fremtiden også. Etter min oppfatning vil det i lys av dette ikke være noen grunn til å sondre på prinsipielt grunnlag mellom voldgiftsavgjørelser som har direkte selskapsrettslig virkning, og erstatningskrav som bygger på en plikt til å handle i strid med aksjeretten. De her nevnte synspunktene har også fått støtte av utenlandske jurister.¹⁷² Det ble av disse fremhevet at det ikke var noen grunn til å sette erstatningstilfellene i noen annen prinsipiell stilling enn sakene som omhandlet oppfyllelse av avtalen.

5.1.3.4 Konklusjon

Det synes etter dette klart at ivaretagelsen av grunnleggende selskapsrettslige hensyn vil være relevant ved domstolens vurdering av om dom på erstatning for brudd på aksjonæravtale skal gjøres uvirksom med grunnlag i ordre public-reservasjonen. Ved å la erstatningskrav som bygger på en avtale om å bryte preseptoriske regler i aksjelovgivningen også være omfattet i vurderingen av de selskapsrettslige hensynene, unngår man at noen av partene tjener økonomisk på avtaler som, dersom de var blitt fullbyrdet, ville vært i strid med ordre public.

5.1.4 Veien videre

Det ligger i ordre public-reservasjonens natur at det vil være visse begrensninger på hvor konkrete svar en undersøkelse fra et teoretisk ståsted kan gi; hele forutsetningen for vurderingen av ordre public-strid er at den skal foretas i lys av omstendighetene i hver enkelt sak. I dette ligger det i alle fall to begrensninger: For det første vil overføringsverdien fra de konkrete situasjonene som blir belyst gjennom eksempler og rettspraksis være begrenset, da hver voldgiftsavgjørelse domstolen får forelagt seg vil ha sine egne, særegne forhold. For det andre kan det ikke gis noen helt eksakt konklusjon på

¹⁷² Synspunktene som er gjort rede for her, ble fremmet blant annet av kandidaten på voldgiftsseminar [Arbitration and the not unlimited party autonomy: The impact of competition law and company law 7. mai 2010], og spørsmålet ble diskutert i den etterfølgende paneldebatten. Det fikk støtte av deltakerne, herunder av professor George Bermann ved Columbia University, New York, og professor Luca Radicati di Brozolo ved Catholic University of Milan.

hvilke resultater som vil stride mot grunnleggende selskapsrettslig hensyn i de eksemplene som brukt her. Det vil føre for langt i en avhandling av dette omfanget å konstruere eksempler så detaljert at en slik konklusjon kan gis. Det ville for øvrig gjort overføringsverdien desto mindre.

I en avgjørelse avsagt av de russiske domstolene er det slått fast at aksjonæravtaler i selskaper hjemmehørende i Russland som forutsetter et annet lovvalg vedrørende bestemmelser om selskapets juridiske personlighet, dets rettslige handleevne, selskapsorganenes funksjon og selskapets forhold til aksjonærene, vil være i strid med russisk ordre public.¹⁷³ En lignende dom er avsagt i Ukraina.¹⁷⁴ En slik generell, forhåndsbestemt forståelse av når ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse, vil føre til at den gis et relativt vidt anvendelsesområde. Det kan spørres om en slik tilnærming vil være en god løsning også i norsk rett.

I de følgende kapitlene vil jeg ta for meg fire situasjoner hvor det vurderes om resultatet i voldgiftsavgjørelsen tilsier at ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse. Spørsmålet om grunnleggende selskapsrettslige hensyn kan aktualisere ordre public-reservasjonen, synes hittil ikke å ha vært oppe for de norske domstolene. Det er derfor lite føringer å hente her i hvilken behandling de ulike hensynene vil få i en ordre public-vurdering. Formålet her er å komme noe nærmere hvilke selskapsrettslige forhold som kan være relevante i en ordre public-vurdering. Vurderingene er derfor foretatt ut ifra et normativt perspektiv.

¹⁷³ Jfr. Moss, LoR (2009) s. 363 og Moss, Int. A.L.R. (2008) s. 158 med videre henvisning til avgjørelse 31. desember 2006 av Federal Commercial Court of West Siberia. Avgjørelsen var vedrørende en voldgiftsavgjørelse som baserte seg på en aksjonæravtale mellom OAO Telecominvest, Sonera Holding B.V., Telia International AB, Avenue Ltd, Santel Ltd, Janao Properties Ltd, og IPOC International Growth Fund Ltd.

¹⁷⁴ Moss, LoR (2009) s. 363.

5.2 Erstatning for brudd på aksjonæravtale som fratrar aksjonærene grunnleggende rettigheter vedrørende deltakelse på generalforsamling

5.2.1 Innledning

Aksjeloven oppstiller saksbehandlingsregler for avholdelse av generalforsamling så vel som rettigheter for aksjonærene på denne. For å gjøre generalforsamlingen mest mulig effektiv i sin beslutningstaking, kan det anses hensiktsmessig å avholde møtene på en mindre formell måte enn det aksjeloven foreskriver. En slik avtale kan imidlertid også ha som virkning at mange aksjonærer ikke får anledning til å møte, med det bortfall av rettigheter det medfører.

Vi kan tenke oss et tilfelle hvor aksjonærene A og B i et selskap hjemmehørende i Norge har inngått en aksjonæravtale hvor en av klausulene har følgende innhold:

”Generalforsamling skal avholdes i umiddelbar sammenheng med styremøte, og uten forutgående innkalling.” A unnlot imidlertid å påse at avtalen ble overholdt på dette punktet, og styret sendte ut innkalling i henhold til lovens krav. Som en følge av det møtte atskillig flere av aksjonærene. Vedtak ble fattet i strid med Bs interesser, og det som var forutsetningene i avtalen mellom A og B. I voldgiftsbehandlingen motsatte A seg krav om erstatning, med henvisning til at det i følge aksjeloven ikke var adgang til å avtale at innkalling til generalforsamling skulle utelates. Etter norsk rett var derfor en slik avtale ugyldig og uten rettsvirkninger mellom partene. Voldgiftsretten anså ikke norsk rett for å være relevant i de selskapsrettslige vurderingene og la til grunn den utenlandske retten som fulgte av partenes lovvalg. Som følge av reguleringen i denne fikk B i den videre behandlingen medhold i sitt krav om erstatning, men A oppfyller ikke sin erstatningsplikt. A har midler i Norge, og saken ender med at B fremmer krav om tvangsfullbyrdelse i Norge. De norske domstolene må da vurdere om en tvangsfullbyrdelse av erstatningskravet vil stride mot ordre public jfr. vogl. § 46 annet ledd litra b.

5.2.2 Krav til innkalling til generalforsamling i henhold til norsk rett

I en vurdering av om ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse, vil det være relevant å se hen til hvilke regler som ville blitt brutt dersom avtalen som erstatningskravet bygget på hadde blitt oppfylt. De relevante reglene vil gi en anvisning på hvilke bakenforliggende hensyn som søkes å bli ivaretatt. Reglene om innkalling til generalforsamling følger av asl § 5-10 (2). Den skal være sendt ”senest en uke før møtet skal holdes, om ikke vedtektene setter en lengre frist.” Som det følger av ordlyden, er denne minstefristen gjort ufravikelig, og det samme er understreket i forarbeidene.¹⁷⁵ Fristen er nødvendig for at aksjonærene skal ha en reell mulighet til å forberede seg, og å møte på generalforsamlingen. Hensynet begrunner også at det i utgangspunktet ikke kan fattes beslutning i saker som aksjonærene ikke har fått informasjon om i innkallingen, jfr. asl. § 5-14 (1). Det er altså innkallingen som legger føringene for hva som kan behandles på generalforsamlingen, og den er følgelig helt sentral for at aksjonærene skal kunne forberede seg. Samtlige av aksjonærenes rett til informasjon om selskapets forhold er også fremhevet i forarbeidene: ”alle aksjeeiere har krav på fullstendig informasjon om alle saker som generalforsamlingen skal behandle og avgjøre. Det er vesentlig at beslutningen treffes på så riktig og fullstendig grunnlag som mulig”.¹⁷⁶ Det er da nødvendig for aksjonærene å sette seg inn i sakene som det skal stemmes over. I dette ligger det også at aksjonærene skal ha tid til å legge til rette for å kunne utøve innflytelse på generalforsamlingen, eksempelvis gjennom stemmeavtaler med andre aksjonærer i visse saker, og forberede egne innlegg til overbevisning på møtet. Dersom aksjonærene ikke blir varslet om generalforsamlingen, vil det kunne føre til at vedkommende stiller svakere enn andre aksjonærer på generalforsamlingen, eller i verste fall at han eller hun ikke får mulighet til å møte.

¹⁷⁵ Jfr. NOU 1996:3 s. 131.

¹⁷⁶ Jfr. NOU 1996:3 s. 59.

5.2.3 Manglende innkalling kan føre til bortfall av aksjonærenes møterett

Generalforsamlingen er den øverste myndigheten i selskapet, og det følger av § 5-2 (1) at aksjonærenes rett til å delta her er ufravikelig.¹⁷⁷ Taleretten nyter det samme vernet.¹⁷⁸ At samtlige gis denne retten uten mulighet for å gjøre unntak, selv ved enstemmig avgjørelse av aksjonærene selv, gir anvisning på hvor grunnleggende retten er vurdert å være.

Generalforsamlingen er det eneste stedet samtlige aksjonærer har krav på å delta, og i forarbeidene omtales vernet om møteretten som et av tiltakene for å ivareta de individuelle så vel som mindretallets interesser.¹⁷⁹ Aksjonærene har her en særlig mulighet gjennom innlegg til å påvirke de andre aksjonærene før avgjørelser skal tas. De har også mulighet til å stille spørsmål til ledelsen, jfr. asl. § 5-15.

En svekkelse eller bortfall av møteretten vil da være et vesentlig brudd på aksjonærens grunnleggende rett til å kunne ivareta sine investeringer og eierinteresser i selskapet. Det vil videre være et stort innhugg i likhetsgrunnsetningen, som gjelder ubetinget ved møteretten.¹⁸⁰ En aksjonæravtale som medfører at en utøvelse av denne retten blir svært vanskelig eller bortfaller, kan i realiteten være en omgåelse av forbudet mot å begrense retten til å møte. Dersom det i de enkelte sakene fremstår som klart at nettopp ønsket om å frata den andre muligheten til å delta på generalforsamlingen var den bakenforliggende årsaken til en avtale om å la være å sende innkalling, vil det tale for å bruke ordre public-reservasjonen.

¹⁷⁷ Se blant annet *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 323.

¹⁷⁸ Det fremgår ikke uttrykkelig av asl. § 5-2 (3), men det følger av sammenhengen i bestemmelsen. Se også Andenæs (2006) s. 286.

¹⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 152, hvor departementet slutter seg til aksjelovutvalgets redegjørelse for gjeldende rett og legger til grunn en fortsettelse av denne. Aksjelovutvalget viser til NOU 1992:29 som er aksjelovgruppens arbeid.

¹⁸⁰ Prinsippet er lovfestet i asl. § 4-1 (1) første punktum. I henhold til dette har alle aksjer lik rett i selskapet. Dette har vært et av de grunnleggende prinsippene også i de tidligere aksjelovene. Se nærmere om dette i Sundby (2003) s. 237.

Vernet om møteretten har også blitt fremhevet i rettspraksis. I Rt. 2003 s. 1501 (Winge Reisebureau) var et generalforsamlingsvedtak om å utdele maksimalt utbytte påstått å være ugyldig som følge av brudd på møteretten. Reglene for innkalling var vesentlig tilsidesatt, både vedrørende tidspunktet for når innkallingen ble sendt så vel som dens innhold. Det resulterte i at en av aksjonærene ikke hadde fått anledning til å delta på generalforsamlingen, hvor det ble fattet vedtak om maksimal utbytteutdeling. Med stor vekt på at det var tale om brudd på grunnleggende aksjonærrettigheter kom retten enstemmig til at vedtaket var ugyldig. Det var anført at det måtte være et kausalitetskrav for å statuere ugyldighet, og retten anså at et slikt krav var relativt, avhengig av hva slags feil det var tale om. Betydningen av innkallingsreglene ble vurdert, og det ble presisert at det var viktig å verne om mindretallsaksjonærenes interesser. Det skulle derfor svært lite til før brudd på disse reglene førte til ugyldighet. I det lå en betraktning om at brudd på disse bestemmelsene ble ansett å være svært grove, og førstvoterende uttalte i denne forbindelse: ”For meg er det tilstrekkelig å peke på at når det gjelder tilsidesettelse av regler som er vesentlige for at aksjonærer skal kunne ivareta sine interesser på generalforsamlinger, må det oppstilles en sterk presumsjon for at feilen har hatt betydning”.¹⁸¹ Aksjonærenes rett til å ivareta sine eierinteresser på generalforsamlingen gis med det et meget sterkt vern. Reglene om innkalling, som skal muliggjøre dette, må derfor ha det samme vernet.

Dette har også blitt lagt til grunn i utenlandske domstoler. I saken mellom Rumeli Telekom A.S. og Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri (”saksøker”) A.S v. Republic of Kazakhstan (”saksøkt”) krevde saksøker erstatning for at deres aksjer i selskapet KaR-Tel hadde blitt utløst.¹⁸² Vedtak om tvungen overføring tilbake til selskapet til fordel for de øvrige aksjonærene var fattet på ekstraordinær generalforsamling, som saksøker ikke hadde fått innkalling til og derfor ikke var tilstede på. Saksøker anførte i forbindelse med vernet om møteretten at brudd på reglene om innkalling “[...] violates the basic principle of the

¹⁸¹ Jfr. Rt. 2003 s. 1501 premiss (48).

¹⁸² Se Rumeli Telekom A.S. (Turkey), Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S (Turkey) v. Republic of Kazakhstan (Kazakhstan) ICSID, 29. juli 2008 [Nettdokumentet har ikke sidetall. I printet versjon side 56 av 128.]

provision related to notices, which is to ensure that the partners have the opportunity to participate in the activity of the company”. Domstolen fant at saksøkerne hadde krav på erstatning.

I en vurdering av ordre public-strid er det vernet om de grunnleggende hensynene som skal tas i betraktning. En avtale som medfører brudd på regler som skal sikre noen av de helt fundamentale aksjonærrettighetene, vil ikke være i tråd med det vernet og sikkerheten aksjonærer er gitt gjennom aksjeselskapsformen.

Det er verdt å merke seg at retten i Winge Reisebureau-saken heller ikke så behov for ytterligere brudd for å statuere ugyldighet, for eksempel at en utøvelse av stemmeretten hadde blitt nektet. Det ble heller ikke ansett relevant at generalforsamlingen mest sannsynlig hadde kommet til samme resultat selv om innkallingen var riktig foretatt og aksjonæren hadde vært til stede; det var tilstrekkelig for å konstatere ugyldighet at vedkommende hadde mistet sin mulighet til gjennom diskusjon å få påvirke avgjørelsen som ble tatt. Det var altså muligheten i seg selv som ble vernet, ikke den faktiske påvirkningen på generalforsamlingen. Det at disse rettighetene gis et meget sterkt vern, kan med tyngde tale for at bruddet også kan føre til nektelse av å fullbyrde voldgiftsdommen i et ordre public-perspektiv. I en ordre public-vurdering vil det imidlertid være de konkrete forholdene som må betinge bruk av reservasjonen, og disse generelle betraktningene vil bare ta domstolen et stykke på veien i sin vurdering.

I praksis vil det i mange aksjonæravtaler ikke være tale om én part som ønsket å være lojal mot lovens regler og én som ikke ønsket det, men hvor de i større eller mindre grad hadde en felles enighet om å omgå loven. Dette vil være relevant i vurderingen av hvor støtende det vil være at en av partene får erstatning med bakgrunn i en slik avtale. I den nevnte høyesterettsavgjørelsen kan også dette aspektet belyses, ved å se på hvordan retten behandlet spørsmålet om tilbakebetaling av utbyttet som følge av det ugyldige vedtaket. Det ble foretatt en konkret rimelighetsvurdering, hvor det ble lagt særlig vekt på partenes felles forutsetninger om å foreta disposisjonen i forkant av at det ble gjort, saksøkers uttalte

egeninteresse i saken og den lange tiden før tilbakebetaling ble krevet. I lys av dette kom retten til at saksøker hadde hatt en så sentral rolle i hendelsesforløpet at det ikke var grunnlag for å kreve tilbakebetaling. I tillegg hadde aksjonærens representant i styret stilt seg bak styrets anbefaling om utbytte da det var oppe til styrebehandling. Dette siste forholdet kan ses som en betraktning om at aksjonæren ved sin representant hadde vært med på å legge til rette for disposisjonen som det nå ble reagert på.

5.2.4 Tap av retten til å utøve stemmeretten

En videre følge av, og i nær sammenheng med, at aksjonæren ikke får anledning til å møte, er at han ikke får utøvet stemmeretten (såfremt vedkommende er stemmeberettiget), jfr. asl § 5-3. Det vil være en ytterligere innskrenkning i aksjonærens mulighet til å påvirke beslutningene som tas i selskapet. I en dom fra Borgarting lagmannsrett (Nordic Forest Supply) var det spørsmål om vedtak fattet på to ekstraordinære generalforsamlinger var ugyldige på grunn av brudd på møte- og stemmeretten på generalforsamlingen.¹⁸³ På den første ble fullmakten til aksjonærens representant ikke godkjent, og aksjonæren ble ansett som ikke møtt. På den andre generalforsamlingen ble fullmakten godkjent, men aksjonæren ble ansett å være inhabil. Vedkommende ble derfor nektet stemmerett. Det var etter rettens mening klart at det ikke var grunnlag for å nekte aksjonæren verken å møte eller stemme. I vurderingen av om det skulle føre til at vedtakene var ugyldige, uttalte lagmannsretten at det var snakk om en saksbehandlingsfeil ”av en art som åpenbart må føre til at vedtakene som så ble truffet, kjennes ugyldige”. Også her ser vi at domstolene ikke tolererer en krenkelse av rettighetene, og at de anses å være helt elementære.

