

HÅKONARMÅL

2006

Bergen 2006

Ansvarlige redaktører: Knut Høivik, Tore Lunde, Filip Truyen, Amund Tørum

ISBN 978-82-7960-001-5

ISBN 82-7960-001-9

Innhald:

| | |
|--|----|
| Knut Høivik: Det stedlige virkeområdet for de norske regler om foretaksstraff | 5 |
| Kåre Lilleholt: Finansiell trygdgjeving | 22 |
| Tore Lunde: Exit agentrettsleg integrasjonskriterium? | 32 |
| Arnt E. Skjefstad: Forbehold om rett til omgjøring ved aksjesalg – bordet fanger? .. | 40 |
| Filip Truyen: Rettsmidler mot feil i møteleders stemmefortegnelse ved generalforsamlingens åpning | 46 |
| Amund Bjøranger Tørum: Angivelse av mangelen som vilkår for fristavbrudd ved reklamasjon og foreldelse – illustrert med reklamasjon på ”symptomer” ved skipsbygging og oljefabrikasjon | 58 |
| Mila Varela: The Repeal of Council Regulation 4056/86: a new regime for maritime transport competition is born | 64 |

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen har vakse ut av Jussbygget på Dragefjellet, og våren 2004 flytta nokre av dei tilsette inn i leigde lokale i Håkonsgaten 3. Seinere er fleire kome til. Dette skriftet, det tredje i rekkja, er ei julehelsing frå avleggjaren av fakultetet.



Det stedlige virkeområdet for de norske regler om foretaksstraff

Av stipendiat Knut Høivik

1 INNLEDNING

Temaet for denne artikkelen er det stedlige virkeområdet for de norske reglene om foretaksstraff. Spørsmålet er i hvilken grad utenlandske foretak kan straffes for handlinger begått i Norge (pkt. 2) og i hvilken grad (norsk) foretaksstraff kan ilegges for handlinger begått i utlandet (pkt. 3).

Spørsmålene reguleres av de alminnelige jurisdiksjonsregler i straffeloven §§ 12-13. Bestemmelsene gjelder også for spesiallovgivningen, jf. § 1. Bestemmelsene er primært utformet med sikte på personlige straffesubjekter. Karakteristisk for foretaksstraff er imidlertid at straffesubjektet (foretaket) ikke er en fysisk person. Et annet særtrekk sammenlignet med det personlige straffansvar er at foretaksstraff er et ansvar for *andres* lovbrudd. Det er nemlig et grunnvilkår for straffansvar at en fysisk person (evt. flere) har overtrådt et straffebud ”på vegne av” foretaket, jf. straffeloven § 48a. Av dette oppstår spesielle tolkningsproblemer om rekkevidden av §§ 12 og 13 overfor foretak. Jeg avgrenser mot spørsmål knyttet til virkning og gjennomføring av utenlandske straffedommer overfor foretak i Norge.

2 STRAFFBARE HANDLINGER BEGÅTT I NORGE

2.1 Utgangspunktet: Territorialprinsippet

For straffbare handlinger begått i Norge gjelder territorialprinsippet: Norsk straffelovgivning gjelder for alle straffbare handlinger som er begått på områder hvor Norge utøver suverenitet.¹ Regelen er slått fast i straffeloven § 12 første ledd nr. 1. Bestemmelsen gjelder uavhengig av om gjerningspersonen er norsk, utlending, er bosatt her eller bare har midlertidig opphold i landet. Den nærmere geografiske avgrensning av territorialprinsippet i § 12 første ledd nr. 1 skal ikke behandles her.²

Territorialprinsippet er begrunnet i flere hensyn: Hensynet til *Norges suverenitet* tilsier at staten har en rett og plikt overfor borgere til å bekjempe kriminalitet begått innenfor territoriet.³ Prinsippet ivaretar videre hensynet til en prosessøkonomisk og dermed *effektiv*

¹ Jf. Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004 s. 559.

² Se om dette bl.a. Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn s. 559–561 og Magnus Matningsdal og Anders Bratholm (red.), *Straffeloven. Kommentartutgave. Første Del. Almindelige Bestemmelser*, 2. utgave, Oslo 2003 s. 50–55.

³ Se Sverre Tønnesen, *Internasjonal strafferettspleie I*, Bergen 1981 s. 0.45, jf. s. 0.51 og NOU 1984: 31 s. 7 andre spalte.

strafforfølgning.⁴ Til dette kommer at en sak normalt best vil kunne opplyses på gjerningsstedet.⁵

Siden territorialprinsippets rekkevidde er knyttet til den straffbare *handling* og ikke *gjerningspersonen*, må bestemmelsen innebære at et foretak kan straffes etter norsk straffelovgivning for alle overtredelser som begås "på vegne av" et foretak, jf straffeloven § 48a, innenfor den geografiske grensen av territorialprinsippet. Det spiller som utgangspunkt ingen rolle om gjerningspersonen eller foretaket er norsk eller utenlandsk. At straffesubjektet (foretaket) og gjerningspersonen er ulike subjekter skaper heller ingen spesielle tolkningsproblemer.

2.2 Må territorialprinsippet innskrenkes til norske foretak?

Regelen i § 12 første ledd nr. 1 gjelder bare "[f]orsåvidt ikke annet er bestemt". Et særskilt spørsmål er da om den norske hjemmelen for foretaksstraff i straffeloven § 48a likevel avgrenser territorialprinsippets rekkevidde til *norske foretak*. I bestemmelsens andre ledd er "foretak" definert som "... selskap, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet". Definisjonen lister primært opp *typer* foretaksformer som anerkjennes i norsk rett. I forarbeidene fremgår også at det er norske foretaksformer man har hatt for øye.⁶ Utenlandske foretak er ikke nevnt. Riktig nok vil de fleste foretaksformene i definisjonen ha paralleller i foretaksformer etter andre lands rett, men det eksisterer ikke alltid fullstendig parallellitet mellom norske og utenlandske foretaksformer.

Uttrykket "annen sammenslutning" i definisjonen, er likevel etter sin ordlyd vid nok til å romme utenlandske foretaksformer. Av forarbeidene fremgår imidlertid at bakgrunnen for denne bestemmelsen var at det i noen tilfeller kan være vanskelig å avgjøre om en sammenslutning er en forening eller ikke.⁷ For å unngå denne grenseoppgangen, vil slike sammenslutninger gå inn under denne sekkebetegnelsen. Også her er det altså norske foretaksformer som står i fokus.

Høyesterett har i flere avgjørelser uten videre lagt til grunn at foretaksstraff kan ilegges utenlandske foretak for overtredelser begått innenfor territorialprinsippets anvendelsesområde.⁸ Det er også vanskelig å se reelle grunner til at reglene om foretaksstraff bør begrenses til norske foretak. Riktig nok kan en konsekvens av regelen være at domstolen må anvende utenlandsk rett med hensyn til om det tiltalte foretaket er gyldig stiftet eller er opphørt, men dette er en type prejudisielle spørsmål som også kan oppstå i forhold til andre materielle norske straffebestemmelser.⁹

⁴ Se Tønnesen s. 0.56 og NOU 1984: 31 s. 7 andre spalte.

⁵ Se Tønnesen s. 0.51.

⁶ Jf. NOU 1989: 11 s. 19–22 og Ot.prp. nr. 27 (1990–91) s. 24–30.

⁷ Jf. NOU 1989: 11 s. 21 andre spalte.

⁸ Se bl.a. Rt. 1996 s. 624 (rederi), Rt. 1996 s. 654 (rederi), Rt. 1996 s. 1065 (rederi) og Rt. 2002 s. 1312 (investeringsselskap).

⁹ Se Andenæs, Matningsdal og Rieber-Mohn s. 556.

Konklusjonen må derfor klart være at utenlandske foretak kan straffes for overtredelser begått innenfor territorialprinsippetets anvendelsesområde. Løsningen vil bli den samme etter straffeloven av 20. mai 2005 nr. 28 (ny straffelov), jf. § 27 andre ledd, jf § 4.¹⁰

Det er nærliggende å tro at løsningen er den samme i dansk, svensk og finsk rett. I dansk rett er territorialprinsippet fastslått i den danske straffeloven § 6 nr. 1. Bestemmelsen setter ingen skranker for foretaksstraff overfor utenlandske foretak. Etter § 26 første ledd, jf. § 25 er subjektet for foretaksstraff "enhver juridisk person". Dette er et vidt begrep som ikke synes å ekskludere utenlandske foretak. Bestemmelsen inneholder videre en opplisting av typer foretak som omfattes av uttrykket "juridisk person", men denne synes ikke å være uttømmende.

I svensk rett er territorialprinsippet fastslått i den svenske straffelov (BrB) 2 kap. 1 §. Bestemmelsen gjør ingen unntak for utenlandske foretak, og bestemmelsene om "företagsbot" i BrB 36 kap. 7 §§ flg. angir sanksjonssubjektet som "näringsidkaren". Dette uttrykket er ikke nærmere definert i loven, men rommer alle typer sammenslutninger som driver næringsvirksomhet. I uttrykket ligger neppe noen nasjonal begrensning.

I finsk rett følger territorialprinsippet av den finske straffelov 1 kap. 1 §. Bestemmelsen inneholder ingen innskrenkninger for utenlandske foretak. Subjektet for foretaksstraff er "juridiska personer", jf. 9 kap. 1 § første ledd, 2 § første ledd, jf. 1 kap. 9 § som neppe ekskluderer utenlandske foretak.

2.3 Er en norsk filial av et utenlandsk foretak (NUF) et "foretak" etter straffeloven § 48a?

Et spesielt spørsmål vedrørende bruk av foretaksstraff overfor utenlandske foretak for overtredelser begått i Norge, er om en norsk filial av et utenlandsk foretak er et selvstendig straffesubjekt etter straffeloven § 48a, eller om straffansvaret må adresseres til det utenlandske foretaket. Spørsmålet aktualiseres kanskje særlig fordi det de siste årene har skjedd en økning i nyregistrering av norske filialer av utenlandske foretak i Foretaksregisteret.¹¹ Bakgrunnen for denne økte interessen for å drive virksomhet gjennom filial, er blant annet EF-domstolens avgjørelse i sak C-212/97 (Centros).¹² Saksforholdet var her at et dansk ektepar stiftet et engelsk selskap, Centros Ltd., som skulle drive virksomhet i Danmark gjennom en filial. Bakgrunnen for å organisere virksomheten på denne måten var at de danske regler for anpartsselskaper,¹³ i motsetning til de engelske regler for "limited companies", stiller krav om minimumskapital for stiftelse av selskapet. Ved å stifte et engelsk selskap, unngikk ekteparet det danske kravet om minimumskapital. Det danske foretaksregisteret nektet imidlertid å registrere filialen med den begrunnelse at konstruksjonen var en ulovlig omgåelse av de danske regler om minimumskapital. Dansk høyesterett forela spørsmålet om lovligheten av registreringsnektelsen for EF-domstolen, som konkluderte med at registreringsnektelsen var i strid med den frie etableringsrett og dermed ulovlig etter EU-retten.

Konsekvensen av dommen er at næringsdrivende kan stifte et foretak i en stat og drive den økonomiske aktiviteten i foretaket gjennom en filial i en annen stat uavhengig av aktivitet i

¹⁰ Loven er ikke trådt i kraft. Ikrafttredelsestidspunkt er usikkert.

¹¹ Pr. 31. desember 2004 var det registrert 3.279 norske filialer av utenlandske foretak, mot 1988 ett år tidligere, jf. Anne Cathrine Sundby, "Det nye selskapsrettslige landskap", *Lov og Rett*, 2005 s. 387–422 (s. 398).

¹² Sak C-212/97, *Centros Ltd. mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Sml. 1999 s. I-1459.

¹³ Danske anpartsselskaper er parallelle til norske aksjeselskaper etter aksjeloven.

stiftelsesstaten. Forutsetningen for å gjøre dette er at foretaket etableres i et land som legger stiftelsesteorien til grunn for spørsmålet om selskapsrettslig lovvalg.¹⁴

Dersom norske borgere organiserer sin virksomhet i Norge på denne måten, vil de selskapsrettslige rammene for virksomheten reguleres av de selskapsrettslige regler i stiftelsesstaten. Dette kan være ønskelig for å unngå norske selskapsrettsregler som anses ufordelaktige, for eksempel reglene om minste aksjekapital eller skrankene for avtaler mellom selskap og aksjonær.

Spørsmålet er så om slike filialer er et selvstendig "foretak" som kan ilegges foretaksstraff etter straffeloven § 48a, eller om straffansvaret må adresseres til det utenlandske foretaket. Avgjørende vil være om filialen kan regnes som "annen sammenslutning", jf. § 48a andre ledd. Ordlyden er svært vid, men det må i det minste stilles et visst krav til omfang av den aktivitet som drives gjennom filialen og et visst krav til at den fremstår som en selvstendig økonomisk enhet. Videre må bestemmelsen tolkes i lys av at foretaksdefinisjonen bygger på et synspunkt om at valg av organisasjonsform ikke bør være avgjørende for spørsmålet om et foretak kan straffes eller ikke.¹⁵

Aktiviteten i en norsk filial av et utenlandsk foretak kan ofte være av like stort omfang og av samme karakter som aktiviteter i ordinære selskaper som faller inn under foretaksdefinisjonen. Den vil også typisk fremstå som en nokså selvstendig økonomisk enhet. Det som skiller en filial av et utenlandsk foretak fra det typiske alternativet – et norsk datter(aksje)selskap – er at filialen som hovedregel ikke har status som selvstendig subjekt for rettigheter og plikter etter norsk rett. Videre vil det utenlandske foretaket alltid være ansvarlig for filialens men ikke datterselskapets økonomiske forpliktelser, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 1-2. Dette svekker filialens karakter av å være selvstendig.

At filialen ikke har status som selvstendig rettssubjekt i andre sammenhenger, kan imidlertid neppe være avgjørende. Manglende rettssubjektivitet ble for eksempel ikke ansett for å være til hinder for at også enkeltpersonforetak kan straffes, jf. § 48a andre ledd.¹⁶ At det utenlandske foretaket vil ha ubegrenset ansvar for filialens bøteforpliktelse er heller ikke annerledes enn det som gjelder for ansvarlige selskaper, jf. selskapsloven § 2–4. Til dette kommer at dersom straffansvaret for handlinger i tilknytning til filialen utelukkende kunne adresseres til det utenlandske foretaket, oppstår en risiko for en faktisk pulverisering av straffansvaret som svekker foretaksstraffens prevensjonsformål. Dette skyldes at foretaksstraffens preventive formål i stor grad er knyttet til risikoen for straffens negative virkning på *omdømmet*.¹⁷ Dersom omdømmet rent faktisk er knyttet til filialen som enhet, er det mulig at et straffansvar overfor det utenlandske foretaket vil ha beskjedne betydning for omdømmet, ikke minst hvis det utenlandske foretaket går under et annet navn enn filialen. Dette gjelder selv om hovedforetaket vil være økonomisk ansvarlig for filialens bøtestraff.

På sivilprosessens område har Høyesterett i nyere avgjørelser anerkjent at norske filialer av utenlandske forsikringselskaper har *selvstendig partsevne i sivile saker*.

¹⁴ Jf. Sundby s. 397.

¹⁵ Jf. NOU 1989: 11 s. 22 første spalte.

¹⁶ Se diskusjonen i NOU 1989: 11 s. 22 og Ot.prp. nr. 27 (1990–91) s. 25–26.

¹⁷ Se bl.a. Andenæs, Matningsdal og Rieber-Mohn s. 277.

Se Rt. 2005 s. 451, hvor det ble lagt til grunn at en norsk filial av et utenlandsk forsikringselskap har partsevne innenfor rammen av generalagentens kompetanse etter den tidligere forsikringsvirksomhetsloven § 12-2 andre ledd første og andre punktum, nå forsikringsloven § 14-2 første ledd første og andre punktum. Etter denne bestemmelsen skal et utenlandsk forsikringselskap som etablerer en norsk filial "... utpeke en fullmektig (generalagent) til å lede filialen her i riket. Generalagenten representerer selskapet utad, og har fullmakt til å forplikte selskapet overfor tredjemann, og til å motta søksmål på selskapets vegne." Kjæremålsutvalget la til grunn at bestemmelsen ga hjemmel for aktiv og passiv søksmålskompetanse med generalagenten som lovlig stedfortreder. Som begrunnelse for denne avgjørelsen viste Kjæremålsutvalget blant annet til at "[d]ette har for øvrig uten nærmere drøftelse vært forutsatt i en rekke saker som har vært avgjort av Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg", jf. avsnitt 29. Avgjørelsene som det refereres til er Rt. 2001 s. 353, Rt. 2001 s. 1172, Rt. 2002 s. 654, Rt. 2002 s. 1170, Rt. 2004 s. 165, Rt. 2004 s. 261, Rt. 2004 s. 442, Rt. 2004 s. 455, Rt. 2004 s. 517, Rt. 2004 s. 1816, Rt. 2004 s. 1909, Rt. 2004 s. 1952 og Rt. 2005 s. 65. Denne rettsstilstanden ble videre stadfestet i Rt. 2005 s. 1229, jf. avsnitt (19), og er senere uten videre lagt til grunn, jf. Rt. 2005 s. 769, Rt. 2005 s. 901, Rt. 2005 s. 1511, Rt. 2005 s. 1714, Rt. 2005 s. 1757 og Rt. 2006 s. 321.

Denne utviklingen har aktualisert et særskilt behov for å foretaksstraff overfor filialer. Selvstendig partsevne i sivile saker vil nemlig innebære at filialen som "part" også må kunne idømmes rettergangsbøt etter domstolloven §§ 202-204. Dersom det legges til grunn at strl. § 48a avskjærer filialer som straffesubjekt, vil konsekvensen være at reglene om rettergangsbøt ikke får anvendelse på filialer. Filialen og det utenlandske foretaket vil i så fall nyte en ubegrunnet immunitet mot rettergangsbøt i slike saker. Tilsvarende synspunkt begrunner delvis hvorfor "boer" er omfattet av foretaksdefinisjonen i straffeloven § 48a.¹⁸

I lys av at foretaksdefinisjonen er utformet med sikte på at valg av organisasjonsform ikke bør være avgjørende for spørsmålet om et foretak kan straffes eller ikke, er det også grunn til å påpeke at valget mellom å etablere en norsk filial av et utenlandsk foretak eller aksjeselskap ofte vil bero på et ønske om underlegge seg andre staters selskapsrettslige regler.¹⁹ Det vil være uheldig om slik "forumshopping" får konsekvenser for om enheten kan straffes eller ikke.

Endelig kan det hevdes at en straffeforfølgning mot et utenlandsk foretak med utenlandsk forretningsadresse kan innebære praktiske kommunikasjonsproblemer i forbindelse med nødvendige meddelelser og forkynnelser under straffeprosessen. Det er mulig at en adgang til å rette ansvaret mot den norske filialen vil avhjelpe slike problemer og også lette inndrivelsen av en eventuell bøtstraff.

På denne bakgrunn mener jeg at de beste grunner taler for at norske filialer av utenlandske foretak kan være subjekt for foretaksstraff etter straffeloven § 48a andre ledd.

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990–91) s. 27 andre spalte.

¹⁹ Jf. Sundby s. 396–399.

3 KAN DET IDØMMES FORETAKSSTRAFF FOR STRAFFBARE HANDLINGER BEGÅTT I UTLANDET?

3.1 Innledning

Dersom det begås en straffbar handling i utlandet ”på vegne av” et foretak, jf. straffeloven § 48a, blir spørsmålet om og i hvilken grad straffelovgivningens stedlige virkeområde dekker slike handlinger.

Straffelovgivningens stedlige virkeområde på handlinger i utlandet reguleres av straffeloven § 12 første ledd nr. 3 og 4. Straffeloven § 12 første ledd nr. 3 bygger på *personalprinsippet*, det vil si adgangen til å anvende norsk strafferett på ”norsk statsborger” eller ”person hjemmehørende i Norge”, for straffbare handlinger begått i utlandet. Straffeloven § 12 første ledd nr. 4 bygger på *universalprinsippet*, det vil si adgangen til å straffe ”utlendinger” for straffbare handlinger begått i utlandet. Begge bestemmelser må tolkes med de begrensninger som følger av folkeretten, jf. § 1 andre ledd. Det er i den forbindelse mulig at § 12 første ledd nr. 4 må tolkes innskrenkende på grunnlag av folkerettslige skranker.²⁰

Et første spørsmål er her i hvilken grad § 12 første ledd nr. 3 og 4 overhodet kan anvendes på foretaksstraff, jf. pkt. 3.2. Dersom bestemmelsene kan anvendes, blir spørsmålet om den saklige rekkevidden av reglene reiser spesielle tolkningsproblemer i forhold til foretaksstraff. Her skal jeg nøye meg med å ta opp forholdet til dobbel straffbarhet, jf. pkt. 3.3.

3.2 Dekker § 12 første ledd nr. 3 og 4 foretaksstraff?

3.2.1 Utgangspunkter.

Subjektbeskrivelsen i § 12 første ledd nr. 3 og 4 er klart nok myntet på fysiske gjerningspersoner og at gjerningsperson og straffesubjekt er samme person. Karakteristiske trekk ved foretaksstraff er at straffesubjektet ikke er en fysisk person og at straffesubjektet ikke er identisk med gjerningspersonen. Følgelig passer ikke lovteksten i § 12 særlig godt ved foretaksstraff. Dette er naturlig siden straffelovgivningen opprinnelig ikke anerkjente foretaksstraff. Problemet er heller ikke berørt i forarbeidene til straffeloven § 48a eller i rettspraksis.

I ny straffelov er spørsmålet direkte regulert i loven. Etter § 5 første ledd bokstav c, jf. andre ledd bokstav c, omfatter personalprinsippet også handlinger i utlandet foretatt ”på vegne av et foretak registrert i Norge”. Universalprinsippet kan imidlertid ikke anvendes på foretak. Jeg skal komme tilbake til denne bestemmelsen etter hvert.

At ordlyden i § 12 er myntet på fysiske personer, er ikke i seg selv et tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å avskjære foretaksstraff for straffbare handlinger begått i

²⁰ Hvor langt folkeretten setter skranker for universell jurisdiksjon er ikke helt avklart. I forarbeidene til ny straffelov er spørsmålet drøftet i NOU 1984: 31 s. 22 og 24–26 og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 174. Se videre Matningsdal og Bratholm s. 47 og s. 63 med videre henvisninger, som peker på at det er lite aktuelt med motstrid fordi adgangen til universell jurisdiksjon sjelden benyttes. I internasjonal litteratur synes den generelle oppfatningen å være at folkeretten i svært begrenset grad aksepterer at nasjonal straffelovgivning skal gjelde for straffbare handlinger begått i utlandet av utlendinger, se for eksempel Antonio Cassese, ”Is the bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 1, Number 3, December 2003, pp. 589–595.

utlandet. Det er nemlig slik at strafferetten som system, med fokus på handling og skyld, primært er utviklet med sikte på fysiske personer som straffesubjekt. Selv om foretaket som sådan mangler handle- og skyldevne, innebærer den generelle hjemmel for foretaksstraff i straffeloven § 48a, at foretaksstraff er blitt integrert som en "gjøkunge" i strafferettssystemet. Når foretaksstraff er positivt vedtatt integrert som del av strafferettens system, kan ikke et argument om at regelen er myntet på fysiske personer være avgjørende for om bestemmelsen også kan anvendes på foretak.

På den andre siden kan for det første regelens konkrete formål innebære at det ikke er naturlig å anvende den på foretak. For det andre vil legalitetsprinsippet øve motstand mot at lovens ordlyd legges på strekk til ugunst for foretaket.

Med dette som bakgrunn må vårt spørsmål drøftes med utgangspunkt i en formålsorientert tolkning av § 12 første ledd nr. 3 og 4. Dette fordrer først en analyse av om de legislative hensyn som styrer rammene for straffelovgivningens stedlige virkeområde på handlinger begått i utlandet gjør seg gjeldende ved foretaksstraff, jf. pkt. 3.2.2 nedenfor.

Videre må spørsmålet analyseres i lys av det karakteristiske trekk ved foretaksstraff at straffesubjektet (foretak) er et annet enn vilkårssubjektet (den fysiske person som har overtrådt straffebudet på vegne av foretaket).

Dette innebærer at det kan være naturlig å drøfte spørsmålet i relasjon til fire ulike typetilfeller:

- a) En utenlandsk person begår en straffbar handling i utlandet på vegne av et norsk foretak, jf. pkt. 3.2.3 nedenfor.
- b) En norsk person begår en straffbar handling i utlandet på vegne av et norsk foretak, jf. pkt. 3.2.4 nedenfor.
- c) En norsk person begår en straffbar handling i utlandet på vegne av et utenlandsk foretak, jf. pkt. 3.2.5 nedenfor.
- d) En utenlandsk person begår en straffbar handling i utlandet på vegne av et utenlandsk foretak, jf. pkt. 3.2.6 nedenfor.

Med norsk person menes en fysisk gjerningsperson som tilfredsstiller kravet til "norsk statsborger" eller "i Norge hjemmehørende person", jf. § 12 første ledd nr. 3. Med utenlandsk person menes en fysisk gjerningsperson som oppfyller kravet til "utlending" i § 12 første ledd nr. 4. Med "norsk foretak" siktes til foretak som er stiftet, registrert, og driver virksomhet i Norge. Med "utenlandsk foretak" siktes til foretak som er stiftet, (eventuelt) registrert og driver virksomhet i et annet land enn Norge. Norske filialer av utenlandske foretak, og utenlandske foretak som "flytter" til Norge, står i en mellomstilling og skal behandles særskilt, jf. pkt. 3.2.7 og 3.2.8 nedenfor. Jeg forutsetter endelig at gjerningspersonen i a–d har opptrådt "på vegne av" foretaket og at øvrige vilkår foretaksstraff etter straffeloven § 48a er oppfylt.

3.2.2 Legislative hensyn

Et generelt formål med å gi straffelovgivningen anvendelse på handlinger begått i utlandet er hensynet til *effektiv bekjempelse av (grenseoverskridende) kriminalitet*.²¹ Dette formålet gjør seg som utgangspunkt like sterkt gjeldende ved foretaksstraff som ved det personlige straffansvar.

Et annet formål er å verne om *norsk suverenitet*.²² Suverenitetstanken har gjennomgående større vekt jo større *tilknytning* det straffbare forhold har til Norge. Dette tilsier at personalprinsippet kan strekkes lengre enn det stedlige virkeområde kan strekkes lengre overfor norske gjerningspersoner enn overfor utenlandske gjerningspersoner. Følgelig er rekkevidden av personalprinsippet videre enn universalprinsippet. Hensynet gjør seg videre sterkere gjeldende i forhold til lovbrudd som krenker norske borgere eller som er "rettet mot den norske stat eller norsk statsmyndighet", jf § 12 første ledd nr. 3 bokstav b enn i forhold til lovbrudd som krenker andre stater eller utlendingers interesser. Det er ingenting som tilsier at dette suverenitetshensynet ikke gjør seg gjeldende i relasjon til foretaksstraff. En annen sak er at straffbar handlinger begått i utlandet på vegne av et foretak kan ha ulik grad av tilknytning til Norge avhengig av om gjerningspersonen eller foretaket er norsk eller utenlandsk.

Et tredje formål er å *forhindre at opphold i Norge blir en måte å unndra seg straffansvar for handlinger begått i utlandet*.²³ Også dette formål tilsier en mer omfattende jurisdiksjon overfor norske borgere enn overfor utlendinger. Hovedregelen er nemlig at Norge ikke utleverer egne borgere til andre land, jf. utleveringsloven § 2. I tillegg kommer at norske borgere i noen tilfeller nyter immunitet i utlandet.²⁴ Uten mulighet til å anvende norsk straffelovgivning, risikerer man at norske borgere benytter sitt hjemland som "fristed". Sett fra den fremmede stats synspunkt, vil personalprinsippet særlig kompensere for manglende mulighet til å gjennomføre en straffesak og fullbyrde straffen. Selv om utleveringsproblematikken ikke er relevant i forhold til et foretak som straffesubjekt, vil det på samme måte som i forhold til det personlige straffansvar kunne knytte seg praktiske problemer med å gjennomføre og fullbyrde en utenlandsk bøtestraff overfor et foretak hjemmehørende i Norge. Det er følgelig et behov for å hindre at norske foretak bruker sin tilhørighet til Norge som buffer mot straffansvar for handlinger begått i utlandet.

Også overfor utlendinger er behovet for å forhindre at Norges blir et fristed for forbrytere relevant. Dette skyldes dels at Norge følger en streng praksis med hensyn til utlevering av utlendinger,²⁵ og dels at utlevering rent faktisk kan være umulig.²⁶ Behovet er mindre relevant for foretaksstraff. I tillegg kommer at dersom en utenlandsk gjerningsperson begår lignende overtredelser i flere land og blir pågrepet i Norge, kan det være hensiktsmessig at

²¹ Sml. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 175.

²² jf. Tønnesen s. 0.43–0.44.

²³ Jf. Andenæs, Matningsdal og Rieber-Mohn s. 561, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 175 første spalte.

²⁴ Jf. Rt. 2002 s. 190.

²⁵ Jf. Matningsdal og Bratholm s. 63.

²⁶ Se også Andenæs, Matningsdal og Rieber-Mohn s. 563–564.

alle forhold pådømmes samlet her.²⁷ Dette behovet kan i prinsippet oppstå i relasjon til foretaksstraff.

