

# Lovvalsregler for overdragelse av aksjer

*Af advokat Dr. Roland Mörsdorf og advokat Trine Halvorsen, LL.M., Advokatfirmaet Grette DA, Oslo*

## 1. Innledning

Når en aksje i et norsk aksjeselskap skal overdras, kan det bli spørsmål om overdragelsen reguleres av selskapsrettslige, kontraktsrettslige eller internasjonal privatrettslige regler mv.

Betydningen av spørsmålet kan for eksempel vise seg der to parter seg imellom ønsker å avtale et annet lands rett for overdragelsen av aksjer i et norsk aksje selskap. Kanskje avtales det at overdragelsen skal være underlagt tysk rett, hvor det ikke finnes forkjøpsrettigheter til aksjer.<sup>1</sup> Respekteres valget av tysk rett, har man gyldig avtalt seg bort fra preseptoriske (ufravikelige) plikter som etter norsk rett i utgangspunktet ville fulgt med aksjene etter selskapsrettslige regler.

Spørsmålet om hvilke lovvalsregler som gjelder ved aksjeoverdragelse, har blitt lite behandlet i juridisk litteratur og rettspraksis, men det foreligger to dommer hvor det såkalte kontraktsstatuttet blir lagt til grunn for aksjeoverdragelsen. Som denne artikkelen vil belyse, synes imidlertid den rettslige forankringen å være

svak og den faktiske virkningen uheldig. I stedet tilsier blant annet faren for at viktige regler kan omgås, hvordan tredjepart blir påvirket av overdragelsen og aksjers natur, at det er selskapsstatuttet som bør anvendes ved aksjeoverdragelser.

## 2. Lovvalsregler – noen utgangspunkter

Rettslig sett vil en overdragelse av aksjer særlig være av kontraktsrettslig og selskapsrettslig natur. Selve kontrakten mellom partene om overdragelsen faller under kontraktsretten, men kontrakten vil samtidig ha selskapsrettslige implikasjoner da overdragelsen vil påvirke eierne av selskapet (aksjeeierne). Hvilket rettsområde forholdet faller under er et såkalt kvalifikasjonsspørsmål, som i utgangspunktet skal avgjøres etter retten på stedet saken behandles («lex fori-prinsippet».)<sup>2</sup> Kvalifiseringen er avgjørende på grunn av de ulike lovvalsreglene som gjelder på de ulike rettsområdene.

Før det foretas en kvalifisering av aksjeoverdragelser, skal det innledningsvis gjøres rede for lovvalsreglene på kontraktsrettens og selskapsrettens område.

1. Roland Mörsdorf, Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv, NTS 2011:2, s. 1, 12. Om forkjøpsrettigheter i norsk rett, se lov 13. juni 1977 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) kap. VII som gir rett til forkjøp for de andre aksjeeierne dersom ikke annet er avtalt i vedtektene, jf. §§ 4-19 til 4-23. Forkjøpsretten gjelder fra det øyeblikk avtale om overgang av de sentrale eierbeføyelsene er inngått med mindre noe annet er avtalt i vedtektene.

2. Jf. Rt. 1995 s. 1415.

## 2.1. Lovvalgsregler for kontraktsrett

### 2.1.1. Roma I

Roma I<sup>3</sup> erstattet den tidligere Romakonvensjonen om lovvalg på kontraktsrettens område, og gjelder for alle EU-medlemslandene. Norge har valgt ikke å ratifisere konvensjonen. Norske domstoler ser imidlertid i stor utstrekning hen til disse bestemmelsene der norsk rett kommer til kort,<sup>4</sup> og de vil derfor også bli behandlet til en viss grad i denne artikkelen. Roma I legger til grunn prinsippet om full partsautonomi i kontraktsforhold hva gjelder lovvalg.<sup>5</sup> Der partene ikke har foretatt et uttrykkelig lovvalg, er hovedregelen at det lands lov hvor den som presterer «det for avtalens karakteristiske ytelse har sitt vanlige oppholdssted», skal gjelde.<sup>6</sup> Der lovvalget ikke kan avgjøres på dette grunnlag, gjelder det lands lov hvor avtalen har sin «nærmeste tilknytning».<sup>7</sup>

Der lovvalg har skjedd, vil det valgte lands rett gjelde for tolking, oppfyllelse, virkninger av mislighold, opphør av forpliktelser og ugyldighet.<sup>8</sup> Roma I åpner for øvrig for at parter kan

foreta ulike lovvalg for ulike deler av en kontrakt.<sup>9</sup> Normalt er konsekvensen av et lovvalg at det landets preseptoriske regler som ville ha kommet til anvendelse hvis partene *ikke* hadde foretatt et valg, heller ikke vil gjelde.<sup>10</sup>

I Roma I gjøres det også et unntak for tilfeller hvor partene har foretatt et lovvalg, men hvor alle «omstendigheter af betydning på aftaletidspunktet» kun har tilknytning til et enkelt land. I et slikt tilfelle vil fortsatt de preseptoriske reglene i dette landet gjelde.<sup>11</sup> Dette er altså situasjonen der kontrakten egentlig ikke har noe internasjonalt element, og lovvalget synes å være uten et reelt behov.<sup>12</sup> Konsekvensen av unntaket er at der det mangler et internasjonalt element, vil ikke kontrakten i sin helhet flyttes under det valgte lands rett. De preseptoriske reglene det vises til i denne bestemmelsen er noe annet enn de såkalte internasjonalt preseptoriske bestemmelsene som vi kommer tilbake til under punkt 4.

Det er verdt å merke seg allerede her at under Roma I vil lovvalget kun angå kontraktsforholdet, og at alt som faller inn under andre rettsområder, reguleres av de kollisjonsreglene som gjelder på det aktuelle rettsområdet.<sup>13</sup>

Under Roma I knytter lovvalget seg kun til den materielle retten, og ikke lovvalgsreglene i det valgte lands rett. Et foretatt lovvalg kan altså

3. EU-forordningen 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser.
4. Se for eksempel Rt. 2009 s. 1537, hvor Høyesterett uttalte at selv om Norge ikke var bundet av Roma II (tilsvarende forordning som Roma I, men som gjelder lovvalg for forhold utenfor kontrakt) «ville i den utstrekning Norge ikke hadde avvikende lovregulering, hensynet til rettsenhet [tale] for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt», avsnitt 34.
5. Jf. art. 3 nr. 1. Dette ble imidlertid fullstendig oversatt i en ny dom fra Høyesterett (HR-2017-1297-A) hvor avtalepartene uttrykkelig hadde valgt at engelsk rett skulle komme til anvendelse på avtalen, og hvor Høyesterett ikke tok hensyn til avtalepartenes eksplisitte lovvalg som utgangspunkt for lovvalgsspørsmålet. Se om anvendelse av Roma I i norsk rett punkt 2.1.2 nedenfor.
6. Jf. art. 4 nr. 2.
7. Jf. art. 4 nr. 3.
8. Jf. art. 10.

9. Jf. art. 3 nr. 1, 3. setning.
10. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 341.
11. Jf. art. 3 nr. 3.
12. Giuditta Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007, punkt 2.2.
13. Giuditta Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007, punkt 4.

ikke få den følge at kontraktsforholdet blir regulert av et tredje lands rett.<sup>14</sup>

### 2.1.2. Norsk rett

Lovvalsregler på kontraktsrettens område i Norge er hovedsakelig ulovfestede.<sup>15</sup> I mangel av både en ratifisering av Roma I og annen lovregulering, legges det i Norge til grunn et ulovfestet prinsipp om partsautonomi i kontrakter, også hva gjelder lovvalget.<sup>16</sup> Som under Roma I står altså partene i utgangspunktet fritt til å avtale det lands lov de selv ønsker når det gjelder forholdet seg i mellom.<sup>17</sup> Det har blitt diskutert i juridisk litteratur om det kreves en bestemt tilknytning til den valgte lov for at to parter kan avtale den, men det foreligger ingen eksempler fra rettspraksis på at dette kreves. Heller ikke Roma I har en slik bestemmelse.<sup>18</sup>

Der det ikke er foretatt et spesifikt lovvalg, har man tradisjonelt lagt til grunn «den individualiserende metode».<sup>19</sup> Etter denne metoden foretas det en vurdering av forholdet hvoretter man legger til grunn det lands rett som kontrakten har nærmest tilknytning til. Den individualiserende metode er også kjent som «Irma-Mignon-formelen» etter Rt. 1923 II s. 58, hvor Høyesterett for første gang eksplisitt benyttet metoden. To norske skip hadde kollidert i britisk farvann, men fordi de begge var norske, kom Høyesterett til at forholdet hadde sterkest

tilknytning til Norge, og at norsk rett derfor skulle legges til grunn.