Aksjonærene i denne saken eide 50 % av aksjene hver. At den ene aksjonæren så blir nektet adgang og til å stemme ga i realiteten den andre aksjonæren fri mulighet til å fastsette det nærmere innholdet i avgjørelsene som ble fattet. Det er interessant å merke seg at lagmannsretten ikke tar opp dette forholdet i sin vurdering. Dette viser at brudd på reglene var nok i seg selv, uavhengig av den store maktforskyvningen det medførte. I en ordre

¹⁸³ Jfr. LB 2005 127905.

public-vurdering vil imidlertid det faktum at fravikelsen av reglene utgjør vesentlige innhugg i de hensynene som skal ivaretas, være noe som etter min oppfatning må ha betydelig vekt.

Hensynene bak reglene om forberedelse og deltakelse på generalforsamling taler isolert sett for at tvangfullbyrdelsen av et erstatningskrav for en avtale som vil medføre at reglene blir brutt, vil anses å være i strid med ordre public. Domstolenes eventuelle bruk av denne reservasjonen vil likevel alltid måtte vurderes ut ifra hvilken grad hensynene blir svekket i den konkrete saken. De ordinære domstolene er avskåret fra å foreta en generell overprøving av saken, så her må domstolen i stor grad legge til grunn voldgiftsrettens vurderinger både ved rettsanvendelsen og av faktum i saken.

5.2.5 De konkrete forholdene avgjør spørsmålet om ordre public-strid

Det vil være tilfeller hvor avtale om å la være å kalle inn til generalforsamling ikke ville hatt særlige virkninger for aksjonærenes rettigheter i forbindelse med generalforsamlingen, og dersom avtalen ikke ville ført til støtende resultater, vil heller ikke fullbyrdelsen av et erstatningskrav gjøre det. Om så er tilfelle, vil avhenge av forholdene i de enkelte selskapene.

Dersom det er snakk om et lite selskap hvor det er nære relasjoner mellom aksjonærene, er de ofte godt kjent med forholdene i selskapet fra før. Det vil da ikke være et like sterkt behov for å sette seg inn i informasjonen i forkant. Aksjonærene vil gjerne også ha kjennskap til den forestående generalforsamlingen på annen måte, slik at de formelle reglene om innkalling har liten faktisk betydning. I lignende betraktning så vi i Rt. 2003 s. 1501 (Winge Reisebureau) at aksjonærens tidligere rolle i forhold til vedtaket som ble fattet på generalforsamlingen, og innsikten vedkommende hadde i prosessen, ble ilagt vekt i spørsmålet om tilbakebetaling av utbyttet.

En avtale om å unnlate innkalling kan videre ha gode grunner for seg. Det kan blant annet være av hensyn til generalforsamlingens og selskapets effektivitet; dersom aksjonærene kan tre sammen uten varsel, har de muligheten til å fatte avgjørelser raskt og være i forkant i markedet, dersom det er et behov for det. I slike tilfeller vil man gjerne være utenfor ordre public-unntaket.

Dette vil gjelde i enda større grad i tilfeller hvor samtlige aksjonærer er part. I slike tilfeller vil det ikke være grunn til å verne parten som ikke oppfylte avtalen. Betydningen av dette ble fremhevet blant annet i RG. 1998 s. 101 (Bergvang Shipping). Det var her tale om et familieeid selskap. Det var foretatt en rekke disposisjoner som ledd i en aksjonæravtale mellom ulike fraksjoner i selskapet, hvor formålet var at den ene familiegrenen i selskapet skulle få realisert de økonomiske verdiene av deres eierinteresser i selskapet. I spørsmålet om erstatning, uttalte retten at "[d]ersom aksjonæravtalen hjemler de omtvistede disposisjoner, og selskapsinteressene ikke trues, kan lagmannsretten ikke se at det på erstatningsrettslig grunnlag kan gjøres gjeldende noe krav mot Atle Bergshaven [styremedlem] eller Bergshav Invest AS. [...] En aksjonæravtale der samtlige aksjonærer er parter vil være bindende for selskapets virksomhet med mindre selskapsrettslige interesser er til hinder for at avtalen gjennomføres, f. eks. dersom selskapskreditorenes stilling krenkes." Vi ser at ved en avtale hvor alle aksjonærene har samtykket på forhånd, er det begrenset i hvor stort omfang de kan angripe beslutningene som er tatt i etterkant.

Spørsmålet er ikke avklart i norsk rett, men et slikt synspunkt er med i tråd med synspunktene i Bergvang Shipping-kjennelsen, og er også lagt til grunn i juridisk litteratur.¹⁸⁴ Så fremt ingen andre interesser vil bli krenket ut over aksjonærene selv, har det etter min oppfatning de beste grunner for seg at en oppfyllelse av avtalen ikke vil anses støtende i ordre public-sammenheng. Avtalen vil uansett være beskyttet av avtaloven § 36.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Se Giertsen (2002) s. 542.

¹⁸⁵ Se også Giertsen (2002) s. 534.

På den annen side kan det være forhold i saken som gir en klar anvisning på bruk av ordre public-reservasjonen. I store selskaper hvor det er liten nærhet mellom eierne og de er geografisk spredt synes det å være dårligere grunner til å godta en unnlattelse av innkalling til generalforsamlingen. Dette var tilfellet i Nordic Forest Supply-saken som er omtalt ovenfor. Den ene aksjonæren var bosatt i Tyskland, mens selskapets generalforsamling var i Norge. Informasjonsflyten utenom det som er påkrevet vil gjerne være dårlig, både når det gjelder selskapets forhold og om avholdelsen av planlagte møter. Dersom aksjonæren ønsker å utøve innflytelse på generalforsamlingen, vil vedkommende derfor ha et sterkt behov for tid til å forberede seg. Når det ikke kommer innkalling, vil muligheten til dette bli svekket eller kan gå tapt.

Det kan også være tilfeller hvor det fremgår av voldgiftsdommen at formålet med avtalen var å omgå reglene, for å avskjære så mange som mulig av aksjonærene fra å delta på generalforsamlingen. På den måten får aksjonærene som faktisk møter en stor fordel ved at de vil møte liten motstand når beslutninger skal tas. Også her kan Nordic Forest Supply være illustrerende. Dersom det er parten som tok initiativ til aksjonæravtalen som har krav på å få erstatning for at avtalen med disse tilsiktede fordelene ble brutt, vil det kunne virke støtende for de øvrige i selskapet at erstatning blir gitt.¹⁸⁶

Videre vil konsekvensene for partene ha betydning. En fullbyrdelse av voldgiftsdommen betyr at parten som opptrer i samsvar med loven og sender innkalling likevel får en negativ reaksjon i form av erstatningskrav. Det er dennes handlinger i tråd med loven som er grunnen til at de aktuelle hensynene blir ivaretatt og det kan synes å være et urimelig resultat i oppgjøret mellom de to.

Også i andre land er brudd på disse hensynene ansett å være i strid med ordre public. Dette gjelder blant annet i fransk rett.¹⁸⁷ Hensynet til ensartet tolkning at ordre public-reservasjonen vil da være et moment for at samme betraktning legges til grunn i Norge.

¹⁸⁶ Se nærmere om dette momentet i kapittel 5.3.

¹⁸⁷ Jfr. Le Bars, Benoit. Seminar. 13. november 2009.

5.2.6 Avsluttende bemerkninger

Samlet vil det her være flere faktorer som gir anvisning på om en tvangsfullbyrdelse av en dom som ilegger erstatningsansvar vil føre til brudd på ordre public. Bestemmelser som omhandler aksjonærenes tilgang til generalforsamlingen er i kjernen av deres grunnleggende rettigheter som eiere i selskapet. Reglene sørger for at aksjonærene har mulighet til å forberede seg til møtet, delta, få informasjon, og å påvirke beslutningen gjennom talerett og eventuelt stemmerett. Det har blitt vist at disse hensynene blir ivaretatt av domstolene uavhengig av om den manglende beskyttelsen av hensynene har innvirkning på hva utfallet i beslutningene på generalforsamlingen blir. Det vil også derfor ha betydning ved en vurdering av ordre public-strid.

Omstendighetene i den konkrete saken vil være avgjørende for om de fundamentale hensynene som ligger bak lovbestemmelsene blir krenket i en slik grad at det vil være tale om ordre public. Selskapets størrelse og forholdet mellom aksjonærene er forhold som er funnet å være relevante. Videre vil det være sentralt om samtlige aksjonærer er part i aksjonæravtalen. Dersom det er tilfellet, vil det i saker som dette, som bare skal ivareta aksjonærenes interesser, tale i retning av at det ikke vil kvalifisere til en anvendelse av ordre public-reservasjonen. I forlengelsen av dette, kan det ha betydning i hvilken grad de forskjellige partene har vært delaktige i utviklingen av avtalen, og om begge har søkt å oppnå de fordelene som springer ut av denne. I tillegg kan aksjonærens kontakt med styremedlemmene og de faktiske mulighetene til å påvirke dem ha betydning i en rimelighetsvurdering. Det er også forhold som vil ha betydning for ordre public-vurderingen.

I retning av at ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse, taler de tilfellene hvor det er aksjonæren som påstår voldgiftsavgjørelsen gyldig eller tvangsfullbyrdet som har tatt initiativ til klausulen i avtalen med formål om å oppnå fordeler på generalforsamling den

ikke ellers ville hatt. I slike tilfeller vil det kunne virke svært støtende dersom en slik avtale medfører at den får fordelene som følger av voldgiftsdommen.

Ut over dette vil det uansett til slutt bero på en helt konkret vurdering av partenes forhold seg i mellom, selskapets størrelse, formålet bak utformingen av klausulen og i hvilken grad partenes opptreden er så lite ønskelig at det anses påkrevet med en inngripen fra domstolene.

5.3 Erstatning for brudd på aksjonæravtale som strider mot vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger

5.3.1 Innledning

Utøvelsen av aksjonærenes stemmerett på generalforsamlingen, jfr. asl. § 5-3 (1), er et utslag av likhetsgrunnsetningen: ”Hver aksje gir én stemme”. Loven åpner for at dette kan fravikes i lov eller vedtekter. Dersom det er blitt gjort, vil dette være bindende for alle aksjonærene. I praksis er utøvelse av stemmeretten ofte regulert i aksjonæravtaler. Undertiden vil en slik avtaleregulering være i strid med selskapets vedtekter.

Vi kan tenke oss et norsk selskap som har følgende vedtektsbestemmelse: ”Ingen kan stemme for mer enn 10 % av aksjekapitalen i Selskapet på generalforsamling”. Aksjonærene A og B eier 10 % av den stemmeberettigede aksjekapitalen hver. Til tross for at de begge har oppnådd maksimal utøvelse av stemmeretten gjennom sine aksjer, kan en aksjonæravtale ha følgende klausul: ”A plikter å utøve stemmeretten og stemme i samsvar med Bs stemmegivning i alle saker på Selskapets generalforsamling”. Vi kan videre tenke oss at A ikke stemmer etter Bs instruksjoner på generalforsamlingen, med den følge at et vedtak med et annet innhold blir fattet, enn det som ville blitt dersom A hadde fulgt Bs instruksjon. As opptreden er i strid med avtalen, og B krever erstatning for mislighold av avtalen. Voldgiftsretten anså norsk rett for å være irrelevant i sin vurdering av erstatningsansvar for A. I henhold til partenes lovvalg var det ikke tilsvarende restriksjoner som i norsk rett vedrørende omgåelse av vedtektsfestede

stemmerettsbegrensninger i selskapet. A hadde følgelig vært forpliktet til å oppfylle avtalen, og blir dømt til å betale erstatning. A oppfyller ikke sin erstatningsplikt etter dommen. I en etterfølgende domstolsbehandling blir spørsmålet om tvangsfullbyrdelse av erstatningskravet vil stride mot ordre public jfr. vogl § 46 annet ledd litra b.

Voldgiftsretten dom på erstatning bygger på en forutsetning at slik aksjonæravtale er gyldig og bindende, og at partene har plikt til å opptre i henhold til denne, til tross for at det medfører at vedtektsbestemmelse om stemmerettsbegrensninger blir brutt. I den følgende vurderingen av om et slikt erstatningskrav skal tvangsfullbyrdes, er det relevant å vurdere hvordan grunnleggende hensyn ville ha blitt påvirket dersom den underliggende avtalen hadde blitt fullbyrdet.

5.3.2 Lovgrunnen for å åpne for stemmerettsbegrensninger i vedtektene

I vurderingen av om stemmerettsbegrensninger skulle godtas, fremhevet aksjelovutvalget at det var ønskelig å legge til rette for utviklingen av selskaper ved å åpne for ulike måter å finansiere og investere i selskapet på.¹⁸⁸ Ved å tillate begrensninger på stemmeretten ble det åpnet for å skaffe kapital til selskapet uten at det nødvendigvis påvirket styringen. Det er flere årsaker til at dette er viktig for aksjonærene: Det kan blant annet være for å hindre fiendtlige oppkjøp, forenkle generasjonsskifter eller å sikre kontroll over hvordan styret blir sammensatt ved valg av dette på generalforsamlingen.¹⁸⁹ Slike ønsker kan eksempelvis være relevant for gründere eller i familiebedrifter. Nettopp det å legge til rette for nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv er et av hovedhensynene i aksjelovgivningen.¹⁹⁰ Gode muligheter for å innhente kapital på eiernes egne premisser er nødvendig for å få til dette.

¹⁸⁸ Jfr. Ot.prp. nr 23 (1996-1997) side 82-85. Departementet slutter seg til aksjelovutvalget, som viser til forarbeidene til det opprinnelige lovforslaget. Det vises der til Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) side 103-104.

¹⁸⁹ Se også Sundby (2003) særlig s. 234-237.

¹⁹⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14.

Ifølge asl. § 5-3 (1) må en annen regulering enn lovens utgangspunkt følge av ”loven eller vedtektene”. Ordlyden gir anvisning på at reguleringsmåtene i bestemmelsen er uttømmende, og det er også i forarbeidene forutsatt at endringer som ikke følger av loven må gjøres i vedtekts form.¹⁹¹ Det er følgelig ikke adgang til å omgå vedtektene ved å endre begrensningene gjennom en avtale. Ved et krav om fastsettelse i vedtektene sikrer det at avgjørelsen har blitt tatt etter behandling på generalforsamling, og med kvalifisert flertall jfr. asl. § 5-18.¹⁹² Regulering av stemmeretten i vedtektene er derfor bindende for samtlige aksjonærer, og krever at alle innretter seg etter dem. Dersom noen omgår vedtektene ved en avtale, vil det skje på bekostning av de øvrige aksjonærene: De aksjonærene som innretter seg etter vedtektene vil i realiteten få sin stilling svekket på generalforsamlingen ved at én aksjonær får sterkere gjennomslagskraft gjennom den økte stemmeretten.

En regulering i vedtektene sikrer også at bestemmelsen er kjent for alle interesserte tredjeparter: Vedtektene skal registreres i Foretaksregisteret jfr. foretaksregisterloven § 3-1 første ledd nr. 1, og det følger av fregl. § 8-1 at ”enhver” har rett til innsyn i disse opplysningene.¹⁹³ Denne informasjonen vil være sentral når det skal foretas en vurdering av selskapet. For potensielle investorer vil det reelle styrkeforholdet mellom aksjonærene, og hvem som i hvilken grad skal være med som beslutningstakere, kunne være av sentral betydning for deres økonomiske interesser. Hvordan fordelingen av stemmene blant aksjonærene er regulert, vil vise hvem som kan være med på å påvirke selskapets kurs, og i hvilken grad de kan gjøre det. En aksjonæravtale er derimot bare bindende for dem som har tiltrådt avtalen, og trenger heller ikke være gjort kjent for noen utenfor avtaleforholdet. Dersom det blir organisert instruksjonsmuligheter for å omgå stemmereglene, vil vedtektene gi et direkte uriktig bilde både for de øvrige aksjonærene og andre tredjeparter.

¹⁹¹ Se blant annet Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 83-84 og NOU 1996:3 s. 67.

¹⁹² Både asl. § 5-18 (1) og (2) kan være relevante her. Første ledd regulerer vedtektsendringer i alminnelighet, det kreves da to tredjedels flertall av de avgitte stemmene så vel som av de fremmøtte på generalforsamlingen. I annet ledd oppstilles det et særskilt flertallskrav ved vedtak som svekker en hel aksjeklasses rett. To tredjedeler av de fremmøtte i denne gruppen, i tillegg til at minst halvparten av dem som ikke eier aksjer i noen annen klasse må ha stemt for.

¹⁹³ Jfr. Lov om registrering av foretak av 1985 nr. 78 (heretter fregl).

Et annet forhold er at den informasjonen som vedtektene gir om eventuelle stemmerettsbegrensninger, også kan ha vært med på påvirke flere forhold i selskapet, eksempelvis ved verdivurderingen av aksjen; en aksje som i realiteten medfører et dårligere utgangspunkt på generalforsamling ville gjerne vært vurdert til en lavere pris.

Det fremgår her at en slik instruksjonsrett gjennom avtale vil stride mot det som er forutsatt om hvilken grad av innflytelse på selskapet hver aksjonær skal ha gjennom utøvelsen av stemmeretten. I tillegg vil tredjeparter ikke kunne innrette seg i tillitt til den informasjonen som fremgår av vedtektene. Ivaretagelse av aksjonærenes rettigheter og tredjeparters tillitt til selskapet er to grunnleggende interesser som søkes ivaretatt, og en avtale som fører til en svekkelse av disse kan synes å være en grov omgåelse av reglene. Det vil ha betydning når eventuell tvangsfullbyrdelse av erstatningskravet skal vurderes i lys av ordre public-reservasjonen.