Endelig skal nevnes at reglene om straffelovgivningens stedlige virkeområde på handlinger begått i utlandet også bidrar til å sikre at Norge overholder internasjonale (konvensjons)forpliktelser om jurisdiksjon. Også dette kan være aktuelt i forhold til foretaksstraff, dersom konvensjonsforpliktelsen inneholder spesielle forpliktelser til å straffeforfølge foretak.²⁸

De sentrale innvendinger mot å gi norsk straffelovgivning anvendelse på handlinger i utlandet er hensynet til *gjerningslandets suverenitet*, *hensynet til siktedes forutberegnelighet og rettsikkerhet* og *hensynet til å få saken best opplyst*.²⁹ Hensynene har ikke vært ansett tungtveiende nok til å begrunne absolutte skranker mot å la straffelovgivningens stedlige virkeområde dekke handlinger begått i utlandet, men de bidrar til å styre rekkevidden av personalprinsippet og universalprinsippet. Tilsvarende må gjelde i forhold til foretak

På denne bakgrunn må det antas at hensynene som ligger bak straffeloven § 12 første ledd nr. 3 og 4 langt på vei gjør seg gjeldende også i relasjon til foretak. Med dette som utgangspunkt, skal jeg drøfte spørsmålet om bestemmelsene dekker foretaksstraff i fire aktuelle typesituasjoner.

3.2.3 En utenlandsk person begår en straffbar handling på vegne av et norsk foretak

Denne situasjonen kan for eksempel oppstå der et norsk foretak har opprettet en filial i et annet land, og det begås et straffbart forhold av en ansatt i filialen i dette landet ”på vegne av” det norske foretaket. Spørsmålet er om straffeloven § 12 første ledd nr. 3 eller nr. 4 kan anvendes i et tilfelle som dette.

En formålsorientert tolkning av § 12 første ledd nr. 3 og 4 tilsier at det her må legges stor vekt på graden av norsk tilknytning til det straffbare forhold. Det er klart at gjerningspersonen i et tilfelle som dette har svak tilknytning til Norge. Det kan hevdes at det følger av identifikasjonsstrukturen i vilkårene for foretaksstraff i straffeloven § 48a, at foretaket må identifiseres med den fysiske gjerningspersonen i relasjon til subjektbeskrivelsen i straffeloven § 12 første ledd nr. 3 og 4. Siden gjerningspersonen i dette tilfellet er utenlandsk, vil jurisdiksjonsspørsmålet da måtte avgjøres etter universalprinsippet i § 12 første ledd nr. 4.

På den andre siden vil et norsk foretak normalt ha hovedsete i Norge og drive virksomhet her. Dette gir en sterkere tilknytning til Norge enn en det typiske nedslagsfelt for universalprinsippet i § 12 første ledd nr. 4. Siden de norske reglene om foretaksstraff gir adgang til å idømme straffansvar uten at aktørens identitet er kjent (anonyme feil) og adgang til å idømme ansvar basert på kumulative feil, jf. straffeloven § 48 første ledd annet punktum,

²⁷ Jf. Matningsdal og Bratholm s. 63.

²⁸ Et eksempel kan være Europrådets korrupsjonskonvensjon, Criminal Law Convention on Corruption, Strasbourg, 27.01.1999, art. 18, jf. art. 17, jf. Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 46–47.

²⁹ Se Tønnesen s. 0.46–0.56, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 174–175.

er det også retsteknisk uheldig om aktørens statsborgerskap og bostedsadresse skal være ubetinget avgjørende for jurisdiksjonsspørsmålet.³⁰

Etter dette taler de beste grunner for at straffeloven § 12 nr. 3 dekker straffansvar for norske foretak for handlinger begått i utlandet.³¹

I ny straffelov er denne løsningen lovfestet. Etter § 5 første ledd bokstav c, jf. andre ledd bokstav c omfatter personalprinsippet også handlinger i utlandet foretatt "på vegne av et foretak registrert i Norge". Denne bestemmelsen innebærer at et norskregistrert foretak kan straffes for straffbare handlinger begått i utlandet av en utlending.³²

3.2.4 En norsk person begår en straffbar handling i utlandet på vegne av et norsk foretak.

Det er tilstrekkelig for å kunne anvende personalprinsippet i straffeloven § 12 første ledd nr. 3 at foretaket er norsk, jf. pkt. 3.2.3 ovenfor. Det er derfor ikke tvilsomt at bestemmelsen kan anvendes hvor den straffbare handling er begått i utlandet av en norsk statsborger på vegne av et norsk foretak. Tilsvarende løsning følger av ny straffelov § 5 første ledd bokstav c, jf. andre ledd bokstav c.

3.2.5 En norsk person begår en straffbar handling i utlandet på vegne av et utenlandsk foretak.

Situasjonen er her at en norsk statsborger har begått et straffbart forhold i utlandet på vegne av et utenlandsk selskap. Dersom gjerningspersonen blir pågrepet i Norge, er det klart at personalprinsippet i straffeloven § 12 første ledd nr. 3 gjelder for det personlige straffansvaret.

I forhold til foretaksstraff, kan imidlertid ikke gjerningspersonens nasjonalitet være avgjørende, jf. pkt. 3.2.3 ovenfor. Personalprinsippet i § 12 første ledd nr. 3 kan derfor neppe anvendes på det utenlandske foretaket i et tilfelle som dette.

En logisk konsekvens av at personalprinsippet gjelder overfor norske foretak, vil være å anta at universalprinsippet i § 12 første ledd nr. 4 som utgangspunkt er anvendelig overfor utenlandske foretak. Problemet er imidlertid at universalprinsippet langt på vei krever at straffesubjektet oppholder seg i riket når straffeforfølningen innledes. Både suverenitetshensyn og hensynet til siktedes rettssikkerhetsvern begrunner en slik regel. Kravet er lovfestet for så vidt gjelder universell jurisdiksjon på grunnlag av dobbel straffbarhet i § 12 første ledd nr. 4 b. Samme krav vil for tilfellene som omfattes av bokstav a, c og d kunne følge av folkerettslige skranker for universalitetsprinsippet.³³

I forhold til universalprinsippets krav om gjerningsmannens opphold på territoriet, er det etter min oppfatning lite naturlig å identifisere det utenlandske foretaket med gjerningspersonen som har handlet på dets vegne. Selv om (den fysiske) gjerningspersonen oppholder seg i

³⁰ Jf. Matningsdal og Bratholm s. 57.

³¹ Tilsvarende Matningsdal og Bratholm s. 57.

³² Se NOU 1992: 23 s. 46–47.

³³ I denne retning Cassese s. 592–593.

Norge, vil det her være en svakere tilknytning mellom Norge og straffesubjektet sammenlignet med et personlig straffansvar overfor en utlending som oppholder seg her. Til dette kommer at systemet i straffeprosessloven er at foretakets partsrettigheter tilligger den fysiske person som foretaket utpeker, jf. straffeprosessloven § 84a. Dette kan naturligvis være en annen enn den fysiske gjerningspersonen, og representanten kan selvfølgelig befinne seg langt fra Norge når straffeforfølgning innledes. Både hensynet til gjerningslandets suverenitet, sakens opplysning og foretakets rettssikkerhet taler her mot å gi norske regler om foretaksstraff anvendelse.

Etter dette taler de beste grunner for at straffeloven § 12 første ledd nr. 4 ikke kan anvendes på utenlandske foretak, kanskje med et mest teoretisk unntak for straffbare handlinger hvor det ikke kan stilles krav om at gjerningspersonen oppholder seg i Norge når straffeforfølgningen innledes.

Denne samme løsning er videreført i klarere form i ny straffelov. I tillegg til at gjerningspersonens opphold i Norge er gjort til et alminnelig vilkår for universalprinsippet, jf. § 5 tredje ledd, er det som nevnt uttrykkelig bestemt at personalprinsippet dekker norske foretak, § 5 første ledd bokstav c, jf. andre ledd bokstav c. Siden § 5 tredje ledd ikke nevner foretak, er det da nærliggende å trekke den motsetningsslutning at universalprinsippet ikke kan anvendes på utenlandske foretak.. Uttalelser i forarbeidene tyder på at dette var et bevisst valg. I NOU 2004: 4 heter det nemlig:³⁴

”... [D]ersom handlingen må ansees foretatt i utlandet på vegne av et utenlandsk selskap, vil det ikke være adgang til å ilegge foretaksstraff Etter kommisjonens syn innebærer dette en naturlig avgrensning av foretaksansvaret.”

Løsningen er imidlertid ikke gjennomført fullt ut. Ny straffelov § 6 slår nemlig fast at utenfor virkeområdet for § 4 (territorialprinsippet) og § 5 (personal og universalprinsippet) ”gjelder straffelovgivningen også for handlinger som Norge etter overenskomster med fremmede stater eller etter folkeretten for øvrig har rett eller plikt til å strafforfølge.” Dersom folkerettslige forpliktelser skulle kreve universell jurisdiksjon for foretak, vil denne bestemmelsen utvide straffelovgivningens stedlige virkeområde til å omfatte straffansvar for utenlandske foretak for handlinger begått i utlandet.

3.2.6 En utenlandsk person begår en straffbar handling i utlandet på vegne av et utenlandsk foretak.

Dersom gjerningspersonen i et tilfelle som dette blir pågrepet i Norge, vil universalprinsippet regulere straffelovgivningens stedlige virkeområde i relasjon til det personlige straffansvaret, jf. § 12 første ledd nr. 4. Spørsmålet om adgangen til å anvende norsk straffelovgivning på det utenlandske foretaket vil her måtte løses på samme måte som når gjerningspersonen er norsk, jf. pkt. 3.2.5. Det betyr at de norske regler om foretaksstraff ikke kan anvendes.

3.2.7 Særlig om handlinger begått på vegne av norsk filial av utenlandsk foretak (NUF).

En norsk filial av utenlandsk foretak må etter min oppfatning regnes som et (selvstendig) foretak etter straffeloven § 48a, jf. pkt. 2.3 ovenfor. Spørsmålet blir da om en slik filial skal regnes som ”norsk” slik at straffeloven § 12 første ledd nr. 3 får anvendelse på handlinger i

³⁴ NOU 2002: 4 s. 202 andre spalte. Se også NOU 1992: 23 s. 47 første spalte.

utlandet begått på vegne av filialen, eller om filialen må regnes som utenlandsk, slik at foretaksstraff ikke kan ilegges for handlinger begått i utlandet.

Det springende punkt er hvilket kriterium som gjelder for å bestemme et foretaks nasjonalitet. Minst tre alternativer kan tenkes: a) Landet hvor foretaket er stiftet, b) Landet hvor foretaket er registrert og c) Landet hvor foretaket driver virksomhet.

Dersom stiftelseslandet er avgjørende, må filialen anses for å være utenlandsk, slik at straffeloven § 12 nr. 4 får anvendelse på straffbare handlinger i utlandet begått på vegne av foretaket. Dersom det avgjørende er hvor filialens virksomhet drives fra, vil den måtte regnes som norsk, slik at det er § 12 nr 3 som gjelder.

Legges det avgjørende vekt på hvor foretaket er registrert, er det nærliggende å hevde at en norsk filial av utenlandsk foretak er å regne som norsk, siden filialen må registreres i foretaksregisteret, jf. foretaksregisterloven § 2-1 andre ledd. På den andre siden kan det utenlandske foretaket også være registrert i stiftelseslandet, jf. foretaksregisterloven § 3-8 første ledd nr. 4. Men i de tilfeller hvor det straffbare forhold har tilknytning til filialens virksomhet i Norge, slik at aktøren har opptrådt "på vegne av" filialen som selvstendig "foretak" etter straffeloven § 48a, synes den beste løsning her å legge det registreringsland til grunn som har nærmest tilknytning til den virksomhet som det straffbare forhold springer ut av.

Det rettskildemessige grunnlag for å ta stilling til spørsmålet om hvilket av disse tre alternativene som må legges til grunn i relasjon til foretaksstraff overfor en norsk filial av et utenlandsk foretak, er magert. Umiddelbart kunne det tenkes at løsningen må bli den samme som ved spørsmålet om hvilke selskapsrettslige regler som gjelder for filialen. Konsekvensen av Centros-avgjørelsen er antatt å være filialen er underlagt stiftelseslandets regler for den aktuelle organisasjonsform, jf. pkt. 2.3 ovenfor. Siden foretaksdefinisjonen i straffeloven § 48a andre ledd henviser til de reglene som gjelder for den aktuelle organisasjonsform, kan dette tilsa at en norsk filial av et utenlandsk stiftet foretak bør regnes som utenlandsk.

På den andre siden er det grunn til å utvise varsomhet med å trekke slutninger fra selskapsrettslige til strafferettslige jurisdiksjonsregler. De selskapsrettslige og strafferettslige regler tjener helt ulike funksjoner, og selv om det er en forbindelseslinje mellom regelsystemene i foretaksdefinisjonen, bør dette neppe være avgjørende i forhold til tolkningen av de strafferettslige jurisdiksjonsregler.

Etter min oppfatning er det mer nærliggende å ta utgangspunkt i at skillet mellom personalprinsippet og universalprinsippet bygger på en forskjellig tilknytning mellom straffesubjektet og Norge, jf. pkt. 3.2.2. Grunnen til at strafferettens stedlige virkeområde er mer begrenset overfor en utlendings straffbare handling i utlandet contra en norsk statsborgers tilsvarende overtredelse er at førstnevnte har en svakere tilknytning til Norge. Avgjørende for anvendelsen av personalprinsippet eller universalprinsippet på en norsk filial av et utenlandsk foretak bør derfor være om filialen har sterkere tilknytning til Norge enn stiftelseslandet. Men dette "tilknytningskriteriet" kan ikke vurderes løsrevet fra de strafferettslige regler som er aktuelle å anvende. Et grunnvilkår for foretaksstraff er at lovovertrædelsen er begått av en fysisk person "på vegne av" foretaket, jf. straffeloven § 48a. I vilkåret "på vegne av" ligger et krav om formell og funksjonell tilknytning mellom lovovertrædelsen. Kravet til formell tilknytning innebærer at aktøren må ha et positivt grunnlag for å utføre et oppdrag, en aktivitet

eller på annen måte opptre på vegne av foretaket.³⁵ Denne siden av tilknytningskravet gir lite bidrag til å avgjøre hvilket land filialen har sterkest tilknytning til i relasjon til straffansvaret.

Kravet til funksjonell eller saklig tilknytning innebærer et nærmere krav til sammenheng mellom overtredelsen og foretakets *virksomhet eller aktivitet*. Dette innebærer at en norsk filial av et utenlandsk foretak (som sådan) ikke kan holdes straffansvarlig med mindre lovovertrædelsen i utlandet har en tilknytning til filialens *aktivitet i Norge*. Denne tilknytningen mellom filialens aktivitet i Norge og lovovertrædelsen innebærer etter min oppfatning at filialen som straffesubjekt alltid vil ha sterkere tilknytning til Norge enn stiftelseslandet i relasjon til straffansvar. Etter min oppfatning bør løsningen derfor helst være at en norsk filial av et utenlandsk foretak må vurderes etter straffeloven § 12 første ledd nr. 3 for straffbare handlinger begått i utlandet.

I ny straffelov § 5 første ledd bokstav c er det avgjørende kriteriet for å anvende foretaksstraff på handlinger i utlandet at foretaket er ”registrert i Norge”. Siden en norsk filial av utenlandsk foretak er registreringspliktig i Norge, innebærer dette at filialen kan straffes for handlinger begått i utlandet i henhold til denne bestemmelsen.

3.2.8 Særlig om nasjonalitetsskifte i foretaket ved straffbare forhold begått på vegne av et utenlandsk foretak.

Situasjonen er her at det er begått en straffbar handling i utlandet ”på vegne av” et utenlandsk foretak. Utgangspunktet er da at norske regler om foretaksstraff ikke kan anvendes.

Spørsmålet er så om samme løsning gjelder dersom foretaket endrer nasjonalitet etter at den straffbare handling er begått, men før forholdet er pådømt. Typesituasjonen er at det utenlandske foretaket (A) overdrar hele virksomheten til et norsk foretak (B).³⁶ I en slik situasjon kan det hevdes at hensynet til gjerningslandets suverenitet og siktedes rettssikkerhet gjør mindre motstand mot å gi norske regler om foretaksstraff anvendelse. Særlig gjelder dette hvis foretak A opphører som rettssubjekt og flyttingen er motivert av å unngå straffansvar i gjerningslandet.

Det synes imidlertid klart at § 12 første ledd nr. 3 forutsetter at det avgjørende er forholdene på *gjerningstiden*.³⁷ Dette innebærer at B i vårt tilfelle ikke kan straffes.

Denne rettstilstanden er endret i ny straffelov. Etter § 5 andre ledd bokstav c skal personalprinsippet i første ledd også anvendes på handlinger begått ”på vegne av et utenlandsk foretak som etter handlingstidspunktet har overført sin samlede virksomhet til et foretak registrert i Norge”. Regelen tar sikte på å ramme klare tilfeller av forsøk på omgåelser av straffelovgivningen.³⁸ Tanken er at et foretak ikke skal kunne unnsnippe straffansvar i gjerningslandet ved å flytte sin virksomhet til Norge.

³⁵ Se Matningsdal og Bratholm s. 396.

³⁶ Allmennaksjeloven og aksjeloven er som utgangspunkt til hinder for en selskapsrettslig fusjon mellom et utenlandsk og norsk (allmenn)aksjeselskap, jf. Johan Giertsen, *Fusjon og fisjon*, Bergen 1999 s. 37. Denne rettstilstanden er satt under press som følge av rettsutviklingen i EU, jf. Johan Giertsen, ”EU åpner for internasjonale fusjoner”, *Lov og Rett* 2006 s. 371–377.

³⁷ Se Andenæs, Matningsdal og Rieber-Mohn s. 561 og Matningsdal og Bratholm s. 57.

³⁸ Se NOU 1992: 23 s. 51 andre spalte.

Kravet til ”den samlede virksomhet” innebærer at hele eller det alt vesentlige av virksomheten (innmaten) må være overført til det norske foretaket.³⁹ Dersom ”foretaket har så mye av sin virksomhet igjen i hjemlandet at strafforfølgning der er et realistisk alternativ”, gjelder ikke regelen.⁴⁰

Hvilke typer overføringer av virksomhet som omfattes av bestemmelsen er noe uklart. Det klare tilfellet er hvor virksomheten i A overføres til et norskregistrert foretak B med samme eiere som i A. I forarbeidene er imidlertid forutsatt at regelen ikke får anvendelse dersom virksomheten i A overføres til en norsk filial av A, eller et (heleid) datterselskap i Norge.⁴¹ Tanken er at i slike tilfeller er det fortsatt mulig å straffeforfølge A i gjerningslandet, og da er det ikke behov for regelen.

Bestemmelsen i § 5 andre ledd bokstav c dekker etter ordlyden også tilfeller hvor det utenlandske foretaket overdrar sin samlede virksomhet (innmat) til et norskregistrert foretak B med *andre eierinteresser*. Regelen må imidlertid her tolkes i samsvar med de materielle skranker for foretaksstraff etter straffeloven § 48a. Det følger av rettspraksis til denne bestemmelsen at virksomhetsoverdragelse fra A til B etter tidspunktet for den straffbare handling, men før tiltale er tatt ut, kan føre til at B kan ilegges foretaksstraff for det straffbare forhold begått i A.

Det avgjørende synes her å være om foretak B og A kan anses for å være samme foretak. Dette beror på en konkret vurdering hvor et særlig sentralt moment vil være om det er en økonomisk og funksjonell kontinuitet mellom virksomheten i A og B.⁴² Overdragelse av As samlede virksomhet til B, er imidlertid som utgangspunkt ikke tilstrekkelig til å holde B ansvarlig.⁴³ Det kreves som regel at A og B har helt eller delvis felles eierinteresser, slik som ved selskapsrettslig fusjoner.⁴⁴ Det må være klart at jurisdiksjonsregelen i § 5 andre ledd bokstav c ikke kan utvide det materielle straffansvar som følger av straffeloven § 48a. Jurisdiksjonsregelen kan derfor neppe anvendes hvor det utenlandske foretaket overdrar sin samlede virksomhet til et norsk foretak B med helt andre eierinteresser.

3.3 Forholdet til kravet om dobbel straffbarhet i straffeloven § 12 første ledd bokstav c

Etter straffeloven § 12 første ledd nr 3 bokstav c dekker personalprinsippet en handling som ”er straffbar også etter det lands lov i hvilket den er foretatt”. I ny straffelov er personalprinsippet krav om dobbel straffbarhet videreført i § 5 første ledd nr. 1, jf. tredje ledd.

Regelen kan begrunnes med at det vil fremstå som urettferdig og lite forutberegnelig for siktede å bli stilt til ansvar for en handling som etter omstendighetene ikke vil føre til straff i

³⁹ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 403 andre spalte.

⁴⁰ Jf. NOU 1992: 23 s. 51 andre spalte.

⁴¹ Jf. NOU 1992: 23 s. 51 andre spalte.

⁴² Se Rt. 2002 s. 1722 (s. 1724) og Rt. 1995 s. 1922 (s. 1930).

⁴³ Se Rt. 2002 s. 1722 (s. 1724–1725).

⁴⁴ Se Rt. 1995 s. 1922 og Matningsdal og Bratholm s. 402–403.

gjerningslandet.⁴⁵ I tillegg kommer at hensynet til gjerningslandets suverenitet tilsier at varsomhet med å illegge straffansvar i Norge for en handling som ikke er straffbar i gjerningslandet.

Dette kravet om dobbel straffbarhet reiser et spesielt problem i relasjon til foretaksstraff. Forholdet kan være at den aktuelle handlingen rammes av et straffebud etter gjerningslandets strafferett, men at de nærmere vilkår for foretaksstraff i gjerningslandet ikke er oppfylt. Spørsmålet er hvor langt kravet om dobbel straffbarhet må dekke vilkårene for foretaksstraff i gjerningslandet.

Etter § 12 første ledd nr. 4 bokstav b dekker også universalprinsippet en handling som representerer "en forbrytelse straffbar også etter det lands lov i hvilket den er foretatt". Sistnevnte bestemmelse utfylles imidlertid av straffeloven § 13 andre ledd, som krever at det etter gjerningslandets rett er "[a]dgang til at anvende Straf". Videre heter det at "[h]eller ikke kan strengere Straf idømmes end efter dette Lands Lov hjemlet". Siden universalprinsippet ikke omfatter utenlandske foretak, reiser den ingen spesielle problem i forhold til foretaksstraff.

Før vi går nærmere inn på dette problemet, er det naturlig å presisere hvilket innhold kravet om dobbelt straffbarhet har i relasjon til det personlige straffansvar. Her kan det først være grunn til å slå fast at regelen gjelder både forbrytelser og forseelser.⁴⁶ Det synes videre klart at kravet til dobbel straffbarhet i § 12 ikke omfatter *straffutmålingen*. Høyesterett har likevel uttalt at det ved anvendelse av § 12 første ledd nr. 3 c, er rimelig å ta hensyn hvordan reaksjonen ville ha blitt i gjerningslandet.⁴⁷

Det kreves neppe full identitet mellom gjerningslandets og de norske straffbarhetsbetingelser. Ordlyden i straffeloven § 12 første ledd nr. 3 bokstav c knytter seg til straffbarheten av *handlingen*. Et minstekrav må her være at handlingen er kriminalisert i gjerningslandet. Regelen skal imidlertid forstås slik at kravet til dobbel straffbarhet vil være oppfylt selv om straffansvaret er bortfalt etter gjerningslandets rett for eksempel gjennom foreldelse.⁴⁸ Det samme gjelder dersom gjerningslandet krever påtalebegjæring og dette mangler.

Det kan hevdes at kravet til straffbarheten av "handlingen" i § 12 første ledd nr. 3 bokstav c innebærer en avgrensning mot subjektive straffbarhetsvilkår. En slik løsning innebærer i så fall at det bare kreves at den konkrete handling oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud i gjerningslandet, og at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunner. En slik streng ordlydsfortolkning av § 12 første ledd nr. 3 bokstav c er vanskelig å forene med begrunnelsen for kravet til dobbel straffbarhet. Både hensynet til gjerningslandets suverenitet og siktedes forutberegnelighet tilsier at også subjektive vilkår må dekkes.

Problemet synes ikke å være berørt i forarbeidene eller rettspraksis. I juridisk teori er oppfatningene ikke entydige. *Matningsdal* og *Bratholm* synes å anta at subjektive vilkår for

⁴⁵ Se NOU 1992: 23 s. 48 første spalte, Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 174–175 og Nord 1992: 17 (Straffrättslig jurisdiktion i Norden) s. 46.

⁴⁶ Sml. § 12 første ledd nr. 4 b) som bare gjelder forbrytelser.

⁴⁷ Jf. Rt. 1969 s. 509, Rt. 1969 s. 1198, Rt. 1977 s. 779, Rt. 1987 s. 1355 og Rt. 1993 s. 1489.

⁴⁸ S.K.M. 1896 s. 16, jf. Andenæs, *Matningsdal*, og *Rieber-Mohn* s. 562.

straff ikke omfattes av straffeloven § 12 første ledd nr. 3 bokstav c.⁴⁹ Tønnesen synes på den andre siden å forutsette at også subjektive vilkår omfattes.⁵⁰

Etter min oppfatning tilsier begrunnelsen for regelen at kravet til at samtlige grunnvilkår for straffansvar må være oppfylt. Den beste løsning synes derfor å være at kravet til dobbel straffbarhet etter § 12 første ledd nr. 3 bokstav c omfatter objektive og subjektive vilkår for straff. Løsningen må imidlertid ansees noe usikker.

I ny straffelov er kravet til dobbel straffbarhet regulert § 5 første ledd nr. 1. Vilkåret er at "handlingene er straffbare" etter loven i gjerningslandet. Bestemmelsen gjelder både ved anvendelse av personalprinsippet og universalprinsippet. I forarbeidene er presisert:⁵¹

"I dette ligger ikke bare at handlingen må være dekket av en straffebestemmelse etter handlingsstedets lovgivning, men også de øvrige straffbarhetsbetingelsene på handlingsstedet må være oppfylt [min kursiv]. I kravet om dobbel straffbarhet ligger videre at handlingen fremdeles er straffbar på handlingsstedet når foreldelse avbrytes her i riket. Har foreldelse inntruffet i utlandet på dette tidspunkt, er kravet om dobbel straffbarhet ikke oppfylt. At kravet om foreldelse inngår i kravet om dobbelt straffbarhet representerer en endring i forhold til gjeldende rett. Derimot behøver ikke de prosessuelle vilkår for å ilegge straff på handlingsstedet å være oppfylt."

Følgelig er det nærliggende å tolke kravet til dobbel straffbarhet i ny straffelov § 5 første ledd nr. 1, jf. tredje ledd, at både de objektive og subjektive vilkår for straff etter gjerningslandets rett må være oppfylt.

Med dette som bakgrunn, blir spørsmålet om grunnvilkårene for foretaksstraff omfattes av kravet til dobbel straffbarhet. Siden kravet til dobbel straffbarhet i både § 12 første ledd nr. 3 bokstav c omfatter objektive og subjektive vilkår for straff, er det nærliggende å anta at straffansvar som utgangspunkt er utelukket dersom vilkårene for foretaksstraff ikke er oppfylt i gjerningslandet. Dette gjelder for eksempel den situasjon at gjerningslandet ikke har regler om foretaksstraff,⁵² eller at hjemmelen for foretaksstraff i gjerningslandet ikke omfatter den aktuelle handlingen. Situasjonen kan også være at vilkårene ikke er oppfylt fordi gjerningslandets regler om foretaksstraff krever at ledelsen har vært involvert i den straffbare handling. Samme løsning må gjelde etter ny straffelov § 5.⁵³

Det kan reises spørsmål om det må gjøres unntak for de tilfeller hvor gjerningslandet ikke anerkjenner foretaksstraff, men hvor den aktuelle handling oppfylder vilkårene for administrative eller særlige sanksjonsformer overfor foretak som formelt ikke anses som straff. I en europeisk sammenheng gjelder dette primært de svenske regler om "företagsbot" i Brottsbalken kap. 1, § 8 og kap. 36 §§ 7-10,⁵⁴ og den tyske administrative bøtesanksjonen som kan ilegges foretak etter OWiG § 30. Begge sanksjoner tjener et pønalt formål.

⁴⁹ Se Matningsdal og Bratholm s. 59, sml. s. 74. Se også NOU 1984: 31 (Straffelovgivningens stedlige virkeområde) s. 11–13 som ikke gir veiledning.

⁵⁰ Se Sverre Tønnesen, *Internasjonal strafferettspleie I*, Bergen 1981 s. 1.36 flg. Samme syn gjør Träskman gjeldende etter finsk rett, se Per Ole Träskman: *Den finska straffrättens tillämpningsområde*, Helsingfors 1977 s. 307.

⁵¹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 402.

⁵² Jf. NOU 1992: 23 s. 49.

⁵³ NOU 1992: 23 s. 49 andre spalte.

⁵⁴ Företagsboten regnes ikke som straff men "särskild rättsverkän" av "brott", jf. Brottsbalken kap. 1, § 8.

Det kan neppe anses som særlig betenkelig overfor foretaket å straffe det for en handling som kvalifiserer til en administrativ eller særskilt pønalt sanksjon i gjerningslandet. Særlig dersom utmålingen av den norske foretaksstraffen ligger innenfor rammen av sanksjonen i gjerningslandet. Hensynet til gjerningslandets suverenitet tilsier imidlertid varsomhet med å la norsk straffelovgivning få anvendelse i slike tilfeller.