Denne løsningen er i samsvar med det som fulgte av den tidligere Romakonvensjonen, men er ikke oppdatert i henhold til Roma I og prinsippet om å se hen til avtalens karakteriske ytelse som beskrevet over i punkt 2.1.1. Det foreligger ingen ny norsk dom hvor spørsmålet blir satt på spissen slik at norsk rett kunne ha blitt oppdatert i henhold til den nye europeiske rettstilstanden. I praksis ser imidlertid norske domstoler i stor utstrekning hen til Roma I. Det ble uttrykkelig sagt i Rt. 2009 s. 1537 («Bokhandleren i Kabul»), hvor Høyesterett uttalte at selv om Norge ikke var bundet av Roma II,<sup>20</sup> ville «i den utstrekning Norge ikke hadde avvikende lovregulering, hensynet til rettsenhet [tale] for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt».<sup>21</sup> Det er dermed naturlig å anta at dersom spørsmål om lovvalg uten særskilt avtale ville kommet opp for Høyesterett i dag, ville domstolen benyttet regelen i Roma I. Nyere praksis fra EU-land om dette kan derfor være relevant. Dette fremkommer også fra en ny dom fra Høyesterett (HR-2017-1297-A avsnitt 73 flg.) hvor Høyesterett fremhever at det vil «være relevant å legge vekt på hvilken lovvalgsløsning som er valgt i EU, selv om Norge ikke er formelt bundet av regelen.» I den konkrete saken gikk Høyesterett imidlertid ikke nærmere inn i anvendelse av Roma I siden Høyesterett mente at Roma I ikke løste den konkrete konflikten. Men Høyesterett synes å se bort fra den individualiserende metoden og å benytte Roma I som utgangspunktet for lovvalgsspørsmålet.

Der lovvalg er foretatt, vil det valgte lands rett som et utgangspunkt gjelde for hele kon-

14. Dette er det såkalte renvoi-prinsippet, som Roma I art. 20 uttrykkelig utelukker.

15. Giuditta Cordero Moss, Lovvalsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007, punkt 1.

16. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privattrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 340.

17. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privattrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 340.

18. For mer om dette, se Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privattrett, Oslo, 3. utgave 2000, s. 242 flg.

19. Jf. Roma I art. 4 nr. 4.

20. EU-forordningen 864/2007 av 11. juli 2007 om lovvalg for forpliktelses som springer ut av delikt. Roma II er tilsvarende forordning som Roma I, men gjelder lovvalg for forhold utenfor kontrakt.

21. Dommens avsnitt 34.

trakten, slik løsningen også er etter Roma I.<sup>22</sup> Dette har den følge at de preseptoriske reglene som ville ha kommet til anvendelse hvis partene ikke hadde foretatt et valg, heller ikke vil gjelde.<sup>23</sup> Man foretar imidlertid ingen differensiering i norsk rett for tilfeller hvor alle omstendigheter knytter seg til ett land slik man gjør i Roma I som beskrevet i punkt 2.1.1. Utgangspunktet om at lovvalget flytter kontrakten i sin helhet inn under det valgte lands anvendelsesområde, fordrer dermed ikke tilstedeværelse av et internasjonalt element. Med dette kontraktrettslige utgangspunktet vil altså to parter i teorien lovlig kunne avtale at et annet lands rett skal kunne gjelde for overdragelsen av aksjer. Det er imidlertid viktige unntak fra prinsippet om partsautonomi, noe som vil bli behandlet nærmere i punkt 4.

Kjøp av aksjer omfattes i utgangspunktet av kjøpsloven,<sup>24</sup> og det kan derfor være naturlig å anta at kjøpslovvalgsloven<sup>25</sup> kommer til anvendelse. Kjøpslovvalgsloven gjelder for internasjonale privatrettslige kjøp, og hovedprinsippet er at partene fritt kan avtale lovvalget. Det står imidlertid uttrykkelig i kjøpslovvalgsloven at den ikke gjelder for kjøp av verdipapirer. Etter Høyesteretts behandling av spørsmålet av om kjøpslovvalgsloven kunne benyttes analogisk i Rt. 1980 s. 243 («Tampax-dommen»), synes

det å være enighet om at kjøpslovvalgsloven ikke kan benyttes analogisk for andre kjøp enn løstørekjøp.<sup>26</sup>

Det finnes ikke en tilsvarende bestemmelse i norsk rett som i Roma I om at det kan skje en oppdeling av lovvalg for ulike klausuler i en kontrakt. Det er imidlertid ubestridt at for en kontrakts ulike forhold, kan ulike lands regler komme til anvendelse avhengig av saksforholdet det dreier seg om.<sup>27</sup> Et eksempel er voldgiftsklausuler i kontrakter. Internasjonalt kalles dette «dépeçage», og prinsippet er også anerkjent i Norge.<sup>28</sup> Når et slikt saksforhold foreligger, er løsningen at kontrakten blir oppdelt og at de ulike spørsmålene blir løst etter de tilhørende landenes rett.<sup>29</sup>

### 2.1.3. Konklusjon

Som gjennomgangen har vist, er norsk rett om lovvalgsregler på kontraktsrettens område i all hovedsak sammenfallende med Roma I.

## 2.2. Lovvalgsregler for selskapsrett

### 2.2.1. Internasjonale regler

Roma I er uttrykkelig avgrenset mot selskapsretten.<sup>30</sup> Internasjonal selskapsrett er heller ikke

22. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 341. Man sier dermed at prinsippet om fritt lovvalg vil defineres som kollisjonsrettslig, og ikke materialrettslig. Se mer om dette i Giuditta Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007.
23. Giuditta Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007, punkt 4.2.
24. Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.
25. Lov 3. april 1964 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp.

26. Se blant annet Giuditta Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007, punkt 2.1 og Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 3. utgave 2000, s. 243.
27. Et eksempel knyttet til lovvalg i kontrakt i norsk rett er lov av 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift, hvor det fremkommer at lovvalget for en kontrakt ikke nødvendigvis også vil gjelde for voldgiftsklausulen.
28. Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 3. utgave 2000, s. 223.
29. Giuditta Cordero Moss, Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007, punkt 2.7.
30. Jf. art. 1(2)(c).

på annet vis harmonisert i Europa. Man skiller tradisjonelt gjerne mellom to teorier – stiftelsesteorien, som legger til grunn det lands rett hvor selskapet ble stiftet, og hovedseteteorien, som legger til grunn det lands rett hvor selskapet har sitt hovedsete.<sup>31</sup> For eksempel benytter man i Tyskland tradisjonelt og prinsipielt hovedseteteorien, mens i England er det stiftelsesteorien som råder.<sup>32</sup>

### 2.2.2. Antatte regler etter norsk rett

I Norge er det ikke endelig avklart hvilke lovvalgsregler som gjelder for selskapsretten, men i teori og praksis var det lenge hovedseteteorien som ble lagt til grunn.<sup>33</sup> For selskapsrettslige spørsmål var det altså som et utgangspunkt det lands rett hvor selskapet hadde sitt hovedsete, eller der det «administrative senteret var», som kom til anvendelse.<sup>34</sup> Hadde et selskap sitt hovedsete i Norge, ville altså de norske selskapsrettslige preseptoriske reglene gjelde, og brudd på reglene medførte ansvar og sanksjoner.