5.3.3 Domstolens vern av vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger

5.3.3.1 Rt. 1995 s. 46

Vedtektenes behov for beskyttelse vedrørende stemmerettsbegrensninger er blitt fremhevet av Høyesterett. I Rt. 1995 s. 46 ("Nimbus") var det spørsmål om krav på restitusjon av ytelse som var betalt i tråd med vilkårene i en aksjonæravtale.¹⁹⁴ Avtalen medførte blant annet en omgåelse av vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger i selskapet Kverneland AS ("Kverneland").

I Kvernelands vedtekter var det fastsatt at hver av aksjonærene ikke kunne stemme for mer enn 10 % av de stemmeberettigede aksjene i selskapet. En av aksjonærene, Nimbus AS ("Nimbus") hadde med sin aksjepost allerede oppnådd dette stemmetaket, men ønsket å få ytterligere innflytelse på selskapet. For å oppnå dette, ble det inngått flere avtaler, blant

¹⁹⁴ I domstolens behandling av avtalen var det ikke tale om erstatning, men restitusjon, uten at det har noen betydning for avgjørelsens relevans i denne sammenheng: Domstolens vurdering av gyldigheten av avtalen, og partens eventuelle rett til etteroppgjør er det sentrale spørsmålet.

annet med en entreprenør ("Brudevold"). Tvisten i Nimbus-saken var avtalens rettsvirkninger mellom disse to.

Avtalearrangementet innebar i korte (og noe forenklete) trekk for det første en investeringsavtale om kjøp, samt opsjoner på kjøp og salg, av aksjer i Kverneland. Brudevold hadde påtatt seg å investere i Kverneland ved å kjøpe ca 10 % av aksjene i selskapet. Etter 31. mai 1987 forpliktet Nimbus seg til å kjøpe aksjene til kostpris og med et tillegg på minst NOK 500 000, dersom Brudevold fremsatte krav om det. For det andre innebar avtalen mellom Brudevold og Nimbus at førstnevnte forpliktet seg til å bruke sin stemmerett i overensstemmelse med Nimbus' instruksjoner på generalforsamling i Kverneland. I samsvar med kjøpte Brudevold aksjer i Kverneland, og stemte så etter instruks fra Nimbus på generalforsamling. Realiteten i avtaleforholdet var at Nimbus utøvet eierinnflytelse på Kverneland med over 20 % av aksjene allerede ved instruksjonsavtalen med Brudevold. I henhold til avtalen gjorde Brudevold gjeldende sin rett til å kreve at Nimbus skulle innløse aksjene. Aksjekjøpet ble imidlertid utsatt, og som vederlag for forsinkelsen fikk Brudevold NOK 500 000, i tillegg til at det ble opprettet en bankkonto som skulle dekke opp for verdifall på aksjene. Dette ble gjort, og beløpet på sikringskontoen ble også senere utbetalt til Brudevold. Det skjedde endringer i styresammensetningen i Nimbus, og da det nye styret ble klar over avtalen og utbetalingene, krevde de disse utbetalingene tilbakebetalt, med henvisning til at aksjonæravtalen måtte være ugyldig fordi den stred mot "Lov eller Ærbarhed" i NL 5-1-2.¹⁹⁵

Selv om ordre public ikke var grunnlaget for ugyldighet i denne saken, er domstolens vurdering i saken er likevel relevant: Voldgiftsloven er en videreføring av tvistemålsloven § 467, og vilkåret om ordre public er det samme som i ordre public-bestemmelsens

¹⁹⁵ Også dagjeldende bestemmelse aksjeloven av 1976 § 9-3 (som på det relevante punktet tilsvarer asl av 1997 § 5-3) var ufravikelig for hvordan endringer i stemmeretten kunne foretas, og avtalearrangementet mellom Nimbus og Brudevold var følgelig i strid med aksjelovgivningen.

forgjenger, tvistemålsloven § 467 nr. 4.¹⁹⁶ Denne bygger igjen på NL 5-1-2. De to bestemmelsene har også samme funksjon som en sikkerhetsventil for å fange opp urimelige tilfeller.

5.3.3.1.1 Sentrale momenter: Aksjonæravtalens formål og vedtektenes behov for beskyttelse

En samlet Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for restitusjon av Nimbus' utbetalinger. Det var også enighet om at det ikke gyldig kunne avtales å omgå stemmerettsbegrensningene i selskapets vedtekter. Ved å tolke avtalen ulikt kom flertallet og mindretallet til forskjellig resultat i forhold til hva som ville være i strid med ærbarhet. Det fikk imidlertid ingen betydning for stemmerettsavtalens gyldighet; begge fraksjonene var enige i at den var ugyldig. De ble av begge lagt stor vekt på avtalens formål, og dissensen sprang nettopp ut av vurderingen av formålet. Det kan også gi anvisning hvor grensen for ordre public kan synes å gå dersom domstolene får spørsmålet forelagt seg.

Flertallet anså avtaleholdet for å ha to selvstendige komponenter. Instruksjonsavtalen ble funnet å ha et formål om å omgå stemmerettsbegrensninger som var fastsatt på lovlig måte i vedtektene. En slik avtale ville etter rettens mening stride mot ærbarhet, og avtalen var således ikke gyldig eller bindende mellom partene. I tillegg til omgåelsen av vedtektene fant flertallet at investeringselementet måtte vurderes på selvstendig grunnlag. Denne delen ble ansett å ha et akseptabelt formål i seg selv, og var følgelig gyldig. Mindretallet på to dommere distanserte seg fra flertallets sondring mellom investeringselementet og stemmegivningsdelen. Førstnevnte element ble kun ansett å være et ledd i det overordnede og egentlige formålet med avtaleforholdet; å gi Nimbus flere stemmer på generalforsamling, og med det større innflytelse, enn det var adgang til i henhold til de begrensningene som fulgte av vedtektene. Som en følge av det var avtalen etter mindretallets oppfatning ugyldig i sin helhet. I sin vurdering av rettsstriden fremhevet

¹⁹⁶ Tvml. § 467 nr. 4 lyder: "En voldgiftsdom er ugyldig i den utstrækning, ugyldighetsgrunden medfører [at] dommen gaar ut paa noget, som strider mot lov eller ærbarhet."

mindretallet særlig behovet for beskyttelse av vedtektsfestede reguleringer: De vil være ”bekjentgjort i det offentlige selskapsregister, og den [vedtektsbestemmelsen] er bindende for alle aksjonærer og aksjekjøpere i selskapet. En slik bestemmelse har derfor også krav på rettsordenens beskyttelse. En avtale som setter begrensningen til side vil – om den er kjent for dem som handler for selskapet – måtte være uten rettsvirkning i forhold til dette. Avtalen kan altså ikke av dem som er parter i den, kreves oppfylt etter sitt formål.”¹⁹⁷ I et obiter dictum i mindretallets votum ble det også fremhevet at det var særlig graverende at omgåelsen bevisst ble holdt skjult for de øvrige aksjonærene, noe som ble ansett å være illojalt overfor selskapet.

Hensynet til å beskytte samtlige aksjonærer, og tredjeparters tillitt selskapet gjennom offentlig informasjon ble tillagt stor vekt i Høyesteretts vurdering, og da særlig i mindretallets votum. En avtale som i det skjulte medfører en fravikelse av vedtektene vil være en klar krenkelse av disse hensynene. Disse betraktningene vil dermed kunne gis betydelig vekt i en ordre public-vurdering ved krav om tvangsfullbyrdelse av en dom på erstatning.

Dissensen i avgjørelsen om tolkningen av avtalen er en god illustrasjon på at ordre public-reservasjonen skal tolkes så snevert som mulig, også i omfang. I følge vogl §§ 43 og 46 begges tredje ledd følger det at avgjørelsen kun er uvirksom i den utstrekning ugyldighetsgrunnen rekker. I denne saken kom riktignok en samlet Høyesterett til at restitusjon ikke kunne kreves selv om hele avtalen hadde vært ugyldig. Sondringen er likevel viktig, da det i de tilfellene hvor man kommer til at krav på restitusjon, eller erstatning, alt ettersom hva som kreves fullbyrdet, som hovedregel bare vil bli gitt for den delen av avtalen som finnes å være gyldig. Domstolens tolkning av avtaleforholdet og vektleggingen av de hensyn fravikelsen var ment å ivareta vil således kunne få betydning for utfallet av saken.

¹⁹⁷ Jfr. Rt. 1995 s. 46 side 53.

Etter min oppfatning har mindretallets synspunkter de beste grunner for seg. Bakgrunnen for Nimbus' initiativ til avtaleforholdet var å finne en løsning på deres ønske om større innflytelse i Kverneland.¹⁹⁸ For at arrangementet skal kunne vurderes som to avtaler, bør det til en viss grad være tilstrekkelige elementer av ytelse og motytelse i investeringsdelen, som gjelder uavhengig av instruksjonsdelen. Brudevolds eierutøvelse i aksjene var imidlertid kun å sitte med dem. Han hadde ingen mulighet til å utøve innflytelse i Kverneland, da stemmeretten skulle utøves etter instruks fra Nimbus. I denne saken ville Brudevold bli sittende igjen med et vederlag på NOK 500 000 samt dekning av det beløpet han hadde investert, i tilfelle kursfall. Vederlaget var for både å ha kjøpt aksjene, og for å stemme i overensstemmelse med Nimbus' instruksjoner på generalforsamlingen. De to elementene var altså i meget nær sammenheng. Det taler for at vurderingen av stemmerettsavtalens gyldighet også bør være relevant ved vurderingen av instruksjonsavtalen, og det uavhengig av om man ser det som en eller to avtaler. Med så liten grad av selvstendighet ved kjøpet og besittelsen av aksjene for Brudevold, synes det derfor noe kunstig å se investeringsavtalen som en selvstendig avtale i seg selv, slik flertallet gjorde.

5.3.3.1.2 Virkningene av ugyldigheten

Det andre spørsmålet for retten var om Nimbus kunne kreve ytelsene tilbakebetalt som følge av at avtalen som regulerte plikten til utbetaling var ugyldig. Dette vil være særlig interessant i en ordre public-vurdering om fullbyrdelse av krav på erstatning. Retten foretok en konkret rimelighetsvurdering og kom til at Nimbus ikke hadde krav på restitusjon. I denne vurderingen ble det lagt stor vekt på Nimbus' sentrale rolle i avtaleforholdet: For det første var det Nimbus som hadde tatt initiativ til den rettsstridige disposisjonen med formål om å omgå reglene. Videre var det avtalt at det var Nimbus som skulle ha investeringsrisikoen for aksjeoverdragelsene. Det ville da etter rettens oppfatning virke

¹⁹⁸ Se nærmere redegjørelse for de faktiske forholdene i Samuelson (1995) s. 103-104.

svært urimelig dersom det skulle veltes over på Brudevold når tapsrisikoen først ble realisert.¹⁹⁹

Disse betraktningene har stor overføringsverdi til ordre public-tilfellene: i de tilfellene hvor det er den parten som har vært styrende i avtaleforholdet som krever erstatning, kan det synes å være særlig graverende å tvangsfullbyrde et krav på erstatning: Det er denne parten som utøver instruksjonene, og som ville ha fått en fordel på generalforsamlingen den ikke hadde adgang til å skaffe seg ut ifra aksjelovens og selskapets egne bestemmelser. Det kan igjen føre til større økonomisk uttelling for parten som får økt stemmerett på sikt, enn om vedkommende måtte forholdt seg til de gjeldende stemmerettsbegrensingene. Kravet om erstatning kan i denne sammenhengen virke som et pressmiddel for at partene oppfyller avtalen. Den erstatningspliktige parten på sin side, vil ikke oppnå noen fordeler i avtalen på bekostning av de øvrige aksjonærene. Det kan i lys av det synes å være et lite rimelig utfall i avveiningen av forholdet mellom partene.

5.3.4 Momenter til bruk i en ordre public-vurdering

De nevnte hensynene til de øvrige aksjonærenes lojale innrettelse til sin begrensede mulighet til å utøve innflytelse på selskapet, samt vedtektenes behov for beskyttelse, vil gjennomgående kunne brukes som argumenter for bruk av ordre public-reservasjonen.

Det er imidlertid ikke reglene i seg selv som skal beskyttes, så i en ordre public-vurdering vil det alltid være virkningene av å tvangsfullbyrde den konkrete voldgiftsdommen som er det avgjørende. Det gjør at det vil variere fra sak til sak hvordan en tvangsfullbyrdelse vil virke. Det at det er tale om tvangsfullbyrdelse av erstatningskrav, og ikke avtalen i seg selv, gjør at resultatet i voldgiftsdommen bare vil få negative konsekvenser for den eller de partene i aksjonæravtalen som må betale erstatning. Det gjør at virkningene ikke blir så store som de ville ha blitt dersom avtalen var oppfylt. Høyesterett tok i sin vurdering av

¹⁹⁹ For flertallets votum se s. 51, og mindretallets votum s.54.

restitusjon utgangspunkt i forholdene hos parten som krevet dette, og en slik tilnærming kan være hensiktsmessig også i en ordre public-vurdering.

I de tilfellene hvor det er parten som ville ha fått en selskapsrettslig fordel ved omgåelsen som har krav på erstatning, vil en tvangsfullbyrdelse av kravet stille denne i en økonomisk fordelaktig stilling. Det fører det til at parten som respekterte vedtektene, og med det unngikk en situasjon hvor en krenkelse av de berørte interessene ble realisert, som tar den økonomiske risikoen ved å unnlate å oppfylle avtalen. Et slikt resultat kan synes urimelig i oppgjøret mellom partene, og vil også kunne tale for bruk av ordre public-reservasjonen. Hvor stor vekt det skal legges på hensynet til partene, vil også kunne avhenge av forholdet mellom dem ved utformingen av avtalen. Som det har blitt vist, er det i rettspraksis blitt lagt betydelig vekt på hvem av partene som tok initiativ til omgåelsen, og som får en selskapsrettslig fordel av den. Dersom det er parten som har vært styrende i arrangementet som har krav på erstatning, vil det tale mot at erstatningskravet i medhold av voldgiftsdommen skal tvangsfullbyrdes.

Det har her blitt tatt utgangspunkt i at det kun var noen aksjonærer som var part i avtalen. I disse tilfellene ville de øvrige aksjonærene, som ikke var part i avtalen, møtt på generalforsamling ut ifra de reelle forutsetningene, noe som krenker deres aksjonærrettigheter slik de i fellesskap har definert dem gjennom vedtektene. Dette vil stille seg ganske annerledes dersom samtlige var part i aksjonæravtalen: De har da allerede gjennom avtalen akseptert en annerledes maktfordeling på generalforsamlingen enn det de hadde bestemt i vedtektene. En overholdelse av avtalen vil da ikke påvirke noen av dem negativt i større grad enn det de har samtykket til selv. I tråd med det vil et erstatningskrav for mislighold av en slik avtale etter min oppfatning heller ikke synes urimelig. Ordre public-reservasjonen skal kun brukes i helt spesielle tilfeller, og i denne situasjon vil det tale for at erstatningskravet i henhold til voldgiftsavgjørelsen blir tvangsfullbyrdet, slik de som hovedregel skal gjøres.

5.3.5 Avsluttende bemerkninger

Sammenfatningsvis kan det tale for bruk av ordre public-reservasjonen dersom det er parten som har tatt initiativ til aksjonæravtalen om å omgå vedtektene, og som ville fått en selskapsrettslig fordel ved oppfyllelse, som har et krav på erstatning som kreves tvangsfullbyrdet. Det kan da synes støtende mot de øvrige berørte interessene at denne parten skal få et substitutt for oppfyllelsen i form av erstatning. I slike tilfeller bør ikke parten, som har søkt å komme unna de norske reglene som skal verne selskapet og aksjonærene, bli begunstiget gjennom erstatning ved at det har blitt lagt et annet lovvalg til grunn i voldgiftsbehandlingen.

Hvorvidt dette vil være utslagsgivende i en ordre public-vurdering, beror imidlertid på de øvrige konkrete forholdene i saken. Her vil det være relevant å se hen til hvor delaktig den andre parten var og hvor mange av aksjonærene i selskapet som var part i avtalen, eventuelt om alle var det.

5.4 Erstatning for brudd på aksjonæravtale som forplikter styremedlem til å sørge for nedsettelse av aksjekapitalen

5.4.1 Innledning

Nedsettelse av aksjekapitalen er en av de lovlige formene for utdeling til aksjonærene, jfr. asl. § 3-6. Fremgangsmåten følger av aksjeloven kapittel 12, og det gis her en anvisning på en omfattende, ufravikelig prosess.²⁰⁰ En aksjonæravtale som inneholder en forpliktelse til å nedsette aksjekapitalen med påfølgende utdeling til aksjonærene, kan derfor bare oppfylles dersom nedsettelsen skjer i samsvar med loven. Aksjonæravtale som forutsetter gjennomføring av kapitalnedsettelsen uavhengig av om selskapsforholdene på det aktuelle tidspunktet ligger til rette for det, kan likevel ha blitt inngått. På grunn av den ønskede beskyttelse de enkelte hensyn skal ha i denne sammenhengen, er det i norsk rett begrensninger for hvilke rettsvirkninger en slik avtale kan føre med seg. Tilsvarende

²⁰⁰ Se blant annet Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 135.

restriksjoner følger ikke nødvendigvis av andre lands rett. Voldgiftsrettens behandling av tvisten, og særlig lovvalget som legges til grunn i de ulike spørsmålene, kan derfor få betydning for ivaretagelsen av disse hensynene.