Kravet til at "handlingen er ... straffbar" i straffeloven § 12 første ledd nr. 3 bokstav c og nr. 4 bokstav b tilsier i lys av suverenitetshensynet at et minstekrav må være at gjerningspersonens overtredelse, som danner grunnlag for foretaksstraff i Norge, er *kriminalisert* i gjerningslandet.⁵⁵ Et slikt minstekrav innebærer at det neppe kan anvendes foretaksstraff i Norge på handlinger i Tyskland som kvalifiserer til den administrative bøtesanksjon etter OWiG § 30. Denne sanksjonen er nemlig som utgangspunkt knyttet til handlinger som ikke er kriminalisert.

I forhold til handlinger i Sverige som kvalifiserer til "företagsbot" stiller dette seg annerledes. Företagsbot ilegges for "brott", det vil si kriminaliserte handlinger, jf. Brottsbalken kap. 36, § 7. Når det er tale om foretaksstraff for en handling som er kriminalisert etter svensk rett, og som oppfyller vilkårene for den særlige sanksjonen företagsbot, må suverenitetshensynets gjennomslagskraft etter min oppfatning bero på den nærmere begrunnelse for at sanksjonen ikke anses som straff. Til dette er det grunn til å merke seg at den svenske regelen er begrunnet i mer teoretisk orienterte (system)hensyn. Synspunktet er at foretaksstraff ikke passer inn i strafferettens system fordi strafferetten er innrettet mot individuell handling og skyld.⁵⁶ Til dette kommer at foretaksstraffens karakter av å være straffesubjektets (foretakets) ansvar for *andre* (gjerningspersonen) innebærer et strafferettslig vikarierende ansvar som anses betenkelig.⁵⁷ Ved å plassere foretaksansvaret som en egen sanksjon utenfor det formelle strafferettssystemet, løser man de prinsipielle innvendinger mot foretaksstraff. Men företagsboten har uansett en pønalt karakter,⁵⁸ og er derfor langt på vei begrunnet i samme preventive hensyn som de norske regler om foretaksstraff.⁵⁹ Etter min oppfatning er det liten grunn til å tillegge slike teoretisk orienterte systemhensyn rekkevidde utover gjerningslandets interne rettssystem, så lenge handlingen er kriminalisert. Suverenitetshensynet kan derfor ikke ha stor gjennomslagskraft i slike tilfeller.

De beste grunner taler etter dette for at kravet til dobbel straffbarhet er oppfylt i de tilfeller hvor en handling i Sverige omfattes av et straffebud etter svensk rett og vilkårene for företagsbot i gjerningslandet er oppfylt. Dette må gjelde både ved anvendelse av § 12 første ledd nr. 3 bokstav c og nr. 4 bokstav b, jf. § 13 andre ledd.

⁵⁵ I denne retning *Träskman* s. 313.

⁵⁶ Jf. Departementsserie 2001: 169 (Företagsbot) s. 30 og SOU 1997: 127 (Straffansvar för juridiska personer. Del A) s. 95.

⁵⁷ Jf. Departementsserie 2001: 169 s. 30 og SOU 1997: 127 s. 238.

⁵⁸ Jf. SOU 1997: 127 s. 142

⁵⁹ Jf. SOU 1997: 127 s. 204–205, jf. s. 222–226, Departementsserie 2001: 169 s. 41–44 og Prop. 2005/06: 59 (Företagsbot) s. 14.

Finansiell trygdgjeving¹

Av professor Kåre Lilleholt

1 Innleiing

Lova om finansiell trygdgjeving eller «lov 26. mars 2004 nr. 17 om finansiell sikkerhetsstillelse», som er den offisielle tittelen, vart vedteken våren 2004, og tok til å gjelde frå 1. juli 2004. Lova skal gjennomføre eit EF-direktiv om finansiell trygdgjeving² og ber sterkt preg av det både i ordbruk og oppbygging. Direktivet tek sikte på å jamne vegen for internasjonale finansielle transaksjonar mellom det vi kan omtala som profesjonelle aktørar på kapitalmarknaden, til dømes sentralbankar og finansinstitusjonar. Her finn vi kredittar og plasseringar som kan omfatte svært store pengesummar, og tempoet kan vera høgt. Når aktørane skal sikre slike transaksjonar med pant eller på annan måte, er det viktig å ikkje bli overraska av nasjonale reglar om tillatne sikringsformer eller om rettsvern og omstøyting, og dekning bør kunne skje raskt. Direktivet er eit påbod om å harmonisere nasjonale reglar, og føremålet er å styrkje kreditors posisjon.

Dei internasjonale transaksjonane mellom profesjonelle aktørar skal vi ikkje gå nærare inn på, enda dei sjølv sagt er viktige nok. Lova om finansiell trygdgjeving har ei anna side, og det er den vi skal ta opp her. Reglane gjeld nemleg også for mange vanlege avtalar mellom norske finansinstitusjonar og norske juridiske personar om sikring av kreditt, med andre ord for mange av dei ordinære låna som næringsdrivande tek opp her i landet. Vi skal koma tilbake til partsforholdet etter kvart.

Lova har viktige reglar mellom anna om panthavars råderett over pantet, førehandsavtalar om underhandsrealisasjon og omstøyting av pant for eldre gjeld.

Terminologien og strukturen i lova om finansiell trygdgjeving er lagde tett opp til direktivet, og det er ikkje lett å kjenne seg att med ein gong. Det blir mykje «finansielt» å halde styre på. «Loven gjelder avtalar om finansiell sikkerhetsstillelse», heiter det i § 1 andre ledd, og av § 2 første ledd bokstav a går det fram at dette er «avtale om overdragelse av eiendomsrett til finansiell sikkerhet, herunder gjenkjøpsavtale, og avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet, med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser». Vi skal først undersøkje i kva grad lova gjeld for vanlege panteavtalar, og deretter ta i bruk panterettsterminologi så langt det er dekning for det. Alle paragraftilvisingar i det følgjande er til lova om finansiell trygdgjeving, om ikkje anna går fram.

Det er etter kvart noko litteratur, også i Norden, om direktivet og gjennomføringa av det. Litt skal nemnast her, men det er inga uttømmende opprekning. Den norske lova er kommentert i *Norsk Lovkommentar* av Kjell Wibe. Lova er nemnd fleire stader også i nyare panterettsframstillingar, som Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, Oslo 2004 og Sjur Brækhus, *Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg, Oslo 2005. Av artiklar og seminarinnlegg kan nemnast Karl Rosén, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – en innføring», *Tidsskrift for Forretningsjus* 2004 s. 160–186; Kjetil Wibe, «Nye rammebetingelser for bruk av innskudd og finansielle instrumenter som sikringsobjekt i den nye loven om finansiell sikkerhetsstillelse», *Tidsskrift for Forretningsjus* 2004 s. 148–159 og Jesper Lau Hansen, Kåre Lilleholt, Göran Millqvist, «Collateraldirektivet og

¹ Artikkelen byggjer på ei førelesing for Juristenes Utdanningssenter i mai 2006.

² Direktiv 2002/47 om avtalar om finansiell sikkerhetsstillelse. Sjå nærare mellom anna på denne sida: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/collateral/index_en.htm

dets implementering i nordisk ret», i Kai Krüger, Rune Sæbø (red.), *Kreditretten i en EU/EØS-dimensjon 2004*, Bergen 2004. Eit par danske framstillingar er konsentrerte om sluttavrekning, Lasse Højlund Christensen, «Slutafregning», *Juristen*, 2005 s. 61–72 og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, *Slutafregning*, København 2005.

2 «Finansiell forpliktelse» (pantekravet)

Avtalar om finansiell trygdgjeving er avtalar som har til føremål å sikre oppfyllinga av «finansielle forpliktelser», går det altså fram av § 2 første ledd bokstav a. Det første spørsmålet blir om eit vanleg banklån er ein slik finansiell skyldnad. Svaret går fram av neste bokstav i paragrafen, der «finansiell forpliktelse» er definert som: «forpliktelse som omfattes av avtalen om finansiell sikkerhetsstillelse, og som gir rett til kontant avregning eller levering av finansielle instrumenter».

Avtalar om å levere finansielle instrument skal vi her sjå bort frå. Spørsmålet er da om eit vanleg lån er ein skyldnad som gjev rett til kontant avrekning. I dei norske førearbeida er det enkelt og greitt lagt til grunn at skyldnad som gjev rett til kontant avrekning, er det same som ein skyldnad til å betale pengar.³ Ein kan alltid lure på om det er kreditor som kan krevje pengar, eller om det er debitor som har rett til oppgjer i pengar, slik lova er formulert, men for våre føremål er ikkje dette viktig: Ein vanleg låneavtale gjev kreditor rett til å krevje pengar og debitor rett til å gjera opp med pengar. Låntakaren har med andre ord ein «finansiell forpliktelse».

3 «Finansiell sikkerhet» (pantet)

Lova gjeld berre der kravet skal sikrast med «finansiell sikkerhet». Kva dette er, går fram av § 2 andre ledd bokstavane c og d: Det er finansielle instrument eller kontante innskot.

Uttrykket «finansielle instrumenter» er ikkje definert i lova, men etter førearbeida skal uttrykket oppfattast på same måte som i verdipapirhandelova § 1-2 andre ledd.⁴ I den føresegna er det ei opprekning som mellom anna omfattar aksjar, verdipapirfondsavtalar og såkalla pengemarknadsinstrument. Det som interesserer mest som trygd for vanlege lån, er aksjar. I verdipapirhandelova går aksjar inn under samlekategorien «omsettelige verdipapirer», men det er ikkje noko vilkår at aksjane er børsnoterte, eller at det finst ein annan organisert marknad for dei. Vi skal stort sett halde oss til aksjepostar som døme i det følgjande.

Kontante innskot er i første rekkje innskot i kredittinstitusjonar, typisk inneståande på ein bankkonto. Det er tale om krav på grunnlag av pengar som er skotne inn i institusjonen, rentekrav medrekna, ikkje krav som måtte oppstå mot institusjonen på anna grunnlag.

4 Partane

Lova om finansiell trygdgjeving gjeld berre der minst ein av partane høyrer til ei av dei gruppene av profesjonelle aktørar som er opprekna i § 1 tredje ledd; opprekninga femner mellom anna om sentralbankar, finansinstitusjonar, pensjonskasser og verdipapirføretak. Den andre parten kan, som nemnt, vera kva som helst juridisk person, som aksjeselskap,

³ Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 16.

⁴ Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 66.

ansvarlege selskap, foreiningar, burettslag og stiftingar (sjå § 1 fjerde ledd). Begge partar kan vera norske; det er ikkje krav om internasjonal tilknytning.

Utanom verkeområdet fell alle avtalar der ein fysisk person er part, anten personen er næringsdrivande eller ikkje. Vidare omfattar ikkje lova avtalar der *begge* partar er «vanlege» juridiske personar, altså ikkje profesjonelle aktørar på kapitalmarknaden.

Avgrensinga etter partsforhold er den same i direktivet, men statane kan avgrense verkeområdet til å gjelde avtalar berre mellom profesjonelle partar. I så fall skal Kommisjonen ha melding om det (art. 1 nr. 3). Det er ikkje sagt at slik melding berre kan gjevast ved gjennomføringa. Med andre ord skulle det ikkje vera for seint å endre lova, om ein vil det, slik at ho berre gjeld mellom profesjonelle.

Departementet var redd Noreg i tilfelle kunne bli det einaste landet som ville avgrense verkeområdet til avtalar mellom profesjonelle, og at dette kunne ha uheldige verknader for konkurransevna.⁵ Eg har ikkje undersøkt gjennomføringa i alle land, men iallfall i Tyskland synest ein å ha valt eit noko snevrare verkeområde.⁶ Seinast til jul 2006 kjem det ein rapport frå Kommisjonen om gjennomføringa (direktivet art. 10), og der vil det gå fram kor mange land som har gjort unntak for vanlege juridiske personar.

Det kan nemnast at dei danske reglane gjeld også for avtalar mellom to vanlege juridiske personar, her medrekna einskildpersonføretak, men da berre når det sikra kravet er oppstått som følge av handel med valuta og verdipapir, handel på råvarebørsar og innlån og utlån (den siste kategorien gjer at verkeområdet blir omfattande), sjå Bang-Pedersen s. 28–32.

5 Pantsetjing

Avtalar om finansiell trygdgjeving er altså definerte som avtalar som har til føremål å sikre oppfyllinga av finansielle skyldnader, dvs. pengekrav i vår samanheng. Sikringa kan skje gjennom pantsetjing eller overdraging av eigedomsrett. Vi skal først sjå på alternativet pantsetjing.

Etter pantelova § 1-2 andre ledd er det som kjent slik at pantsetjing berre kan skje med heimel i pantelova eller anna lov. Nokon heimel til å pantsetje finn vi ikkje i lova om finansiell trygdgjeving. Heimelen må finnast i pantelova eller andre lover. Heller ikkje direktivet synest innehalde noko påbod om å sikre retten til å pantsetje finansiell trygd, enda kor overraskande dette kan verke ut frå føremålet med direktivet.

Pantelova, og for den del aksjelova, gjev heimel for å pantsetje aksjar (pantelova § 4-1 tredje ledd og § 4-2 a, allmennaksjelova § 4-15 a og aksjelova § 4-2). Unntak kan finnast i vedtektene for selskapet, og slike unntak slår gjennom også i høve til lova om finansiell trygdgjeving.

Bankinnskot kan pantsetjast etter reglane for pengekrav. Dette byr ikkje på vanskar der det er tale om å pantsetje kravet til andre enn innskotsbanken (banken som er debitor for innskotet). Meir omdiskutert er det om ein skal sjå det som ein panterett der innskotet skal sikre eit krav

⁵ Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 30.

⁶ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekenbankgesetzes und anderer Gesetze. Vom 5. April 2004 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2004 Teil I Nr. 15 s. 502f). Sjå særleg endringa av Kreditwesengesetz § 1 avsnitt 17.

som innskotsbanken sjølv er kreditor for. I dei fleste samanhengar kjem ein langt med å sjå dette som ein avtale om motrekningsrett, ein motrekningsrett som gjerne er kombinert med ein avtale om sperring av kontoen.⁷ Vi treng ikkje gå inn på spørsmålet her; lova om finansiell trygdgjeving har ikkje endra situasjonen.

Ikkje alle dei formuesgoda som er omfatta av definisjonen av finansiell trygd, kan pantsetjast. Fleire av dei formuesgoda som er nemnde i verdipapirhandellova § 1-2, kan berre pantsetjast dersom dei er registrerte finansielle instrument eller knytte til verdipapir eller innløysingspapir. Varederivat kan vera eit døme. I alle tilfelle er det eit vilkår at formuesgodet kan avhendast, og det vilkåret er visst normalt ikkje oppfylt for til dømes andelar i verdipapirfond.⁸

6 Sikringsoverføring

Finansiell trygdgjeving kan skje ved overdraging av eigedomsrett til eit formuesgode «med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser», jf. § 3, jf. § 2 første ledd bokstav a. Definisjonen må innebera at det gjeld overføringar der det skal skje eit *etteroppgjjer* når det sikra kravet er dekt; i motsett fall er det ei overføring til innfriing. Avtalen om etteroppgjjer kan gå ut på at debitor etter det sikra kravet kan krevje utbetalt overskytande verdi av det overførte formuesgodet etter at det sikra kravet er dekt. Avtalen kan også gje debitor krav på å få tilbakeført formuesgodet mot å innfri det sikra kravet.

Slike avtalar om overføring av eigedomsrett har gjerne vore kalla sikringsoverføring eller avhending med sikringsføremål. Eit lovregulert tilfelle er sikringsoverføring av enkle pengekrav (pantelova § 4-9).

Poenget med § 3 er å hindre at sikringsoverføringa skal bli råka av heimelskravet for pant. Skilnader i rettsvernreglane for overføring til eige og pantsetjing kan vera viktig i andre land, men er ikkje det hos oss.

Lova gjev ikkje heimel for å avhende formuesgode som elles ikkje kan avhendast, noko som altså kan vera tilfellet for andelar i verdipapirfond, men også for aksjar.

I det følgjande skal kreditor etter det sikra kravet kallast «panthavar», anten det gjeld pantsetjing eller sikringsoverføring.

7 Rettsvern mot pantsetjars kreditorar

Lova om finansiell trygdgjeving regulerer ikkje rettsvernspørsmål, heller ikkje i form av unntak frå vanlege rettsvernreglar, og førearbeida byggjer på at vanlege rettsvernreglar skal gjelde.⁹ For pantsetjing eller avhending av aksjar er det tale om registrering i verdipapirregister eller melding til aksjeselskapet (pantelova § 4-1 tredje ledd og § 4-2 a). For bankinnskot er det tale om melding til banken (pantelova § 4-4); overlevering av bankbøker e.l. er neppe aktuelt lenger.

⁷ Sjå særleg Rune Sæbø, *Motregning*, Bergen 2003 s. 226–251.

⁸ Men det er teke til orde for å sjå verdipapirfondsandelar som det ikkje er utferda andelsbrev for, som enkle pengekrav, sjå Jens Edvin A. *Skoghøy*, *Panteloven*, 2. ugave, Oslo 2003 s. 397.

⁹ Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 39.

8 «Bruksrett» og dekningsavtalar – innleiing

Etter § 4 første ledd kan det avtalast at kreditor kan ha såkalla bruksrett til den stilte trygda, eller *råderett* som er eit uttrykk som bryt mindre med vanleg juridisk ordbruk. Det er tale om ein rett til «utlån, pantsettelse, salg eller annen gjenbruk av sikkerhet».

Avtalen kan etter § 4 andre ledd gå ut på at oppgjeret skjer med avrekning i pengar når det sikra kravet skal gjerast opp, med andre ord slik at pantsetjaren ikkje får tilbakeført anna enn eventuelt overskytande verdi. Nokre detaljar skal vi koma tilbake til, men for å illustrere regelen kan vi seie at banken har fått Hydro-aksjar i pant for eit lån. Desse aksjane kan banken selje, når som helst og utan at det er nokon mishaldssituasjon. Når pantekravet skal gjerast opp, kan banken finne ut kva ein tilsvarende post med Hydro-aksjar er verke no, og avrekne lånet på det grunnlaget.

Avtalar om å skaffe «tilsvarende sikkerhet», som er omtala i § 4 andre og tredje ledd, treng vi ikkje gå nærare inn på, i og med at avtalefridommen er så vid. Men skulle det vera avtala «bruksrett» utan at det samtidig er avtala at oppgjeret kan skje som kontant avrekning, kjem desse reglane inn til utfylling av avtalen.

Partane står fritt til å *førehandsavtala dekningsmåte*, jf. § 7 første ledd. Slik avtale er i og for seg uinteressant i tillegg til ein avtale om full bruksrett, men ein *førehandsavtala* om underhandsrealisasjon kan også stå åleine, og er kanskje den mest aktuelle varianten i vanlege låneforhold.

9 «Bruksrett» og dekningsavtalar – tilhøvet til tidlegare reglar (og reglar for tilfelle utanom området for lova)

Det var lenge omstridt kor langt ein kunne godta underhandsavtalar om pantrealisasjon utanom namsapparatet. Avklåringa kom med tvangslova frå 1992: Før mishald kan partane som hovudregel ikkje avtala realisasjonsmåte (tvangsfullføringslova § 1-3 andre ledd). For børsnoterte verdipapir kan det avtalast underhandssal gjennom uavhengig meklar. For pantsette pengekrav kan panthavaren som regel råde som kreditor (pantelova § 4-6), så spørsmålet kjem ikkje opp. Elles er det eit nokså uviktig unntak for pantelånarverksemd (tvangsfullføringslova § 1-3 tredje ledd). Med lova om finansiell trygdgjeving kom altså eit langt meir omfattande unntak som omfattar mellom anna alle pantsette aksjar, utan omsyn til børsnotering og utan krav til kven som skal stå for salet. På bakgrunn av direktivet (art. 4 nr. 2) bør lova også lesast slik at panthavaren kan realisere ved å *tileigne* seg aksjane.

Ved sikringsoverføring må utgangspunktet vera at «panthavar» har råderett over formuesgodet som eigar. Der ikkje anna er avtala, bør ein nok oppfatte ein avtale om sikringsoverføring slik at «panthavaren», i høve til «pantsetjaren», berre har rett til å råde over formuesgodet så langt det trengst for å sikre oppfyljing av kravet. Særleg må det gjelde der meininga er at panthavaren kan krevje formuesgodet tilbakeført mot å innfri kravet. Men ein rett til å avhende formuesgodet under hand som ledd i ein dekningsaksjon må liggje innafor føremålet. Dersom ein ser det slik at sikringsoverføringa i realiteten er ei pantsetjing, må forbodet i tvangsfullføringslova § 1-3 andre ledd om *førehandsavtalar* koma inn. Det er ikkje heilt klårt kor fritt ein står til å velje forma sikringsoverføring utanom området for lova om finansiell trygdgjeving, men vi treng ikkje gå inn på spørsmålet her.¹⁰

¹⁰ Sjå om diskusjonen, Brækhus og Berg, *op.cit.* s. 161–162.

Ei ordning med råderett for ein panthavar kjenner vi for den lovregulerte brukspanteretten til fast eigedom (pantelova § 2-6), i tillegg til den råderetten panthavaren har over pantsette enkle pengekrav (pantelova § 4-6). Men utgangspunktet må helst vera at partane kan gjera avtale om råderett for panthavaren elles òg. For handpant er det sagt direkte i pantelova § 1-7 tredje ledd. Kor langt ein kan gå i å gje panthavaren råderett utan å sprengje ramma for det som kan reknast som ein panterett, er det vanskeleg å seie noko sikkert om.

Vi ser at mangt kunne avtalast også før vi fekk lova om finansiell trygdgjeving. Vi må likevel seie at lova har innført noko nytt med reguleringa av panthavarens råderett, for slike avtalar har ikkje vore vanlege, iallfall ikkje i ordinære låneforhold.

10 «Bruksrett» og børsnoterte finansielle instrument m.m.

Denne sterkt utvida råderetten for panthavaren må vi sjå i samanheng med at nokre av dei formuesgoda det her gjeld, i høg grad er fungible. Den eine Hydro-aksjen er like bra som den andre. Og formuesgoda er ikkje berre fungible; dei kan også vera lett tilgjengelege til ein notorisk pris. Panthavaren kan godt få att pengar i staden for Hydro-aksjar, for med pengar kan han kjøpe nye Hydro-aksjar til dagens kurs. Børsnoterte aksjar med god spreiring kan i praksis reknast som ei form for verdimålar, på line med pengar.

For børsnoterte aksjar og liknande formuesgode er det med andre ord ikkje så mykje å innvende mot råderetten isolert sett. Eit heilt anna spørsmål er om det er *behov* for ein slik råderett utanom dei tilfella som direktivet og lova først og fremst tek sikte på, nemleg transaksjonane mellom profesjonelle aktørar på finansmarknaden. Skil pantsetjaren ha noka interesse av at panthavaren handlar med den pantsette aksjeposten, må vel føresetnaden i det minste vera at lånevilkåra blir betre, eller at pantsetjaren får del i den vinsten som måtte bli oppnådd ved handelen.

Førehandsavtalar om underhandsdekning i slike børsnoterte instrument kan vera praktiske, og den ordninga er som nemnt velkjend.

11 «Bruksrett» og ikkje-noterte aksjar

For andre aksjepostar kan situasjonen vera ein heilt annan. Har eit føretak til dømes organisert verksemda som eit lite konsern, med eit holdingselskap, eit driftsselskap og eit eigedomsselskap, og aksjane i driftsselskapet eller eigedomsselskapet, eventuelt i begge, er pantsette for lån til drifta, kan det vera til nokså stor ulempe for føretaket om det eine eller begge av desse selskapa blir selde. Også i andre situasjonar kan aksjepostar av noko omfang vera viktige for strategiske eller taktiske føremål. Da er det ikkje lenger det same for pantsetjaren om han sit att med ein aksjepost eller med eit pengekrav mot banken.

Det kan nemnast at direktivet opnar for å halde utanom reglane om finansiell trygdgjeving mellom anna aksjar i dotterselskap og eigedomsselskap (art. 1 nr. 4 bokstav b), vel ut frå den tanken at dei særlege reglane om såkalla bruksrett og underhandsrealisasjon kan ha ekstra alvorlege verknader i slike tilfelle. Men Finansdepartementet fann ikkje grunn til å gjera unntak i det norske lova. Pantsetjaren fekk tenkje seg om før han pantsette slike aksjepostar, meinte departementet.¹¹ Arbeidsgruppa som førebudde lova, peikte på at «separate selskaper bør drives på armlengdes avstand, og det må derfor antas at eventuelle leieretter mv. er basert

¹¹ Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 23.

på inngåtte avtaler med en viss ramme eller en viss oppsigelsestid.»¹² Det kan spørjast kor treffande dette er. Armlengds avstand og kontroll er to nokså ulike spørsmål.

Det er ikkje vanskeleg å tenkje seg situasjonar der det kan verke sterkt urimeleg for pantsetjaren dersom banken gjev seg til å disponere over aksjane i selskap av det slaget som no er nemnt. Særleg er det tilfellet dersom disponeringa ikkje skjer for å berge pantet, eller det ligg føre ein mishaldssituasjon. Her må det etter mitt syn vera rom for å vurdere om avtalelova § 36 hindrar at banken kan gjera avtalen om råderett gjeldande. Sjølv om lova opnar generelt for avtalar om råderett, tyder ikkje det at alle slags avtalar og all slags bruk av råderetten er vaksinert mot avtalesensur.

Vidare kan det bli tale om skadebotansvar for banken dersom disposisjonane over pantet på uforsvarleg måte påfører pantsetjaren eit tap.

Førehandsavtalar om underhandsdekning kjem vi nok til å sjå ein del av også for andre aksjar enn dei børsnoterte. I tider som dei vi har no, blir det ikkje så ofte spørsmål om slike avtalar. Men når det ikkje lenger er hus under kvar busk, veit vi frå tidlegare røynsle at presset på låntakarane kan bli nokså sterkt, og da blir underhandsavtalen eit ekstra kort på handa for panthavaren. Eineaksjonæren i det vesle konsernet vi brukte som døme, kan bli spurt om å stille personlege garantiar eller å pantsetje hus og hytte når lånet er mishalde, og det er verre å seie nei når ein veit at dei pantsette aksjane kan vera på andre hender berre etter få timar eller dagar. Også i slike tilfelle må panthavaren fara fram med forstand for ikkje å kollidere med avtalelova § 36 og skadebotreglane, men rammene er vide og vage.

12 «Bruksrett» og separatistrett i panthavarens konkurs

Pant som panthavaren har full råderett over, reiser også spørsmål om pantsetjarens rettsvern dersom panthavaren går konkurs eller kjem under administrasjon. Har pantsetjaren rett til å få utlevert det pantsette formuesgodet mot å innfri pantekravet, eventuelt krav på å få utbetalt overskytande verdi etter at kravet er dekt, eller må pantsetjaren nøye seg med eit dividendekrav?¹³

Reglane om separatistrett er stort sett ikkje lovfesta, og svaret må finnast ut frå meir allmenne prinsipp, slik vi finn dei utvikla i rettspraksis, vanleg rettsoppfatning og teori.

Utgangspunktet er at separatistrett må gjelde bestemte formuesgode. Krav på generisk yting, medrekna eit pengekrav, blir normalt dekt som dividendekrav. Har panthavaren selt den pantsette aksjeposten, må hovudregelen vera at pantsetjaren sit att med eit dividendekrav.

Det kan vera at reglane om tiltrudde midlar kjem pantsetjaren til hjelp. Ein har gjerne lagt til grunn at rette eigar har separatistrett dersom konkursdebitor hadde plikt til ikkje å blande dei tiltrudde midlane med eigne midlar, og denne plikta faktisk også er etterlevd.¹⁴ I slike tilfelle går ein ofte langt i å godta ombyting av dei konkrete formuesgoda som i si tid vart tiltrudde den seinare konkursdebitor. For tiltrudde pengar er dette velkjent; det er nok at dei blir haldne på ein separat bankkonto. Det synest ikkje vera grunn til å sjå annleis på registrerte finansielle instrument dersom panthavaren handlar med inneståande på ein investorkonto. Kanskje kan

¹² Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 21.

¹³ Sjå til dette nokre merknader i Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 36–37 og Rosén, *op.cit.* s. 172.

¹⁴ Sjå til dømes Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, [andre utgåve], Oslo 1999 s. 121–130.

ein godta ombyting også av vanlege aksjepostar dersom panthavaren er påpasseleg med å setje vederlaget direkte inn på ein særskild konto, men da er vi inne i eit ulendt juridisk terreng der svara er usikre.

Kravet må nok i alle tilfelle vera at panthavaren har *plikt* til særskild forvaltning, og ei slik plikt må i tilfelle kvile på avtalen.

For sikringsoverføring er utgangspunktet at «pantsetjaren» sit att med eit krav på etteroppgjær, det vil seie eit verdikrav som i ein konkurs berre gjev dividende. Det er ikkje lenger tale om at nokon skal krevje separatistrett som rette eigar av formuesgodet. For sikringsoverførte pengekrav er det ein særregel i pantelova § 4-9, som gjennom tilvisinga til § 4-6 andre ledd gjev «pantsetjaren» krav på å få utbetalt det overskytande krone for krone frå «panthavarens» konkursbu.