I nyere teori synes tendensen å gå i retning av at stiftelsesteorien bør gjelde generelt.<sup>35</sup> Som

EØS-medlem må Norge forholde seg til rettspraksis fra EU, og etter nyere rettspraksis fra EU-domstolen beveger man seg mer i retning av stiftelsesteorien.<sup>36</sup> Det er blant annet avklart at et selskap som er stiftet i et EU-land, er fri til å etablere seg og sitt hovedkontor i et hvilket som helst annet EU-land uten å være underlagt selskapsretten i det landet.<sup>37</sup>

Rent praktisk taler gode grunner for at stiftelsesprinsippet generelt bør gjelde.<sup>38</sup> For eksempel Tyskland anvender imidlertid stiftelsesteorien kun på selskap som er stiftet i et EU-/EØS-land, men for selskap som er stiftet utenfor EU/EØS, benyttes fortsatt hovedseteteorien.<sup>39</sup> Et av de viktigste hensyn i internasjonal privatrett er å skape forutberegnelighet for lovvalget.<sup>40</sup> Hovedseteteorien medfører en langt mer omfattende vurdering enn stiftelsesteorien gjør. Ikke bare er selve begrepet «hovedsete» enda ikke avklart i Norge, men også selve vurderingen når man har kommet til enighet om hvordan begrepet skal forstås innebærer betydelig rom for skjønn.<sup>41</sup> Der stiftelsesteorien gjelder, har man en tydelig, objektiv og enkel anvendbar regel –

31. Hva som ligger i begrepet hovedsete er ikke klart. I forarbeidene til foretaksregisterloven (Ot.prp.nr. 50 (1984-1985) s. 39) skal hovedsete være der «det administrative senter for foretakets virksomhet» er, og vil ikke følge automatisk av stedet som for eksempel er angitt i vedtektene.
32. Hausmann i Reithman/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Köln 7. utgave 2010, Rn. 5082 og Rn. 5037. Merk at i samsvar med nyere rettspraksis fra EU-domstolen er dette blitt noe nyansert, se mer i denne artikkelens punkt 2.2.2.
33. Se blant annet Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a punkt 2.1 hvor Justisdepartementet der forutsatte at det var hovedseteteorien som gjaldt.
34. Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a punkt 2.1.
35. Guiditta Cordero-Moss, Internasjonal Privatrett på formuerettens områder, Oslo 2013, s. 320, Anne Cathrine Sundby, Det nye selskapsrettslige landskap, Lov og Rett 2005, s. 396,

Geir Woxholth, Selskapsrett, 5. utgave Oslo 2014, s. 89, Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, 2. utgave Oslo 2010, s. 234 flg. og Tore Bråthen, Selskapsrett, Oslo 5. utgave 2017, s. 45.

36. Roland Mörsdorf, Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv, NTS 2009:1/2, s. 28 flg.
37. Guiditta Cordero-Moss, Internasjonal Privatrett på formuerettens områder, Oslo 2013, s. 305
38. Roland Mörsdorf/Trine Halvorsen, Brexits betydning for et engelsk Ltd. registrert som NUF – mulig påvirkning på norsk internasjonal selskapsrett, NTS 2016:4, s. 1, 14 flg.
39. Se tysk Høyesterett (BGH) i sivilrettsaken IX ZR 227/06 avsagt 8. oktober 2009.
40. Guiditta Cordero-Moss, Internasjonal Privatrett på formuerettens områder, Oslo 2013, s. 290.
41. Se oversikten over de ulike tilnærmingene til begrepet «hovedsete» i Guiditta Cordero-Moss, Internasjonal Privatrett på formuerettens områder, Oslo 2013, s. 295 flg.

det er retten i det land hvor selskapet er stiftet som kommer til anvendelse.

Ved å legge stiftelsesteorien til grunn unngår man også kollisjon mellom regler i land som opererer med hovedseteteorien og land med stiftelsesteorien. Et selskap som flytter ut av et land med hovedseteteorien, vil ikke lenger være underlagt dette lands rett. Med ett har man andre regler å forholde seg til, og kanskje oppfyller ikke selskapet lenger de kravene som stilles i det nye landet. Dersom stiftelsesteorien anvendes, vil de samme reglene gjelde for selskapet hele dets levetid.<sup>42</sup>

En nyere dom fra Høyesterett som også går i denne retning, er Rt. 2008 s. 1730. Høyesterett tok her stilling til om en norsk filial av et foretak stiftet i utlandet hadde partsevne i Norge. Det var på det rene at foretaket var stiftet i utlandet kun for å unngå de norske aksjekapitalkravene. Den hovedsakelige virksomheten ble drevet gjennom filialen i Norge. Høyesterett kom til at filialen ikke hadde partsevne. Hadde hovedseteteorien blitt benyttet, ville utfallet trolig vært at filialen har partsevne. Selv om Høyesterett ikke uttrykkelig sier at stiftelsesteorien var lagt til grunn, var dette resultatet i praksis.

Det gjelder ikke et tilsvarende prinsipp om partsautonomi i selskapsretten som i kontraktsretten. Kvalifiserer et forhold som et selskapsrettslig forhold, er det det lands selskapsrett hvor selskapet er stiftet eller har sitt hovedsete, avhengig av hvilken teori som legges til grunn, som gjelder.

### 2.2.3. Konklusjon

Nyere teori og gode grunner taler for at det er stiftelsesteorien som gjelder i Norge. Dette har den følge at de norske selskapsrettslige reglene vil komme til anvendelse for selskap stiftet i Norge.

42. Roland Mörsdorf/Trine Halvorsen, Brexits betydning for et engelsk Ltd. registrert som NUF – mulig påvirkning på norsk internasjonal selskapsrett, NTS 2016:4, s. 1, 6.

## 3. Kvalifikasjon av aksjeoverdragelse

### 3.1. Kvalifiseringsspørsmålet for aksjer

Kvalifiseringsspørsmålet for aksjer nødvendigvis gjør en nærmere analyse av hva en aksje faktisk er. Når man kjøper en aksje, kjøper man en del av et selskap. Et selskap er et konstruert rettsforhold som er adskilt fra deltakerne som et eget subjekt. Deltakerne er eiere av selskapet, og dette gjelder både for kapital-selskapene og for personselskapene.<sup>43</sup> Verdien av en aksje er blant annet retten til å styre samt motta fremtidige utbetalinger fra dette virksomhetsfellesskapet, i tillegg til å disponere over aksjen i seg selv.

En aksje er altså ikke en fysisk ting, men en rettighet til en kreasjon.<sup>44</sup> Det er et formuesgode i den forstand at en kan beføye over aksjen som en normal gjenstand man har eierskap til, men det er ingen gjenstand i tradisjonell forstand.<sup>45</sup> Det er de økonomiske, forvaltningsmessige og disposisjonsmessige rettighetene man får som eier av aksjen som er interessant.<sup>46</sup> En aksje er med andre ord en svevende rettighet. Viktig er imidlertid at disse beføyselsene er nært knyttet til selskapets drift, da det er dette som avgjør hvor mye aksjen er verdt. Samtidig er det et sentralt poeng at aksjen er adskilt fra selskapets egne verdier, og ikke noe selskapet kan råde over.

### 3.2. Roma I og europeisk praksis

Selskapsstatuttet avgjør tradisjonelt spørsmål som for eksempel om selskapet er gyldig stiftet, om det har rettslig handleevne, om oppløsning, prosessdyktighet, om lovligheten av selskapsvedtektene og endringer av disse, om selskapsorganenes kompetanse, aksjeeiernes

43. Tore Bråthen, Selskapsrett, Oslo 5. utgave 2017, s. 24.

44. Og særlig etter at aksjebrev med ikrafttredelsen av den nye aksjeloven i 1999 ble avskaffet.

45. Nettopp aksjens karakter som formuesgode gjør at aksjer som utgangspunkt også omfattes av kjøpsloven (som imidlertid har en annen tilnærming enn kjøpslovvalgsloven).

46. Se for eksempel Tore Bråthen, Selskapsrett, Oslo 5. utgave 2017, s. 94 flg.

rettigheter og plikter samt selskapets gjeldsforpliktelser.<sup>47</sup> Det er altså ikke kun spørsmål som regulerer selskapet som juridisk person, men også spørsmål som berører aksjeeierne i selskapet.

