

ALLAN PHILIP

Studier i
den internationale
selskabsrets
teori

WITH A SUMMARY IN
ENGLISH



JURISTFORBUNDETS FORLAG
KØBENHAVN

1961

Denne afhandling
er af det rets- og statsvidenskabelige fakultet
ved Københavns universitet
antaget til offentlig at forsvares for den
juridiske doktorgrad.

København, den 6. marts 1961.

A. Vinding Kruse
prodekan

Forord

Denne afhandling blev indleveret til Københavns Universitet den 23. juni 1960. Forinden trykningen er enkelte ændringer foretaget, foranlediget af lovændringer. Bortset herfra er der ikke taget hensyn til bøger, afhandlinger eller andet materiale, som først er kommet mig ihænde efter indleveringen. Min kone og professor, dr. juris O. A. Borum takker jeg for den interesse, som de begge har vist mit arbejde, og som har været af stor betydning for dets fuldførelse.

ALLAN PHILIP

Indholdsfortegnelse

<i>Forord</i>	<i>side</i> V
<i>Liste over den ved forkortelser citerede litteratur</i>	XII
 KAP. 1. INDLEDNING	 1
KAP. 2. SYNSPUNKTER VEDRØRENDE DEN INTERNATIONALE PRIVATRETS METODE	7
Kollisionsnormernes anvendelse som en mekanisk proces	9
Illustration: Diskussionen Gihl – Ross	11
Den mekanisk proces fører til urimelige resultater	13
Forsøg på at afhjælpe dette	16
Ny metode: Hensyntagen til de mulige resultater. Kollisionsnormerne som retsstandarder	19
Knophs lære om retsstandarderne	22
Dens anvendelse i den internationale privatret	24
Kritikken af Knoph	25
Rationaliseringen	27
Borums synspunkter	29
Betydningen af at kollisionsnormerne beskrives som retsstandarder	30
 KAP. 3. UDVIKLINGSLINJER	 33
I ældre tid var fremmedretlige spørgsmål de afgørende	33
Introduktion af teorierne om den juridiske person i den internationale selskabsret	34
Sammenhængen mellem fremmedret og international privatret	36
Udviklingens betydning for den nyere teori	37
 KAP. 4. ANERKENDELSESLÆREN	 40
Indledning	40
I. Anerkendelsesproblemets opståen	41
Tiden før de belgiske domme	42
	VII

De belgiske domme og deres baggrund	43
Laurents lære	45
Den fransk-belgiske traktat og 1857 loven	46
Forklaring på anerkendelseslærens opståen	47
II. Anerkendelsesteorierne	50
Indledning	50
Pilletts teori	53
Senere teorier	55
1. Teorier om anerkendelse af retsevn	55
a. Den fremmedretlige teori	56
b. Den international privatretlige teori	60
2. Teorier om retsevns omfang	61
III. Kritik af anerkendelseslæren	64
Kritik af den international privatretlige teori på dens eget grundlag	64
Kritik af retsevne-terminologien	65
Konsekvensen af denne kritik for anerkendelseslæren	68
Særligt om partsevne	69
Afslutning	70
KAP. 5. FORHOLDET MELLEM FREMMEDRET OG INTERNATIO-	
NAL PRIVATRET	72
I. Er problemstillingen den samme i begge discipliner?	72
II. Er kriteriet for tilknytningen det samme?	75
Udviklingen til og med den første verdenskrig	75
Niboyets lære	78
Andre opfattelser	79
Kritik	80
KAP. 6. TEORIERNE	83
Indledning	83
I. Selskabsaftalens betydning for lovvalget	85
Loussouarns analyse	87
II. Teorien om <i>incorporation</i> som kriterium	91
Hvad incorporation-teorien i virkeligheden går ud på	92
Dens overførelse til kontinentet	93
Kritik af incorporation-teorien	94

Moderne udformninger af teorien	95
III. Pillets lære om stiftelseslandets lov	97
IV. Hovedsædeteoriene	99
a. Virksomhedsstedet som hovedsæde	101
b. Det administrative centrum som hovedsæde	103
Læren om det fiktive hovedsæde og <i>fraude à la loi</i>	105
Hovedsædeteorien er på retur i Holland og Frankrig	111
V. Tilnærmelser mellem hovedsædeteori og incorpora- tion-teori	113
a. Niboyets videreførelse af Pillets lære	113
b. Den nordiske registreringsteori	115
c. Weiterverweisungslæren	119
Dansk rets stilling	120
d. Konventionsløsninger	121
Haagerkonventionen	121
International Law Association	123
De europæiske traktater	124
VI. Arminjons teori	125
VII. Kontrolteoriene	126
 KAP. 7. SYNSPUNKTER VEDRØRENDE TILKNYTNINGEN	 130
Indledning	130
Bestemmelse af de tilknytningsmomenter der gøres til gen- stand for diskussion	131
Beskrivelse af de vigtigste internationale situationer	134
Diskussion	138
Særlig om virksomhedsstedet	138
Særlig om hovedsædet	140
Særlig om stiftelseslandets lov	146
Området for den almindelige kollisionsnorm	150
Særlig om situation nr.4	153
Forholdet mellem situation nr.4 og diskussionen om de »bekvemme flag«	159
Konklusion	160

KAP. 8. DANSK RET	162
Indledning	162
I. Undersøgelse af om dansk lovgivning eller retspraksis er til hinder for antagelsen af de i kap.7 opnåede resultater	163
Regler om personellets tilknytning	163
Regler om hjemsted, kontor og generalforsamling	168
Betydningen af disse regler i international privatretlig henseende	171
Betydningen af reglerne om forretningsafdelinger for kravene til selskabers tilknytning	172
Stiftelse her i landet for at omgå et andet lands sel- skabsret	174
Aktieselskabslovens registreringssystem er ikke ind- rettet efter hovedsædeteorien	175
Er registrering nødvendig, blot fordi hovedsædet er beliggende her?	176
Loven om selskaber, der er underkastet konsularjuris- diktion	178
Retspraksis	179
II. Fremmedretlige regler	180
Registreringskrav	181
Aktieselskabslovens § 78 stk.4	182
Aktieselskabslovens § 77	185
Næringslovens § 9	186
Virkningen af at de fremmedretlige regler ikke over- holdes	187
III. Regler om kontrol	190
Sølovens § 1	191
Saltvandsfiskeriloven	193
Luftfartsloven	194
Lov om erhvervelse af fast ejendom	195
Beværterloven	196
Krigsmaterielloven	196
Biografloven	196
Spiritus- og gærloven	197

Apotekerloven	197
Sparekasseloven	197
Skattelovgivningen	197
Handelstraktater	200
Krigs- og konfiskationslovgivningen	200
Afsluttende bemærkninger	201
KAP. 9. STIFTELSE AF SELSKABER	205
1. Kapitaltegning udenfor stiftelseslandet	206
2. Aktionæroverenskomster	212
KAP. 10. INDGÅELSE AF AFTALER PÅ ET SELSKABS VEGNE	216
Forholdet mellem den handlende og selskabet og mellem den handlende og tredjemand	216
Forholdet mellem selskabet og tredjemand	217
Indledning	217
A. Fremstilling af den gængse lære	219
1. Den international privatretlige ultra vires lære	219
2. Den international privatretlige organteori	222
Loussouarns synspunkter	223
International Law Associations udkast	226
3. Andre tilfælde	227
B. Kritik	227
1. Den international privatretlige ultra vires lære	227
Baggrund og forsøg på forklaring af læren	227
Analyse	230
2. Den international privatretlige organteori	233
Særlig om publicitetens betydning	235
Forhåndsdocumentation af fuldmagt	237
Aftaler om selskabsretlige forhold	238
TILLÆG: KONVENTIONSUDKAST	240
Haag 1951	240
International Law Association 1960	243
<i>English Summary</i>	246

Liste over den ved forkortelser citerede litteratur

- Abrahams* – Raymond Abrahams, Les sociétés en droit international privé, Paris-Liège 1957.
- Actes* – Conférence de la Haye de droit international privé, 7. session 1951, bd.I, Actes, Haag 1952.
- Arminjon* – P. Arminjon, Précis de droit international privé commercial, Paris 1948.
- Augdahl* – Per Augdahl, Aktieselskapet efter norsk ret, Oslo 1926.
- Ballantine* – Ballantine on Corporations, 2.udg. Chicago 1946.
- Bar* – se von Bar.
- Battifol* – Henri Battifol, Traité élémentaire de droit international privé, Paris 1949.
- Battifol Aspects* – Henri Battifol, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris 1956.
- Battifol Contrats* – Henri Battifol, Les Conflits de lois en matière de contrats, Paris 1938.
- Battifol Law and Contemporary Problems* – Henri Battifol, Conflict avoidance in European law, 21 Law and Contemporary Problems, 1956 s.571 ff.
- Beckman* – Nils Beckman, Svensk domstolspraxis i internationell rätt, Stockholm 1959.
- Benelux konventionen* – Revue critique de droit international privé 1951 s.710, 1952 s.165 og s.377.
- Bentzon* – Viggo Bentzon, Skøn og Regel, Københavns Universitets Festskrift 1914.
- Berglund* – Hadar Berglund, Svensk eller främmande lag, Handelshögskolans i Göteborg Skriftserie 1946 nr.1.
- Bland* – Anthony J. Bland, Classification re-classified, 6 International and Comparative Law Quarterly 1957 s.10 ff.
- Borum NTIR* – Henry Ussing og O. A. Borum, International privatretskonference i Haag, Nordisk tidskrift for international ret 1952 s.110 ff.
- Borum Observations* – O. A. Borum, Quelques observations sur le projet de convention de la Haye (1951) pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, Liber Amicorum of Congratulationes to Algot Bagge, Stockholm 1956.
- Borum Sv. J. T.* – O. A. Borum, Den internationale privatrets stilling i nutiden, Svensk Juristtidning 1945 s.113 ff.
- Cavers* – D. F. Cavers, A critique of the choice of law problem, 47 Harvard Law Review 1933 s.173 ff.
- Cheshire* – G. C. Cheshire, Private international law, 4.udg. Oxford 1952.
- Comité français* – Comité français de droit international privé, La codification du droit international privé, Paris 1956.
- Cowen* – Zelman Cowen, American-Australian private international law, Bilateral studies in private

- international law no.8, New York 1957.
- Dicey* – Dicey's conflict of laws, 7.udg. ved J. H. C. Morris, London 1958.
- Documents* – Conférence de la Haye de droit international privé, 7.session 1951, bd.II, Documents, Haag 1952.
- Ernst Wolff* – Ernst Wolff, Personalstatut für Gesellschaften, Vereine und Stiftungen, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952 s.375 ff.
- Farnsworth* – A. Farnsworth, The residence and domicile of corporations, London 1939.
- Federspiel* – Holger Federspiel, Den internationale privatret i Danmark, Almindelig del, København 1909.
- Frankenstein* – Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht I, Berlin 1926.
- Gjelsvik* – Nikolaus Gjelsvik, Millomfolkeleg privatrett I, 2.udg. Oslo 1936.
- Gihl* – Torsten Gihl, Den internationella privaträttens historia och allmänna principer, Stockholm 1951.
- Gihl Studier* – Torsten Gihl, Studier i internationell rätt, Stockholm 1955.
- Goldschmidt* – Werner Goldschmidt, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechtes, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952 s.203 ff.
- Goldschmidt Revue* – Werner Goldschmidt, Système et philosophie du droit international privé, Revue critique de droit international privé 1955 s.639 ff, 1956 s.21 ff og s. 223 ff.
- Gomard* – Bernhard Gomard, Forholdet mellem erstatningsregler i og udenfor kontrakt, 1958.
- Gomard TfR* 1953 – Bernhard Gomard, Skøn og regel, T.f.R. 1953 s.310 ff.
- Goodrich* – Goodrich on conflict of laws, 3.udg. St.Paul, Minn. 1949.
- Gower* – L. C. B. Gower, The principles of modern company law, London 1954.
- Haagerkonferencen* – se *Actes og Documents*.
- Haagerkonventionen* – se kap.4 note 87.
- Hecke* – se *Van Hecke*.
- Hult* – Phillips Hult, Föräldrar och barn enligt svensk internationell privaträtt, Stockholm 1943.
- Hult Juridisk Debatt* – Phillips Hult, Juridisk Debatt, Uppsala 1952.
- ILA* – International Law Association, Reports of the 45., 46., 47. and 48. conferences, 1952–1958, London 1953–1960.
- Karlgren* – Hjalmar Karlgren, Kortfattad Lärobok i internationell privat- och processrätt, Lund 1950.
- Knoph* – Ragnar Knoph, Rettslige Standarder, Oslo 1948.
- Knoph TfR* 1938 – Ragnar Knoph, Omkring gullklausuldommen, T.f.R. 1938 s.46 ff.
- Kollewijn* – R. D. Kollewijn, American-Dutch private international law, Bilateral studies in private international law, no.3, New York 1955.
- Krenchel* – H. B. Krenchel, Håndbog i dansk aktieret, 2.udg. ved Estrid Jacobsen, 1954.
- Lainé* – A. Lainé, Des personnes morales en droit international privé, Journal du droit international privé

- et de la jurisprudence comparé, (Clunet) 1893 s.273 ff.
- Lando* – Ole Lando, Om anvendelse af fremmed selskabsret, Handelsvidenskabeligt Tidsskrift 1954 s. 35 ff.
- Lando Mellenmanden* – Ole Lando, Mellenmandens kompetence i internationale kontraktsforhold, Handelshögskolans i Göteborg Skriftserie 1956 nr.2.
- Latty* – Elvin R. Latty, Pseudo-foreign corporations, 65 Yale Law Journal 1955 s.137 ff.
- Laurent IV* – F. Laurent, Droit civil international bd.IV, Bruxelles – Paris 1880.
- Lederman* – William R. Lederman, Conflict avoidance by international agreement, 21 Law and Contemporary Problems 1956 s.581 ff.
- Lérebours-Pigeonnière* – P. Lérebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 6.udg. Paris 1954.
- Lewald* – Hans Lewald, Das Deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931.
- Loussouarn* – Yvon Loussouarn, Les conflits de lois en matière de sociétés, Paris 1949.
- Lovkonflikter* – O. A. Borum, Lovkonflikter, 4.udg. under medvirken af Allan Philip 1957.
- Malmström* – Åke Malmström, Det s. k. kvalifikationsproblemet inom internationell privaträtt, Uppsala 1938.
- Mann* – F. A. Mann, Zum Problem der Staatsangehörigkeit der juristischen Person, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952 s.271 ff.
- Marsh* – Harold Marsh Jr., Marital property in conflict of laws, Seattle 1952.
- Neumeyer* – Karl Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht I, München-Berlin 1910.
- Nial* – Håkan Nial, Internationell Förmögenhetsrätt, 2.udg., Stockholm 1953.
- Nial Reflexioner* – Håkan Nial, Några reflexioner om utländska aktiebolags rättsställning i Sverige, Festskrift Nils Herlitz, Stockholm 1955.
- Nial Studier* – Håkan Nial, Aktiebolagsrättsliga Studier, Stockholm 1935.
- Niboyet* – J. P. Niboyet, Traité de droit international privé, bd.I 2.udg. Paris 1947, bd.II 2.udg. Paris 1951, bd.III Paris 1944, bd.V Paris 1948.
- Niederer* – Max Gutzwiller og Werner Niederer, Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht 1951, Freiburg 1951.
- Niederer Einführung* – Werner Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrecht, Zürich 1954.
- Nussbaum* – Arthur Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht, Tübingen 1932.
- Nussbaum Principles* – Arthur Nussbaum, Principles of private international law, New York 1943.
- Olivecrona* – Karl Olivecrona, Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, Uppsala 1928.
- Pillet* – A. Pillet, Des personnes morales en droit international privé, Paris 1914.
- Pillet-Niboyet* – A. Pillet og J. P. Niboyet, Manuel de droit international privé, Paris 1924.

- Pillet Traité* – A. Pillet, Traité pratique de droit international privé I–II, Paris-Grenoble 1923–24.
- Raape* – Leo Raape, Internationales Privatrecht, 4.udg. Berlin-Frankfurt 1955.
- Rabel II* – Ernst Rabel, The conflict of laws, A comparative study, bd. II, Ann Arbor-Chicago, 1947.
- Reese* – Willis M. Reese og Edmund M. Kaufman, The law governing corporate affairs, 58 Columbia Law Review 1958 s.1118 ff.
- Reformforslag til Code civil* – se kap.4 note 88.
- Restatement* – Restatement of the law of conflict of laws, St.Paul, Minn. 1934
- Reuterskiöld* – Reuterskiöld, Handbok i svensk privat internationell rätt, 2.udg. Uppsala og Stockholm 1912.
- Ross Ejendomsret* – Alf Ross, Ejendomsret og ejendomsøvergang, 1935.
- Ross Festskrift* – Alf Ross, Tu-Tu, Festskrift til Ussing, 1951 s.468 ff.
- Ross Folkeret* – Alf Ross, Lærebog i folkeret, Almindelig del, 3.udg. 1951.
- Ross Ret og Retfærdighed* – Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed, 1953.
- Ross TfR 1954* – Alf Ross, Om begrebet retsanvendelse og ordre public, T.f.R. 1954 s.241 ff.
- Ross Virkelighed og gyldighed* – Alf Ross, Virkelighed og gyldighed i retslæren, 1934.
- Savigny* – F.C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, bd.VIII, Berlin 1849.
- Schnitzer* – Adolf F. Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts I 3.udg. Basel 1950.
- Schnitzer Handelsrecht* – Adolf F. Schnitzer – Handbuch des internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts, Zürich-Leipzig 1938.
- Serick* – Rolf Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin-Tübingen 1955.
- Siebel* – Ulf R. Siebel, Fragen zur Vereinheitlichung des Aktienrechts, Stuttgart 1954.
- Sindballe* – Kristian Sindballe, Den danske selskabsret, bd.I 2.udg. 1936, bd.II 1930, bd.III 1932.
- Surville* – F. Surville, Cours élémentaire de droit international privé, 7.udg. Paris 1925.
- Svenné Schmidt* – Torben Svenné Schmidt, Kvalifikationsproblemet i den internationale privatret, 1954.
- Taxell* – Lars Erik Taxell, Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rätts-handla, Helsingfors 1946.
- Thaller* – E. Thaller, Sur la nationalité des sociétés par actions, 4 Annales de droit commercial 1890, 2 s. 257 ff.
- Torp* – Carl Torp, Den danske selskabsret, 1919.
- Travaux* – Travaux de la Commission de Réforme du Code civil, bd.IV–V, Paris 1950–51.
- Valery* – Jules Valery, Manuel de droit international privé, Paris 1914.
- Van Hecke* – G. van Hecke, Le droit international des sociétés et les travaux de la 7me Conférence de droit international privé, Revue pratique des Sociétés civiles et commerciales, juni-juli 1952, særtryk Louvain 1952.
- Von Bar I* – L. von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, bd.I, Hannover 1889.

Walker – Gustav Walker, Internationales Privatrecht, 4.udg. Wien 1926.

Weiss – André Weiss, Manuel de droit international privé, 9.udg. Paris 1925.

Wengler – Wilhelm Wengler, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, Revue critique de droit international privé 1952 s.595 ff (og 1953 s.38 ff).

Wengler Qualifikation – Wilhelm Wengler, Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, Festschrift

für Martin Wolff, Tübingen 1952 s.337 ff.

Westlake – John Westlake, A treatise on private international law, 6.udg. ved Norman Bentwich, London 1922.

Wolff – Martin Wolff, Private international law, Oxford 1945.

Wolff Deutschland – Martin Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, Berlin-Göttingen, Heidelberg, 3.udg. 1954.

Zitelmann – Zitelmann, Internationales Privatrecht bd.II, 1, München-Leipzig 1914.

Kapitel 1: Indledning

De fleste erhvervsvirksomheder af blot et vist format udøver i dag virksomhed af en eller anden art, indkøb, salg, fabrikation, hen over en eller flere landegrænser. Disse internationale kontakter giver anledning til mange spørgsmål af juridisk karakter. For flertallet af disse spørgsmål er det uden betydning, om erhvervsvirksomheden drives af en enkeltperson eller i selskabsform, og i sidste fald hvilken selskabsform, der benyttes. Disse spørgsmål interesserer ikke den internationale selskabsret. På nogle områder giver erhvervsvirksomhedens karakter af selskab imidlertid anledning til særlige problemers opståen: Bevares den ret til at handle under et særskilt firma, som er tillagt et selskab i dets hjemland, hvis det udøver virksomhed i udlandet? Finder de regler, som regulerer forholdet mellem selskabsdeltagerne indbyrdes og forholdet mellem selskabsdeltagerne og tredjemand, også anvendelse ved udenlandske domstole og i bekræftende fald også forsåvidt angår forhold, som har tilknytning til et andet land end selskabets hjemland? Kan et selskab frit drive virksomhed i udlandet, og i benægtende fald hvorledes reguleres denne virksomhed? Hvorledes afgøres det i det hele taget, hvor et selskab hører hjemme? Det er med sådanne problemer, at den internationale selskabsret beskæftiger sig. Den internationale handels omfang og selskabernes store andel i den er tilstrækkelig begrundelse for, at det har betydning at underkaste den internationale selskabsret en nærmere undersøgelse.

Det fremgår umiddelbart, at de regler, der regulerer de omtalte spørgsmål, ikke alle kan være af samme karakter. Spørgsmålet om, hvorvidt og på hvilke betingelser et selskab uden for sit hjemland kan drive en vis virksomhed, må naturligvis bero på lovgivningen i det land, hvor det søger at udøve den. Sådanne regler i et bestemt retssystem, der regulerer fremmedes, herunder fremmede selskabers ret til at udøve erhvervsvirksomhed, betegner man almindeligvis som fremmedretlige regler.¹ Mens disse regler i visse fremmede lande behandles i sammenhæng i en særlig disciplin, fremmedretten (Law of Aliens, la condition des étrangers), gøres de her i landet oftest kun til genstand for behandling i forbindelse

1. Jfr. Federspiel s.26, Ross Folkeret s.181.

med de øvrige regler vedrørende det pågældende emne, således i næringsretten, søretten, skatteretten, etc.

Spørgsmålet, om de regler, der gælder i et land om forholdet mellem selskabsdeltagere indbyrdes og mellem disse og tredjemand, også finder anvendelse, hvis sagen pådømmes af en fremmed domstol eller har tilknytning til andre lande, er derimod et internationalt privatretligt spørgsmål, der forudsætter et valg imellem flere landes selskabsret.

Forskellen mellem fremmedrettens og den internationale privatrets regler er, at den tilknytning, der foreligger til udlandet, for fremmedrettens vedkommende er relevant med hensyn til afgørelsen af, om en bestemt internretlig regel finder anvendelse, mens den for den internationale privatrets vedkommende har betydning for valget imellem flere forskellige landes retssystemer.²

Formålet med denne afhandling er at søge at finde frem til hvilket kriterium, tilknytningsmoment, domstolene bør lægge til grund ved det internationale privatretlige lovvalg. Dette spørgsmål har givet anledning til mange divergerende opfattelser, og det er den dag i dag genstand for international diskussion. For en væsentlig del skyldes denne uenighed nationale traditioner og falske konstruktioner, men i hvert fald i nogle praktisk forekommende tilfælde kan flere forskellige synspunkter på lovvalget reelt begrundes. Det må da blive en hovedopgave at tage stilling til hvilke af disse reale grunde, der vejer tungest.

Den internationale privatretlige doktrin er – uanset de internationale privatretlige reglers tilhørighed til de nationale retssystemer – som bekendt international. Den problematik, som den, der giver sig i lag med et internationalt privatretligt emne, stilles overfor, er derfor også nødvendigvis påvirket af, at de, der før har beskæftiget sig med emnet, er gået til det med vidt forskellige forudsætninger, hentet fra forskellige landes ret og retsvidenskab. Inden for det her behandlede område gælder det, at doktrinen i særlig grad har hentet sine forudsætninger i tysk retsvidenskab og i fransk positiv ret. Konstruktive synspunkter af begrebsjurisprudentiel art og særlig begrebet »den juridiske person« er derigennem kommet til at spille en væsentlig rolle for problemstillingen i den internationale privatret vedrørende selskaber. I ca. 100 år har man på basis af teorierne om denne person bygget en række dogmer op i den

2. Smlgn. Ross, Dansk Statsforfatningsret I 1959, s.16.

internationale privatret vedrørende selskaber. I flere tilfælde er udgangspunktet for denne dogmebygning for længst glemt, og man har blot bygget videre på det engang givne uden at tage forudsætningerne for det op til revision. Man har derved skabt problemer, som stadig volder vanskeligheder og endog har givet anledning til traktater og internationale konferencer, skønt de forlængst er uden enhver praktisk interesse. Dette gælder således anerkendelseslæren. Eller man har søgt grundlaget for lovvalget i synspunkter, som havde sin berettigelse på baggrund af en ældre tids materielle selskabsret, men som ikke længere er gældende ret. Dette er således tilfældet med det teoretiske grundlag for den såkaldte incorporation-teori. Som følge heraf bliver en kritisk revision af selve problematikken i den internationale selskabsret en anden hovedopgave for denne afhandling.

Uanset den sondring, der foran er opstillet, mellem den internationale privatret og fremmedretten, og uanset at formålet med afhandlingen er at finde frem til et kriterium for lovvalget i den internationale privatret vedrørende selskaber, er det ikke muligt at komme uden om at beskæftige sig med fremmedretten vedrørende selskaber. Det har været et betydningsfuldt resultat af den juridiske persons optræden i den internationale selskabsret og af den franske doktrins store betydning for den internationale selskabsrets udvikling, at grænsen mellem international privatret og fremmedret ikke er blevet holdt klart for øje. Som følge heraf er det nødvendigt ved en revision af forudsætningerne for den internationale privatret angående selskaber også at komme ind på problemer, der rettelig henhører under fremmedretten. Hertil kommer imidlertid, at det må erkendes, at der eksisterer en indbyrdes afhængighed mellem fremmedretten og den internationale privatret vedrørende selskaber, idet, som vi skal se, strenge fremmedretlige regler for fremmede selskabers adgang til erhvervsudøvelse gør det muligt i videre udstrækning at anvende deres hjemlands selskabsret, mens fri adgang for fremmede selskaber til erhvervsudøvelse i et land nødvendiggør en udvidelse af området for virksomhedslandets selskabslovgivnings kompetence.

Hermed er afhandlingens plan givet. Efter at nogle mere almindelige metodiske problemer er behandlet i kap.2, tages den internationale selskabsrets forudsætninger og nogle af dens dogmer op til behandling i kap.3-5. I kap.6 gennemgås hidtidig doktrins teorier om lovvalget, og der

foretages derefter i kap.7 en analyse af de for lovvalget afgørende synspunkter. I kap.8 undersøges på baggrund heraf dansk rets stilling til de internationalt privatretlige og de fremmedretlige problemer vedrørende selskaber, og i kap.9 og 10 behandles endelig nogle udvalgte enkeltproblemer.

Afhandlingens emne er alene den interne ret, ikke folkeretten. Om Danmark folkeretligt er berettiget til at beskytte et her i landet registreret aktieselskabs udenlandske interesser, dersom hele aktiekapitalen er på fremmede hænder, eller et i udlandet af danske aktionærer registreret aktieselskabs interesser, falder således uden for afhandlingens rammer.³ Det samme gælder spørgsmålet om i hvilket omfang Danmark folkeretligt er berettiget til at diskriminere overfor udenlandske eller af udenlandsk kapital eller personel beherskede selskaber. Disse spørgsmål henhører alle under den folkeretlige fremmedret.⁴ Heller ikke problemkredsen omkring de såkaldte supranationale selskaber vil blive draget ind i undersøgelsen.⁵

Mens man i tidligere tid i den internationale selskabsret viede ideelle foreninger og stiftelser og kirkelige ordener og samfund særlig interesse,⁶ er det utvivlsomt at interessen i dag koncentrerer sig om handelslivets selskaber.⁷ Blandt disse er det igen i særlig grad sådanne selskabsformer, som forudsætter stor kapitalkoncentration og i hvilke selskabsdeltagerne spiller en mindre væsentlig rolle, altså især selskaber i aktieselskabsformen, der tiltrækker sig opmærksomheden, fordi det overalt i landene erkendes, at disse selskabsformer samtidig med at være nødvendige for den nuværende samfundsstruktur frembyder særlige risikomomenter såvel for de enkelte borgere som for samfundet som helhed.

3. Jfr. herom bl.a. Foighel, *Nationalization*, København-London 1957, s.104 ff, Rabel II s.24 ff og Niboyet II s.357 note 2.

4. Jfr. Røss *Folkeret* s.181 ff.

5. Jfr. herom Niboyets rapport i ILA 1952 s.61 ff og diskussionen smstd. s.43 ff, samt Battifol *Aspects* s.96 ff og samme *Law and Contemporary Problems* s.577 om Europarådets arbejde med dette spørgsmål. Jfr. Thibierge i *Le statut de l'étranger et le Marché Commun* 1959 s.360 ff. For et interessant eksempel se konvention om oprettelse af et europæisk selskab for kemisk behandling af bestrålede brændselselementer (Eurochemic) samt statut for dette, Bekg. nr.50 B af 2.oktober 1959 L.T.C.

6. Jfr. således Laurent IV s.232 f.

7. Jfr. det tyske svar på spørgeskemaet til Haagerkonferencen 1951, *Documents* s.108.

Mens de øvrige selskabsformer kun i mindre grad er underkastet præceptiv regulering og lovvalget derfor for disses vedkommende spiller en mindre rolle, er aktieselskaberne og lignende selskabsformer underkastet omfattende præceptiv regulering overalt. Man lægger derfor i adskillige lande megen vægt på, at denne præceptive regulering ikke gennem den internationale privatrets behandling af selskaberne gøres illusorisk. Dette er i virkeligheden baggrunden for den væsentligste uenighed i den international privatretlige teori og praksis vedrørende selskaber, nemlig mellem den først og fremmest i de angelsaksiske lande herskende incorporation-teori og den på kontinentet herskende hovedsædeteori.

Som følge af dette vil de synspunkter, der fremsættes i denne afhandling, i særlig grad være rettet imod de præceptivt regulerede selskabsformer til varetagelse af erhvervsmæssige formål, især aktieselskabet. Dette stemmer med afgrænsningen af det arbejde, der gøres i International Law Association som forberedelse til en konvention om disse spørgsmål, idet det foreliggende udkast i art.1 er begrænset til »companies limited by shares«. ⁸ I modsætning hertil står Haagerkonventionen af 1951, som vedrører alle selskaber, foreninger og stiftelser med en større eller mindre grad af retsevne. Afgrænsningen af denne konvention skyldes dens særlige formål, til hvilket jeg senere skal vende tilbage, og den kan derfor ikke være forbillede for afgrænsningen af denne afhandlings emne. ⁹

Det forhold, at denne afhandlings emne i første række er de præceptivt regulerede selskaber til varetagelse af erhvervsmæssige formål, forhindrer ikke, at de synspunkter, der gøres gældende, kan være af vejledende betydning også for andre dele af den internationale selskabsret, altså for andre selskabsformer, foreninger og stiftelser. Dette gælder således ubetinget for kritikken af forudsætningerne for den internationale privatretlige teori vedrørende selskaber. Også de synspunkter, der gøres gældende vedrørende lovvalget, synes imidlertid i hovedsagen at kunne finde anvendelse på de øvrige selskabs- og foreningsformer i tilfælde, hvor lovvalget ikke er afgjort ved stifternes udtrykkelige bestemmelse ¹⁰ eller henhører under helt andre dele af den internationale privatret.

8. Ndf. s.243.

9. Jfr. Borum NTIR s.118, Ernst Wolff s.379 f, jfr. Actes s.139 ff og s.149 ff.

10. Jfr. om interessentselskaber W. von Steiger i Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht XIV 1957 s.17 ff.

Afhandlingens emne har igennem de sidste ca. 100 år været genstand for behandling i en umådelig og uoverskuelig litteratur. Det er mit håb, at jeg ikke ved det udvalg, som jeg har gjort, har udeladt synspunkter af væsentlig betydning for emnet, som andre har gjort gældende, eller gjort tanker til mine, som også andre har tænkt. Særlig bemærkes, at der af den del af litteraturen, som udelukkende beskæftiger sig med terminologiske problemer af teoretisk-konstruktiv art, kun er medtaget enkelte eksempler til illustration. Det gælder således den meget omfattende litteratur om, hvorvidt selskaber har evnen til at besidde nationalitet.

Kapitel 2: Synspunkter vedrørende den internationale privatrets metode

Den internationale privatret har til formål at bestemme, hvilket lands lov, der skal finde anvendelse ved den retlige regulering af faktiske forhold, der har tilknytning til et i forhold til forum fremmed eller til flere forskellige retssystemer. Opgaven er at fastslå, hvilken af disse tilknytninger, der er den relevante.

Siden Savigny er det almindeligt at formulere kollisionsnormerne således, at de angiver visse tilknytningsmomenter, der betragtes som relevante med hensyn til forhold som kan beskrives som værende af en bestemt retlig type eller karakter, såsom familieretlige, arveretlige, tingsretlige etc. I konsekvens heraf skulle opgaven for den internationale selskabsret være at angive, hvilket tilknytningsmoment der skal betragtes som relevant, når de foreliggende faktiske omstændigheder må beskrives som selskabsretlige. Ligesom inden for de andre områder af den internationale privatret kan man tænke sig den mulighed at opdele selskabsretlige forhold i flere undergrupper hver med sit relevante tilknytningsmoment.

Forsåvidt er opgaven for den internationale selskabsretlige teori at foretage en undersøgelse af hvilket eller hvilke tilknytningsmomenter der skal anses som relevante med henblik på selskabsretlige forhold. Imidlertid har den nævnte måde at formulere kollisionsnormerne på, og særlig det forhold at man i den moderne international privatretlige teori søger udtømmende at beskrive de faktiske omstændigheder, der kan komme op til bedømmelse, ved at tillægge dem en vis retlig karakter, givet anledning til en række teoretiske vanskeligheder af metodisk art. Disse problemer, der oprindeligt behandledes i forbindelse med kvalifikationslæren, diskuteres i nyere tid mere korrekt under betegnelsen den internationale privatrets funktion eller metode.¹ Forinden jeg går over til en undersøgelse af de relevante tilknytningsmomenter i den internationale selskabsret, skal der gives en redegørelse for visse af de meto-

1. Jfr. fx. Bland s.10 f, Malmström.

diske synspunkter, som jeg mener bør anvendes i den internationale privatret.² Der vil derved blive lagt særlig vægt på at nå frem til en opfattelse af den internationale privatret, som tillader en mere smidig anvendelse af kollisionsnormer, der er udformet efter det traditionelle mønster for kollisionsnormerne. Redegørelsen har således generelt sigte, men gives her af hensyn til dens betydning inden for den internationale selskabsret.

Statutteorien så det som den internationale privatrets opgave at angive grænserne for lovenes gyldighed og lovgivernes kompetence.³ For Savigny var dette kun en måde at beskrive den internationale privatrets opgave på.⁴ I stedet for at tage sit udgangspunkt i loven og bestemme dens område kan man også tage sit udgangspunkt i de enkelte retsforhold (ein streitiges Rechtsverhältniss),⁵ d.v.s. de sager der forelægges domstolene, og undersøge hvilke, d.v.s. hvilket lands retsregler, de er underkastet. Skønt Savigny betragtede de to fremgangsmåder som lige-stillede, er hans fremstilling dog baseret på den sidstnævnte; og omend statutteoriens udgangspunkt stadig spiller en rolle for en række forfatters forklaring af den internationale privatrets begreb,⁶ bygger doktrinen som altovervejende hovedregel på den opfattelse, at opgaven er at give regler for hvilke tilknytninger der er afgørende for forskellige arter af retsforhold. Fortolkningen af forums egne loves tilsigtede, eller fastlæggelsen af deres folkeretligt lovlige rækkevidde – eftersom man hylder den ene eller den anden opfattelse af den internationale privatret – bliver kun et enkelt moment ved løsningen af denne opgave.