Der «pantsetjaren» har krav på å få tilbakeført ein aksjepost mot å innfri det sikra kravet, kan vi kanskje sjå dette som ein løysingsrett. Skal løysingsretten ha vern, må det helst vera eit vilkår at aksjeselskapet har fått notifikasjon om retten, gjerne i samband med notifikasjonen om sikringsoverføringa.¹⁵

13 «Bruksrett» og forvaltningsrettar i aksjeselskap

Spørsmålet om kven som kan utøve forvaltningsrettar for dei pantsette aksjane, typisk ved å røyste på generalforsamling, er ikkje regulert i lova om finansiell trygdgjeving, og løysinga må finnast i aksjeselskapsretten.

Ein panthavar har som utgangspunkt ikkje røysterett. Skal panthavaren røyste på generalforsamlinga, blir det i tilfelle som fullmektig. I høve til selskapet kan ei fullmakt kallast tilbake når som helst. Det følgjer av § 5-2 i begge aksjelovene og gjeld utan omsyn til om tilbakekallinga skulle vera brot på avtalen mellom pantsetjar og panthavar.

Hovudregelen er at partane ikkje kan avtala med verknad for aksjeselskapet kven som skal utøve rettane som aksjeeigar. Etter eit lovframlegg som ligg i Stortinget i skrivande stund,¹⁶ skal allmennaksjelova endrast slik at partane kan avtala at avhendaren også i eit allmennaksjeselskap skal ha råderett til rettane er gått over på ervervaren, men altså ikkje for eit tidsrom etter det. Har partane avtala ein vid råderett for panthavaren, kan ein spørje om ikkje avtalen endrar karakter og må reknast som ei avhending til eige, også i høve til aksjelova.

Ved sikringsoverføring er «panthavar» i alle fall legitimert som eigar og tek over forvaltningsrettane. Ein kan spørje om sikringsoverføring skal sidestillast med pantsetjing, slik at selskapet skal nekte «panthavaren» å utøve rettar som aksjeeigar der det reelle forholdet er kjent. Helst må ein godta at sikringsoverføringa blir likestilt med ei vanleg overføring til eige, men her kan nok meiningane vera delte.

¹⁵ Nokre merknader om rettsvern for avtala omsetningsrestriksjonar på aksjar finst i Kåre Lilleholt, «Aksjeeigaravtale, vedtekt og kreditorbeslag», i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, København 2003 s. 921–934, særleg s. 926–930.

¹⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005–2006), Innst. O. nr. 12 (2006–2007), i Odelstinget 23. november 2006.

Er det avtala at panthavaren, anten det gjeld pantsetjing eller sikringsoverføring, skal ha rett også til å tileigne seg aksjane, kan panthavaren i alle tilfelle sikre seg forvaltningsrettar gjennom tileigninga.

14 Skjeringspunktet ved opninga av insolvensføreaving

I § 5 er det ein regel som skal sikre at pantsetjing eller sikringsoverføring skal kunne skje fram til opning av gjeldsforhandling eller konkurs. Er panthavaren i god tru, skal også ein disposisjon etter opninga men før midnatt same dagen, stå seg – vel å merke dersom disposisjonen har fått rettsvern også før midnatt og medan panthavaren framleis er i god tru.

Førearbeida byggjer på ei oppfatning av direktivet som går ut på at den rettslege avgjerda om opning av gjeldsforhandling eller konkurs ikkje skal kunne ha tilbakeverknad.¹⁷ Tanken med § 5 første ledd har nok dermed vore at pantsetjing i tidsrommet mellom innlevering av kravsmål om gjeldsforhandling og rettens avgjerd om opning skal stå seg utan omsyn til panthavarens gode tru. Men skal ein tolke føresegna slik, krev det at uttrykket «åpning av felles gjeldsforfølging» i § 5 skal ha eit anna innhald enn «åpning av bobehandling» i dekningslova § 1-4. Etter den sistnemnde føresegna er gjeldsforhandling opna den dagen kravsmålet kjem inn til retten. Det bør nemnast at direktivet langt frå er klårt på dette punktet, men det spørsmålet må få liggje.

15 Omstøyting av pant for eldre gjeld

Etter § 5 andre ledd kan trygdgjevinga ikkje «omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt». Tolkinga av denne føresegna er ikkje enkel.

I førearbeida blir det lagt til grunn at denne føresegna berre inneheld eit unntak frå bokstav b i dekningslova § 5-7 første ledd. I dekningslova § 5-7 første ledd er det som kjent to reglar om omstøyting av pant for eldre gjeld. Bokstav a gjeld pant som er avtala etter at gjelda er pådregen, og bokstav b gjeld tilfelle med pant som er avtala seinast samtidig med at gjelda er pådregen, men som får rettsvern først ei tid seinare.

Resonnementet i førearbeida er slik: Uttrykket «stilt» i lova om finansiell trygdgjeving tyder etablering av rettsvern. Dersom pant er *avtala* etter at gjelda er pådregen, er dette eit sjølvstendig grunnlag for omstøyting (etter bokstav a). Da er det ikkje lenger tale om omstøyting «alene på det grunnlag at den er *stilt* for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt» (§ 5 andre ledd, mi kursivering). Pantsetjing som er *avtala* etter at gjelda er pådregen, kan framleis omstøytast.¹⁸

Men her skal ein merke seg at førearbeida byggjer på ei oppfatning om at ein avtale om å stille pant *seinare*, etter at gjelda er pådregen, også er tilstrekkeleg til å berge pantet i høve til dekningslova § 5-7 første ledd bokstav a. Den tolkinga av dekningslova er det vanskeleg å slutte seg til. I høve til dekningslova § 5-7 første ledd bokstav a bør ikkje pantet reknast som avtala før det er gjort bindande avtale om pantsetjing av eit bestemt formuesgode. Det går mellom anna fram av at orda «stilt» og «avtala» synest brukte i same tyding i bokstav a.

¹⁷ Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 55.

¹⁸ Sjå til dette Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 57–58.

Det har, så vidt eg kjenner til, ikkje tidlegare vore hevda at ein slags rammeavtale som gjev kreditor rett til seinare å krevje pant, skal passere i høve til omstøytingsregelen.

Direktivet krev at det blir opna for avtalar om at pantsetjaren skal *supplere* pantet dersom verdien på det stilte pantet fell (art. 8 nr. 3). Og i førearbeida er oppfatninga at formuleringa i § 5 opnar for slike avtalar om seinare supplerings. Skal lova tolkast i samsvar med dette, og det blir det vel vanskeleg å koma utanom, er det tale om eit omfattande unntak frå reglane om omstøyting av pant for eldre gjeld.

For panthavarsida er det ein fordel å kunne krevje supplerande pant dersom ein pantsett aksjepost fell i verdi, men det er ei tilsvarande ulempe for personalkreditorane.

Det er neppe treffande å sjå ein rammeavtale om supplerings av pant under same synsvinkel som pant i framtidige formuesgode (eit spørsmål som i seg sjølv er omstridt, sjå om diskusjonen Andenæs, *op.cit.* s. 270). – Det kan godt hende at reglane om pant for eldre gjeld burde ha vore mjuka opp, til dømes med ein ordinær-reservasjon som i dekningslova § 5-5, men det er noko anna enn det som no synest gjelde for finansiell trygdgjeving.

16 Realisasjon og verdsetjing på kommersielt rimelege vilkår

Etter § 8 skal realisasjon, verdsetjing av trygd og fastsetjing av det sikra kravet skje på kommersielt rimelege vilkår. Føresegna er til dømes aktuell dersom panthavaren som ledd i underhandsdekning eller bruk av råderetten før det har selt ein aksjepost til ein openberr underpris. Med den vide råderetten som panthavar kan sikre seg, blir det i hovudsak berre tale om ei prøving i ettertid. Men heilt kan ein vel ikkje sjå bort frå at pantsetjaren kan oppnå ei mellombels åtgjerd etter tvangsfullføringslova kapittel 15 og på den måten stanse ein varsla transaksjon.

Regelen inneber neppe særleg meir enn ein kunne byggje på vanlege skadebotreglar og avtalelova § 36.

Exit agentrettsleg integrasjonskriterium?

Av postdoktor, dr. juris Tore Lunde

1 Introduksjon og problemstilling

Agentavtaler vil kunne falle innanfor eller utanfor området for forbodet i konkurranselova mot konkurransebegrensande avtaler, alt etter om avtalen vert klassifisert som ei såkalla «ekte» eller «uekte» agentavtale, eller «egentlig» eller «uegentlig» agentavtale som også har vore nytta. Etter vanleg lære er vurderinga av dette såkalla handelsagentprivilegiet basert på to kriterier; dels eit *risikokriterium*, og dels eit *integrasjonskriterium*.¹ Etter etablert rettspraksis skal begge kriteria vere oppfylte for at agentavtalen kan klassifiserast som ei egentlig agentavtale.² Nyare utvikling i EF-retten, særleg dommen i *DaimlerChrysler*,³ gir likevel grunn til å stille spørsmål om kva status integrasjonskriteriet i dag har.

Sondringa mellom «ekte» og «uekte» agentavtaler har nær samanheng med både avtaleomgrepet og foretakskriteriet i konkurranseretten.⁴ Berre avtaler eller samordna praksis mellom to eller fleire foretak eller samanslutningar av foretak vil kunne vere i strid med forbodet mot konkurransebegrensande avtaler, i motsetnad til *einsidige* handlingar frå eitt foretak.⁵ Avtaler mellom fleire – i prinsippet sjølvstendige – rettssubjekt, vil likevel kunne falle utanfor området for forbodet mot konkurransebegrensande avtaler, fordi det er tale om avtaler innanfor ei såkalla økonomisk eining, til dømes avtaler mellom morselskap og dotterselskap. Tilsvarande har vore tilfelle der hovedmannen og agenten har vore så tett integrert at det har vore naturleg å behandle begge som ei eining i forhold til forbodet mot konkurransebegrensande samarbeid.

¹ Jf. *Hjelmborg*, i EU-konkurrenseretten, 2. utg., (København 2005) s. 316.

² EF-domstolens dom 1. oktober 1987 i sak 311/85, *Vlaamse Reisbureaus*, Saml. 1987 s. 3801, avsnitta 19–21. EF-domstolens dom 16. desember 1975, sameinte saker 40/73 mfl., *Suiker Unie*, Saml. 1975 s. 1663, EF-domstolens dom 24. oktober 1995, sak C-266/93, *VAG Leasing*, Saml. 1995 I-3477 avsnitta 18–20.

³ Dom frå Retten i første instans, sak T-325/01, *DaimlerChrysler AG mod Kommissionen*, (enno ikkje i Saml.).

⁴ Sjå nærare om desse omgrepa bl.a. *Kolstad*, i *Sejersted mfl.*, EØS-rett, 2. utg., (Oslo 2004) s. 473 flg., *Whish*, *Competition Law*, 5. utg. s. 80 flg.

⁵ Jf. EF-domstolens dom 6. januar 2004, sameinte saker C-2/01 P og 3/01 P, *Bayer AG*.

Praksisen innanfor EU-retten på dette området er ei relevant og tungtvegande rettskjelde også om problemstillinga kjem opp innanfor ein konkurranserettsleg tvist utan samhandelsdimensjon.⁶

Risikokriteriet krev ei nærare analyse av risikoen som er pålagt agenten etter avtalen. Grovt og upresist går risikokriteriet ut på at dess større omfanget av agentens kommersielle eksponering er, dess større grunn vil det vere til å konkludere med at agenten i realiteten er ein *sjølvstendig distributør*, og ikkje ein avhengig mellommann som som berre står for *formidling* av varer eller tenester for agenturgivaren.

Etter vanleg lære gjeld integrasjonskriteriet spørsmålet om i kva grad agenten fungerer som eit hjelpeorgan som er *integrert* i verksemda til agenturgivaren. Dess større grad av sjølvstendig aktivitet agenten driv i tillegg til det som følgjer av sjølve agenturavtalen, dess meir talar slik sjølvstendig aktivitet for at agenten i realiteten er ein sjølvstendig og ikkje integrert distributør. Avtalen vil i så tilfelle vere mellom to uavhengige foretak, og vil såleis i prinsippet kunne vere omfatta av hovedregelen om konkurransebegrensande avtaler.

Spørsmålet er altså om det framleis gjeld eit slikt *sjølvstendig* integrasjonskriterium ved grensedraginga mellom «ekte» og «uekte» agentavtaler. I tilfelle det må svarast nei på dette spørsmålet, er det også spørsmål om graden av integrasjon lenger spelar nokon rettsleg rolle. DaimlerChrysler-dommen inneheld også interessante problemstillingar i forhold til avtaler i konsernforhold og agenturgivars outsourcing av tenester, men disse vert ikkje behandla i artikkelen her.

2 Rettsgrunnlaget for risikokriteriet og integrasjonskriteriet

Det har lenge vore ei spenning mellom Kommissjonen og EF-domstolen når det gjeld tolkinga av det såkalla handelsagentprivilegiet, herunder både risikokriteriet og integrasjonskriteriet. Integrasjonskriteriet er etablert og utvikla av EF-domstolen. Eit slikt kriterium var – i motsetnad til risikokriteriet – ikkje å finne i den første agentkunngjeringa frå 1962.⁷ Kommissjonen la her til grunn risikokriteriet som det avgjerande kriterium for skiljet mellom handelsagent og eigenhandlar. Handelsagenten vert i same dokument omtalt som eit organ som på marknaden utelukkande har ein *hjelpefunksjon*, og som hovedmannen utelukkande brukar som *hjelpeorgan*, utan at det er formulert noko kriterium om at agenten

⁶ Jf. Ot. prp. nr. 6 (2003–2004) side 68 andre spalte.

⁷ Kommissionens meddelelse af 24. desember 1962 vedrørende aftaler med handelsrepræsentanter om enerepresentation, EFT L 139 24.12.1962.

også må vere integrert i verksemda til hovedmannen. Også i handelsagentdirektivet artikkel 1 (2) var handelsagenten omtalt som eit *hjelpeorgan* for hovedmannen.⁸

Heller ikkje i dokumentet som avløyser agentkunngjeringa har integrasjonskriteriet kome til uttrykk.⁹ Også her går det fram at «[d]en avgjørende faktor ved vurdering av om artikkel 53 nr. 1 får anvendelse eller ikke, er *den økonomiske eller kommersielle risiko* agenten løper i forbindelse med den virksomheten vedkommende er utpekt som agent for av hovedmannen».¹⁰

Integrasjonskriteriet er som nemnt utvikla gjennom EF-domstolens praksis, rett nok i nært samband med risikokriteriet. Denne praksisen utkrystalliserer seg i to ulike typesituasjonar. For det første har ein tilfella der ein agent representerer fleire, gjerne konkurrerende, agenturgivarar. For det andre er det tilfella der ein agent i tillegg til agenturverksemda driv anna sjølvstendig næring, uavhengig av agenturgivaren.¹¹

Skuleeksempelen på den første typen er dommen *Vlaamse Reisbureaus*.¹² Spørsmålet her var om ei rad reisebyrå (agentar), som hadde inngått avtaler om representasjon for ei rad reisearrangørar, var «ekte» eller «uekte» agentar. EF-domstolen uttalte her at «... en rejseagent af den type, som den nationale ret omtaler, tværtimod må anses som en uafhængig mellemmand, der udøver en selvstændig virksomhed med salg af tjenesteydelser. På sin side selger agenten nemlig rejser arrangeret af et meget stort antal rejsearrangører, mens rejsearrangøren på sin side sælger sine rejser til et stort antal agenter. En sådan rejseagent kan ikke [...] betegnes som et hjælpeorgan, der er integreret i denne eller hin rejsearrangørs virksomhed».¹³

Kommisjonen har som nemnt halde fast på risikokriteriet som det avgjerande kriterium, og har såleis i Retningslinjene gått på tvers av avgjerda i *Vlaamse Reisbureaus*. Etter først å ha slått fast at det er den økonomiske eller kommersielle risiko som er avgjerande for grensa mellom «ekte» og «uekte» agentavtaler, konstaterer Kommisjonen at det «... ikke [er] relevant for vurderingen om agenten opptrer for én eller flere

⁸ Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstendige handelsagenter, EFT L 382 af 31.12.1986 s. 17–21.

⁹ Jf. Kommissionens Meddelelse. Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EUT 2000 C 291/1 avsnitta 12–20, og den tilnærma likelydande Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan – Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EØS-tillegget til Det europeiske fellesskaps tidende 23.5.2002 Nr 26/7, heretter omtalt som «Retningslinjene».

¹⁰ Retningslinjene avsnitt 13, andre setning, her sitert etter den norske EØS-versjonen (mi uth.). At integrasjonskriteriet er utelatt frå retningslinjene framstår isolert sett som problematiske i forhold til prinsippet om einskapleg rettsordning innan EU, jf. *Steffen Nolte, Renaissance des Handelsvertretervertriebs?*, WuW 2006 s. 252–263.

¹¹ Jf. slik *Hjelmborg*, i EU-konkurrenseretten s. 320.

¹² EF-domstolens dom 1. oktober 1987 i sak 311/85, *Vlaamse Reisbureaus*, Saml. 1987 s. 3801.

¹³ *Vlaamse Reisbureaus*, avsnitt 20.

hovedmenn», jf. Retningslinjene avsnitt 13, tredje setning. Rett nok er det i Retningslinjene avsnitt 20 teke atterhald om at avtalen, trass i at hovedmannen har all økonomisk og kommersiell risiko, kan verte omfatta av forbodet mot konkurransebegrensande samarbeid. Som døme vert det her vist til tilfelle der «... et antall hovedmenn benytter samme agenter, mens de i fellesskap hindrer andre i å benytte dem, eller dersom de benytter agentene til å samordne markedsføringsstrategier eller utveksle følsom markedsinformasjon seg imellom». Denne reservasjonen rettar seg i realiteten vel så mykje til horisontal, som vertikal, samordning.

For den andre typesituasjonen har EF-domstolen lagt til grunn eit prinsipp om at agentar som også driv slik sjølvstendig og uavhengig verksemd – som ikkje nødvendigvis konkurrerer med agenturgivers verksemd – i seg sjølv vil kunne medføre at agenten ikkje kan reknast som eit hjelpeorgan som er integrert i verksemda til agenturgivar.¹⁴

Kommisjonen har derimot vore avvisande til å akseptere integrasjonskriteriet som eit sjølvstendig kriterium, noko som kom særdeles klart til uttrykk i *Mercedes-Benz*:¹⁵ «Integrationskriteriet er ved siden af risikofordelingen intet sælvstendigt kriterium til afgrænsning af en handelsagent fra en uafhængig forhandler.» Det er denne avgjerda som låg til prøving for Retten i første instans, som i *DaimlerChrysler* vurderte handelsagentprivilegiet annleis enn Kommisjonen.

3 Nærare om *DaimlerChrysler*

3.1 Kommisjonsavgjerda

Kommisjonen traff i si avgjerd vedtak om at DaimlerChrysler AG og tidlegare innfusjonerte foretak, eller datterselskap i utlandet, hadde handla i strid med forbodet mot konkurransebegrensande avtaler, og utfërda ei bot på knapt 72 millionar euro. Kommisjonen la i denne avgjerda til grunn at Mercedes-agentar i Tyskland ikkje var omfatta av handelsagentprivilegiet; dei var med andre ord «uekte» agentar. Agentane var etter Kommisjonens vurdering pålagt så stor finansiell og kommersiell risiko, at dei måtte reknast som sjølvstendige foretak i forhold til EF-traktaten artikkel 81(1) – som om agentane hadde vore uavhengige forhandlarar.¹⁶ Restriksjonane, pliktene og risikoen som agentane var pålagt av DaimlerChrysler AG, var i hovedsak 1) plikt til så vidt mogeleg å unngå å selje bilar til kundar utanfor det tildelte området, 2) plikt til å krevje inn ein akontosum tilsvarande 15 % av kjøpesummen ved sal av bilar til utanlandske kundar, 3) plikt til å kjøpe demonstrasjonsbilar,

¹⁴ Jf. EF-domstolens dom 16. desember 1975, sameinte saker 40/73 mfl., *Suiker Unie*, Saml. 1975 s. 1663 og EF-domstolens dom 24. oktober 1995, sak C-266/93, *VAG Leasing*, Saml. 1995 I-3477.

¹⁵ Kommisjonsavgjerd 10. oktober 2001 i sak COMP/36.264, EFT 2002 L 257 s. 1, *Mercedes-Benz*, jf. avsnitt 163.

¹⁶ Jf. *Mercedes-Benz* avsnitt 168.

men med rett til å selje desse vidare for eiga rekning og risiko, 4) eigen finansiering av rabattar, ved motrekning av rabattar i agentens kommisjon, 5) transportrisiko og -kostnader, 6) plikt til å utføre garanti- og servicearbeid, som ikkje nødvendigvis fullt ut ville bli kompensert av agenturgivar, 7) plikt til for eiga rekning å etablere verkstad for tilbod om ettersals- og garantiservice, herunder innkjøp av spesialverktøy, samt etter krav frå agenturgivar å tilby vakt- og døgnservice, 8) agenten skulle for eiga rekning halde reservedelslager.¹⁷

Samla sett var risikofaktorane etter Kommissjonens vurdering både kvalitativt og kvantitativt så omfattande at avtalene ikkje kunne klassifiserast som «ekte» agentar. Kommissjonen avviste som nemnt uttrykkeleg tanken om at integrasjonskriteriet er eit sjølvstendig kriterium. Det er også eit interessant poeng at Kommissjonen nokså inngående tilbakeviser DaimlerChrysler AGs argumentasjon som var basert på samanlikningar av pliktene som var lagt på høvesvis agentar og autoriserte forhandlarar. Kommissjonen uttalte her samanfatningsvis at «... en sammenligning mellem de aftalemessige bestemmelser i agenturaftalerne og bestemmelserne i forhandleraftalerne viser, at de forpligtelser, der er pålagt agenterne, er identiske med de forpligtelser, der er pålagt de autoriserede forhandlerne, og at begge distributionsformer er »integrerede« i Mercedes-Benz' salgsorganisation i samme grad. Disse karakteristika er således ikke et egnet kriterium til at afgrænse en handelsagent fra en uafhængig forhandler».¹⁸

3.2 Retten i første instans

Retten konkluderte, i motsetnad til Kommissjonen, med at agentane var å rekne som «ekte» agentar. Dommen slår fast at forbodet mot konkurransebegrensande avtaler ikkje gjeld for restriksjonar i agentavtalen, når prinsipalen (hovedmannen) fastset vilkåra for salsverksemda. Det vil særleg vere fastsetjing av pris, samt at hovedmannen ber *hovedrisikoen*, og ikkje veltar andre vesentlege kostnader over på agenten.

Retten tar utgangspunkt i læra om at to sjølvstendige rettssubjekt kan utgjere ei økonomisk eining, eitt foretak, etter EF-traktaten artikkel 81.¹⁹ Retten viste her til at denne læra også kan gjelde i forhold mellom hovedmann og mellommann, og under tilvising til *Suiker Unie* vart det fastslått at «... hvis en mellehandler udøver en virksomhed til fordel for sin kommittent, kan han principielt betragtes som et hjælpeorgan, integreret i kommittentens virksomhed og forpligtet til at følge kommittentens instrukser, således at han, ligesom handelsmedhjælperen, udgør en økonomisk enhed med den pågældende virksomhed».²⁰ Med tilvising til *VAG*

¹⁷ Jf. *Mercedes-Benz* avsnitt 153 flg.

¹⁸ Jf. *Mercedes-Benz* avsnitt 165, jf. avsnitt 164.

¹⁹ Jf. *DaimlerChrysler* avsnitt 85.

²⁰ Jf. *DaimlerChrysler* avsnitt 86.

Leasing tok retten vidare som utgangspunkt at «... agenter kun mister deres status som selvstændige erhvervsdrivende, såfremt de ikke bærer nogen af de risici, der er forbundet med de kontrakter, de har forhandlet for kommittenten, og fungerer som hjælpeorganer, der er integreret i kommittentens virksomhed».²¹

Retten *formelle* utgangspunkt for drøftinga synes nokså klart å vere at det er tale om to sjølvstendige kriterier – eit risikokriterium og eit integrasjonskriterium.²² Den etterfølgjande drøftinga viser derimot at Retten legg avgjerande vekt på risikoaspektet ved agentposisjonen.²³ Om agenten er integrert i foretaket til agenturgivar synes ikkje å spele noko sjølvstendig rolle i denne avgjerda. Det er derfor ikkje overraskande at Retten heller ikkje uttalar noko om den relative vekt mellom risikokriteriet og integrasjonskriteriet.

I vurderinga av risikospørsmålet la retten for det første vekt på at agentane ikkje hadde rett til å selje bilane i eige namn eller for eiga rekning. For det andre hadde ikkje agentane fullmakt til å slutte endeleg avtale om salsprisen, som skulle godkjennast av hovedmannen. Eventuelle rabattar måtte i tilfelle finansierast av agenten sjølv, gjennom redusert kommisjon. For det tredje; trass i slik eigenfinansiering av rabattar, var ikkje agentane eksponert for prisrisikoen i noko vesentleg grad. Agentane hadde såleis ikkje noko plikt til å kjøpe bilar, eller å halde lager av nye bilar, med unntak for demonstrasjonsbilar, og var ved sal av lagerbilar ikkje tvungne til å gi avkall på provisjon. Den finansielle risikoen var det DaimlerChrysler AG som hadde, både tilfella med uoppfylte bestillingar/ikkje-levering, mangelsansvaret og risikoen for insolvens hos kjøpar. Som samleomgrep for desse tre risikofaktorane samt prisrisikoen nytte Retten termen hovedrisiko. For det fjerde la Retten vekt på at det ikkje var andre risikofaktorar som var pålagt agentane, som skulle tilseie at forbodet mot konkurransebegrensande avtaler likevel måtte gjelde. Kostnader relatert til transport, forskottering av garantiarbeid/-reparasjonar, samt kostnader til å halde verkstad og delelager og ulike kundetenester, hadde etter Rettens vurdering ingen merkbare næringsmessige verknader til følgje. For det femte vart det også lagt til grunn at tilleggsplikter som alminnelege salsfremjande tiltak, vern av varemerket og regulering av etablering av filialar og utstillingslokaler, ikkje spelte nokon vesentleg rolle i forhold til hovedrisikoen.

4 Exit integrasjonskriterium?

Dommen i DaimlerChrysler gir som nemnt innleiingsvis grunn til å spørje om integrasjonskriteriet no er rettshistorie. Avgjerda til Kommissjonen i *Mercedes-Benz* har blitt tolka slik at integrasjonskriteriet vart redusert til eit *sekundært kriterium* i forhold til

²¹ Jf. *DaimlerChrysler* avsnitt 87.

²² Jf. *DaimlerChrysler* avsnitt 89.

²³ Jf. *DaimlerChrysler* avsnitta 89–119.

risikokriteriet.²⁴ Det er imidlertid noko uklart om dette tolkingsalternativet siktar til at integrasjonskriteriet *i visse tilfelle* likevel ville kunne ha sjølvstendig betydning. Det kunne til dømes vere aktuelt dersom agenten ikkje har større kommersiell risiko enn at agentavtalen er å rekne som «ekte»; i så tilfelle skulle manglande oppfyljing av integrasjonskriteriet likevel kunne føre til at avtalen blir klassifisert som «uekte». Ein aktuell typesituasjon kan vere tilfella der agenten opptre på vegne av fleire agenturgivarar, jf. *Vlaamse Reisbureaus*. Utfallet av denne vurderinga vil i det vesentlege stå og falle på om Retningslinjene avsnitt 13 tredje setning vert ståande, eller om det skulle verte sett til side av domstolane.

I lys av Kommisjonens uttrykkelege og svært tydelege vraking av integrasjonskriteriet som eit sjølvstendig vilkår, ville det ha vore nærliggjande for Retten å ta klart stilling til denne problemstillinga dersom Retten var usamd med Kommisjonen på dette punkt. At Retten ikkje har kommentert integrasjonskriteriet meir tydeleg, er ein indikasjon på at Retten ikkje har hatt innvendingar til Kommisjonens rettsoppfatning.

Avgjerda har blitt godt motteken i juridisk teori,²⁵ men har også møtt vesentleg kritikk som held fast på synspunktet om at Mercedes-agentane er «uekte» agentar.²⁶ Merknadane i teorien om at avgjerda til Retten er i strid med praksis frå EF-domstolen er for så vidt plausible nok, men desse er relatert til Rettens tolking av risikokriteriet.²⁷ Systemet i EU-retten utelukkar imidlertid ikkje at det også gjennom praksis frå førsteinstansdomstolen vert gjort kursendringar i høve til tidlegare praksis. Avgjerda må derfor inntil vidare leggjast til grunn. At Kommisjonen ikkje har anka ei så vidt prinsipiell sak vidare til EF-domstolen, kan kanskje takast til inntekt for at Kommisjonen har akseptert både resultatet og premissane når det gjeld Rettens tolking og subsumsjon under risikokriteriet. Det har for øvrig også vore hevda at heller ikkje EF-domstolen har operert med integrasjonskriteriet som eit alternativt eller komplementært (og dermed sjølvstendig) vilkår for sondringa mellom «ekte» og «uekte» agentar.²⁸ Berre framtidig praksis frå EF-domstolen vil kunne gi autoritativ avklaring.

Også Eilmansberger hevdar samanfatningsvis at avgjerda til EF-domstolen i *DaimlerChrysler* «..., does away with the discussion as to whether a second criterion

²⁴ *Hjelmborg*, op. cit. s. 321.