I Roma I har man unntatt selskapsrettslige forhold fra konvensjonens anvendelsesområde. Det er listet opp uttrykkelig forhold som «stiftelse ved registrering eller på anden måde, deres handleevne, interne organisation og oppløsning samt om ledelsens eller deltagernes personlige ansvar i denne egenskap for selskabets, foreningens eller den juridiske persons forpliktelse».<sup>48</sup> Overdragelse av aksjer er ikke nevnt her, og om aksjer faller innenfor eller utenfor konvensjonen er dermed ikke gitt. Også i juridisk litteratur anser man løsningen for å være usikker.<sup>49</sup> Listen over selskapsrettslige forhold skal imidlertid ikke anses som uttømmende, og spørsmålet om klassifiseringen beror på en europeisk autonom vurdering, og ikke en nasjonal.<sup>50</sup>

I tysk rett er det på det rene at overdragelse av aksjer er et selskapsrettslig spørsmål.<sup>51</sup> Dette følger av det såkalte «abstraksjonsprinsippet», hvor man skiller mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter. Nettopp en kontrakt om et aksjekjøp illustrerer prinsippet godt: kontrakten regulerer for det første de forpliktelsene partene til en kontrakt har overfor hverandre. Dette er den obligasjonsrettslige siden av kontrakten. For det andre regulerer kontrakten selve over-

dragelsen av eiendomsretten til aksjene, som da er den tinglige side av kontrakten.<sup>52</sup> I teorien er det rent faktisk to kontrakter, men i praksis er det kun én kontrakt som inngås. De obligasjonsrettslige rettighetene kan kun gjøres gjeldende overfor den andre parten, mens de tinglige rettighetene kan gjøres gjeldende overfor alle.<sup>53</sup> Etter tysk rett anses overdragelse av aksjer for å innebære mer enn de rene forpliktelsene som kontraktspartene har overfor hverandre, og derfor vil ikke partsautonomien gjelde.<sup>54</sup> I mangel av en «tinglig manifestasjon» vil det heller ikke falle under tingsstatuttet.<sup>55</sup> Følgelig hører aksjeoverdragelser etter tysk *lex fori* under selskapsretten, og tysk rett kommer tvingende til anvendelse for overdragelsen.<sup>56</sup>

I Norge har man i nyere juridisk teori gått bort fra et slikt abstraksjonsprinsipp, og man skiller normalt ikke begrepsmessig mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter.<sup>57</sup> Det har blitt diskutert om et slikt skille likevel er hensiktsmessig, men den rådende oppfatning og tradisjon bygger ikke på en slik generell dif-

47. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privattrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 223.

48. Jf. art. 1 nr. 2 (f).

49. Se blant annet Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, 2015, s. 309.

50. Hüßtege/Mansel, *BGB Rom-Verordnungen zum Internationalen Privatrecht*, Band 6, München/Köln 1. utgave 2014, ROM I art. 1 Rn. 64.

51. Leible/Reichert, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 6, Internationales Gesellschaftsrecht Grenzüberschreitende Umwandlungen, München 4. utgave 2013, § 8 II Rn. 2.

52. Roland Mörsdorf, *Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv*, NTS 2011:2, s. 1, 5.

53. Alf Petter Høgberg, *Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell*, Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, 2010, s. 3.

54. Leible/Reichert, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 6, Internationales Gesellschaftsrecht Grenzüberschreitende Umwandlungen, München 4. utgave 2013, § 8 II Rn. 2. Se også Dennis Campbell, *Mergers and Acquisitions in Europe: Selected Issues and Jurisdictions*, Salzburg 2011, s. 143.

55. Leible/Reichert, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 6, Internationales Gesellschaftsrecht Grenzüberschreitende Umwandlungen, München 4. utgave 2013, § 8 II Rn. 2. Se også Dennis Campbell, *Mergers and Acquisitions in Europe: Selected Issues and Jurisdictions*, Salzburg 2011, s. 143.

56. Roland Mörsdorf, *Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv*, NTS 2011:2, s. 1, 8.

57. Se blant annet Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, Oslo 2009, s. 28.

ferensiering.<sup>58</sup> På noen områder er prinsippet imidlertid fortsatt tilstede. Når det gjelder foreldelsesretten, synes grensedragningen fortsatt å henge igjen.<sup>59</sup> Det forutsettes klart i forarbeidene til foreldelsesloven at det kun er obligatoriske rettigheter som kan foreldes, og der fordringen har gått over til en tinglig rettighet, er den ikke lenger gjenstand for foreldelse.<sup>60</sup> Et annet eksempel er i panteloven og gjelder retten til å forbeholde seg eiendomsrett i en ting inntil kjøpesummen er betalt.<sup>61</sup> Man er altså ikke lenger fysisk, tinglig, i besittelse av tingen, men har fortsatt en rettighet i tingen som om man eier den. At det fortsatt gjøres slik sonndring også i norsk rett, er interessant i denne sammenheng, og vil bli tatt opp igjen i punkt 5.

Etter dansk rett har det blitt hevdet i teorien at kontrakten om overdragelse av aksjer som utgangspunkt ikke angår selskapsrettslige forhold, og følgelig er regulert av Roma 1.<sup>62</sup> Det nyanseres ikke her for de forhold som vil angå andre enn de to partene til kontrakten. Annerledes er det etter sveitsisk rett, hvor to parter kan avtale et fremmed lands rett for kontrakten om aksjeoverdragelse, men at tvingende sveitsiske bestemmelser som angår for eksempel skatt, arbeidstakerbeskyttelse og mekanismer for overdragelse av aksjene, fortsatt vil komme til anvendelse.<sup>63</sup>

Sammenfatningsvis ser det ut til at Roma I ikke gir noen klare svar på spørsmål knyttet til lovvalgsregler for overdragelse av aksjer, og i

Europa blir spørsmålet behandlet ulikt. Det er derfor begrenset støtte å finne i europarettskonforme betraktninger.

### 3.3. Løsningen etter norsk rettspraksis

I norsk rettspraksis synes det ikke å være noen eksempler hvor et lovvalg i kontrakt om aksjeoverdragelse har blitt satt til side,<sup>64</sup> men det finnes dommer som foretar en kvalifisering av aksjeoverdragelsesspørsmålet for tilfeller hvor partene ikke har foretatt et lovvalg.

I Rt. 1931 s. 1185 hadde to nordmenn inngått kontrakt om kjøp av aksjer i et Monaco-registrert selskap, hvor selgeren var bosatt i Frankrike. Høyesterett sa at fordi verken norsk lov, konvensjoner eller fast rettspraksis gir løsning på spørsmålet om lovvalg, måtte en se hen til prinsippet om at det lands rett hvor forholdet har sin sterkeste tilknytning skal legges til grunn. Det ble videre lagt vekt på at det ikke dreide seg om et salg på det åpne marked av hvilke som helst aksjer, men om en «stor og varig kapitalanbringelse, nemlig om overdragelse fra en nordmann til en annen, hvor begge involverte måtte antas å ha kjent til norsk rett», og norsk rett ble dermed på bakgrunn av den individualiserende metode lagt til grunn. Den individualiserende metode er som beskrevet i punkt 2.1.2 innledningsvis, metoden som benyttes under kontraktsstatuttet når et lovvalg ikke er foretatt. Implisitt betyr det at Høyesterett mente at kontraktsstatuttet skulle gjelde for aksjeoverdragelsen.

I LA-1999-1411 dreide tvisten seg om hvem som var rette eier av det panamanske selskapet Continental Trust Company (CTC) etter at en overdragelse mellom aksjeeier Andes Jahre til Thorleif Monsen hadde blitt kjent ugyldig som pro forma. Det ble anført at eiendomsretten til

58. Et eksempel hvor dette diskuteres er Alf Peter Høgberg, *Sonndringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell*, Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, Oslo 2010.

59. Anne Cathrine Røed, *Foreldelse av fordringer*, Oslo 2010, s. 117.

60. Ot.prp. nr. 38 (1997-78) s. 51.

61. Lov 8. februar 1980 om pant nr. 2, jf. § 3-22.

62. Peter Arnt Nielsen, *International Handelsret*, København 2006, s. 139.

63. Urs Gnos og Markus Vischer, *Practical Law, Multi Jurisdictional Guide 2013/14, Private Acquisitions in Switzerland*, Zurich 2013.

64. Den mest aktuelle dommen i denne sammenheng (HR-2017-1297-A), hvor Høyesterett kom til at norsk rett skulle anvendes istedenfor engelsk rett som avtalepartene uttrykkelig hadde valgt, gjelder pantsettelse av fordringer.



aksjene var et tingsrettslig spørsmål som måtte avgjøres etter det lands rett aksjene var. Til dette uttalte retten: «det er tale om å vurdere hvorvidt den formelle overdragelse fra Anders Jahre til Monsen av aksjene til CTC var proforma eller reell. Dette er et kontraktsrettslig spørsmål». For selve overdragelsen av aksjene gjaldt altså kontraktsstatuttet og retten anvendte således den individualiserende metode for overdragelsen av aksjene i det panamanske selskapet.