Vi kan tenke oss en aksjonæravtale mellom A og B i et selskap hjemmehørende i Norge, hvor A er både aksjonær og styremedlem. Følgende klausul er utarbeidet: ” Utdeling til samtlige aksjonærer på NOK 10 000 000 i form av nedsettelse av aksjekapitalen skal foretas i 2010. A plikter å fremme forslag om, og stemme for, nedsettelse av aksjekapitalen på NOK 10 000 000 innen 31.12.2010.” På grunn av endringer i selskapets økonomi, anser A det nødvendig å beholde kapitalen i selskapet. A stemmer derfor imot forslaget ved styrets behandling av saken med den følge at forslaget blir forkastet. B krever erstatning for oppfyllelsesinteressen som følge av avtalebruddet. I henhold til norsk rett er ikke A forpliktet til å overholde en avtale om å stemme for utdeling dersom dette medfører en uforsvarlig forvaltning av selskapets interesser. Saken behandles i voldgift, og partene har valgt utenlandsk rett til å regulere aksjonæravtalen. Voldgiftsretten ser bort fra norsk rett i de selskapsrettslige spørsmålene, og følger partenes lovvalg også her. I henhold til den utenlandske retten var A forpliktet til å oppfylle avtalen, og voldgiftsretten idømmer erstatning for oppfyllelsesinteressen. A oppfyller ikke sin betalingsplikt, og saken ender hos de norske ordinære domstolene med krav om tvangsfullbyrdelse av erstatningskravet. Domstolen må da vurdere om en eventuell tvangsfullbyrdelse av et slikt erstatningskrav vil være i strid med ordre public, jfr. vogl. § 46 annet ledd litra b.

5.4.2 Skranker i norsk rett for å foreta en utdeling ved nedsettelse av aksjekapitalen

Aksjeloven gir både et prosessuelt og et materielt vern ved nedsettelse av aksjekapitalen for de berørte interessene.²⁰¹ Fremgangsmåten som kreves ved nedsettelsen er meget grundig. I korte trekk skal styret utarbeide et forslag til generalforsamlingen om å foreta kapitalnedsettelse, jfr. asl. § 12-3. Det kreves flertall av minimum en tredjedel av styrets

²⁰¹ Jfr. Giertsen (2002) s. 536.

medlemmer, og alminnelig flertall av de fremmøtte styremedlemmene, jfr. asl. § 6-25 (1). Avgjørelse om nedsettelse skal så treffes av generalforsamlingen, jfr. asl. § 12-1. Det medfører en vedtektsendring, og det kreves da tilsutning fra minst to tredeler så vel av de avgitte stemmer som av den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen, jfr. asl. § 5-18 (1). Beslutningen skal meldes til Foretaksregisteret, som igjen varsler kreditorene og andre tredjeparter ved kunngjøring. Disse gis to måneders frist til å fremsette innsigelser, se asl. § 12-6 nr. 1. Etter utløpet av denne fristen skal styret og revisor utarbeide en bekreftelse til Foretaksregisteret om at kreditorenes interesser ikke er til hinder for utdelingen, jfr. asl. § 12-6 nr. 3. Det er et ufravikelig krav at samtlige trinn i prosessen er gjennomført for at kapitalnedsettelse lovlig kan gjennomføres.²⁰²

I tillegg kommer det materielle skranker for hvor mye aksjekapitalen kan vedtas nedsatt. Forslaget fra styret må være innenfor det som følger av asl. §§ 12-2 (2) jfr. 8-1 (1).²⁰³ En ytterligere begrensning ligger i at styret bare kan foreslå et beløp for nedsettelsen som er innenfor rammene av en forsvarlig drift av selskapet, jfr. asl § 6-12 (1). Disse beløpsbegrensningene må ses i lys av asl. § 3-4 om krav til forsvarlig egenkapital og asl § 3-5 om styrets handleplikt ved fare for tap av egenkapital ut over det som anses forsvarlig.²⁰⁴ Dersom aksjonærvtalen om kapitalnedsettelsen ikke er innenfor disse rammene, vil den etter norsk rett være ugyldig og ikke bindende for partene.²⁰⁵

²⁰² Se blant annet LB 2004 45850 (Trondheim Energiverk AS). I denne saken var det gjennomført generalforsamling og kreditorfristen for innsigelser var utløpt. På grunn av manglende kjennskap til kravet om erklæring fra styret og revisor i etterkant av dette, var dette imidlertid ikke blitt gjort. Lagmannsretten nektet å godta at kapitalnedsettelse hadde skjedd under slike omstendigheter.

²⁰³ Det vil ikke bli gått nærmere inn på den nærmere fastleggelsen av dette og det forutsettes at det er oppfylt i det følgende.

²⁰⁴ Se også *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 182.

²⁰⁵ *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) slår fast: "En avtale om ulovlig utdeling som ikke er oppfylt, må anses ugyldig og uforbindende for selskapet. Eventuell god tro hos avtaleparten, enten dette er en aksjeeier eller en annen, er uten betydning for avtalens gyldighet.", se s. 191 (i forbindelse med adgangen til å foreta utdelinger asl. § 3-6.) Se også s. 197.

I en ordre public-vurdering vil det være avgjørende hvilke hensyn og interesser som blir berørt ved en fullbyrdelse av erstatningskravet, og hvilken beskyttelse de har fått i vår rettsorden.

5.4.3 Hensynet til vern om selskapskapitalen

Reglene om kapitalnedsettelse skal bidra til vern av selskapskapitalen. Det er særlig begrunnet i hensynet til kreditorene og minoritetsaksjonærene interesser, i form av henholdsvis dekningsgrunnlag og grunnlag for videre drift og utvikling av selskapet.²⁰⁶ På grunn av ansvarsbegrensningen for aksjeeierne,²⁰⁷ har kreditorene utenfor selskapskapitalen begrenset mulighet til å få dekket sine krav. For å sikre at de ikke tar en uforholdsmessig stor risiko ved å innlate seg med aksjeselskaper, er det strenge krav til disposisjoner som svekker selskapskapitalen.²⁰⁸

Den strenge holdningen som kommer til syne i aksjeloven er også fulgt opp av domstolene. I den tidligere nevnte dom i Rt. 2007 s. 360 (Lyse Energi) ble dette særlig fremhevet.²⁰⁹ Med betydelig vekt på reglenes formål om å ivareta kreditorvernet kom retten til at en nedsettelse av aksjekapitalen ikke var gyldig gjennomført uten at lovens fremgangsmåte var oppfylt.²¹⁰ Lagmannsretten uttalte med tilslutning fra Høyesterett:²¹¹ ”I dette tilfellet er forholdet at partene var enige om at det skulle etableres et lån til selskapet hvor lånekapitalen skulle skaffes til veie gjennom nedskrivning av selskapets egenkapital. Det kunne bare skje på den måten som aksjeloven foreskriver og hvor hensynet til kreditorene står sentralt. En felles intensjon om å etablere et lån kan etter lagmannsrettens syn ikke gi grunnlag for at det ved ligningen må legges til grunn at det faktisk er etablert et

²⁰⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 28-30. Se også NOU 1996:3 s. 38.

²⁰⁷ Jfr. asl. §§ 1-2 og 2-1.

²⁰⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14.

²⁰⁹ Se kapittel 5.1 punkt 5.1.3.1 om domstolens bruk av selskapsrettslige hensyn.

²¹⁰ Se også eksempelvis LB 2004 45850 (Trondheim Energiverk). Avgjørelsen er kort omtalt i fotnote 202.

²¹¹ Anførselen var frafalt for Høyesterett, men domstolen fremmet likevel argumentet og sluttet seg til de tidligere instanser, se Rt. 2007 s. 360 premiss (48).

gjeldsforhold med plikt til å betale renter. At Lyse Energi AS hadde et så solid økonomisk grunnlag at selskapets kreditorer ikke kom i noen utsatt posisjon, kan i denne sammenheng ikke være avgjørende. [...] I tillegg til at det ikke må foreligge uavklarte innsigelser fra kreditorer, er det også et krav om at så vel styre som selskapets revisor skal bekrefte at forholdet til kreditorene ikke er til hinder for at beslutningen om kapitalnedsettelse trer i kraft.”²¹²

Det er interessant å merke seg at retten fant at avvikene fra lovens fremgangsmåte for kapitalnedsettelse førte til at nedsettelsen ikke kunne anses å være selskapsrettslig gjennomført, uavhengig av om disposisjonen rent faktisk svekket kreditors stilling – noe den da heller ikke gjorde i denne saken. Domstolen gir med dette anvisning på et meget sterkt vern for kreditor i tilfellene hvor selskapets disposisjoner kan svekke deres stilling. Selskapet ble heller ikke erstatningsansvarlig for sin manglende oppfyllelse av avtalen, verken med grunnlag i avtalen eller på deliktsgrunnlag.²¹³ Domstolens behandling viser at det ikke åpnes for noen form for rettsvirkninger av aksjonæravtalen, herunder erstatningsansvar, i tilfeller hvor reglene skal verne kreditors interesser vedrørende selskapskapitalen.

5.4.3.1 Gir de prosessuelle reglene et tilstrekkelig vern?

De strenge prosessuelle reglene sikrer at samtlige av de berørte interessene blir inkludert i beslutningsprosessen. Det kommer til syne i form av flertallskrav for aksjonærene, varsling og mulighet for kreditorene til å fremsette innsigelse samt krav om bekreftelse fra styret og revisor.²¹⁴ Den trinnvise prosessen forutsetter at det forutgående steget er oppfylt, og samtlige relevante interesser blir på denne måten ivaretatt. For at avtaleparten som styremedlem skal kunne oppfylle sine plikter etter aksjonæravtalen, må vedkommende derfor samtidig påse at lovens krav til gjennomføringen er oppfylt.

²¹² LB-2004-26031 7. avsnitt i lagmannsrettens bemerkninger.

²¹³ Se Rt. 2007 s. 360 premiss (62) og (63), og behandlingen i kapittel 5.1.

²¹⁴ Se punkt 5.4.2 for de nærmere henvisningene.

Hvis en utdeling mot formodning skjer uten at lovens krav er oppfylt, har det samtidig skjedd en krenkelse av disse hensynene. Lovgiver har imidlertid åpnet for at en slik krenkelse skal kunne avhjelpes: For aksjonærenes vedkommende åpner loven for at det kan kreves²¹⁵ tilbakebetaling av det utdelte beløpet til selskapet jfr. asl § 3-7 (1) og (2).²¹⁶ Kreditorne vil også ha en selvstendig rett til å reagere på en gjennomføring av avtalen i strid med lovens fremgangsmåte, ved at de kan fremme erstatningskrav jfr. asl. § 17-1 mot styremedlemmene, eller de øvrige ansvarssubjekter etter bestemmelsen.²¹⁷ Hensynet til beskyttelse av selskapskapitalen vil på den måten fortsatt være ivaretatt gjennom tilbakebetalingen.

Når en eventuell nektelse av å tvangsfullbyrde et erstatningskrav skal vurderes, vil disse prosessuelle skrankene ha betydning. Dersom avtalen hadde blitt forsøkt oppfylt, ville selskapsforholdene, inkludert de berørte interessene, kunne ha satt en stopper for utdelingen. De interessene som skal vernes vil således ikke være truet ved en gjennomføring av avtalen, i og med at det finnes muligheter for å avhjelpe krenkelsen.

I utgangspunktet betyr dette at i de tilfellene avtalen blir oppfylt, er det fordi selskapsinteressen ikke er ansett for å ha blitt krenket. Som det vil bli vist, har styret imidlertid en betraktelig påvirkningsmulighet for å få kapitalnedsettelsen gjennomført, gjennom sin vurdering av hva som vil være et forsvarlig beløp for nedsettelsen. Muligheten for å bli erstatningspliktig hvis aksjonæravtalen ikke blir gjennomført kan virke som et

²¹⁵ Det er styret som må fremsette slikt krav, men generalforsamlingen kan instruere det om å gjøre dette, jfr. *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 200.

²¹⁶ Primært skjer det ved at den begunstigede får et tilbakebetalingskrav jfr. asl. § 3-7 (1). Subsidiært vil den eller de er som har medvirket til at utdeling har skjedd, være pliktige til å tilbakebetale summen dersom det er tale om en uaktsom eller forsettlig overtredelse av reglene, jfr. § 3-7 (2). Se også *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 201. Det er styret som må fremsette slikt krav. Jfr. *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 200.

²¹⁷ De aktuelle personene vil være daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier.

press for at aktørene vil strekke vurderingen av hva som er forsvarlig noe lengre enn selskapets forhold egentlig tilsier.

5.4.3.2 Mulig erstatningsplikt for brudd på aksjonæravtalen kan påvirke styremedlemmets vurdering av de materielle skrankene for utdeling

Det kan reises spørsmål om det kan skape problemer at en person både er styremedlem og part i en aksjonæravtale som forplikter til en bestemt utøvelse av styreverv. Det primære ansvaret for styremedlemmer er å påse at selskapsinteressen blir ivaretatt. Utover aksjonærene omfatter det også ”andre interesser som lovgivningen bør ivareta, blant annet hensynet til ansatte, kreditorer og mer allmenne samfunnsinteresser”.²¹⁸ Selskapskapitalen er selve fundamentet for selskapets virksomhet, og som ledd i dette har styremedlemmene et særlig ansvar for en forsvarlig ivaretagelse av denne.²¹⁹ Lojalitetshensyn taler derfor for at det vil være begrensninger på adgangen til å forplikte seg til en primær ivaretagelse av enkelte interesser. En avtale som legger føringer for styremedlemmers utøvelse av vervet, kan føre til at vedkommende ikke er så objektiv som han eller hun bør være.²²⁰ Den generelle oppfatningen i juridisk litteratur synes å være at styremedlemmet uansett ikke kan være bundet av aksjonæravtalen i større utstrekning enn det som er innenfor rammen av de øvrige interessene.²²¹ Ved motstrid mellom avtalens formål og selskapsinteressen, vil forpliktelsene etter avtalen således måtte vike.

Tilsvarende betraktninger er gjort gjeldende for at styremedlemmer ikke skal bli

²¹⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 65. I det følgende legger jeg en slik, vid forståelse av ”selskapsinteressen” til grunn. I Rt. 1999 s. 1399 (Ytternes) ble det uttrykkelig slått fast at kreditorvernet også er en del av selskapsinteressen.

²¹⁹ Se NOU 1996:3 s. 38.

²²⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 29.

²²¹ Jfr. Andenæs (2009) s. 10, Knudsen (2009) s. 28 og 31 og Giertsen (2002) s. 540. På s. 34 legger Knudsen også til grunn at styret ikke kan forhåndsbinde seg til å fremme forslag heller, da et må skje etter en konkret vurdering. Se også Lowzow m. fl. (1993) s. 35, som dog synes å gå noe lenger; det legges der til grunn at styremedlemmet ikke er bundet av aksjonæravtalen, på generelt grunnlag.

erstatningsansvarlig for brudd på en slik avtale.²²² Dersom det er en fare for erstatningsplikt ved mislighold av aksjonæravtalen, kan det være at styremedlemmet strekker seg langt for å oppfylle avtalen likevel. Det kan da skje at vedkommende foretar vurderinger som ikke nødvendigvis er i selskapets interesse. Som det vil fremgå, er domstolene tilbakeholdne med å overprøve det forretningsmessige skjønnet styret har foretatt. Det vil igjen føre til at aksjonærer og kreditorer så vel som øvrige tredjeparter, vil ha vanskeligheter med å nå fram med et erstatningskrav. Det vil da bli vanskelig å fange opp styremedlemmenes illojale handling mot selskapet, noe som er helt nødvendig for å sikre en trygg forvaltning av selskapet.

Som det har blitt vist, er det styret som i stor grad som skal vurdere hva som vil være forsvarlig for selskapet. Det gjelder også ved forslag om kapitalnedsettelse. Å drive et selskap innebærer risikovurderinger, noe som er både nødvendig og ønskelig for å oppnå økonomisk vekst og utvikling. Vurderingene er komplekse. I spørsmålet om styremedlemmet har opptrådt uaktsomt ved et etterfølgende krav om erstatning kan det være vanskelig for domstolene å overprøve styrets forretningsmessige skjønn.²²³ I tråd med det har norske domstoler vært tilbakeholdne med å pålegge styremedlemmet erstatningsansvar som følge av deres forretningsmessige vurderinger og/eller fordi vedkommende har tatt en for stor risiko.²²⁴

Spørsmålet om hvor langt domstolen skulle gå i sin prøving av styrets forretningsmessige vurderinger og risikobetraktninger, ble behandlet i blant annet Rt. 1991 s. 119. Et rederi ("CFN") var påført tap ved at befrakterskipet ("Normount") ikke var i stand til å innfri sine leverandørkrav, og kreditor hadde tatt sjøpanterett i skipet. For å få frigitt skipet måtte CFN

²²² Jfr. Knudsen (2009) s. 31, Andenæs (2009) s. 10, Giertsen (2002) s. 540 og Lowzow m. fl (1993) s. 36.

²²³ For en inngående behandling av styrets erstatningsansvar ved en uaktsom forvaltning av selskapet, se Normann Aarum (1994), særlig kapittel 10.