²⁵ Sjå m.a. *Thomas Eilmansberger*, Neues zum Handelsvertreterprivileg: Das DaimlerChrysler-Urteil des EuG, ZWeR 2006 s. 64 flg., *Steffen Nolte*, Renaissance des Handelsvertretervertriebs?, WuW 2006 s. 252–263 og *Georg Weidenbach*, EWIR 2005 s. 861–862. *Nolte* er advokat for DaimlerChrysler AG.

²⁶ Sjå særleg *Jürgen Ensthaler/Dagmar Gesmann-Nuissl*, Die rechtliche Stellung des Handelsvertreters, EuZW 2006 s. 167–172.

²⁷ Jf. *Ensthaler/Gesmann-Nuissl*, l.c.

²⁸ Jf. *Eilmansberger*, op. cit. s. 64 (s. 70).

concerning the integration of the agent into the organization of the principal is also needed».²⁹ Nolte tolkar derimot dommen slik at Retten stilte krav om at også integrasjonskriteriet må vere oppfylt for at det skal kunne vere tale om «ekte» agentar.³⁰ Ein mogeleg synsmåte kunne kanskje vere at integrasjonskriteriet berre er av interesse som eit støtte- eller tolkingsmoment, og berre i den grad dette har nokon slags innverknad på agentens kommersielle risiko.³¹

Elementet av integrasjon framstår etter *DaimlerChrysler* likevel, nærast uansett synsvinkel, som svært marginalisert. Både forhistorien og dommen tilseier etter mitt syn at det er på tide å konstatere at integrasjonskriteriet har lidd ein sakte og smertefull død, og at det sentrale vurderingstemaet ved grensedraginga mellom «ekte» og «uekte» agentar, er spørsmålet om det er hovudmannen eller agenten som har *hovedrisikoen* i avtaleforholdet.

Handelsagentprivilegiet er såleis definert vidare enn tidlegare, og vil kanskje kunne stimulere til auka bruk av agentavtaler som distribusjonsform.³²

²⁹ Jf. *Eilmansberger*, op. cit. s. 76. Jf. også *Ensthaler/Gesmann-Nuissels* kategorisk avvisande haldning til integrasjonskriteriet (op. cit. s. 168): «Diese Rechtsauffassung, welche die Eingliederung zu einem neben der Risikobetrachtung stehenden, selbständigen Abgrenzungsmerkmal, ist falsch.»

³⁰ Jf. *Nolte*, op. cit. s. 253.

³¹ L.c. Sjå også liknande oppfatningar hjå *Ensthaler/Dagmar Gesmann-Nuissel*, op. cit. s. 169–170.

³² Jf. *Nolte*, op. cit. s. 262–263.

Forbehold om rett til omgjøring ved aksjesalg – bordet fanger?

Av universitetslektor Arnt E. Skjefstad

1. Problemstillingen

Emnet for denne artikkelen er hvorvidt et omgjøringsforbehold mellom selger og kjøper i en aksjeoverdragelsesavtale kan stå seg overfor de øvrige aksjonærens lovbestemte forkjøpsrett. Forkjøpsretten følger av lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven) § 4–15 tredje ledd, jf. §§ 4–19 flg. Når den disposisjon som utløser forkjøpsretten faller vekk, dvs. at situasjonen bringes tilbake til slik den var før overdragelsen fant sted, kan det være nærliggende å anføre at grunnlaget for forkjøpsretten ikke lenger er tilstede. Følgen skulle i så fall bli at også forkjøpsretten faller bort. Problemstillingen er verken løst i aksjeloven eller drøftet i forarbeidene, og det foreligger ingen høyesterettsdom som tar stilling til spørsmålet. Utgangspunktet må nok likevel være at et omgjøringsforbehold bare kan tillegges virkning mellom de som er parter i aksjekjøpsavtalen, og ikke i forhold til forkjøpsrettshaveren.¹ Det spørsmål som i første rekke søkes belyst i det følgende, er således om forkjøpsretten gjelder reservasjonsløst, uaktet av uttrykkelig forbehold om omgjøringsrett, eller om det kan oppstilles unntak for helt spesielle situasjoner.

2. Rettspolitiske hensyn

En adgang til å gjøre om overdragelsesavtalen med virkning for forkjøpsretten, må i første rekke støtte seg på prinsippet om at aksjer i utgangspunktet er fritt omsettelige, jf. aksjeloven § 4–15 første ledd.² Ettersom det klart ligger innenfor aksjeeierens disposisjonsfrihet å la være å selge,³ kan det hevdes at han også må kunne gjøre det mindre, nemlig å selge med forbehold om en bestemt kjøper.

Avhenderens frihet til å velge kjøper, må imidlertid avstemmes med den forkjøpsrett selskapets øvrige aksjonærer er tillagt etter loven. Forkjøpsrettens begrunnelse er, foruten å kodifisere vedtektspraksis, først og fremst å gi øvrige aksjonærer vern mot at uønskede aksjonærer kommer inn i selskapet, og å motvirke at et salg forrykker eierandelene og styrkeforholdet mellom aksjonærene.⁴ Avhenderen står derfor ikke fritt til å velge hvem som skal overta aksjene, men må respektere forkjøpsretten om denne skulle bli utøvet.

Hensynet til tidligere eiers interesser i å utpeke sin etterfølger vil normalt ikke være et tungtveiende ankepunkt. Dersom tidligere eier ved salget oppgir sin eierposisjon i selskapet, vil primærinteressen være knyttet til vederlaget. Hvem som til slutt overtar aksjene er normalt underordnet. Eiersammensetningen vil i første rekke være et selskapsanliggende som, i og med salget, raskt blir avhenderen ivedkommende.

Det er imidlertid slik at selger likevel kan ha interesse i å utpeke sin etterfølger. En aksje er bare en av flere eierandeler i selskapet, og til forskjell fra det som normalt vil være tilfellet

¹ Se Torgeir Austenå, *Løsningsrettigheter*, Oslo 1976 s. 363–364.

² Om den nærmere begrunnelse for utgangspunktet om aksjers frie omsettelighet, se Tore Bråten, *Personklausuler i aksjeselskaper*, Oslo 1996 s. 167 flg.

³ Se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006 s. 159.

⁴ Se NOU 1996: 3 s. 71, 72 og 123; Torgeir Austenå, *Løsningsrettigheter*, Oslo 1976 s. 58–59; Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006 s. 213.

ved omsetning av f.eks. fast eiendom, er det derfor verken uvanlig eller noe i veien for at aksjonæren bare gjør et begrenset nedsalg. Aksjeeieren kan følgelig også etter et salg ha interesser i selskapet. Videre er det grunn til å peke på at det til posisjonen som aksjeeier ikke bare er knyttet økonomiske rettigheter, men også forvaltningsmessige rettigheter i selskapet. Helt sentralt står retten til å stemme på generalforsamlingen. Ettersom hver aksje normalt gir en stemme, jf. aksjeloven § 5–3 første ledd, og lovens utgangspunkt er at generalforsamlingsbeslutninger treffes med alminnelig flertall, jf. aksjeloven § 5–17 første ledd, vil en aksjeeier som innehar mer enn 50 % av aksjene ha majoriteten av stemmene, og kan således på egen hånd f.eks. utpeke selskapets styre eller avgjøre utbyttepolitikken. Enkelte beslutninger av helt grunnleggende karakter (så som vedtektsendringer, emisjoner, kapitalnedsettelse og fusjon mv.) krever dessuten tilslutning fra minst to tredjedeler av så vel avgitte stemmer som av den representerte kapital. En enkeltaksjonær er således i posisjon til å hindre slike beslutninger (ha såkalt ”negativt flertall”) dersom hans eierpost utgjør mer enn 33,33 % av aksjene.

Som en ser av stemmerettsreglene, kan mindre forskyvninger i eiersammensetningen få stor betydning for maktforholdet i selskapet. Dersom et aksjesalg kan påvirke disse stemmerettstærsklene, fremstår det neppe som likegyldig hvem aksjonæren gjør et nedsalg til. Dersom salget skulle føre til at en enkeltaksjonær blir mer eller mindre enerådende i selskapet, vil forskyvningen i eiersammensetningen videre kunne gi seg utslag i markedsverdien til den aksjepost som eventuelt beholdes. Dette vil også være situasjonen ved nedsalg fra en dominerende aksjonær. Et morselskap kan på den ene siden f.eks. ha et klart likviditetsbehov, men vil på den annen side nødig gjøre et nedsalg hvis konsekvensen er at direkte konkurrerende interesser overtar styringen med selskapet, eventuelt kommer i posisjon til effektivt å forhindre fusjon- eller fisjonsprosesser, opptak av konvertible lån etc.

Som ovennevnte illustrerer, er det vel neppe særlig dristig å hevde at tidligere eier kan ha gode grunner for å ønske at aksjene skal overtas av en bestemt annen enn forkjøpsrettshaveren. Det kan derfor virke hardt for selger, og direkte i strid med klare forutsetninger for salget, om så ikke skjer. På den annen side vil selger uansett fra starten av – hva enten han har vært med på stiftelsen av selskapet og valgt å ikke gjøre endringer fra lovens normalordning i vedtektene, eller kommet til senere – ha vært klar over de omsetningsbegrensninger som påhviler aksjene. Til dette kommer at forkjøpsrettshaverens interesse i å kunne gjøre retten gjeldende, selvfølgelig også må gis et rimelig vern.⁵

3. Omgjøring på grunnlag av etterfølgende enighet

Før jeg går nærmere inn på hvilken betydning et omgjøringsforbehold eventuelt kan ha, er det naturlig å se på situasjonen hvor omgjøring er basert på etterfølgende enighet mellom avhender og erverver.

Hvorvidt en forkjøpsrett kan bortfalle på dette grunnlag har vært omdiskutert.⁶ Selv om bestemmelsen ikke er direkte anvendelig idet den gjelder løsningsrett til fast eiendom,⁷ har Andenæs tatt til orde for at spørsmålet nå har fått en avklaring gjennom lov om løysingsrettar

⁵ Jf. Torgeir Austenå, *Løsningsrettigheter*, Oslo 1976 s. 364.

⁶ Se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006 s. 231.

⁷ Se Torgeir Austenå, *Ny lov om løsningsrettigheter*, Lov og Rett 1996 s. 275–293 (s. 276–277), som påpeker at løsningsrettsloven i utgangspunktet gjelder løsningsrett til fast eiendom, og at løsningsrett til aksjer dermed som hovedregel vil falle utenfor lovens virkeområde.

av 9. desember 1994 nr. 64 (lønnsingsrettsloven) § 18 første ledd.⁸ Bestemmelsen slår fast at selger har omgjøringsrett i perioden frem til forkjøpsrettshaveren har fått skriftlig melding om salget, eventuelt inntil selger mottar et løsningskrav. Overført på aksjeselskaper vil omgjøringsadgangen antakelig være avskåret fra melding om overdragelse (eventuelt løsningskravet) er kommet til selskapet, jf. aksjeloven § 4–23 første ledd i.f., jf. § 4–20.⁹ Enighet mellom selger og kjøper etter dette tidspunkt vil dermed ikke kunne medføre omgjøring av betydning for forkjøpsretten.

Lønnsingsrettsloven § 18 har hatt sitt forbilde i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1980 s. 769, som gjaldt forkjøpsrett ved salg av sameieandel.¹⁰ Avhenderen (A) hadde fremsatt skriftlig melding om salget overfor de andre sameierne, og sameier B fremmet på denne bakgrunn et innlønnsingskrav etter sameieloven § 11. I mellomtiden hadde avhenderen (A) løst sitt likviditetsproblem, som også var bakgrunnen for salget, og hun kom derfor til enighet med kjøperne om å annullere kjøpekontrakten. B fastholdt imidlertid sitt løsningskrav, og fikk under disens (3-2) medhold i Høyesterett.

Mindretallet bygget for sin del i stor utstrekning på innlønnsingsrettens formål, og anførte at dette ikke ga støtte for en restriktiv holdning overfor adgangen til omgjøring; snarere tvert i mot.¹¹ Høyesteretts flertall ser derimot ut til å ha lagt større vekt på så vel hensynet til den innlønnsingsberettigede, som på mer retttekniske grunner. Flertallet fremhevet for det første hensynet til beskyttelse av etablerte forventninger og eventuelle innrettelser i tillit til dette. I den forbindelse ble det påpekt at manglende forutberegnelighet kunne føre til at den løsningsberettigede viker tilbake for å foreta de nødvendige forberedelser. Flertallet fryktet at resultatet i så fall kunne bli at salg i strid med lovens intensjoner ble gjennomført uten at løsningsretten nyttes. For det andre fremhevet flertallet de generelt positive effekter som klare og skarpt tilskårne regler gir; nemlig at dette fremmer forutberegnelighet og motvirker tidkrevende prosesser. I disfavør av en mer skjønnsbasert og pragmatisk regel, fremholdt flertallet således at: ”den ordning det her er lagt opp til for en hensiktsmessig avvikling av løsningssspørsmålet, vil få redusert verdi hvis selgeren, dersom han kan påvise en „legitim og aktverdig grunn”, skulle kunne omgjøre salget etter at fristen er begynt å løpe.” En rettteknisk likeverdig regel om at omgjøring alltid skulle utelukke bruk av forkjøpsrett, ble det klart ikke funnet grunnlag for.¹²

Flertallet tok likevel en reservasjon for ”helt spesielle situasjoner”, hvor omgjøring med virkning for løsningsretten måtte kunne godtas. Noen parallell reservasjon gjenfinnes imidlertid ikke i løsningsrettsloven § 18. I hvert fall for de forkjøpsretter som faller inn under løsningsrettslovens virkeområde, og antakelig også for forkjøpsretter til aksjer, synes det dermed å gjelde en unntaksfri regel om at omgjøring på grunnlag av etterfølgende enighet er

⁸ Jf. Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006 s. 231. Tilsynelatende i samme retning, se Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 284.

⁹ Se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006 s. 231 som fremholder at det kan være tvilsomt om skjæringspunktet er allerede når melding (eventuelt løsningskravet) innkommer til selskapet, eller først senere når varsel etter aksjeloven § 4–20 (eventuelt løsningskravet) er kommet frem til den enkelte rettighetshaver/avhender og erverver. Andenæs synes imidlertid å mene at det er den første løsning som må legges til grunn ettersom dette gir de klareste linjer.

¹⁰ Se Ot.prp. nr. 49 (1993–1994) s. 38–39; Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006, s. 231. Dommen er forøvrig omtalt av Johan Giertsen, *Bordet fanger?*, Stud. Jur 1980 nr. 6, s. 25–28.

¹¹ Se Thor Falkanger, *Tingsrett*, 4. utgave, Oslo 1993 s. 128, som påpeker at: ”[u]t fra den tanke at [sameieloven] § 11 skal verne mot at nye, kanskje uønskede personer kommer inn i sameiet, eller at det etablerte styrkeforholdet endres, burde man være temmelig liberal med å tillate omgjøring – dvs. bringe forholdet tilbake til situasjonen før den aktualiserende overdragelse fant sted.”

¹² Flertallets synspunkter ble også fremhevet i forarbeidene til løsningsrettsloven § 18, idet det der antas at ”ein vidtgående omgjøringsrett [vil] kunne føre til sterk reduksjon av forkjøpsrettens effektivitet og dermed av rettens verdi. Ein omgjøringsrett kan og vere urimeleg dersom forkjøpsrettshavaren har lagt ned ein vesentleg innsats i tida før retten blir gjort gjeldande”, jf. Ot.prp. nr. 49 (1993–1994) s. 38–39.

avskåret fra det tidspunkt som tidligst inntreer av når salget er meldt, eller forkjøpsrett gjøres gjeldende.

4. Betydningen av forbehold om automatisk omgjøring

Dette leder over i spørsmålet om løsningen bør bli den samme dersom det i salgavtalen er tatt uttrykkelig forbehold om automatisk omgjøring, for det tilfellet krav om forkjøpsrett fremsettes. Dersom den forkjøpsberettigede utvilsomt er gjort klar over forbeholdet helt fra starten av, gjør ikke begrunnelsen for kategorisk avskjæring av omgjøringsretten seg gjeldende i samme grad. For det første vil forventningene om å kunne overta salgsobjektet, og eventuelle innrettelser i tillit til dette, neppe være like fremtredende. For det andre beholder forkjøpsretten sin funksjon ved at rettighetshaveren, uten å måtte investere tid eller penger, kan hindre at nye aksjonærer kommer inn i selskapet, kun ved å påberope sin rett innen fristen. En må likevel være forsiktig med å strekke dette synspunktet for langt. Det er ikke vanskelig å forestille seg at en aksept av forbehold om omgjøringsrett, raskt vil kunne påføre forkjøpsrettsnaver en mer omfattende aktivitetsplikt. Godtas det at forbehold om omgjøring tillegges virkning overfor den forkjøpsrettsberettigede, er det nærliggende å tro at terskelen for at aksjonærer gjør forsøk på gjentatte ”styrte” overdragelser, blir lavere. Dette kan i sin tur resultere i en tålmodighetsprøve for den forkjøpsrettsberettigede, noe som igjen, og i varierende grad, vil kunne innebære uheldig binding av ressurser hos ham.

Selv om det ikke er uvanlig at det tas omgjøringsforbehold, slik at spørsmålet om dette kan stå seg med virkning overfor forkjøpsretten er praktisk, er domspraksis på området nokså beskjeden. Spørsmålet er imidlertid berørt av underretten i en eldre sak som fikk sin endelige avgjørelse i Rt. 1922 s. 58. Her var forholdet at tidligere eier, i strid med vedtektene, hadde solgt sin aksjepost uten først å ha tilbudt aksjene til pari kurs til samtlige av de øvrige aksjonærer i selskapet. Det var på det rene at aksjene hadde større verdi enn deres pålydende,¹³ og for retten ble spørsmålet da om rettighetshaveren kunne kreve erstatning for differansen. I salgavtalen var det fastsatt at: ”[s]kulde nærværende kontrakt paa grund av motstand fra selskapets side eller paa bestemmelsen i dettes vedtægter ikke kunne la sig gennemføre, betragtes den som uskrevet.” Underretten fant imidlertid ikke å kunne tillegge forbeholdet betydning, og uttalte at dersom slikt forbehold skulle aksepteres, ”ville vedtægternes bestemmelse om forkjøpsret i virkeligheten bli ganske illusorisk”.

Dette tilfellet skiller seg likevel noe fra den problemstilling som drøftes her. I denne saken, ble rettighetshaveren først gjort kjent med forbeholdet etter at salget var gjennomført. At forbeholdet, i et slikt tilfelle, ikke skal kunne påvirke erstatningsspørsmålet, fremstår da også som rimelig klart. I motsatt fall ville tilbudsretten nær sagt være verdiløs.

I sin generelle fremstilling om løsningsretter, antar Austenå at omgjøringsforbehold ikke kan gjøres gjeldende overfor den forkjøpsberettigede.¹⁴ Austenå synes i første rekke å bygge på en betraktning om at forbeholdet står i strid med rettsforholdet mellom eier og den forkjøpsrettsberettigede. I tråd også med det alminnelige utgangspunktet om at en kontrakt bare har rettsvirkning for de parter som inngår den, er det vanskelig å være uenig i at en avtale mellom to parter ikke uten videre skal kunne gjøre inngrep i en for tredjemann lovfestet og aktualisert rett.

¹³ Verdiforholdet kommer riktig nok ikke klart frem av de gjengitte deler av underrettens dom, men er gjort uttrykkelig i Høyesteretts premisser, jf. Rt. 1922 s. 58 (s. 60).

¹⁴ Torgeir Austenå, *Løsningsrettigheter*, Oslo 1976 s. 364.

For å kunne svare på hvorvidt et omgjøringsforbehold er i strid med forkjøpsretten, kreves imidlertid en nærmere vurdering av hvor langt forkjøpsretten går i å begrense eierens disposisjonsfrihet. I Rt. 1994 s. 471, som gjaldt fortolkning av vedtektsbestemt forkjøpsrett ved aksjeoverdragelse til andre aksjonærer, gir Høyesterett tilsynelatende uttrykk for å ville vike tilbake for å gjøre videre innskrenkninger i den frie omsettelighet enn det er noenlunde sikre holdepunkter for. I mangel av klare føringer for avgrensningen i lovteksten eller lovens forarbeider, kunne dette tilsi varsomhet med å prioritere forkjøpsrettshaverens interesser på bekostning av eierens disposisjonsfrihet. Hvorvidt Høyesteretts synspunkt kan opprettholdes under gjeldende aksjelovgivning er imidlertid tvilsomt, all den tid utgangspunktet nå er snudd, og forkjøpsrett er gjort til lovens normalordning.¹⁵

Det kan også se ut til at lovgiver har vært seg bevisst at avhender kan ha beskyttelsesverdige interesse i å utpeke en annen enn forkjøpsrettshaveren som suksessor til aksjene, men har da bare beskåret forkjøpsretten i tilfeller av aksjeovergang til avhenders personlige nærstående og slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, jf. aksjeloven § 4–21 andre ledd, jf. aksjeloven § 1–5 andre ledd. Det kan derfor hevdes at lovgiver alt har foretatt avveiningen av de to interessene, og dermed gått opp grensen mot utgangspunktet om aksjenes frie omsettelighet.¹⁶ I tråd med Austenås standpunkt, er det derfor mye som taler for at dette normalt også må være avgjørende for omgjøringsadgangen ved uttrykkelige forbehold. Spørsmålet blir da om dette skal gjelde reservasjonsløst, eller om det kan oppstilles unntak for helt spesielle situasjoner.

Et eksempel, som riktignok ligger noe til siden og nå er mest av rettshistorisk interesse, kan være illustrerende. I forbindelse med skattereformen ble det vedtatt en overgangsregel E til skatteloven § 2–38. Etter denne bestemmelsen skulle det ikke foretas gevinstbeskatning i tilfeller hvor samtlige personlig eide aksjer ble overført til et holdingselskap. Dette fritaket var gitt for at aksjonærer, som hadde sine aksjer i direkte eie, skulle få mulighet til å komme inn under fritaksmetoden.¹⁷ Et vilkår for at overgangsregelen skulle komme til anvendelse, var imidlertid at holdingselskapet måtte bli eier av minst 10 % av aksjekapitalen i de(t) overførte selskaper. I bl.a. familieselskaper med stor aksjespredning, kunne dette kravet innebære at flere aksjonærer i tilfellet måtte gå sammen om overføring til et felles holdingselskap. Dersom slektskapet mellom aksjonærene ikke var nært nok til at disse ble identifisert, ville konsekvensen, om ikke nødvendigvis for alle, bli at holdingselskapet ikke ble å betrakte som aksjonærens ”personlige nærstående”, jf. aksjeloven § 1–5 andre ledd nr. 3. Følgelig ville overføringen ikke skje til en erverver som var omfattet av den beskyttede krets, jf. aksjeloven § 4–21 andre ledd.

At aksjeloven § 4–19 flg. gir hjemmel for bruk av forkjøpsrett i en situasjon som beskrevet ovenfor, er neppe særlig tvilsomt. I selskaper med indre splid og maktkamp, kan dette lett føre til at i og for seg fornuftige og samfunnsmessig ønskede disposisjoner blir unnlatt, i frykt for at aksjene skal tapes til fordel for tredjemann.¹⁸ Dette kan sies å stå i kontrast til en av de sentrale begrunnelser for fri omsettelighet av aksjer, nemlig at dette er ment å bidra til å

¹⁵ Se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006 s. 218.

¹⁶ Se NOU 1996: 3 s. 72 hvor det fremholdes at: ”[a]ndre ... med fjernere tilknytning ... bør imidlertid være undergitt samme regler som andre erververe. En minner om at denne avgrensning er foreslått ut fra hensynet til de øvrige eiere i selskapet, og at dette hensyn også bør vektlegges når erververen er en av aksjeeiernes fjernere familiemedlemmer.”

¹⁷ Se Inst. O. nr. 1 (2005–2006) punkt 34.1.1.

¹⁸ Om begrunnelsen for fritaksmetoden heter det i Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) s. 52 at: ”[f]ritaksmetoden forhindrer at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i eierkjede med norske selskaper (kjedebeskatning). Kjedebeskatning kan gi incentiver til omorganisering, og kan dessuten svekke kapitalmobiliteten i næringslivet. Fritaksmetoden vil bedre kapitalmobiliteten, sammenlignet med det gjeldende systemet med RISK og godtgjørelse.”

effektivisere ressursutnyttelsen i næringslivet.¹⁹ Dertil kommer at forkjøpsretten først og fremst er begrunnet defensivt, og dermed står det vel neppe sentralt at den forkjøpsberettigede skal sikres mulighet til å få hånd om aksjene. Det kan derfor innvendes at det formål forkjøpsretten skal tjene, ikke er like sterkt til stede i et tilfelle som det ovennevnte. Reelt sett er det ikke tale om at en ny eier kommer til, men kun en videreføring av eierskapet via holdingselskapet. At flere eierinteresser dermed samkjøres, endrer heller ikke i særlig grad på dette; også ellers kunne aksjonærene, enten i praksis eller via en formalisert aksjonæravtale, ha oppnådd mye av det samme. Foruten de økonomiske incentiver som ligger i en ønsket og fornuftig skattetilpassing, vil det naturlig nok her være av helt avgjørende interesse for eieren å ha kontroll med hvor aksjen skal havne. I tilfeller hvor avhenders legitime interesser i å verge seg er helt dominerende, og hvor forkjøpsretten ikke er like godt fundert, kan det derfor argumenteres for at omgjøringsforbehold likevel bør kunne aksepteres. Nå gir dette ingen fullstendig løsning av det aktuelle behov, da forkjøpsretten uansett vil kunne stenge for den ønskede transaksjon, men vil likevel være det best tilgjengelige redskap. Dersom forbehold med virkning for forkjøpsrettshaveren skulle godtas, og forkjøpsrettshaveren i så tilfelle ikke har utsikt til å få hånd om aksjene, er det imidlertid nærliggende å tro at motivasjonen til å benytte forkjøpsretten i utrengsmål kanskje også blir lavere.

En sikkerhetsventil reservert for helt spesielle situasjoner innebærer neppe noe stort inngrep i forkjøpsretten, som uansett vil kunne virke etter sitt hovedformål. Samtidig vil dette åpne for å komme til konkret rimelige resultater i det enkelte tilfelle. På den annen side vil en slik åpning skape usikkerhet, svekke forutberegneligheten og antakelig virke prosesskapende; det vil ikke for noen av de involverte parter være lett å identifisere hva som eventuelt skulle kvalifisere til "helt spesielle situasjoner". Her er vi kanskje inne på et område hvor nettopp hensynet til klarhet og forutberegnelighet bør gis fortrinnet. En kategorisk regel vil også tvinge avhenderen til å avklare forkjøpsrettsspørsmålet på annen måte, f.eks. ved å innhente en forhåndserklæring fra forkjøpsrettshaveren. Alt i alt er vel dette også den heldigste løsning.

¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996–97) s. 97.

Rettsmidler mot feil i møteleders stemmefortegnelse ved generalforsamlingens åpning

Av førsteamanuensis dr. juris Filip Truyen, Universitetet i Bergen

1 Innledning

Generalforsamlingen i aksje- og allmennaksjeselskaper åpnes av en foreløpig møteleder.¹ Den foreløpige møtelederen, i det følgende omtalt som ”møtelederen”, skal sette opp en fortegnelse over de aksjonærer som har møtt, enten selv eller ved fullmektig.² Fortegnelsen er viktig fordi denne fastsetter hvem som har møterett samt hvor mange aksjer og hvor mange stemmer hver av de fremmøtte representerer.³ Møteleder har en eksklusiv rett og plikt til å ta standpunkt til slike spørsmål.⁴

Etter at fortegnelsen er satt opp, skal generalforsamlingen velge en endelig møteleder.⁵ Som selskapets øverste organ, står generalforsamlingen dessuten fritt til å endre møteleders avgjørelser som ble truffet på generalforsamlingens åpning. Ved en slik avstemning er det imidlertid møteleders stemmefortegnelse som ligger til grunn for deltakernes stemmerett. I selskaper hvor aksjonærstrukturen er ”polarisert” mellom to grupper, kan dette innebære at viktige beslutninger blir avgjort allerede ved møteleders innledende stemmefortegnelse. Den gruppen som er sikret kontroll ved generalforsamlingens åpning, vil her stemme mot endringer i stemmefortegnelsen.

Med mindre annet følger av vedtektene, åpnes generalforsamlingen av styrets leder eller den som styret har utpekt.⁶ Har selskapet bedriftsforsamling, er funksjonen som møteleder tillagt dette organets leder.⁷ Møteleder er selvfølgelig bundet av lov og vedtekter når vedkommende avgjør hvor mange stemmer hver av generalforsamlingens deltakere representerer. Slik sett skulle det være likegyldig hvem som var møteleder ved generalforsamlingens åpning. Tolkning av lov, vedtekter og eventuelle fullmakter gjelder etterprøvbare rettsspørsmål.

¹ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-12 første ledd.

² Se også Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 282–283 som bruker betegnelsen ”møteåpner” om denne funksjonen.

³ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-13 første ledd.

⁴ Se Tore Bråthen, *Styremedlem og aksjonær*, Oslo 2004 s. 47.

⁵ Aksjeloven § 5-12 annet ledd og allmennaksjeloven § 5-12 tredje ledd.

⁶ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-12 første ledd første punktum. Åpnes ikke en lovlig innkalt generalforsamling av de personer som loven anviser, kan andre tilstredende aksjonærer åpne generalforsamlingen, se kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i sak HR-2006-01127 U jfr. kjennelse fra Borgarting lagmannsrett i sak LB-2006-46705.