Mens Savigny, når han talte om at opøge det retssystem som et for-

2. Jfr. hertil Lovkonflikter s.23 ff, særlig s.44 ff.

3. Jfr. fx. Gihl s.128 og s.306 ff.

4. Jfr. Savigny s.1 ff. Kritik af statutteorien er før Savigny fremsat af Wächter og Ørsted, jfr Lovkonflikter s.20.

5. Jfr. Savigny s.24. Benyttelsen i teksten af ordet »retsforhold« sker kun, fordi der ikke i dansk retssprog findes en tilstrækkelig rammende terminologi, der betegner faktiske omstændigheder, der giver anledning til retstvist mellem to personer, og som disse ønsker retlig reguleret gennem en domstolsafgørelse. Med terminologien tages forsåvidt ikke stilling imod de af Gihl s.320 ff fremførte synspunkter. Jfr. iøvrigt Marshs udmærkede påvisning af, at det, der efter den teori, som Gihl og han slutter sig til, kvalificeres, ikke er faktiske omstændigheder, men en bestemt påstand, Marsh s.75 f. Smlgn. også Battifol Aspects s.57 note 1.

6. Jfr. Gihl s.306 ff og Lovkonflikter s.30 ff.

hold ifølge sin natur er underkastet,⁷ vistnok hovedsagelig tænkte på konkrete retsforhold, er der for senere forfattere som hovedregel ikke tale om en sådan konkret undersøgelse af de enkelte retsforholds tilknytning. Tværtimod søger man at generalisere og opstille almindelige retsregler om den væsentlige tilknytning ved forskellige grupper af retsforhold⁸ og benytter hertil den terminologi, som er skabt til brug for en systematisk fremstilling af den interne rets regler. Dette har medført, at der hos flertallet af forfattere har dannet sig en vis traditionel opfattelse af, hvorledes de ulovbestemte kollisionsnormer må antages at være formuleret, deres mønster, som efterhånden uden diskussion er blevet almindelig accepteret som en given forudsætning ved arbejdet med den internationale privatret.⁹

Med udgangspunkt i et sådant system af overfor hinanden skarpt afgrænsede international privatretlige regler har man, særlig i italiensk (Ago) og angelsaksisk (Falconbridge, Robertson) ret fremsat teorier om den internationale privatrets metode, hvorefter anvendelsen af kollisionsnormerne er en rent mekanisk proces.¹⁰ Denne proces går kort skitseret ud på først at finde den på det konkrete retsforhold anvendelige kollisionsnorm ved en bedømmelse af, om det pågældende forhold kan beskrives som værende af den karakter eller art som kollisionsnormen omfatter, derefter ved hjælp af denne at finde det kompetente retssystem og endelig at anvende dettes regler i den foreliggende sag. De enkelte trin i denne proces kan tidsmæssigt nøje afgrænses, således at intet af hvad der sker på et senere trin kan få indflydelse på den del af processen, som vedrører et tidligere trin. Det er en konsekvens af denne mekaniske proces, at man, ved opstillingen af en generel kollisionsnorm og ved den senere anvendelse af denne i en konkret sag, kun kan tage hensyn til hvilken tilknytning, der generelt set er hensigtsmæssig ved retsforhold af den pågældende art. Derimod kan intet hensyn tages til hensigtsmæssigheden af den materielretlige løsning, som man ved

7. Savigny s.28 og s.108.

8. Jfr. Bland s.16.

9. Jfr. Goldschmidt s.209, Malmström s.3, og Lalive, *The transfer of chattels in the conflict of laws*, Oxford 1955 s.4.

10. Jfr. om disse teorier Svénné Schmidt s.42 ff og s.82 ff. Den seneste fremstilling, der slutter sig til denne opfattelse, findes hos Marsh, der dog er langt mere smidig i sine synspunkter end de tidligere forfattere, jfr. især Marsh s.68 ff.

hjælp af kollisionsnormerne når frem til.¹¹ I Norden er disse synspunkter først indført af Gihl.¹²

Sin mest udbredte anvendelse har denne mekaniske teori fået i kvalifikationslæren, hvor den i visse tilfælde har ført til meget ubillige resultater.¹³ Teorien dukkede i virkeligheden op allerede i kvalifikationsproblemets tidligste periode og er formentlig især betinget af kvalifikationslæren: Den af Despagnet¹⁴ opstillede teori om kvalifikation efter *lex causae*, som senere blev genoplivet af Wolff,¹⁵ kritiseredes for at være baseret på en cirkelslutning.¹⁶ Teorien forudsatte, at man forinden kvalifikationen havde fundet den anvendelige lov, ifølge hvilken kvalifikationen efter denne lære skulle finde sted, mens denne lov i virkeligheden ifølge kritikken først kunne findes, når kvalifikationen af det foreliggende retsforhold havde fundet sted og derigennem den kollisionsnorm var blevet udpeget, ved hvis hjælp den kompetente lov skulle findes. I denne kritik af Despagnet har den mekaniske teori om den internationale privatrets funktion sit udgangspunkt. Muligheden for at tage hensyn til indholdet af fremmed ret ved fortolkningen af kollisionsnormerne har siden ikke foreligget for størstedelen af doktrinen.¹⁷ Dette gælder også de forfattere, som ikke direkte har sluttet sig til den beskrivelse af den internationale privatrets funktion, som den engelsk-italienske lære er udtryk for.

Mens den materielt rigtige løsning af konflikter spiller den alt overvejende rolle ved opstillingen og forståelsen af alle andre retsregler,¹⁸ har det derfor ifølge teorien været udelukket ved opstillingen og fortolkningen af kollisionsnormer at tage hensyn hertil, fordi en sådan hensyntagen forudsatte et kendskab til indholdet af fremmed ret, som ved opstillingen af kollisionsnormen udelukkedes af det omtrent uende-

11. Jfr. Goldschmidt s.209 f.

12. En fremstilling af synspunkterne findes hos Svénné Schmidt s.132 ff, s.138 ff og s.163 ff. Jfr. Gihl s.390 ff.

13. Jfr. fx. de hos Svénné Schmidt s.23 f og s.196 ff anførte eksempler.

14. Jfr. Svénné Schmidt, s.35 ff.

15. Jfr. Svénné Schmidt s.66 ff.

16. Jfr. Svénné Schmidt s.37 og s.38.

17. Jfr. Cavers s.178, hvoraf det fremgår, at dette også gælder for forfattere, der ikke udtrykkelig har udtalt sig om den internationale privatrets funktion. Jfr. også Battifol Aspects s.16.

18. Jfr. Ross Ret og Retfærdighed s.128 ff og s.421 ff.

lige antal retssystemer, som der i så fald skulle tages hensyn til, og ved fortolkningen af kollisionsnormerne af cirkelargumentet. Af denne grund og endvidere fordi den internationale privatret af mange opfattes som et overordnet system af regler til afgrænsning af ligestillede staters lovgivningskompetence, har overvejelserne angående opstillingen af kollisionsnormer hovedsagelig været af formel karakter. Herved forstår jeg, at de med udgangspunkt i Savignys lære har rettet sig imod den naturlige tilknytning for retsforhold af en bestemt art og en rimelig afgrænsning af lovgivningens virkeområde, men ikke imod selve den materielle løsning.¹⁹

Også i tilknytning til den diskussion, som for nogle år siden førtes imellem Gihl og Ross om et særligt problem inden for ordre public læren, men med langt videre sigte, har den mekaniske funktionsteori fået betydning. Diskussionen endte tilsyneladende i en uløselig konflikt, skønt der var mange lighedspunkter imellem de to forfatters syn på problemerne. Da dette formentlig skyldes et forskelligt syn hos de to forfattere på den internationale privatrets funktion, som kan belyse den her hævdede opfattelse, og da det syn, som må antages at ligge til grund for Ross' indlæg, stemmer med det i det følgende hævdede, skal diskussionen omtales nærmere.

Udgangspunktet for diskussionen var en afhandling af Gihl om det såkaldte præjudicielle spørgsmål i kvalifikationsteorien.²⁰ Gihl gjorde her opmærksom på den særlige lære om det præjudicielle spørgsmål i ordre public læren,²¹ hvorefter en fremmed retsregel, som et lands domstole af ordre public grunde ikke vil anvende, alligevel ofte af de samme domstole vil blive accepteret, hvis der blot er tale om afgørelse af et præjudicielt spørgsmål.²² Selvom man således ikke vil anvende en fremmed retsregel, der tillader polygamisk ægteskab, kan man eventuelt acceptere den præjudicielt ved afgørelsen af de i det polygamiske ægteskab fødte børns arveret. Gihl forklarer dette derigennem, at den fremmede retsregel i disse tilfælde, hvor den kun bliver lagt til grund ved afgørelsen af det præjudicielle spørgsmål, ikke anvendes (tillämpas) af

19. Smlgn. Lovkonflikter s.2, Goldschmidt Revue 1956 s.36.

20. Gihl Studier s.251 ff, først i TfR 1950 s.133 ff. Jfr. Studier s.278 ff og s.299 ff og TfR 1956 s.245 ff.

21. Studier s.260 ff.

22. Jfr. Lovkonflikter s.76 f, jfr. 3.udg. s.100.

domstolen. Kun reglen om, at børn født i ægteskab har arveret, »tillämpas«. Der skal mere til at reprobere den fremmede retsregel, når den kun lægges til grund ved den præjudicielle afgørelse, end når den ligefrem anvendes ved afgørelsen af hovedproblemet i sagen.

Ross²³ har kritiseret Gihls forklaring af dette særlige ordre public fænomen ud fra sin opfattelse af rettighedsbegrebet,²⁴ som Gihl i hovedsagen har accepteret.²⁵ Ifølge Ross er der ikke tale om en præjudiciel afgørelse på grundlag af en retsregel, nemlig om gyldigheden af det polygame ægteskab, og derefter anvendelse (tillämpning) af en anden retsregel, nemlig om de i ægteskab fødte børns arveret. Præjudicielle spørgsmål eksisterer slet ikke. Der er i realiteten kun tale om en enkelt retsregel, der angiver en af følgerne af den ceremoni som resulterer i, hvad der med et »formuleringsteknisk mellembegreb«²⁶ kaldes for gyldigt ægteskab, nemlig den følge at børn af de to personer, som har gennemgået ceremonien, får arveret. Når det ser ud, som om der foreligger et præjudicielt spørgsmål, skyldes det anvendelsen af det formuleringstekniske mellembegreb, som praktiske grunde tilsiger og som er med til at give retsreglerne deres fragmentariske karakter.

Gennem sin kritik har Ross²⁷ rørt ved selve grundlaget for den opfattelse af den internationale privatret, som betragter dennes funktion som en logisk proces, baseret på kollisionsnormer som alle kan afgrænses skarpt fra hinanden ved hjælp af den begrebsbetegnelse som de indeholder, således som det ovf. er fremstillet. Gihl accepterer²⁸ at den regel, som der er tale om at »tillämpa«, er et fragment, som kun til fulde kan forstås sammen med et andet fragment. Af hensyn til den af hans system følgende nødvendighed for at karakterisere det forhold, på hvilket reglen om børns arveret tillämpas, som arveretligt, kan Gihl imidlertid ikke acceptere at betegnelsen »gyldigt ægteskab« ikke har

23. Ross TfR 1954 s.241 ff, særlig s.253 ff, jfr. TfR 1955 s.496 ff.

24. Jfr. ndf. kap.4 note 108.

25. Studier s.313 f.

26. TfR 1954 s.255, Ret og Retfærdighed s.206 ff.

27. Ross synes samtidig at have slået grunden væk under det vistnok først af Wengler rejste meget komplicerede problem om det præjudicielle eller præliminære problem i den internationale privatret (Vorfrage), jfr. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1934 s.148 ff og Svénné Schmidt s.212 ff.

28. Studier s.316.

semantisk referens²⁹ men kun er et formuleringsteknisk mellembegreb.³⁰ For i det øjeblik Ross' lære om de juridiske begreber accepteres og den nøje sammenhæng mellem regler fra alle dele af retssystemet derved kommer for en dag – her forbindelsen mellem ægteskabsstiftelsen og børnenes arveret – bliver det langt vanskeligere for ikke at sige umuligt at gennemføre på tilforladelig måde, at det er muligt at drage skarpe grænser mellem kollisionsnormerne. Hvis sådanne skarpe grænser ikke kan drages, falder forudsætningerne for teorien om funktionen som en mekanisk proces bort, og en mere smidig funktionslære nødvendigsgøres. Gihl må derfor ud fra sine forudsætninger fastholde, at det kun er det fragment af en regel som vedrører børnenes arveret der anvendes (tillämpas), ikke dette fragment i forbindelse med det andet fragment vedrørende ægteskabsstiftelsen, der er nødvendigt for at man skal stå over for en fuldstændig retsregel (logisk retsregel).

For mit vedkommende er jeg enig i Ross' kritik af Gihl. Der skal ikke her tages stilling til, om læren om den præjudicielle afgørelse – selvom den som af Ross påvist ikke er holdbar – alligevel er af en vis nytte ved fremstillingen af ordre public læren.³¹ Når den er nævnt her, er det fordi den mekaniske funktionslære intet andetsteds er ført så klart ud i sin yderste konsekvens.

Det er min opfattelse, at den interesse, der har været i den international privatretlige teori for at analysere den internationale privatrets metode, har medført en tendens til i alt for høj grad at forsøge at formulere denne metode i en logisk formel. Dette har, selv i lande som praktisk talt ikke besidder positive kollisionsnormer, i teorien ført til en styrkelse af den ovf. nævnte opfattelse, hvorefter kollisionsnormerne er retsregler opbygget efter et fast mønster, idet en sådan opbygning er en nødvendig forudsætning for den mekaniske teori. Denne opfattelse af kollisionsnormerne og den derpå baserede mekaniske funktionslære må betegnes som uhensigtsmæssig, fordi den – foruden at give anledning til en række komplicerede teoretiske problemer – i en række konkrete tilfælde fører til løsninger, som må karakteriseres som urimelige. Opnåelse af urimelige resultater kan ikke være i overensstemmelse med den internationale privatrets formål. Denne del af retssystemet tilsigter lige

29. Ross *Ret og Retfærdighed* s.210.

30. *Studier* s.319, jfr. s.317.

31. Jfr. herom TfR 1954 s.249 ff og henvisningerne s.243 note 6 og 7.

så vel som alle andre dele af dette at nå til generelt og så vidt muligt også konkrete rimelige resultater, d.v.s. resultater der stemmer med »forholdets natur«.³² Efter at den positivistiske opfattelse af den internationale privatret – hvorefter denne er et led i hvert enkelt lands retssystem og ikke et internationalt sæt af regler – er trængt igennem, må begrundelsen for anvendelsen af fremmed ret simpelthen ses i, at man finder at en anvendelse af fremmed ret i visse tilfælde fører til den rimeligste, rigtigste og retfærdigste løsning.³³ Viser det sig, at en bestemt opfattelse af den internationale privatrets regler og funktion, for hvis rigtighed kun teoretiske overvejelser kan anføres, til trods for dette udgangspunkt fører til, at anvendelsen af den internationale privatret i praksis har urimelige resultater til følge, må det forsøges at sætte en anden karakteristik af den internationale privatret og en anden beskrivelse af dens funktion i stedet.³⁴

Et stort antal undersøgelser i de senere år, også undersøgelser som selv bygger på den mekaniske funktionsteori, nævner eksempler på, hvilke urimelige resultater den kan føre til. Adskillige af disse anføres i behandlinger af kvalifikationslæren,³⁵ hvis kerne er Bartins og Kahns opdagelse, at selv om kollisionsnormerne i flere lande er ensartede, er dette ikke en garanti for enhedsbedømmelse, fordi det kan tænkes, at man ikke i de pågældende lande henfører ensartede tilfælde under samme kollisionsnorm.

I de senere år har mange forfattere indset, at kvalifikationslæren blot er et led i et mere generelt problem om fortolkningen af kollisionsnormerne (her i Norden især Malmström) eller afgrænsningen af disse over for hinanden med henblik på subsumption af enkelttilfælde (Niederer).³⁶ Dette har resulteret i mangfoldige generelle undersøgelser uden tilknytning til kvalifikationslæren af den internationale privatrets

32. Jfr. Ross Ret og Retfærdighed s.116 ff og s.128 ff, se særlig s.169.

33. Jfr. Lovkonflikter s.15 f. Dette er også Cavers udgangspunkt s.178. Jfr. også Hilding Eek i Nordisk Tidsskrift for International Ret 1954 s.65 og s.71 og Goldschmidt Revue 1955 s.645 f.

34. Sammenholdt med det ndf. ved note 37 sagte stemmer denne opfattelse med Ross Ret og Retfærdighed s.91 og s.161 f.

35. Jfr. således Svénné Schmidt s.23 f og s.196. Det sidstnævnte eksempel bør dog i sidste instans sikkert henføres til urimeligheden i ikke at anerkende statusdomme.

36. Jfr. også Wengler Qualifikation s.337 f.

funktion og metode, undersøgelser som ligeledes indeholder eksempler på urimelige resultater af den gængse opfattelse af kollisionsnormernes struktur og funktion. Ved disse undersøgelser har det – dog uden at dette er blevet særlig fremdraget – vist sig, at de urimelige resultater også kan tænkes at forekomme i tilfælde, hvor der ikke foreligger brud på enhedsbedømmelsen, altså selv om ensartede tilfælde subsumeres under samme kollisionsnorm i flere lande. Det er altså ikke det, at der foreligger brud på enhedsbedømmelsen, der er det urimelige, men selve det resultat, som man i flere lande uafhængigt af hinanden kommer til. Det synes også klart, at det for en positivistisk opfattelse af den internationale privatret afgørende må være resultaternes konkrete rimelighed. Den manglende enhedsbedømmelse kan naturligvis beklages, men kan ikke ensidigt føre til en ændring i et lands international privatretlige regler, så længe disse i det pågældende land i det hele betragtes som de mest hensigtsmæssige. Og på den anden side kan man ikke til fordel for en opfattelse af den internationale privatret, der fører til konkret urimelige resultater, anføre, at der ikke sker brud på enhedsbedømmelsen. Den formelle enhedsbedømmelse kan ikke være et mål i sig selv: »... la sécurité juridique n'a aucune valeur si elle n'est pas associée à la justice.«³⁷ Det må siges at være mere i overensstemmelse med formålet med den internationale privatret, hvis man som kriterium sætter ønsket om, at den løsning, man finder frem til, skal være rimelig og stemme med principperne i de involverede landes materielle retsordener, selv hvis dette sker på bekostning af enhedsbedømmelsen.³⁸ Denne behøver dog formentlig ikke helt at opofres selvom det for at opnå rimelige resultater skulle være nødvendigt at opgive den mekaniske funktionsteori og det gængse mønster for kollisionsnormernes opbygning, men den reduceres fra at være det eneste princip til at være sideordnet med en række andre vejledende synspunkter for udformningen af kollisionsnormerne.

Et eksempel fra litteraturen på, at den mekaniske anvendelse af kollisionsnormerne fører til et urimeligt resultat, skønt der formentlig ikke foreligger brud på enhedsbedømmelsen, skal nævnes.³⁹

To personer gifter sig i land A, hvis statsborgerret de besidder og hvor de har deres domicil, som de bevarer et stykke tid, hvorefter de flytter til

37. Goldschmidt *Revue* 1955 s.645.

38. Jfr. Battifol *Aspects* s.220, Goldschmidt *Revue* 1955 s.644 ff.

39. Smlgn. Battifol *Aspects* s.24, jfr. Wengler s.604 og Goldschmidt s.210.

land B og erhverver domicil. Der dør manden. Ifølge B's internationale privatret, ligesom iøvrigt ifølge dansk, er i dette eksempel det ægteskabelige formueforhold underkastet A's ret og arven efter manden B's ret. En anvendelse af disse to kollisionsnormer på rent mekanisk vis uden hensyntagen til det materielle resultat fører til et efter de to involverede retsordners indhold helt urimeligt resultat: Ifølge A's ret, hvor der legalt gælder fuldstændig særeje, har hustruen ingen ret til andel i mandens formue. Dette antages i eksemplet kompenseret gennem hendes arveret, men på arveretten finder B's ret anvendelse. B's ret giver som hovedregel ikke hustruen arveret, hovedsagelig fordi hun får halvdelen af fællesformuen. Skønt begge retssystemer har ønsket at sørge for hustruen, får hun ingenting. Resultatet kan meget vel tænkes at blive det samme, hvad enten sagen kommer for A's eller B's domstole, således at enhedsbedømmelse altså foreligger.

Mange yderligere resultater af lignende urimelig karakter findes omtalt i litteraturen.⁴⁰ Adskillige forfattere har i de senere år netop af denne grund forsøgt at forfine og forbedre metodelæren for på denne måde at komme uden om disse resultater. Mange af disse bidrag til metodelæren er af stor værdi og indeholder interessante metodiske og retsfilosofiske synspunkter. Her skal blot nævnes de to formentlig betydeligste undersøgelser, nemlig Wenglers og Battifols. Udgangspunktet for dem alle er at urimelige resultater ikke kan accepteres.

Hovedparten af disse forsøg er imidlertid baseret på den hidtidige opfattelse af kollisionsnormerne og deres funktion. De tilsigter som nævnt blot gennem forskrifter angående den metode, der bør følges i sager, hvor den internationale privatret skal finde anvendelse, at forbedre dens funktion. Selvom disse forsøg er af stor teoretisk interesse, er deres praktiske værdi imidlertid tvivlsom, fordi det ikke kan forventes, at dommere og advokater, med henblik på det procentvis lille antal sager af international privatretlig karakter, som kommer til behandling, skal sætte sig ind i disse komplicerede systemer. Man vil snarere skære igennem og anvende kollisionsnormerne rent skematisk i overensstemmelse med den mekaniske funktionsteori, selv om dette fører til urimelige resultater.

På den anden side må det erkendes, at i hvert fald danske domstole

40. Jfr. Goldschmidt s.210 ff, der benævner sådanne resultater som *Ungerechtigkeiten* og *Ungereimtheiten*.

ikke, hvis det kan undgås, foretager en mekanisk retsanvendelse uden hensyn til resultatet, men at de søger gennem deres retsanvendelse at nå til rimelige resultater.⁴¹ Den internationale privatretlige teoris opgave må derfor, da det er godtgjort, at den hidtidige opfattelse af kollisionsnormerne kan føre til urimelige resultater, være at forsøge at gøre den internationale privatret til et instrument, som kan anvendes i praksis til opnåelse af rimelige resultater.

Det fremgår af det nævnte og andre eksempler,⁴² at en væsentlig grund til de urimelige resultater er, at der ikke ved anvendelsen af kollisionsnormerne kan tages hensyn til, hvilke materielle løsninger de fører til. Den internationale privatrets regler karakteriseres som nævnt ofte som formelle regler, fordi de ikke selv fører til en løsning af konkrete retstvister, men udelukkende udpeger de materielle regler, som skal anvendes.⁴³ Goldschmidt taler ligefrem om »indirekte normen«.⁴⁴

Dette, at det især er denne formelle opfattelse af kollisionsnormerne og deres funktion, som fører til urimelige resultater, har været klart for adskillige forfattere. Det kan ikke ved opstillingen af kollisionsnormerne forudses, hvilke materielle løsninger de fører til. Oftest opstilles en kollisionsnorm med udgangspunkt i en konkret sag. Det er naturligt, at den passer til den pågældende sag og i den fører til et rimeligt resultat. Næste gang, der bliver brug for den, bliver højst sandsynligt i relation til et andet land end det, til hvilket der fandtes tilknytning i den første sag. Chansen for at resultatet også bliver rimeligt i sag nr. to, når man anvender reglen fra sag nr. et, er ikke større, end den er for det modsatte, snarere mindre.⁴⁵

Flere forfattere har endvidere indset de enkelte retsreglers fragmentariske karakter,⁴⁶ og erkendt at den formelle opfattelse af kollisions-

41. Jfr. Gomard TfR 1953 s.314 og v. Eyben, *Scandinavian Studies in Law* 1959 s.55. Som et eksempel fra den internationale privatret kan formentlig nævnes UfR 1948 s.1120.

42. Jfr. fx. det af Svénné Schmidt s.23 f nævnte.

43. Jfr. fx. Lovkonflikter s.2, Goldschmidt *Revue* 1956 s.36, Karlgren s.10 og Eek cit. i note 33 s.71.

44. Jfr. Goldschmidt s.207 og s.221 f og Ledermann s.587 f, der taler om indicative i modsætning til dispositive rules.

45. Jfr. Cavers s.180 f, særlig s.181.

46. Smlgn. Ross især *Folkeretten* s.25, jfr. *Ret og Retfærdighed* s.55 og TfR 1954 s.253, samt Wengler *Qualifikation* s.346 f.

normerne i særlig høj grad kan få urimelige konsekvenser i de tilfælde, hvor kollisionsnormerne fører til den samtidige anvendelse af retsregler fra forskellige retssystemer, idet disse fragmentariske regler ikke, da de hører til forskellige retssystemer, harmonisk er tilpasset hinanden.⁴⁷ Goldschmidt har skarpest udtrykt det således, at denne fremgangsmåde fører »zu der führungslosen Zusammenstückung von Fragmenten verschiedener Privatrechtsordnungen«,⁴⁸ fordi »der Gesetzgeber . . . niemals vorausszusehen vermag, zu welchen Ungereimtheiten die Aneinanderfügung verschiedener Rechtsordnungsfragmente Anlass geben kann.«⁴⁹ Wengler⁵⁰ har taget dette synspunkt til indtægt for den opfattelse, at man i videst muligt omfang skal undgå den samtidige anvendelse af retsregler fra forskellige retssystemer i den samme sag (dépeçage) og i stedet arbejde med et enhedsstatut. I en sag som det ovf. nævnte eksempel giver dette dog ikke umiddelbart en acceptabel løsning. Hvilket af de to landes ret skal vælges som enhedsstatut? Dette spørgsmål kan kun besvares ved en undersøgelse af de materielle løsninger, som de foreliggende valgmuligheder vil føre til. Det vil således være upraktisk både i forholdet mellem ægtefællerne indbyrdes og i forhold til omverdenen at anvende B's ret også på det ægteskabelige formueforhold, fordi ægtefællerne i praksis har levet under en særejeordning.⁵¹ Derimod ville det formentlig være muligt at anvende A's ret også på arven, i hvert fald hvis det drejer sig om legal arv. Drejer det sig om testamentsarv kan spørgsmålet blive mere kompliceret, hvis den afdøde fx. i den tro, at B's ret skulle finde anvendelse, har taget hensyn til dennes og ikke til A's regler. Hertil kommer, at den absolutte anvendelse af et enhedsstatut i alle eller næsten alle tilfælde ville betyde et afgørende brud med gældende praksis i den internationale privatret.

Praktisk talt alle, der har følt nødvendigheden af at nå ikke blot til ensartede, men også til rimelige resultater ved hjælp af den internationale

47. Jfr. Yntema i *Revue critique de droit international privé* 1959 s.18 f og Malmström s.41.

48. Goldschmidt s.209 f, jfr. samme *Revue* 1955 s.648, jfr. Battifol *Aspects* s.25, s.31 og s.47 og Wengler s.602 ff, Wengler *Qualifikation* s.362 ff og s.369 f, smlgn. Ørsted, *Eunomia IV*, København 1822 s.3 f.

49. Jfr. Goldschmidt s.212.

50. Wengler s.605.

51. Jfr. Battifol *Aspects* s.26.

privatret, har – bevidst eller ubevidst – følt sig bundet af hovedtrækkene i funktionslæren og kritikken af Despagnet. Disse forfattere har derfor ikke ment at kunne gøre gældende, at den rimelige løsning må findes ved en hensyntagen til det materielretlige resultat, der nås ved hjælp af de international privatretlige regler. Det er andetsteds påvist, at den lære, der opfatter anvendelsen af kollisionsnormerne som en mekanisk proces, ikke er udtryk for en logisk nødvendighed som hidtil antaget, og ikke giver en holdbar beskrivelse af, hvad der sker ved anvendelsen af kollisionsnormer.⁵² Det er der særlig gjort gældende, at de tilknytningsmomenter, som kan tænkes at få betydning i en sag, er retten bekendt straks fra sagens begyndelse og ikke er afhængige af, at den i sagen anvendelige kollisionsnorm er fundet. Dette er da også anerkendt mere eller mindre udtrykkeligt af flere forfattere. Det gælder således Cavers, Lederman, Wengler og Goldschmidt. Lalive⁵³ udtrykker det på en måde, der vel er polemisk vendt imod den mekaniske funktionslære, men som alligevel siger noget væsentligt: »A more correct expression, in most cases, would appear to be the reverse: that the court characterized the question as one of capacity »because« it thought it desirable to have it governed by the law of the domicile.« Tilknytningsmomenterne i sagen er retten bekendt. Et af dem forekommer, alt taget i betragtning, det mest hensigtsmæssige. Altså bedømmer man forholdet som værende af den art, på hvilken der anvendes en kollisionsnorm, der indeholder dette tilknytningsmoment.⁵⁴

Som en følge af at de muligt relevante tilknytningsmomenter er dommeren bekendt, siges det videre i Lovkonflikter, at dommeren ved fortolkningen af kollisionsnormerne kan tage hensyn til, hvilken materiel løsning anvendelsen af de enkelte kollisionsnormer vil føre til i det enkelte tilfælde. Det gøres dermed gældende, at ikke blot overvejelser angående de enkelte retsforholds »sæde«, altså overvejelser angående hvilken tilknytning der for retsforhold af den pågældende art er den

52. Jfr. Lovkonflikter s.44 ff, særlig s.48 f.

53. Lalive cit. note 9, s.4, jfr. Cavers s.190, og Philip C. Jessup, Transnational law, New Haven-London 1959, s.93 f.

54. Synspunktet stemmer med opfattelsen af retsanvendelsesprocessen som en vekselvirkningsproces, jfr. Lovkonflikter s.46, jfr. også Lederman s.589. Lignende synspunkter på metoden er fremsat af Siesby i Arkiv for Sjørett III 1956-59 s.233 ff.

mest naturlige eller hensigtsmæssige, bør spille en rolle ved valget af kollisionsnorm; retten må som ved anvendelsen af materielle retsregler tage hensyn til, om det materielle resultat, som anvendelsen af en bestemt kollisionsnorm fører til, er rimeligt eller fører til en uholdbar situation. Tilsvarende opfattelser er i de senere år fremsat i udlandet af en række forfattere og synes i forskellige udformninger at være i færd med at opnå almindelig tilslutning. Sådanne synspunkter er således, foruden ganske kort af Goldschmidt, gjort gældende af Cavers og Wengler og tildels af Rigaux og af Lederman til hvem Bland har sluttet sig.⁵⁵

Battifol⁵⁶ og Wengler⁵⁷ er inde på synspunktet, når de taler om articulation eller adaptation mutuelle des systèmes, men Battifol har ikke draget konsekvensen. Goldschmidt tilslutter sig derimod, såvidt man kan forstå, tanken, når han taler om Die richterliche Synthese og Angleichung;⁵⁸ og Lederman opstiller ligefrem et nyt skema for en funktionslære baseret på denne opfattelse.

Denne metode rejser imidlertid et problem, som har voldt teorien vanskeligheder.⁵⁹ Hvis man skal kunne overveje de mulige materielle løsninger, før man tager stilling til den anvendelige ret, bliver konsekvensen heraf tilsyneladende en meget stor frihed for dommerne til i sager med international tilknytning at bestemme den anvendelige lov og sagens udfald.⁶⁰ Selvom man anerkender domstolenes retsskabende

55. Synspunktet synes endvidere accepteret i dansk retspraksis i dommen U.f.R. 1956 s.912, og er antaget af Jessup cit. i note 53, s.99 og s.106 jfr. s.93 f under henvisning til Cavers. Cavers' synspunkter har nylig også fået tilslutning af Currie i en interessant afhandling om beslægtede problemer i 58 Columbia Law Review 1958 s.966. Jfr. endvidere Yntema i Revue critique de droit international privé 1959 s.19 ff, særlig s.20 og s.23. Jfr. også Borum Sv.J.T. s.125.

56. Battifol Aspects s.16-60.

57. Wengler s.604. Wengler har senere i Wengler Qualifikation s.356 ff og s.362 ff fremsat en lignende opfattelse som den her hævdede. Når han s.356 ff hævder, at der alene er tale om at kvalificere de påberåbte retssætninger, kan dette synspunkt imidlertid ikke anerkendes. Som påvist i Lovkonflikter s.46 består kvalifikationen i en vekselvirkningsproces mellem de muligt anvendelige retsregler og de muligt relevante fakta. Iøvrigt stemmer Wenglers synspunkter temmelig nøje med dem, der gøres gældende i Lovkonflikter.

58. Goldschmidt s.211 ff og samme Revue 1955 s.648, jfr. Cavers s.187 f og Lederman s.594 og s.595, smlgn. Ross Ret og Retfærdighed s.170.

59. Jfr. således Marsh s.93 f med kritik af Cavers.

60. Jfr. Wengler s.620, Battifol Contrats s.137, Malmström s.36.

virksomhed, forekommer denne frihed mange at være alt for vidtgående, hvorfor muligheden allerede af den grund afvises. Dette sker ikke mindst, fordi man er af den opfattelse, at der foreligger et sæt af kollisionsnormer udarbejdet efter et fastlagt mønster, og en retsdannelse af den foreslåede art, der tager hensyn til den materielle løsning, vil kunne gå på tværs af dette system.⁶¹ Dertil kommer den retsuvidhed, som et sådant system antages at medføre.

Hvis læren fører til et praktisk talt fuldstændigt frit skøn for dommeren i den enkelte sag, således som den svenske forfatter Hult,⁶² omend på et helt andet grundlag end det her givne, på et vist tidspunkt gjorde gældende, synes denne reaktion ikke uberettiget.⁶³ En så vidtgående konsekvens af det her fremsatte synspunkt, hvorefter der bør tages hensyn til indholdet af de materielle retssætninger, som det kan komme på tale at anvende i den konkrete sag, synes det imidlertid ikke nødvendigt at drage, hvis man kombinerer opgivelsen af den mekaniske funktionsteori, som forhindrer hensyntagen til den materielle ret, med en opgivelse af den opfattelse af kollisionsnormerne som retsregler opbygget efter et fast mønster, som står i nøje sammenhæng med denne teori, og i stedet med Knoph betragter den internationale privatret som en retsstandard. Knophs lære om retsstandarderne, som hidtil ikke synes at have sat sig væsentlige spor i den internationale privatretlige teori, som han selv betragtede som et væsentligt virkefelt for den, forekommer mig at give den i Lovkonflikter fremsatte opfattelse af den internationale privatrets metode⁶⁴ en bredere og lettere tilgængelig baggrund, mens på den anden side Knophs lære næppe ville være af synderlig betydning i forbindelse med den mekaniske funktionsteori.⁶⁵

Knoph var af den opfattelse, at den internationale privatrets regler, kollisionsnormerne, i virkeligheden måtte betragtes som understandarder,⁶⁶ jfr. herom ndf., i forhold til en almindelig retsstandard som dæk-

61. Dette er formentlig også baggrunden for Torkild-Hansens bemærkninger i *Sagførerbladet* 1957 s.291, jfr. også Cavers s.195 f og Jessup cit. i note 53 s.107.

62. Hult s.8, s.17 og s.19. Denne forfatter er andetsteds inde på lignende synspunkter, som de i forrige note nævnte, jfr. nærmere ndf.

63. Jfr. Borum Sv.J.T. s.117 og Eek cit. i note 33 s.71.

64. Lovkonflikter s.44 ff.

65. Smlgn. Gomard s.118.

66. Jfr. Knoph s.37.

ker hele den internationale privatret, og som findes udtalt i flere norske højesteretsdomme, første gang i den også her i landet kendte Irma-Mignon sag:⁶⁷ »Ved løsningen av internasjonal – privatrettslige spørsmål er det naturlig å ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.«⁶⁸ Denne sætning betragtede Knoph som den ulovbestemte del af den internationale privatret i en nøddeskal, den internationale privatrets grundlov.⁶⁹

For at forstå betydningen af denne opfattelse for den internationale privatret og specielt for de synspunkter, som i det foregående er gjort gældende, er det nødvendigt kort at se på, hvad Knophs lære om retsstandarderne går ud på.