²²⁴ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 28. Se også Normann Aarum (1994) s. 331 flg. Dette fremgår her at dette gjelder også i andre rettstradisjoner. Eksempelvis er de amerikanske domstolene enda mer tilbakeholdne enn de norske domstolene.

gjøre opp med en av Normounts kreditorer. Rederiet krevde erstatning av styret i Normount for at de hadde besluttet og gjennomført innbefraktningen på et uforsvarlig økonomisk grunnlag. Det springende punktet var om befrakterselskapets økonomi var så dårlig på den aktuelle tiden at styret burde ha forsøkt å avverge at selskapet fikk flere krav mot seg, og med det unngå insolvens. En enstemmig Høyesterett kom til samme resultat som lagmannsretten, og fant at styremedlemmene ved formuesforvaltningen verken uaktsomt eller forsettlig hadde påført kreditor tap. Retten ville imidlertid ikke gå så langt i sin vurdering. Det ble uttalt at styret ble ansett å ha handlet ut ifra en ”noe høy grad av optimisme. Det må likevel sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjon.” Videre ble det vist til Bernard Gomard, som legger til grunn at styret må ha adgang til å ta visse risikoer for å unngå konkurs, og: ”[...] sålänge der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes [...] også i de tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk...”²²⁵ Retten var enig i disse vide rammene for styret som ble lagt til grunn her.²²⁶

Et erstatningsansvar for avtalebrudd kan stille styremedlemmet som part i aksjonæravtalen i et dilemma, hvor det må velge mellom to onder: På den ene siden, dersom det i styrets behandling blir stemt for et slikt forslag som aksjonæravtalen krever, kan det bli aktuelt med tilbakebetalingskrav til selskapet, jfr. asl § 3-7 (2),²²⁷ eventuelt erstatning etter asl. § 17-1.²²⁸ Et vilkår i asl. § 3-7 (2) er at utdelingen var ”ulovlig”. Det kan spørres om en utdeling i strid med den overordnede selskapsinteressen vil være tilstrekkelig til at en

²²⁵ Rt. 1991 s. 119 side 127 som viser til Bernard Gomard: *Aktieselskaber og Anpartsselskaber*, København 1986. Se også Normann Aarum (1994) s. 332-333.

²²⁶ Se også Rt. 2003 s. 335 (Bergshav Shipholding). Se nærmere omtale av avgjørelsen i kapittel 5.5.

²²⁷ Primært skjer det ved at den begunstigede får et tilbakebetalingskrav jfr. asl. § 3-7 (1). Subsidiært vil den eller de er som har medvirket til at utdeling har skjedd, være pliktige til å tilbakebetale summen dersom det er tale om en uaktsom eller forsettlig overtredelse av reglene, jfr. § 3-7 (2). Se også *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 201. Det er styret som må fremsette slikt krav. Jfr. *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 200.

²²⁸ Asl. § 3-7 er en spesialbestemmelse, og den alminnelige erstatningsbestemmelsen i asl. § 17-1 har derfor begrenset betydning her. Se *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 190-191 og s. 197.

foretatt utdeling kan sies å være "ulovlig" jfr. asl. § 3-7, og med det hjemle et tilbakesøkningskrav. Hva som ligger i det, er ikke definert verken i lovens ordlyd eller dens forarbeider. Ved å lese hele bestemmelsen i sammenheng, fremgår det at det bare er de fremgangsmåtene som oppgis i asl. § 3-6 som er lovlige. En utdeling i strid med hva som er forsvarlig for selskapet, vil således være utenfor de materielle skrankene for hva styret kan foreslå. Utdelingen vil derfor være foretatt på en måte som asl. § 3-6 ikke åpner for. I juridisk litteratur er det også lagt til grunn at det ikke bare er de prosessuelle reglene som gjør en utdeling ulovlig.²²⁹ Det taler med styrke for at styremedlemmet kan bli restitusjonspliktig hvis det blir funnet at utdelingen var i strid med selskapsinteressen. Styremedlemmet kan da risikere å få et restitusjons- og/eller erstatningskrav mot seg ved et forsøk på å oppfylle aksjonæravtalen når selskapsforholdene ikke tillater det.

På den annen side står vedkommende også i fare for å bli erstatningspliktig dersom han eller hun stemmer i strid med aksjonæravtalen. For å unngå et slikt ansvar overfor selskapets berørte parter, kan styremedlemmet oppleve seg presset til å strekke seg langt i å fremstille disposisjonen som forsvarlig ved utarbeidelsen av forslaget. Konsekvensen blir at avtalen kan oppfylles. Som vi har sett, er domstolene tilbakeholdne med å overprøve det forretningsmessige skjønnet styret har foretatt, og det kan i praksis være vanskelig for de berørte partene å nå frem med en anførsel om at styrets vurdering ikke var forsvarlig. For å unngå et slikt dilemma er det i juridisk teori lagt til grunn at det ikke skal være erstatningsutløsende å stemme i strid med avtalen.²³⁰ Også rimelighetsbetraktninger taler med styrke for at styremedlemmet skal ha et slikt vern. På den måten vil vedkommende ha et insentiv til å oppfylle sine forpliktelser overfor selskapet, fremfor aksjonæravtalen.

²²⁹ Jfr. også *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 198 som sier at "også mer generelle ugyldighetsregler, som f.eks. § 5-21, kan føre til at en utdeling må anses ulovlig". Dette synes ikke en gang å være et grensetilfelle. Utdelingen regnes også som ulovlig dersom det har skjedd brudd på generelle saksbehandlingsregler, som innkalling til generalforsamling i asl. § 5-10, og det kan antas å ha virket inn på beslutningen. Se om dette i blant annet Rt. 2003 s. 1501, som ble behandlet i kapittel 5.3, punkt 5.3.2.

²³⁰ Jfr. Lowzow m. fl. (1993) s. 36.

5.4.4 Hensynenes stilling i en ordre public-vurdering

5.4.4.1 Vern om styremedlemmets plikt til å ivareta selskapsinteressen

Vi har sett at hensynet til å verne styremedlemmer mot press til å handle i strid med hva vedkommende anser som forsvarlig for selskapet, er et tungtveiende argument mot erstatningsansvar etter norsk rett. Spørsmålet i det følgende er om vernet kan anses så fundamentalt at det vil utgjøre ordre public-strid dersom erstatningskravet etter voldgiftsdommen blir tvangsfullbyrdet.

I vurderingen vil det være relevant om det er styremedlemmet selv som har plassert seg i et slikt dilemma. Gjennomføringen av en slik avtale vil alltid være avhengig av ytre omstendigheter, i form av blant annet selskapets situasjon på det aktuelle tidspunktet, og videre også generalforsamlingens vedtak og at kreditorene og revisor ikke stiller seg i veien for disposisjonen. Om avtalen kan oppfylles i et gitt tilfelle, vil følgelig være utenfor partens mulighet til å avgjøre. Det er styremedlemmet selv som har valgt å påta seg forpliktelsen, og det kan tale for at vedkommende er nærmest til å bære risikoen for om selskapets forhold tillater en gjennomføring av avtalen.

På den annen side, er det interesser ut over styremedlemmet selv som kan bli berørt dersom erstatningskrav tvangsfullbyrdes. Forpliktelsen overfor henholdsvis medkontrahenten og selskapet tilsier motstridende handlinger, og de medfører begge fare for tilbakebetalings- og/ eller erstatningskrav. Som vi har sett, er en situasjon hvor styremedlemmet må velge mellom to forpliktelser, noe man søker å unngå i norsk rett ved at erstatning for avtalebrudd ikke blir ilagt styremedlemmet dersom det opptrådte i tråd med selskapsinteressene. Ved å tvangsfullbyrde en dom på erstatning, blir det presset imidlertid realisert. Voldgiftsdommen på en forutsetning, i henhold til det lovvalget som ble foretatt, om at vedkommende skulle ha oppfylt avtalens forpliktelser, uavhengig av om selskapets forhold tillot det. På tilsvarende måte kan det oppleves som et press for styremedlemmet til å oppfylle avtalen, på bekostning av hva vedkommende anser som selskapets beste.

Konsekvensen av det vil være at de interessene som skal beskyttes i den norske rettsordenen, blir skadelidende.

I tillegg kommer det at det synes å være enklere for styremedlemmet å unngå ansvar etter aksjeloven, enn for brudd på sine avtalerettslige forpliktelser, i de tilfellene avtalen er blitt ansett gyldig og bindende for partene. I styremedlemmets vurdering av handlingsalternativer, kan en slik visshet føre til at vedkommende handler i tråd med avtalen, og med det stemmer for et forslag om utdeling ved nedsettelse av aksjekapitalen – til tross for at selskapets forhold tilsa at det ikke ville var forsvarlig overfor selskapsinteressen på det aktuelle tidspunktet.

Hensynet til kreditorene og aksjonærene er ment å ha et meget sterkt vern i situasjonene hvor selskapskapitalen svekkes. Etter min oppfatning taler det med styrke for at ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse, og at erstatningskravet med det nektes tvangsfullbyrdet.

5.4.5 Avsluttende betraktninger

I de tilfellene voldgiftsretten har foretatt feil lovvalg i løsningen av tvisten mellom partene, og med det idømt erstatning, vil erstatningskravet signalisere at styremedlemmet var pliktig til å oppfylle aksjonæravtalen. Den underliggende avtalen innebar en plikt til å arbeide for en nedsettelse som ville medført en svekkelse av aksjekapitalen på en måte som styremedlemmet ikke anså for å være forsvarlig.

En avtale om utdeling ved en kapitalnedsettelse innebærer en svekkelse av aksjekapitalen. Dette kan være en vesentlig krenkelse av selskapsinteressen, og da særlig kreditorene og de eventuelt øvrige aksjonærenes interesser. Både utformingen av reglene i aksjeloven så vel som domstolenes behandling av reglene viser at disse interessene har fått et så sterkt vern på dette punktet at avtalen ikke kan gjennomføres uten at de berørte interessene har deltatt i behandlingen. Etter norsk rett kan en slik avtale ikke gjennomføres, og den vil være

ugyldig og ikke bindende for avtalepartene. Foretatte utbetalinger vil åpne for restitusjons- og/eller erstatningskrav, jfr. §§ 3-7 og 17-1.

På grunn av styrets mulighet til å påvirke prosessen i stor grad gjennom sine forretningsmessige vurderinger av hva som er forsvarlig for selskapet, vil avtaleparten likevel ha gode muligheter til å oppfylle aksjonæravtalen uten å bli stilt til ansvar i henhold til aksjelovens regler. En slik visshet kan meget vel føre til at parten blir mer tilbøyelig til å foreta disposisjoner som ikke vil være i selskapets interesse. Tatt i betraktning de grunnleggende interessene som skal ivaretas, og behovet for en faktisk forsvarlig ivaretagelse av selskapets virksomhet, er det en rettsstilstand som er svært lite ønskelig,

Vurderingen av hensynet til selskapsinteressen, og særlig kreditorene, i denne sammenhengen, er for øvrig en god illustrasjon på forskjellen mellom vernet gjennom preseptoriske regler i nasjonal rett, og ordre public i internasjonal privatrett: Hensynene som begrunner fremgangsmåten vil etter norsk rett bli gitt et absolutt vern, og det åpnes ikke for at aksjonærene på noen måte kan foreta en utdeling i form av nedsettelse i strid med aksjelovens regler. I en ordre public-vurdering er det imidlertid ikke tilstrekkelig å påvise et brudd på preseptoriske regler. Det er ikke reglene i seg selv som skal beskyttes, men de hensynene reglene er et utslag av, dersom de blir krenket i det konkrete tilfellet. Nettopp fordi den underliggende avtalen ikke kunne ha blitt gjennomført i norsk rett, vil det være tilfeller hvor hensynene som begrunner reglene ikke risikerer å bli krenket. Det kan føre til en situasjon hvor avtalen ikke var mulig å gjennomføre lovlig etter norsk rett, men hvis voldgiftsdomstolen først har gitt den rettsvirkning gjennom en erstatningsplikt, vil resultatet ikke kunne avhjelpes gjennom ordre public-reservasjonen.

5.5 Fravikelse av aksjonærenes fortrinnsrett ved kapitalforhøyelse – erstatning for brudd på aksjonæravtale som kunne medført misbruk av aksjemajoritetens myndighet

5.5.1 Innledning

Aksjeloven åpner for at det kan foretas forhøyelse av aksjekapitalen, og i den forbindelse oppstilles det krav til gjennomføringen. En utvidelse av aksjekapitalen kan medføre endringer i selskapets eierforhold. De eksisterende aksjonærene har derfor en fortrinnsrett til de nye aksjene, jfr. asl. § 10-5. Dersom emisjonen skal rettes mot andre enn de eksisterende aksjonærene, oppstilles det begrensninger ved at det må særskilt bestemmes at fortrinnsretten skal fravikes, og begrunnelsen for at det blir gjort. Et vedtak i strid med aksjeloven på dette punktet kan føre til brudd på bestemmelsen om myndighetsmisbruk på generalforsamlingen, jfr. asl § 5-21. Aksjonæravtaler kan likevel pålegge partene å foreta en emisjon rettet mot bestemte aksjonærer eller tredjeparter, uavhengig av om dette kan begrunnes i selskapets forhold. For å unngå de norske reglene på dette punktet, kan partene ha valgt et annet lands rett til å regulere avtalen.

Vi kan tenke oss en aksjonæravtale mellom majoritetsaksjonærene A og B i et selskap hjemmehørende i Norge, og C som tredjepart, om å foreta en felles investering gjennom selskapet. C har ytt et lån til selskapet, som forutsettes tilbakebetalt i form av en rettet emisjon mot C. Arrangementet er regulert blant annet ved følgende klausul i aksjonæravtalen: "A og B forplikter seg til å få gjennomført en kapitalforhøyelse ved nytegning av aksjer rettet mot C innen 31.12.2012." Cs innskuddsforpliktelse skal gjøres opp ved motregning av Cs krav på selskapet etter lånet som var yttet selskapet. Endrede forhold fra tidspunktet for avtaleinngåelsen har imidlertid vist at dette ikke var i selskapets interesse, for eksempel fordi selskapet har et økt likviditetsbehov og trenger tilførsel av ny kapital. Aksjonærpartene stemmer imot forslaget ved behandling på generalforsamling. Ved utløpet av 2012 er emisjonen ikke blitt gjennomført, og i voldgiftsbehandling krever C erstatning for oppfyllelsesinteressen som følge av misligholdet av aksjonæravtalen. A og B viser til at det ikke var adgang i norsk rett til å forplikte en fremtidig generalforsamling

verken til å vedta en emisjon eller å fravike aksjonærenes fortrinnsrett i dette tilfellet, og avtalen var følgelig ugyldig og uten rettsvirkninger mellom partene. Lovvalsreglene gir anvisning på at de elementene i aksjonæravtalen som regulerer selskapsrettslige forhold skal reguleres av norsk rett, som selskapets hjemlands rett. Til tross for dette ser voldgiftsretten bort ifra norsk rett, og følger partenes lovvalg i stedet. Villkårene for erstatning er her oppfylt, og A og B blir pålagt erstatningsansvar som følge av deres mislighold av aksjonæravtalen. Ved en eventuell etterfølgende tvangsfullbyrdelsessak i Norge må de ordinære domstolene vurdere om en tvangsfullbyrdelse av erstatningskravet vil stride mot ordre public, jfr. vgl. § 46 annet ledd litra b.

5.5.2 Lovens krav ved forhøyelse av aksjekapitalen

Adgangen til å foreta emisjoner legger til rette for at selskaper kan innhente mer kapital.²³¹ For aksjeselskaper som er hjemmehørende i Norge, følger reglene om kapitalforhøyelse av aksjeloven kapittel 10. Kapitalforhøyelsen bestemmes ved generalforsamlingsvedtak med flertallskrav som for vedtektsendring (jr. asl. § 10-1 jfr. § 2-2 første ledd nr. 4), basert på et forutgående forslag fra styret (jfr. asl. § 10-3). Så lenge det ikke er gitt styrefullmakt (jfr. asl. §§ 10-14 - 10-19), er generalforsamlingens myndighet eksklusiv.²³²

Ved tegning mot innskudd i penger har aksjonærene en særlig beskyttelse ved at de har fortrinnsrett til de nye aksjene som utstedes jfr. asl. § 10-4 (1). Reglene om fortrinnsretten bidrar til at de opprinnelige aksjonærene har mulighet til å beholde sin forholdsmessige eierandel til tross for utvidelsen. Asl. § 10-4 (2) avskjærer aksjonærene uttrykkelig fra å bestemme en fravikelse på generelt grunnlag i vedtektene, og vedtak må treffes i forbindelse med den konkrete kapitalforhøyelsen, jfr. asl. § 10-5.

²³¹ Truyen (2005) s. 366

²³² Jfr. blant annet *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 663-664.

5.5.3 Hensyn som søkes ivaretatt i aksjelovgivningen

5.5.3.1 Vern om de eksisterende aksjonærene

Det er først og fremst de eksisterende aksjonærene i selskapet som skal vernes ved en beslutning om kapitalforhøyelse.²³³ Reglene er et utslag av at nytegninger vil medføre endringer i de organisatoriske og økonomiske forholdene i selskapet.²³⁴ Beslutningen må derfor tas av dem som er eiere på det aktuelle tidspunktet, og gjennomføres ved den behandlingsmåten som følger ved vedtak fattet på generalforsamling. Generalforsamlingen er selskapets øverste myndighet, jfr. asl. § 5-1 (1), og en behandling i dette forumet sikrer blant annet at samtlige aksjonærer får anledning til å utøve innflytelse før en avgjørelse blir tatt. Dette er en selvstendig rettighet aksjonærene har, og den gjelder uavhengig av muligheten for at avgjørelsen ville fått et annet innhold.²³⁵ Mindretallet gis på denne måten et vern mot flertallsgruppen, i form av at mindretallet blir inkludert i beslutningsprosessen.²³⁶ Det er videre generalforsamlingen, slik den er sammensatt på tidspunktet for gjennomføringen av kapitalforhøyelsen, som må fatte vedtaket.²³⁷ Realiteten i en avtale som på forhånd binder en senere generalforsamling, vil være at aksjonærene på denne senere generalforsamlingen opplever en innskrenkning i deres selvråderett, da den legger føringer på hvordan de skal stemme. Aksjonærene på tidspunktet for den senere generalforsamlingen vil således miste sin rett til å øve innflytelse på avgjørelsen, og det vil være en vesentlig innskrenking av deres rettigheter som eiere i selskapet. Det er også lagt til grunn i aksjelovens forarbeider²³⁸, rettspraksis²³⁹ og juridisk litteratur²⁴⁰ at en avtale som forutsetter at et avkall skal skje vil være ugyldig, og det er

²³³ Se blant annet Rt. 1932 s. 145.