### 3.4. Konklusjon

I mangel av andre rettskilder synes gjeldende rett å være at overdragelse av aksjer kvalifiserer til kontraktsretten, og det er i utgangspunktet fritt lovvalg. Som problemstillingen innledningsvis illustrerte, kan dette imidlertid åpne opp for en omgåelse av viktige vernebestemmelser i blant annet aksjeloven. Spørsmålet blir da om det finnes grunnlag for å avskjære lovvalget.

## 4. Unntak fra prinsippet om fritt lovvalg i kontraktsforhold

### 4.1. Negativ og positiv ordre public

#### 4.1.1. Ordre public-prinsippet som sikkerhetsventil

Selv om utgangspunktet er at et lovvalg får full virkning, er det i praksis og juridisk litteratur lagt til grunn at preseptoriske regler i det lands rett som ellers ville kommet til anvendelse, unntaksvis fortsatt må respekteres.<sup>65</sup>

Det begrepet som kanskje er mest kjent, er det såkalte ordre public-forbeholdet. Ordre public fungerer som en sikkerhetsventil.<sup>66</sup> Dersom lovvalgsreglene leder til fremmed rett hvis anvendelse ville medført et resultat som er sterkt i strid mot vårt lands moralske og etiske rettsoppfatninger, kan den fremmede rett bli

avskåret.<sup>67</sup> Med tiden har prinsippet blitt nyanisert, og juridisk litteratur skiller nå ofte mellom negativ ordre public og positiv ordre public. Negativ ordre public er der den fremmede retten må vike om det strider mot rettsfølelsen i det landet saken blir pådømt – reglene skal *ikke* komme til anvendelse.<sup>68</sup> I det videre vil det tradisjonelle begrepet «ordre public» bli benyttet. Positiv ordre public er derimot regler som blir anvendt over landegrensene uavhengig av hva som måtte følge av øvrige lovvalgsregler – reglene *skal* komme til anvendelse.<sup>69</sup> I et kontraktsforhold hvor det er foretatt et lovvalg og et annet lands rettsregler i utgangspunktet skal legges til grunn, kan altså likevel norske bestemmelser komme til anvendelse. Et mer moderne begrep for positiv ordre public er internasjonalt preseptoriske regler, og dette sistnevnte begrepet vil bli benyttet i det følgende.<sup>70</sup>

Det første som skal vurderes, er om to parters lovvalg om et annet lands rettsregler for aksjeoverdragelse kan nektes anvendt på grunn av ordre public.

I juridisk litteratur har to kriterier blitt oppstilt for at ordre public-prinsippet kan legges til grunn: (1) at *resultatet* vil stride mot våre fundamentale samfunnsverdier, og (2) at saken har tilstrekkelig tilknytning til Norge.<sup>71</sup> Sistnevnte synes relativt uproblematisk for denne artikkelens formål da ett tilknytningsmoment er tilstrekkelig ifølge den samme teorien, og denne

65. Se blant annet Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 344.

66. Helge J. Thue, Internasjonal Privatrett: personrett, familierett og arverett: alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer, Oslo 2002, s. 198.

67. Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 3. utgave 2000, s. 101. Prinsippet kommer i norsk rett blant annet til uttrykk i kjøpslovvalgsloven § 6, hvor det fremkommer at en regel som «ikkje er samhøveleg med ålmennskipnaden i riket» ikke kan legges til grunn.

68. Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 3. utgave 2000, s. 105.

69. Se blant Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 37.

70. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 345.

71. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 169 og s. 174.

artikkelen vurderer overdragelsen av aksjer i et norsk aksjeselskap.<sup>72</sup> Mer diskutabelt er det om norske, materielle selskapsrettslige bestemmelser kan anses å verne om våre fundamentale samfunnsverdier. Dette spørsmålet krever en nærmere analyse.

For at ordre public-prinsippet skal ha som konsekvens at fremmed rett ikke kan anvendes, er det ikke nok at resultatet synes urimelig eller urettferdig. Det må foreligge et resultat som er i sterk motstrid med vår etiske eller sosiale oppfatning.<sup>73</sup> Fordi ordre public-prinsippet overlater så mye til dommerens skjønn, er det alminnelig enighet om at domstolene skal utvise forsiktighet med å anvende regelen.<sup>74</sup> Tradisjonelt har ordre public blitt brukt der resultatet har vært diskriminerende på grunn av rase, religion, likestilling og personlig frihet.<sup>75</sup> Det er altså de mer fundamentale grunnsetningene i vår rettsorden som resultatet må stride mot.

#### 4.1.2. Aksjeloven og ordre public

Karakteren av ordre public-prinsippet gjør at en innsigelse på dette grunnlag i forbindelse med selskapslovgivningen virker noe søkt. Riktignok retter nyere selskapsrett seg i noen grad mot tredjepartsgrupper som ansatte, miljø og lokale interesser, men det er likevel på et annet nivå enn hva man tradisjonelt forbinder med ordre public.<sup>76</sup> Det dreier seg ikke om fundamentale grunnsetninger som Norge som rettsstat er

bygget på. Å legge ordre public-innsigelser til grunn i denne sammenheng ville ikke bare være å strekke prinsippet svært langt, men det kunne også hatt en utvannende virkning på karakteren av ordrepublic som vokter av våre grunnleggende verdier.

#### 4.1.3. Internasjonalt preseptoriske bestemmelser

Det er mer aktuelt å tenke seg en innsigelse grunnet i at enkelte av selskapslovgivningens bestemmelser er internasjonalt preseptoriske, og dette skal i det følgende drøftes noe nærmere.

Internasjonalt preseptoriske regler er ikke internasjonale regler, men nasjonale regler som anses som tilstrekkelig tungtveiende til at de må gis internasjonal gjennomslagskraft. Slike regler vil da sette lovvalget til side og få forrang fremfor partsautonomien.<sup>77</sup> Resultatet er at den norske lov blir anvendt i sin helhet uten at den fremmede rett blir vurdert overhodet, og ikke bare som et korrektiv der den fremmede rett virker støtende.<sup>78</sup>

I Roma I er reglene om forrang for internasjonalt preseptoriske regler hjemlet i art. 9. Slike internasjonalt preseptoriske regler er «bestemmelser, hvis overholdelse af et land anses for at være så afgørende for beskyttelsen af dets offentlige interesser, som f.eks. dets politiske, sociale og økonomiske struktur, at bestemmelserne finder anvendelse på alle forhold, der falder ind under deres anvendelsesområde, uanset hvilken lov der i øvrigt skal anvendes på aftalen i henhold til denne forordning». I juridisk litteratur omtales dette ofte som bestemmelser som skal beskytte en svakere part, typisk forbrukere og arbeidstakere.<sup>79</sup> At det åpnes for å unnta internasjonalt preseptoriske bestemmel-

72. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 169 og s. 175.

73. Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 3. utgave 2000, s. 104.

74. Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 3. utgave 2000, s. 104.

75. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 171. De fleste avgjørelser som faktisk bygger på ordre public betraktninger er på familierettens område, se for eksempel Rt. 2006 s. 140 og Rt. 1983 s. 251.

76. Geir Woxholth, Selskapsrett, Oslo 5. utgave 2014, s. 21.

77. Giuditta Cordero Moss, Lovvalg i kontraktsforhold – norsk retts Askepott slår tilbake? Jusens venner, 2000, s. 141 flg.

78. Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 3. utgave 2000, s. 106.