Knoph mener, at retssystemet arbejder med tre forskellige metoder til udformning af retsregler:⁷⁰ De almindelige retsregler, retsstandarderne og retsregler, der overlader afgørelsen til domstolene eller andre myndigheders frie skøn. Fra retsreglerne adskiller retsstandarderne sig ved ikke som retsreglerne at indeholde bestemte, faktiske kriterier, som ikke kan fraviges af individuelle grunde i konkrete tilfælde. Fra det rene skøn adskiller de sig ved, at de indeholder en vis målestok for afgørelsen. Knoph er dog selv klar over, at der er tale om glidende overgange mellem de tre grupper,⁷¹ omend han måske af argumentative grunde understreger forskellene stærkere end berettiget. Det er dog netop det, der er styrken i hans afhandling ved siden af den indgående analyse af retsstandardernes anvendelse. Mange af hans synspunkter er foregrebet her i Danmark af Viggo Bentzon i afhandlingen *Skøn og Regel* i Københavns Universitets festskrift fra 1914.

Positivt bestemmer Knoph retsstandarden som et direktiv til dommeren, der angiver en bestemt målestok, som skal bruges ved pådømmelsen, og som retsstandarden forudsætter, at dommeren kender og har

67. Norsk Rettstidende 1923 II s.60.

68. Knoph s.11. Sætningen stemmer med den af Savigny s.28 og s.108 opstillede ledetråd for den internationale privatret.

69. Knoph s.279, TfR 1938 s.48.

70. Knoph s.5 nævner som en fjerde gruppe programmerklæringer, som han dog derefter helt undtager fra retsreglerne.

71. Knoph s.4 ff, s.13 og s.20. Jfr. Ross *Ret og Retfærdighed* s.367. A. Vinding Kruse i U.f.R. 1953B s.91 f med henvisninger. Hult *Juridisk Debatt* s.33 f, Bentzon s.56 ff og Gomard TfR 1953 s.311 ff.

nytte af.⁷² Samtidig beholder dommeren en vis frihed til at bedømme enkelttilfældene individuelt indenfor de rammer, som standarden opstiller.⁷³ Som yderligere karakteristik henviser han til et citat fra Roscoe Pound:⁷⁴ »Three characteristics may be seen in legal standards: 1) they all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be »fair«, or »conscientious« or »reasonable« or »prudent« or »diligent«. 2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone's experience. 3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances, and are to be applied with reference to the facts of the case in hand. They recognize that within the bounds fixed each case is to a certain extent unique.« Han korrigerer dog Pounds første punkt derhen, at det ikke så meget er en moralsk målestok som en social adfærdsnorm, der skal lægges til grund.⁷⁵

Knoph begrundet anvendelsen af retsstandarder med en henvisning til retsordenens opgave. Retsordenen skal dels give en fast og sikker ydre ramme for samfundslivet, dels skal den svare til, hvad retfærdigheden i det enkelte tilfælde kræver.⁷⁶ Disse to hensyn peger i hver sin retning. Det første fører til anvendelse af almindelige abstrakte regler, der ikke giver plads for skøn og vurdering. Det sidste derimod fører til, at der skal være mulighed for at vurdere hvert enkelt tilfælde helt for sig under hensyntagen til de konkrete omstændigheder i det hele. Både retsreglerne og retsstandarderne giver alt efter deres indhold og formulering og almindelige retsanvendelsesprincipper mulighed for at tage begge hensyn i betragtning, men i forskellig grad. Knoph mener derfor ikke, at man skal foretage et absolut valg imellem dem, men anvende hver af dem på de områder, hvor man efter en afvejning af de reale hensyn mener, at det er praktisk.⁷⁷ På områder, hvor livet er »så nyansert og innviklet att en stiv og skjematisk rettsordning er uheldig eller kanskje likefrem umu-

72. Knoph s.2.

73. Knoph s.5.

74. An introduction to the philosophy of law, 1954 s.58.

75. Knoph s.4. Jfr. Arnholm, Alminnelig Avtalerett, Oslo 1949, s.100.

76. Knoph s.18, jfr. Ross Ret og Retfærdighed s.366 ff, Bentzon s.9 f og s.53 ff og Gomard TfR 1953 s.319.

77. Knoph s.23 ff.

lig, idet forholdene bare lar sig mestre gjennom smidige og omfattende almenregler, som ikke kan fortøies i faste og uforanderlige kriterier»,⁷⁸ er det naturligt at anvende retsstandarder.

Det er Knophs opfattelse, at man i den internationale privatret netop står over for et område af denne art, således at afvejningen af de hensyn, der trækker henholdsvis i retning af retsregler og retsstandarder må resultere i, at man vælger som hovedregel at arbejde med retsstandarder.⁷⁹ Man kan arbejde nok så meget med at opstille detaljerede regler. Det vil alligevel vise sig, at man her må falde tilbage til at arbejde med retsstandarder. »De konkrete omstændigheters overvældende nyanserikdom viser sig nemlig å trosse all skjematisk og abstrakt behandling, hvor skarpsindig juristene enn går frem.« Det store antal fremmede retssystemer og de kombinationsmuligheder, som disse frembyder, medfører, at man ikke må »bille sig inn at man kan utarbeide systemet med enkeltregler og præsumsjoner så fint, att man kommer utenom den skjønnsmessige vurdering av enkelttilfellet som er og blir den internasjonale privatrets grunnkrav.«

Knoph har muligvis aldrig været i tvivl om, at man ved løsningen af sager med international tilknytning også må tage hensyn til den materielle rets indhold; han siger det dog næppe direkte nogetsteds. Det er imidlertid netop kravet om en sådan hensyntagen, der fører til den overvældende variation i de omstændigheder, der kan foreligge i den enkelte sag, som er Knophs begrundelse for at arbejde med retsstandarder i den internationale privatret. Tager man intet hensyn til det materielle resultat er variationerne ikke så store eller viser sig i hvert fald ikke, før den internationale privatretlige afgørelse er truffet.

Den reale begrundelse for at anvende retsstandarder passer således også på den internationale privatret, således som dens opgave er blevet beskrevet i det foregående; og samtidig opnås det ved at betragte den internationale privatret som en retsstandard, at man ikke udsætter sig for den indvending imod synspunktet, at der i hvert enkelt tilfælde bør tages hensyn til, om anvendelsen af kollisionsnormerne fører til et rimeligt resultat, at dette fører til et fuldstændig frit skøn for domstolene.

78. Knoph s.24.

79. Knoph s.11 og s.26.

Da således de reale grunde for at arbejde med retsstandarder i den internationale privatret foreligger, er det nødvendigt at se, om den retsstandard, der er opstillet for dette område, stemmer med den givne karakteristik af retsstandarder. Den citerede sætning fra Irma-Mignon-sagen, som Knoph ophøjer til retsstandard, indeholder vel nok en målestok, nemlig den at man skal finde forholdets stærkeste tilknytning. Det er imidlertid ved første øjekast et spørgsmål, om den af Knoph med et enkelt korrektiv accepterede beskrivelse, som Pound har givet af retsstandarden, passer på denne sætning. Pounds punkt 3 passer nøjagtigt. Målestokken er »relative to times and places and circumstances« og anerkender, at »each case is to a certain extent unique«. Det var jo selve begrundelsen for at arbejde med en retsstandard her.

Punkt 1 og 2 derimod, bedømmelsen af forholdet efter en social handlenorm i overensstemmelse med »trained intuition«, synes der ikke at være plads for.

Ser man imidlertid nærmere efter, gælder dette flere af Knophs eksempler, ikke mindst afhandlingens hovedeksempel om forbudet mod tilbagevirkende love. Det er vel netop Knophs fortjeneste at have gjort opmærksom på, at retssætninger, som efter deres indhold ser ud til at være almindelige retsregler med faste faktiske kriterier, i virkeligheden er retsstandarder, at der nemlig i disse regler må indfortolkes en mere almindelig formuleret målestok, som tillader en individuel bedømmelse af enkelttilfældene. Af de få udtalelser, som Knoph har fremsat om den internationale privatret som retsstandard, kan man se, at denne målestok netop må være den, der er opstillet i det foregående, at løsningen i hvert enkelt tilfælde skal være rimelig og stemme med almindelige retfærdigheds- eller hensigtsmæssighedsbetragtninger i det eller de involverede lande og med de principper, som behersker det pågældende retsområde i disses retsordener. Opfylder løsningen ikke dette krav, har dommeren i virkeligheden ikke fundet den stærkeste tilknytning.

Den diskussion, som Knophs afhandling har givet anledning til, har for det første drejet sig om rigtigheden af hans beskrivelse af retsstandardens særegenheder i forhold til almindelige retsregler og regler, der giver dommeren en skønsmæssig bedømmelse. Det ligger uden for denne afhandlings rammer at gå ind på en diskussion heraf. Når det erkendes, som ovf. nævnt, at der naturligvis ikke er tale om en skarp afgrænsning, men om glidende overgange, må det være tilstrækkelig iøvrigt at henvise til,

at retsstandardlæren i overensstemmelse med traditionen fra Bentzon her i landet er blevet accepteret som et led i beskrivelsen af retskilderne.⁸⁰

For det andet har diskussionen drejet sig om hensigtsmæssigheden i overhovedet at arbejde med retsstandarder og i det hele med et mere eller mindre frit skøn for domstolene.⁸¹ Heller ikke til denne diskussion – som i betragtning af retsstandardernes store udbredelse i praksis ikke kan opfattes som en kritik af rigtigheden i Knophs lære, men snarere som retspolitiske overvejelser – kan der her i almindelighed tages stilling. Derimod må der tages stilling til kritikken af Knophs benyttelse af retsstandarderne i den internationale privatret. Denne kritik er mig bekendt kun kommet til orde hos Borum og Hult.⁸² Til Borums kritik tages der bedst stilling i forbindelse med omtalen af den videre udbygning af den almindelige retsstandard for den internationale privatret. Forskellen mellem Borum og Knoph vil nemlig så vise sig ikke at være af afgørende betydning.

Hult udtaler om grundsætningen i Irma-Mignon-sagen som retsstandard, at den i hans øjne ikke udgør stort mere end en omformulering af selve den internationale privatrets problem i intetsigende ord og en henvisning til et fuldstændig frit skøn.⁸³ Han kan ikke se den målestok, som dommeren skal benytte. Det er vanskeligt at se, hvorfor der ikke i ordene »den stærkeste tilknytning« skulle ligge en lige så god målestok som fx. i ordene »almindelig hæderlighed« i aftalelovens § 33. Og i hvert fald forekommer det mere i overensstemmelse med Hults egen kritik i »Juridisk Debatt« af at overlade afgørelsen af retsproblemerne til domstolenes frie skøn, når man fastholder, at der heri ligger en målestok for skønnet, end hvis man med Hult i »Föräldrar och barn« uden at Knoph overhovedet nævnes kommer til det resultat, at afgørelse i den internationale privatret træffes efter et praktisk talt fuldstændig frit skøn.⁸⁴

80. Jfr. den i note 71 cit. litteratur.

81. Jfr. den i note 71 cit. litteratur.

82. Jfr. dog nu også Egge, Lovvalget i erstatningsretten, Oslo 1959 s.24 ff.

83. Hult Juridisk Debatt s.35. Heller ikke ordre public reglen, som Borum anerkender som en retsstandard Sv.J.T. s.116 f, vil Hult acceptere som sådan, anf. st. note 20.

84. Hult s.8 og s.19. Afhandlingen i Hult Juridisk Debatt er fra 1940, Hult er fra 1943. I en afhandling fra 1959, Kvalifikationsproblemet i den internationella

Mens opfattelsen af den internationale privatrets standardkarakter her er nået på baggrund af en konstatering af de urimelige resultater, som den gængse stive opfattelse af kollisionsnormerne fører til, kom Knoph, som nok havde fornemmelsen af det samme, først og fremmest til resultatet gennem en analyse af norsk domspraksis på kontraktstatutets område.⁸⁵ Denne analyse viste ham, at kollisionsnormerne, som teorien opstillede, ikke havde karakteren af almindelige retsregler, fordi de måtte fraviges og i praksis blev fraveget i alle tilfælde, hvor de konkrete omstændigheder gav anledning til en anden løsning. Heraf sluttede Knoph, at kollisionsnormerne kun er understandarder i forhold til grundsætningen i Irma-Mignon-sagen på samme måde som de regler, man af praksis kan udlede vedrørende forståelsen af andre retsstandarder.

Understandarderne fremkommer ifølge Knoph ved det, som han kalder rationalisering af retsstandarden.⁸⁶ Man søger at fremdrage visse typiske situationer, som retsstandarden er anvendelig på, og på denne måde konkretisere retsstandarden. Knoph beskriver anvendelsen af retsstandarden i to led, rationaliseringen og skønnet. Rationaliseringen består i en forberedende orientering i de forskellige rationelle elementer, herunder tidligere retsafgørelser, der kan spille ind ved anvendelsen af retsstandarden. Først når dette grundlag er klart, kan dommeren træffe den afgørelse, som hans opfattelse af, hvad indholdet af retsstandardens målestok er, fører ham til. Praktisk talt identiske synspunkter på den proces, der går forud for skønnets udøvelse, har Bentzon gjort gældende.⁸⁷

Knoph gør imidlertid opmærksom på, at man skal være forsigtig med, hvor håndfast man tager på rationaliseringen.⁸⁸ Det er let at generalisere for stærkt fra de rationelle hensyn, som man har fundet frem til inden for de enkelte typiske situationer og opstille regler, som man mener helt udtømmer de hensyn, der kan komme i betragtning, således at standarden mister sin standardkarakter. Det er det, Knoph gennem sin undersøgelse af praksis på kontraktstatutets område mener at kunne påvise, at man har gjort i den internationale privatret. »Man behandler de

privaträtten, Festskrift tillägnad Halvar Sundberg, s.217 ff, synes Hult igen at indtage standpunktet fra Juridisk Debatt.

85. TfR 1938 s.46 ff.

86. Kroph s.29 ff, TfR 1938 s.50.

87. Bentzon s.30 ff og s.23 ff.

88. Knoph s.38 ff. TfR 1938 s.50 ff.

undernormene man kommer til, ganske som almindelige rettssetninger, mens de i virkeligheden bare er understandarder som har samme skjønsmessige og elastiske karakter som hovedstandarden. I praksis viser feilen sig i at man helt mekanisk subsumerer de tilfelle som forekommer under en eller annen enkeltnorm – uten å foreta noen konkret skjønsmessig vurdering av dem, og uten å kontrollere at det resultat man kommer til virkelig er i hovedstandarens ånd ... Verdien av »undersetningene« ligger i at de er mindre omfattende enn hovedstandarden er og mere konkret betonet. Men de har alle standardegenskapene i behold, og noen virkelig egenverdi er de ikke i besiddelse av: Det er bare som uttrykk for hovedstandarens interessevurdering de kommer i betraktning, og derfor må det alltid kontrolleres at denne forbindelse er i orden, d. v. s. at man måtte ha kommet til samme resultat om forholdet var blitt betraktet direkte under hovedstandarens synsvinkel.⁸⁹

Anvendt på kollisionsnormerne må Knophs synspunkter forstås således, at kun hvis man også ved en overvejelse af et konkret retsforholds stærkeste tilknytning kommer til det resultat, som kollisionsnormen anviser, kan man acceptere det. Den enkelte kollisionsnorm er kun udtryk for en rationalisering af de hensyn, som normalt må være afgørende for tilknytningen inden for det pågældende område af retssystemet. Så snart særlige hensyn gør sig gældende, kan den fraviges, idet den netop ikke indeholder en rationalisering af disse særlige hensyn; de er ikke taget i betragtning ved dens opstilling, og da det drejer sig om en retsstandard og ikke om en retsregel, kan løsningen i det konkrete tilfælde ikke nås ved en fortolkning af understandarden; denne kan udelukkende benyttes, hvis en løsning ud fra hovedstandarens synsvinkel ville føre til samme resultat. Den almindelige internationale privatretlige retsstandard står altid så at sige som et korrektiv til de enkelte kollisionsnormer.

At denne opfattelse af kollisionsnormerne må være rigtig synes særlig klart på baggrund af det hovedsynspunkt på den internationale privatret, som her er gjort gældende, nemlig at løsningen skal træffes under hensyntagen til indholdet af de materielle retsregler, som kan komme i betragtning. Dette hensyn kan på grund af de uendelige variationsmuligheder aldrig tages i betragtning ved opstillingen af kollisionsnormer. Derfor er det ikke mindst dette hensyn, der tilsiger en konkret vurdering af hver enkelt sag med internationale tilknytninger.

89. Knoph s.41 f, jfr. TfR 1938 s.49 ff og Bentzon s.70.

Over for denne opfattelse af den internationale privatret som retsstandard har Borum anført, at »det er rigtigt, at de øverste formler, de sidste og mest omfattende generalisationer, som den internationale privatret opstiller, til en vis grad er tomme blanketter, standarder om man vil, som hver tids retsvidenskab må udfylde ud fra sine forudsætninger, men dette betyder ikke, at de mindre omfattende begreber, hvormed man opererer, og de enkeltsætninger man udformer ved hjælp af dem, også kun får karakteren af standarder. Der er her tale om egentlige retsregler, som retsanvendelsen ikke har frihed til efter forgodtbefindende at anvende eller lade være at anvende.«⁹⁰

I realiteten er forskellen mellem de to forfatteres opfattelse imidlertid næppe så stor, som det kan se ud til, i hvert fald ikke inden for kontraktsstatuttets område. Om den individualiserende metode i kontraktsstatuttet siges det i Lovkonflikter: »Det bliver her som ellers teoriens sag at søge at rationalisere og systematisere de i betragtning kommende hensyn og søge at udforme mere faste regler for de forskellige typer af kontrakter. Denne proces er kun i sin begyndelse . . . De opstillede sætninger må imidlertid ikke opfattes som almindelige kollisionsnormer eller retsregler, som domstolene uden videre bør følge. De er retningslinjer, som det i mange tilfælde vil være praktisk og nyttigt at tage som udgangspunkt for undersøgelsen. De viger . . . når det efter de i det enkelte tilfælde foreliggende særlige omstændigheder findes, at skyldforholdets tyngdepunkt ligger anderledes end forudsat i de opstillede formodningsregler.«⁹¹

Også udenfor kontraktsstatuttet må arbejdet med den ulovbestemte del af den internationale privatret imidlertid nødvendigvis bestå i en rationalisering. Hvert eneste nyt tilfælde, som giver anledning til nye overvejelser, viser, at der er stadig nye hensyn at tage, som man ikke har kunnet overse, før det konkrete tilfælde forelå. Om nødvendigt fraviger man de allerede opstillede kollisionsnormer, opstiller undtagelser fra dem eller spalter dem ud i nye kollisionsnormer for snævrere områder. Dette anerkendes også i tredje og fjerde udgave af Lovkonflikter af Borum,⁹² og forskellen fra Knoph bliver formentlig herefter kun en gradsforskel.

90. Sv.J.T. s.116.

91. Lovkonflikter s.149 og s.151.

92. Lovkonflikter s.28 ff, jfr. s.VI med henvisning til Bentzon, jfr. også Borum Observations s.21.

Den opgave at bearbejde de enkelte områder inden for den internationale privatret overflødiggøres ikke, fordi man opfatter den internationale privatret som en retsstandard.⁹³ Den får blot en anden karakter. Der bliver i virkeligheden tale om udarbejdelse af understandarder, som kan vejlede dommerne ved anvendelsen af den almindelige internationale privatrethlige retsstandard på de enkelte retsområder. Men dens eksistens må aldrig tabes af syne. Det må altid være dommerens opgave uanset indholdet af den enkelte kollisionsnorm at finde frem til en hensigtsmæssig og rimelig løsning under anvendelse af de retsregler, til hvilke der er den stærkeste tilknytning. Understandarderne, kollisionsnormerne, kan vejlede om de almindelige hensyn, der sædvanligvis spiller en rolle i sager af den pågældende art; men den konkrete løsning må findes ved »den skønsmæssige vurdering af enkelttilfellet som er og blir den internasjonale privatrechts grunnkrav«.

Som følge heraf er det uhensigtsmæssigt fortsat, som man før har gjort, at tale om fortolkning af kollisionsnormer. I stedet bør man med Knoph tale om rationalisering af retsstandarden ved opstilling af understandarder.

Med en sådan forståelse af kollisionsnormerne, som i det foregående er gjort gældende, træder kvalifikationsproblemet i betydningen fortolkning af kollisionsnormerne for med henblik på en konkret sag at afgrænse dem over for hinanden og derved afgøre, hvilken af dem, der i den konkrete sag er anvendelig, i baggrunden. Da deres opgave kun er at vejlede, mens den endelige afgørelse afhænger af, hvilken tilknytning der rent konkret er den stærkeste, er en skarp afgrænsning af mindre betydning.⁹⁴ Opfattelsen stemmer også med Ross' kritik af Gihls lære om det præjudicielle problem.

Det anførte betyder naturligvis ikke, at der ikke kan tænkes anvendt almindelige retsregler på den internationale privatrets område, jfr. foran s.23. Sådanne kendes i positiv dansk ret. Og understandarderne kan også inden for visse områder, fx. personalstatuttet, gennem tiden have fået en fastere karakter, som gør, at der må kræves mere til deres fravigelse end på andre områder. Hertil kommer, at kollisionsnormernes karakter af standarder ikke nødvendigvis kommer frem i hvert eneste tilfælde, der forelægges domstolene. I flertallet af tilfælde vil kollisionsnormerne

93. Jfr. Knoph TfR 1938 s.50.

94. Jfr. Gomard s.118.

uden vanskelighed kunne anvendes, som om de var egentlige retsregler. Her som så ofte ellers er det i de ekceptionelle tilfælde, at betydningen af at fastholde de principielle synspunkter særlig viser sig. Utvivlsomt har en fastholden af kollisionsnormernes retsstandardkarakter imidlertid betydning både for en klarere forståelse af den internationale privatrets metode, for en rimelig løsning af de tilfælde, som særlig har givet anledning til overvejelser i kvalifikations- og metodelæren, d.v.s. de tilfælde som falder i grænseområdet mellem flere kollisionsnormer, og endelig som baggrund for den i kontraktsstatutten anvendte individualiserende metode.

Til illustration af det sagte er det af særlig interesse at erindre sig de nordiske konventioner om international privatret. Disse konventioner er udarbejdet under nøje hensyntagen til indholdet af den materielle ret i deltagerlandene,⁹⁵ og det har derfor været muligt at opstille faste retsregler i konventionerne. Der er ved opstillingen af reglerne i konventionerne også taget hensyn til, at de resultater, som en evt. sammenføjning af fragmenter fra de enkelte landes ret medfører, bliver rimelige. Som eksempel kan nævnes dødsbokonventionens art.2 stk.2. Konventionerne er iøvrigt udformet således, at de sjældent medfører anvendelse af flere landes ret samtidig.

Et konventionsarbejde, som på denne måde tager hensyn til indholdet af den materielle ret, kan i praksis kun gennemføres i meget få tilfælde. Lignende resultater kan imidlertid til dels opnås ved en retspraksis og et teoretisk arbejde, som ikke i så høj grad som nu lægger vægt på de generelle synspunkter ved sager vedrørende forhold af den pågældende art, som på hvorledes løsningen bør være i forhold til bestemte fremmede lande. Herigennem kan med tiden skabes regler af fastere karakter, der regulerer de internationale privatretlige problemer imellem forum og bestemte fremmede lande eller grupper af lande.⁹⁶ Standardkarakteren af kollisionsnormerne må dog ikke glemmes, hvis nye momenter af retlig eller faktisk art dukker op.

Det er i det foregående forsøgt påvist, at det er hensigtsmæssigt at

95. Jfr. Philip i *Académie de droit international, Recueil de cours* 1959 I s.255.

96. Smlgn. Cavers s.198 og Malmström, *Liber Amicorum of congratulations to Algot Bagge*, Stockholm 1956 s.134, samt Ehrenzweig, *Interstate and international conflicts law: A plea for segregation*, i 41 *Minnesota Law Review* 1957 s.723, også i *Conflict of Laws*, St. Paul 1959 s.19. Synspunktet er heller ikke fremmed for

betragte den internationale privatrets regler som en retsstandard med understandarder. Det har vist sig at være logisk muligt og faktisk nødvendigt at tage hensyn til indholdet af de materielle retsregler, som kan tænkes anvendt i den konkrete sag. Ved første blik kunne dette synes at føre til helt skønsmæssige afgørelser og dermed til opgivelse af enhver regeldannelse i den internationale privatret. Thi almindelige retsregler giver ikke den fornødne mulighed for sådanne konkret begrundede afgørelser. Trangen til individuelle afgørelser inden for visse rammer er imidlertid som påvist af Knoph netop baggrunden for anvendelsen af retsstandarder i lovgivningsteknikken. Hvis man betragter den internationale privatret som retsstandard og kollisionsnormerne som understandarder, opnår man at bringe den internationale privatret ind i de kendte rammer, således at den praktiske nødvendighed lettere accepteres. Samtidig giver man derved dem, der arbejder med den internationale privatret et af den almindelige retslære på basis af et omfattende erfaringsmateriale fra en række forskellige retsområder udarbejdet system at arbejde med, hvilket letter forståelsen af problemerne og opgaven på det specielle område i det hele taget.

Den internationale selskabsrets opgave bliver med dette udgangspunkt at søge at finde frem til en eller flere understandarder angående den generelt set mest hensigtsmæssige tilknytning i selskabsretlige forhold i almindelighed eller vedrørende specielle problemer inden for selskabsretten, som kan konkretisere grundsætningen i Irma-Mignon-sagen for selskabsrettens vedkommende. Ofte, måske oftest vil disse understandarder være fuldt tilstrækkelige og umiddelbart give en løsning, som kan accepteres som rimelig. Så snart dette imidlertid ikke er tilfældet, må der foretages en konkret undersøgelse, som måske kan føre til opstillingen af en kollisionsnorm for et snævrere område eller vedrørende forholdet til et bestemt land, men som i hvert fald må resultere i en rimelig løsning af det konkrete tilfælde.

Rigaux, La théorie des qualifications en droit international privé, Bruxelles 1956 s.499 f.

Kapitel 3: Udviklingslinjer

En fremstilling af den internationale selskabsret kan ikke begrænses til at beskæftige sig med nutidige teorier og opfattelser. Problemstillingen i moderne fremstillinger og disses systematik er stærkt traditionel og påvirket af metode og synspunkter, der stammer fra ældre teorier og fremstillinger, og som i hvert fald her i landet anses for at være forældede. Det er derfor ikke muligt at give en fremstilling og kritisk vurdering af den internationale selskabsrets teori uden at tage dennes historiske forudsætninger op til behandling.

To indbyrdes sammenhængende forhold spiller en særlig rolle i denne henseende. Det ene er den nære historiske forbindelse mellem den internationale privatret vedrørende selskaber og fremmedretten, det andet er den rolle, som begrebet den juridiske person spiller i den internationale privatret.

Såvidt man kan se, har de spørgsmål vedrørende selskaber, som henhører under den internationale privatret, lovvalget, ikke tiltrukket sig synderlig interesse i teorien i 1700-tallet og største delen af 1800-tallet. Pillet søger en forklaring herpå i spørgsmålets vanskelighed.¹ Forklaringen er snarere, at disse spørgsmål ikke har voldt vanskelighed i praksis. Det slås tidligt fast, at et selskabs hjemlands lov finder anvendelse på selskabet overalt, også uden for hjemlandet; men spørgsmålet, hvilket land der er et selskabs hjemland, gøres ikke til genstand for diskussion.² Besvarelsen heraf voldte ingen vanskelighed, da den gyldige tilblivelse af et selskab efter det dengang næsten overalt herskende koncessionssystem naturligt måtte bero på det lands lov, der havde givet koncessionen, og dette land måtte derfor også være selskabets hjemland. Dette stemmer med, at det i den engelske dom *Dutch West India Company v. Henriquez*³ fra 1730 oplyses, at det hollandske selskab for at kunne optræde som sagsøger måtte forevise de dokumenter, hvorved

1. Pillet s.107, jfr. Loussouarn s.11.

2. Jfr. således fremstillingen hos Ch. Lyon-Caen, *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, Paris 1870, særlig s.78 ff.

3. 2.Ld. Raymond 1532, 95 English Reports.

det i henhold til hollandsk lov var blevet en corporation, således at retten altså uden videre har lagt hollandsk ret til grund for afgørelsen af, om selskabet var gyldigt stiftet.

Interessen samlede sig i ældre tid om det fra et praktisk synspunkt også i dag mest interessante problem, hvorvidt et selskab, en forening eller en stiftelse, som var dannet i et land eller en provins, lovligt kunne udøve virksomhed eller – som det oftere betegnes – sine rettigheder – d.v.s. den i forskellige henseender begrænsede beføjelse til at handle som en enhed, der var tillagt det ved koncession eller på anden måde – i et andet land eller en anden provins.⁴ 1700-tallets franske parlamenter, hvis afgørelser 1800-tallets franske forfattere refererer, synes at have løst disse fremmedretlige problemer nogenlunde på samme måde, som vi ville gøre det i dag, idet afgørelsen træffes efter overvejelser over, hvad der bedst tjener den pågældende provins' interesser. Lainé refererer en afgørelse, hvorefter et undervisningsselskab med koncession fra Rouen parlamentet ikke kunne oprette en skole inden for Paris parlamentets område,⁵ mens Merlin refererer andre afgørelser, hvorefter lignende selskaber, der var gyldig stiftet inden for Toulouses, Bordeaux's og Rouens parlamenteres jurisdiktion, kunne indgå kontrakter om erhvervelse af fast ejendom, der fandtes inden for Douai parlamentets område.⁶ Tankegangen er ikke fremmed for os. Der er forskel på i et fremmed land permanent at udøve den virksomhed, som er selskabets formål – her til kræver vi oftest i det mindste registrering af en filial – og at foretage enkeltstående dispositioner der, som ikke engang direkte fremmer selskabsformålet. Næsten alle lande kender i dag begrænsninger i fremmede selskabers ret til at drive virksomhed, to do business, inden for deres territorium.

I første halvdel af 1800-tallet trængte teorierne om karakteren af den juridiske personlighed igennem overalt og kom også til at øve indflydelse på selskabers internationale retsstilling. Regler, der begrænsede fremmede selskabers virksomhed, var ikke lovfæstet i større omfang, og problemet opstod, hvorvidt fremmede selskaber kunne drive virksomhed på lige fod med fremmede fysiske personer, eller om de var udelukket fra

4. Jfr. Lainé s.275.

5. Lainé s.282, cfr. Laurent IV s.242.

6. Merlin, Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence, bd.XIX 5.udg. Bruxelles 1827 s.72. Jfr. Lainé s.282.

at drive virksomhed i udlandet.⁷ I stedet for at søge at nå et resultat ud fra reale overvejelser forsøgte man at konstruere sig til resultatet ad logisk vej. På basis af teorien om den juridiske persons realitet kom man til det resultat, at fremmede juridiske og fysiske personer måtte ligestilles, mens de, der gik ud fra fiktionsteorien, kom til det modsatte resultat, som det skal udvikles nærmere ndf. i kap.4 om anerkendelseslæren. Da det fremmede selskab var en fiktion, sluttede man, at det ingen eksistens havde uden for sit hjemland, medmindre det opnåede en særlig anerkendelse i udlandet, og det kunne derfor ikke besidde rettigheder og således heller ikke udøve sådan virksomhed, som var tilladt for fremmede fysiske personer. Betydningen af introduktionen af teorierne om den juridiske person i den internationale selskabsret er vanskelig at overvurdere. Følgende citat fra et engelsk værk fra 1912 forekommer mig at være i høj grad rammende: »... the modern discussion of the status of a juristic person outside its state of origin has been caused by the difficulty of reconciling ... highly technical theories as to the nature of juristic personality with similar theories as to the extraterritorial effect of laws ... It was not until the writers ... had analysed the nature of the extraterritorial force of laws, and until clear conceptions of juristic personality had been suggested by study of the Civil Law, that it could occur to jurists that it was difficult for a juristic person to exist outside its state of origin.«⁸

På den tid da der til et selskabs stiftelse i de lande, hvor man først beskæftigede sig med selskabers internationale retsstilling på teoretisk basis, krævedes en koncession, autorisation eller lignende, voldte spørgsmålet om, hvorvidt et selskab var fremmed og i så fald, hvor det hørte hjemme, som nævnt ikke vanskelighed.⁹ Selskabet hørte til i det land, som havde autoriseret det eller givet det koncession. Dette kunne begrundes reelt, men det begrundedes oftest konstruktivt med, at en juridisk person nødvendigvis måtte høre til i det land, som havde givet den eksistens.

Da selskabsstiftelsen blev frigivet ved normativsystemets indførelse,

7. Smlgn. Ch. Lyon-Caen, *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, Paris 1870, s.69.

8. E. Hilton Young, *Foreign companies and other corporations*, Cambridge 1912 s.9.

9. Jfr. Pillet *Traité II* s.787 f, Pillet s.129 f, Loussouarn s.9, Mamelok, *Die juristische Person im internationalen Privatrecht*, Zürich 1900, s.212 f, Weiss s.334, Walker

stod denne konstruktive tankegang fast og var blevet forøget med et led. Da selskaberne var juridiske personer, kunne deres tilhørsforhold lige så vel som de fysiske personers betegnes som deres nationalitet. Spurgte man, hvor et selskab hørte til i relation til de fremmedretlige regler, henvistes der til dets nationalitet; og spurgte man videre, hvilken nationalitet det havde, blev svaret, at det nødvendigvis havde det lands nationalitet i henhold til hvis lov, det var skabt. Da spørgsmålet om hvilket lands selskabsret der finder anvendelse i selskabsretlige forhold dukkede op, var svaret i virkeligheden allerede givet. Fra fremmedretten kendte man selskabets nationale lov. Da den nationale lov var den lov, der havde skabt selskabet, måtte den naturligvis også finde anvendelse på dets retsforhold.¹⁰ Tidens opfattelse af problemstillingen udtrykkes klart af Lainé: »Théoriquement, deux questions se posent pour les personnes morales en droit international privé: les personnes morales étrangères ont-elles en France la jouissance des droits civils? si oui, quelle loi régit leur état et leur capacité? Ces deux questions sont étroitement liées l'une à l'autre. En fait, la première seule est sérieusement débattue et la solution que l'on en donne entraîne celle de la seconde.«¹¹ Synspunktet bekræftedes også derigennem, at den juridiske person var en person og som sådan ligesom de fysiske personer måtte have et personalstatut, der ligesom for de fysiske personers vedkommende måtte være dens nationale lov.¹² Gennem udviklingen i fremmedretten var det international privatretlige problem i virkeligheden løst, længe før det blev stillet.¹³ Niboyet sammenfatter argumentationen således: »... d'après l'opinion la plus courante ... on raisonnait à peu près de la manière suivante: les sociétés sont des personnes morales; comme telles elles ont une nationalité puisque les personnes physiques en possèdent une, et celles-ci et celles-la doivent être assimilées. Dès lors, la nationalité d'une société est nécessairement celle du pays dont la loi lui confère

s.123, Williams og Crussachi i *Mémoires de l'Académie Internationale de droit comparé* bd.II 3, Paris 1935 s.643.

10. Nogle går den modsatte vej: Når man ved hvilket lands lov, der er selskabets nationale lov og som derfor finder anvendelse på det, kender man dets nationalitet og ved derfor, hvorledes det er stillet i fremmedretlig henseende, jfr. Thaller s.258.