²³⁴ Jfr. Truyen (2004) s. 321.

²³⁵ Jfr. Rt. 2003 s. 1501. For en nærmere behandling av dette hensynet, se kapittel 5.3.

²³⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 58.

²³⁷ Se *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 314 og Andenæs (2001) s. 157.

²³⁸ Jfr. NOU 1992:29 s. 51.

²³⁹ Se blant annet RG 1990 s. 1114.

²⁴⁰ Jfr. Andenæs (2001) s. 158-159.

uomtvistet at så er tilfelle.²⁴¹ I lys av det sterke vernet om de eksisterende aksjonærene, kreves det særskilt begrunnelse for at en fravikelse av fortrinnsretten kan vedtas.

5.5.3.2 Fravikelse av fortrinnsretten må være begrunnet i selskapets interesse

Formålet med det sterke vernet av fortrinnsretten er dels å hindre at det skjer en utvanning av aksjekapitalen for de eksisterende aksjonærene, og dels at det ikke skjer en maktforskyvning i selskapet.²⁴² Et minstekrav ved en fravikelse av fortrinnsretten er derfor at den må være saklig begrunnet i selskapets interesse.²⁴³ Det er forholdene på beslutningstidspunktet som er avgjørende her.²⁴⁴ Det er en forretningsmessig vurdering hvor en rekke faktorer spiller inn, og vurderingen avgjøres konkret ut ifra situasjonen i selskapet.²⁴⁵ I vurderingen vil formålet med disposisjonen stå sentralt. Dersom fravikelsen er sett på som gunstig for å fremme selskapets formål, vil det tale for at den er i selskapets interesse. Den store hovedregelen i aksjeselskaper er at formålet med virksomheten er å oppnå økonomisk vinning for aksjonærene.²⁴⁶ En beslutning om å fravike aksjonærenes fortrinnsrett vil derfor normalt være i selskapets interesse så lenge nyttegningen er ment å føre til økonomisk fortjeneste for aksjonærene på sikt. Styret og selskapets ledelse har også et særskilt ansvar for å drive selskapet på en måte som er forsvarlig overfor samtlige av selskapets interesser. I motsatt fall kan det føre til erstatningsansvar, og eventuelt straffeansvar.²⁴⁷

²⁴¹ Det åpnes i NOU 1992:29 s. 51 for at det likevel kan kreves erstatning ved brudd på en slik avtale. Det fremgår ikke klart av uttalelsen hva det kan gis erstatning for, men Andenæs (2001) s. 162 og 163 legger til grunn at det er den negative kontraktsinteressen. Det har gode grunner for seg: Avtalen er forutsatt ikke å være bindende mellom partene, og det synes da å gi dårlig sammenheng dersom erstatning for oppfyllelsesinteressen skulle blitt gitt.

²⁴² Jfr. Andenæs (2006) s. 515.

²⁴³ Jfr. Truyen (2004) s. 321 og *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave* (2004) s. 683-684.

²⁴⁴ Jfr. blant annet Rt. 2007 s. 360. Se kapitlene 5.1 og 5.4 for en nærmere behandling.

²⁴⁵ Jfr. blant annet RG 1996 s. 491.

²⁴⁶ Det følger forutsetningsvis i asl. § 2-2 (2). Se nærmere om dette i Truyen (2005) s. 426.

²⁴⁷ Jfr. asl. § 6-12 jfr. asl. §§ 17-1 og 19-1.

Dersom fravikelsen ikke er i selskapets interesse, kan det være tale om misbruk av aksjemajoritetens myndighet i selskapet. Hvis det er tilfelle, åpnes det for anfektelsessøksmål av minoritetsaksjonærene i etterkant, dersom vedtak om fravikelse av fortrinnsretten blir fattet. Det er da generalklausulen i asl. § 5-21 eller de ulovfestede selskapsrettslige misbruksprinsippene som er de relevante rettslige grunnlagene, eventuelt asl. § 6-28²⁴⁸ for de tilfellene der styremedlemmene gjøres ansvarlige.²⁴⁹ At vurderingen viser seg å slå feil, vil ikke være tilstrekkelig for at et vedtak er ugyldig. I den konkrete vurderingen har domstolene uttrykt at de vil være tilbakeholdne med å overprøve det forretningsmessige skjønnet som er utvist av styret og generalforsamlingen.²⁵⁰

I Rt. 2003 s. 335 (Bergshav Shipholding) ble en slik holdning fremhevet.²⁵¹ I det familieeide selskapet var det blitt vedtatt å utbetale svært lavt utbytte i en årrekke. Majoritetsaksjonæren var også styreleder, og hadde derfor kontroll på de beslutningene som ble foretatt i denne forbindelse. Aksjeminoriteten krevde at retten skulle fastsette høyere utbytte. Spørsmålet for retten var om det var ”urimelig lavt ut fra hensynet til aksjeeierne, selskapets likviditet og forholdene ellers”, jfr. asl. § 8-4 (1). Som ledd i det, uttalte retten seg om hvor langt den bør gå i sine vurderinger ved fastsettelsen av utbytte som skulle utdeles til aksjonærene. Kjæremålsutvalget sa seg enig med lagmannsretten i at ”domstolene normalt bør være forsiktige med å sette sitt skjønn over det forretningsmessige skjønn og den bransjekunnskap som ligger til grunn for en virksomhets

²⁴⁸ Jeg vil i denne sammenhengen konsentrere meg om asl. § 5-21, som retter seg mot generalforsamlingens vedtak.

²⁴⁹ Generalklausulen i asl. § 5-21 retter seg etter sin ordlyd kun mot beslutninger som er fattet på generalforsamlingen. Rettspraksis og teorien legger også denne forståelsen til grunn, se blant annet Rt. 1999 s. 330 og Truyen (2004) s. 312-313 og 324 flg. Uskrevne selskapsrettslige prinsipper om misbruk av myndighet favner imidlertid i det vesentlige likt i den interesseavveiningen og med det vurderingsnormen, som skal foretas. Jfr. Truyen (2004) s. 313 og 324 flg.

²⁵⁰ For en behandling av styreansvar, se kapittel 5.4 og særlig Rt. 1991 s. 119.

²⁵¹ Saken var et videre kjæremål av LA 2002 s. 84.

finansielle eller operative mål.”²⁵² Direkte gjaldt uttalelsen selskapets vurdering av størrelse på utbytte. Vurderingstemaet var hvor stort utbytte som var i selskapets interesse, og synspunktene har derfor overføringsverdi til domstolenes holdning til å overprøve det forretningsmessige skjønnnet om selskapets interesse generelt. Også i litteraturen er det lagt til grunn at uttalelsen vil være relevant ved domstolenes vurdering av myndighetsmisbruk på generalforsamling.²⁵³

Domstolene er altså noe tilbakeholdne med å overprøve generalforsamlingens vurdering av om en fravikelse av fortrinnsretten er i selskapets interesse. Det fører til at selskapets styre og majoritetsaksjonærer har et ganske bredt spillerom i vurderingen av om fortrinnsretten skal fravikes. En naturlig følge av det er at det skal tilsvarende mye til før minoritetsaksjonærenes vern gjennom myndighetsmisbruksreglene får gjennomslag: Desto mer tilbakeholdne domstolene er til å foreta en overprøving av de vurderinger som er foretatt av selskapet selv, jo klarere må urimeligheten fremstå for at vedtaket blir kjent ugyldig. Såfremt vedtak blir fattet i tråd med avtalen, og domstolene ikke sier seg uenig i det forretningsmessige skjønnnet som er utvist av styret og generalforsamling, vil det heller ikke utløse rettsvirkninger på grunn av myndighetsmisbruk etter norsk rett.

Det som her er sagt, vil også ha betydning i en vurdering av om fullbyrdelse av et erstatningskrav vil være i strid med ordre public. Dersom parten som ikke oppfylte avtalen blir fritatt for erstatningsplikt i Norge ved at voldgiftsavgjørelsen nektes tvangsfullbyrdet her, vil vedkommende ha fått en fordel og et sterkere vern enn det den ville ha fått dersom avtalen var vurdert etter norsk rett. En slik bruk av ordre public-reservasjonen vil ikke være i tråd med dens funksjon som en sikkerhetsventil for de særlig støtende tilfellene. I lys av dette synes det ikke å være grunn til å nekte å tvangsfullbyrde voldgiftsavgjørelsen i de tilfellene hvor vedtaket ikke ville blitt ugyldig etter myndighetsmisbruksreglene.

²⁵² Jfr. Rt. 2003 s. 335 premiss (14), jfr. LA 2002 s. 84.

²⁵³ Jfr. Truyen (2005) s. 268.

Det kan tenkes forhold som kan gi en anvisning på at en fravikelse av fortrinnsretten var i selskapets interesse. Blant annet kan det anses strategisk fordelaktig å knytte til seg visse nye aksjonærer. Slike forhold kan oppfattes krenkende for minoritetsgruppen på kort sikt, men til det beste for selskapet i et lengre perspektiv. Det gjelder blant annet selskapets ansatte.²⁵⁴

Det var tilfelle i blant annet RG 2001 s. 841 (Haugaland Billag). I denne saken var det spørsmål om en emisjon rettet mot ansatte i selskapet var ugyldig. En eksisterende aksjonærgruppe anfektet vedtakets gyldighet blant annet fordi deres innflytelse i selskapet ville bli utvannet og redusert.²⁵⁵ Lagmannsretten anla en konkret rimelighetsvurdering. Som ledd i denne fremhevet domstolen to grunnlag for at et slikt vedtak kunne ha vært urimelig: det kunne være tilfelle dersom det "[...] bygget på noen illojal hensikt, eller rent objektivt fremstod som urimelig [...]". I den konkrete vurderingen tok retten utgangspunkt i formålet med avtalen, som var å knytte de ansatte nærmere til selskapet. En slik strategisk kapitalutvidelse ble funnet å være i selskapets interesse. Emisjonen ble heller ikke funnet å ha negative konsekvenser for de eksisterende aksjonærene, da disse fortsatt ville ha en betydelig andel av aksjekapitalen. I lys av dette kom retten til at vedtaket ikke var urimelig. Det fremgår av dette at det kan ha betydning hvem fortrinnsretten fravikes til fordel for, dersom nyemitteringen antas å føre med seg positive virkninger for selskapet.

Det vil være tilfeller hvor det fremstår som relativt klart av voldgiftsrettens behandling av saken at de ordinære domstolene ville ha reagert på vedtaket dersom avtalen var oppfylt, og vedtaket var blitt anfektet av noen av aksjonærene. En dom på at vedtaket var ugyldig innebærer med det en forutsetning om aksjonærflertallets misbruk av myndighet på generalforsamlingen. Spørsmålet i denne sammenhengen er om en aksjonæravtale som ville ført til et slikt resultat, kan gi grunnlag for å anvende ordre public-reservasjonen.

²⁵⁴ Se Truyen (2004) s. 322.

²⁵⁵ Det skal bemerkes at lovens fremgangsmåte for kapitalforhøyelse var fulgt i dette tilfellet.

Eksempelvis kan formålet med avtalen nettopp vise seg å være at det skal foretas endringer i eierforholdene i selskapet, på bekostning av noen av de eksisterende aksjonærene. Det vil føre til at de eksisterende aksjonærenes mulighet for innflytelse på selskapet svekkes. Avtalen om den rettede emisjonen kan ha vært brukt som et strategisk middel for å endre på eierforholdet, og med det maktbalansen, i selskapet.²⁵⁶ Et relevant moment her vil være hvor stor andel av aksjekapitalen de eksisterende aksjonærene ville fått etter nytegningen, sammenlignet med før. Hvis det viser seg at endringer i eierandelen medfører en kvalitativ svekkelse i aksjonærens eller en aksjonærgruppes mulighet for innflytelse, vil det være en særlig negativ konsekvens for vedkommende aksjonær(er). Det vil eksempelvis være tilfelle dersom aksjeposten til enkelte aksjonærer i etterkant ville utgjort under 33 %, ²⁵⁷ eller under 10 % ²⁵⁸ av aksjekapitalen. Det vil være en vesentlig svekkelse av mindretallets gjeldende posisjon i selskapet. Dette vil tale med tyngde for at en slik avtale strider mot selskapets interesser. Som det følger av det som er sagt ovenfor, er en konsekvens av en gjennomføring av aksjonæravtalen at vedtaket står i fare for å bli kjent ugyldig på grunn av myndighetsmisbruk av flertallet. Aksjonærparten har da ikke mulighet til å oppfylle avtalen med bindende virkning. Aksjonærene vil følgelig heller ikke bli krenket.

5.5.4 Er det rom for anvendelse av ordre public-reservasjonen?

5.5.4.1 Aksjonærene er vernet gjennom aksjelovgivningen

De eksisterende aksjonærenes fortrinnsrett til å tegne seg for nye aksjer ved kapitalforhøyelse er en grunnleggende rettighet de har som eiere i aksjeselskaper. Til fordel for bruk av ordre public-reservasjonen kan det tale at den erstatningspliktige aksjonærparten har ivaretatt de øvrige aksjonærenes interesser ved sitt mislighold av avtalen. I de tilfellene en oppfyllelse av aksjonæravtalen ville ha ført til at

²⁵⁶ Se Krüger Andersen (2004) s. 221-222 for lignende betraktninger i dansk aksjeselskapsrett.

²⁵⁷ Det vil føre til at minoritetsgruppen mister muligheten til å forhindre vedtektsendringer, jfr. asl. § 5-18.

²⁵⁸ Det kan føre til tvangsutløsning dersom forholdene er som i asl. § 4-26 om tvungen overføring av aksjer i datterselskap.

minoritetsaksjonærene ble fratatt fortrinnsretten i strid med selskapets interesser, kan det tale for at domstolene ikke bør tvangsfullbyrde et erstatningskrav.

Det har blitt vist at de eksisterende aksjonærene er gitt et sterkt vern mot at fortrinnsretten til nye aksjer blir fratatt dem, når det ikke var grunnlag i selskapet for å fatte slikt vedtak i utgangspunktet. Et forsøk på å oppfylle avtalen i strid med aksjonærenes interesser kan bli stoppet fra flere hold. For det første følger det av fregl. § 5-2 at kapitalutvidelsen skal bli nektet registrert i Foretaksregisteret dersom den ikke er lovmessig utført. Utvidelsen vil da falle bort. Registerføreren skal undersøke dette på selvstendig grunnlag, jfr. fregl. § 5-1. I realiteten vil det nok være begrenset hvor inngående en slik undersøkelse kan, og i praksis vil, være.

Aksjonærene står da igjen med adgangen til å fremme anfektelsessøksmål. Slikt søksmål kan rettes mot selskapet enten med grunnlag i generalklausulen i asl. § 5-21 eller ulovfestede myndighetsmisbruksregler. Søksmål om ugyldighet jfr. asl. § 5-21 kan etter asl. § 5-22 reises av hver enkelt aksjonær. Denne individuelle rettigheten sikrer at enhver aksjonær har muligheten til å få behandlet spørsmålet om myndighetsmisbruk for domstolene. En rettssak kan imidlertid være en krevende prosess, både i form av tid og penger, noe som kan gjøre at aksjonærene er tilbakeholdne med å gå til sak. Videre fremgikk det i behandlingen av Rt. 2003 s. 335 (Bergshav Shipholding) at domstolene gjerne er tilbakeholdne med å overprøve det forretningsmessige skjønnet som ble lagt til grunn av styret og generalforsamlingen ved vedtakelsen av fravikelsen av fortrinnsretten. I lys av det kan det innvendes at de aksjonærene som mener deres rettigheter har blitt krenket ikke får et tilstrekkelig vern gjennom adgangen til å få fremme anfektelsessøksmål når fravikelsen først er vedtatt. Det er imidlertid ikke slik at domstolene kan eller skal foreta en inngående prøving ved spørsmålet om å nekte tvangsfullbyrdelse; de ordinære domstolenes funksjon er ikke å være en høyere instans som skal prøve saken på nytt, i ordre public-sammenheng er det voldgiftsdommens resultat som skal vurderes. Muligheten for å få prøvet sine rettigheter er der imidlertid like fullt, og det at det finnes alternative måter å ivareta de relevante hensynene på i vurderingen av om en voldgiftsavgjørelse skal nektes

fullbyrdet, er noe som etter min oppfatning bør tillegges betydelig vekt når det skal vurderes om resultatet i voldgiftssaken strider mot ordre public. Når aksjonærene ikke får medhold, vil det være et utslag av at hensynet ikke er krenket i en slik grad at lovgiver og domstolene har ansett det for nødvendig å verne dem. Det vil da heller ikke være rom for å gripe inn og motsette seg en voldgiftsavgjørelse gjennom ordre public-reservasjonen.