79. Se for eksempel Hüßtege/Mansel, BGB Rom-Verordnungen zum Internationalen Pri-

ser fra partsautonomien er ofte blitt kritisert, og det antas at muligheten for dette skal tolkes snevert.<sup>80</sup> Det er blitt hevdet at bestemmelser av privatrettslig karakter kun vil bli omfattet i «ekstreme unntakstilfeller».<sup>81</sup>

#### 4.1.4. Norske internasjonalt preseptoriske regler

I norsk rett kommer prinsippet om ufravikelige internasjonalt preseptoriske regler blant annet til uttrykk i forsikringslovvalgloven § 5, hvor det står at «selv om fremmed lov legges til grunn, skal norske domstoler anvende ufravikelige regler i norsk lov når de er tvingende uansett hvilket lands lov som ellers anvendes». Av forarbeidene fremkommer det at bestemmelsen er basert på direktiv 88/357 EØF og 90/619 EØF, og det blir også vist til at Romakonvensjonen art. 7 (videreført i Roma I art. 9) har en slik bestemmelse.<sup>82</sup>

Hvilke regler som skal anses som norske internasjonalt preseptoriske, er vanskelig å fastslå på generelt grunnlag, men det må vurderes konkret i det enkelte tilfelle.<sup>83</sup> For eksempel ble det i de nevnte forarbeidene til forsikringslovvalgloven drøftet om man skulle definere uttrykkelig hvilke bestemmelser som skal anses som internasjonalt preseptoriske. Man kom imidlertid til at det ville være mer hensiktsmessig å overlate vurderingen til domstolene fordi det var vanskelig å overskue på lovgivningstidspunktet hvilke regler dette kunne gjelde.

Det blir imidlertid uttalt at avtaleloven<sup>84</sup> § 36 er å anse av slik karakter.<sup>85</sup>

Konseptet blir også behandlet i Thams-dommen Rt. 1931 s. 1185, hvor det ble fastslått at avtaleloven § 30 om svik kan anvendes på selvstendig grunnlag i et internasjonalt forhold. Denne dommen og prinsippet om internasjonalt preseptoriske bestemmelser blir senest referert til i Rt. 2002 s. 180. Førstvoterende uttalte at det måtte foretas en vurdering av hva som ville være den «mest naturlige og rimelige løsning i valget mellom norsk og engelsk rett» og videre momenter av betydning var «kravets og rettsforholdets karakter og hvilke hensyn som begrunner de norske rettsregler på området». Nettopp prinsippet om internasjonal gjenomslagskraft forutsetter at regelen skal anses å være av særlig tungtveiende betydning, noe som i det videre tilsier at hensynene bak regelen har stor betydning for vurderingen.<sup>86</sup> I Rt. 2009 s. 1537 («Bokhandleren i Kabul») trakk førstvoterende yringsfrihet frem som eksempel på slik internasjonalt preseptorisk bestemmelse.

Det samme hensynet til en svakere part som juridisk litteratur har fremhevet i tilknytning til Roma I art. 9, finnes i norsk juridisk litteratur om norske internasjonalt preseptoriske regler. Det er særlig de regler som tar sikte på å beskytte en presumptivt svakere part, og hvor et lovvalg innebærer en omgåelse av slike regler at lovvalget kan bli avskåret.<sup>87</sup> Et argument er at de lovvalgsreglene som finnes primært skal verne rettssikkerhet i situasjoner der forholdet mellom partene kan ha faktiske implikasjoner

vatrecht, Band 6, München/Köln 1. utgave 2014, ROM I Artikkel 9, Rn. 20.

80. Se blant annet Peter Arnt Nielsen, *International Handelsret*, København 2006, s. 196.

81. Hausmann i Reithman/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Köln 7. utgave 2010, Rn. 514.

82. Jf. Ot.prp.nr. 72 (1991-1992) kapittel 13, merknader til § 5.

83. Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, Oslo 3. utgave 2007, s. 361.

84. Lov av 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

85. Jf. Ot.prp.nr. 72 (1991-1992) kapittel 13, merknader til § 5.

86. Cordes mfl, *Hovedlinjer i Internasjonal privatrekt*, Oslo 2. utgave 2010, s. 344.

87. Cordes mfl, *Hovedlinjer i Internasjonal privatrekt*, Oslo 2. utgave 2010, s. 345. Lov av 21. juni 2002 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 3 er et eksempel hvor dette også uttrykkelig er lovfestet.

ut over partenes situasjon seg imellom, og at samme prinsipp også bør legges til grunn der man ikke har slike eksplisitte lovvalgsregler.<sup>88</sup> Verneregler av hensyn til arbeidstakere og forbrukere blir trukket frem som eksempler.

Samtidig må en ikke miste av syne det grunnleggende utgangspunkt om at det er åpnet opp for partsautonomi og fritt lovvalg for kontrakter. Hele poenget er at partene skal kunne avgjøre selv hvilken lov de anser mest hensiktsmessig, og hensynet til partenes innretning tilsier at dette valget også skal respekteres. Selve poenget faller bort om autonomien stadig innskrenkes.

Det er i denne sammenheng interessant å merke seg at en tidligere teori om en såkalt «omgåelseslære» nå synes å være forlatt. Omgåelseslæren gikk ut på at domstolene kunne avskjære et lovvalg der valget synes å være foretatt med den rene hensikt i å omgå de norske, rettslige bestemmelsene.<sup>89</sup> I dag virker de fleste forfattere å være av den oppfatning at slike tilfeller vil bli fanget opp under læren om internasjonale preseptoriske bestemmelser, og at det ikke er grunnlag for å benytte en slik lære på selvstendig grunnlag.<sup>90</sup> Det er heller ikke funnet rettspraksis hvor en slik omgåelseslære blir lagt til grunn.

Et illustrerende eksempel på at omgåelse ikke ga grunn til avskjæring av lovvalget er Centros-dommen.<sup>91</sup> To danske statsborgere, bosatt i Danmark, kjøpte selskapet Centros som var stiftet i England hvor minstekravet

for selskapskapital var betydelig lavere enn i Danmark. Det var på det rene at hensikten med fremgangsmåten var å unngå det danske minstekravet om selskapskapital. Den danske Erhvervs- og selskapsstyrelsen mente at dette var en ulovlig omgåelse. EU-domstolen aksepterte imidlertid omgåelsen. Resultatet kan synes overraskende i og med at det ikke fantes noen tilknytning til England, og fordi den eneste hensikten var å omgå de danske reglene. For vårt formål er den desto mer illustrerende, da den viser hvor sterkt partsautonomien og det frie lovvalg står på privatrettens område. Slike betraktninger kan imidlertid være relevante under læren om internasjonalt preseptoriske bestemmelser.<sup>92</sup> I juridisk litteratur argumenteres det for at disse reglene lettere vil anses å komme til anvendelse dersom de er forsøkt omgått.<sup>93</sup>

#### 4.1.5. Konklusjon

Oppsummeringsvis så langt vil altså et lovvalg for enten hele kontrakten eller deler av en kontrakt om aksjeoverdragelse i utgangspunktet være tillatt, men lovvalget kan avskjæres dersom det vil stride mot norske internasjonalt preseptoriske bestemmelser. Analysen videre vil dermed være om aksjelovens bestemmelser kan anses som internasjonalt preseptoriske etter norsk rett.

#### 4.2. Om aksjelovens bestemmelser kan anses som internasjonalt preseptoriske

For å avgjøre om aksjelovens bestemmelser kan anses som internasjonalt preseptoriske, må en både se på de hensyn som begrunner reglene i aksjeloven, hvem regelen tar sikte på å beskytte samt om de kan anses avgjørende for beskyttelsen av den norske politiske, sosiale eller øko-

88. Giuditta Cordero Moss, Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift – et tillegg og et prosjekt, Lov og Rett 2009, s. 361-373 på s. 366.

89. Torstein Frantzen, Omgåelseslæren i internasjonal privatrett, i Nybrott og odling – Festschrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2012, s. 522.

90. Som i Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 164.

91. Dom avsagt av EU-domstolen 9. mars 1999 i saken C-212/97, Centros Ltd mot Erhvervs- og selskapsstyrelsen.

92. Cordes mfl, Hovedlinjer i Internasjonal privatrett, Oslo 2. utgave 2010, s. 164.

93. Torstein Frantzen, Omgåelseslæren i internasjonal privatrett, i Nybrott og odling – Festschrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2012, s. 531.

nomiske struktur. Særlig sistnevnte aspekt vil være relevant i denne sammenheng.