11. Lainé s.275.

12. Jfr. Pillet s.104 og s.107, Battifol s.413.

13. Smlgn. Nussbaum *Principles* s.146.

l'existence et par suite la personnalité . . . »¹⁴ Tankegangen videreføres også af dem, der har opgivet betegnelsen den nationale lov. Den lov, der skal anvendes, må nødvendigvis være den i henhold til hvilken, den juridiske person er blevet til.¹⁵

Dermed var der skabt en meget nær sammenhæng mellem den internationale privatret og fremmedretten angående selskaber. Problemstillingen var den samme, nemlig i hvilket land selskabet hører hjemme; og således som udviklingen havde formet sig på kontinentet, blev løsningen også nødvendigvis den samme i begge discipliner. Endelig havde man på grund af udgangspunktet vanskelig ved at skelne mellem de problemer, der henhører under fremmedretten, og dem, der hører til den internationale privatret – hvor grænsen går mellem, hvad et selskab kan i henhold til sin nationale lov, og hvad det må i henhold til loven i det fremmede land, hvor det ønsker at optræde. Begge dele vedrører det, som man i fransk ret kalder *état et capacité*, og som går på tværs af sontringen mellem fremmedret og international privatret, således som grænsen mellem disse to discipliner er optrukket i kap.1.

Den udvikling, som her er beskrevet, sætter stadig sit præg på den internationale selskabsret. Dens betydning for anerkendelseslæren er allerede berørt. Denne lære skal nærmere omtales i næste kapitel. Den har endvidere haft betydning for opfattelsen af forholdet mellem international privatret og fremmedret vedrørende selskaber, dels med hensyn til problemstillingen, idet den har ført til den opfattelse, at problemet i begge discipliner er det samme, nemlig i hvilket land en selskabsdannelse hører hjemme, hvilket lands nationalitet, den har; dels med hensyn til svaret herpå, idet en skole af forfattere er af den opfattelse, at kriteriet for et selskabs tilhør må være det samme i begge henseender, altså en videreførelse af den tankegang, hvorefter et selskab fremmedretligt set hører hjemme i et land i henhold til hvis lov, det er skabt, mens en anden skole gør gældende, at et selskabs tilhør i fremmedretlig henseende godt kan være uafhængig af hvilket lands lov, der finder anvendelse på det.¹⁶ Disse opfattelser skal omtales i kap.5.

14. *Revue de droit international privé* 1927 s.402 f, jfr. også Pépy, *La nationalité des sociétés de commerce*, Paris 1920 s.58 ff, Pillet *Traité II* s.778 og Reese s.1126.

15. Således Surville s.716, Pillet ndf. kap.6 note 62, Nussbaum s.185.

16. Jfr. Lerebours-Pigeonnière s.191 f.

Endelig har udviklingen haft stor betydning for argumentationen og terminologien i den internationale privatret vedrørende selskaber. Den lov, der skal anvendes på selskaber, betegnes af mange stadig som selskabernes personalstatut eller deres nationale lov. For de selskabers vedkommende, som ikke anses som juridiske personer, taler man ofte om et quasipersonalstatut, fordi de, da de ikke er personer, ikke kan have et egentligt personalstatut,¹⁷ ligesom man ofte anvender et andet tilknytningsmoment for disse end for selskaber med juridisk personlighed.¹⁸ Terminologien virker ofte ind på selve argumentationen, idet man drager konklusioner fra begrebet juridisk person. Man diskuterer, hvorvidt man ved at udpege en bestemt lov som den, der som selskabers nationale lov skal finde anvendelse i selskabsretlige forhold, bringer den internationale selskabsret i overensstemmelse med de fra indfødsretten kendte principper, *jus soli* og *jus sanguinis*.¹⁹ Den lov, der stemmer bedst med disse principper, må være den rigtige, da selskaber som juridiske personer må være underkastet samme principper som personerne. I England²⁰ forsøger man på samme måde at få de regler, som skal finde anvendelse på selskabers tilhør, til at stemme bedst muligt overens med de principper, der ligger til grund for personernes domicile, residence og presence, idet man har overført disse begreber fra personerne til selskaberne i deres egenskab af juridiske personer og derfor må finde ud af, hvad man skal lægge i begreberne. Et typisk eksempel herpå er fremstillingen hos Foote.²¹

De nævnte tilfælde er udprægede eksempler på den ældre udviklings indflydelse. Vi skal imidlertid fremover også møde en række andre tilfælde, hvor denne udvikling har sat sit umiskendelige præg.

Den refererede udvikling viser, hvilken stor betydning begrebsjuri-

17. Således Nussbaum s.206 og s.209, Rabel II s.9 f og s.122, smlgn. Battifol s.609 og Battifol Contrats s. 293.

18. Således fx. Institut de droit international 1929 art.4 og 5, aftrykt hos Niederer s.180, Haagerkonventionen 1951 art.1 ctr. art.6 og spørgeskema sp.5 ff ctr. sp.23 ff, Documents s.40 ff, Folkeforbundsrapporten, Actes s.130, Battifol s.609 og Battifol Contrats s.290 og s.292.

19. Smlgn. Niboyet II s.359 ff.

20. Jfr. fremstillingen hos Farnsworth samt Cheshire s.187 og s.193 f, Dicey s.477 ff og Wolff s.299.

21. Foote, A concise treatise on private international jurisprudence, 4.udg. London 1914 s.125 ff.

prudentiel tankegang har haft i den internationale selskabsret. Så længe systematiske begreber ikke benyttes til at udlede resultater af, er de uskadelige. Den benyttelse, som den internationale selskabsret har gjort af begreberne, nødvendiggør en høj grad af forsigtighed og en omfattende kritisk udrensning af den internationale selskabsrets begrebsverden. Den bemærkning skal derfor forudskikkes, at den kritik, der i det følgende rettes imod mange af de hidtil anvendte begreber, ikke så meget rettes imod den terminologi, som de er udtryk for, som imod den brug der er blevet gjort af dem. Denne kritik er således ikke udtryk for en fuldstændig begrebsnihilisme, således som man måske af kritikkens art og styrke kan få indtryk af, men den er blot et forsøg på at føre den internationale selskabsret ned på et plan, der i højere grad stemmer med moderne juridisk metode.²²

Vi skal nu gå over til at se nærmere på det første af de problemkomplekser, som den beskrevne udvikling har givet anledning til: anerkendelseslæren.

22. Smlgn. Ross Ret og Retfærdighed s.224 ff.

Kapitel 4: Anerkendelseslæren

På den 7. Haagerkonference i 1951 om international privatret vedtoges og undertegnedes en konvention om anerkendelse af selskabers, foreningers og stiftelsers juridiske personlighed. I Europarådet har man i nogen tid arbejdet med en lignende traktat. Et meget stort antal tosidede handels- og venskabstraktater fra det sidste halvsekel, herunder også traktater hvori Danmark er part,¹ indeholder bestemmelser om gensidig anerkendelse af traktatpartnernes selskaber eller bestemmelser af lignende karakter. De allerfleste forfattere, herunder danske,² der beskæftiger sig med selskabers internationale retsstilling, giver, ofte omfattende og indgående, redegørelser for anerkendelsens indhold og betydning.

Anerkendelsesproblemet har aldrig haft praktisk betydning her i landet.³ Alligevel synes det velbegrundet i en afhandling om international selskabsret at beskæftige sig med det. Dels er teorien på dette område traditionelt international (retssammenlignende), og vor international privatretlige litteratur er så lidet omfattende, at vi ikke kan tillade os at se bort fra de erfaringer og ideer, som udenlandske forskere har på dette område.⁴ Dels har problemet vist sig på grund af det internationale samarbejdes stigende omfang at få betydning for os, fordi det er blevet draget ind i konventioner, som det kan blive en nødvendighed for os at slutte os til.⁵ Dels, endelig, er problemet i så høj grad blevet en del af den

1. Jfr. således handelstraktater med Belgien, bkg.nr.131 af 26.juni 1895, Lovt.1895 s.477, art.15; Polen, bkg.nr.220 af 14.august 1924, Lovt.A 1924 s.1123, art.19; Grækenland, bkg.nr.186 af 29.august 1929, Lovt.A 1929 s.940, art.4; Spanien, bkg.nr.44 af 2.marts 1928, Lovt.A 1928 s.75, art.9; Østrig, bkg.nr.18 af 31.januar 1929, Lovt.A 1929 s.27, art.15; Tyrkiet, bkg.nr.173 af 10.juni 1931, Lovt.A 1931 s.1336, art.8; Bolivia, bkg.nr.53 af 22.februar 1934, Lovt.A 1934 s.78, art.II b; Iran, bkg.nr.120 af 2.april 1935, Lovt.A 1935 s.505, art.6.

2. Jfr. Federspiel s.362 f og Lovkonflikter s.175 ff.

3. Jfr. Borum NTIR s.118. Derimod har problemet haft betydning for danske selskaber, der optrådte i Frankrig, jfr. Nordisk Forlag ctr. Sarah Bernhard, *Revue de droit international privé* 1911, s.666, jfr. Pillet s.175 f.

4. Jfr. Lovkonflikter s.34.

5. Foruden de forannævnte indeholder en række konventioner fra de senere år om oprettelse af internationale organisationer pligt for medlemsstaterne til at anerkende disse organisationers juridiske personlighed eller simpelthen en bestemmelse,

traditionelle internationale selskabsret, at det ikke synes muligt simpelt hen at se bort fra det uden at redegøre for grunden hertil.

I dette afsnit skal der først gives en redegørelse for, hvorledes problemet efter min opfattelse er opstået og blevet til en integrerende del af den internationale selskabsret. Derefter redegøres for de vigtigste moderne anerkendelsesteorier, og endelig påvises det, hvorfor jeg anser problemet for som hovedregel at være et skinproblem, som fremtidig bør lades ude af betragtning i diskussionen af selskabers internationale retsstilling.

I. Anerkendelseslæren i den form, hvori vi kender den i dag, dukker først op omkring århundredskiftet, men forudsætningerne for den går som nævnt i kap.3 tilbage til første halvdel af 1800-tallet. Før den tid kendtes problemerne i anerkendelseslæren tilsyneladende slet ikke. Ganske vist oplyser Graveson,⁶ at Common law indtil to domme angående Dutch West India Co. fra 1728 og 1730⁷ ikke anerkendte en status som corporation, når den var tildelt i udlandet.⁸ Dette kan skyldes den særlige historiske udvikling af den internationale privatret i England⁹ og hænger næppe sammen med en foregribelse af anerkendelseslærens synspunkter. Siden disse domme er en gyldig selskabsdannelse i udlandet imidlertid blevet anerkendt som sådan i England.

I Frankrig synes forholdet at have været det samme, dog med den modifikation, at det land eller den provins, hvor et fremmed selskab ønskede at optræde, som allerede nævnt kunne gøre begrænsninger i selskabets ret hertil, altså var berettiget til at opstille særlige fremmedretlige regler. Denne modifikation accepteres i dag praktisk talt overalt.¹⁰

der fastslår den, jfr. Kul- og stålunionstraktaten, cit. hos Fischer, Det europæiske kul- og stålfællesskab, 1957 s.165, jfr. om Euratom en undersøgelse af Hahn i 71 Harvard Law Review 1957-58 s.1001 ff. De spørgsmål, som dette giver anledning til, omfattes ikke af behandlingen i det følgende.

6. R. H. Graveson, Status in the common law, London 1953 s.74, jfr. Farnsworth s.84.
7. 1.Str.612 og 2 Ld. Raym. 1532. 93 og 95 English Reports.
8. Om engelske corporations stilling i udlandet i ældre tid jfr. Henderson, The position of foreign corporations in American constitutional law, Cambridge Mass. 1918 s.10 ff.
9. Jfr. Cheshire s.30 f.
10. Jfr. Rabel II s.173, Cowen s.36, Niederer s.110 med note 3, cfr. dog om Holland Ernst Wolff s.389, jfr. Rabel II s.142. Allerede Ordonnance de Blois fra 1579

I USA var reglen den samme som i Frankrig, i hvert fald for så vidt angår det mellemstatslige forhold. Principielt kunne selskaber fra en stat drive virksomhed i de andre stater, men disse kunne forbyde dette eller stille betingelser for at tillade det inden for visse af forfatningen satte grænser.¹¹ Dette slås endelig fast i 1839 i tre højesteretsdomme, sædvanligt citeret sammen som *Bank of Augusta v. Earle*.¹² Skønt udgangspunktet også i USA var fiktionsteorien, således som det klart fremgår af de citerede og andre domme, nåede man til anerkendelse af fremmede juridiske personer inden for de grænser, som lovgivningen i de enkelte stater sætter, ved hjælp af *comitas* teorien,¹³ der er den afgørende teoretiske begrundelse for anvendelsen af fremmed ret i amerikansk ret siden *Story*. Udviklingen i USA har af denne grund ikke spillet nogen rolle for anerkendelseslæren, og den skal derfor ikke refereres her.¹⁴

De første spor af den moderne anerkendelseslære viste sig, da man i Frankrig forsøgte at benytte koncessionssystemet som udgangspunkt for en lære, der skulle ændre den tidligere liberale indstilling til fremmede selskaber. Om end koncessionssystemets teoretiske fundament var fiktionsteorien,¹⁵ har frykten for selskabsspekulationen, som den havde fundet sted i 1700-tallet, således i Frankrig *John Law* og i England *the South Sea Bubble*, utvivlsomt gjort nok så meget som fiktionsteorien til at fastholde kravet om offentlig autorisation til dannelse af *sociétés*

giver i øvrigt særlige publicitetsforskrifter for selskaber af udlændinge, jfr. Escarra, Escarra og Rault, *Les sociétés commerciales* bd.I, Paris 1950, s.9.

11. Om et lignende synspunkt i Tyskland jfr. v. Bar I s.303 note 4a med citat af Gierke, og Rabel II s.129.
12. 13 Peters 519, jfr. Swisher, *American constitutional development*, Cambridge Mass. 1943, s.223 ff og s.823, Henderson, *The position of foreign corporations in American constitutional law*, Cambridge Mass. 1918 s.42 ff og Rabel II s.173. Henderson er dog af den opfattelse, at princippet i virkeligheden er slået fast langt tidligere, s.39 ff.
13. Jfr. E. Hilton Young, *Foreign companies and other corporations*, Cambridge 1912 s.33 ff. Om *comitas* teorien se Lovkonflikter s.14 f.
14. Om amerikansk teori om fremmede selskabers retsstilling se i det hele Henderson anf.st. samt Rabel II s.124 ff, *Note on the adoption of the liberal theory of foreign corporations* i 79 *Un. of Pennsylvania Law Review* 1931 s.956 ff og s.1119 ff og Leflar, *The law of conflict of laws*, 1959, s.156 ff.
15. Jfr. Nekam, *The personality conception of the legal entity*, Cambridge Mass. 1938 s.75 og s.97 f, Gower s.21 med note 2, Rabel II s.125 og Levy, *Private corporations and their control* bd.I, London 1950 s.12 f.

anonymes,¹⁶ som det skete i Code de Commerce art.37, mens andre selskaber kunne dannes uden forudgående tilladelse. Art.37 lød således: »La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique.«¹⁷

Tidligere havde man under henvisning til Code Civil art.3 stk.3¹⁸ og med støtte i den almindelige opfattelse, at et selskabs gyldige stiftelse beroede på loven i det land, hvor det var blevet skabt, ikke bragt Code de Commerce art.37 i anvendelse på udenlandske selskaber, men alene i tilfælde, hvor der var tale om selskabsstiftelse i Frankrig.

Det synspunkt blev nu gjort gældende, at fremmede aktieselskaber var lige så farlige som eller farligere for retssikkerheden, d.v.s. for selskabskreditorer og kapitalindskydere, end landets egne selskaber. Kravet i Code de Commerce art.37 om tilladelse til dannelse af aktieselskaber og dermed følgende godkendelse af selskabets vedtægter, hvilket naturligvis forudsatte opfyldelse af fransk rets regler, forlangtes derfor udvidet til at omfatte fremmede aktieselskaber, idet man fandt det urimeligt at stille strenge sikkerhedskrav til sine egne selskaber og samtidig tillade fremmede selskaber, dannede under en liberalere fremmed lovgivning, at udøve virksomhed i landet, hvilket også kunne opfordre til selskabsflugt. Det gjordes derfor gældende, at art.37 var en loi d'ordre public eller de police,¹⁹ at den derfor ifølge Code Civil art.3 stk. 1 ubetinget skulle gælde på territoriet uden hensyn til, om det selskab, der ønskede at optræde der, også hørte til der eller havde fremmed tilknytning, og at fremmede selskaber derfor også skulle have autorisation i henhold til Code de Commerce art.37 for at udøve virksomhed i landet.

Denne lære fik tilslutning i den franske forvaltning, men ikke i rets-

16. Jfr. Rabel II s.125 og Levy anf.st. s.44.

17. Ordet Gouvernement vekslede i gyldighedsperioden med Roi og Empéreur.

18. Jfr. Merlin, Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence bd.XIX 5.udg. Bruxelles 1827 s.71 f, Ch. Lyon-Caen, De la condition légale des sociétés étrangères en France, Paris 1870, s.12 og Lainé s.276 og s.283 f. Om ældre ret jfr. Abrahams s.26 ff. Code civil art.3 stk.3 lyder således: »Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.«

19. Jfr. C. Lescoeur, Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales, Paris 1877 s.104.

praksis.²⁰ Den accepteredes ligeledes af den belgiske forvaltning²¹ og derefter af den belgiske kassationsret i to domme,²² efter først at være blevet forkastet af den samme domstol.²³ Det må herved erindres, at Code Civil og Code de Commerce også fandt anvendelse i Belgien.

De belgiske domme drejede sig alle tre om sager anlagt af franske forsikringsselskaber imod belgiske borgere. De sagsøgte gjorde gældende, at de franske selskaber, der ikke havde opnået autorisation af den belgiske konge i medfør af Code de Commerce art.37, måtte betragtes som ikke eksisterende i Belgien og derfor heller ikke kunne optræde som part ved domstolene for at inddrive deres krav der. Det fremgår af en henvisning i sagsøgtes procedure i dommen af 1847,²⁴ at man tidligere havde opfattet kravet om tilladelse i henhold til Code de Commerce således, at fremmede selskaber vel ikke var berettiget til at drive fx. forsikringsvirksomhed uden at have opnået tilladelse dertil gennem en godkendelse af vedtægterne. Men hvis de alligevel indgik kontrakter, var disse gyldige. Konsekvensen af, at de sagsøgte fik medhold i de to belgiske domme fra 1849 og 1851, var, at den i fransk selskabsret opstillede nullitetslære²⁵ blev anvendt på udenlandske selskaber, der ikke havde opnået autorisation. Disse og alle deres handlinger betragtedes som nulliteter, d.v.s. at de ikke blot ikke kunne drive virksomhed i Belgien, men et fransk selskab ville ikke engang kunne foretage en enkeltstående handling der, fx. foretage indkøb af nogle varer til videresalg i Frankrig, og det kunne heller ikke i Belgien ved belgiske domstole gennemføre et krav på en belgier, ikke engang hvis dette krav var stiftet i Frankrig.

Dette er den dag i dag virkningen af manglende anerkendelse,²⁶ om end læren er blevet modificeret på en måde, som med rette er betegnet som inkonsekvent.²⁷ Således kan et fremmed selskab godt sagsøges i Frankrig, uanset om det ikke er anerkendt, det kan blot ikke optræde som sagsøger. Inkonsekvensen begyndte i realiteten allerede i under-

20. Jfr. Niboyet II s.441, Pillet s.58 og s.162 og Pillet Traité II s.803.

21. Jfr. La Belgique Judiciaire 1847 sp.1070.

22. Pasicrisie Belge 1849. 1.221 og 1851.1.307, der nægter fransk selskab partsevne.

23. Pasicrisie Belge 1847.1.392.

24. Se note 21.

25. Om denne jfr. Olivecrona s.11 ff.

26. Jfr. Niboyet II s.455 ff.

27. Jfr. Niboyet anf.st. og Pillet Traité I s.340 ff, II s.815 ff samt Actes s.131.

instansens dom i sagen fra 1849, idet retten efter at have konstateret, at det franske selskab ikke eksisterede, pålagde selskabet at udrede sagsomkostningerne.

Som nævnt var den nye lære begrænset til aktieselskaber og begrundet med bestemmelsen i Code de Commerce art.37, der opfattedes som en i Code Civil art.3 stk.1 hjemlet undtagelsesbestemmelse fra Code Civil art.3 stk.3 for aktieselskabernes vedkommende. Allerede i de tre sager for den belgiske kassationsret forsøgte den belgiske part og generalprokurøren en argumentation med videre sigte, som til dels accepteredes i kassationsretsdommen fra 1849, og denne videregående lære fandt sin teoretiker i Laurent.²⁸ Han benægtede, at Code Civil art.3 historisk fandt anvendelse på andre end fysiske personer, hvorom der er almindelig enighed i teorien,²⁹ uanset at praksis har valgt denne bestemmelse som udgangspunkt også for selskabers vedkommende. Laurent fastholdt imidlertid bestemmelsens uanvendelighed på selskaber og derved udvidedes spørgsmålet om, på hvilket lands lov et selskabs eksistens beror, fra kun at dreje sig om aktieselskaber til at angå alle juridiske personer. Den særlige begrundelse for at behandle aktieselskaber på en anden måde end andre selskaber, Code de Commerce art.37, var da på den tid, da Laurents værk blev skrevet (1880) heller ikke mere anvendelig, idet art.37 var ophævet.³⁰ En territorialitetsgrundsætning måtte derfor nødvendigvis have mere generelt sigte. Med udgangspunkt i fiktionsteorien, jfr. ndf., og ud fra det synspunkt at lovens ekstraterritorialitet er en undtagelse, baseret på folkeretlige principper, fastslog Laurent derefter selskabslovens territorialitet. Konsekvensen var, at ingen selskaber kunne udøve nogen form for aktivitet uden for hjemlandet, men der måtte i hvert nyt land, hvor et selskab ønskede at udøve aktivitet, dannes et nyt selskab i overensstemmelse med den territoriale lov.³¹ Mens der tidligere gjaldt visse begrænsninger i fremmede selskabers virksomhed, og mens endnu de belgiske domme må betragtes

28. Laurent IV s.231 ff, særlig s.237 ff. Jfr. også Sirey 1860.1.865 og Pillet Traité I s.335 f.

29. Jfr. Lainé s.273 jfr. s.284, Pillet Traité II s.779 og s.820 f, Abrahams s.35 ff og J. Donnedieu de Vabres, L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XXe siècle, 1938 s.331.

30. Art.37 ophævedes i Frankrig i 1867 og i Belgien i 1873.

31. Jfr. Pillet s.3.

som specielt begrundede undtagelser, nåede Laurent til en fuldstændig udelukkelse af fremmede selskaber. Denne opfattelse kom dog aldrig ud over det teoretiske stade.

Hovedkritikken af Laurent kom fra Lainé, som med rette fastslog, at praksis havde anerkendt selskabsstiftelsens ekstraterritoriale gyldighed under henvisning til Code Civil art.3 og derved havde slået grunden væk under Laurents teori. Han henviste til, at man ligesom tidligere kunne opnå den fornødne beskyttelse over for fremmede selskaber igennem fremmedretlige regler.³² Uanset denne kritik vedblev Laurents opfattelse at spille en væsentlig rolle i teorien til forklaring af den retstilstand, som blev følgen af de belgiske domme.

De belgiske domme rejste et rent praktisk problem for udenlandske selskaber, og i forholdet mellem Frankrig, som var det i dommene implicerede land, og Belgien løstes spørgsmålet gennem en belgisk lov af 1855, som Belgien havde forpligtet sig til at foreslå parlamentet ved en traktat af 1854.³³ Traktaten gik ud på, at denne lov skulle have »pour objet d'autoriser les sociétés anonymes et les autres association qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement français, et qui l'auront obtenu, à exercer tous les droits et à ester en justice, en Belgique, conformément au lois du pays, et moyennant réciprocité de la part de la France.« Denne løsning må anses for at være af rent praktisk karakter; Belgien påtog sig forpligtelsen i et tillæg til en handelstraktat, og spørgsmålets teoretiske baggrund har næppe været taget i betragtning.

Traktatens tekst indgik praktisk talt uforandret i den belgiske lov og i 1857 i en tilsvarende fransk lov. Til disse love føjedes imidlertid en bestemmelse om, at andre landes selskaber kunne opnå en lignende retsstilling ved regeringsdekret. Princippet i lovene var altså, at de af dem omfattede fremmede selskaber udelukkedes fuldstændig fra at foretage endog enkeltstående handlinger, men undtagelse kunne gøres og var gjort direkte i loven for henholdsvis franske og belgiske selskaber. Lovene omfattede kun aktieselskaber og andre selskaber, til hvis stiftelse der i deres hjemland krævedes offentlig autorisation. De øvrige selskaber var stadig omfattet af den retstilstand, som gjaldt i Frankrig før 1857 for alle selskaber.

I Frankrig gælder 1857 loven stadig, idet den efter ophævelsen af

32. Således også Battifol s.222 og Loussouarn i Comité Français s.46.

33. Jfr. hertil Abrahams s.11 og Niboyet II s.441 f.

art.37 fortolkes således, at gyldig stiftelse i Belgien eller i andre lande vedrørende hvilke der er udstedt dekret, sættes i stedet for autorisation der.³⁴ I Belgien ophævedes loven i 1873, samtidig med at Code de Commerce art.37 ophævedes.

Under hensyn til den beskrevne historiske udviklings betydning for anerkendelseslærens udformning er det værd at standse op og fastslå, hvad det var, man ønskede at opnå, og som førte til denne udvikling, og hvilke midler man benyttede til at opnå det.

Hovedformålet var som nævnt at opnå kontrol med fremmede selskabers virksomhed i landet. Formålet var således fremmedretligt. Den mest direkte fremgangsmåde ville have været at indføre en regel om, at fremmede selskaber skulle have en særlig tilladelse til at udøve virksomhed i almindelighed eller bestemte former for virksomhed. Som en sådan regel synes som nævnt Code de Commerce art.37 oprindeligt at have været opfattet i Belgien. Under indtryk af en begrebsjurisprudentiel tankegang, og muligvis fordi man overså eller i hvert fald ikke var tilfreds med den beskyttelse af den indenlandske omsætning imod fremmede selskabers virksomhed, som man opnåede ad fremmedretlig vej, søgte man at opnå sit fremmedretlige formål ad international privatretlig vej. Ved at gøre gældende, at selskabslovgivningen inden for området af Code de Commerce art.37 havde ubegrænset gyldighed på territoriet, opnåede man fuldstændig at udelukke fremmede selskaber fra enhver form for aktivitet i landet, uanset om den pågældende aktivitet gav anledning til et behov for fremmedretlig regulering eller ikke.³⁵ Forsåvidt er der intet forkert i at søge formålet opnået ad international privatretlig vej, da ensartede reale hensyn kan varetages både ad fremmedretlig og international privatretlig vej. Imidlertid medførte den valgte fremgangsmåde konsekvenser, der gik langt ud over de formål, som man søgte at tilgodese. Konsekvensen blev, at man ikke blot effektivt udelukkede fremmede selskaber fra enhver erhvervsvirksomhed på ens territorium, men at man afskar dem fra under nogen form at optræde på ens territorium, selv i tilfælde hvor fx. ens statsborgere i de pågældende selskabers hjemland havde kontraheret med dem. Man gav således bl.a. i virkeligheden sine statsborgere frihed til selv at afgøre, hvorvidt de ville opfylde deres kontrakter med fremmede selskaber eller ikke.

34. Jfr. Niboyet II s.450.

35. Smlgn. Pillet s.163.

Derved var domstolene gået langt videre, end man, som det ses af den fransk-belgiske traktat, havde ønske om fra regeringens side. Traktaten og den på den baserede lovgivning reetablerer da også fremmedretligt den tidligere tilstand, idet fremmede selskaber får ret til at udøve deres rettigheder og optræde som part for domstolene inden for de grænser, som landets lovgivning drager, altså i overensstemmelse med almindelige fremmedretlige regler. Herved ser man helt bort fra, at domstolene har anvendt en international privatretlig fremgangsmåde. Man betragter kun resultatet, at domstolene fuldstændig har udelukket fremmede selskaber fra landet. Ligesom domstolene valgte en international privatretlig metode til at opnå fremmedretlige konsekvenser, kan der imidlertid ikke være tvivl om, at regeringernes valg af en fremmedretlig metode måtte få international privatretlige konsekvenser: Når fremmede selskaber under forudsætning af, at de var autoriseret i hjemlandet, havde ret til at optræde på territoriet, var det udelukket at lægge den territoriale lov til grund ved afgørelsen af, om de, som en nødvendig forudsætning for at de kunne optræde, var gyldig stiftet. Om et fremmed selskab eksisterede og derfor kunne udøve virksomhed inden for de rammer, som landets fremmedretlige regler satte, måtte bero på fremmed ret. Selskabslovens ekstraterritoriale virkning var da også efter 1857 loven og støttet på Code Civil art.3 stk.3 stiltiende anerkendt i praksis som af Lainé påvist.³⁶ Laurents territorialitetslære blev aldrig til mere end teori. Denne indbyrdes afhængighed mellem international privatret og fremmedret og den rolle, den spillede i udviklingen op til og med 1857 loven, har aldrig været klarlagt, og det fik skæbnesvangre følger, idet denne afhængighed, netop fordi man ikke var klar over den, blev kimen til anerkendelseslæren, således som vi nu skal se.

1857 lovens system var, at visse fremmede selskaber var helt udelukket fra at optræde i Frankrig, medmindre de var belgiske eller kom fra et land, hvis selskaber – oftest ved traktat – havde fået tillagt de særlige fordele, der fulgte af udstedelse af dekret i henhold til 1857 loven.³⁷ Baggrunden herfor kunne ikke være en international privatretlig regel,

36. Jfr. også J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XXe siècle*, 1938 s.331.

37. En tilsvarende regel kendes i Tyskland i E.G. til B.G.B. art.10, men i modsætning til 1857 loven angår art.10 kun de ideelle foreninger. Om bestemmelsen

da disse selskabers gyldige stiftelse ligesom alle andres beroede på deres hjemlands lov. Den kunne heller ikke være af sædvanlig fremmedretlig karakter, thi udstedelse af dekret i henhold til 1857 loven medførte som nævnt ikke fuldstændig ligestilling af fremmede selskaber med indenlandske. Der kunne stadig gives fremmedretlige regler, der begrænsede fremmede selskaber i deres aktivitet, selvom de var omfattet af et dekret i henhold til 1857 loven. Dekretet bevirkede blot, at de ikke helt udelukkedes fra Frankrig, således at de i hvert fald kunne optræde ved domstolene. Det var og er almindelig accepteret, at anerkendelse ikke forhindrer anvendelsen af fremmedretlige regler på et selskab.³⁸

Der måtte altså gives en særlig teoretisk begrundelse for 1857 loven, og det har da været nærliggende at drage fiktionsteorien, som allerede havde været fremme i argumentationen om fremmede selskabers stilling, men – i hvert fald i retspraksis – som et mere subsidiært argument i forhold til Code de Commerce art.37, frem som det principale argument til forklaring af 1857 lovens stilling til de fremmede selskaber.³⁹ Det afgørende synspunkt blev da den fiktive karakter af fremmede selskabers retssubjektivitet. Juridisk personlighed eller retssubjektivitet opfattedes af fiktionsteorien som en særlig fiktiv kvalitet hos selskaber, som fulgte med den offentlige autorisation, og som ligestillede dem med mennesker som mulige subjekter for retsreglerne. Som følge af suverænitetslæren⁴⁰ kunne denne fiktive kvalitet ifølge fiktionsteorien kun gælde inden for det lands grænser, der havde givet autorisationen. Den af staten skabte fiktive eksistens kunne kun leve inden for de grænser, hvor staten var suveræn. Dekretet i henhold til 1857 loven fik da ifølge fiktionsteorien til opgave at anerkende denne fiktions eksistens også uden

jfr. Th. Niemeyer, *Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1901 s.128 ff, samt Lewald s.51, Nussbaum s.194, Raape s.194 og 202 f og Walker s.168. En østrigsk regel af lignende karakter, nu Aktiengesetz art.292, antages at høre til fremmedretten, jfr. Walker s.176. I Mexico hyldes tilsyneladende en opfattelse af samme indhold som den oprindelige belgiske, jfr. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1960 s.393 f. Om les associations i fransk ret, jfr. Battifol s.228 f.

38. Jfr. fx. Mamelok, *Die juristische Person im internationalen Privatrecht*, Zürich 1900, s.59 ff.

39. Således fx. Pillet s.60.

40. Jfr. Laurent IV s.256, Weiss s.325. Jfr. hertil Ross *Folkeret* s.37 ff, specielt s.42.

for det land, hvor den var blevet til. Hermed er den selvstændige af fremmedretten og den internationale privatret uafhængige anerkendelseslære skabt som ægtefødt barn af 1857 loven og fiktionsteorien.

Denne anerkendelseslærens skabelsesproces kommer intetsteds klart til udtryk, omend den allerede skimtes i dommene og hos Laurent,⁴¹ som derfor med nogen ret betragtes som anerkendelseslærens fader. Anerkendelseslæren kom til verden ved en slags efterfølgende rationalisering eller systematisering af den retssituation, som 1857 loven havde skabt. Det varede noget, før den blev almindelig accepteret. Endnu Institut de Droit International's regler fra 1891⁴² benytter ikke anerkendelseslærens terminologi, men betragter problemerne som udelukkende fremmedretlige.

Hos von Bar⁴³ er anerkendelseslæren allerede i 1889 et *fait accompli*, men først Pillet giver mig bekendt en omfattende systematisk fremstilling af den internationale selskabsret, hvori anerkendelseslæren indgår som et nødvendigt led i den senere klassiske tredeling: anerkendelse af fremmede selskabers retssubjektivitet, reglerne om anerkendte fremmede selskabers fremmedretlige stilling og fremmede selskabers international privatretlige retsstilling.⁴⁴ Imens var baggrunden for læren og væsentlige led i begrundelsen for den gået i glemmebogen, og den levede videre på traditionen og en vag fornemmelse af dens nødvendighed og til trods for, at enkelte forfattere gjorde opmærksom på, at andre fiktioner end den selskaber tillagte retssubjektivitet uden vanskelighed lagdes til grund i udlandet i kraft af almindelige international privatretlige regler.⁴⁵

II. Hvis systemet, der lå til grund for denne tredeling, var blevet accepteret, kunne man sige, at omend systemets opståen beroede på en tilfældighed, så var den regel dog nu fastslået overalt, at selskaber ikke uden videre kan optræde uden for deres hjemland, men at der dertil kræves en særlig anerkendelse. Systemet blev imidlertid ikke accepteret. Der

41. Laurent IV s.256 f og s.261.

42. Aftrykt hos Niederer s.179. Cfr. derimod udkastet fra 1929 smstd. s.180.

43. V. Bar I s.300 ff, jfr. s.162 f.

44. Pillet s.15 f, jfr. Rabel II s.19. Levens disputats, *De la nationalité des sociétés*, Paris 1899, er en forløber for Pillets mere skarpsindige arbejde. Også andre giver mere eller mindre udpræget udtryk for lignende synspunkter som Pillet, fx. Mamelok, se note 38.