I den konkrete vurderingen er det videre ikke automatikk at i anfektelsessøksmålet vil gi ugyldighetsvirkninger, selv om domstolen skulle finne at det var tale om myndighetsmisbruk. Dersom kapitalforhøyelsen allerede er registrert i Foretaksregisteret, følger det av asl. § 10-7 jfr. § 2-10 (1) i.f. at tegningen er bindende for selskapet, selv om tegningen ikke er kommet i stand i henhold til aksjelovens krav. Det gjelder også når tegningen var ugyldig etter ”alminnelige formuerettslige disposisjoner”, med unntak av de sterke ugyldighetsreglene jfr. asl. § 2-10 (2).²⁵⁹ Tegnerne får således rett til aksjene likevel, på bekostning av de eksisterende aksjonærenes ønske om å utøve fortrinnsretten. Det er et utslag av at hensynet til aksjonærene må vike til fordel for kreditorene dersom opplysningene er blitt registrert i Foretaksregisteret. Disse skal kunne stole på de opplysningene som fremgår her. I Rt. 2001 s. 1513 (Vading Motor) blir dette presisert på prinsipielt grunnlag.²⁶⁰ Styret hadde her gått ut over sin fullmakt ved å tildele aksjer ved tingsinnskudd, mens styrefullmakten omfattet bare tegning ved kontantinnskudd. Spørsmålet for retten var om en gjennomført nytegning av aksjer likevel var bindende når den var registrert i Foretaksregisteret. Om interessene bestemmelsene skal ivareta, uttaler førstvoterende at ”[b]estemmelsen om avskjæring av innsigelser ved registrering [asl. § 2-10] må i første rekke antas å være gitt ut fra hensynet til tredjemenn hvis interesser tilgodeses gjennom registreringen. Dette hensynet er begrunnet med at avtalerettslige ugyldighetsinnsigelser som knytter seg til tegningen, avskjæres med reservasjon for sterke

²⁵⁹ Asl. § 2-10 (2) lyder: ”Bestemmelsen i første ledd tredje punktum gjelder tilsvarende når aksjetegningen er ugyldig etter alminnelige regler for formuesrettslige disposisjoner. Registreringen gjør likevel ikke tegningen bindende når den er falsk, forfalsket, foretatt under grov tvang⁴ eller er i strid med vergemålsloven.”

²⁶⁰ Saken var et videre kjæremål over lagmannsrettens kjennelse, se LB 2001 s. 297.

ugyldighetsgrunner.”²⁶¹ Vi ser at hensynet til kreditorene blir fremhevet; de skal kunne stole på opplysningene som fremgår i Foretaksregisteret, og at det som fremgår der om den registrerte aksjekapitalen er det reelle dekningsobjektet.²⁶² I avveiningen mellom hensynet til aksjonærene og kreditorene er hensynet til kreditorenes behov for tillitt til opplysningene i Foretaksregisteret gitt større vekt. En slik avveining er interessant også i en ordre public-vurdering. Disposisjoner som står i fare for å svekke kreditorvernet, vil rukke ved hele fundamentet for aksjeselskapene; på grunn av aksjonærenes ansvarsbegrensning er det helt essensielt at aksjekapitalen er reell. Etter min oppfatning gir denne avveiningen et godt signal på hvor sterkt kreditorvernet er, i og med at aksjonærene, som vi har sett, i utgangspunktet er gitt et meget sterkt vern.

I Vading Motor-saken ble tegningen imidlertid funnet å ikke være bindende for selskapet likevel, og disposisjonen fikk med det ugyldighetsvirkninger. I saken var det i forbindelse med behandlingen på generalforsamling gitt avkall på fortrinnsretten ved kapitalutvidelsen, men verken fullmakten eller avkallet omfattet som nevnt tingsinnskudd. Med henvisning til at styret hadde overskredet sin fullmakt, kom lagmannsretten til at tegningen ikke var bindende for selskapet. Høyesteretts kjæremålsutvalg forkastet kjæremålet, og lagmannsrettens resultat ble stående. Retten uttalte i denne forbindelse ”Men i tilfelle som det foreliggende, der generalforsamlingens beslutning om styrefullmakt registreres i Foretaksregisteret, jf. aksjeloven § 10-16, og begrensningen i styrets kompetanse følgelig fremgår av registeret, er det vanskelig å se at hensynene bak avskjæringsregelen gjør seg gjeldende på samme måte. Til dette kommer at det etter min mening vanskelig kan godtas at et styre ved å få registrert en fullmakt som ikke gir adgang til å forhøye aksjekapitalen mot tingsinnskudd, derved skulle kunne avskjære selskapet fra å påberope en senere fullmaktsoverskridelse.”²⁶³ I tilfeller hvor det er tale om overskridelse av fullmakt, gir

²⁶¹ Jfr. Rt. 2001 s. 1513 side 1518.

²⁶² Jfr. Giertsen (2003) s. 61, og med videre henvisning til Rt. 1996 s. 1463 som slår fast det tilsvarende prinsipp overfor kommandittister: når den tegnede egenkapitalen ”er blitt registrert i foretaksregisteret, lar bestemmelsen hensynet til selskapskreditorene gå foran hensynet til tegneren”.

²⁶³ Jfr. Rt. 2001 s. 1513 side 1518.

kjennelsen følgelig anvisning på at aksjonærene får et sterkere vern på bekostning av de nye tegnerne og kreditorene.

Det kan spørres om dette standpunktet kan ha overføringsverdi til sakene hvor det er tale om myndighetsmisbruk av majoritetsaksjonærene. Det er i alle fall ett forhold som skiller de to tilfellene fra hverandre. I Vading Motor-saken var det styrets handlinger som var det sentrale. Deres adgang til å opptre på vegne av selskapet utad vil være offentlig tilgjengelig i opplysningene i Foretaksregisteret. Det vil i slike tilfeller ikke være særlig grunn til å verne tredjeparter som ikke innretter seg etter dette. En som legger til grunn at fullmakten strekker seg lengre, kan ikke sies å ha opptråd i aktsom, god tro. I det andre tilfellet, når det er tale om en vurdering av hva som vil være forsvarlig for selskapet, vil selskapsrepresentanten ikke være begrenset utad på samme måten. Tredjeparter vil da ikke ha muligheten til å undersøke på forhånd om det kan inngås en slik avtale eller ikke. Svaret er ikke klart, men etter min oppfatning, tilsier det at det sterke vernet om kreditorene må få gjennomslag, og tegningen vil således fortsatt være bindende.

Dersom registreringen hadde blitt fullført, ser vi at aksjonæravtalen det er ilagt erstatning for å ha misligholdt kunne ha blitt oppfylt, og det til tross for at de eksisterende aksjonærene ville ha blitt fratatt en ønsket rett til å utøve fortrinnsretten. Det vil følgelig kunne tenkes tilfeller hvor hensynet til aksjonærene vil bli krenket. Et erstatningskrav kan derfor være et uønsket pressmiddel. På den annen side vil aksjonærparten stå i fare for å bli erstatningspliktig også hvis aksjonæravtalen blir oppfylt: Aksjonærene vil fortsatt ha mulighet til å fremme restitusjons- eller erstatningssøksmål mot styremedlemmene jfr. §§ 3-7 og 17-1. I så måte ville aksjonærene ha blitt tilgodesett, selv om det dog ikke var tale om retten til aksjene.²⁶⁴ Etter min oppfatning synes konsekvensene ikke å være graverende nok til at det vil være tale om å anvende ordre public-reservasjonen for erstatning for brudd på aksjonæravtalen i slike tilfeller.

²⁶⁴ Om erstatning vil være en fullgod kompensasjon, er et annet spørsmål. Det vil dog føre for langt å gå inn på dette her. Se nærmere om dette i Normann (2009) s. 41-58.

5.5.4.2 Kan hensynet til aksjonærparten selv forsvare bruk av ordre public-reservasjonen?

Spørsmålet blir da om hensynet til parten selv vil være tilstrekkelig til å utgjøre ordre public-strid i vurderingen av om erstatningskravet skal tvangsfullbyrdes. På den ene siden kan hensynet til den erstatningspliktige parten tale for en slik forståelse, i og med at det var denne som rent faktisk ivaretok hensynet til minoritetsaksjonærene ved å stemme imot en fravikelse av fortrinnsretten. Vissheten om et erstatningskrav dersom aksjonæravtalen ikke blir oppfylt, vil kunne oppleves som et press til å oppfylle avtalen til tross for at det ikke anses å være grunnlag for det ut ifra selskapets forhold. Dersom ivaretagelsen av minoritetsaksjonærene skjer før nytegingen er gjennomført, vil det være en betraktelig bedre løsning aksjonærene imellom ved at man unngår at de midlene lovgiver har åpnet for, må tas i bruk.

På den annen side vil en argumentasjon basert på hva som er en hensiktsmessig måte å ivareta hensynene på føre til en betraktelig utvidelse av ordre public-reservasjonens funksjon i forhold til det den var tiltenkt; som en sikkerhetsventil for å unngå resultater som vil virke støtende. Når det finnes andre mekanismer, som anfektelsessøksmål i dette tilfellet, vil det ikke være behov for å bruke ordre public-bestemmelsen. Videre vil en bruk av ordre public-reservasjonen på grunn av hensynet til avtaleparten selv synes å være utenfor bestemmelsens tiltenkte anvendelsesområde. Bestemmelsen er ment å verne de grunnleggende hensyn som rent faktisk blir krenket som følge av at partenes lovvalg ble lagt til grunn i behandlingen av tvisten, og som med det ikke tok hensyn til de reglene og underliggende hensynene den skulle ha tatt.²⁶⁵

Uavhengig av om hensynet til avtaleparten selv kan vise seg å være tilstrekkelig, synes det uansett ikke å være tilstrekkelig grunn til å gi parten slik beskyttelse i tilfeller som vi har å gjøre med her. En avtale om å foreta en rettet emisjon og å fravike aksjonærenes fortrinnsrett, er avhengig av de øvrige forholdene i selskapet på vedtakstidspunktet. Dette

²⁶⁵ Jfr. Moss, LoR (2009) s. 366-367.

er forhold aksjonærparten gjerne ikke har full kontroll over, med mindre samtlige aksjonærer er part i avtalen.²⁶⁶ I de tilfellene hvor aksjonærparten likevel inngår en slik forpliktelse, vil det følgelig være et visst usikkerhetsmoment for om den vil kunne oppfylles. Dersom det oppstår forhold som gjør at aksjonæravtalen ikke kan gjennomføres, som for eksempel at selskapsinteressene ikke tillater det, vil det bare være en realisering av denne risikoen. Det synes ikke å være en hensiktsmessig løsning å velte den økonomiske belastningen over på den andre kontraktsparten. Slike tilfeller vil ikke være forhold som kan anses ”støtende mot rettsordenen” slik ordre public-reservasjonen krever jfr. § 46 annet ledd litra b.

5.5.5 Avsluttende bemerkninger

Det har blitt vist at det er grunnlag i norsk rett for å påse at hensynet til de øvrige aksjonærene blir ivaretatt dersom aksjonæravtalen hadde blitt gjennomført. Hvis avtalen viser seg å være i strid med selskapets interesser, kan det medføre misbruk av aksjonærflertallets myndighet dersom den gjennomføres. Minoritetsaksjonærenes interesser er tatt hensyn til ved at anfektelsessøksmål kan fremmes. Dersom retten finner det godtgjort at det er tale om myndighetsmisbruk, kan vedtaket om kapitalforhøyelse bli ugyldig. Tegningen skal da slettes, og ytelsene tilbakeføres.²⁶⁷ Som vi har sett, vil sletting trolig ikke skje i de tilfellene hvor tegningen allerede er registrert i Foretaksregisteret. Aksjonærene blir likevel tilgodesett i form av erstatning. Hensynet vil da bli ivaretatt i den utstrekning lovgiver så vel som domstolene anser det å være grunn for.

I de tilfellene man er utenfor det domstolene vil vurdere som myndighetsmisbruk, taler det mot en anvendelse av ordre public-reservasjonen. Etter norsk rett har aksjonærene blitt stående med det vernet som gis ved kravet til kvalifisert flertall ved vedtakelsen av å fravike fortrinnsretten, og det vil tale imot ordre public-reservasjonens formål om den

²⁶⁶ Det bemerkes at dette vil gjelde enn mer i de tilfellene hvor samtlige aksjonærer er part, da det i enda større grad vil være forhold hos aksjonærparten selv som gjør at avtalen ikke blir oppfylt.

²⁶⁷ Jfr. Truyen (2004) s. 325-326.

hadde gitt aksjonærenes interesser større vekt. Et press for aksjonærparten til å oppfylle avtalen vil heller ikke være noen trussel mot prinsippene i aksjeloven på dette punktet. Avtalen som det er ilagt erstatning for å misligholde, ville følgelig ikke i noe tilfelle ha ført til en krenkelse av de relevante interessene.

Et ytterligere moment mot å anvende ordre public-reservasjonen er det forholdet at aksjonærparten bevisst har påtatt seg en risiko ved å forplikte seg til å oppnå en kapitalforhøyelse, og en manglende evne til å oppfylle den er kun en realisering av den risikoen. Uten virkninger for de øvrige interessene vil det etter min oppfatning ikke være rom for å anvende ordre public-reservasjonen.

Dersom voldgiftsretten først anvender partenes lovvalg, og med det ignorerer selskapsstatuttet som det korrekte lovvalget i de selskapsrettslige vurderingene, vil den erstatningspliktige parten følgelig ikke kunne reddes fra sitt erstatningsansvar ved ordre public-reservasjonen. Den store hovedregelen og utgangspunktet om at voldgiftsdommer skal anerkjennes og fullbyrdes i Norge vil da måtte legges til grunn i disse tilfellene.

6 Konklusjon

Avhandlingen har tatt for seg implikasjoner og begrensninger aksjeselskapsretten kan ha på partsautonomien i internasjonal voldgift. Utgangspunktet har vært en situasjon hvor voldgiftsdomstolen i sin behandling har lagt til grunn partenes lovvalg i de selskapsrettslige spørsmålene til tross for at lovvalsreglene tilsa en annen rett.

Avslutningsvis kan det slås fast at aksjeselskapsretten medfører en begrensning på partsautonomien. Dette kommer til syne ved at voldgiftsdommen kan bli uvirksom ved en eventuell etterfølgende behandling, dersom selskapsrettslige regler og hensyn ikke er hensyntatt av voldgiftsretten. Videre kan det konkluderes med at ikke alle brudd på selskapsrettslige hensyn og prinsipper fører til en slik begrensning i norsk rett. Om, og i hvor stor grad, voldgiftsrettens feil får betydning, avhenger av hvilket rettslig grunnlag feilen i voldgiftsrettens avgjørelse har sin bakgrunn i.

Det har blitt vist at voldgiftsavgjørelsen kan bli uvirksom dersom voldgiftsretten manglet domsmyndighet til å behandle og avsi dom i saken. Partenes lovvalg kan ha gitt anvisning på at vilkårene for å inngå avtale om voldgiftsbehandling var oppfylt, mens de etter det korrekte lovvalget ikke var det. Selskapsretten får her innvirkning på to ulike måter, avhengig av om grunnlaget for manglende domsmyndighet er partenes manglende rettslig handleevne eller ugyldig voldgiftsavtale. Vurderingen av vilkåret om selskapers rettslige handleevne er underlagt selskapets hjemlands rett. Avvikende regler i den anvendte retten vil ikke kunne gjøres gjeldende til fortrengsel for det korrekte lovvalget. Dette gjelder, som vi har sett, også vurderingen av adgangen selskapets representanters har til å binde selskapet. Hva gjelder voldgiftsavtalens gyldighet, reguleres lovvalget primært av partenes lovvalg. Ved avtaleinngåelse om voldgift er det imidlertid liten grad av bevissthet rundt prinsippet om "separability". Den praktiske hovedregelen er derfor at man faller tilbake på voldgiftslandets rett. Selskapsstatuttets regler for kontraktsinngåelse på vegne av selskapet kan likevel innvirke på resultatet, dersom den anvendbare kontraktsretten ser på fremgangsmåten i hjemlandet som et relevant moment for om det var selskapets intensjon å inngå avtale om voldgiftsbehandling.

Feil i rettsanvendelsen vil her altså være tilstrekkelig til at avgjørelsen kan bli uvirksom. Dette gjelder ved feil lovvalg ved både vurderingen av selskapers rettslige handleevne når de er part i en tvist, så vel som voldgiftsavtalens gyldighet. I henhold til prinsippet om kompetanse-kompetanse vurderer voldgiftsretten selv sin domsmyndighet til å behandle tvistene. De ordinære domstolene kan imidlertid ta stilling til dette på selvstendig grunnlag dersom de får saken forelagt seg.

Videre har ordre public-reservasjonen som grunnlag for at voldgiftsdommen kan bli uvirksom blitt behandlet. Ved å følge partenes lovvalg i de selskapsrettslige spørsmålene, og på den måten ignorere selskapets hjemlands rett, kan voldgiftsretten ha kommet til et resultat som vil virke støtende på den norske rettsordenen. Ut fra undersøkelsene kan det konkluderes med at det i norsk aksjeselskapsrett ikke er grunnlag for å anse alle brudd på regler som ordre public. Jeg vil kort redegjøre for de observasjonene som er gjort i denne forbindelse.

Visse resultater som følger av voldgiftsdommen vil stride mot ordre public. For det første har vi sett at ivaretagelsen av kjernen i aksjeeierrettighetene nyter et sterkt vern i norsk rett. Erstatning for brudd på aksjonæravtaler som forutsetter at aksjonærene vil bli fratatt muligheten til å utøve rettigheter, står derfor i fare for å være i strid med ordre public-reservasjonen. Dette utgangspunktet må imidlertid nyanseres noe: Sammensetningen av aksjonærgruppen som er part i avtalen og de øvrige konsekvenser avtalen vil ha, er av sentral betydning. Hvis samtlige aksjonærer er part i aksjonæravtalen, og det bare er aksjonærrettigheter som ville blitt krenket, synes det å tale for at erstatningskravet skal tvangsfullbyrdes i tråd med hovedregelen.