I juridisk litteratur blir det lagt til grunn at privatrettslige bestemmelser vil falle utenfor bestemmelsen om internasjonale preseptoriske regler i Roma I art. 9, da de ikke beskytter noen offentlig interesse.<sup>94</sup> Det må i tilfelle dreie seg om ekstreme unntakstilfeller, hvor bestemmelsen kan sies å ivareta nettopp slike fundamentale, offentlige interesser. Regler som regulerer et forhold mellom to private av nokså likt balanseforhold, vil derimot være utelukket.<sup>95</sup>

Bestemmelsen om forkjøpsrett er særlig aktuell i forbindelse med en aksjeoverdragelse, men denne er neppe internasjonal preseptorisk. Forutsetningen for at den skal få slik virkning må jo nødvendigvis være at den er nasjonal preseptorisk. Aksjeloven § 4-19 om forkjøpsrett kan imidlertid fravikes i vedtektene. I forarbeidene skrives det om bestemmelsen at den er gitt fordi «deltakerne bør ha en viss kontroll over endringer på deltakersiden» og videre at selskapet «bør ha full frihet til å vedtektsregulere spørsmål knyttet til eierskifte slik at selskapets aksjer blir fritt omsettelige».<sup>96</sup> I det følgende anses for så vidt vedtektene å ha fortrinn.<sup>97</sup> Forholdet mellom selskapet og en erverver bestemmes av vedtektene, og bestemmelsen om forkjøpsrettighet i aksjeloven § 4-19 kan således sies å være indirekte preseptorisk. Samtidig kreves det kun 2/3 tilslutning for vedtagelsen av vedtektene i motsetning til et ordinært avtaleforhold hvor *alle* parters tilslutning er påkrevd for avtaleinngåelse. Dette svekker bestemmelsens tvingende karakter, og er et argument også mot at den er internasjonalt preseptorisk.

94. Hausmann i Reithman/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Köln 7. utgave 2010, Rn. 513.

95. Hausmann i Reithman/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Köln 7. utgave 2010, Rn. 514.

96. NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning, punkt 8.3.4.

97. Jf. aksjeloven § 4-13 fjerde ledd.

De øvrige vernereglene i aksjeloven tar særlig sikte på å beskytte minoritetsaksjeeierne.<sup>98</sup> En kan tenke seg en analogi til vernet om forbrukere og bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 3 som forbyr lovvalg som medfører at forbrukeren blir stilt dårligere enn etter norsk rett.<sup>99</sup> Det kan argumenteres med at det er samme skjeve balanseforhold mellom en majoritets- og en minoritetseier, og at de samme hensyn bør avskjære et lovvalg som gir minoriteten dårligere rettigheter enn etter den norske aksjeloven.

Det er imidlertid snakk om to ulike grupper som vernes. Forbrukere er gitt et særlig vern fordi motparten er profesjonell. I et aksjeselskap er derimot både minoritetseiere og majoritetseiere ansett profesjonelle, og samme behov for spesielt vern gjør seg ikke gjeldende. At vernet om minoritetseiere ikke står særlig sterkt kan utledes av aksjelovens hovedregel om at beslutninger treffes etter flertallsvedtak.<sup>100</sup> Det er altså kun unntaksvis at minoritetseiere blir tatt særlig hensyn til – i motsetning til forbrukerens stilling etter forbrukerkjøpslovgivningen.

En står da igjen med privatrettslige bestemmelser som regulerer forholdet mellom to parter av antatt likt balanseforhold.

Aksjelovens regler tar ikke sikte på å beskytte fundamentale, offentlige interesser, og

98. Se særlig den generelle misbruksregel i aksjeloven § 8-14 første ledd og § 9-16, som forbyr generalforsamlingen og selskapets ledelse å treffe vedtak eller foreta disposisjoner som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning. Det er et prinsipp som her gis uttrykk for, om at minoritetsaksjonærer skal ha et generelt vern mot misbruk, jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) punkt 10.1.1.

99. Denne kan etter omstendighetene anses for å være internasjonal preseptorisk, se Cordes mfl, *Hovedlinjer i Internasjonal privatrett*, Oslo 2. utgave 2010, s. 361.

100. Jf. aksjeloven § 5-17 første ledd.

kan således vanskelig kvalifisere som norske internasjonalt preseptoriske bestemmelser.

Dermed er vi tilbake til utgangspunktet hvor vi i mangel av andre rettskilder må legge til grunn det resultatet som følger av domstolpraksis som gjennomgått i punkt 3.3. Aksjeoverdragelser er etter denne oppfatningen ansett som et kontraktsrettslig spørsmål, og kontraktsstatuttet gjelder.

Resultatet i ekstremtilfellet er da at to norske parter kan avtale at for eksempel tysk rett skal gjelde for kjøpet av aksjene i det norske selskapet og således gyldig avtale seg bort fra samtlige norske regler som ellers ville gjelde etter norsk rett. Som det vil bli argumentert for i det følgende, er det imidlertid flere argumenter som taler mot en slik løsning.

## 5. Normative betraktninger

### 5.1. Omgåelsesfare

Aksjeloven er som utgangspunkt ufravikelig.<sup>101</sup> Unntak fra dette utgangspunktet gjelder de tilfellene der loven selv hjemler adgangen til å avtale andre løsninger eller der dette etter en konkret tolkning av den enkelte bestemmelsen må følge av lovens system.<sup>102</sup> Åpner man opp for partsautonomi for lovvalget ved å legge til grunn kontraktsstatuttet, er det en viss fare for at valget er foretatt nettopp for at preseptoriske bestemmelser forsøkes omgått. Følgen i praksis vil altså være at man kan komme rundt aksjelovens ufravikelige bestemmelser. Selv om det ikke er en selvstendig omgåelseslære, er det likevel som belyst under punkt 4.1.4 hensyn som kan spille inn i en lovvalgvurdering.

Lovgiver har i første omgang bestemt at bestemmelsene skal være preseptoriske, men to parter til en kontrakt om aksjeoverdragelse kan ved et taktisk lovvalg unngå dem. Konse-

kvensene av at kontraktsstatuttet kommer til anvendelse ved aksjeoverdragelser synes ikke gjennomtenkt i relasjon til aksjelovens preseptoriske karakter.

Ved å legge selskapsstatuttet til grunn, unngås omgåelsesproblematikken. Det vil ikke være mulig for to parter å foreta et lovvalg i den hensikt å omgå viktig regler i aksjeloven som lovgiver mener ikke skal fravikes.

### 5.2. Tredje part blir påvirket

Det bringer oss over på neste argument; det frie lovvalg i kontrakter er begrunnet med partsautonomien – at to parter selv kan avtale forholdet seg i mellom. Det er uttalt at så lenge avtalen kun har obligatoriske virkninger mellom partene, vil lovvalgsregler for kontrakter, og da først og fremst partsautonomi anvendes.<sup>103</sup> Slutningsvis, har avtalen obligatoriske virkninger utover de to partene, er ikke begrunnelsen for kontraktsstatuttet lenger tilstede. I internasjonal privatrett vil ikke partsautonomien hva gjelder lovvalg også nødvendigvis gjelde for forhold som påvirker tredjepart – hvilket lands rett som vil gjelde i tilknytning til tredjepart vil være avhengig av andre tilknytningsfaktorer.<sup>104</sup>

Når det gjelder en aksjeoverdragelse, er det ikke bare partene i kontrakten som blir berørt, men også en rekke tredjeparter blir påvirket av avtalen. Dette gjelder typisk ansatte i selskapet, andre kreditorer og øvrige aksjeeiere. I tillegg kommer implikasjonene for selve selskapet. Aksjeloven inneholder bestemmelser som også

101. Geir Woxholth, *Selskapsrett*, Oslo 5. utgave 2014, s. 27.

102. Geir Woxholth, *Selskapsrett*, Oslo 5. utgave 2014, s. 27 og Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, Oslo 3. utgave 2012, s. 31.

103. Guiditta Cordero-Moss, *Internasjonal Privatrett på formuerettens områder*, Oslo 2013, s. 278.

104. Guiditta Cordero-Moss, *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge, 2014, s. 249. Hensyn til tredjepart synes også å være Høyesteretts tilnærming i en ny dom (HR-2017-1297-A avsnitt 92) hvor dette var «utslagsgivende» for at Høyesterett kom til at norsk rett skulle anvendes istedenfor engelsk rett som avtalepartene uttrykkelig hadde valgt.

skal verne selskapet – eksempelvis at selskapet skal varsles ved overdragelse.<sup>105</sup> Overdragelsen av aksjene angår på mange måter selskapets indre liv.<sup>106</sup>

Dersom en legger selskapsstatuttet til grunn, vil det også skape mer forutberegnelighet for alle involverte parter.<sup>107</sup> Uansett hvilken part en står overfor, vet en at de preseptoriske selskapsrettslige bestemmelsene gjelder – både nå og i fremtiden, uavhengig av eventuelle senere transaksjoner.