45. Smlgn. Lainé s.281 f.

hersker i virkeligheden den dag i dag⁴⁶ en strid mellem tilhængerne af fiktionsteorien og tilhængerne af realitetsteorien om, hvorvidt hovedprincippet er anerkendelse eller ikke. Mens fiktionsteoriens tilhængere er af den opfattelse, at betegnelsen anerkendelse principielt er ulogisk, da der i virkeligheden er tale om nyskabelse af fiktionen i hver stat og altså ikke om anerkendelse af den fremmede fiktion,⁴⁷ og at en sådan nyskabelse er nødvendig for optræden uden for hjemlandet, er realitetsteoriens tilhængere af den opfattelse, at anerkendelse er en ret for selskaberne, og at 1857 loven er i strid med de faktiske forhold, idet de juridiske personer eksisterer som realitet og derfor ikke, så lidt som fysiske personer,⁴⁸ har anerkendelse behov, endsize kan nægtes anerkendelse.⁴⁹ Logisk skulle tilhængerne af realitetsteorien imidlertid slet ikke tale om anerkendelse, men gøre gældende, at der her er tale om et overflødigt begreb, et begreb som blot er den positive side af den ikke-ankendelse, som er modstanderteoriens, fiktionsteoriens konsekvens. Hvis fiktionsteorien er urigtig, kan der ikke være grund til at arbejde med begreber, der alene er konsekvenser af denne teori. Tilsyneladende har ingen andre end Rabel indset dette.⁵⁰ Trods forkastelsen af fiktionsteorien arbejder man videre med anerkendelseslæren, men fastslår blot under henvisning til den juridiske persons realitet, at anerkendelse altid skal gives. Til dette resultat når også Surville uden at basere det på realitetsteorien, idet han som begrundelse angiver, at skabelsen af juridiske personer er et udslag af en af menneskets væsentligste friheder, foreningsfriheden,⁵¹ altså på naturretligt grundlag. Valéry kommer til samme resultat på grundlag af teorien om erhvervede rettigheder.⁵² Kritikken har været rettet imod konsekvenserne af, i højere grad end imod selve anerkendelseslæren, og derfor er dennes terminologi blevet hængende.

Endnu mere udpræget bliver dette hos de forfattere, som indser, at

46. Jfr. Niboyet II s.427 note 1.

47. Jfr. Pillet s.3 f og Weiss s.615 f. Jfr. også om retstilstanden i U.S.A. omkring den amerikanske revolution, Henderson, *The position of foreign corporations in American constitutional law*, Cambridge Mass. 1918, s.24 ff.

48. Smlgn. Pillet s.48 f.

49. Jfr. Pillet s.19 ff, særlig s.42.

50. Rabel II s.131: If the liberal theory were carried through without exception, there would be no need for a notion other than that of the personal law . . .

51. Surville s.235 f.

52. Valéry s.449 f.

man ikke kan drage konklusioner af begreber som fiktion og realitet. De sidder med begrebet anerkendelse, som de ikke kender baggrunden for og derfor ikke tør forkaste. Da de ikke kan acceptere realitetsteoriens begrundelse for anerkendelsespligten, men er enige i eksistensen af en sådan pligt, må de finde på en ny begrundelse. Allerede Lainé står over for vanskeligheden⁵³ og henviser uden nærmere forklaring til et principe général. Tilsyneladende kender han ikke v. Bar, som 4 år tidligere i tilslutning til nogle franske forfattere henviser til en international sædvane- retsregel som begrundelse for pligten til anerkendelse.⁵⁴

Pillet, som strengt holder på anerkendelsesspørgsmålets selvstændige karakter, må have haft særlig svært ved at forklare pligten til anerkendelse uden samtidig at vælte sit smukke bygningsværk: tredelingen. For ham følger anerkendelsen nemlig af den internationale virkning af eller respekt for erhvervede rettigheder,⁵⁵ som samtidig er grundlaget for hans international privatretlige teori. Formentlig tvunget af den positive rets krav – nemlig 1857 loven – har han ikke turdet slå anerkendelsen sammen med problemet om, hvilket lands lov der skal anvendes ved afgørelsen af, om det fremmede selskab er gyldig stiftet, og derved gå tilbage til tiden før de belgiske domme.

For Niboyet afhænger anerkendelse ikke af teoretiske principper. Efter hans opfattelse er den enkelte stat frit stillet med hensyn til, om den vil anerkende eller ikke.⁵⁶ Han bevarer altså anerkendelselæren, men giver den et for moderne opfattelse acceptabelt grundlag. Derved giver han de lande, som ikke har et til 1857 loven svarende lovfæstet system, et grundlag for at forstå anerkendelselæren og skaber tillige et grundlag for de internationale traktater, såvel de utallige tosidede handelstraktater, der benytter anerkendelsesterminologien, som de store multilaterale traktater. På denne basis bliver det også muligt at forstå, hvorfor fremmede kollektive enheder uden for den snævre kreds, der omfattes af 1857 loven, uden videre anerkendes og altid er blevet det, hvilket logisk synes uforeneligt med fiktionsteorien, men tilsyneladende ikke har generet dens tilhængere. Når Niboyet nævnes på dette sted, er det, fordi han er den eneste franske forfatter, der giver en logisk hold-

53. Lainé s.285 f.

54. V. Bar I s.302, smlgn. Actes s.130 og Mamelok anf. st. s.35 f.

55. Pillet s.46 ff, jfr. Traité II s.803.

56. Niboyet II s.428 ff.

bar begrundelse for anerkendelseslæren. Vi skal straks komme tilbage til den moderne teoris anerkendelseslære, som ligesom Niboyet i konsekvens af den partikularistiske opfattelse af den internationale privatret, der i dag er herskende, helt har opgivet folkeretlige begrundelser for henholdsvis anerkendelse og ikke-ankendelse.

Der skal nu nærmere redegøres for indholdet af Pillets teori, som er grundlaget for de senere teorier og konventioner.

For Pillet er indholdet af anerkendelseslæren spørgsmålet om, hvorvidt juridiske personer nyder juridisk personlighed (retsevne) i udlandet,⁵⁷ om de der betragtes som retssubjekter,⁵⁸ om de eksisterer der.⁵⁹ Disse begreber betragtes overalt i teorien som synonyme og bruges i flæng. Spørgsmålet er for Pillet et præliminært spørgsmål, som principielt kun opstår for juridiske personer,⁶⁰ og dets afgørelse er uden betydning for, hvilke rettigheder en juridisk person har i udlandet. Herom findes andre regler, men i forhold til disse er anerkendelsesspørgsmålet præliminært, thi uden at være retssubjekt vil den »juridiske person« ikke kunne nyde godt af de rettigheder, som juridiske personer ifølge disse (fremmedrettens) regler har.⁶¹ Spørgsmålet er altså, om fremmede selskaber overhovedet besidder evnen til at være subjekter i retsforhold. Ligeledes og af samme grund er spørgsmålet præliminært til lovkonflikt problemerne. Hvis den juridiske person ikke eksisterer, har det ingen mening at undersøge, hvilket lands ret der finder anvendelse på den.

Efter at have fastslået anerkendelsens selvstændige, præliminære karakter går Pillet over til at redegøre for andet led i tredelingen: anerkendte juridiske personers retsstilling i udlandet, eller med hans egne ord: »quelle est leur capacité (Rechtsfähigkeit)?«⁶² Ved anvendelsen af den tyske term vil han betegne, at det ikke drejer sig om selskabernes almindelige evne til at have rettigheder, som jo er dækket af anerkendelseslæren, eller til selv at udøve disse rettigheder,⁶³ men om omfanget af de rettigheder, den retsevne eller retssubjektivitet, som han i det fore-

57. Pillet s.15.

58. Pillet s.17 og s.42.

59. Pillet s.3 f.

60. Pillet s.15, cfr. dog måske s.48 f samt Schnitzer s.292 og samme Handelsrecht s.65 f.

61. Pillet s.15, s.17, s.42, s.86, s.96.

62. Pillet s.87, jfr. v. Bar I s.302.

63. Anf. st. note 3.

gående har behandlet.⁶⁴ Fra Pillets terminologi på dette sted stammer sandsynligvis en stor del af den uklarhed, som den senere anerkendelseslære logisk lider af, idet man har haft svært ved at holde anerkendelseslæren ude fra de spørgsmål, i forhold til hvilke den ifølge Pillet er præliminær, og ovenikøbet har talt om anerkendelsens virkninger, betydning eller indhold.⁶⁵ Terminologien beror sandsynligvis på en misforståelse af det tyske udtryk, som må anses for identisk med retssubjektivitet, retsevne, juridisk personlighed etc. Vi må altså gøre os klart, at anerkendelseslæren arbejder med to retsevnebegreber: Et der betegner den almindelige evne til at være retssubjekt, og som er anerkendelsens genstand. Og et der betegner retssubjektivitetens omfang og som nærmere må udfyldes. Dette sidste begreb er – i hvert fald til dels – identisk med begrebet speciel retsevne.⁶⁶

Udfyldelsen sker for det første med specialitetsprincippet.⁶⁷ Den juridiske person eksisterer kun med et vist formål for øje, og dens retsevne er begrænset af dette formål. Denne begrænsning følger den juridiske person i udlandet, ikke i kraft af disse reglers ekstraterritorialitet, men fordi den juridiske person må bevare sin identitet.⁶⁸ Det understreges herigennem, at spørgsmålet om retsevns omfang, nydelse af rettigheder, opfattes som et fra den internationale privatret (*conflits de lois*) forskelligt problem.⁶⁹ Forbindelsen til den anglo-amerikanske ultra vires doktrin synes evident.⁷⁰ En del af forklaringen må findes i teorien om respekt for erhvervede rettigheder, som er Pillets begrundelse for anerkendelsen. Ifølge denne kan rettigheden aldrig have andet indhold i udlandet end i det land, hvor den er skabt.⁷¹

64. Jfr. Mamelok, *Die juristische Person im internationalen Privatrecht*, Zürich 1900, s.76 ff som et illustrerende eksempel.

65. Jfr. *Travaux* V s.467 ff. Smlgn. også Niboyet II s.429.

66. Jfr. Lewald s.50. Jfr. *Actes* s.131, der understreger forskellen mellem fremmedret og anerkendelse ved at betegne det, der anerkendes, som *civil capacity*, mens anerkendelsen ingen betydning har for det anerkendte selskabs *functional capacity*, smlgn. Rabel II s.132.

67. Pillet s.88, jfr. Valéry s.452 og Hurwitz, *Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar*, 1933 s.21.

68. Pillet s.89 f.

69. Pillet s.16, s.102.

70. Jfr. herom ndf. kap.10.

71. Jfr. Pillet-Niboyet s.436.

For det andet sker udfyldelsen med hvad Pillet kalder ordre public, d.v.s. de offentligretlige love (lois de police et de sûreté) om juridiske personer,⁷² fx. love der begrænser juridiske personers ret til at erhverve fast ejendom. Disse love er territoriale, hvoraf Pillet slutter, at sådanne begrænsninger i den juridiske persons hjemland er uden betydning for dens retsevne i udlandet, og at omvendt begrænsninger, der findes i et land, må anvendes også på fremmede juridiske personer, der vil optræde der. Endelig kan det tænkes, at et land pålægger fremmede juridiske personer særlige begrænsninger, der ikke gælder dets egne juridiske personer. Disse synspunkter synes helt klare og burde være fastholdt af de senere forfattere, hvad de ikke altid er.

Pillet nævner endelig⁷³ visse rettigheder, som han siger er knyttet til selve retssubjektivitetsbegrebet, retssubjektivitet her benyttet i betydningen anerkendelsens genstand. Blandt disse rettigheder er partsevne og la capacité juridique, et noget uklart begreb, som ikke nærmere forklares, men hvorved formentlig forstås evnen til at indgå kontrakt, besidde ejendomsret, o.l.

I hovedsagen bygger den efterfølgende teori på Pillels lære, men der er dog variationer, især inden for spørgsmålet om anerkendelsen som selvstændigt problem, variationer der skyldes, at forfatterne på nogle få nær ikke har forstået, hvad der er det virkelige indhold i anerkendelseslæren. Lærens terminologi anvendes ikke i traktaterne om det europæiske fællesmarked og om frihandelssammenslutningen eller i det internationale handelskammers modelkonvention.⁷⁴ Den forsøges undgået i Europarådstraktaten om behandlingen af juridiske personer, men resultatet er endnu ikke kendt. Flertallet af forfatterne anvender dens terminologi, og de fleste konventioner er baseret på den.

1. Man kan, uden at grænsen dog kan drages skarpt, skelne imellem to opfattelser inden for denne lære: Den ene betragter ligesom Pillet og Niboyet anerkendelsen af den fremmede juridiske person som et selvstændigt, præliminært problem. Den anden opfatter nok anerkendelsen som selvstændigt problem, men behandler det på samme måde som de international privatretlige problemer, d.v.s. lader selskabsloven være afgørende for, om selskabet skal anerkendes som juridisk person, uden

72. Pillet s.88 f, s.90 ff.

73. Pillet s.95 f, jfr. v. Bar I s.303, Rabel II s.142 ff og Comité français s.47.

74. Aftrykt hos Niederer s.181 ff.

dog at turde tage skridtet fuldt ud og som Rabel sige, at der under disse omstændigheder ikke er behov for en selvstændig anerkendelsesterminologi.

Som sagt kan en skarp grænse imellem de to opfattelser ikke drages, da den hidtidige teori bortset fra Rabel og Pillet selv ikke har gjort sig forskellen klart. Det væsentlige skelnemærke, mellem hvad man kunne kalde den fremmedretlige teori og den internationale privatretlige teori, er, om et land uanset dets internationale privatrets indhold tager selvstændig stilling til, om anerkendelse skal gives, eller om anerkendelse af fremmede selskabers retsevne er noget, der automatisk følger med anvendelsen af den i henhold til landets internationale privatretlige regler kompetente lov. Pillet har selv i indledningen til sin afhandling stillet spørgsmålet klart op: »Cette reconnaissance est-elle, pour le groupe qui la sollicite, un véritable droit, une prétention légitime et à laquelle on doit céder, n'est-elle pas au contraire, une faveur que l'on puisse, à son gré, accorder ou refuser?»⁷⁵ En lære som Pillets egen må betragtes som liggende på grænsen mellem de to opfattelser, som det skal nævnes ndf. under omtalen af det franske reformudkast.

Man skulle nu tro, at linjen gik mellem de fransk-tyske forfattere på den ene side og de andre på den anden side. Kun i Frankrig og Tyskland har man på grund af 1857 loven og E.G. til B.G.B. art.10 behov for at behandle anerkendelsesproblemet selvstændigt. Det er imidlertid ikke tilfældet, idet man især blandt tyske forfattere finder flere, der nærmest hører til den internationale privatretlige gruppe – anerkendelseslæren synes i det hele taget aldrig rigtig trængt igennem i Tyskland – mens man, omend sjældnere, finder tilhængere af den fremmedretlige teori blandt forfattere, der ikke er af fransk eller tysk nationalitet. Et repræsentativt udvalg af de to grupper skal omtales.

a. Niboyet er som nævnt den mest konsekvente tilhænger af den fremmedretlige teori, idet han i modsætning til Pillet ikke ser nogen pligt for et land til at anerkende fremmede selskaber og helt lader anerkendelsen bero på den territoriale lov. Dette synspunkt stemmer med de to love, og anerkendelsen får derved et egentligt indhold, nemlig det at sikre, at den fremmede selskabsdannelse ikke betragtes som den nullitet, som den ifølge loven er uden anerkendelse.

75. Pillet s.3.

En anden forfatter, der konsekvent slutter sig til den fremmedretlige teori, er tyskeren Lewald.⁷⁶ Han sondrer skarpt imellem, om det fremmede selskab er kommet til eksistens i sit hjemland, og om den derved erhvervede retsevne skal anerkendes i Tyskland, og lader besvarelsen af dette sidste spørgsmål bero på tysk ret. Franskmanden Weiss, østrigeren Walker og schweizeren Schnitzer giver udtryk for lignende opfattelser.⁷⁷

Et særligt synspunkt, der må henføres til den fremmedretlige teori, repræsenteres af Nussbaum.⁷⁸ Spørgsmålet om, hvorvidt et fremmed selskabs retsevne skal anerkendes, er ifølge Nussbaum et kvalifikationsproblem og må som sådant løses efter *lex fori*. Hvis det fremmede selskab er af en art, der i henhold til tysk ret har retsevne, anerkendes det fremmede selskabs retsevne i Tyskland og ellers ikke. Dette synspunkt har kun få tilhængere.

Den fremmedretlige teori er nødvendigvis det teoretiske grundlag for alle traktater, der beskæftiger sig med anerkendelse af fremmede selskaber. Hvis anerkendelsen nemlig afhang af den anvendelige lov, ville det være nødvendigt og tilstrækkeligt at aftale, hvilken lov der skal anvendes på selskaber, uden at der var grund til særskilt at gå ind på anerkendelsesproblemet. Har de retsevne ifølge denne lov, vil denne retsevne ifølge den internationale privatretlige teori blive anerkendt, og der er derfor ingen grund til at aftale anerkendelse.⁷⁹

76. Lewald s.50, jfr. s.45.

77. Weiss s.325, Walker s.132, Schnitzer s.299.

78. Nussbaum s.190, jfr. s.187 og s.194, jfr. Comité français s.51 og 87. Smlgn. Arminjon s.52, Wolff s.305 f med note 4 og Actes s.133.

79. Ernst Wolff, hvis afhandling om Haagerkonventionen iøvrigt er den mest fylldige kommentar til denne konvention, jfr. ndf. note 87, er af den opfattelse, at man også kan slutte den modsatte vej: Når man har fundet frem til den lov, der afgør, om et selskab er gyldigt stiftet og derfor skal anerkendes i udlandet ifølge Haagerkonventionen, har man derved også valgt den anvendelige lov på international privatretlige spørgsmål, jfr. Ernst Wolff s.395 og samme i ILA 1952 s.72 og 93. Synspunktet er logisk, men beror på en misforståelse af formålet med Haagerkonventionen. Konventionen er baseret på den fremmedretlige teori. Staterne forpligter sig til at anerkende i kraft af konventionen, skønt sådan forpligtelse ikke forelå tidligere, men kun i de tilfælde hvor selskabet er gyldigt stiftet i et ved konventionens regler udpeget land. Anerkendelse er ikke som ved den internationale privatretlige teori en følge af, at selskabet er stiftet i et bestemt land, hvis ret skal anvendes på det, men af den af kravet om gyldig stiftelse begrænsede forpligtelse, som staterne ved konventionen påtager

Der kan næppe heller være nogen tvivl om, at når staterne i de bilaterale handelstraktater forpligter sig til at anerkende hinandens selskaber, er det ud fra den opfattelse, at en sådan folkeretlig pligt ikke findes i forvejen,⁸⁰ og at anerkendelse ikke følger automatisk af almindelige international privatretlige principper. Det har ikke været traktaternes hensigt at tage stilling til international privatretlige problemer, og normalt heller ikke med forpligtelsen til anerkendelse at tage stilling til specielle fremmedretlige problemer, idet disse oftest omtales særskilt i forbindelse med bestemmelsen om anerkendelsespligten. Traktaterne går således ud fra, at anerkendelsen er et selvstændigt, præliminært spørgsmål.⁸¹

Den fremmedretlige teori er, bortset fra handelsselskaber, blankt accepteret i Havanna konventionen af 1928 (Code Bustamente).⁸² Art.32 udtaler, at anerkendelse af juridiske personer bestemmes af den territoriale lov, mens retsevnen iøvrigt, altså Pillets Rechtsfähigkeit, den specielle retsevne, er bestemt kumulativt af loven i stiftelseslandet og i det land, hvor de anerkendes, jfr. art.33 og 34.

Montevideo konventionerne af 1940⁸³ om civilret art.4 og om handelsret art.8 overlader derimod ligesom Havanna konventionen art.252 om handelsselskaber til hjemlandsloven at afgøre, om en juridisk person er kommet til eksistens med virkning også uden for hjemlandet og omfanget af dens retsevne. Forsåvidt slutter konventionerne sig altså til den international privatretlige teori. Om man rent faktisk skal henhøre konventionerne til den ene eller den anden gruppe er tvivlsomt. Da begge konventioner er kodifikationer, der går ud på at etablere ensartede regler

sig. Imod Ernst Wolffs opfattelse går Actes s.367 og s.371 og Van Hecke s.5, samt Borum NTIR s.118 og Nial i ILA 1952 s.80 f.

80. Anderledes måske endnu Folkeforbundsrapporten, Actes s.130.

81. Undtagelse kan måske her gøres for Benelux konventionen, hvis principale formål ikke er at binde de kontraherende stater over for hinanden, men at skabe ensartede retsregler i de tre stater også i relation til omverdenen. Bestemmelsen i konventionens art.3, der er baseret på et international privatretligt synspunkt, vil iøvrigt gå ud af den endelige konventionstekst, jfr. Fredericq i *Révue de droit international et de droit comparé* 1957 s.79 og *Svensk Juristtidning* 1958 s.122. Jfr. også ndf. om Montevideo konventionen.

82. Aftrykt hos Niederer s.166 ff. Jfr. om denne bestemmelses historiske baggrund Rabel II s.24 ff.

83. Aftrykt hos Niederer s.169 ff.

på hele den internationale privatrets område, kan det ikke af teksten ses, om de går ud fra, at en lignende retstilstand som den i konventionerne fastsatte eksisterede i forvejen, eller om deltagerstaterne tidligere var stillet frit med hensyn til anerkendelsen, ligesom de stadig er i henhold til Havanna konventionen bortset fra handelsselskaber.

Folkeforbundsudkastet fra 1927⁸⁴ art.2 går efter sit indhold klart ud fra, at pligt til anerkendelse ikke eksisterer i forvejen, altså den fremmedretlige teori. Den til grund for udkastet liggende rapport slutter sig derimod til en grænseopfattelse, idet den i tilslutning til Pillet henviser til teorien om erhvervede rettigheder.⁸⁵ Et udkast fra 1929 fra Institut de droit international⁸⁶ må ligeledes anses for baseret på den fremmedretlige teori.

Også Haagerkonventionen af 1951 art.1⁸⁷ går ud fra, at pligt til anerkendelse ikke eksisterer i forvejen og først kommer til eksistens gennem tilslutning til konventionen. Pligten er ligesom i de fleste andre konventioner betinget af, at selskabet opfylder visse nærmere udformede betingelser med hensyn til tilhøret, men som allerede nævnt i note 79 er anerkendelsen i henhold til konventionen uafhængig af den på international privatretlige forhold anvendelige regel. At konventionens teoretiske grundlag er den fremmedretlige teori fremgår tillige adskillige steder i forhandlingerne og måske mest udpræget af art.9 – hvorefter en stat kan tage reservation med hensyn til muligheden for at begrænse pligten til anerkendelse, hvorved særlig tænkes på muligheden for at undlade at anerkende visse grupper af selskaber, fx. forsikringsselskaber – og af de forhandlinger om hvilke grupper af selskaber der skulle omfattes af konventionen, der gik forud for vedtagelsen af art.1 og 9.

En ganske mærkelig løsning, som forsåvidt helt er i den fremmedretlige teoris ånd, giver det udkast, som er udarbejdet af komiteen til reform

84. Aftrykt hos Niederer s.178 og i Actes s.135.

85. Actes s.131, jfr. straks ndf. om forslaget til revision af Code Civil.

86. Aftrykt hos Niederer s.180.

87. Konventionsteksten findes i Actes s.385 ff, *Revue critique de droit international privé* 1951 s.727 ff og *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1952 s.270 ff. Kommentarer til konventionen er bl.a. givet af Borum NTIR s.117 ff, Van Hecke, L. J. de la Morandière i *Revue critique* 1952 s.20 ff, J. Offerhaus i *Journal du droit international (Clunet)* 1952 s.1088 ff, Ernst Wolff s.375 ff, Dölle i *Zeitschrift* 1952 s.185 ff og B. A. Wortley i *Festschrift Hans Lewald*, Basel 1953 s.412 ff.

af Code Civil.⁸⁸ Ifølge art.38(5) og 40(7) anerkendes den retsevne, som tillægges selskaber i det land, hvor de er skabt (*la loi du pays de leur création*) uden videre med de virkninger, som denne lov bestemmer, altså den specielle retsevne. Om selskabers fremmedretlige stilling indeholder art.37(4) regler, og i art.73(41) bestemmes, at selskabsloven er loven i det land, hvor *siège social* er beliggende. Hvordan en sådan regel skal kunne praktiseres i de tilfælde, hvor tilknytningsmomenterne i art.38(5) og 40(7) og det, der benyttes i art.73(41), ikke er det samme⁸⁹ – en situation, som også kan opstå efter Haagerkonventionens system – skal ikke her drøftes, da den kritik, som ndf. rettes imod anerkendelseslæren af principiel karakter, også rammer denne konkrete situation. Det teoretisk interessante ved udkastet er, at det i virkeligheden ligesom Pillet ligger på grænsen mellem den fremmedretlige og den international privatretlige teori,⁹⁰ men dog nærmere den fremmedretlige end Montevideo konventionerne: Udkastet anerkender vel nok den i udlandet erhvervede retsevne, men ikke under henvisning til den i henhold til den internationale privatret kompetente lov. Anerkendelsen sker i kraft af teorien om erhvervede rettigheder,⁹¹ på hvilken reglen om anerkendelse i det anerkendende land er baseret, og deraf følger, at den lov, der skaber retsevnen, må være afgørende og også må bestemme retsevnenes omfang.

b. Den international privatretlige teori kommer klart til udtryk hos Raape, der udtaler, at anerkendelsen simpelthen er en følge af anvendelsen af den kompetente ret.⁹² Han er dog klar over, at E.G. til B.G.B. art.10 bryder med hans princip.⁹³ Også Niederer⁹⁴ går helt ind for den international privatretlige teori: »Die Anerkennung einer ausländischen

88. De anførte tal på artiklerne er de i det endelige udkast anvendte. I parentes angives de tal, der anvendes i Travaux og i Revue critique 1950 s.112. Jfr. til udkastet Travaux IV s.739 ff og s.786 f, V s.464 ff og s.616 ff samt Comité français s.41 ff. Udkastet er, efter hvad jeg har fået oplyst, nu genstand for en fuldstændig omarbejdning.

89. Jfr. Loussouarn i Comité français s.65 ff.

90. Det fremgår af forhandlingerne, at man er klar over, at der i virkeligheden kun foreligger et fremmedretligt problem, jfr. Travaux V s.467 f.

91. Loussouarn i Comité français s.47 og 65.

92. Raape s.193, jfr. også s.189 f. Jfr. formentlig Neumeyer s.136 og Ernst Wolff s.395.

93. Raape s.194.

94. Niederer s.109, jfr. s.130.

juristischen Person hängt von ihrem Personalstatut ab«. ⁹⁵ Det er altså selskabsstatutet, der afgør, om der også i udlandet foreligger en juridisk person.

Til denne teori har også engelsk, ⁹⁶ sovjetrussisk ⁹⁷ og skandinavisk doktrin sluttet sig. For den sidstnævntes vedkommende kommer det klarest frem i svensk litteratur, ⁹⁸ men også den danske litteratur ⁹⁹ må forstås på denne måde, omend den måske ligger den fremmedretlige teori noget nærmere. Nial udtrykker sig således: »Personalstatutet avgör som sagt i första hand om associationen er juridisk person eller icke. Är den rättssubjekt enligt personalstatutet, erkännes den såsom juridisk person även av svenska domstolar.« Den danske litteraturs enstemmige opfattelse udtrykkes i Lovkonflikter således: »Dansk ret anerkender i almindelighed, at der tilkommer fremmede juridiske personer samme retssubjectivitet som danske.« Mulighederne for at nægte anerkendelse opretholdes altså såvel over for visse grupper af selskaber som med hensyn til omfanget af anerkendelsen. ¹⁰⁰

2. Mens synspunkterne på selve anerkendelsen således med noget udbytte kan deles i to – omend ikke skarpt – adskilte grupper, er det ikke muligt at give en systematisk redegørelse for teorierne om retsevnsens omfang. ¹⁰¹ Dette begreb omfatter, som det fremgår af referatet af Pillets teori, en række forskellige, ikke skarpt afgrænsede eller særlig veldefinerede problemer. Pilet delte dem som nævnt i specialitetsprincippet, offentligtretlige love og nogle til retsevnens nødvendigt knyttede virkninger, og kaldte dem tilsammen Rechtsfähigkeit. Kritikken af hele

95. Jfr. også Mamelok, *Die Juristischen Person im internationalen Privatrecht*, Zürich 1900 s.55, Valéry s.448 f, Surville s.716, Frankenstein s.482 f, Wolff s.305, Wolff Deutschland s.114, Rigaud i *Comité français de droit international privé* 1935-36, Paris 1937 s.14.

96. Jfr. Dicey s.476, Farnsworth s.63 og Rabel II s.68. Formentlig også Note on the adoption of the liberal theory of foreign corporations i 79 *Un. of Pennsylvania Law Review* 1931 s.1134.

97. Jfr. D. M. Ramzaitsev i *Revue critique de droit international privé* 1958 s.462 ff, og Pisar i 70 *Harvard Law Review* 1957 s.641 f.

98. Reuterskiöld s.82, Nial s.77, Karlgren s.80 f og Berglund s.15. Også i Norge Augdahl s.55.

99. Federspiel s.362 f, Lovkonflikter 3.udg. s.108, 4.udg. s.174 ff, Krenchel s.13 f.

100. Lovkonflikter s.175. Jfr. også Lovkonflikter s.180 og måske 1.udg. s.91 f.

101. Jfr. herom Rabel II s.149 ff og ndf. kap.10 A 1.

anerkendelseslæren skal ikke foregribes her, men så meget kan siges, at retsevne efter almindelig opfattelse er et abstrakt begreb, der udtrykker en vis præliminær kvalitet, og dette accepteres også af Pillet. Det synes derfor ud fra teoriens eget grundlag givet, at denne kvalitet ikke i sig selv kan medføre virkninger eller være begrænset, men at alle specifikke retsvirkninger må være indeholdt i særlige retsregler.¹⁰²

Hertil kommer, at der ikke er enighed om at acceptere den opdeling, som Pillet indførte. Nogle forfattere skiller således de fremmedretlige problemer ud fra problemerne om retsevnens omfang. Ofte vil man endvidere se Pillets ordre public love delt op mellem fremmedretten og specialitetsprincippet. Andre henfører endelig spørgsmål, som for nogle henhører under specialitetsprincippet, til fremmedretten eller til den internationale privatret.¹⁰³

Udformningen af Haagerkonventionen viser klart, hvilken forvirring hele læren om retsevnens omfang har ført til. Allerede i art.1 finder vi Pillets lære om minimumsvirkningerne af retsevnen. Bestemmelsen pålægger staterne at anerkende den juridiske personlighed, når den er erhvervet i et nærmere bestemt land, forudsat at den omfatter partsevne, evnen til at besidde ejendom og evnen til at være part i kontrakter og andre retshandler. Man bestemmer altså det abstrakte begreb retsevne ved hjælp af retsvirkninger, som selv forudsætter dets eksistens. I art.5 angives det, hvad anerkendelsen indebærer. Det drejer sig også her om spørgsmålet om retsevnens omfang, altså anerkendelse ikke blot af retsevnen, men også af dens virkninger. Art.5 stk.1 bestemmer, at med anerkendelsen følger den *capacité*, som selskabet besidder i kraft af den lov, der har tillagt det juridisk personlighed. Der må altså være tænkt på de i art.1 omhandlede mindstefordringer til begrebet juridisk personlighed samt alle yderligere virkninger af at blive betegnet som juridisk person i det pågældende land. Man tilpligter i virkeligheden staterne at antage visse retsvirkninger, fordi andre er til stede. Art.5 drager imidlertid visse grænser. Det fremmede selskab behøver ikke at få tillagt flere rettigheder i det anerkendende land, end dette tillægger sine egne selskaber af samme slags. Ligeledes kan man begrænse fremmede selska-

102. Jfr. Zitelmann s.120 f, Actes s.132 f. Smlgn. Hurwitz, Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar, 1933, s.24.

103. Typisk for denne uenighed er Weiss' kritik af Laurent, Weiss s.615 f.

bers evne til at besidde fast ejendom, hvorimod man ikke kan betage dem deres partsevne. Endelig er retten til at drive virksomhed på territoriet underkastet dettes lov.

Her har vi begrebet anerkendelse som sådan, begrebet juridisk personlighed, dennes omfang i forskellige lande, mindstekravene til den og fremmedretlige regler blandet fuldstændig sammen, uden at man kan se, hvor det ene hører op og det andet begynder, eller hvor grænsen går over for de spørgsmål, som slet ikke er behandlet i konventionen, de internationale privatretlige. Hvor uendelig meget lettere kunne de samme ting ikke udtrykkes uden brug af anerkendelseslæren?

En nærmere analyse af konventionen skal ikke foretages her. Konventionen har formentlig alene principiel interesse på grund af reglen i art.1 og 2 om tilknytningen, som skal omtales i anden sammenhæng. Den nævnes blot for at vise, hvad læren om anerkendelsens virkninger, som tilsyneladende også er accepteret i det franske udkast art.38(5)¹⁰⁴ kan føre til.

Dog kan det måske have interesse at omtale, at konventionens fuldstændige opgivelse af at fastholde Pillets synspunkt om anerkendelsen som noget helt præliminært foruden den herskende uklarhed om anerkendelsens betydning delvis skyldes indgriben fra skandinavisk side. Ud fra herskende skandinavisk juridisk tankegang stod de skandinaviske deltagere fremmede over for betydningen af at forpligte sig til at anerkende fremmede selskabers juridiske personlighed. Konsekvensen blev konventionens mærkværdige forsøg i art.1 på at angive konkrete virkninger af, at et selskab i almindelighed besidder evnen til at være retssubjekt.¹⁰⁵ I stedet for med anerkendelse er konventionen derved kommet til at beskæftige sig med en række spørgsmål om behandlingen af fremmede selskaber.

Læren om retsevners omfang findes også på et andet felt, nemlig i diskussionen om anerkendelse af de selskaber, der ikke har retsevne i deres hjemland. Allerede folkeforbundsrapporten¹⁰⁶ er inde på, at sådanne selskaber, omend de ikke er juridiske personer, dog ofte anerkendes som sådanne i en række relationer. Udkastets art.3 anerkender

104. Jfr. Travaux IV s.741.

105. Jfr. fx. Actes s.144, s.152 og s.153.

106. Actes s.129 f.

denne begrænsede retssubjektivitet og det samme gælder Haagerkonventionens art.6. Synspunktet er også accepteret i teorien, fx. af Niboyet.¹⁰⁷

En kritik rettet imod alle disse vildskud på anerkendelseslæren ville være uden principiel interesse. Hvis man nøje overholdt den skarpe tredeling, som efter anerkendelseslærens oprindelse er et nødvendigt led i den, ville man sikkert kunne rette disse mangler. Den kritik, der ndf. skal rettes imod anerkendelseslæren, rammer indirekte også læren om retsevnens omfang.

III. En kritik på anerkendelseslærens eget grundlag af anerkendelseslæren i den international privatretlige variant er ikke vanskelig og er som omtalt foregrebet af Rabel. I det øjeblik, anerkendelsen beror på den anvendelige lov, har anerkendelseslæren gjort sig selv overflødig. Retsevnen er da blot et af de spørgsmål, der er underkastet selskabsloven, og der er ingen grund til at kalde anvendelsen af de fremmede retsregler om retsevne for anerkendelse, når man iøvrigt blot taler om anvendelse af fremmed ret, eller i det hele taget til at skille spørgsmålet om retsevnens ud til særskilt behandling. De forfattere, der arbejder med denne lære, har ikke forstået, at anerkendelseslærens baggrund er de franske og tyske love, der gør en nægtelse af anerkendelse mulig, og at læren iøvrigt kun har folkeretlig, ikke international privatretlig interesse. De har blot accepteret denne læres terminologi uden at indse, at når anerkendelse altid gives, er der ikke længere noget indhold i anerkendelsen.

Den kritik, der i det følgende skal rettes imod den egentlige anerkendelseslære, medfører, at retsevnespørgsmålet som sådant helt falder bort, således at der ikke er grund til at gå nærmere ind på en undersøgelse af dette spørgsmål som et egentligt international privatretligt problem.

Tilbage står, efter at der nu er redegjort for teorien om anerkendelse, som genstand for kritikken den egentlige, oprindelige anerkendelseslære. Denne lære forudsætter, at visse sammenslutninger i deres hjemland besidder en kvalitet, retssubjektivitet, uden hvilken de ikke kan være subjekter i retsforhold, således at konsekvensen af, at de mangler den, er, at alle retshandler, der tilsigter at have dem som retssubjekter, bliver nulliteter. Og dens indhold er, at fremmede lande er frit stillet med hensyn til, om de vil anerkende eller nægte at anerkende denne kvalitet hos disse sammenslutninger, således at en nægtelse medfører, at selve sammen-

107. Niboyet II s.452.

slutningerne i de pågældende lande betragtes som ikke-eksisterende, og alt hvad der foretages i deres navn som nulliteter.