⁷ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-12 første ledd annet punktum.

Subsumpsjonen beror på den dokumentasjon som foreligger på generalforsamlingen. Aksjonæravtaler som regulerer stemmeretten har ikke selskapsrettslig virkning.⁸

I praksis har det likevel vist seg å være viktig hvem som er møteleder ved generalforsamlingens åpning. Særlig i aksjeselskaper med høyt konfliktnivå mellom aksjonærene, kan posisjonen som foreløpig møteleder tenkes brukt til å sikre interessen til de aksjonærer som er representert i det sittende styret og eventuelt bedriftsforsamlingen. Møteleder kan "kuppe" generalforsamlingen ved å sette opp en uriktig stemmefortegnelse.

I allmennaksjeselskaper er spørsmålet om forsettlige feil mindre aktuelt. Tingretten skal utpeke den som skal åpne generalforsamlingen dersom dette senest syv dager før generalforsamlingen kreves av aksjonærer som representerer mer enn 5 % av aksjekapitalen.⁹ Det er således en større mulighet for at man også i en tilspisset situasjon har en møteleder som ikke lar egeninteresser påvirke stemmefortegnelsen.

Også møteleders håndtering av prosedyren for innsamling av fullmakter og annen dokumentasjon kan påvirke stemmefortegnelsens innhold. Ved stort oppmøte av både personer og antall stemmer kan de prosedyrer som møteleder legger opp til for stemmeregistreringen, påvirke utfallet. Omstendelige formkrav kan medføre at fullmakter avvises på feil grunnlag eller at fremmøtte aksjonærer forlater generalforsamlingen fordi registreringsprosedyren tar for lang tid.

Uansett om feil i møteleders stemmefortegnelse skyldes klanderverdige eller unnskyldelige forhold, kan slike feil få uopprettelige konsekvenser. Ved å sette opp en uriktig stemmefortegnelse kan møteleder og den aksjonærgruppe som vedkommende representerer, utsette et eventuelt maktskifte i selskapet. En slik utsettelse kan benyttes til å avvikle eller selge virksomhet i strid med aksjonærflertallets ønske. Gjelder aksjonærkonflikten en fusjon, kan det tenkes at man på uriktig grunnlag iverksetter en fusjonsprosess som det i ettertid er umulig å reversere.¹⁰ Av den grunn er det av interesse å drøfte hvilke virkemidler som er tilgjengelige mot feil i møtelederens stemmefortegnelse.

Formålet med denne artikkelen er å gi en kort presentasjon av utvalgte rettsspørsmål knyttet til sanksjoner mot slike feil. Jeg behandler ikke valg av møteleder.¹¹ De respektive rettsgrunnlag for å begrense deltakernes stemmerett drøftes kun i den utstrekning disse er av betydning for sanksjonene.

⁸ Se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 62 og Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 240–241. Motsatt Lowzow & Reed, *Aksjonæravtaler*, Oslo 1993 s. 54–55. Se dessuten Johan Giertsen, "Har aksjonæravtaler selskapsrettslige virkninger?" i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard*, Bergen 2002 s. 533–545 (s. 540) som åpner for "en forsiktig oppmykning av aksjeselskapsrettens strenge forbundne system".

⁹ Allmennaksjeloven § 5-12 annet ledd første punktum.

¹⁰ En slik umulighet kan både skyldes faktisk integrasjon og de særskilte søksmålsfrister ved fusjon, se aksjeloven § 13-19 og allmennaksjeloven § 13-20.

¹¹ Se om dette Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 367–368.

2 Søksmålsbyrde og tvistetema

Generalforsamlingens beslutninger skal protokolleres. Møteleders stemmefortegnelse skal inntas i eller følge med som et vedlegg til generalforsamlingsprotokollen.¹² Med mindre det hersker konsensus om møteleders feilprotokollering, vil selskapets utøvende organer som hovedregel innrette seg etter de vedtak som fremgår av protokollen. Protokollen danner dessuten grunnlag for eventuell registrering i Foretaksregisteret.¹³ I praksis påligger derfor søksmålsbyrden den som mener det hefter feil ved møteleders stemmefortegnelse.

Søksmålsbyrden beror egentlig på om møteleders feil medfører at generalforsamlingens vedtak er en nullitet eller en angripelig beslutning, se kapittel 3 nedenfor. Reelt sett er imidlertid denne nyansen av liten praktisk betydning. Også den som pretenderer en nullitet må vanligvis reise søksmål for å få rett. Dette gjelder selv vedkommende i prinsippet allerede har rett.

Tvistetemaet ved søksmål som bygger på feil ved møteleders stemmefortegnelse, vil vanligvis være erstatning eller ugyldighet. Valg av tvistetema beror på hvilken aksjonærinteresse som primært er krenket. Er tvistetemaet erstatning, ivaretas kun aksjonærens økonomiske rettigheter. Et ugyldighetssøksmål kan derimot gjenopprette krenkelsen av organisatoriske rettigheter og dessuten ivareta andre ideelle interesser. Valg av tvistetema beror også på hvem man ønsker å saksøke.

3 Ugyldighetssøksmål

Møteleders stemmefortegnelse er ikke "en beslutning av generalforsamlingen", sml. aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-22. Av den grunn kommer ikke reglene om anfektelsessøksmål til anvendelse på møteleders beslutning. Det må eventuelt reises et alminnelig fastsettelsessøksmål. En prosessforutsetning for slikt søksmål er imidlertid at saksøker har rettslig interesse.¹⁴ Rettslig interesse forutsetter at saksøker har et reelt behov for en avklaring.¹⁵ Dersom saksøker pretenderer å ha et erstatningskrav mot møteleder, vil det foreligge et slikt behov. Begrenser derimot saksøkers pretensjon seg til å fastslå at stemmefortegnelsen var feil, foreligger det ingen rettslig interesse. En dom som slår fast slike feil har i seg selv ingen faktiske konsekvenser for saksøker.

Møteleders stemmefortegnelse kan derfor anses som en *prosessledende beslutning* hvis gyldighet kun kan prøves prejudisielt i forbindelse med andre krav. I forhold til ugyldighetssøksmål, innebærer dette at man må angripe generalforsamlingens beslutninger. Generalforsamlingens prosessuelle beslutninger, slik som f. eks. en endring eller godkjenning av møteleders stemmefortegnelse, kan imidlertid ikke angripes ved anfektelsessøksmål.¹⁶ Som hovedregel kan heller ikke generalforsamlingens prosessuelle beslutninger angripes ved

¹² Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-16 annet ledd annet punktum.

¹³ Foretaksregisterloven § 4-4 jfr. § 5-1.

¹⁴ Tvistemålsloven § 54.

¹⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utgave, Oslo 2001 s. 315.

¹⁶ Se Jan Skåre, "Søksmål om anfektelse av generalforsamlingsbeslutning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1997 s. 1-20 (s. 4-5), Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 410 og Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 323.

alminnelig fastsettelsessøksmål.¹⁷ Her vil man vanligvis mangle rettslig interesse. Når generalforsamlingen er avsluttet, vil slike spørsmål primært ha historisk interesse ved siden av de realitetsvedtak som ble truffet. Av den grunn må *søksmålgjenstanden* ved et ugyldighetssøksmål basert på feil ved møteleders stemmefortegnelse være generalforsamlingens enkeltstående materielle beslutninger.

Ut fra vanlig terminologi er det nærliggende å betegne en møteleders forsettlige feil ved oppsett av stemmefortegnelsen som et ”*myndighetsmisbruk*”. Dette er et misbruk av den myndighet man er tildelt som møteleder. I forhold til aksjeselskapslovgivningens terminologi foreligger det derimot ikke myndighetsmisbruk. Myndighetsmisbruk kan derfor ikke være rettsgrunnlaget ved et ugyldighetssøksmål som alene bygger på feil ved møteleders stemmefortegnelse. Aksje- og allmennaksjeloven § 6-28 første ledd regulerer ikke møteleders forhold. Det samme gjelder aksje- og allmennaksjeloven § 5-21. Heller ikke uskrevne prinsipper om myndighetsmisbruk fanger opp dette. Regelen om myndighetsmisbruk er virkningsorienterte ugyldighetsregler. Som hovedregel er eventuelle tilblivelsesmangler uten betydning i misbruksvurderingen.¹⁸ Dette vil gjelde selv om tilblivelsesmangelen skyldes en forsettlig handling hvor formålet er å påvirke den materielle beslutningens innhold.¹⁹ Et slik forhold kan være et argument i misbrukslærens urimelighetsvurdering, men vil ikke i seg selv kunne danne grunnlag for myndighetsmisbruk som rettsgrunnlag for ugyldighet.

Teoretisk sett kan det tenkes at uskrevne prinsipper om rettsmisbruk kan utgjøre et selvstendig ugyldighetsgrunnlag ved siden av selskapsrettens regler om myndighetsmisbruk.²⁰ Dette vil eventuelt gjelde ved sjikane og andre utilbørlige motiver. Imidlertid synes det lite praktisk med en rettslig prøving av slike forhold uten at man samtidig også ser hen til beslutningens virkninger. I så fall er man tilbake i selskapsrettens regler om myndighetsmisbruk.²¹

På denne bakgrunn er det *saksbehandlingsfeil* som må utgjøre rettsgrunnlaget for et ugyldighetssøksmål basert på feil ved møteleders stemmefortegnelse. En rettslig prøving av feil ved møteleders stemmefortegnelser vil derfor primært forekomme som en *prejudisiell vurdering* i et anfektelsessøksmål. I så fall stilles det ikke krav til den enkelte aksjonærs rettslige interesse. Aksje- og allmennaksjeloven § 5-22 stiller opp en legaldefinert saksøkerkrets, som blant annet omfatter samtlige aksjonærer, uten hensyn til de alminnelige regler om rettslig interesse i tvistemålsloven § 54.

Den prejudisielle prøvingen av møteleders feil kan innebære at det også må foretas en vurdering av de rettsgrunnlag møteleder har bygget på. Dette gjelder for eksempel tolkningen av vedtektsbestemte stemmerettsbegrensninger. Et annet eksempel er betydningen av styrets samtykkenektelse etter aksjeloven (eventuelt allmennaksjeloven) § 4-16. Riktig nok kan verken møteleder eller domstolen i et anfektelsessøksmål overprøve styrets avgjørelse om å nekte

¹⁷ Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 199.

¹⁸ Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 272–292.

¹⁹ Således Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 278 om betydningen aksjemajoritetens motiv.

²⁰ Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 282–283 og Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 66–68.

²¹ Se Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 312–314.

samtykke til eierskifte. Dette er et spørsmål som må avgjøres ved fastsettelsessøksmål, jfr. § 4-17 første ledd nr. 3. Derimot kan det være behov for å foreta en prejudisiell prøving i forhold til de ulike preklusjonsfrister § 4-16 og 4-17. Dette er spørsmål som møteleder må ta stilling til der hvor det er tvist om erververen skal få stemme på generalforsamlingen.

Anfektelsessøksmålet har ikke fristavbrytende virkning i forhold til søksmålsfristen i § 4-17 annet ledd. Dette gjelder ikke "søksmål om gyldigheten av nektelsen", jfr. § 4-17 første ledd nr. 3.

Ugyldighet som følge av saksbehandlingsfeil forutsetter at feilen i avgjørende grad har *virket inn på beslutningens innhold*.²² Man må prøve ugyldighetsgrunnlaget i forhold til hver enkelt generalforsamlingsbeslutning. I prinsippet kan det her tenkes at saksøker må føre bevis for hva de respektive aksjonærer ville ha stemt dersom det ikke hadde heftet feil ved stemmefortegnelsen. På dette punkt stilles det imidlertid små krav til årsakssammenheng. I Rt. 2003 s. 1501 avsnitt 48 uttaler førstvoterende følgende:

"Innholdet i et kausalitetskrav kan imidlertid formuleres på ulike måter og være forskjellig alt etter hva slags feil en står overfor, jf. Erik Werlauff, *Generalforsamling og beslutning*, 1983, side 547. 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. Siden forholdene i praksis kan være svært forskjellige, blant annet er selskaper ulike i størrelse og karakter, bør det ikke stenges helt for motbevis."

Dette innebærer at saksbehandlingsfeil som medfører at en aksjonær blir fratatt eller får redusert sin innflytelse på generalforsamlingen, som hovedregel vil fylle beviskravet til årsakssammenheng ved å forklare seg om egen stemmegivning.²³ Stemmeretten er "vesentlige for at aksjonærer skal kunne ivareta sine interesser på generalforsamlinger". Som nevnt i sitatet fra Rt. 2003 s. 1501 avsnitt 48 åpnes det imidlertid for motbevis til denne presumpsjonen. Dette innebærer at det er selskapet som har bevisbyrden for at det også ved en riktig stemmefortegnelse ville foreligget et nødvendig antall stemmer for generalforsamlingens vedtak.

Ved anfektelsessøksmål av en generalforsamlingsbeslutning gjelder det særlige regler om *angripelighet og søksmålsfrister*. Som hovedregel er en generalforsamlingsbeslutning gyldig inntil den angripes med anfektelsessøksmål.²⁴ Reises det ikke slikt søksmål, regnes beslutningen som gyldig allerede fra begynnelsen av. Søksmålsfristen er tre måneder. Motstykket til angripelige beslutninger er nulliteter. Er beslutningen en nullitet, har den aldri vært gyldig. Ugyldigheten blir ikke reparert ved oversittelse av søksmålsfristen.

²² Se Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 410–411 og Erik Werlauff, *Generalforsamling og beslutning*, København 1983 s. 547–560.

²³ Se dessuten Jan Skåre, "Søksmål om anfektelse av generalforsamlingsbeslutning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1997 s. 1–20 (s. 6) som unntaksvis åpner for ugyldighet primært på grunnlag av at en aksjonær er nektet talerett. Tankegangen er at vedkommende kunne ha påvirket de andre deltakernes stemmegivning, og at en opptelling av de avgitte stemmer derfor ikke gir et fyllestgjørende bilde av saksbehandlingsfeilens virkninger.

²⁴ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-23 første ledd.

Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-23 annet ledd lister opp tilfeller hvor søksmålsfristen i første ledd ikke gjelder. Feil som er nevnt i annet ledd nr. 1 til 3 gjør generalforsamlingens beslutning til en nullitet. Et eksempel er myndighetsmisbruk, jfr. annet ledd nr. 2.²⁵ Som tidligere nevnt omfattes imidlertid ikke møteleders feil av reglene om myndighetsmisbruk. Det samme gjelder øvrige forhold som faller inn under annet ledd nr. 2 og slike forhold som omhandles av annet ledd nr. 1.

Derimot er det mer nærliggende å trekke en parallell til bestemmelsen i annet ledd nr. 3. Denne gjelder saksbehandlingsfeil ved innkalling til generalforsamlingen. Unnlatt innkalling og feil ved stemmefortegnelsen kan ha samme virkning; en aksjonær blir på uriktig grunnlag fratatt muligheten for å stemme. Slik sett kan det argumenteres for en utvidende tolkning av § 5-23 annet ledd nr. 3. På den annen side er det også en vesentlig forskjell mellom disse to situasjoner. Ved unnlatt innkalling kan det hende at aksjonæren er ukjent med feilen. I så fall er det vanskelig å overholde en søksmålsfrist. Motsatt vil vedkommende som nektes å stemme som følge av feil ved møteleders stemmefortegnelse, umiddelbart blir kjent med dette. Av den grunn er det ikke et tilsvarende behov for å gjøre unntak fra hovedregelen om tre måneders søksmålsfrist. Konsekvensen av dette er at generalforsamlingens realitetsvedtak som er påvirket av feil ved møteleders stemmerettsfortegnelse, er angripelige beslutninger. Ugyldighetsinnsigelser mot slike beslutninger prekluderes etter tre måneder.

Ved fusjon og fisjon gjelder det særskilte søksmålsfrister, se aksjeloven § 13-19 jfr. § 14-10 og allmennaksjeloven § 13-20 jfr. § 14-10. Ugyldighetssøksmål mot en fusjonsbeslutning må reises innen fusjonen er registrert i Foretaksregisteret. Dette er en alternativ preklusjonsfrist. I forhold til feil ved møteleders stemmefortegnelse kommer fristen til anvendelse dersom den inntreffer før søksmålsfristen i § 5-23 første ledd. Fristen for kreditorvarsel ved fusjon og fisjon er to måneder.²⁶ Håndteres papirarbeidet raskt, kan man i slike tilfeller få en kortere søksmålsfrist enn tre måneder.

I aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-23 annet ledd nr. 4 er det inntatt en oppreisningsbestemmelse. Denne utvider muligheten for anfektelsessøksmål mot angripelige beslutninger. Dette gjelder altså ikke beslutninger som etter sitt innhold eller tilblivelse er nulliteter. Oppreisning fra søksmålsfristen kan bare gis dersom det foreligger rimelig grunn for fristforsømmelsen og det vil føre til et åpenbart urimelig resultat om beslutningen anses gyldig. Dersom stemmefortegnelsen er utformet slik at aksjonærenes etterkontroll av fremmøte og fullmaktsregistrering vanskelig gjøres, kan det foreligge en rimelig grunn. Et annet eksempel kan være at den beslutning som inntas i protokollen, har et annet innhold enn hva som ble uttalt av møteleder etter avstemningen på generalforsamlingen.²⁷ Slike feil må sammenholdes med virkningene av generalforsamlingens beslutning. Oppreisningsbestemmelsen tar kun sikte på å fange opp åpenbare og grove rettskrenkelser.²⁸

²⁵ Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 462–466.

²⁶ Se aksjeloven § 13-13 jfr. § 13-16 jfr. § 13-19 og § 14-10. Se allmennaksjeloven § 13-14 jfr. § 13-17 jfr. § 13-20 og § 14-10.

²⁷ Se Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 414. Tilsvarende Jan Skåre, "Søksmål om anfektelse av generalforsamlingsbeslutning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1997 s. 1–20 (s. 4) om det tilfelle at "protokollasjonen representerer et overgrep".

²⁸ Se Innstilling om lov om aksjeselskaper (1970) s. 139.

Ved et anfektelsessøksmål er det selskapet som saksøkes. Dersom søksmålet fører frem, har ugyldigheten likevel virking for alle som har rett til å reise slikt søksmål.²⁹ Som et alternativ til ugyldighet, men med samme utvidede rettskraft, kan det nedlegges påstand om og avsies dom for endring av beslutningen.³⁰ Vilkåret er at retten kan fastslå det innholdet beslutningen skulle hatt. Av den grunn vil dette alternativet ofte være utelukket der hvor søksmålsgrunnlaget er tilblivelsesmangler. Endringsdom forutsetter sannsynliggjøring av aksjonærenes avveininger uten slike mangler.

Når det gjelder ytre tilblivelsesmangler, saksbehandlingsfeil, modereres dette utgangspunktet. Ved et ugyldighetssøksmål som bygger på saksbehandlingsfeil, må det som tidligere nevnt uansett sannsynliggjøres at feilen har virket inn på beslutningens innhold. Det må derfor foretas bevisføring om hvordan de aksjonærer som eventuelt har blitt nektet stemmerett av møteleder, ville ha stemt. Der hvor det foreligger en "polarisert" aksjonærkonflikt forenkles bevisituasjonen, hvilket åpner for bruk av endringsdom. Dette vil typisk gjelde der hvor feil ved møteleders stemmefortegnelse har medført at styremedlemmer fra én liste har blitt valgt fremfor kandidater fra én annen liste. Dertil kommer at det i slike tilfeller er et særlig behov for å avsi endringsdom. Avises det kun dom for ugyldighet, vil styret valgt på foregående generalforsamling bli sittende frem til det avholdes ny generalforsamling. Det sittende styret representerer presumptivt samme "side" som møteleder og det ugyldig nyvalgte styret. Man kan derfor risikere at en dom for ugyldighet ikke får noen umiddelbar virkning på maktbalansen i selskapet. Konsekvensen av ugyldighetsdommen er at det må innkalles til ny generalforsamling. Ved en slik ny generalforsamling er det sittende styret som nok en gang skal utpeke møteleder.

Også der hvor det avsies endringsdom, er det mulig å trenere et maktskifte i selskapet. Avsies det endringsdom om at et annet styre enn det protokollførte anses valgt, kan det innkalles til ekstraordinær generalforsamling som avholdes før dommen blir rettskraftig. Dersom det velges et styre på den ekstraordinære generalforsamlingen, vil en endringsdom som gjelder styrevalg på en forutgående generalforsamling primært få historisk interesse. Et anfektelsessøksmål med påstand om innsetting av et annet styre enn hva som fremgår av generalforsamlingsprotokollen, bør derfor suppleres med en *midlertidig forføyning*. Slik forføyning vil kunne hindre at en ekstraordinær generalforsamling undergraver virkningene av en eventuell endringsdom.

En midlertidig forføyning avbryter ikke søksmålsfristen i § 5-23 første ledd. Av den grunn må det reises anfektelsessøksmål parallelt med forføyningen. I motsatt fall risikerer man at forføyningen forkastes fordi den angripelige beslutningen med endelig virkning har blitt gyldig underveis i forføyningsprosessen. Selv der hvor det allerede er avsagt midlertidig forføyning, vil denne falle bort dersom søksmålsfristen oversittes.³¹

²⁹ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-24 første ledd jfr. § 5-22.

³⁰ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-24 annet ledd.

³¹ Tvangsfullbyrdsloven § 15-12 første ledd bokstav d.

4 Foretaksregistrering

Dersom generalforsamlingens beslutning er av en slik karakter at den må registreres, kan henvendelse til Foretaksregisteret være et alternativ eller supplement til anfektelsessøksmål. Foretaksregisteret skal prøve alle meldinger som innkommer til registrering.³² Strider innhold eller tilblivelse med lov eller vedtekter, skal registrering nektes.³³ Allerede registrerte meldinger kan av samme grunn omgjøres.³⁴ I begge situasjoner er konsekvensen at søksmålsbyrden snus i forhold til hva som gjelder ved anfektelsessøksmål. Det er selskapet som må ta initiativ til en klage på registreringsnektelse eller omgjøring, og det er selskapet eventuelt må reise søksmål dersom klagen ikke fører frem.³⁵

Virkningen av registreringsnektelse beror på beslutningens karakter. Nektes en emisjon eller en fusjon registrert, kan ikke beslutningen gjennomføres.³⁶ Nektes et styrevalg registrert, har dette primært betydning for legitimasjon og godtroerverv.³⁷

Foretaksregisteret kan prøve alle sider ved beslutningen. I praksis foretas det likevel kun en formell innholdskontroll.³⁸ Foretaksregisteret har veken ressurser eller rettslige virkemidler for å foreta en omfattende materiell prøving. I forhold til feil ved møteleders stemmefortegnelse, innebærer dette at prøvingen begrenses til innbyrdes motstrid mellom foreliggende dokumentasjon. Sentralt står her generalforsamlingens protokoll, møteleders stemmefortegnelse og selskapets vedtekter. Generalforsamlingens protokoll må legges ved endringsmeldinger til Foretaksregisteret.³⁹ Møteleders stemmefortegnelse skal inntas i eller vedlegges protokollen.⁴⁰ Dersom det fremgår av stemmefortegnelsen at vedtektsbestemte stemmebegrensninger er tilsidesatt, kan registerfører nekte registrering. Riktig nok vil ikke de respektive aksjonærers stemmegivning fremgå av protokollen.⁴¹ Sammenholder man antall stemmer med møteleders stemmefortegnelse, vil man imidlertid kunne få tilstrekkelig informasjon til å vurdere om beslutningen bygger på vedtektsstridig utøvelse av stemmerett.

Skyldes feilen ved møteleders stemmefortegnelse en underliggende konflikt om aksjonærposisjonen, er det derimot tvilsomt om Foretaksregisteret vil nekte registrering. Et eksempel på en slik situasjon er der hvor styret i et aksjeselskap har formidlet samtykkenektelse etter utløpet av fristen i aksjeloven (eventuelt allmennaksjeloven) § 4-16 annet ledd, men hvor møteleder likevel bygger på at styrets samtykkenektelse er rettmessig. Her må den omtvistede generalforsamlingsbeslutning primært angripes ved anfektelsessøksmål. Anfektelsessøksmålet kan imidlertid suppleres med en midlertidig

³² Foretaksregisterloven § 5-1 første ledd.

³³ Foretaksregisterloven § 5-2.

³⁴ Foretaksregisterloven § 7-1.

³⁵ Foretaksregisterloven §§ 9-1 og 9-2.

³⁶ Se aksjeloven og allmennaksjeloven § 10-9. Se også aksjeloven § 13-13 jfr. § 13-14 og allmennaksjeloven § 13-14 jfr. 13-15.

³⁷ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 6-34.

³⁸ Se Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 482–485.

³⁹ Foretaksregisterloven § 4-1 jfr. § 4-4.

⁴⁰ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-16 annet ledd annet punktum.

⁴¹ Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 381.

forføyning for å stoppe registrering av beslutninger som vanskelig kan reverseres.⁴² Parallelt med anfektelsessøksmålet må det dessuten reises fastsettelsessøksmål med påstand om at samtykke til aksjeoverdragelsen anses gitt i medhold av § 4-16 fjerde ledd. Foreligger dommen i fastsettelsessøksmålet før avgjørelsen i anfektelsessøksmålet, kan denne forelegges Foretaksregisteret. Dersom det er avvik mellom domsslutningen i fastsettelsessøksmålet og møteleders stemmefortegnelse, og avviket sannsynligvis har påvirket generalforsamlingens beslutning, skal Foretaksregisteret i prinsippet nekte registrering.

5 Erstatning

Ansvarsgrunnlaget for erstatning på grunn av møteleders feil beror på hvem som er kravssubjekt. Gjelder kravet aksjonærenes tap, må kravet hjemles i den ulovfestede culpanormen. Erstatningsgrunnlaget for selskapets tap kan derimot hjemles i loven, se aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1. Riktig nok omfattes ikke møteleder av de ansvarssubjekter som nevnes dagens lovbestemmelse. Imidlertid kan møteleder bli fanget opp av forslaget til lovfestet medvirkeransvar, jfr. utkastet til ny § 17-1 annet ledd.⁴³ Spørsmålet om lovhjemmel for ansvarsgrunnlaget er likevel primært av pedagogisk karakter.⁴⁴ Erstatningsansvaret beror uansett på slik interesseavveining som følger av den ulovfestede culpanormen.

Et sentralt moment i vurderingen vil være å avklare om vervet som møteleder omfattes av et *profesjonsansvar*. Profesjonsansvaret er en beskrivelse av kjennetegn som i utvalgte situasjoner kan være argument for et skjerpet culpaansvar.⁴⁵ Dette beror blant annet på om vedkommende fremtrer som særlig sakkyndig.⁴⁶ En slik forventning om spesialkompetanse kan imidlertid ikke sies å følge av møteledervervet. Dertil kommer at profesjonsansvaret ofte gjelder yrkesgrupper hvor handlenormen er kodifisert gjennom lov, forskrift, bransjebestemte retningslinjer eller sedvanemessig fastlagte bransjenormer for god skikk.⁴⁷ Heller ikke dette passer på møteledervervet.

Dersom møtelederen er en *advokat*, hvilket gjerne forekommer i selskaper med høyt konfliktnivå, skjerpes rolleforventningen. En advokat som påtar seg et slikt verv, må forventes å fylle de krav som følger av advokaters profesjonsansvar. Advokatrollen stiller her krav til integritet og lovkyndighet. Dette innebærer blant annet at det er begrenset spillerom for feiltolkninger av vedtekter, reglene om overgang av aksjonærrettigheter m.v. På den annen side må man se hen til hvor komplekse rettsspørsmål dette gjelder. Dertil kommer at ordlyden

⁴² Se tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 om sikringsgrunn.

⁴³ Ot.prp. nr. 55 (2005–2006) s. 114–117.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005–2006) s. 116.

⁴⁵ Se Rt. 1995 s. 1350 på side 1356. Se for øvrig Vibe Ulfbeck, *Erstatningsretlige grænseområder. Professionsansvar og produktansvar*, København 2004 s. 3–5 om begrepet ”profesjonsansvar”.

⁴⁶ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 5. utgave, Bergen 2000 s. 177. Se også Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, volume I, Oxford 1998 s. 519 som påpeker at det med profesjonsrollen følger ”voluntary assumption of responsibility based upon expertise and reliance”.

⁴⁷ Se Vibe Ulfbeck, *Erstatningsretlige grænseområder. Professionsansvar og produktansvar*, København 2004 s. 12–14.

i vedtektsbestemte stemmerettsbegrensninger kan være tvetydige. I så fall må det aksepteres at advokaten, i kraft av å være møteleder, velger det ene alternativet. Møteleder kan ikke, i motsetning til en rådgiver, nøye seg med å redegjøre for tvilsspørsmål. Advokatens møtelederansvar må også ses i lys av et tidsperspektiv. Dersom det kommer opp uforutsette tolkningsspørsmål ved oppsettet av stemmefortegnelsen, vil møteleder ha begrensning i omfattende utredninger. Slikt tidspress har betydning for hvilke krav som kan stilles til vurderingen.⁴⁸ Derimot er det uten betydning at advokaten er ung, uerfaren eller mangler nødvendig kompetanse.⁴⁹

I et anfektelsessøksmål er det kun selskapet som kan saksøkes. Ved erstatningskrav beror spørsmålet om *rett saksøkt* derimot på saksøkers pretenderte *ansvarssubjekt*. For uten om *møteleder* selv, kan det tenkes at skadelidte ønsker å fremme krav mot andre aksjonærer eller mot selskapet. Utfallet av et slikt søksmål beror på det materielle kravet. Fører søksmålet ikke frem, skal det avsies dom for frifinnelse.