For det andre har spørsmålet om tvangsfullbyrdelse av erstatningskrav for brudd på aksjonæravtaler som søkte å omgå selskapets vedtekter blitt undersøkt. En dom på erstatning vil virke som et press til å oppfylle avtalen i strid med selskapets reguleringer. Faren for å bli erstatningspliktig som følge av misligholdt avtale er et vesentlig moment i

ordre public-vurderingene. Videre vil det være av betydning hvem av avtalepartene som har krav på erstatning: Dersom det er parten som ville oppnådd den urettmessige fordel, vil det med tyngde tale for at erstatningskravet skal nektes tvangsfullbyrdet med grunnlag i ordre public-reservasjonen. Også hensynet til tredjeparter vil være relevant her: Aksjeselskaper medfører med sin begrensede ansvarsform en usikker rettslig stilling for tredjeparter som forholder seg til selskapet på ulike måter, det være seg ansatte, kreditorer, potensielle investorer med videre. Åpenhet og tillitt til opplysningene som gis om selskapet, er derfor avgjørende for at aksjeselskaper skal kunne anses for å være en trygg aktør å forholde seg til.

I hvilken grad hensynet til tredjeparter gjør seg gjeldende, beror på forholdene i den konkrete saken. I tilfeller hvor avtalen også ville ha krenket andre hensyn ut over aksjonærene selv, vil det etter min oppfatning ikke være tilstrekkelig å vise til at aksjonæravtalen er enstemmig vedtatt av aksjonærene for å være utenfor en mulig ordre public-situasjon. De konkrete virkningene avtalen har for de relevante tredjepartene i en slik situasjon vil da være av betydning.

Som tidligere antydnet har jeg gjennom undersøkelsene kommet til at ikke alle krenkelser av selskapsrettslige hensyn vil påkalle en bruk av ordre public-reservasjonen. Et tungtveiende moment i denne sammenhengen er det sterke vernet enkelte interesser har fått gjennom lovreguleringer i norsk rett.

Prosessuelle regler sørger for at de særlige hensynene som skal beskyttes i de enkelte situasjonene har fått et ekstra vern. Dette er kommet til syne overfor aksjonærene gjennom krav til generalforsamlingsvedtak og særlige flertallskrav, kreditorer gjennom varslingsplikt ved nedsettelse av aksjekapitalen, samt samfunnets tillitt til aksjeselskapsformen og informasjon om selskapene, gjennom adgangen til å nekte å foreta registreringer i Foretaksregisteret. Aksjonærparten kan følgelig ikke få gjennomført avtalen på egenhånd. Det har også blitt vist at hvordan de konkrete forholdene gjør at vurderingen

stiller seg annerledes, eksempelvis dersom det bare kreves generalforsamlingsvedtak, og partene i aksjonæravtalen utgjør tilstrekkelig flertall til å få forslaget gjennomført.

Videre er det mekanismer i norsk rett som skal avhjelpe de negative konsekvensene for de berørte interessene ved brudd på reglene, og med det de bakenforliggende hensynene reglene skal ivareta. Det er hjemler for anfektelsessøksmål på grunn av myndighetsmisbruk, krav på restitusjon og erstatning, og i visse tilfeller, straff. Slike bestemmelser medfører i praksis begrensninger for aksjonærpartens evne til å oppfylle avtalen, både på generalforsamling og som styremedlem.

Ordre public-reservasjonen skal være en sikkerhetsventil. Så lenge det er reguleringer i norsk rett som vil ivareta de relevante aksjerettslige hensynene, vil det etter min oppfatning som hovedregel ikke være behov for denne i tillegg. Enkelte land har definert samtlige brudd på visse selskapsrettslige regler som ordre public. Det gir et meget sterkt vern om landets rettsprinsipper, på bekostning av formålet med internasjonal voldgift som en rask og endelig måte til å få en rettskraftig avgjørelse av tvister. Det er av vesentlig betydning at reservasjonen tolkes snevert for å fremme voldgiftsinstituttet som en alternativ tvisteløsningsform. Det bidrar til at partene får en rask og effektiv avklaring av tvisten. En ukritisk vid tolkning av ordre public-reservasjonen medfører at voldgift i realiteten bare er et første steg på veien til en avklaring av tvisten, og ikke en endelig og rettskraftig dom, slik avgjørelsen er forutsatt å være. Fra et voldgiftsperspektiv vil man derfor være tjent med å foreta en mer konkret tilnærming til ordre public-reservasjonen. I lys av de undersøkelsene som er foretatt i avhandlingen, er det etter min oppfatning slik at de norske domstolene bør vurdere hver sak konkret dersom de får spørsmålet forelagt seg.

Det kan imidlertid være visse tilfeller hvor denne sikkerhetsventilen bør anvendes til tross for at de berørte partene har alternative måter å reagere på. Vi har sett at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve det forretningsmessige skjønnet foretatt av styret eller generalforsamlingen. I de tilfellene hvor aksjonærparten i avtalen er i en stilling hvor oppfyllelsen beror på en slik skjønnsmessig vurdering, kan vissheten om et erstatningskrav

medføre et uønsket press til å strekke seg noe lenger enn en forsvarlig ivaretagelse av selskapsinteressen tilsier. De interessene som blir berørt av disposisjonen kan ha vanskeligheter med å nå frem med krav i etterkant. Det bør derfor tas høyde for hvor stor sannsynlighet det er for at et vedtak som følge av avtalen ikke ville utløst rettsvirkninger i form av ugyldighet eller erstatning til de krenkende partene. Hensynet til å hindre aksjonærpartene fra å spekulere i hvordan de best kan unngå ansvar etter norsk rett, kan dermed tale for å anvende ordre public-reservasjonen likevel. Særlig kan dette synes å gjelde ved avtaler som ved sin oppfyllelse ville ha medført en svekkelse av selskapskapitalen.

Domstolen skal imidlertid ikke foreta en ordinær overprøving av verken rettsanvendelsen eller bevisbedømmelsen som ble lagt til grunn av voldgiftsretten. Prøvingen av saken skal bare gjøres i den utstrekning det er nødvendig for domstolen å fastslå om virkningen av avgjørelsen tilsier at det vil stride mot våre fundamentale prinsipper dersom avgjørelsen blir tvangsfullbyrdet. Norske domstoler kan derfor ikke gå for langt i å vurdere om krav etter de norske reglene om myndighetsmisbruk eller styreansvar ville ha nådd frem.

Det følger av dette at partsautonomien vil stå noe sterkere i internasjonal voldgift enn kontraktsfriheten etter nasjonal rett, da ikke alle regelbrudd vil bli fanget opp ved en eventuell etterfølgende domstolsbehandling. Like fullt vil man, så fremt avgjørelsen fremmes for de nasjonale domstolene, ha mulighet til å gripe inn i de tilfellene som oppleves som støtende. På grunn av den konkrete vurderingen som må legges til grunn, er domstolene sikret hjemmel for å reservere seg mot en tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen når et slikt behov melder seg.

7 Kildehenvisninger

Litteraturliste

Alvik, Ivar. *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift I*: Lov og Rett. 2009, S. 43-53.

Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer. Aarbakke, Magnus ... [et.al] 2. utg. Oslo, 2004.

Andenæs, Mads Henry. *Er avtale om opsjon til å tegne aksjer rettslig bindende for selskapet?* I: Lov og Rett. 2001, S. 152-165.

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* 2. utg. Oslo, 2006.

Andenæs, Mads Henry. *Hvem er bundet av en aksjonæravtale?* I: Tre foredrag om aksjonæravtaler. Oslo, 2009. S. 7-20. (Institutt for privatretts skriftserie nr. 175/2009).

Andenæs, Mads and Wooldridge, Frank. *European Comparative Company Law*. Cambridge, 2009.

Berg, Albert Jan van der. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Amsterdam, 1981.

Berg, Albert Jan van der. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXVIII -2003, Volume XXVIII*. I: Kluwer Law International. 2003, S.650 – 651 [Tilgang: <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn25537>].

Bråthen, Tore. *Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien?* I: Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue. Oslo, 2007, S. 198-209.

Bråthen, Tore. *Selskapsrett*. 3. utg. Oslo, 2008.

Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. I: Kluwer Law International 2009 S. 2730-2872. [Tilgang: <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31488#note665>]

Bugge Reiersen, Hedvig og Sjøfjell. *NUF-kaoset i norsk rett: Et bidrag til oppklaring*. I: Artikkelutkast. Oslo, 2009. [Se forfatterens publikasjonsliste <https://www.jus.uio.no/ifp/english/people/aca/hkreiers/index.html>. Tilgang artikkel: <http://www.google.no/search?hl=en&q=nuf-kaoset+reiersen&meta=>]

Donovan, Donald Francis, Amirfar, Catherine M. and Helfman Tara. *2 November 2007 - United States District Court for the Southern District of New York, A contribution by the ITA Board of Reporters*. I: Kluwer Arbitration. 2007. [Tilgang: [http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn91120&query=AND\(content%3A%22telenor%22,content%3A%22storm%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn91120&query=AND(content%3A%22telenor%22,content%3A%22storm%22))] [lest 25.04.2010]

Giertsen, Johan. *Har aksjonæravtaler selskapsrettslige virkninger?* I: Nybrott og odling Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002. Bergen, 2002, S. 533-545.

Giertsen, Johan. *Aksjeselskapsretten som obligasjonsrettslig disiplin*. I: Nordisk Tidsskrift for Selskapsret. 2003, S. 53-70.

Knudsen, Gudmund. *Selskapet som part i aksjonæravtale*. I: Tre foredrag om aksjonæravtaler. Oslo, 2009. S. 21-39. (Institutt for privatretts skriftserie nr. 175/2009).

Kropholler, Jan. *Internationales Privatrecht*. 6. utg. Hamburg, 2006.

Krüger Andersen, Paul. *Aktie- og anpartsselskapsret*. 8. utg. København, 2004.

Heimdal, Lars Anders. *Norsk internasjonal privatrett og bokhandleren til besvær*. I: Lov og Rett. 2010 S. 68-75.

Lowzow, Halfdan, Reed, Bjørn Gabriel og Geir Steinberg. *Aksjonæravtaler*. Oslo, 1993.

Lundgaard, Hans Petter. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett* 3. utg. Oslo, 2000

Moss, Giuditta Cordero. *International Commercial Arbitration*. Oslo, 1999.

Moss, Giuditta Cordero. *Lovvalsregler for internasjonale kontrakter: tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap (2007). S. 679-717.

Moss, Giuditta Cordero. *International Arbitration and the Quest for the Applicable Law*. I: Global Jurist. Volume 8, Issue 3. 2008, S. 1-42.

Moss, Giuditta Cordero. *Arbitration and Private International Law*. I: International Arbitration Law Review. Volume 11, Issue 4. 2008, S. 153-164.

Moss, Giuditta Cordero. *Den nye europeiske formueretten og norsk internasjonal formuerett*. I: Lov og Rett. 2009, S. 67-83.

Moss, Giuditta Cordero. *Lovvalg i erstatningsretten - personlighetskrenkelse - ytringsfrihet - Borgarting lagmannsrett dom 20. april 2009 (LB-2009-28508)* I: Nytt i Privatretten. 2009, S. 20-21.

Moss, Giuditta Cordero. *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift – et tillegg og et forskningsprosjekt* I: Lov og Rett. 2009, S. 361-373.

Moss, Giuditta Cordero. *Lovvalg i erstatningsrett – personlighetskrenkelse – ytringsfrihet –*

Høyesteretts dom 2. desember 2009 (HR-2009-0226-A). I: Nytt i Privatretten. Årg. 12 (2010), S. 21-23.

Moss, Giuditta Cordero. *Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett. I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder. Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år. Oslo, 2010 S. 221-231.*

Moss, Giuditta Cordero. *Legal Capacity, Arbitration and Private International Law I: Convergence and Divergence in private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr. 2010, S. 1-16. [Festskriftet er ikke publisert enda, og sidetallshenvisningene er kun henvisninger til sidene i artikkelen. Tilgang: <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/events/seminars/2009/may.html>. Lest: 11.05.2010]*

Mæland, Henry John. *Voldgift. 1. utg. Bergen, 1988.*

Normann Aarum, Kristin. *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper. Oslo, 1994.*

Normann, Kristin. 2009 *Misligholdsbeføyelser ved brudd på aksjonæravtale I: Tre foredrag om aksjonæravtaler. Oslo, 2009. S. 41-58. (Institutt for privatretts skriftserie nr. 175/2009).*

Samuelson, Erik. *Nimbus-saken – en høyesterettsdom fra avtalerettens kjernesone. I: Tidsskrift for Forretningsjus. 1995, S. 102-111.*

Sundby, Anne Cathrine. *Stemmerettsbegrensninger på aksjer etter norsk rett. I: Nordisk Tidsskrift for Selskapsret. 2003, S. 230-250.*

Truyen, Filip. *Enevelde eller aksjonærdemokrati? - Medbestemmelse og maktmisbruk i aksjeselskaper. I: Revisjon og Regnskap. 2005, S. 17-10.*

Truyen, Filip. *Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper*. I: Jussens Venner. 2004, S. 305-328.

Truyen, Filip. *Aksjonærenes myndighetsmisbruk – en studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper*. Oslo, 2005

Thue, Helge Johan. *Internasjonal Privatrett Personrett, familierett og arverett*. Oslo, 2002.

Voldgiftsloven Kommentarutgave Kolrud, Helge Jacob ... [et.al] Oslo, 2007.

Voldgiftsloven med kommentarer. Berg, Borgar Høgetveit ... [et.al]. Oslo, 2006.

Woxholth, Geir. *Lovvalsreglene i selskapsforhold, herunder legitimasjon og personlig erstatningsansvar overfor tredjemann*. I: Lov og Rett. 1993, S. 579-595.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 5. utg. 2. opplag. 2005, Oslo, 2003.

Norsk lovgivning

- | | |
|------|---|
| 1687 | Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. april 1687 |
| 1915 | Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6 (opphevet). |
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4. |
| 1976 | Lov om aksjeselskaper av 04. juni 1976 nr. 59 (opphevet). |
| 1985 | Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni 1985 nr. 78. |
| 1997 | Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44. |
| 2004 | Lov om voldgift (voldgiftsloven) av 14. mai 2004 nr. 25. |

Annen lovgivning

ZPO Zivilprozessordnung 12.09.1950. Tilgang: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html> [sitert 15.05.2010]

Lag (1999:116) om skiljeförfarande

Norske forarbeider

| | |
|----------------------------|--|
| Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) | Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven). |
| Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) | Om lov om voldgift |
| NOU 1992:29 | Lov om aksjeselskaper |
| NOU 1996:3 | Ny aksjelovgivning |
| NOU 2001:33 | Voldgift |
| NOU 2009:4 | Tiltak mot skatteunndragelser |

Utenlandske forarbeider

Prop. 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande

Domsregister

Norske avgjørelser

Høyesterettsavgjørelser

Rt 1923 II 58

Rt. 1932 145

Rt 1980 243

Rt 1982 1294

Rt 1991 119
Rt 1993 312
Rt 1995 46
Rt 1999 330
Rt 1999 1399
Rt 2001 900
Rt 2001 1513
Rt 2002 180
Rt 2003 335
Rt 2003 1501
Rt 2007 360
Rt 2009 1537

Underrettsavgjørelser

TOBYF-2004-990 (Oslo Byfogdembete)

RG 1990 1114

RG 1996 491

LB-2001 297 (Borgarting)

LA-2002-84 (Agder)

LB-2004-260317 (Borgarting)

LB-2004-45850 (Borgarting)

LB-2005 127905 (Borgarting)

Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 9. april 2001 [upublisert].

Utenlandske avgjørelser

Sak C-81/87 The Queen mot H.M. Treasure and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail. Saml. 1988 05483.

Inter Maritime Mgt SA v. Russin & Vecchi. Swiss Federal Tribunal, 9. januar 1995.

Adviso NV v. Korea Overseas Constr. Corp. 14. februar 1995.

Sak C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsbestyrelsen. Saml. 1998 I-01459

Sak C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton Int'l NV. Saml. 1999 I-03055.

Sak C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH NCC. Saml. 2002 I-09919.

Sak C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd. Saml. 2003 I-10155.

Bargues Agro Industrie SA v. Young Pecan Company. Paris Court of Appeal, 10. juni 2003.

Adamas Management & Services Inc. (British Virgin Islands) v. Aurado Energy Inc. Canada, 28. juli 2004.

State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA. Svea Court of Appeal, Stockholm 17. desember 2004.

S GmbH v. O Limited. Oberster Gerichtshof, Wien, 24. august 2005.

Sak C/210-06 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt mot Ungarn Saml. 2008 I-09641.

K v. F AG. 23. oktober 2007, Oberster Gerichtshof, Wien, 23. Oktober 2007.

Rumeli Telekom A.S. (Turkey), Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. (Turkey) v. Republic of Kazakhstan. Kazakhstan, ICSID av ICSID [International Centre for Settlement for Investment Disputes], 29. juli 2008.

Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan. English Court of Appeal, 20 juli 2009.

Internasjonale reguleringer

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 [New York-konvensjonen]

Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (Rome I) 2008 [Roma I]

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006 [modelloven].

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006 – Explanatory Note [i avhandlingen henvist til som "modelloven – explanatory note"]. [Tilgang:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html]

Lisboatraktaten om endringer av traktat om Den europeiske union og traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, underskrevet i Lisboa den 13. desember 2007.

Forkortelser benyttet i avhandlingen

NiP Nytt i Privatretten

TfR Tidsskrift for Forretningsjus

LoR

Lov og Rett

Int. A.L.R.

International Arbitration Law Review.