Grundlaget for den internationale selskabsrets anerkendelseslære er således et internretligt begreb, retsevne, som også betegnes som retssubjektivitet eller juridisk personlighed. Dette begreb betegner en bestemt status, som tillægges visse sammenslutninger.

Moderne metodelære tillader ikke, at man tillægger begreber, der betegner en status, selvstændig retlig værdi. Sådanne begreber er alene terminologiske vendinger, ved hvis hjælp man søger at udtrykke indholdet af en række enkeltregler inden for et bestemt retsområde på systematisk måde. Anvendelsen af disse begreber er så at sige juraens stenografi, der skal bringe en række konkrete retsregler i erindring. Sådanne kollektivudtryk har derfor ikke – medmindre den positive ret fører til andet resultat, jfr. ndf. – noget indhold af hvilket enkeltregler, som ikke i forvejen er kendte, kan udledes, men de er selv kollektive betegnelser for enkeltregler, »den systematiske enhed i et indbegreb af retsregler«. ¹⁰⁸

Dette synspunkt er af Ross navnlig udviklet med henblik på rettighedsbegrebet, særlig begrebet ejendomsret. ¹⁰⁹ Han udtrykker det således, »at udsagn om rettigheder fungerer med god mening til beskrivelse af gældende ret eller dennes anvendelse på konkrete situationer, men at det samtidig må fastholdes, at rettighedsbegrebet er uden enhver semantisk referens. Det betegner ikke noget fænomen af nogen art, der skyder sig ind mellem de betingende kendsgerninger og de betingede følger, men er alene et middel ved hvis hjælp man – mere eller mindre eksakt – bringer indholdet af et sæt retsregler til bevidsthed . . .« ¹¹⁰ Ejendomsret er altså ikke et fænomen i sig selv af hvilket man kan udlede gældende ret, men det kollektive udtryk for de enkeltregler, som på et bestemt område udgør gældende ret.

I Ret og Retfærdighed er samme synspunkt anvendt på betegnelsen for en bestemt status. ¹¹¹ Her er der blot ikke tale om en enkelt rettighed,

108. Ross Ret og Retfærdighed s.205.

109. Virkelighed og gyldighed kap.9-12, Ejendomsret kap.1-2, Festskrift s.468 ff, T.f.R.1954 s.253 ff, Ret og Retfærdighed s.206 ff.

110. Ross Ret og Retfærdighed s.210.

111. Ross Ret og Retfærdighed s.209 ff især s.211, jfr. s.218 med note 4, s.219 f og Virkelighed og Gyldighed s.195 f, jfr. T.f.R.1954 s.255.

men om »et kompleks retsforhold af rettigheder og pligter«. Beskrivelsen passer på begrebet retsevne. Det kan være praktisk at tale om, at mennesker, selskaber eller stiftelser har retsevne, når der findes en hel række retsregler, som er således udformet, at mennesker, selskaber eller stiftelser er subjekter for disse retsregler.¹¹² Og begrebet retsevne bliver da en stenogrambetegnelse for alle disse retsregler tilsammen. Vi kan derimod ikke udlede noget af begrebet retsevne om retsregler, som vi ikke kender, begrebet betegner ikke en af de enkelte retsregler uafhængig kvalitet hos mennesker, selskaber eller stiftelser, det er uden semantisk referens.¹¹³

Vi kan altså foreløbig fastslå, at retsevne hos selskaber ikke er en kvalitet, men betegner, at de er subjekter for bestemte enkeltregler i et bestemt internt retssystem, og at kun i forbindelse med disse retsregler har udtrykket mening.

Der findes imidlertid et antal lande, hvor begrebet juridisk person, foruden at være identisk med begrebet retsevne i den ovf. nævnte forstand, har – eller i hvert fald af teorien antages at have – positivretlig betydning. Når man i disse lande taler om, at visse selskaber har *personnalité juridique* eller *corporate personality*, så ligger der heri, at et bestemt kompleks af retsregler, som i medfør af lov eller andre retskilder finder anvendelse på alle juridiske personer, kommer til anvendelse på disse selskaber. Synspunktet ligger måske til grund for loven om landbohøjskolen af 8. marts 1856 § 6¹¹⁴ og har vel også betydning for forståelsen af bestemmelsen i aktieselskabslovens § 17, men er næppe i øvrigt accepteret i dansk ret,¹¹⁵ om end dansk lovgivning også andetsteds anvender betegnelsen juridisk person.¹¹⁶ Omvendt kan det tænkes, at det i et retssystem bestemmes, hvem der ikke kan være retssubjekter, og at der udformes visse regler herom, fx. nullitetslæren.

Også i de tilfælde, hvor begrebet juridisk personlighed har positivretlig

112. Smlgn. Ross Folkeret s.25 note 1.

113. Smlgn. Sindballe II s.46, Arnholm, Forelesninger over norsk personrett, 1947 s.12 f og s.16 ff og Borum, Personretten, 3.udg. 1953, s.1 f.

114. Loven er ophævet ved lov nr.177 af 7.juni 1958.

115. Jfr. Sindballe II s.46. Derfor er fremmed teoris diskussion om disregard of legal entity eller lifting the veil principielt uden værdi for dansk rets vedkommende, jfr. om disse begreber Serick, jfr. Karlgren i Svensk Juristtidning 1960 s.22 ff.

116. Således aktieselskabslovens §§ 4 og 49, lov nr.330 og 331 af 12.juli 1945, nr.499 og 500 af 9.oktober 1945, nr.132 af 30.marts 1946 og nr.302 af 21.december

betydning, er dette altså et led i et bestemt internt retssystem. Forskellen mellem de to betydninger er i realiteten kun den, at der kan drages konklusioner af anvendelsen af den sidstnævnte betydning med hensyn til indholdet af de retsregler, der gælder om en sammenslutning, der har fået betegnelsen juridisk person, hvorimod dette ikke kan lade sig gøre ved den førstnævnte betydning.

Denne dobbelte betydning af begreberne retsevne og juridisk person forklarer, hvorledes anerkendelseslæren er kommet ind på at tale om anerkendelse af selskaber med delvis juridisk personlighed, jfr. således Haagerkonventionens art.6. I England og Tyskland anvendes nemlig betegnelsen juridisk person som positivretligt begreb ikke fx. på partnerships¹¹⁷ og offene Handelsgesellschaften.¹¹⁸ Ikke desto mindre betragtes disse selskaber i visse henseender som retssubjekter, idet de fx. har retsevne, d.v.s. kan optræde i eget navn i sager, der drejer sig fx. om kontrakter, som de har indgået i eget navn, jfr. ndf. De har altså for så vidt retsevne, som de er subjekter i enkeltregler, men de er ikke juridiske personer i den forstand, hvori de pågældende retssystemer bruger dette begreb, da ikke alle de retsregler i de pågældende retssystemer, som finder anvendelse på juridiske personer, finder anvendelse på dem.

Den dobbelte betydning af begrebet juridisk person forklarer også diskussionen om retsevnens omfang i den internationale privatret. Man har draget den interne rets diskussion af det positivretlige begrebs indhold ind i den internationale privatret og overset, at den intet har at gøre der, da anerkendelseslæren alene beskæftiger sig med det præliminære problem, om fremmede selskaber overhovedet kan være retssubjekter, mens alle øvrige spørgsmål henhører under fremmedretten eller den internationale privatret.

Anvendelsen af betegnelsen retsevne har da i alle tilfælde kun betydning og mening i sammenhæng med bestemte retsregler i bestemte interne retssystemer. Begrebet har ikke den samme betydning i to interne retssystemer af forskelligt indhold, og det har ikke retlig betydning uafhængig af konkrete retsregler, ikke engang inden for hvert enkelt internt retssystem.

1957. Om svensk ret jfr. Nial, Om handelsbolag och enkla bolag, især s.76 ff og s.181 ff.

117. Jfr. Gower s.62 note 6.

118. Jfr. Raape s.196 med note 30 og Rabel II s.9.

Konsekvensen heraf er, at det er meningsløst i den internationale selskabsret at tale om anerkendelse af retsevnen som et selvstændigt problem. Hele anerkendelseslæren i alle dens afskygninger forudsætter eksistensen af retsevnen som en selvstændig kvalitet, der er helt uafhængig af de retsregler, der gælder om selskaber, hvad enten disse retsregler er af offentligretlig eller privatretlig karakter. I det øjeblik det erkendes, at retsevne ikke er en selvstændig kvalitet, men blot er udtryk for, at visse retsregler i et bestemt internt retssystem arbejder med selskaber som retssubjekter, eller at der om visse selskaber gælder visse regler, bliver anerkendelsen af retsevnen en terminologi uden mening og indhold. Retsevne er ikke noget, et selskab kan bære med sig til udlandet uafhængigt af de materielle retsregler, som finder anvendelse på selskabet. I og med at de pågældende materielle regler anvendes på et selskab, er dette selskab retssubjekt: anvender man dem i udlandet, er selskabet også retssubjekt i udlandet; og vil man i udlandet ikke anvende dem, men fx. sine egne regler, afhænger det af disses indhold, om det er praktisk at beskrive selskabet som retssubjekt. Der er naturligvis intet i vejen for, at man ved afgørelsen af hvilke af ens egne regler, der skal anvendes, lægger vægt på, hvilke regler der anvendes i selskabets hjemland.

Når anerkendelseslæren med undtagelse af den international privatretlige variant forudsætter, at et lands lov kan være afgørende for, om et selskab er retssubjekt, og et andet lands lov samtidig hermed kan finde anvendelse på selskabet i øvrigt, er dette derfor urigtigt. Nægtelse af anerkendelse i medfør af 1857 loven og E.G. til B.G.B. art.10 kan intet have med retsevne at gøre. Reglerne må betragtes som fremmedretlige regler af særlig streng karakter og med de virkninger, som henholdsvis fransk og tysk ret foreskriver. Kun fiktionslæren og den forældede opfattelse af retssubjektiviteten har ført til at skille disse regler ud fra fremmedretten. Når bortses herfra er anerkendelseslæren uden interesse.

Det gælder også dens international privatretlige variant, idet det er uden selvstændig mening at lade selskabets hjemlands lov være afgørende for, om selskabet har retsevne, når retsevne ikke er noget af de øvrige regler i selskabsloven uafhængigt. Afgørende for, om det er praktisk at betegne selskabet som retssubjekt, er selskabslovens indhold.

Et synspunkt af lignende art, som det der her er givet udtryk for, findes i den international selskabsretlige teori vistnok kun i en tilsyneladende længst glemt, skarpsindig udvikling af Zitelmann. Denne for-

fatter indleder sin undersøgelse med at spørge, hvorfor man overhovedet i den internationale privatret interesserer sig for, hvilken retsorden der afgør, om en juridisk person eksisterer. Hans svar er, at det gør man ikke, fordi svaret har interesse i sig selv, men kun af den praktiske grund, at der er forbundet en række retsvirkninger med en juridisk persons opståen. Alle disse retsvirkninger beror på en lang række enkeltregler, der som betingelse for de i dem regulerede retsvirkningers indtræden stiller, at der eksisterer en juridisk person. Om dette er tilfældet må bero på, hvad der i hver enkelt af disse retsregler forstås ved en juridisk person. Når man formulerer spørgsmålet om den juridiske persons eksistens på denne måde, bliver det samtidig klart, hvorledes det internationalt private retlige spørgsmål skal besvares. Den juridiske persons eksistens kan ikke bero på noget andet retssystem end netop det, til hvilket den materielle retsregel, som skal anvendes og som forudsætter eksistensen af en juridisk person, hører, thi i relation til den pågældende retsregel er det dens forståelse af begrebet en juridisk person og intet andet, der er afgørende: »... wenn in einem Rechtssatz ... eine bestimmte Wirkung an das Dasein einer juristischen Person geknüpft ist, so muss gefragt werden: was ist eine juristische Person im Sinne dieses Rechtssatzes? ... So gestellt ist die Frage aber bereits beantwortet. Das Gesetz, welches diese bestimmte Wirkung an einem bestimmten Thatbestand bindet (das Wirkungsstatut), hat auch zu entscheiden, was unter den Worten, mit denen es diesen Thatbestand bezeichnet, verstanden werden soll. Wissen wir also, welches Gesetz über die in Frage stehende Wirkung entscheidet, so wissen wir auch, nach welchem Gesetz wir zu entscheiden haben, ob eine juristische Person vorhanden ist.«¹¹⁹

Et enkelt problem, som i anerkendelseslærens udvikling har spillet en væsentlig rolle, nemlig spørgsmålet om selskabers partsevne,¹²⁰ skal endnu omtales. Det var som nævnt spørgsmålet om de franske selskabers partsevne i Belgien, der gav anledning til de belgiske domme, og det er

119. Zitelmann s.112. Smlgn. ligeledes Arminjon s.54 f og Wolff Deutschland s.115 note 2 samt Van Hecke i Actes s.143. Ehrenzweig synes i nogle korte bemærkninger i et duplikeret kompendium, Conflict of Laws, som endnu ikke er offentliggjort, bd.IV s.117 at være kommet til samme resultat som det i dette kapitel forsvarede.

120. Jfr. definitionen hos Hurwitz, Tvistemål, 2.udg. ved Gomard 1959 s.63. Jfr. Skeie, Den norske civilproces I, 1929, s.361 ff.

dette spørgsmål, der oftest har givet domstolene anledning til at beskæftige sig med spørgsmålet om fremmede selskabers retsstilling.¹²¹

Med hensyn til begrebet partsevne gælder det samme, som ovf. er sagt om begrebet retsevne.¹²² Anvendelsen af betegnelsen partsevne på en sammenslutning er udtryk for, at der gælder den regel, at sammenslutningen kan optræde som sådan,¹²³ d.v.s. under eget navn, for domstolene. Om et selskab har partsevne i udlandet beror derfor på, hvilket lands lov der finder anvendelse der på spørgsmålet om selskabet kan optræde i eget navn¹²⁴ og på denne lovs indhold. Når anerkendelseslæren og den til denne knyttede nullitetelære forkastes, er spørgsmålet af ringe betydning. Konsekvensen af, at et selskab eller anden sammenslutning ikke betragtes som part, vil da i det overvejende antal tilfælde blot være, at sag anlægges af eller imod »interessesubjekterne«,¹²⁵ eller sagt på en anden måde, at interessesubjekter og påtalesubjekter er identiske. Dansk ret må i øvrigt sikkert antages at ville lægge loven i selskabets hjemland til grund ved afgørelsen af, om selskabet kan optræde ved danske domstole under eget navn.¹²⁶

Med anerkendelseslæren falder også læren om retsevnsens henholdsvis partsevnsens omfang.¹²⁷

Når det har været vanskeligt for hidtidig teori at komme bort fra anerkendelseslæren til trods for dens åbenbare uholdbarhed, skyldes det sikkert i væsentlig grad, at en række traktater har arbejdet med dens terminologi. Man har ment, at man virkelig sikrede et lands selskaber en vis retsstilling i et andet land ved at indgå en traktat med dette om anerkendelse. Derved har begrebet anerkendelse efterhånden fået det indhold, som man traditionelt har lagt i det, d.v.s. at en traktatbestemmelse om anerkendelse af selskaber normalt må opfattes som et løfte om i visse konkrete henseender at stille selskaber hjemmehørende i den anden

121. Jfr. Raape s.195.

122. Jfr. Zitelmann s.123 f.

123. Jfr. aktieselskabsloven § 17.

124. Jfr. Raape s.196, Kollewijn s.17, Cowen s.36.

125. Jfr. Ross Ret og Retfærdighed s.216 ff, Sindballe III s.63, og Berglund s.21 f. Smlgn. Pillet s.4, Pillet Traité I s.340.

126. Jfr. H. Munch-Petersen, Den danske retspleje I 1917 s.51, jfr. O. Hj. Granfelt, Valda juridiska uppsatser, Helsingfors 1944 s.28.

127. Jfr. Zitelmann s.120 f. Regler om betingelser for udlændinges adgang til at anlægge sag er fremmedretlige regler.

traktatpartners område på en bestemt måde.¹²⁸ Lægger man i anerkendelsen, at selskaberne skal have ret til at møde ved domstolene, så indeholder anerkendelsen en regel herom, som man lige så vel kunne have udtrykt udtrykkelig, på samme måde som hvis det havde drejet sig om mennesker. Anerkendelsesterminologien vanskeliggør blot afgørelsen af, hvad traktaten bestemmer om selskabers retsstilling, idet der ikke findes en almindelig accepteret definition på anerkendelse. Anvendelsen af dette almindelig holdte udtryk kan højst have den betydning at sikre selskaber en vis minimal beskyttelse, som de formentlig ikke på samme måde som mennesker besidder allerede i kraft af den almindelige folkeret.

Anerkendelsesterminologien bør herefter afskaffes, og man bør i stedet specificere, hvilke regler der finder anvendelse på selskaber. Et land kan for det første besidde regler, som alene gælder for dets »egne« selskaber, og som oftest tilsigter at gælde for disse, uanset hvor en sag pådømmes, og uanset hvor de for sagen tilgrundliggende fakta har udspillet sig. Det drejer sig om de selskabsretlige regler, hvis anvendelsesområde bestemmes af den internationale privatret. For det andet kan et land besidde regler, som regulerer selskabers retsstilling i det hele taget, fx. afgør om de kan eje landbrugsjord.¹²⁹ Sådanne regler tilsigter oftest kun at gælde på landets eget territorium, men til gengæld tilsigter de normalt at gælde såvel for »egne« som for fremmede selskaber.¹³⁰ For det tredje vil et land oftest besidde regler, der regulerer fremmede selskabers retsstilling, altså egentlige, fremmedretlige regler, såsom at udenlandske aktieselskaber i modsætning til indenlandske ikke kan drive detailhandel, jfr. aktieselskabslovens § 74. På overgangen mellem den anden og den tredje gruppe står tilfælde, hvor der på samme område findes et sæt regler, der regulerer egne selskabers forhold, og et andet sæt der regulerer fremmede selskabers forhold. Det gælder fx. reglerne i næringsloven om erhvervelse af næringsbrev, som regulerer selskabers næringsadkomst i det hele, men som er forskellige for danske og fremmede selskaber.

128. Jfr. Ernst Wolff s.378 f.

129. Jfr. lov nr.127 af 16.april 1957.

130. Jfr. Zitelmann s.128, Neumeyer s.154 ff.

Kapitel 5 : Forholdet mellem fremmedret og international privatret

I kap.3 er det omtalt, at den internationale selskabsrets udvikling i forrige århundrede førte til antagelsen af en nær sammenhæng mellem fremmedret og international privatret på selskabsrettens område. Denne antagelse baseredes på opfattelsen af selskaberne som juridiske personer, der i lighed med de fysiske personer besad nationalitet. Problemstillingen blev den samme i begge discipliner, nemlig hvor et selskab hørte hjemme, og svaret herpå var på forhånd fastlagt og var det samme i begge henseender. Først skal forholdet vedrørende problemstillingen behandles.

I. Den opfattelse, at problemstillingen i såvel fremmedretten som den internationale privatret må udformes som spørgsmålet om, hvor et selskab hører hjemme, er uskadelig, så længe problemstillingen for den internationale privatrets vedkommende blot opfattes som en anden måde at udtrykke det spørgsmål på, hvilket lands selskabsretlige regler der finder anvendelse i selskabsretlige forhold. På den måde vil den også blive benyttet i denne afhandling. Imidlertid har man ikke altid holdt sig dette klart for øje, men har ladet sig påvirke af problemstillingen til en argumentation, som ikke er holdbar efter moderne metodiske principper. Først og fremmest har denne måde at stille problemet på været en medvirkende årsag til, at man som nævnt i kap.3 har benyttet principper og terminologi taget fra reglerne om fysiske personer på selskaber og derved har givet diskussionen om disses retsstilling en begrebsjurisprudentiel karakter. Der er næppe tvivl om, at årsagen til manglen på real begrundelse af tilknytningsmomenterne i den internationale privatret vedrørende selskaber i væsentlig grad må søges i problemstillingen. Dernæst er fællesskabet i problemstilling mellem fremmedret og international privatret grundlaget for den diskussion for hvilken der skal redegøres ndf., om hvorvidt tilhøret også nødvendigvis må være det samme i begge henseender. Det er derfor nyttigt at gøre sig klart, at problemstillingen ikke er den samme i begge discipliner, men at ligheden kun er tilsyneladende og skyldes en sprogbrug i den internationale privatret, som benyttes for

nemheds og traditionens skyld, men som ikke må opfattes strengt efter ordlyden.

Når man i den internationale privatret stiller spørgsmålet, hvor et selskab hører hjemme, dækker denne formulering af spørgsmålet nødvendigvis over følgende tankegang: »Selskabsretlige retsforhold er underkastet loven i det land, hvor selskaberne hører hjemme. Selskaber hører hjemme i det land, hvor . . . (de har deres sæde, eller, de er stiftet, etc.). Dette selskab hører derfor hjemme i det og det land. De selskabsretlige retsforhold i forbindelse med dette selskab er derfor underkastet dette lands ret.« I daglig tale har det måske været en lettelse at tale om, at selskabet hører hjemme i et bestemt land, hvis selskabsretlige regler derfor finder anvendelse på det; men skal man gøre sig klart, hvad det indebærer, at selskabet hører hjemme i et bestemt land, er denne udtryksmåde i bedste fald en omskrivning for spørgsmålet om, hvilket lands selskabsretlige regler der finder anvendelse på et selskab.¹ Ofte, især i ældre tid, har spørgsmålet ført til en cirkulær slutning:² »Selskabet hører til i det og det land, fordi det har dets nationalitet. Derfor skal dette lands selskabsretlige regler finde anvendelse på det.« Under søger man, hvorfor selskabet har det pågældende lands nationalitet, vil det ofte vise sig, at det skyldes, at landets selskabsretlige regler finder anvendelse på det, og dermed er cirklen sluttet.³ Der kan herved henvises til udviklingen i kap.3.

Det international privatretlige problem er således ikke, hvor selskabet hører hjemme, men hvilket lands selskabsretlige regler der finder anvendelse på selskabet.⁴ Herved må det imidlertid endvidere erindres, at selskabet ikke i sig selv er noget, lige så lidt som ejendomsret til en bestemt genstand i sig selv betyder noget, når man ikke ved, hvilke enkelte retsregler ordet ejendomsret dækker over. Det tjener intet formål at oplyse en person om eksistensen af et selskab, hvis denne person ikke

1. Jfr. Neumeyer s.107 f, Niederer s.112, samme Einführung s.163, kort Niemeyer, *Les Sociétés de Commerce* i *Académie de droit international, Recueil des Cours* bd.IV 1924 III s.33.

2. Jfr. Mann s.273, Arminjon s.55.

3. Således vistnok i virkeligheden Pillet s.118 ff smh. med s.240 f. Smlgn. også i det hele fremstillingen hos Leven, *De la nationalité des sociétés et ses effets juridique*, Paris 1899, og mange andre som bestemmer et selskabs nationalitet og den på selskabet anvendelige lov hver for sig, men efter samme kriterium.

4. Smlgn. allerede Thaller s.257 f.

i kraft af tidligere erhvervet viden med en sådan oplysning forbinder, at der foreligger en række faktiske kendsgerninger, der fremstilles ved hjælp af begrebet selskab og som i henhold til retsreglerne i et bestemt retssystem betinger bestemte retsfølger. Anvendelsen af betegnelsen selskab dækker over en hel række af sådanne kendsgerninger og deraf betingede retsfølger, en række af selskabsretlige relationer i hvilke man for nemheds skyld indskyder et mellembegreb, det fremstillingstekniske hjælpemiddel selskab, nøjagtig som man indskyder mellembegrebet ejendomsret i de ejendomsretlige relationer.⁵ Spørgsmålet i den internationale privatret bliver da, hvilket lands selskabsret der skal finde anvendelse i de enkelte selskabsretlige relationer. Selv om man som hovedregel kan regne med, at det samme lands selskabsretlige regler finder anvendelse på samtlige selskabsretlige retsforhold, der hænger således sammen, at man som fremstillingsteknisk hjælpemiddel kan tale om, at de knytter sig til et bestemt selskab, er dette ikke noget, der på forhånd er givet. Den almindelige kollisionsnorm for selskabsretten vil meget vel kunne tænkes spaltet op i en række specielle kollisionsnormer. Det er derfor vigtigt principielt at fastholde, at spørgsmålet er, hvilket lands selskabsretlige regler der finder anvendelse i de enkelte selskabsretlige relationer. Formulerer man spørgsmålet, så det går ud på, hvor selskabet hører hjemme, overser man let den mulighed, at det samme lands ret, det lands i hvilket selskabet hører hjemme, ikke behøver at finde anvendelse i alle tilfælde.

Da imidlertid det samme lands selskabsret som hovedregel vil finde anvendelse i alle relationer vedrørende et bestemt selskab, er der, når blot man ikke glemmer muligheden for, at dette ikke nødvendigvis altid er tilfældet, intet til hinder for, at man i almindelig sprogbrug regner med, at et enkelt lands selskabsret finder anvendelse i alle selskabsretlige forhold, og taler om at selskabet hører hjemme i det pågældende land og betegner dette lands selskabsret som selskabsstatuttet eller selskabsloven.⁶

Over for den internationale privatret står fremmedrettens regler.⁷ For dem må hovedproblemet netop være, hvor et selskab hører hjemme, idet dette er et relevant faktum ved afgørelsen af, hvilke selskaber de finder anvendelse på. Det samme gælder fx. skatterettens og procesrettens regler. Når sådanne danske lovregler sonder mellem her i landet hjemmehørende

5. Jfr. kap.4 ved note 108–111.

6. Jfr. Arminjon s.51: *lex societatis*.

7. Smlgn. Nussbaum Principles s.144.

eller danske selskaber på den ene side og udenlandske selskaber på den anden side, er der ikke længere tale om valg af, hvilket lands lov der regulerer selskabsretlige retsforhold, men det drejer sig om retsregler, der vedrører selskaber som sådanne, regler der er udformet med selskaber som retssubjekter, og som lægger vægt på hvor selskaberne hører hjemme, her i landet eller i udlandet. Her er problemstillingen altså korrekt.

II. På denne baggrund må diskussionen mellem tilhængerne af den teori, som antager, at det samme kriterium er afgørende for, hvor et selskab hører hjemme i fremmedretlig og i international privatretlig henseende, og tilhængerne af den teori som antager, at der ikke er en sådan nødvendig identitet mellem kriterierne for tilhøret i de to henseender, ses. Allerede som følge af hvad der foran er sagt om problemstillingen i de to discipliner, må der foretages en modifikation i den førstnævnte opfattelses udformning, som fjerner en væsentlig del af baggrunden for dens opkomst. Spørgsmålet bliver herefter, om et selskab altid fremmedretligt hører hjemme i det land, hvis selskabsretlige regler som hovedregel finder anvendelse i selskabsretlige retsforhold vedrørende selskabet, eller omvendt om det lands selskabsretlige regler altid finder anvendelse i retsforhold vedrørende et selskab, i hvilket selskabet fremmedretligt hører hjemme. Konsekvensen af en bekræftende besvarelse heraf vil være, at man kan nøjes med at undersøge tilhøret i den ene disciplin.

Som nævnt i kap.3 er teorien om den nødvendige identitet imellem kriterierne i de to discipliner en følge af udviklingen. Da selskabet var en juridisk person, måtte det nødvendigvis høre hjemme i det land, som havde skabt det, og dette lands retsregler, i kraft af hvilke det var skabt, måtte nødvendigvis også finde anvendelse på det. I England lå den samme tankegang til grund, men da de fysiske personers retsstilling ikke der var bestemt af nationaliteten, men differentieret efter deres domicil, residence og presence, er det naturligt, at man antog en lignende differentiering for mulig for de juridiske personers vedkommende. Til gengæld kom den juridiske person som konstruktion meget længere til at spille en rolle for argumentationen for tilhøret i de forskellige henseender i England, hvor den nødvendige differentiering var opnået, end på kontinentet, hvor differentieringen hindredes af konstruktionen.

I slutningen af forrige århundrede har mange forfattere af forskellige

grunde fundet, at det kriterium, hvorefter stiftelsen i et bestemt land er afgørende for selskabets tilhør, ikke var tilfredsstillende. Hvilke disse grunde har været, er det ikke muligt at sige med sikkerhed, men det har næppe været en kritisk indstilling over for den konstruktive baggrund for opfattelsen. Udviklingen i handelslivets former og den usikkerhed, som fulgte af, at tilhøret (nationaliteten) efter koncessionssystemets afløsning af normativsystemet ikke lå så fast som tidligere, samt de muligheder for omgåelse af strenge selskabsretlige regler i et land ved selskabsstiftelse i et andet land som normativsystemet medførte, er sikkert de væsentligste grunde.⁸ Konsekvensen blev opstillet af en række nye kriterier for selskabers tilhør, som i realiteten blot erstattede stiftelseslandets lov som afgørende for selskabers nationalitet,⁹ men som senere stilledes op som modsætninger til nationaliteten som tilhørs-kriterium. Derved opstod den rent begrebsjurisprudentielle og i dag uinteressante¹⁰ diskussion om, hvorvidt selskaber kunne besidde nationalitet.¹¹

Denne udvikling, som medførte en frigørelse af tilhørskriteriet fra konstruktionen af selskaberne som juridiske personer, muliggjorde den senere differentiering af tilhørskriteriet i forskellige relationer og særlig anvendelsen af forskellige kriterier i fremmedret og international privatre og blev derved samtidig grundlaget for diskussionen om, hvorvidt kriteriet i de to discipliner kunne være forskelligt.

I praksis var kriteriet på kontinentet det samme i begge henseender lige op til den første verdenskrig.¹² Udviklingen under denne blev

8. Smlgn. Pillet s.129 f, Mamelok, *Die juristische Person im internationalen Privatrecht*, Zürich 1900, s.213, Williams og Crussachi, *Mémoires de l'académie internationale de droit comparé*, bd.II 3 Paris 1935 s.643 f.

9. Jfr. Pillet *Traité II* s.787.

10. Om nationalitetsbegrebets benyttelse på selskaber i nyere tid, jfr. Niederer s.110 ff og Serick s.120 ff.

11. Jfr. herom Niboyet, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés*, *Revue de droit international privé* 1927 s.402 ff og Pillet *Traité II* s.779 ff. Som et typisk eksempel på denne diskussion jfr. Isay, *Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen*, Tübingen 1907 og Pépy, *La nationalité des sociétés de commerce*, Paris 1920 s.92 ff. Diskussionen er endnu ikke afsluttet, jfr. Joseph Hamel, *Faut-il parler de nationalité des sociétés commerciales?* i *Jus et Lex*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959 s.365 ff.

12. Jfr. Niederer s.111 f med note 6.

imidlertid i teorien foregrebet af Pillet, som var en af de få, der inden den første verdenskrig gjorde det klart, at der kunne være grund til ikke at anvende det samme kriterium i fremmedretlig som i international privatretlig henseende.¹³ Når visse rettigheder er forbeholdt et lands statsborgere, er det uforståeligt, siger Pillet, at disse rettigheder kan opnås af udlændinge blot ved, at de slutter sig sammen til et selskab.¹⁴

Dette synspunkt blev under den første verdenskrig for alvor taget op i de krigsførende lande med undtagelse af USA¹⁵ med henblik på afgørelsen af til hvilket land et selskab, som tilsyneladende er indenlandsk, må anses for at være knyttet, når det drejer sig om indefrysning, beslaglæggelse eller konfiskation af fjendtlig ejendom, altså reglerne om den økonomiske krigsførelse, idet man blev klar over, at det ville virke urimeligt, hvis statsborgere i fjendtlige lande gennem selskabsformen kunne fortsætte en statsfjendtlig virksomhed, som de ikke kunne drive personlig. Det er den ndf. i kap.6 nærmere omtalte kontrolteori, som igennem lovgivningen om fjendtlig ejendom og senere gennem fredstraktaterne¹⁶ indføres i den internationale selskabsret, idet den ganske vist udformes meget forskelligt fra land til land. Mens i Frankrig ledelsens nationalitet og kapitalens oprindelse bliver kriterium for kontrollen med selskabet og dermed for dets tilknytning,¹⁷ bliver i England stedet, hvorfra kontrollen udøves, altså ofte siège social, afgørende.¹⁸ Især i fransk teori kom kontrolteorien til at spille en varigere rolle, både i den international privatretlige doktrin, idet mange mente, at den internationale privatret burde baseres på kontrolteorien,¹⁹ og i fremmedretten.²⁰

13. Pillet s.125 ff, jfr. Niboyet I s.86 og II s.356 med note 2, jfr. dog formentlig allerede Mamelok, cit. note 8, s.20 note 2.

14. Jfr. Niboyet II s.364 f.

15. Jfr. Farnsworth s.145 ff, Domke i Wisconsin Law Review 1955 s.77 ff og Kronstein i Selected Readings in the Conflict of Laws, St. Paul 1956 s.1128.

16. Jfr. Niboyet II s.366 ff.

17. Jfr. Niboyet II s.364 ff med citat af det grundlæggende cirkulære s.365 f, jfr. Serick s.134 ff.

18. Jfr. Cheshire s.191 f, jfr. s.187 f. Farnsworth s.125 ff. Om forskellen mellem det franske og det engelske system, jfr. nærmere Williams, cit. i note 8, s.646 ff. I den anden verdenskrig nærmer det franske kriterium sig det engelske, jfr. Lébours-Pigeonnière s.199. I Tyskland synes man at have vaklet mellem det franske og det engelske kriterium, jfr. Serick s.140 og s.143 f.

19. Fx. Pépy, La nationalité des sociétés de commerce, Paris 1920.

20. Jfr. Niboyet II s.386 ff.

I andre lande, hvor kontrolteorien også en tid havde tilhængere i den internationale privatret, mistede den i hovedsagen sin betydning i alle andre henseender end i den økonomiske krigsførelse.

Niboyet er den, der går stærkest ind for en systematisk adskillelse af den internationale privatret angående selskaber fra de fremmedretlige regler vedrørende selskaber. For allerede i terminologien at gøre det klart, hvorfor der kan være forskel med hensyn til, hvilket kriterium der skal anvendes i de to henseender, sonderer han imellem to former for tilknytning til et land, den juridiske og den politiske tilknytning.²¹ Med den juridiske tilknytning tænker han på selskabets tilhør i relation til den internationale privatret; den afgør altså, hvilket lands lov der skal anvendes i selskabsretlige forhold. Her overfor stiller han den politiske tilknytning, *l'allégeance politique*, en slags undersåtsforhold som må sidestilles med menneskers statsborgerforhold.²² Denne tilknytning er afgørende i alle andre henseender end i den internationale privatret, dvs. for selskabers fremmedretlige retsstilling. For så vidt alle tilknytningsmomenter peger i samme retning, vil den juridiske og den politiske tilknytning rent faktisk være den samme, og Niboyet opstiller en afkræftelig formodning, for at der er en sådan identitet mellem de to tilknytninger.²³ Det væsentlige er imidlertid, at der ikke længere er nogen nødvendig identitet imellem dem.