Etter at generalforsamlingen er åpnet, står den fritt til å endre møteleders stemmefortegnelse.⁵⁰ Slik sett kan det argumenteres for at *aksjonærene* på generalforsamlingen har medvirket til det tap som oppstår som følge av feil i stemmefortegnelsen. En slik tankegang strider imidlertid mot grunnleggende selskapsrett. Aksjonærene har ingen handleplikt.⁵¹ Passivitet er slik sett ikke medvirkning. Det er først ved bruk av tildelt kompetanse at et eventuelt ansvar kan pådras. De aksjonærer som stemmer mot et forslag om endringer av feil i stemmefortegnelsen, har derfor medvirket til eventuelle konsekvenser av feilen. Erstatning for slik stemmegivning synes likevel upraktisk. For det første må det stilles moderate krav til selve handlenormen. I utgangspunktet vil ikke aksjonærene ha samme tilgang til underlagsmaterialet for stemmefortegnelsen som møteleder. For det annet er det mer naturlig å bygge et erstatningskrav for stemmegivning på den materielle beslutning som har forårsaket det pretenderte tap. Både handlenorm og årsakskjeden er her lettere tilgjengelig. Betydningen av ovennevnte medvirkeransvar kommer derfor kun på spissen i den lite praktiske situasjonen hvor en aksjonær har stemt mot endring av stemmefortegnelsen men likevel forholdt seg passiv eller stemt mot den etterfølgende materielle beslutning.

Rettes det et krav mot *selskapet*, er det to rettsspørsmål som er nærliggende å trekke frem. Det første gjelder krav til personell tilknytning mellom møteleder og selskapet. Møtelederposisjonen på generalforsamlingen er et tillitsverv. Utøvelsen av tillitsverv er primært et personlig ansvar. Dette omfattes ikke av arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1.⁵² I den grad selskapet skal bli ansvarlig for tillitsmenns handlinger, må det derfor foreligge et *organansvar*. Organansvaret åpner for identifikasjon med selskapet. Som hovedregel gjelder organansvaret kun handlinger foretatt av en juridisk

⁴⁸ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 5. utgave, Bergen 2000 s. 474–475.

⁴⁹ Se Rt. 1994 s. 1430.

⁵⁰ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-13 tredje punktum.

⁵¹ Se Per Augdahl, *Aksjeselskapet etter norsk rett*, 3. utgave, Oslo 1959, s. 352 og Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 131.

⁵² Ot.prp. nr. 48 (1965–66) s. 64.

persons øverste organ.⁵³ I aksje- og allmennaksjeselskaper er det antatt at dette i alle fall kan gjelde gjøremål foretatt av styret, styrets leder og daglig leder.⁵⁴ Disse er selskapets utøvende organer.⁵⁵ Dertil kommer generalforsamlingen som i kraft av aksje- og allmennaksjeloven § 5-1 er selskapets øverste organ.⁵⁶

Generalforsamlingens møteleder har ingen ledende stilling i selskapet. Oppsetting av stemmefortegnelsen er et avgrenset gjøremål som er avsluttet ved generalforsamlingens åpning. Vervet har en kort funksjonstid. Etter dette står generalforsamlingen fritt til å endre stemmefortegnelsen.⁵⁷ På den annen side står generalforsamlingen som hovedregel også fritt til å endre beslutninger truffet av andre selskapsorganer, uten at dette utelukker et organansvar. Organansvarets krav til selvstendig stilling markerer primært grensen mot arbeidstakere hvor spørsmålet er om selskapet kan bli ansvarlig etter arbeidsgiveransvaret. Dertil kommer at lovens deklatoriske hovedregel er at styrets leder fyller vervet som møteleder ved generalforsamlingens åpning.⁵⁸ Som nevnt er det ikke tvil om at styrets leder omfattes av organansvaret. Det kan virke kunstig å unnta en avgrenset funksjon i styreledervervet fra organansvarets virkeområde. Samlet sett mener jeg derfor at organansvaret åpner for erstatningsrettslig identifikasjon mellom generalforsamlingens møteleder og selskapet.

Det andre spørsmålet som aktualiseres, tar utgangspunkt i at aksjonærene er det primære kravsubjekt ved møteleders feil. Det er vanskelig å tenke seg en adekvat årsakssammenheng mellom møteleders culpa og tredjemanns tap. Erstatningskrav mot selskapet for feil ved stemmefortegnelsen gjelder normal et internt anliggende. Hensynet til skadelidte gjør seg da ikke gjeldende med samme styrke. Tradisjonelt har det således vært skepsis til å åpne for *erstatningskrav fra aksjonærer mot selskapet*. Aksjeselskapslovgivningen har for eksempel lagt særlig vekt på å beskytte selskapet mot mangler ved tegningsgrunnlaget.⁵⁹ Spørsmålet har også vært drøftet i forhold til utstederselskapets prospektansvar.⁶⁰ Man har fryktet at krav fra aksjonærene åpner for omgåelser av de preseptoriske reglene om kapitalvern. Videre må man se på skadelidtes alternative sanksjoner. I motsetning til for eksempel prospektansvaret, kan skadelidtes aksjonærinteresser også håndheves ved anfektelsessøksmål. Dertil kommer at erstatningsrettens preventive funksjon ivaretas ved at man parallelt med en anfektelse kan

⁵³ Se Rt 1995 s. 209. Se videre Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, Bergen 2000, s. 224.

⁵⁴ Se Rt 1997 s. 58 på s. 65 hvor dette ble lagt til grunn som uomtvistet mellom partene. Se videre Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, Bergen 2000, s. 225.

⁵⁵ Se Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002, s. 288–289 som blant annet legger vekt på gjøremålets ledelseskarakter og legitimasjon utad.

⁵⁶ Se Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002, s. 286.

⁵⁷ Se Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002, s. 290–291 om betydningen av at aktøren har høyeste avgjørelsesmyndighet innen det aktuelle feltet.

⁵⁸ Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-12 første ledd første punktum.

⁵⁹ Se aksjeloven og allmennaksjeloven § 2-10 annet ledd jfr. § 10-7 tredje ledd.

⁶⁰ Se Kristin Normann Aarum, *Prospektansvaret – Behov for nytenkning?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002 s. 239–291 (s. 262–271), Johan Giertsen, *Aksjeselskapsretten som obligasjonsrettslig disiplin*, Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett 2003 s. 53–70 (s. 66) og Catarina af Sandeberg, *Prospektansvaret. Caveat emptor eller caveat venditor?*, Stockholm 2001 s. 449 som fremhever et slik tradisjonelt standpunkt, men som likevel åpner for en utvikling i retning av et selskapsansvar. Se også Erik Werlauff, *Werlauff's Børs- og kapitalmarkedsret*, 3. utgave, København 2005 s. 156–159. Werlauff, *op.cit.* s. 168 påpeker i den forbindelse av det kreves "en betydelig grad af uaktsomhed" for at selskapsansvar skal bli aktuelt.

fremme erstatningskrav mot møteleder personlig. Som hovedregel bør det derfor ikke åpnes for erstatningskrav mot selskapet på grunn av aksjonærenes tap ved møteleders feil i stemmefortegnelsen.

Det må foreligge *årsakssammenheng* mellom feilen i stemmefortegnelsen og det tap som kreves erstattet. Imidlertid er ikke møteleders feil i seg selv tilstrekkelig til å forårsake et økonomisk tap. Feilen vil eventuelt utgjøre en samvirkende årsak sammen med generalforsamlingens materielle beslutning. I slike tilfeller følger det av betingelseslæren at feilen må ha vært en nødvendig faktor. Årsakskravet er oppfylt hvis skaden ikke ville ha skjedd dersom handlingen tenkes bort.⁶¹ Imidlertid stilles det ikke krav om at feil i stemmefortegnelsen er hovedårsaken. Det er tilstrekkelig at feilen har påvirket aksjonærenes stemmegivning i den grad at det er naturlig å knytte ansvar til denne.⁶²

Den konkrete årsaksvurderingen blir i utgangspunktet parallell til spørsmålet om anfektelse på grunnlag av saksbehandlingsfeil. Som tidligere nevnt, forutsetter ugyldighet på dette grunnlaget at feilen i avgjørende grad har virket inn på generalforsamlingens materielle beslutning. Når feilen gjelder aksjonærenes adgang til å utøve stemmerett, stilles det små krav til bevisføringen. Ved så grove feil er det tilstrekkelig at innvirkning ikke kan utelukkes.⁶³ I rettspraksis er det uttalt at et slikt kausalitetskrav gjelder både i forhold til søksmål om ugyldighet og søksmål om tilbakeføring av ulovlig utytte.⁶⁴ På dette punkt er det liten grunn til å behandle et krav om erstatning annerledes. Det foreligger derfor en presumpsjon for årsakssammenheng ved feil som innebærer at en aksjonær nektes å stemme eller at andre aksjonærer gis uriktig stor innflytelse. Dermed er det opp til saksøkte å føre motbevis for at slike feil ikke har påvirket avstemningen eller for øvrig samvirket til det økonomiske tap som kreves erstattet.

Det er kun *adekvat* årsakssammenheng som gir grunnlag for erstatning. Dette innebærer at blant annet at skadefølgen må være påregnelig.⁶⁵ For møteleder som utgjør første ledd i årsakskjeden, kan spørsmålet om påregnelighet tilsynelatende by på vanskelige avveininger. På dette punkt avhjelpest imidlertid vurderingen av aksje- og allmennaksjeloven § 5-10 tredje ledd jfr. § 5-14. Kravet til sammenheng mellom innkallingen og de saker generalforsamlingen kan behandle, gir møteleder en indikasjon på mulige konsekvenser av feil i stemmefortegnelsen.

⁶¹ Rt. 1992 s. 64 på side 69.

⁶² Rt. 1992 s. 64 på side 70. Se videre Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave, Oslo 2005 s. 263–264. Se også Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 5. utgave, Bergen 2000 s. 325 om ”vesentlighetslæren”. Nils Nygaard, *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis*, Bergen 1974 s. 294 argumenterer dessuten for at skadevolders subjektive skyld kan være et moment i en slik vesentlighetsvurdering.

⁶³ Rt. 2003 s. 1501 avsnitt 48.

⁶⁴ Rt. 2003 s. 1501 avsnitt 47.

⁶⁵ Se for eksempel Rt. 2001 s. 320 hvor begrepene ”adekvat” og ”påregnelig” til dels blir brukt som uttrykk for samme vurderingstema.

Angivelse av mangelen som vilkår for fristavbrudd ved reklamasjon og foreldelse – illustrert med reklamasjon på ”symptomer” ved skipsbygging og oljefabrikasjon

av dr.juris Amund Bjøranger Tørum

En nøytral reklamasjon er ifølge kjøpsloven § 32 første ledd en ”... melding som angir hva slags mangel det gjelder”. Det er altså tilstrekkelig at kjøperen gjør gjeldende *at* det foreligger en mangel. Han trenger – i første omgang – ikke å varsle om at det vil bli framsatt mangelskrav på grunnlag av mangelen.¹ Rt. 2006 s. 1076 (avsnitt 56 og 62) slår fast at avhendingsloven § 4-19 skal forstås på samme måte. Dette innebærer en oppmykning i forhold til den tidligere kjøpsloven § 52, der det sto at kjøperen måtte ”paaberobe sig mangelen”, altså framsette et mangelskrav.

Reklamasjonen avbryter rimeligvis bare reklamasjonsfristen for mangler som *omfattes* av reklamasjonen. En reklamasjon som bare knytter seg til at skipet ikke oppnår avtalt marsjart, og som typisk gir krav på et nærmere avtalt prisavslag, avbryter for eksempel ikke reklamasjonsfristen for mangler ved hovedmaskinen. Men hva hvis rederens reklamasjon består i at han krever at verftet utbedrer hovedmaskinens sprukne eksosmanifold; kan en slik reklamasjon virke fristavbrytende også for et senere krav om å utbedre årsaken(e) til den sprukne manifolden? Vi kan for eksempel tenke oss at verftet utbedrer manifolden, men at den senere sprekker på nytt, og at dette etter omfattende og langvarige undersøkelser viser seg å skyldes skadelige vibrasjoner som følge av at hovedmaskinen er montert skjevt. Situasjonen er altså at en mangel som det er reklamert for (den første sprukne manifolden), og som er forsøkt utbedret, *senere* viser seg å ikke være en isolert hendelse, men et symptom på en dypereliggende feil. Utbedringsarbeidet har her hatt samme effekt som hodepinetabletter har mot årsaken til hodepine; ”symptomene” forsvinner, men bare for en stund.

Det er særlig der det er vanskelig å fastslå årsaken(e) til mangelen, at kravet om at reklamasjonen må angi mangelen, kan komme på spissen. Spørsmålet i det følgende er *hvor* *presist* reklamasjonen må angi hva mangelen gjelder. Dette er av stor betydning for hvilke mangler som omfattes av reklamasjonen: Jo strengere krav som stilles til angivelsen av hva mangelen gjelder, desto mer skal det til for at en reklamasjon som tilsynelatende bare omfatter ”symptomet”, kan tolkes slik at den også omfatter den egentlige mangelen. Dette kan også formuleres som et spørsmål om *hva som er én og samme mangel*.

I praksis begrenses problemet gjennom mer eller mindre omfattende tester av om leveransen er kontraktsmessig, som bidrar til at eventuelle mangler, eksempelvis manglende kapasitet, avdekkes raskest mulig. Testprosedyrene kan være utførlig regulert i kontrakten; se eksempelvis ECE 188A Art. 8 og 21 og NLM 94 Art. 37.2 Ved skipsbygging skjer dette blant annet gjennom en såkalt sjøprøve, jf. Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt (SBK) 2000 Art. VII.3 Det er også vanlig å gjennomføre tester ved oljefabrikasjon, jf. Norsk Fabrikasjonskontrakt (NF) 05 Art. 19.1, i hvert fall før produksjonen starter opp, og det er ikke uvanlig at NF suppleres med særskilte testprosedyrer, særlig i kontrakter som også omfatter installasjon (EPCI-kontrakter). Dette betyr at

¹ Se nærmere om dette hos *Viggo Hagstrøm*, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003, s. 345-347, særlig petitavsnittet på s. 346.

² Se mer generelt *Erik Hørlyck*, *Tilvirkningskøbet*, Århus 1996, s. 96-99.

³ Se generelt *Øystein Mæland*, *Skipsbygging – Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt*, Bergen 2006, s. 117-125.

spørsmålet om hvor presist reklamasjonen skal angi mangelen, særlig er aktuelt for (såkalte skjulte) mangler som først viser seg en stund etter levering.

Lovgivningen gir begrenset veiledning for hvor presist reklamasjonen må angi mangelen. Kjøpsloven § 32 sier, som nevnt, bare at kjøperen må gi "... melding som angir hva slags mangel det gjelder", og før vi ser nærmere på forarbeidene og rettspraksis, skal vi se på hvilke kryssende hensyn som her gjør seg gjeldende.

Det er gjerne utbedringsprosessen med "prøving og feiling" som til slutt avdekker den egentlige mangelen. Problemet – sett fra kjøperens ståsted – er at han ofte slår seg til ro med at han har reklamert en gang for alle, når han først har reklamert på symptomene og satt i gang utbedringsprosessen.⁴ Dette kan føre til at kjøperen unnlater å reklamere på nytt når den egentlige mangelen omsider avdekkes. Det er imidlertid flere eksempler på at tilvirkeren i slike tilfeller, etter at han har utbedret den egentlige mangelen, har krevd særskilt vederlag for utbedringsarbeidet. Og tilvirkerens begrunnelse er gjerne at kjøperens reklamasjon bare omfatter "symptomene", og ikke den egentlige mangelen.

Tilvirkeren har da også et legitimt behov for å få klarhet i om kjøperen mener at også utbedringen av den egentlige mangelen skal skje for tilvirkerens regning ("garantiarbeid"), eller om han vil få særskilt betalt. Utbedringen av den egentlige mangelen kan jo legge beslag på store ressurser hos tilvirkeren, og være meget kostnadskrevende. Dette kan tale for å være forsiktig med å se det slik at kjøperens reklamasjon, som tilsynelatende bare omfatter "symptomene", også omfatter den egentlige mangelen. Det kan jo bli tyngende for tilvirkeren om han ikke får særskilt betalt for utbedringsarbeidet.

Dersom det stilles strenge krav til reklamasjonens angivelse av mangelen, kan det imidlertid virke som en felle for kjøperen. Dette gjelder ikke minst i teknisk kompliserte saker, der det kan være nødvendig med omfattende og langvarige undersøkelser for å avdekke den egentlige mangelen. Her kan et strengt presisjonskrav lett få preg av etterpåklokskap. Særlig når man tar i betraktning at tilvirkeren i slike tilfeller normalt har vesentlig bedre forutsetninger enn kjøperen for å identifisere mangelen på en rasjonell og kostnadseffektiv måte.

Der det er vanskelig å angi hva mangelen består i, taler derfor gode grunner for at det bør være tilstrekkelig at kjøperen angir symptomene – hvordan mangelen *arter seg*. Dersom skipets hovedmaskin bruker mer drivstoff enn avtalt, bør det for eksempel være nok at kjøperen varsler verftet om dette. Dette er i tråd med forarbeidene til kjøpsloven § 32, der det stilles nøkterne og realistiske krav til angivelsen av mangelen i tilfeller, der det ikke er mulig å si nøyaktig hva mangelen består i:⁵

"Det kreves etter ordlyden at meldingen også angir hva slags mangel det gjelder. Bestemmelsen kan her neppe tas helt strengt på ordet. Det kan ikke alltid kreves en snever og presis angivelse. Det kan tenkes situasjoner hvor det foreligger klare symptomer på mangler uten at det er mulig å si akkurat hva slags mangel det er tale om. I så fall må det være tilstrekkelig å angi hvordan manglene arter seg" [mine kursiveringer].

At det i slike tilfeller er *tilstrekkelig* å "... angi hvordan manglene arter seg", synes å være omtrent på linje med Konvensjonen om internasjonale løsørekjøp (CISG) Art. 39, der det

⁴ Trans Tind-saken (norsk voldgiftsdom av 6. juli 1982, trykket i Nordisk Skibsrederforening Medlemsblad nr. 522 s. 4907 fig.) og Stavanger tingretts dom i den såkalte Baldersaken (dom av 30. juli 2003 i sak 98-00401A, se særlig s. 456-457) er illustrerende for hvordan en slik prosess kan arte seg.

⁵ Se Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 81.

kreves at reklamasjonen angir "... the nature of the lack of conformity ...". Rt. 2006 s. 1076 (avsnitt 56) er nokså klar på at forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd og avhendingsloven § 4-19 ikke stiller strengere krav til angivelsen av mangelen enn kjøpsloven § 32.

I NF 05 Art. 25.1 tredje ledd kreves det at reklamasjonen gir en "... spesifisert angivelse av mangelen". Selv om uttrykket "spesifisert" kanskje er strengere enn "angir", er nok bestemmelsen på linje med bakgrunnsregelen i kjøpsloven § 32; man kommer neppe utenom en bred vurdering.⁶ Og det samme kan sies om forståelsen av SBK Art. X (2), der det kreves at reklamasjonen skal "... inkludere beskrivelse av mangelen i så stor detaljgrad som med rimelighet kan forventes".⁷

Selv ikke der det er rimelig klart hva mangelen skyldes, kreves det at reklamasjonen angir mangelens årsak. Dette følger nokså klart av ordlyden i kjøpsloven § 32, og hensynet til en enkel og klar regel – et viktig hensyn på dette området – trekker i samme retning, siden det uansett kan være delte oppfatninger om mangelens årsak, og fordi det jevnt over vil ha lite for seg å pålegge kjøperen å spekulere i mangelens årsak. Når det gjelder avhendingsloven § 4-19, er Rt. 2006 s. 1076 (avsnitt 63) klar på at bestemmelsen ikke krever at kjøperen forsøker å angi årsaken til mangelen, og hensynet til konsekvente regler taler for at dette bør være avgjørende også for forståelsen av kjøpsloven § 32.

Det at kjøperen må angi hvordan mangelen "arter seg", betyr ikke at han må redegjøre utførlig for hvordan mangelen arter seg i alle sammenhenger. Angivelsen av mangelen må imidlertid være så presis at tilvirkeren settes på sporet av feilen, slik at han kan komme i gang med feilsøkingen og vurdere reklamasjonens berettigelse,⁸ men også for at tilvirkeren eventuelt skal få snudd seg og reklamert til sin underleverandør.⁹ Kjøperen kan med andre ord ikke avbryte reklamasjonsfristen gjennom en "generalreklamasjon" om at "noe" er galt,¹⁰ selv om man ser forsøk på dette.

I visse tilfeller kan det være usikkert om den nøytrale reklamasjonen, som innledet prosessen med feilsøking og utbedring, også omfatter den egentlige mangelen. I grensetilfeller kan det være av betydning om tilvirkeren burde ha gjort kjøperen oppmerksom på at den egentlige mangelen – etter tilvirkerens syn – ikke omfattes av reklamasjonen. Spørsmålet er særlig aktuelt der tilvirkeren etter omsider å ha avdekket den egentlige mangelen, har unnlatt å påberope seg at reklamasjonen ikke omfattet den egentlige mangelen før han startet arbeidet med å utbedre den. Kjøperen kan jo i et slikt tilfelle – gjerne med god grunn – ha slått seg til ro med at han har reklamert en gang for alle, når han først har satt i gang prosessen med å finne og utbedre mangelen. Når selgeren har unnlatt å påberope seg at reklamasjonen ikke omfatter den egentlige mangelen før han utbedret den, har han dessuten fratatt kjøperen sjansen til å bestemme at mangelen likevel ikke skulle utbedres (for kjøperens regning). Men hvordan kan slike omstendigheter, som inntre *etter* at reklamasjonen ble fremsatt, få betydning for hvilke mangler som omfattes av reklamasjonen?

⁶ I samme retning *Knut Kaasen*, *Petroleumskontrakter*, Oslo 2006, s. 641-642.

⁷ I samme retning *Stephen Knudtzon*, *Den nye kontrakt for bygging av skip ved norske verksteder*, Nordisk Skibsrederforening Medlemsblad, spesialnummer A 1984, s. 62, 2. spalte, for så vidt gjaldt forløperen til SBK 2000. *Møland* op.cit. s. 161 synes derimot å legge til grunn at kravet til angivelse av mangelen i SBK Art. X (2) tredje ledd annet punktum ikke er preklusivt, men bare en ordensregel ("nærmest utenkelig" å anse spesifikasjonskravet som preklusivt). Dette stemmer dårlig med kontraktens ordlyd ("skal"), og det er heller ikke ellers holdepunkter for at det her har vært meningen å fravike bakgrunnsregelen i kjøpsloven § 32. Uten et krav om at den nøytrale reklamasjonen må angi mangelen, risikerer man dessuten å åpne for såkalte "generalreklamasjoner", noe som i hvert fall ikke er fristavbrytende i forhold til kjøpsloven § 32 (se brødteksten).

⁸ Slik også *Kaasen* op.cit. s. 641, når det gjelder forståelsen av NF 05 Art. 25.1 tredje ledd.

⁹ Se eksempelvis Rt. 2006 s. 1076 (avsnitt 85 flg.).

¹⁰ Jf. *Kaasen* op.cit. s. 641. Tilsynelatende motsatt *Møland* op.cit. s. 160 og 161.

Svaret er vel at slike omstendigheter ikke er relevante for hvilke mangler som omfattes av reklamasjonen, men at slike omstendigheter likevel kan få betydning for om tilvirkeren har i behold en eventuell innsigelse om at reklamasjonen ikke omfatter den aktuelle mangelen. Dette leder oss over i læren om såkalte *realitetsdrøftelser*. Den innebærer enkelt sagt at selgeren kan bli ansett for å ha frafalt retten til å gjøre gjeldende at det er reklamert for sent, dersom han uten å ta forbehold om dette innlater seg på diskusjoner om kravets berettigelse.¹¹ Da bør det vel desto mer være slik at en selger eller tilvirker som ikke bare har unnlatt å gjøre gjeldende at det er reklamert (for den egentlige mangelen), men som i tillegg *har* utbedret mangelen, er avskåret fra å gjøre gjeldende at reklamasjonsfristen er utløpt for den egentlige mangelen. Et slikt synspunkt har en viss støtte i Rt. 1973 s. 61 ”Tankbillekkasjen”, som riktignok gjaldt kravet om spesifisert reklamasjon ved hevning. Høyesterett framhevet at det lenge var flere teorier om årsaken til lekkasjene, at det derfor var nødvendig med en nokså omfattende prosess for å finne og utbedre lekkasjene, og at partene hadde samarbeidet i denne prosessen. Synspunktet var at:

”... så lenge reparasjonene pågikk, løp det ingen frist for å heve kjøpet. Det *samarbeid* som må anses for å ha pågått mellom partene for å få løst vanskelighetene ... *utskjøtt* reklamasjonsfristens begynnelse til det *sluttelig* viste seg at forsøkene ikke førte frem. Og det må være tilstrekkelig at kravet om hevning *da* ble fremsatt uten ugrunnet opphold, hvilket må anses gjort i dette tilfelle. – Jeg understreker også her at Vermelid hele tiden var kjent med de løpende reparasjoner *uten at han selv på noe tidspunkt gjorde gjeldende at han nå måtte være fri for ansvar*, noe han hadde grunn til å gjøre om han ønsket seg fri” [mine kursiveringer].

Et beslektet synspunkt var framme i Rt. 2006 s. 1076 (avsnitt 63). Kjøperens reklamasjon omfattet utvilsomt fuktskader i veggen, og spørsmålet var om reklamasjonen også omfattet fuktskader i grunnmursveggen. Dette besvarte Høyesterett bekreftende (avsnitt 63):

”Lagmannsretten uttaler at Brkanovic [kjøperen] skulle reklamert *spesielt* over de forholdene som ble oppdaget i januar 2002 da grunnmursveggen ble avdekket. Jeg kan ikke slutte meg til dette. Det var allerede reklamert over fuktskader i veggen, og sett i et slikt lys, var det som senere ble oppdaget [fuktskader i grunnmursveggen], *ikke nye mangler, men nye årsaker* til fuktskadene” [mine kursiveringer].

Ettersom dommen nettopp gjaldt spørsmålet om en reklamasjon på ”symptomet” (fuktskadene i veggen) også kan omfatte den egentlige mangelen (fuktskader i grunnmursveggen), kan det hevdes at det nå er slått fast at utgangspunktet er at en reklamasjon på ”symptomet” også omfatter den egentlige mangelen. Så prinsipielle er nok imidlertid ikke Høyesteretts begrunnelse. I fortsettelsen av det siterte ble det nemlig – som et støtteargument – pekt på at kjøperen, i tillegg til å reklamere, hadde ”... varslet om at han aktet å gå i gang med utbedringen, uten at dette avstedkom noen reaksjon fra Boetablerings [selgerens] side. Reklamasjonsfasen var da over, og en kjøper kan på et slikt tidspunkt ikke ha noen ytterligere plikt til oppfølging for å holde reklamasjonen i hevd.” Dette skal vel helst forstås slik at hvis selgeren mente at han ikke var ansvarlig for kjøperens kostnader med å utbedre fuktskadene i grunnmuren, fordi reklamasjonen – etter selgerens syn – bare omfattet fuktskadene i veggen, burde han ha gjort kjøperen oppmerksom på dette før kjøperen kom så langt som til å sette i gang utbedringsarbeidet. Det er uklart hvor stor vekt Høyesterett la på dette støtteargumentet, men dersom det var utslagsgivende, må dommen sies å være temmelig konkret begrunnet.

¹¹ Se nærmere om realitetsdrøftelser hos *Hagstrøm* op.cit. s. 343-345, med videre henvisninger.

Både ved skipsbygging og oljefabrikasjon er det vanlig å avtale en særskilt garantiperiode for eventuelle mangler ved utbedringsarbeider (garantiarbeid). Dette innebærer at kjøperen, til tross for at den regulære garantiperioden er utløpt, i en viss periode kan *reklamere på garantiarbeidet*, jf. SBK Art. X nr. 2 og NF 05 Art. 23.3. For reklamasjoner på garantiarbeid bør det imidlertid være tilstrekkelig at kjøperen påberoper seg "den samme mangelen som sist", dersom den arter seg på noenlunde samme måte.¹² I denne utvidede garantiperioden kan jo kjøperen uansett bare reklamere på selve utbedringsarbeidet.

Det kan imidlertid være vanskelig å ta stilling til hvilke mangler som omfattes av utbedringsarbeidet, men det må tas utgangspunkt i angivelsen i den opprinnelige reklamasjonen. Vi har sett at det i den ordinære garantiperioden kan være grunn til å tolke kjøperens reklamasjon, som tilsynelatende bare omfatter "symptomene", slik at den også omfatter den egentlige mangelen. I denne fasen er jo ikke garantiperioden utløpt, og kjøperen ville utvilsomt hatt kravet i behold dersom han hadde angitt den egentlige mangelen.