Overdragelsen har altså betydning utover de to partene som foretar lovvalget. Hensynet til tredjemann og hensynet til forutberegnelighet taler med tyngde mot at aksjeoverdragelser kvalifiserer til kontraktsstatuttet med det tilhørende frie lovvalg. Ved å derimot legge selskapsstatuttet til grunn, vil en få forutberegnelige regler som også ivaretar tredjemanns interesser i den utstrekning lovgiver allerede har funnet nødvendig.

### 5.3. Aksjers natur

Ser en isolert på aksjers natur, er aksjer et fenomen utledet av selskapsretten. Et selskap består teoretisk sett av en samling aksjer, og dette er årsaken til at aksjer hovedsakelig er nært knyttet opp til de selskapsrettslige bestemmelsene. Aksjers natur sammenholdt med deres påvirkning på selskapet og selskapets berørte parter, gjør at det synes naturlig at det er selskapsstatuttet som kommer til anvendelse.

Til dette kommer også aksjen som kreasjon av det lands rett hvor aksjen er etablert. Altså der selskapet er stiftet, og i de fleste tilfeller der selskapet også har sitt hovedsete. Rettigheter og plikter som oppstår med denne kreasjonen,

105. Jf. aksjeloven § 4-12.

106. Geir Woxholth, *Selskapsrett*, Oslo 5. utgave 2014, s. 87. Woxholth skriver for øvrig uttrykkelig at spørsmålet om «eierskifte» er omfattet av selskapsstatuttet.

107. Giuditta Cordero-Moss, *Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett*, 2010, punkt 2.2.

må dermed bli avgjort etter det lands rett som har etablert aksjen. De norske reglene er tilpasset norske aksjeselskaper, og å benytte et annet lands rett for overdragelsen kan skape uante selskapsrettslige komplikasjoner. Uavhengig av hvilken teori som benyttes – stiftelsesteorien eller hovedseteteorien – er det således selskapsstatuttet som bør gjelde.

### 5.4. Rettspraksis har liten vekt

Ser en nøyere på de to dommene som har behandlet spørsmålet, virker ikke konklusjonen å være særlig veloverveid.<sup>108</sup> I lagmannsrettsdommen hadde partene anført enten tingsstatuttet eller kontraktsstatuttet, og i valget mellom disse to må retten sies å ha foretatt korrekt valg. Som drøftet i punkt 3.2 foran, er det holdepunkter for at det fortsatt foretas en abstraksjonsmessig differensiering mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter i norsk rett. Selv om det ikke er klare regler for hvordan de to ulike rettighetene bør og skal bli behandlet annerledes, er det i alle fall et skille de fleste norske jurister har en viss oppfatning av. En aksje er som drøftet i punkt 3.1 ikke en fysisk ting, men en rettighet til en kreasjon, altså selskapet. Ganske klart kommer da ikke tingsstatuttet til anvendelse.

Merkelig nok blir imidlertid selskapsstatuttet komplett oversett og ikke en gang nevnt i noen av dommene. Lagmannsretten synes å være blendet av det faktum at det er en kontrakt som har blitt inngått. Overdragelsen skjer gjennom kontrakt, og følgelig må kontraktsstatuttet gjelde. Domstolen ser overhode ikke hen til hva som er kontraktens gjenstand – aksjer, med alle deres tilhørende rettigheter og plikter. Heller ikke Høyesterett går inn på dette i sin avgjørelse fra 1931. Med tanke på aksjers spesielle vesen og sterke tilknytning til selskapet er dette påfallende.

I dommene ble også den individualiserende metode lagt til grunn, men som gjennomgangen i punkt 2.1.2 viste, er dette trolig ikke lenger

108. Se punkt 3.3 ovenfor.

gjeldende norsk rett. Dommene er fra tiden før Roma I. Dersom spørsmålet hadde kommet opp for retten i dag, ville med all sannsynlighet regelen i Roma I ha blitt benyttet. Dommene i sin helhet fremstår dermed som utdaterte.

### 5.5. Aksjeeieravtaler

En kan også trekke vekslers til aksjeeieravtaler, hvor en vil støte på samme problemstilling. En aksjeeieravtale er en kontrakt mellom to eller flere aksjeeiere om utøvelsen av aksjerettigheter i selskapet.<sup>109</sup> Det synes å være enighet i teorien at dersom et lovvalg er foretatt for aksjeeieravtalen og aksjeeieravtalen har selskapsrettslige implikasjoner, må disse implikasjonene være underlagt selskapsstatuttet,<sup>110</sup> selv om det er omstridt i hvilken utstrekning aksjeeieravtaler har selskapsrettslig virkning.<sup>111</sup> Dette til tross for at aksjeeieravtaler i utgangspunktet er underlagt alminnelige kontraktsrett, og følgelig også kontraktsstatuttet.<sup>112</sup> En deler altså opp kontrakten, slik at de forholdene som angår partene seg imellom er underlagt kontraktsstatuttet, mens for de forhold som eventuelt vil ha implikasjoner for selskapet, kommer selskapsstatuttet tvingende til anvendelse.<sup>113</sup>

Samme løsning bør gjelde for kontrakter om overdragelse av aksjer som utvilsomt har selskapsrettslige implikasjoner. De forholdene som kun vil angå partene til kontrakten, for eksempel de rene kjøpsrelaterte elementene som kjøpesum og eventuelle garantier, må være un-

derlagt kontraktsstatuttet, men for selve overdragelsen av aksjene som har implikasjoner for selskapet også, må selskapsstatuttet tvingende gjelde. For eksempel kan det ikke åpnes opp for å avtale seg bort fra aksjelovens preseptoriske bestemmelser når det dreier seg om aksjer i et norsk aksjeselskap.

### 5.6. Konklusjon

Det foreligger altså som vi har sett ingen europakonform forankring som tilsier at det er kontraktsstatuttet som skal legges til grunn for aksjeoverdragelser – snarere tvert imot har for eksempel land som Tyskland uttrykkelig avskrevet kontraktsstatuttet i dette spørsmålet.

Den overordnede begrunnelsen for partsautonomi er at det i hovedsak kun angår de to involverte partene. Det er da rimelig at de selv kan bestemme hva som skal gjelde dem imellom. Slik er det imidlertid ikke for en aksjeoverdragelse. Med en aksje følger rettigheter, plikter og konsekvenser for andre enn de to som overdrar aksjen seg imellom, slik at også andre tungtveiende hensyn gjør seg gjeldende.

En aksjeoverdragelse har implikasjoner for selve selskapet og angår dets indre liv. Følgelig er det ikke bare hensiktsmessig, men også konsekvent at selskapsstatuttet kommer til anvendelse. Ved å legge selskapsstatuttet til grunn unngås også eventuelle omgåelsesforsøk.

Også i norsk rett opereres det, om ikke uttalt så i hvert fall funksjonelt, med et abstraksjonsprinsipp som kan begrunne hvordan kontraktsstatuttet vil gjelde for noen deler av kontrakten, mens selskapsstatuttet vil gjelde for andre deler. Selskapsstatuttet avgjøres etter stiftelsesteorien.

Ved overdragelse av aksjer i et aksjeselskap stiftet i Norge er det derfor norsk rett som tvingende kommer til anvendelse på overdragelsen, og da særlig aksjelovens bestemmelser, selv om partene har avtalt at et annet lands rett skal gjelde for kontrakten seg i mellom.

109. Geir Woxholth, *Selskapsrett*, Oslo 5. utgave 2014, s. 104.

110. Guiditta Cordero-Moss, *Internasjonal Privatrett på formuerettens områder*, Oslo 2013, s. 260 og Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskap og allmennaksjeselskaper*, Oslo 3. utgave 2016, s. 701 flg.

111. Tore Bråthen, *Selskapsrett*, Oslo 5. utgave 2017, s. 81.

112. Geir Woxholth, *Selskapsrett*, Oslo 5. utgave 2014, s. 106.

113. Guiditta Cordero-Moss, *Internasjonal Privatrett på formuerettens områder*, Oslo 2013, s. 260.