Niboyets teori vedrørende den juridiske tilknytning skal omtales i kap.6. For den politiske tilknytning lægger han kontrolteorien til grund, således som den udvikledes med henblik på de særlige regler om selskabers stilling i krig. Dette synspunkt, hvorefter kontrolteorien er afgørende i alle andre henseender end i den internationale privatret, er accepteret af mange forfattere²⁴ og er lagt til grund for det franske forslag til revision af Code Civil, som er udarbejdet på grundlag af Niboyets udkast. Forslagets art.37(4) indeholder en bestemmelse, hvorefter et selskab skal betragtes som politisk knyttet til udlandet, selv om det har sit sæde i Frankrig, hvis det er kontrolleret af udlændinge; og på den anden side

21. Jfr. Niboyet I s.87, II s.340 ff og V s.550 f.

22. Smlgn. Arminjon s.57 og s.85.

23. Niboyet II s.350 jfr. s.342; jfr. også det af Niboyet udarbejdede reformforslag til Code Civil art.37(4).

24. Jfr. Van Hecke s.3, Loussouarn s.92 og s.94 ff, og motiver til Benelux konventionen 1952 s.165.

skal et selskab med sæde i udlandet betragtes som politisk knyttet til Frankrig, hvis det er kontrolleret af franske statsborgere. Denne tilknytning har betydning i relation til alle fremmedretlige regler. Til forståelse af bestemmelsen om indførelse af kontrolteorien må det erindres, at forslaget ligestiller de selskaber, der herefter skal anses som fremmede, med fysiske personer. Ifølge forslaget art.34(1) er udlændinge imidlertid ligestillet med franskmænd, når bortses fra politiske rettigheder og sådanne andre rettigheder, som udtrykkelig er frataget udlændinge ved lov. Kontrolteorien kommer altså alene til at spille en rolle i relation til de sidstnævnte lovbestemmelser. Efter opfattelsen i nyere fransk teori²⁵ er der kun begrænset støtte for Niboyets opfattelse i fransk retspraksis, som har været meget vaklende, og reformforslaget har vistnok ingen chance for at blive gennemført i sin nuværende skikkelse.

Selv om Niboyets opfattelse har fået tilslutning af mange og har betydning, fordi den vendt imod fortiden slår fast, at der ikke er nogen nødvendig sammenhæng mellem international privatret og fremmedret med hensyn til kriteriet for selskabers tilknytning, er dens indflydelse dog dalende. I Frankrig har Battifol forkastet den²⁶ og har fået tilslutning fra Comité français under diskussion af forslaget til revision af Code Civil. Battifol og Lérébours-Pigeonnière²⁷ er af den opfattelse, at det samme kriterium, som finder anvendelse i den internationale privatret, principielt også må lægges til grund i fremmedretten, men at der i lovgivningen kan være gjort specielle undtagelser herfra. Herved tænkes særlig på reglerne om den økonomiske krigsførelse. Herved er man i virkeligheden vendt tilbage til den før den første verdenskrig herskende opfattelse. Opfattelsen er i realiteten ikke meget forskellig fra Niboyets, når den af denne opstillede formodningsregel erindres. Der er blot forskel i udgangspunktet.

Rabel har givet udtryk for en tredje opfattelse.²⁸ Ligesom Niboyet er han klar over, at man ikke kan opstille et kriterium, som er fælles for den internationale privatret og fremmedretten, men i modsætning til Niboyet mener han ikke, at man kan opstille et enkelt politisk kriterium,

25. Jfr. således Battifol s.216 f.

26. Battifol s.218, samme i Comité français s.63 f.

27. Lérébours-Pigeonnière s.192 og s.198, jfr. for en nært beslægtet opfattelse Serick s.126 ff.

28. Rabel II s.19 ff.

som kan lægges til grund overalt i fremmedretten, men at afgørelsen med hensyn til tilknytningen i fremmedretten i hvert enkelt tilfælde må nås ved en fortolkning af de pågældende lovregler. En lignende opfattelse har Nussbaum sluttet sig til²⁹ ligesom her i Norden Nial.³⁰

I væsentlige henseender er den kritik, der kan rettes imod de af Niboyet og Battifol fremsatte opfattelser, ensartet. Fælles for dem er den opfattelse, at man kan opstille en forhåndsformodning for et ensartet kriterium, der kan anvendes overalt inden for fremmedretten. Man må efter min opfattelse være enig med de forfattere, der gør gældende, at en sådan formodning ikke eksisterer, men at man må nå til resultatet ved en fortolkning af de enkelte lovregler. De lege ferenda kan man være af den opfattelse, at de fremmedretlige regler eller majoriteten af disse bør arbejde med et ensartet kriterium, da de reale grunde kun sjældent kan forklare de små afvigelser, som findes fra regel til regel; men nogen formodning herfor de lega lata kan ikke eksistere. Hvad enten man slutter sig til den ene eller den anden opfattelse – idet man som Niboyet opstiller et særligt kriterium for fremmedretten eller som Battifol gør gældende, at det international privatretlige kriterium også skal finde anvendelse i fremmedretten – er disse kriterier i de fleste lande helt ulovbestemte og alene baseret på teoretiske overvejelser. Det ville stride imod almindelige principper for lovfortolkning at antage en forhåndsformodning om, at sådanne kriterier skulle være lagt til grund af lovgivningsmagten, ikke mindst i betragtning af den uenighed som hersker i teorien om, hvilket kriterium der er det rigtige.

Hertil kommer, at det ikke synes rimeligt på forhånd, og uden at man nærmere har undersøgt de regler, som det drejer sig om, og de forhold, som de kommer til anvendelse på, at antage, at der overalt i fremmedretten bør gælde et ensartet kriterium, endsige med Battifol at dette bør være det samme, som det der gælder i den internationale privatret. En sådan antagelse overser de væsensforskellige synspunkter, som kan tænkes lagt til grund ved afgørelsen af, om et selskab i relation til det ene eller det andet sæt af regler skal betragtes som hørende hjemme i et land. Hvis man et øjeblik accepterer parallellen til fysiske personer, ses det, at også disse med hensyn til forskellige retsregler behandles forskelligt. I visse

29. Nussbaum Principles s.145.

30. Nial Reflexioner s.240. Jfr. også Lovkonflikter 3.udg. s.109 og smlgn. 4.udg. s.175.

relationer spiller nationaliteten, i andre bopælskrav af forskellig udformning, lige fra et domicil til et blot ophold, den afgørende rolle for tilknytningen. Der er ingen grund til at antage, at det skulle være anderledes for selskabernes vedkommende. Fiskale, samfundsøkonomiske, prestigemæssige, nationale, ideologiske og mange andre hensyn kan spille en rolle ved afgørelsen af, hvilken tilknytning man vil lægge vægt på.³¹ Disse hensyn kan variere i betydning i relation til forskellige grupper af retsregler, ligesom de utvivlsomt varierer i relation til tid og sted. Særlig med hensyn til Niboyets kriterium bemærkes, at udtrykket politisk tilhør i virkeligheden dækker over alle disse forskellige hensyn og derfor ikke fører til noget entydigt kriterium. Selv i reglerne om den økonomiske krigsførelse har man i nogle lande mellem de to verdenskrige ændret opfattelse af, hvad der er afgørende for kontrollen med selskabet. Et sådant vagt og flertydigt begreb egner sig ikke til brug i den internationale handel.

Med hensyn til Battifols formodning om, at det samme kriterium gælder i den internationale privatret og i fremmedretten, bemærkes, at det i høj grad afhænger af, hvilket kriterium man benytter i den internationale privatret, om man også kan tænke sig at benytte dette i fremmedretten. Det forekommer karakteristisk, at den opfattelse, at det samme kriterium finder anvendelse i begge henseender, hører hjemme i Frankrig, hvor man i den internationale privatret stiller temmelig strenge krav for at anerkende, at et selskabsforhold har den tilknytning til et land, som betinger anvendelsen af det pågældende lands ret. I det omfang man på denne måde samtidig tilgodeser de hensyn, som ønskes varetaget af de fremmedretlige regler, er der ingen grund til at benytte et andet kriterium for tilknytningen i fremmedretten end i den internationale privatret. I England, hvor inkorporationsteorien er antaget i den internationale privatret, således at stifterne af et selskab i praksis selv kan afgøre, hvilket lands ret der skal finde anvendelse i selskabsforhold, er man tidligere end i noget andet land gået ind for en anvendelse af andre kriterier i fremmedretten, både således at selskaber incorporated i England kan være fremmede i relation til andre regler, og at selskaber incorporated i udlandet kan være engelske. Det synes således, som om

31. Smlgn. fx. Foighel, *Nationalization*, London-København 1957 s.23 ff, s.105 f og s.108 f, og Betænkning ang. revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. 1955. s.55 f, samt motiver til § 7 i forslag til lov om luftfart, FT 1959/60 A sp.1378 f.

udformningen af det kriterium for tilknytningen, som man vælger i den internationale privatret, er afgørende for, om det også lader sig anvende i fremmedretten. Er man liberal i den internationale privatret, stiller man så meget strengere krav til tilknytningen i fremmedretten, end hvis man allerede i den internationale privatret skiller bukkene fra fårene.³²

Resultatet må herefter blive, at der ikke på forhånd kan opstilles formodninger om, hvilke kriterier der er anvendt i de fremmedretlige regler, og specielt ikke formodninger om at kriteriet er det samme som i den internationale privatret.

Selv om der således ikke gælder formodninger i den ene eller den anden retning, er det sikkert utvivlsomt, at der rent faktisk ofte findes en vis overensstemmelse mellem et selskabs fremmedretlige tilhør og det lands ret, der finder anvendelse på dets selskabsretlige retsforhold, i hvert fald i lande som Danmark hvor man ikke som i England og Frankrig har udviklet en omfattende teori om disse spørgsmål. Hertil skal vi vende tilbage i kap.8.

32. Jfr. Gower s.568 og s.570 f.

Kapitel 6 : Teorierne

Den internationale privatret vedrørende selskaber har til formål at afgøre, hvilket lands ret der skal finde anvendelse i selskabsretlige forhold. Forinden der kan tages stilling til dette spørgsmål, er det nødvendigt at foretage en gennemgang af de vigtigste opfattelser, som hidtil er blevet fremsat med hensyn hertil. Litteraturen herom er meget omfattende, og der er i tidens løb fremsat mange teorier, som igen helt har mistet deres betydning. Begrundelsen for mange teorier har endvidere været baseret på metodiske synspunkter, som siden helt er forladt, i hvert fald her i Norden. Der er endelig næppe noget andet område, hvor så mange irrationelle og logisk uholdbare faktorer har spillet en rolle i diskussionen. I det omfang en ældre teori eller et ældre synspunkt ikke har væsentlig betydning for forståelsen af de opfattelser, som i dag hører til blandt de vigtigste, vil de blive ladet ude af betragtning. Det er ikke nødvendigt at bekæmpe opfattelser og synspunkter, der er faldet bort af sig selv.

Forinden behandlingen af de enkelte teorier påbegyndes, skal det bemærkes, at det bortset fra Laurent næppe nogen sinde er blevet gjort gældende, at de selskabsretlige regler er territoriale i den forstand, at et lands domstole aldrig anvender fremmed selskabsret.¹ Allerede dengang den internationale privatret beherskedes af statuttheorien med dens inddeling af retsstoffet i de personelle og de reelle statutter, henførtes reglerne om juridiske personer til de personelle statutter, der er ekstraterritoriale.² Opgaven er altså efter almindelig opfattelse at finde frem til, hvilket lands lov det generelt set er rimeligt at anvende i selskabsretlige forhold, hvad enten sagen pådømmes i det ene eller det andet land. Dermed er ikke sagt, at et land ikke i et vist omfang vil forlange sine egne selskabsretlige regler overholdt, for så vidt et bestemt selskabsretligt forhold har en særlig tilknytning til dets territorium, selvom det pågældende selskab ikke i almindelighed har sin væsentligste tilknytning til landet. Det kan i sådanne tilfælde tænkes, at landet sætter sine egne regler i stedet for det lands regler, der iøvrigt finder anvendelse på det

1. Jfr. Rabel II s.3, Loussouarn s.269, Surville s.716 og Zitelmann s.115 f.

2. Jfr. Lainé s.283 f.

pågældende selskabs forhold, eller det kan tænkes, at de to landes regler finder kumulativ anvendelse. For de fleste forfattere synes hovedreglen imidlertid at være, at selskabsretlige forhold, som angår et bestemt selskab, alle er underkastet en og samme ret, hvor de end pådømmes og uanset om de pågældende konkrete forhold også har tilknytning til andre lande.

To synspunkter præger – når man skærer igennem begrebsjurisprudentielle udenværker – i særlig grad diskussionen om, hvilket kriterium der skal lægges til grund; det er tovrækningen dem imellem der – foruden en række irrationelle faktorer – har ført til de mange varierende opfattelser. Det ene synspunkt er baseret på hensynet til den frie udfoldelse af initiativ og den liberale opfattelse inden for nationaløkonomien, hvorefter kræfternes frie spil fører til det samfundsmæssigt set bedste resultat.³ Dette synspunkt, som man kunne kalde kontraktssynspunktet, og hvis udgangspunkt er, at der til grund for de allerfleste selskaber ligger en aftale om at stifte et selskab,⁴ har ført til enten helt at overlade til parterne at bestemme lovvalget – en opfattelse der dog kun har vundet meget begrænset udbredelse – eller at bestemme tilknytningsmomentet således, at der inden for de herigennem givne rammer åbnes det friest mulige spillerum for parterne. Begge disse opfattelser går ud fra den almindelige anskuelse, at selskabsretten systematisk må betragtes som en del af kontraktsretten (obligationsretten).⁵ I den internationale kontraktsret har man netop stillet den fuldstændige partsautonomi over for forskellige faste tilknytningsmomenter, som uden at overlade alt til parternes frie vilje dog tager hensyn til hvad parterne nåtte regne med eller kunne indrette sig efter ved kontraktens indgåelse.⁶

Det andet synspunkt kan man kalde præceptivitetssynspunktet. Den internationale selskabsret har først og fremmest været præget af den udvikling, som har fundet sted inden for aktieselskabsretten i den materielle ret. De skiftende tiders syn på aktieselskaberne er ofte blevet afspejlet langt stærkere i den internationale selskabsret end i den ma-

3. Jfr. Lérébours-Pigeonnière s.193, Battifol s.213, og Henderson, *The position of foreign corporations in American constitutional law*, Cambridge Mass. 1918, s.3.

4. Jfr. Siebel s.8, Pillet s.48, Loussouarn s.12, Gower s.569 f, *Code Bustamente* art. 19, 34 og 247 ff, smlgn. Arminjon s.51 og Battifol *Contrats* s.290 ff.

5. Smlgn. Battifol *Contrats* s.120 og s.290 ff og Battifol s.213 og s.609.

6. Jfr. Battifol *Contrats* s.37 ff.

terielle ret. Vi har i kap.4 om anerkendelseslæren set, at denne lære bl.a. er affødt af den almindelige mistillid til aktieselskaber.⁷ Frygten for, at selskaberne skal unddrage sig den præceptive aktieselskabslovgivning, viser sig igen i teorierne om tilknytningen,⁸ ikke mindst i den franske lære om fraude à la loi, som i den internationale selskabsret har fået en vid og lidet gennemtænkt udbredelse, jfr. Rabels udtalelse om »the endless fear of fraude«.⁹ Præceptivitetssynspunktet lægges oftest til grund af de forfattere, der opfatter problemerne vedrørende selskaber som spørgsmål, der nøje svarer til personernes état et capacité, og som derfor systematisk henfører selskabsretten til personalstatutets område,¹⁰ jfr. om baggrunden for denne opfattelse ovf. i kap.3.

Når bortses fra det fuldstændig frie lovvalg, som klart hører under kontraktssynspunktet, kan der ikke drages nogen skarp grænse mellem de tilknytningsmomenter, der hører under kontraktssynspunktet, og dem der hører under præceptivitetssynspunktet. Selv om der stilles krav om tilstedeværelsen af objektive tilknytningsmomenter, såsom hovedkontorets beliggenhed, bestyrelsesmedlemmers nationalitet, stedet for virksomhedens udøvelse etc., har parterne alligevel en vis frihed, idet de, i det omfang virksomhedens art tillader det, selv er herre over, hvor de vil lægge hovedkontoret eller drive virksomheden, og hvem de vil vælge til bestyrelsen. Vi skal også se eksempler på, at begrundelser, der må henføres til henholdsvis det ene og det andet synspunkt, fører til samme resultat med hensyn til valget af tilknytning.

I dette afsnit skal først kontraktssynspunktet i almindelighed og herunder teorien om partsautonomi ved lovvalget undersøges. Derefter vil de andre vigtigere teorier blive gennemgået, uden at der systematisk tages hensyn til, om de nærmest må henføres under kontrakts- eller præceptivitetssynspunktet.

I. Uanset den materielle selskabsrets nære tilknytning til kontraktsretten, har international kontraktsretlige synspunkter kun spillet en uhyre beskedne rolle i den internationale selskabsret. Pilet går tilsyneladende ind

7. Jfr. ovf. s.43 f om betydningen af Code de Commerce art.37 for anerkendelseslærens opståen.

8. Jfr. fx. Surville s.720 og Battifol s.208.

9. Rabel II s.41 note 31.

10. Jfr. Battifol Contrats s.290.

for at overlade til stiftelseskontraktens parter at vælge den kompetente lov,¹¹ men han tager straks efter forbehold med hensyn til de tilfælde, hvor stiftelseslandets lov indeholder præceptive regler.¹² Der er altså i realiteten blot tale om en materielretlig partshenvisning,¹³ således at Pillet i virkeligheden går ind for stiftelseslandets lov, jfr. ndf. s.97.

Afvisningen af kontraktslige synspunkter skyldes så vidt jeg kan se to årsager, som igen nøje hænger sammen.

Den internationale selskabsret har som nævnt hovedsagelig interesseret sig for aktieselskabers internationale retsstilling, om end allerede fx. Pillet gav en omfattende fremstilling også vedrørende andre selskaber. Aktieselskaberne betragtes imidlertid tidligt uden for Danmark¹⁴ som juridiske personer, og de er derfor i systematisk henseende blevet inddraget under personalstatuttets herredømme og derved unddraget de synspunkter, som behersker kontraktsretten.

Også den anden årsag står i forbindelse med aktieselskabernes fremherskende betydning i den internationale selskabsret og tillige med argumentationen for præceptivitetssynspunktet. Uden for Norden er aktieselskaberne meget tidligt underkastet en i vidt omfang præceptiv regulering. På den tid, da den egentlige internationale selskabsret begynder at interessere teorien – i slutningen af forrige århundrede – er princippet om parternes autonomi med hensyn til valget af den på kon-

11. Pillet s.111. Også Gower s.570 synes at give partsautonomien et vist område.

12. Pillet s.112.

13. Jfr. Nial s.9 ff, særlig s.20 ff. I tilslutning til Nial må ved en materielretlig partshenvisning i modsætning til en kollisionsretlig forstås en henvisning, som kun får virkning, for så vidt dette ikke medfører en fravigelse fra forums præceptive regler. En materielretlig partshenvisning kan altid foretages, mens en kollisionsretlig partshenvisning, der får virkning også på bekostning af forums præceptive regler, alene kan foretages, når der findes en vis tilknytning til det land, til hvis lov der henvises.

Når der her og andetsteds tales om, at der alene foreligger en materielretlig partshenvisning i forbindelse med selskabsretten, skal dette forstås således, at selskabsstatuttet, for Pillet stiftelseslandets lov, betragtes som den eneste mulige tilknytning for selskaber, at der altså ikke er partsautonomi, idet en kollisionsretlig partshenvisning ikke kan accepteres. Der kan alene blive tale om en materielretlig partshenvisning, der ikke medfører fravigelse af selskabsstatuttets præceptive regler.

14. Om diskussionen i Danmark om dette spørgsmål henvises til Bentzon, Personretten 3.udg. 1930 s.179 ff.

trakter anvendelige lov ved at trænge igennem.¹⁵ Mens præceptive regler i øvrigt på den tid spillede en temmelig ubetydelig rolle i kontraktsretten og derfor ikke kunne hindre partsautonomiprincippets fremtrængen, har det formodentlig på selskabsrettens område under hensyn til præceptivitetens betydning været anset for umuligt at lade parterne selv bestemme, hvilken lov der skulle finde anvendelse på de stærkt regulerede aktieselskaber.¹⁶ Partsautonomi i ren form på selskabsrettens område ville jo være ensbetydende med, at parterne, uanset i hvilket land selskabet drev sin virksomhed, selv kunne bestemme hvilket lands lov de skulle rette sig efter. Dette var ikke mindst uigennemførlig, fordi parterne under partsautonomiens regime selv ville kunne bestemme i henhold til hvilken lov selskabet skulle erhverve juridisk personlighed, skønt tildelingen heraf stadig, under indflydelse af koncessionsteorien, betragtedes som et udslag af statens suverænitet.

Den nyere forfatter, der giver den mest dybtgående systematiske fremstilling af de hensyn, der kan fremføres for de forskellige løsninger i den internationale privatret vedrørende selskaber, er Loussouarn. Han deler kriterierne for tilknytningen op i de kriterier, der kan baseres på selskabers karakter af kontrakt, de kriterier der baseres på deltagernes og ledelsens personer, og de kriterier der baseres på selskabernes karakter af juridiske personer. Det særlig interessante ved hans analyse er hans kritik af den opfattelse, der vil lægge kontraktselementet i selskabsretten, d.v.s. det synspunkt at et selskab er et på kontrakt baseret forhold mellem selskabsdeltagerne, til grund ved valget af tilknytningsmoment.

Hans udgangspunkt er ligesom Pillets, at selskabsretten systematisk må henføres til kontraktsretten.¹⁷ Der kan ikke dannes et selskab, uden at der til grund for det ligger en kontrakt. Umiddelbart skulle man derfor tro, at man kunne overføre den aftalefrihed, som gælder i den materielle kontraktsret, til den internationale privatret.¹⁸ Det har man

15. Jfr. Battifol Contrats s.27 ff. Her i landet synes partsautonomien at være trængt igennem i 1850'erne. Jfr. Scheel, Privatrettens almindelige del, I 1865 s.401. Ørsted arbejder i Eunomia IV 1822, s.8 ff med et primært kontraktsstatut, hvad dog også Deuntzer gør i Kort fremstilling af Retssystemets navnlig Privatrettens almindelige del I, 2.udg. 1886 s.106 ff.

16. Jfr. fx. Thaller s.260.

17. Jfr. Loussouarn s.13, s.15 med note 1 og s.37.

18. Loussouarn s.37.

gjort inden for den almindelige kontraktsret og er derved nået til princippet om partsautonomien. Staten er vel nok interesseret i, at dens præceptive selskabsregler overholdes, og partsautonomien kunne tænkes benyttet til at undgå dem. I kontraktsretten, hvor der også findes præceptive regler, har man imidlertid accepteret partsautonomien med det forbehold, at der, forinden valget af kompetent lov finder sted, må eksistere en tilknytning til den lov, der vælges.¹⁹ Et tilsvarende forbehold kunne man tage i selskabsretten, hvis man ville acceptere partsautonomien der.

Uanset denne argumentation mener Loussouarn ikke at kunne lægge vægt på kontraktselementet og overlade valget af selskabsloven til parterne. Der må findes et primært statut for den internationale selskabsret. Det kan efter hans opfattelse ikke udledes af kontraktselementet i selskabsretten. Der findes adskillige kontrakter, der hver for sig har karakteristika fælles med selskabskontrakten, og for hvilke der er dannet primære statutter, men selskabsretten har ikke så stor lighed med en enkelt af disse kontraktsformer, at man derfra kan slutte sig til, hvilket tilknytningsmoment der bør anvendes i selskabsretten.²⁰ Der er endvidere for Loussouarn to væsentlige forskelle mellem den internationale selskabsret og den almindelige internationale kontraktsret, som fører til, at man ikke kan lægge vægt på kontraktselementet ved valget af tilknytningsmoment.²¹

For det første kan det ved en almindelig kontrakt være vanskeligt at sige, om tyngdepunktet for kontrakten snarest ligger på indgåelsesstedet eller på opfyldelsesstedet. Det kan være rimeligt at overlade valget mellem tilknytningerne til kontraktsparterne, da der er balance i de implicerede landes interesse i kontrakten.²²

En sådan balance mellem tilknytningsmomenterne findes ikke ved selskabskontrakten. Dens betydning er koncentreret i det land, hvor den kommer til udførelse, hvor kontrakten skal »leve« i mange år, og hvis økonomi selskabet bliver et led i.

Dette fører over i Loussouarns anden forskel fra almindelig kontraktsret. I det øjeblik kontrakten foreligger, forsvinder kontraktselementet og

19. Loussouarn s.38 jfr. Lovkonflikter s.146.

20. Loussouarn s.17.

21. Loussouarn s.13 ff og s.37 ff.

22. Loussouarn s.42.

afløses af de hensyn, som skabelsen af en juridisk person indebærer.²³ Selskabskontrakten er af underordnet betydning i forhold til dens konsekvens, skabelsen af en selvstændig juridisk person, og det er denne konsekvens snarere end ønsket om at beskytte parterne i selve stiftelsesaftalen, der har ført til indførelsen af præceptive regler om selskaber i materiel ret. Loussouarn betegner i overensstemmelse med andre franske forfattere denne konsekvens af selskabsstiftelsen som selskabets institutionelle karakter,²⁴ et synspunkt der også kendes i engelsk og amerikansk selskabsretlig teori,²⁵ og som bedre end betegnelsen juridisk person stemmer med det her i landet herskende syn på selskabsdannelsen.²⁶ Selskabets juridiske personlighed, dets institutionelle karakter, indfører et nyt moment i de internationale privatretlige overvejelser, som er uden betydning ved den almindelige kontrakt, nemlig hensynet til tredjemand.²⁷ Selskabskontrakten og dens egentlige kontrahenter, stifterne, mister deres betydning til fordel for hensynet til aktietegnerne, senere aktiekøberne, personalet, tredjemand der kontraherer med selskabet og samfundet i det hele. Aktietegnerne er vel formelt deltagere i selskabskontrakten, som de tiltræder ved at tegne aktier. De får derved mulighed for indflydelse på lovvalget, fordi de kan lade være med at tegne aktier, hvis de er uenige i dette. Da stifterne ønsker kapitalen tegnet, vil de tage hensyn til de potentielle aktietegners ønsker. Dette er imidlertid, siger Loussouarn, en rent formel betragtning, for aktietegnere tænker ikke over den slags ting, og det bliver derfor ikke selskabsdeltagerne, men alene stifterne, der får indflydelse på lovvalget; man kan diskutere, om der overhovedet foreligger en kontrakt. Hensynet til selskabsdeltagerne varetages derfor ikke ved partsautonomi; statens præceptive regler til beskyttelse af dem, der investerer i selskaber, må sikres overholdt.²⁸

Ved selskabsdannelsen er der skabt en institution, som er af væsentlig betydning for det samfund, hvori den udfolder sig. Foruden de nævnte

23. Loussouarn s.44 og s.73.

24. Loussouarn s.12, s.17 og s.20, samme i Comité français s.50, jfr. Niboyet V s.25, Lèrebours-Pigeonnière s.193, Battifol Contrats s.290, Battifol s.212 og s.609, Arminjon s.51 og s.53 og Thaller s.260.

25. Jfr. Gower s.56 ff og Dodd i 45 Harvard Law Review 1932 s.1145 ff.

26. Jfr. Siebel s.2 f.

27. Loussouarn s.17, s.20 og s.45.

28. Loussouarn s.40 ff og s.43, smlgn. s.16 f om adhæsionskontrakter.

hensyn er der også hensynet til omsætningen, de tredjemænd, der kontraherer med selskabet. Det kan ikke overlades til parterne i selskabskontrakten at vælge den lov, der skal finde anvendelse på beskyttelsen af dem. Synspunktet vedrørende selskabet som en institution af stor betydning for det samfund, som det økonomisk er et led i, stemmer i øvrigt med den tendens, der er i moderne selskabsret til at lade aktionærerne træde tilbage fra den fremtrædende position, som de hidtil har haft i teorien, og betragte dem som sideordnede med selskabets funktionærer og arbejdere som et enkelt led i en organisation.²⁹

Loussouarns forkastelse af kontraktssynspunktet som afgørende for tilknytningen er således baseret på de samme hensyn, som oprindeligt førte til, at dette moment aldrig har fået betydning for den internationale selskabsret: Princippet om partsautonomien og den juridiske personlighed. Blot har hans argumentation fået et mere moderne og langt mere tilfredsstillende tilsnit. Denne argumentation er efter min mening af meget væsentlig betydning, men det forekommer mig, at den har fortjent en mere fremtrædende plads end den, Loussouarn giver den som blot argumentation imod en mulig tilknytning. Ved hovedsagelig at benytte den på denne måde bekræfter Loussouarn det almindelige indtryk af den internationale selskabsretlige teori, at den arbejder efter eksklusionsmetoden: Man kritiserer først alle de øvrige teorier, og anfører så sin egen teori som den eneste, der er tilbage, uden i og for sig at kunne give andre argumenter for dens anvendelse end de andres uanvendelighed.³⁰ Særlig stærkt kommer dette frem hos Loussouarn, som i realiteten til fordel for sin egen opfattelse, hovedsædteorien, kun henviser til, at den er knæsat i retspraksis, og kun i begrænset omfang argumenterer til fordel for den,³¹ mens han grundigt har argumenteret imod de andre teorier.

Loussouarn afviser ligeledes anvendelsen af stiftelsesstedets lov, som også er et på kontraktselementet baseret tilknytningsmoment, idet dette moment fører til samme resultater som partsautonomien.³² De synspunkter vedrørende selskabers institutionelle karakter, som Loussouarn anfører imod partsautonomien, rammer ikke specielt denne, men alle på kontraktselementet i selskabsretten baserede tilknytningsmomenter, for-

29. Jfr. Loussouarn og Jeantet i Comité français s.60.

30. Jfr. Mann s.281.

31. Cfr. dog det almindelige udgangspunkt for hans undersøgelser s.33 f.

32. Loussouarn s.50 f.

udsat at det drejer sig om selskaber af en vis størrelse eller i øvrigt af upersonlig karakter, altså det der normalt udtrykkes ved at karakterisere dem som juridiske personer. Enhver tilknytning, der baseres på kontraktselementet alene, må derfor for disse selskabers vedkommende være forfæjlet. Man må betragte selskabsretten ud fra andre synspunkter end dem, der normalt finder anvendelse i kontraktstatuttet, og på basis heraf søge at finde et egnet tilknytningsmoment for den internationale selskabsret.

Det betyder ikke, at kontraktselementet ingen som helst rolle spiller i den internationale selskabsret. Drejer det sig om selskabsformer, der gennemgående ikke er underkastet præceptive ordninger i landene, såsom i Danmark et ansvarligt interessentskab med et mindre antal interessenter – bliver antallet større, nærmer vi os en forening – eller et kommanditselskab, vil kontraktselementet være mere fremherskende på grund af selskabsforholdets personlige karakter for kontraktsparterne og ordningens ringe betydning for omverdenen.³³ Grænsen mellem de to grupper af selskaber er ikke let at drage og må overlades til praksis. Vi står med hensyn til denne afgrænsning over for et af de tilfælde, hvor det store antal retssystemer og disses store variation umuliggør opstillingen af generelle regler.

Kontraktselementet er således ikke – i hvert fald alene – egnet som basis for den relevante tilknytning i den internationale selskabsret, og som sådan har det da heller ikke, bortset fra det begrænsede område, som her er givet det, fundet tilhængere i teorien.

II. I fransk og skandinavisk teori taler man ofte om, at anglo-amerikansk teori og praksis lægger vægt på registreringen som kriterium for, hvilken lov der skal finde anvendelse på selskaber, og man opfatter den anglo-amerikanske opfattelse som et udslag af en vidtgående grundsætning om kontraktsfrihed. I moderne praksis dækker denne opfattelse af anglo-

33. Jfr. W. von Steiger, *Die einfache Gesellschaft im internationalen Privatrecht*, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, XIV 1957, s.22 ff. Lousouarn er inde på noget lignende s.46 f, smlgn. s.13, men baserer sondringen på forskellen mellem selskaber med og uden retspersonlighed. Jfr. også Van Hecke s.13 og Nial s.77, der gør opmærksom på, at en afvejelse af de forskellige tilknytningsmomenter, som kontraktstatuttet arbejder med, er særlig praktisk i selskaber uden egentlige forvaltningsorganer.

amerikansk teori sikkert meget godt, men skal man nærmere undersøge den anglo-amerikanske opfattelse og dens baggrund, slår synspunktet slet ikke til. Den angelsaksiske opfattelse bæres ikke af praktiske, rationelle overvejelser, men af konstruktive synspunkter, og det samme gælder opfattelsen hos hovedparten af de forfattere, som på det europæiske kontinent har antaget incorporation som kriterium for selskabers tilknytning i den internationale privatret.

Der er en nøje sammenhæng mellem den ovenfor beskrevne historiske udvikling af den internationale selskabsret og incorporation-teorien. Incorporation-teorien er i realiteten blot en videreførelse af den på koncessionsteorien baserede opfattelse, at et selskab nødvendigvis hørte hjemme i det land, ved hvis øvrighedshandling det var blevet til, og at dette lands lov også naturligt i det hele fandt anvendelse på selskabet.³⁴ Det væsentlige ved incorporation-teorien er ikke, at den giver parterne frihed til at vælge den anvendelige lov, heller ikke den lettelse ved afgørelsen af hvilken lov der skal anvendes, som ligger bag ved registreringen som kriterium, men det rent konstruktive, at incorporation er identisk med tilblivelsen af en selvstændig personlighed: »Incorporation is the process by which a legal person is brought into being.«³⁵ Da denne person skylder kongen eller parlamentet sin eksistens, er det fra et konstruktivt synspunkt klart, at den i det hele må svare til det, der er bestemt ved dens skabelse, og være underkastet de regler som var tænkt at skulle være gældende for den. Under anerkendelseslæren så vi, at den international privatretlige teori gjorde gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt et fremmed selskab skal anerkendes og derigennem erhverve retsevne i det anerkendende land, beror på, om selskabet har retsevne i sit hjemland i henhold til den kompetente lov. Incorporation-teorien svarer nøje hertil, idet den antager, at det lands lov, som forlener et selskab med retsevne, også nødvendigvis må være bestemmende for selskabets forhold i øvrigt. Westlake³⁶ udtrykker incorporation-teorien således: »The regulation of any artificial person . . . must depend on the law from which it derives its existence.«³⁷ Cheshire siger tilsvarende:

34. Jfr. Wolff s.302 f.

35. Rabel II s.7.

36. Westlake s.367. Jfr. også Goodrich s.96.

37. Ordene created, incorporated og derives its existence bruges som synonymmer i teori og praksis, jfr. Rabel II s.31.

»If it is a corporation it can be so only by virtue of the law by which it was incorporated.«³⁸

Det bør iøvrigt bemærkes, at incorporation-teorien først og fremmest stammer fra USA. I England er den først trængt afgørende igennem i teorien i 1930'erne. Før den tid var opfattelsen vaklende, retspraksis var meget sparsom,³⁹ og i teorien syntes man nærmest at være gået ind for en hovedsædeteori.⁴⁰

Enkelte kontinentale forfattere har direkte overtaget incorporation-teorien fra anglo-amerikansk ret, og hos dem viser teoriens udgangspunkt sig klart. Det gælder således Nussbaum, der udtaler: »Die juristische Person . . . besteht nur dadurch, dass ihr durch die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit verliehen ist . . . Auf grund dieser Verleihung ist nun die juristische Person . . . notwendig mit einer konkreten Rechtsordnung verbunden, aus der sie ihre Rechtsfähigkeit ableitet. Dieser Zusammenhang schafft eine zwingende räumliche Anknüpfung für jede juristische Person, und diese Anknüpfung, die das rechtliche Dasein der juristischen Person bestimmt, muss auch für die Betätigung der rechtlichen Existenz, vor allem für die Art der Willensbildung und der Vertretung der juristischen Person, massgebend sein. Das Recht der Verleihungsstaates wird damit zum »Personalstatut« der juristischen Person.«⁴¹

Denne såkaldte Verleihungs-teori har siden vundet en vis udbredelse på kontinentet,⁴² særlig i Tyskland og Schweiz. I Schweiz har særlig Niederer sluttet sig til den.⁴³ For hans vedkommende er imidlertid foruden Verleihungsargumentet et andet synspunkt af væsentlig betydning.