Når det derimot gjelder reklamasjoner på garantiarbeid i den utvidede garantiperioden, bør man være mer restriktiv. Dersom man her åpner for en romslig forståelse av hva som omfattes av det opprinnelige garantiarbeidet, risikerer man å (snik)utvide tilvirkerens garantiansvar utover den fremforhandlede garantiperioden. Men en slik restriktiv tolkning bør være betinget av at tilvirkeren i første omgang *lojalt* har forsøkt å utbedre mangelen. Dersom årsaken til at mangelen har oppstått på nytt, er at tilvirkeren slurvet i sitt forsøk på å utbedre mangelen, bør det ikke anlegges en restriktiv forståelse. Dette gjelder særlig der tilvirkeren, typisk for å redusere sine utbedringskostnader, har nøyd seg med å utbedre symptomene i stedet for å ta problemet ved roten ("malt over rusten"). Dersom tilvirkerens utbedringsforsøk ikke var et reelt forsøk på å utbedre mangelen, har han imidlertid opptrådt illojalt på en måte som kan rammes av kjøpsloven § 33, og i så fall kan kjøperen uansett reklamere på mangelen.¹³

Det kan på samme måte spørres om hvor presist mangelen må være angitt i forliksklagen eller stevningen for at *foreldelsesfristen* skal avbrytes. Spørsmålet er særlig aktuelt der kjøperen – etter at søksmålet ble anlagt – får nye kunnskaper om manglenes art og omfang. Stilles det her strenge krav til angivelsen av manglene, for at stevningen skal virke fristavbrytende også for de "nye" manglene, vil kjøperen måtte ta ut ny forliksklage eller stevning, dersom det viser seg at enkeltposter kommer i tillegg eller forstørres. Det ville være en tungvint og prosessøkonomisk uheldig løsning, og i Rt. 2006 s. 983 har Høyesterett slått fast at det i slike tilfeller skal foretas en "totalbedømmelse", der man anlegger et nokså romslig syn på hvilke mangler som omfattes av forliksklagen eller stevningen (avsnitt 35-36 og 39).

Dette burde vel også, som for kjøpsloven § 32, vært begrunnet med at man ellers risikerer at kravet til angivelse av mangelen blir en felle for kjøperen. Dermed er det ikke sagt at den liberale "totalbedømmelsen", som Rt. 2006 s. 983 gir anvisning på, uten videre kan overføres på en reklamasjon. Mens det kan være både tungvint og kostbart å ta ut ny forliksklage eller stevning, dersom det viser seg at enkeltposter kommer i tillegg eller forstørres, kan en reklamasjon suppleres uten slike rettslige skritt. På den annen side gir altså Rt. 2006 s. 1076 anvisning på en romslig tilnærming også for reklamasjon.

I motsetning til en nøytral reklamasjon etter kjøpsloven § 32, må imidlertid en forliksklage eller stevning også angi et mangelskrav. Terskelen for at fristavbrudd skal kunne bygges på

¹² Formelt kan dette muligens forankres i at spesifikasjonskravet i SBK 2000 Art. X nr. 2 tredje ledd annet punktum og NF 05 Art. 25.1 tredje ledd ikke er gjentatt i SBK Art. X nr. 2 femte ledd og NF 05 Art. 23.3.

¹³ *Kaasen op.cit.* s. 568, uttaler at garantiperioden i NF 05 Art. 23.2 trolig må suppleres med prinsippet i kjøpsloven § 33, men dette følger vel allerede av at oljefabrikasjonskontrakter i utgangspunktet omfattes av kjøpsloven, og at § 33 er preceptorisk. Av samme grunn gjelder § 33 for skipsbyggingskontrakter.

debitors erkjennelse, jf. foreldelsesloven § 14, er dessuten så høy,¹⁴ at det er lite aktuelt med realitetsdrøftelser som grunnlag for avbrudd av foreldelse, jf. særlig Rt. 1960 s. 143 (s. 147).

Det siste betyr at kjøperen ikke kan slå seg til ro med reklamasjonen, hvis prosessen med å finne og utbedre den egentlige mangelen tar lang tid. I slike tilfeller kan kjøperen, for at mangelskravene ikke skal foreldes, måtte følge opp reklamasjonen med en forliksklage eller stevning. Utgangspunktet er at foreldelsesfristen for mangelskrav, eksempelvis krav på retting, starter ved levering, også for skjulte mangler, jf. Rt. 2002 s. 696. Ved skipsbygging og oljefabrikasjon betyr dette at fristen i utgangspunktet starter idet leveringsprotokollen er opprettet.¹⁵

Når det gjelder krav som utelukkende bygger på tilvirkerens såkalte *garanti*, som typisk gir kjøperen en mer eller mindre ubetinget rett til å kreve retting (gjerne kombinert med en presumsjon for at mangelen forelå ved levering – omvendt bevisbyrde), oppstiller imidlertid foreldelsesloven § 4 nr. 3 en mer kjøpervennlig (sær)regel: Den ordinære foreldelsesfristen på tre år etter § 3 starter her først idet garantiperioden er utløpt, likevel ”fra den dag da kjøperen gir varsel om det forhold [garanti]kravet grunner seg på”. Det er imidlertid usikkert hva som skal anses som garantikrav etter foreldelsesloven § 3 nr. 4, og det er tvilsomt om bestemmelsen kommer til anvendelse på garantikrav etter SBK 2000 Art. X og NF 05 Art. 25. Selv om disse klausulene taler om garantikrav, innebærer de jo stort sett en ansvarsfraskrivelse fra tilvirkerens side sett i forhold til bakgrunnsreglene i kjøpsloven.

¹⁴ Se særlig Rt. 1997 s. 920 og *Hagstrøm* op.cit. s. 753-755, med videre henvisninger.

¹⁵ Se nærmere om disse prosedyrene i henholdsvis SBK 2000 Art. VIII nr. 2 og NF 05 Art. 19.1 og 19.2.

The Repeal of Council Regulation 4056/86: a new regime for maritime transport competition is born

By research assistant Mila Varela

On September 25 2006 Council Regulation 4056/86¹ was finally repealed. After three years of consultations and negotiations with stakeholders, the EU Competitiveness Council of Ministers approved the adoption of the EU Commission's proposal to repeal the block exemption from which liner conferences had been benefiting from.²

The first reported reaction to the repeal came from EU Commissioner Charley McCreevy who proved himself "delighted" and stated that "the European shipping industry will benefit from the more competitive market that will result from the repeal of the block exemption and the EU economy as a whole stands to benefit from lower transport prices and more competitive exports".³ However, carriers have proved very sceptical and fearful on the effects on the repeal throughout the whole process of revision.

This paper has as its aim to analyze the repeal of Regulation 4056/86 by first, addressing, the institution of Liner Conferences and the concept of block exemption, and secondly, briefly examining the review process to, finally, conclude that the delight expressed by the EU Commissioner is also shared by a big share of stakeholders, who deposit very high expectations on the positive effects of this new liberalization of the market.

1 Liner Conferences: solidarity between shipowners in order to survive or institutionalized abusive practices?

The first definition of Liner Conferences can be found in a British Report of the Royal Commission on Shipping Rings, where Shipping Conferences are said to be "a combination more or less close of Shipping Companies for the purpose of regulating or restricting competition in the carrying trade or a given trade route or routes."⁴

More precisely, modern sources define them as a group of two or more vessel-operating carriers which provides international liner services for the carriage of cargo on a particular route or routes (within specified geographical limits) and which has an agreement or arrangement, whatever its nature, within the framework of which they operate under uniform or common freight rates and any other agreed conditions with respect to the provision of liner services."⁵

1 COUNCIL REGULATION (EEC) No 4056/86 OF 22 DECEMBER 1986 laying down detailed rules for the application of Articles 85 and 86 of the Treaty to maritime transport: OJ L 378, 31.12.1986, p. 4.

2 All documents available at:<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/maritime/> (Last visited 28 November 2006).

3 Available at:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1586&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (Last visited 28 November 2006).

4 "Report of the Royal Commission on Shipping Rings with Minutes of Evidence and Appendices", Wyman & Sons, Ltd., London 1909, vol. I, pag. 9, num. 20.

5 Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences; Geneva, 6 April 1974. Entered into force 6 October 1983, in accordance with article 49. Text: TD/CODE/13/Add.1 United Nations Treaty Series, vol. 1334, p.15 and vol 1365 p.360.

This definition has inspired the notion of Liner Conference in EC Law, which can be found in Council Regulation (EEC) No 4056/86 of 22 December 1986.

- Characteristics of Shipping Conferences

Characteristics of Shipping Conferences can be extracted from the definition formulated by the UNCTAD:

-They are a “group of two or more vessel-operating carriers”:⁶ Conferences are not legal entities; they do not have legal personality. It would be inappropriate to describe them as some kind of partners, as they are not integrating their services, nor they do not even merge together either permanently or temporarily. Moreover, one shipping company can appertain to more than one conference at the same time. The relationship among the shipping companies is merely contractual.

-They provide “international liner services for the carriage of cargo on a particular route or routes (specified geographical limits)”.⁷ The coverage of routes is mainly unidirectional, either outwards or inwards. Shipping Companies do not have to necessarily participate on reciprocal agreements.

-“An agreement or arrangement, whatever its nature, within the framework of which they operate under uniform or common freight rates and any other agreed conditions with respect to the provision of liner services.”⁸ The Conference agreement is a compromise between shipping companies that reflects their efforts to achieve maximum cooperation with minimum loss of individual freedom, this means price-fixing. Nevertheless, the degree of unity is not fixed; basically it is dependant on different factors such as amount of tonnage on the route and the relative strength of each liner. Also other factors to consider are: the quantity and type of cargo on the route, the variety of nationalities involved the length of the route and the grade of intervention of the national state of trade policies.

- Brief historical background of Shipping Conferences

Since the Middle Ages the merchants have been using the sea to ship their vessels in order to develop their businesses into new territories. Despite of this fact, it was only after the Middle Ages, when the trade expanded to overseas and colonies were established, that cargo and passengers were carried for freight and fares. In this epoch, technological conditions and the importance of weather did not allow a fixed schedule. It was only during the Industrial Revolution, thanks to the steamboat and the increase of manufacturing power, when new markets were needed to introduce the outcome of a growing industry and population. Maritime transport was able to help fulfill all these new demands.

The steamboat together with the opening of the Suez Canal in 1869 brought along not only a profitable success to maritime transport, but also a new problem. The trade routes became overtonnaged and the immediate reaction of the ship-owners was to lower their rates in order to attract customers. This caused a chain reaction: freight rates were brought down to the level

6 Supra note 5, Chapter One, Definition of Liner Conference.

7 Supra note 6.

8 Supra note 6.

of direct voyage costs, the competition was fierce and murderous, so, the only survival solution found at the time was to agree and coordinate the operations on the routes. In this context, the first Shipping Conference was born on 1875, taking place on the route UK-Calcutta. This Conference established a uniform tariff that secured for their members reasonable profits and allotted sailings from each vessel. Nevertheless, complaints were soon to arrive. Ship-owners and shippers, who were not admitted to the conferences, argued that some reduction in the freight rates must be established for them.⁹

This “cartelization” of the maritime traffic can be considered as the final step of a slow and gradual process of technical and economical transformations in the domain of maritime transport.

The Conference system soon spread throughout the world. In the beginning of the XXth century Shipping Conferences grew with very little confrontation from national states. Some of the arguments to support the Conference System are still used in current discussions, but the existence of these entities has always been much criticized. A good example of this is the debate on the British Royal Commission on Shipping Rings in 1909, where after three years of discussion no common position was agreed. The report submitted by a majority of 11 of its 16 members supports liner conferences and underlines their advantages (i.e. rate stability and regularity of service).

Not only in the UK were special Commissions created to study the Liner Conference. In the USA a special Committee was established. The outcome of its investigation vaguely concludes that the advantages of the conference system significantly outweigh the disadvantages. This statement, finally, led to the adoption in the US Shipping Act of 1916 of provisions allowing conferences under government control.

Latter in the century, state intervention in the domain grows. National legislations try to organize and correct the effects of Conferences in the market, specially, after the Second World War. The new born and independent states wishing to start acting on the maritime market, and the growing process of containerization, allowing an important enlargement of transport capacity and speed of travel, are two significant factors that contribute to the shifting of balance towards a more critical approach to liner conferences.

2 The “pacific” coexistence of the Liner Conference block exemption with the provisions of EC Competition Law

⁹ See *Mogul S. S. Co. v. McGregor*, L. R. 23 Q. B. Div. 598, 613 In that case the defendants were a number of shipowners who formed themselves into a league or conference for the purpose of ultimately keeping in their own hands the control of the tea-carriage from certain Chinese ports, and for the purpose of driving the plaintiffs and other competitors from the field. In order to succeed in this object, and to discourage the plaintiffs' vessels from resorting to those ports, the defendants during the 'tea harvest' of 1885 combined to offer to the local shippers very low freights, with a view of generally reducing or 'smashing' rates, and thus rendering it unprofitable for the plaintiffs to send their ships thither. They offered, moreover, a rebate of five per cent to all local shippers and agents who would deal exclusively with vessels belonging to the conference, and any agent who broke the condition was to forfeit the entire rebate on all shipments made on behalf of any and every one of his principals during the whole year—a forfeiture of rebate or allowance which was denominated as 'penal' by the plaintiffs' counsel. This also explains how the first loyalty agreement was created.

The EC competition law system operates on the basis that competition is “a basic mechanism of the market economy and is a simple and efficient means of guaranteeing consumers a level of excellence in terms of the quality and price of products and services.”¹⁰ For competition to be effective, and therefore, for the formula: “best service offered at the best price” to work it is presumed that suppliers are “independent of each other” and “each is subject to the competitive pressure exerted by the others.”¹¹

The core provisions in the EC Treaty are found in Title VI- “Common Rules on Competition, Taxation and Approximation of Laws”, Chapter I- “Rules on Competition”, Section I –“Rules applying to Undertakings”, under articles 81 and 82. These provisions set two prohibitions:

-All agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States, which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market.¹²

-“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part in so far as it may affect trade between Member States.”¹³

Article 81 has three paragraphs. The first one contains an enumeration of agreements which restrict competition.; the second paragraph renders all the agreements fulfilling the characteristics of the former paragraph automatically void. Subsequently, paragraph three establishes several exceptions to that rule, laying down some criteria under which the last two provisions may be inapplicable.

The Treaty empowers the Commission to apply such prohibitions, investigate possible breaches (i.e. write requests of information, inspect businesses) and impose fines for their violation. Furthermore, since 1 May 2004, all National competition authorities are also empowered and encouraged to apply these provisions of the Treaty, which have also direct applicability in National courts to protect individual rights conferred to the citizens.

-Block exemptions

The concept of block exemption was devised by the European Competition authorities as a means of allowing the Commission to focus on the most serious competition cases while

10 Extracted from “European competition policy: a brief overview - Antitrust and Cartels”, available at the website of the European DG of Competition:
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/overview/> (Last visited 31st August 2006).

11 Supra note 10.

12 CONSOLIDATED VERSION OF THE TREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY, Official Journal C 325 , 24 December 2002 Article 81,

13 EC Treaty, supra note 12, See Article 82.

giving parties to notified agreements greater legal certainty.¹⁴ The Commission receives every year a large number of individual notifications, with decisions on notified agreements, that often take two years or even longer to achieve, many of which, once reviewed, turn out to be innocuous from a competition law point of view. From the Commission's experience in the field of individual agreements, it was possible to define a set of criteria under which certain agreements could be exempted from Competition rules.

Block exemptions are under EC Competition Law the exception to the rules of article 81.1 and 81.2 of the EC Treaty. Some practices, even falling in the category of 81.1 are not void; however, the following criteria stated in 81.3 must be satisfied:

- "any agreement or category of agreements between undertakings;
- any decision or category of decisions by associations of undertakings;
- any concerted practice or category of concerted practices,

Which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) Impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) Afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question."¹⁵

There are six sectors for which the EC establishes regulations enacting block exemptions according to article 81.3 (among them other fields of transport such as transport by rail, road and inland waterways and air transport)

The steps to follow to analyze a block exemption is to first, look at whether the practice in question falls into the scope of article 81.1 and, secondly, if this question is affirmatively answered, if the practice fulfills the criteria for exemption established of article 81.3.

3 Council Regulation 4056/86 and its formal repeal.

Council Regulation 4056/86 constituted the basic pillar and the point of reference for competition in the maritime sector. It was applicable "to international maritime transport

14 Notification in the EU Glossary: "Formal information which firms provide to the Commission under EU antitrust and merger law in certain situations and which concern agreements they plan or have concluded. Notification of restrictive agreements is not compulsory, but undertakings which put them into effect risk that civil law courts will find them contrary to Article 81(1) EC Treaty and will not enforce them in application of Article 81(2). There is also the risk that the Commission or national cartel authorities adopt prohibition decisions on the basis of Article 81 EC Treaty". Extracted from the Glossary of the DG Competition available at: http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/n_en.html (Visited 1st september 2006)

15 EC Treaty, article 81(3) supra note 12.

services or to one or more Community ports, other than tramp vessel services,”¹⁶ according to article 1. Article 2 regulated technical agreements, while article 3 constituted the basis of the Regulation, and it is there where the Block Exemption was contained. Moreover, articles 4 and 5, outlined the conditions and obligations attaching to the exemption.

The curious features of regulation 4056/86 were, however, not few. First, the block exemption contained in article 3 was established for an unlimited period. Secondly, it did not contain any revision provisions, and therefore, it has contributed to the fact that during its 15 years of life, there were no modifications on the regime established by it while there have been a handful of developments in the legal regime in many jurisdictions (such as US, Canada and Australia), changes in market conditions, and significant technological and international developments. Thus, new developments on the field were, undoubtedly, required: the first to arrive was an amendment via regulation 1/2003,¹⁷ which repealed the implementing measures contained in Regulation 4056/86.

It is significant to note that non-compliance with the regulation could mean an important fine for the company examined and the repeal of the benefits of the block exemption.

After this general description of Regulation 4056/86 let us just focus on the core of the subject: the block exemption contained in art. 3 of the Regulation and briefly address a question that has given rise to much debate within the field.

-The block exemption contained in 4056/86: was it compatible with EC law?

To reach a conclusion on this subject, two questions need to be answered: first, do Ship Conferences restrict competition according to article 81.1? and secondly, do they fall in the categories of 81.3?

-Do Liner Conferences restrict competition according to article 81.1?

Liner Conferences fall into the agreements dealt with 81.1. However, the Preamble of Regulation 4056/86 fears them to be unnecessary constraints to competition. Now it is the time to look at how the Council has reached such conclusion.

The process of analyzing whether a practice restricts competition or not is relatively simple in its theory: identify pro-competitive and anti-competitive effects and weigh them to conclude whether or not the restriction has a global negative impact in the competition of the EC market. This method is known as “the Rule of Reason” and has its origin in United States antitrust law. Moreover, “according to the ECJ, the economical context of the agreement has to be considered.”¹⁸ These decisions mean that the ECJ when considering whether or not a practice falls within 81.1 (ex 85) weighs advantages and disadvantages in the market and if the latter prevail, the agreement does restrict the competition according to such article.

16 Council Regulation 4056/86, supra note 1, art.1.

17 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p.1.

18 *Societe Technique Miniere v Maschinenbau* [1966] ECR 282; *Pronuptia v Irmgard Schillgalis* [1986] ECR 353.

This approach can be criticized with two arguments. First of all, the Rule of Reason is an invention of US antitrust law, which has been extrapolated to European legislation. This rule of reason is needed in the US law because there are no provisions like our 81.3 that provide for some “allowable restrictions to competence”, and that is why this balancing is needed. The European system, having articles 81.1 and 81.3, strikes a fair balance of powers and does not necessarily need to apply the Rule of Reason for every agreement that is doubtful of being a restriction of competition. Secondly, the ECJ in some of its rulings has put forward the argument that there are some practices that constitute “per se” a restriction of competence, regardless of what positive impacts they might have on competition.”¹⁹

The text of article 81.1 expressly prohibits practices that prevent, restrict or distort competition, and in particular paragraph 81.1 (a) “refers to those that directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions.” The concern of the Council on the impact of liner conferences on competition is expressed in the Preamble of regulation 4056/86, where it is stated that the object of the regulation is to prevent “unnecessary restrictions to competition,”²⁰ however, the Council provides no empirical evidence in this regard.

In any case, the answer to this first question is clear: Liner Conferences constitute a restriction to competition and they clearly fall within EC art. 81 (1).

-Do Ship Conferences restrict competition according to article 81.3?

However, if the Council would still want Shipping Conference to exist, it could claim that Shipping Conferences respond to the criteria established by 81.3, and therefore, would not be void, being an exception to art. 81.1.

Article 3 of Regulation 4056/86 allowed price fixing agreements, which even if generally prohibited by 81.1, do have applicability in certain cases mentioned by 81.3. Those situations where restrictions to competition are possible are the following:

-If the agreements “contribute to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress-while allowing consumers a fair share of the resulting benefit”²¹

-And they if they do not:

(a) “impose concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives”;

(b) “afford the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”²²

Liner Conferences do not seem to comply with art. 81.3, for the following reasons:

19 Montepide SpA v Commission [1992] ECR 1155.

20 Recital 12 of the Preamble to Regulation 4056/86, supra note 1.

21 EC Treaty article 81(3), supra note 12.

22 EC Treaty article 81(3), supra note 12.

-Shipping Conferences have not proven to bring stability to the market: During the last decades there was been a continuous trend on lack of freight rate stability. Rates were still volatile and different group of interest do not agree on the data, adopting an interested view. However, both the UNCTAD and the WTO suggest that Liner Conferences do not contribute to stability of rates.

-They do not contribute to improving the production or distribution of the goods or to promote technical or economic progress. It is not proven that Liner Conferences contribute to improve the production or the distribution of the products, and tramp shipping vessels offer services at a high quality and highly competitive with liner vessels.

-They do not allow customers a fair share of the resulting benefit. They do not seem to benefit consumers due to the elasticity of the demand in this sector, and users, such as shippers have clearly contested the system.

-They do not impose “restrictions which are not indispensable: It is not an indispensable restriction of competition, despite of the fact that high fixed costs are unavoidable, the survival of the industry would not be in danger if the exemption were repealed or had never existed

-They do eliminate competition in respect of a substantial part of the products in question: Even if it does not completely eliminate competition, it does constrain the growing of other possible alternatives (i.e. tramp shipping).

The fixture of prices is in itself a breach of competition provisions of the EC Treaty. As Shipping Conferences do not even respond to one of the criteria for the exemption on 81(3) , there was simply no justification for a block exemption in this field. So, why has this block exemption survived for almost twenty years? The only justification given in the Preamble of the Regulation for its existence is the following: The concern of the Council on the impact of Liner Conferences on competition is expressed in the Preamble of regulation 4056/86, where it is stated that the object of the regulation is to prevent “unnecessary restrictions to competition,”²³ however, the Council provides no empirical evidence in this regard. As during the travaux préparatoires, no agreement was reached on the date between the different stakeholders, the Council basically presumed that Shipping Conferences would have a beneficial effect in the market, however, there was no clear empirical data to support this statement.

-The end of the block exemption: the repeal of Regulation 4056/86

The revision process of Council Regulation 4056/86 was launched in March 2003 with the publication a Consultation Paper (IP/03/445). The purpose of the paper is “to identify the main issues requiring further examination” and “to elicit comments and evidence from interested third parties as a basis for the next step on the process of review.”²⁴ The Commission seems to be pointing at some new elements that have introduced many novelties in the market scheme in the past years and that therefore, call for a re-examination of the regime that Liner Conferences profit from.

Those novelties are “changes in market conditions, the program of modernization of the EC competition rules, international developments and others”. From this very beginning of the

23 Recital 12 of the Preamble to Regulation 4056/86, supra note 1.

24 Consultation Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4056/86 Available at: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/maritime/> (Last visited 5 september 2006).

revision process, the Commission seemed to be very willing to reconsider the situation of the block exemption regime and the scope of regulation 4056/86 under the light of such developments.

In October 2004 a White Paper was published (IP/04/1213). It was, as every White Paper in EU law, a formal proposal for Community action in this field. However, in its introduction the purpose of the White Paper seems to go beyond the former documents, and the Commission seems to be willing to discuss already what other Communitarian instruments will come after the repeal of the block exemption. Maybe another block exemption or even a set of guidelines?. In the review of the process a new argument for the repeal appears as the “Lisbon Strategy” is mentioned as another justification for the repeal.²⁵

The consultation process seemed to be aiming at the repeal of the block exemption from its very start. Already at an early stage of the consultation, the Directorate General was pointing at a repeal as the outcome of the consultation, and seemed to be merely addressing the issue of what other alternative regimes could be most profitable for all the parties in the market.

Finally, a legislative proposal was adopted on 14 December 2005 (IP/05/1586) and the European Parliament issued a report in July 2006. It was on the 25th of September 2006 that the Competitiveness Council repealed Regulation 4056/86.

The repeal puts an end to the possibility for liner carriers to fix prices and regulate capacities but establishes a two-year transitional period, and establishes some amendments of Regulation 1/2003 and would also probably result in the repeal of Regulation 954/79. Moreover, it also extends the scope of the competition implementing rules to tramp shipping and cabotage services.

Therefore, existing liner conferences will be able to operate on routes to and from Europe until October 2008. “After that date, conference activities and in particular price fixing and capacity regulation will no longer be permitted”.²⁶ Within the two-year transitional period, the Commission will launch a series of guidelines to “explain how the competition rules apply to maritime transport services in general and in particular to the liner and tramp sectors”.²⁷

In the meantime the Commission will prepare an “issues paper” which will collect the views of stakeholders in the field of information exchanges—an issue raised by the revised proposal, and will seek the advice of stakeholders with the aim of drafting the guidelines.

4 Conclusion: What is the impact of the repeal and what consequences does the EU expect from the new regime on maritime transport competition law?

The evaluation of the impact of the repeal on maritime transport is particularly divergent depending on the interests of the stakeholders in question. Throughout the negotiations there

25 The Lisbon Strategy, set out by the European Council in Lisbon is a development plan for the European Union set out by the European Council in Lisbon on March 2000. One of its points is to promote competition in a handful of sector mentioned: one is transport.

26 MEMO 06/06/344, Available at:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1586&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (Last visited 28 November 2006).

27 Supra note 26

has been a dramatic divergence of views amongst interested parties as for the repeal. Traditionally carriers have opposed to the repeal arguing that in the absence of a block exemption, freight rates and supply will become instable and “destructive competition” will characterized the market. On the other hand shippers, especially through the European Shippers Council (ESC) representing over 100,000 exporting companies, and generating around 90% of the EU's international maritime traffic has always urged the Commission to take steps to repeal the regulation at the soonest, as according to them, the block exemption was “in so many ways holding back shipping lines and business developments of their customers.”²⁸

Fortunately, the European Liner Affairs Association (ELAA), carrier association representing roughly 90% of world capacity based in Bruxelles and born in May 2003 to “represent the world’s liner shipping interests in Europe, particularly vis a vis the European Commission and other relevant institutions,”²⁹ has proven to be a very conciliatory organisation. Their proposal to terminate price fixing and coordination of pricing in the liner shipping market from a very early stage of the negotiations was enthusiastically welcomed by European Shippers; furthermore, the ELAA has proved to be very eager on the negotiations on a new regime and has drafted many proposals in order to achieve a new regime that will satisfy all parties in the market. They are at this moment in time, focusing in the drafting of the Guidelines, as it is their belief that it is in these Guidelines lies the future of the maritime transport and they are indeed an “unique opportunity to shape the industry for the future.”³⁰

The European Commission, on the other hand, based on the outcome of the negotiations and on three independent economic studies undertaken expects that the repeal of the block exemption will carry out “substantial benefits to EU industry and consumers, in particular in the areas of transport prices, reliability of liner shipping services, competitiveness of the EU liner shipping industry and small EU liner carriers”.³¹ The potential economic impact of the repeal is expected to be, in brief, a decline of transport prices, increase of the reliability and quality of services, and either a positive impact or no impact on liner shipping firms, small liner shipping firms, EU ports, employment trade and/on developing countries. Furthermore, the repeal will contribute to the objectives set in the Lisbon Strategy to encourage competition within the EU.

The impact of this repeal on international tramp shipping does not seem to be of significance, as EC Competition rules already applied to international tramp shipping services. Tramp shipping and cabotage will be now included in the scope of Regulation 1/2003 and this will bring a more uniform approach to the industry in terms of clarity of the procedural framework.

Finally, now that the block exemption has been repealed, the most important step is to find a new regime upon which all stakeholders agree. There are basically two proposals lying on the table, on the one hand the proposal from the ELAA, supporting an information exchange

28 Citing Nicolette van der Jagt, Secretary General of the ESC: available at:

<http://www.europeanshippers.com/public/statements/archives/040928prsecuringcargo.htm>

29 Extracted from: <http://www.elaa.net/main.html> (Last visited 29 november 2006).

30 Available at: <http://www.elaa.net/documents/ELAAResponseIssuesPaper.pdf>.

31 The studies were carried out by Global Insight, the Berlin University of Technology and the Institute of Shipping Economics and Logistics in Bremen. Available at: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/maritime/>

system³² and on the other hand, the proposal of the ESC, (backed by the European business organization UNICE, the European Freight Forwarders Association CLECAT and consumer associations) considering that no replacement regime is needed, as carriers are allowed to cooperate extensively under other types of agreements (such as consortia and alliances).

It is now in the hands of the Commission to do its best during the two-year transitional period to seek a wide accepted solution among all parties involved, pro-competitive, and above all efficient. Let us not forget that 40% of EU external trade is depending on such agreement.³³

32 Details of their proposal of June 2006 are available at:

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/maritime/>

33 According to the 40% of EU external trade is transported by liner carriers (18% of all imports and 21% of all exports). Information available at:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1586&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.