38. Cheshire s.194, jfr. også Gower s.568.

39. Jfr. Dicey s.482, smlgn. for fransk rets vedkommende Niboyet V s.560.

40. Jfr. således E. Hilton Young, *Foreign companies and other corporations*, Cambridge 1912, s.136, Williams og Crussachi i *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé*, Bd.II 3, Paris 1935, s.645, Westlake s.369 f. I dommen *Attorney General v. Jewish Colonization Association* (1900) 2 QB 556 og (1901) 1 QB 123 argumenterede Dicey som sagfører for hovedsædeteorien, men i et fiskalt spørgsmål. Argumentationen og dommens præmisser havde dog videre sigte.

41. Nussbaum s.185.

42. Jfr. de hos Niederer s.116 note 18 citerede forfattere. Blandt disse er Frankenstein, hvis synspunkter I s.459 ikke er præget af begrebsjurisprudens i nær samme grad som citatet fra Nussbaum.

43. Niederer s.124 f. Jfr. Schnitzer s.299.

Stiftelsen af selskabet må ske på grundlag af en eller anden lov. Ved stiftelsen kendes selskabets fremtidige hovedsæde ikke, men kun det vedtægtsmæssige sæde og stedet, hvor incorporationen finder sted. Da selskabet imidlertid allerede ved stiftelsen må være underkastet en lov, som bliver bestemmende for stiftelsen, må denne lov nødvendigvis enten bero på incorporationen eller på det vedtægtsmæssige sæde, hvilket for det meste – i hvert fald efter schweitzisk ligesom efter dansk lov – fører til samme resultat. Teorien om det reelle hovedsæde, som er den eneste anden teori, der kan tænkes lagt til grund, er derfor logisk uanvendelig. Niederers argumentation er endnu et eksempel på eksklusionsmetoden. Han anfører dog også nogle reale grunde for antagelsen af incorporation-teorien.

I den refererede form er incorporation-teorien dels uden værdi, dels stemmer den ikke med de moderne synspunkter på begrebet retsevne eller juridisk personlighed, som ovf. er accepteret som grundlag for denne afhandling.

Teorien er uden værdi fordi den – i lighed med den international privatretlige lære om erhvervede rettigheder⁴⁴ med hvilken den synes nært beslægtet – forudsætter det problem løst, som den skal løse. Dens opgave er at angive, hvilket tilknytningsmoment der skal finde anvendelse i selskabsretlige forhold. Denne opgave løser den ved at henvise til den lov, i henhold til hvilken selskabet har erhvervet retsevne. Hvis denne henvisning skal have nogen som helst betydning, forudsætter den imidlertid, at det er på det rene, hvilken lov der har tildelt selskabet retsevne. På den tid, da selskabsstiftelsen skete ved koncession eller oktroj, har dette været tilfældet. Det er det imidlertid aldeles ikke i dag, idet hovedparten af teorien, såvel den anglo-amerikanske som den kontinental-europæiske, netop formulerer den internationale selskabsrets hovedproblem som spørgsmålet om i henhold til hvilken lov selskabet erhverver retsevne,⁴⁵ eller i hvert fald lader dette spørgsmåls besvarelse afhænge af hvilken lov der i øvrigt finder anvendelse på selskabet. På dette spørgsmål foreligger der omtrent lige så mange svar som der er forfattere, der har beskæftiget sig med spørgsmålet. Konsekvensen af det anførte er, at incorporation- eller Verleihungs-teorien ved at henvise

44. Denne lære er mest indgående kritiseret af Arminjon i *Académie de droit international*, *Recueil des Cours* 44 1933 II.

45. Således klart Lewald s.46, jfr. Niboyet V s.560.

til den lov, som har tildelt selskabet retssevne, blot sætter et andet problem i stedet for det, den skulle løse, nemlig det problem hvilket lands lov der har tildelt selskabet retssevne. Når dette ikke tidligere er fremhævet, skyldes det sikkert, at problemet om selskabets tilhør på forhånd kan synes afgjort i de mange tilfælde, hvor lovlig stiftelse og erhvervelse af retssevne forudsætter en lov, registrering eller anden offentlig handling. Påfaldende er det, at Nussbaum, som er blandt dem, der – ud fra lignende synspunkter som de her anførte – kritiserer teorien om erhvervede rettigheder,⁴⁶ selv slutter sig til Verleihungs-teorien.

Denne kritik af incorporation-teorien har som udgangspunkt taget teoriens egen terminologi. Som nævnt stemmer teorien imidlertid ikke med moderne synspunkter på begrebet retssevne. Retssevne hos selskaber er som ovf. i kap.4 nævnt blot et udtryk, som skal betegne, at en række bestemte retsregler arbejder med selskaber som retssubjekter. Når retssevne er identisk med indholdet af de retsregler, der i et land gælder om selskaber, bliver det endnu klarere end før, at sætningen, at det lands lov, som har tildelt et selskab retssevne, finder anvendelse på det, er intetsigende. Resultatet er, at den blot udtaler, at det lands lov, som finder anvendelse på selskabet, finder anvendelse på selskabet.

Uanset den kritik, som kan rettes imod begrundelsen for incorporation-teorien, må teoriens praktiske værdi, uden hvilken den uanset begrundelse næppe havde været opretholdt, ikke undervurderes. Reelt er den identisk med en teori om den ved stiftelsen faktisk anvendte lov som afgørende ved lovvalget i den internationale privatret. På kontinentet overlevede ældre tids opfattelse netop, som vi straks skal se, hos Pillet i form af en sådan stiftelsesteori. Enkelte europæiske forfattere opfatter udtrykkelig den anglo-amerikanske incorporation-teori som en stiftelsesteori, Gründungstheorie.⁴⁷ Niederer definerer ligefrem incorporation-teorien således: »Nach ihr ist die juristische Person dem Recht zu unterstellen . . . dessen konstitutiven Gründungsvorschriften tatsächlich nachgelebt wurde.«⁴⁸

Først i nyere tid har incorporation-teorien fået en real begrundelse i stedet for den konstruktive. Det er dels tilfældet i USA under indflydelse af moderne metode, dels i Europa uden for England, hvor en sådan

46. Nussbaum s.78 ff.

47. Serick s.130, Documents s.111, s.114, s.115.

48. Niederer s.114.

begrundelse er blevet givet for at opgive hovedsædeteorien til fordel for incorporation-teorien. I en afhandling fra 1958 siger Reese om forholdet til ældre incorporation-teori: »Explanation for the rule would once have been found in the theoretical notion that a state should be able to control the activities of its creation, and that a corporation should, therefore, be governed at all times by the law of the state which had granted it legal existence. Justification for the rule to-day must be sought in more pragmatic considerations.«⁴⁹ Han redegør derefter for de overvejelser af praktisk art, der må føre til anvendelsen af the law of incorporation.

En kort real begrundelse er også givet af Niederer på International Law Associations Lucern møde.⁵⁰ En sådan begrundelse ligger, som det skal omtales ndf., også bag den hollandske antagelse for nylig af incorporation-princippet. Endelig er den skandinaviske registreringsteori en helt selvstændig anvendelse af incorporation-teorien, baseret på praktiske overvejelser. Også denne teori skal omtales nærmere ndf.

Uanset kritikken af ældre teoris begrundelse bør det bemærkes, at en række europæiske forfatters antagelse af Verleihungs-teorien i trediveerne utvivlsomt har spillet en væsentlig rolle ved at bryde en omtrent enig front af tilhængere af hovedsædeteorien og derved åbne vejen for muligheden for et kompromis mellem anglo-amerikansk og europæisk opfattelse, således som det første gang manifesteredes på Haagerkonferencen i 1951, der senere skal omtales.

Incorporation-teorien er foruden i England og USA antaget i Australien⁵¹ samt i flertallet af andre angelsaksiske lande,⁵² men i USA, Canada og Australien, som alle er forbundsstater, og vistnok også andetsteds kompliceres problemerne på grund af forfatningsretlige forhold. Udenfor den angelsaksiske verden er incorporation-teorien vistnok kun udtrykkelig antaget i Sovjetunionen⁵³ og i Holland.

49. Reese s.1126, jfr. Rabel II s.32. Goodrich s.96 fastslår anvendelsen af incorporation som kriterium uden nærmere begrundelse.

50. ILA 1952 s.76 f. Jfr. Ernst Wolff i ILA 1954 s.378 f.

51. Cowen s.36.

52. Således den engelske koloni Bahama øerne, der har en meget liberal selskabs- og skattelovgivning, og hvor derfor mange selskaber formelt er registreret, jfr. The national geographic Magazine 1958 s.169 med et illustrativt fotografi og Comité français s.80.

53. Jfr. Pisar i 70 Harvard Law Review 1957 s.641 f.

III. Forinden jeg går over til at behandle de teorier, som i større eller mindre grad er baseret på siège social som tilknytningsmoment, skal den teori, som lægger vægt på stiftelseslandets lov, nævnes.⁵⁴ Rabel har gjort gældende, at der i realiteten ikke er så stor forskel imellem kriterierne incorporation og siège social.⁵⁵ Pillets teori, der lægger stiftelsen til grund som tilknytningsmoment, betegner netop overgangen og fællesskabet mellem den anglo-amerikanske og den kontinental-europæiske lære.

Det er allerede nævnt, at Pillet som udgangspunkt tager kontraktselementet. Hvis stiftelseskontrakten angiver, hvilken lov selskabet skal være underkastet, er den således angivne lov den kompetente lov.⁵⁶ Der er dog her kun tale om en skyldig reverens for partsautonomien. I realiteten arbejder Pillet med et primært selskabsstatut. Stiftelsesstedets lov får to opgaver: Dels at udfylde kontrakten, når denne intet angiver om den anvendelige lov,⁵⁷ dels at begrænse kontraktsfriheden til de områder med hensyn til hvilke stiftelsesstedets lov ikke indeholder præceptive regler.⁵⁸ Der er altså som tidligere nævnt kun tale om en materielretlig partshenvisning, ikke om frit lovvalg.

Ved stiftelsesstedets lov forstår Pillet det lands lov, i henhold til hvilken selskabet er stiftet, som altså er blevet fulgt ved stiftelsen: »le pays où la société s'est constituée et à la législation duquel elle a conformé ses statuts.«⁵⁹ Der er ikke tale om anvendelse af *lex loci actus*,⁶⁰ loven på det sted hvor stiftelseshandlingen rent faktisk er foregået,⁶¹ men om den lov, som faktisk er lagt til grund ved stiftelsen og som der er taget hensyn til ved udformningen af de nødvendige dokumenter og ved skabelsen af selskabets organisation. Gennem denne forståelse får Pillets kriterium meget stor lighed med egentlig partsautonomi og med den nyere incorporation-teori. I afhandlingen om *Personnes morales* er Pillets begrundelse endnu først og fremmest real: Stiftelseslandets lov er den lov, der er

54. Jfr. Loussouarn s.50 ff.

55. Rabel II s.38, jfr. Raape s.191 note 22.

56. Pillet s.111.

57. Pillet s.111.

58. Pillet s.112, Pillet *Traité* II s.793.

59. Pillet *Traité* II s.801.

60. Jfr. Federspiel s.365. Om *locus regit actum* jfr. Loussouarn s.52 ff.

61. Pillet s.133, Pillet *Traité* II s.800.

fælles for de interesserede parter, og som ud fra almindelige fortolkningsregler må udfylde deres aftale.⁶² I *Traité* lægger Pillet hovedsagelig vægten på, at det er naturligt, at selskabet afleder sin karakter af juridisk person af denne lov.⁶³ Forbindelsen er knyttet til den ældre lære⁶⁴ og til anglo-amerikansk teori.

Pillet arbejder som almindeligt princip i den internationale privatret med en sontring imellem stiftelse af rettigheder og virkning af erhvervede rettigheder. Mens stiftelsen af et selskab helt beror på stiftelseslandets lov, tager han med hensyn til virkningerne af stiftelsen forbehold for ordre public i det land, hvor stiftelsen får virkninger.⁶⁵ Den eneste betydning, dette forbehold kan få med hensyn til selskaber, siger han, er hensynet til tredjemands sikkerhed.⁶⁶ Andre lande må kunne forlange, at selskabet foretager foranstaltninger til beskyttelse af tredjemand mod fejltagelser med hensyn til de personers fuldmagt som optræder på selskabets vegne. Bortset herfra skal stiftelseslandets lov gælde. Under den er rettighederne erhvervet, og de må anerkendes i andre lande.

Pillet knytter også forbindelsen til *siège social* teorierne. I *Personnes morales* fastslår han ligefrem, at *siège social* findes på det sted, hvor, d.v.s. i henhold til hvis lov, selskabet er stiftet.⁶⁷ I *Traité* er han mere forsigtig. Der udtaler han, at *siège social* principielt kan ligge i et andet land end stiftelseslandet, men understreger straks efter, at stiftelseslandet afgør, hvilke krav det stiller til en gyldig stiftelse, altså underforstået også om *siège social* skal ligge i stiftelseslandet.⁶⁸ Hermed har Pillet banet vejen for de moderne blandede teorier, som senere skal omtales.

Lignende synspunkter, som de af Pillet fremsatte, findes hos Frankenstein⁶⁹ og ganske kort hos von Bar.⁷⁰ Disse forfattere, der på positivretligt grundlag mener at kunne nå til tilsvarende resultater, som dem der

62. Pillet s.111 f.

63. Pillet *Traité* II s.800, jfr. Pillet s.134 og Pillet-Niboyet s.303.

64. Jfr. Pillet s.151.

65. Pillet s.113, smlgn. Pillet *Traité* II s.821.

66. Jfr. v. Bar I s.316.

67. Pillet s.133.

68. Pillet *Traité* II s.801, jfr. Niboyet II s.560.

69. Frankenstein I s.459 f.

70. V. Bar I s.315 f, men cfr. s.162 f. Også i Sovjetunionen går man vistnok ind for stiftelseslandets lov, jfr. Ramzaitsev i *Revue critique de droit international privé*

gælder i engelsk og amerikansk ret, må fra et teoretisk synspunkt tillægges større betydning end tilhængerne af Verleihungs-teorien, om end disse sidste har større mulighed for at opnå tilslutning på kontinentet.⁷¹

IV. Over for de angelsaksiske landes incorporation-kriterium står som den anden store gruppe de kontinental-europæiske landes kriterium, selskabets hovedsæde, som vistnok også lægges til grund i nogle sydamerikanske lande.

Nogle få forfattere slutter sig til en ren hovedsædeteori. Det gælder for det første nogle ældre forfattere som Valery og Surville, der begge giver en real begrundelse for deres tilslutning. For Valery er partsautonomien af betydning i selskabsretten og valget af hovedsæde (siège administratif)⁷² bliver for ham udtryk for parternes vilje til at underkaste selskabet det steds lov, hvor hovedsædet etableres.⁷³ Der er altså tale om et primært kontraktsstatut, som han præsumerer tager hensyn til parternes ønske. Hos Valery kommer imidlertid også det præceptivitets-synspunkt til orde, som for Surville er grundlæggende for hans tilslutning til teorien om hovedsædet som kriterium. Valery fastslår nemlig, at hovedsædet må være fixé d'une manière sérieuse, da der ellers foreligger fraude à la loi.⁷⁴ Til denne lære skal jeg komme tilbage.

Surville benægter muligheden af, at stifterne kan have indflydelse på lovvalget.⁷⁵ Det ville blive for let at undgå at opfylde den franske lovs krav. Det må være det virkelige hovedsæde, der ud fra et rent præceptivitetssynspunkt er afgørende for den anvendelige lov.⁷⁶ Surville opstiller ligesom Valery en meget vidtgående lære om fraude à la loi.

De to forfatters teorier illustrerer det umulige i at give en systematisk

1958 s.462 ff, jfr. Pizar i 70 Harvard Law Review 1957 s.641, der dog taler om law of incorporation.

71. Også Code Bustamente, Havannakonventionen, synes i hovedsagen baseret på Pillets kriterium, jfr. teksten aftrykt hos Niederer s.166 f. Det er i øvrigt vanskeligt at få dens regler til at passe sammen, jfr. Rabel II s.33: »A set of rules inexplicable to all commentators.«

72. Valery s.1257.

73. Valery s.446, jfr. Battifol s.213.

74. Valery s.446 og s.1259.

75. Surville s.720.

76. Surville s.722. En tilsvarende opfattelse repræsenterer v. Bar s.162 f, smlgn. dog s.315 f.

fremstilling af kriterierne med udgangspunkt i begrundelserne. De kommer begge frem til samme kriterium, men ud fra henholdsvis et kontrakts- og et præceptivitetssynspunkt.

For det andet slutter en del moderne forfattere sig til hovedsædeteorien, idet de dog som hovedregel henviser til domspraksis som begrundelse og i hvert fald betragter yderligere begrundelser de lege ferenda som subsidiære. Det gælder fx. Battifol,⁷⁷ Raape,⁷⁸ Lewald,⁷⁹ og Wolff.⁸⁰ Til dels gælder det samme for Loussouarns vedkommende.⁸¹ Det må dog bemærkes, at Loussouarn⁸² som udgangspunkt for sine undersøgelser udtaler, at formålet med disse er at finde frem til et tilknytningsmoment, som fører til anvendelsen af loven i det land, som må siges at være le centre effectif de la vie sociale, samtidig med at den sikrer en kontinuitet i selskabets retlige stilling, og uden at kollisionsnormen kan give anledning til svingagtig omgåelse af den lov, som umiddelbart forekommer at burde anvendes. Loussouarns valg af hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment⁸³ må således indebære, at dette tilknytningsmoment antages at opfylde disse hensyn.

I nordisk teori har Reuterskiöld,⁸⁴ Gjelsvik,⁸⁵ Federspiel,⁸⁶ Torp,⁸⁷ og tidligere Borum⁸⁸ sluttet sig til en ren hovedsædeteori.⁸⁹

Selvom mange forfattere slutter sig til teorier, der ikke udelukkende lægger vægt på hovedsædet, men kombinerer dette kriterium med andre, og selvom hovedsædets beliggenhed i et land af visse forfattere, deriblandt som nævnt af Pillet og vel nok også af de moderne nordiske forfat-

77. Battifol s.212 f.

78. Raape s.189 f.

79. Lewald s.46.

80. Wolff Deutschland s.115.

81. Loussouarn s.122 ff.

82. Loussouarn s.33 f.

83. Loussouarn s.122 ff.

84. Reuterskiöld s.83, jfr. også O. Hj. Granfelt, Valda juridiska uppsatser, Helsingfors 1944, s.29.

85. Gjelsvik s.149 f, jfr. Augdahl s.56, idet denne dog s.58 modificerer sit standpunkt så stærkt henimod det vedtægtsmæssige sæde, at det er tvivlsomt, til hvilken teori han bør henregnes. Jfr. også Michael Hansson i T.f.R. 1932 s.296.

86. Federspiel s.364 f.

87. Torp s.288.

88. Lovkonflikter 3.udg. s.109.

89. Jfr. også Lando s.39 og Krenchel s.44 f.

tere, slet ikke betragtes som international privatretlig kriterium, men som en i den nationale lovgivning indeholdt betingelse for gyldigheden af en selskabsdannelse i henhold til denne lovgivning, er begrebet dog i begge disse henseender af væsentlig betydning. Begrebet selskabers hovedsæde skal derfor omtales i det følgende, dels med henblik på de rene hovedsædeteorier, dels med henblik på de øvrige teorier, som skal omtales ndf.

a. I tidlig fransk domspraksis, d.v.s. indtil ca. 1890, synes domstolene at have vaklet mellem det, der idag forstås ved hovedsædet, nemlig centre administratif, og centre d'exploitation, d.v.s. det sted hvor selskabets virksomhed rent faktisk blev udført.⁹⁰ Det sidstnævnte kriterium har tilsyneladende haft overvægten. Mens le principal établissement, le centre effectif de son exploitation et de ses affaires, opgives som kriterium i fransk domspraksis til fordel for siége administratif i 1800-tallets slutning og siden kun forsvares af ganske få forfattere, får det derimod betydning som kriterium for det skatteretlige begreb residence i engelsk ret og for visse af teorierne om selskabers stilling i krig. Endnu Weiss går dog ud fra et præceptivitets synspunkt ind for, at selskaber også i international privatretlig henseende hører til der, hvor de driver virksomhed. Hvis et selskab således bygger jernbaner i Rusland, er det russisk, uanset om det ledes fra Frankrig og ejes af franskmænd. Kun hvis selskabets stiftelse beror på en offentlig autorisation, vil han lade denne være afgørende.⁹¹ Og Arminjon går, som vi skal se, ind for virksomhedsstedet som alternativ løsning. Interessant er det at se, at Despagnet, som gik ind for virksomhedsstedets lov, begrundede sin afvisning af hovedsædet som kriterium med, at dette kriterium for tilknytningen gjorde det for let at undgå præceptive regler i det lands lov, hvor virksomheden udøvedes, ved en arbitrær anbringelse af hovedsædet, nøjagtigt det samme argument som hovedsædeteoriens tilhængere nu bruger overfor incorporation-teorien.⁹² De fleste forfattere erkender virksomhedsstedets store betydning, men ser alligevel så store ulemper ved at anvende det som kriterium i den internationale privatret, at de forkaster det som sådant.

Kritikken af teorien om virksomhedsstedet går som oftest ud på, at det er umuligt at fastslå et enkelt sted, hvor selskabet driver virksomhed,

90. Jfr. herom Loussouarn s.123 ff.

91. Weiss s.334 f og s.336.

92. Despagnet, Précis de droit international privé, Paris 2.udg. 1891, s.83.

og endog hvor dets hovedvirksomhed er.⁹³ Som eksempler nævnes entreprenørselskaber, der bygger overalt i verden, og det europæiske sovevognsselskab hvis sovevogne kører i alle europæiske lande. Bortset fra Arminjons særlige udformning af teorien er denne lære i dag uden tilhængere i doktrinen. Derimod har lovgivningen i Ægypten og for nylig også i Irak, der som hovedregel lægger vægt på det administrative hovedsæde, lagt stedet for udøvelsen af hovedvirksomheden til grund, når denne udøves i det pågældende land selv.⁹⁴

Virksomhedsstedet er imidlertid derfor ikke fuldstændig uden praktisk interesse i doktrinen angående selskabers retsstilling. I mange lande har det betydning for domstolenes internationale kompetence. Når det kriterium, der lægges til grund ved afgørelsen af, hvilket lands selskabsret der skal finde anvendelse på et selskab, ikke beror på, i hvilket land selskabets virksomhed udøves, men fx. på hvor formaliteterne ved stiftelsen er opfyldt, er det klart, at det er nødvendigt at opstille et særligt kriterium for domstolenes internationale kompetence. Hvis samme kriterium skulle gælde med hensyn til kompetencen, som er afgørende i den internationale selskabsret, ville selskaberne for let kunne unddrage sig retsforfølgning fra personer, der søger virksomhedslandets domstoles beskyttelse, og med rette kan forvente, at de vil få den.⁹⁵

Dette har man omend uden at sige det udtrykkeligt erkendt i England og i USA. I England har man, igen i analogi fra fysiske personer,⁹⁶ opstillet et kriterium, *presence*, som forstås således, at fremmede selskaber – altså selskaber der ikke er incorporated i England – kan sagsøges der, hvis de driver forretning der (*doing business*).⁹⁷ Afgørende er, om kontrakter virkelig kan siges at blive afsluttet i England. Der er tale om et supplement til det almindelige kriterium, idet incorporation i England

93. Jfr. Loussouarn s.125, Pillet *Traité* II s.785 f og mange andre.

94. Ægyptisk Code Civil 1948 art.11 stk.2 i Makarov, *Quellen des internationalen Privatrecht* 1953 I, Irakisk Code Civil 1951 art.49 i *Revue critique de droit international privé* 1959 s.184.

95. Netop som følge af denne begrundelse har man i amerikansk ret ofte begrænset kompetencen over selskaber, der udøver virksomhed i en stat, til spørgsmål, der ikke angår selskabernes interne forhold, jfr. notits i 58 *Columbia Law Review* (1958) s.234. Jfr. i øvrigt om amerikansk ret Henderson, *The position of foreign corporations in American constitutional law*, Cambridge Mass., 1918, s.77 ff.

96. Jfr. Cheshire s.192.

97. Jfr. nærmere Cheshire s.193, Farnsworth s.148 ff.

altid begrundet kompetence der. Lignende synspunkter synes at være accepteret i USA,⁹⁸ hvor dog også andre kriterier spiller en rolle.⁹⁹ Også i skatteretlig henseende er virksomhedsstedet i mange lande af betydning.

I de fleste lande findes der endvidere særlige regler for fremmede selskaber, der ønsker at drive virksomhed der igennem filialer. Det er fremmedretlige regler, der forudsætter en definition af, hvad der forstås ved fremmede selskaber. Kriteriet vil oftest svare til det, der anvendes i den internationale selskabsret. Sådanne regler af hvilke der findes nogle danske, som skal omtales ndf. i kap.8, lægger vægt på stedet for virksomhedens udøvelse, men i lighed med de ovf. omtalte regler om domstolens internationale kompetence lægges vægten på udøvelsen af en hvilken som helst virksomhed, mens det international privatretlige kriterium kun tager hensyn til selskabets hovedvirksomhed og vælger den kompetente lov efter hovedvirksomhedens beliggenhed.

b. Teorien om virksomhedsstedet afløstes i fransk domspraksis i slutningen af 1800-tallet – måske fordi interessen for de internationale privatretlige problemer på dette tidspunkt tog overhånd over interessen for de fremmedretlige – af læren om selskabets administrative hovedsæde, centre administratif eller siège social, som tilknytningsmoment, og denne teori er også accepteret i tysk domspraksis.¹⁰⁰ Hovedsædet bestemmes nu som det sted, hvorfra selskabet ledes, hvor man træffer de dispositioner, som afgør, hvad der skal foregå de steder, hvor selskabet driver virksomhed, hvor, som det er sagt, selskabets hjerne er. Og i denne bestemmelse af hovedsædet ser man samtidig begrundelsen for, at hovedsædets beliggenhed må være afgørende for den anvendelige lov. Loussouarn udtrykker det bl.a. således: »Les techniciens ne font qu'exécuter les ordres qui leur sont donnés par la direction de l'entreprise et se trouvent dans cette mesure dans un état de subordination. Dans ces conditions l'impulsion donnée à l'entreprise a son point de départ non au centre d'exploitation, mais au lieu où se réunit l'élément directorial qui détient

98. Jfr. Goodrich s.211 ff, Restatement § 92, Farnsworth s.179 ff.

99. Jfr. Goodrich s.209 ff.

100. Jfr. Loussouarn s.126 ff om fransk praksis, Lewald s.46 ff om tysk praksis, jfr. senere dom i *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* 159 (1939) s.33. Pillat *Traité* II s.789 ff gør dog opmærksom på, at domspraksis ikke har sluttet sig til hovedsædekriteriet i så klare vendinger, som teorien gerne vil give det

les léviers de commande, c'est à dire au siège social.»¹⁰¹ Vægten lægges på det sted, hvorfra ordrene og direktiverne for selskabets virksomhed kommer, le »siège administratif, où résident les organes directeurs, où se réunit le conseil d'administration, où se centralisent les services, le lieu d'où partent les ordres et où viennent se concentrer les résultats«,¹⁰² altså der hvor bestyrelse og generalforsamling befinder sig.

Nogle forfattere har imidlertid rejst spørgsmålet, hvorledes man skal bestemme siège social, hvis ledelsens forskellige organer findes i forskellige lande, fx. generalforsamlingen afholdes i et land, bestyrelsen mødes i et andet og direktionen måske endog sidder i et tredje land. Spørgsmålet var fremme i den danske dom vedrørende A/S Det danske Gas-kompagni,¹⁰³ en dom som kun afgjorde et skatteretligt spørgsmål, men som udmærket illustrerer problemet.

Selskabet var optaget i det danske handelsregister og drev hovedsagelig virksomhed i Danmark. I vedtægterne angaves selskabets nationalitet som dansk og dets hjemsted og hovedkontor som beliggende på Frederiksberg. Hoveddirektøren skulle være bosat i Danmark og generalforsamlingen skulle, hvis andet ikke bestemtes, afholdes i Danmark. I England havde selskabet fulgt de for udenlandske selskaber gældende regler.

Rent faktisk sad bestyrelsen imidlertid i England, hvor generalforsamlinger og bestyrelsesmøder afholdtes. Dommen kom til det resultat, at direktionen i Danmark kun kunne betragtes som fuldmægtig for bestyrelsen, som havde den fulde og almindelige ledelse i sin hånd. Selskabet måtte derfor i skatteretlig henseende betragtes som hjemmehørende i udlandet.

Dommen foretog en konkret undersøgelse af selskabets forhold uden hensyntagen til vedtægternes indhold, og den kom derved til det resultat, at selskabets hovedsæde rent faktisk var i England. Dette stemmer med den opfattelse, som nogle franske forfattere har fremsat med hensyn til, hvorledes man skal forholde sig, når der kan være tvivl om, hvor hovedsædet er. Arminjon udtaler, at det i sådanne tilfælde er et rent faktisk

udseende af. Dommene henviser for det meste foruden til hovedsædets beliggenhed også til en række andre omstændigheder.

101. Loussouarn s.125.

102. Pillet s.132.

103. U.f.R. 1917 s.143 og 1918 s.39 H, der blot stadfæster i henhold til grundene.

problem for dommerne at afgøre, hvor hovedsædet er,¹⁰⁴ og opstiller en række momenter, som tilsammen kan være afgørende herfor. Lignende synspunkter giver Lérébours-Pigeonnière udtryk for, idet han henviser til kassationsretspraksis.¹⁰⁵ Pillet mener derimod, at vægten bør lægges på, hvor generalforsamlingen holdes.¹⁰⁶

Synspunktet, som kommer frem i den danske dom, er af værdi i andre henseender end rent international privatretligt, og det kan også i den internationale privatret have en vis vejledende betydning. Mens der principielt ikke er noget i vejen for at lade lovvalget afhænge af selskabets hovedsædes beliggenhed i de tilfælde, hvor der ikke er nogen tvivl om denne, kan det imidlertid i nogle tilfælde volde vanskeligheder at lade lovvalget afhænge af hovedsædets beliggenhed, når denne beliggenhed ikke umiddelbart kan fastslås. Det spørgsmål, der foreligger til afgørelse, kan fx. være forholdet mellem de ledende organers, således bestyrelsens og direktionens kompetence. Man kan da tænke sig, at bestyrelsen i henhold til loven i det land, hvor den befinder sig, blot har en tilsynsmyndighed og fx. kan indbringe sager om direktionens handlemåde for generalforsamlingen, mens magten i selskabet ligger hos direktionen; i henhold til loven i det land, hvor direktionen befinder sig, er denne derimod underordnet bestyrelsen. Hvis man da kommer til det resultat, at bestyrelsen rent faktisk har haft magten, skulle konsekvensen være, at hovedsædet er i det land, hvor bestyrelsen befinder sig, og dette lands lov skulle finde anvendelse med den virkning, at direktionen ville få medhold i, at den skulle lede selskabet. I det øjeblik sagen var afgjort således, ville hovedsædet imidlertid være flyttet til det land, hvor direktionen befinder sig, med den virkning, at bestyrelsen ville få magten i selskabet og så fremdeles.

Denne kritik skal ikke holdes hovedsædeteorien til skade, da problemet, som Arminjon indrømmer, næppe er meget praktisk. Spørgsmålet om, hvorledes det afgøres, hvor hovedsædet er beliggende, er næppe andet end en udløber af den almindelige diskussion om forholdet imellem det reelle eller effektive hovedsæde og det fiktive eller vedtægtsmæssige

104. Arminjon s.80. Dette synspunkt har formentlig forbindelse med reglerne om, hvorledes det afgøres, hvem der i relation til fremmedretlig og fjendelovgivning har kontrollen med et selskab, jfr. Pillet *Traité* II s.798.

105. Lérébours-Pigeonnière s.194.

106. Pillet *Traité* II s.792 f.

hovedsæde, en diskussion som især i fransk ret er ført i tilslutning til læren om fraude à la loi.¹⁰⁷

Hvis et selskabs vedtægter bestemmer, hvor hovedsædet skal være, har enkelte forfattere ladet dette være afgørende.¹⁰⁸ De fleste gør imidlertid gældende, at hvis det vedtægtsmæssige sæde ikke svarer til virkeligheden, som forholdet fx. er i mange tilfælde af »bekvemme« indregistreringer, må det reelle hovedsæde være afgørende, og dette stemmer med retspraksis i mange lande. Der må foretages en undersøgelse af, om selskabet blot, som det er blevet sagt, har en papæske med sine papirer på det vedtægtsmæssige hovedsæde, mens ledelsen i realiteten ligger andetsteds, altså en undersøgelse af hvor hovedsædet rent faktisk er beliggende. Viser det sig, at hovedsædet ligger et andet sted end det, som er angivet som hovedsæde i vedtægterne, har man med benyttelse af læren om fraude à la loi gjort gældende, at loven på det reelle hovedsæde og ikke på det fiktive skulle finde anvendelse på selskabet, oftest med den virkning at selskabet erklæres for en nullitet, fordi det reelle hovedsædes lov, normalt lig med lex fori, ikke er overholdt ved selskabets stiftelse.

Som et eksempel på anvendelsen af denne lære kan nævnes den franske dom om Moulin Rouge.¹⁰⁹ Der stiftedes i England i engelske former et selskab, The Moulin Rouge Attractions Ltd. Selskabet havde rent formelt et kontor i London. Bestyrelsen, der mødtes i Paris, bestod af personer, der var bosat i Paris eller i hvert fald var franske statsborgere. Regnskaber og kontor fandtes i Paris og alt foregik i det franske sprog, ligesom kapitalen var fransk og hele stiftelsen var foregået i Frankrig, således at man først i sidste øjeblik havde henvendt sig til en engelsk sagfører for at få de fornødne dokumenter oprettet. Stifterne dømtes for ikke at have fulgt fransk rets regler ved stiftelsen.

Dommen opfattes almindeligvis som et udslag af læren om fraude à la loi.¹¹⁰ Denne læres betydning er i teorien blevet væsentlig indskrænket

107. Læren kendes også i Tyskland, jfr. Nussbaum s.72 ff, men har dér kun vundet ringe udbredelse.

108. Jfr. fx. Walker s.128, Kollwijn s.16, Institut de droit international 1929, aftrykt hos Niederer s.180. Til dels Niederer Einführung s.171 f, jfr. Niederer s.114. Niederer gør ligesom flere andre opmærksom på, at denne lære i realiteten er identisk med incorporation-teorien, jfr. Karlgren s.82, Nial Studier s.133, Lewald s.46 Nussbaum s.188 f, Mann s.283.

109. Dalloz 1913 2.165.

110. Jfr. Pillet s.143 note 4, cfr. Raape s.192.

især gennem Niboyets indsats, men også i den udformning, som den derigennem har fået, er den efter min opfattelse uacceptabel.

Hvis man ved et selskabs hovedsæde forstår det sted, hvorfra selskabet rent faktisk ledes, dets reelle hovedsæde, kan tilfældene af fiktivt hovedsæde som fx. Moulin Rouge-dommen ikke volde vanskelighed. Man må blot i disse tilfælde konstatere, at det sted som selskabet angiver som sit hovedsæde ikke er dets hovedsæde og derefter anvende den lov, der gælder på det virkelige hovedsæde. Dette er da også fastslået fx. af Niboyet,¹¹¹ og Loussouarn.¹¹² Hermed er en væsentlig del af de tilfælde, som af forfatterne¹¹³ nævnes som eksempler på læren om fraude à la loi, bortelimineret. Der er i realiteten blot tale om en strid mellem tilhængerne af det reelle hovedsæde og det vedtægtsmæssige hovedsæde som tilknytningsmoment.¹¹⁴

Tilbage står de tilfælde, som omfattes af den egentlige lære om fraude à la loi. Som denne lære fremstilles af Niboyet,¹¹⁵ opstilles der tre betingelser for, at der skal foreligge fraude à la loi: Der skal være foretaget en handling, der medfører, at et andet lands lov end den, der ellers ville være anvendelig, bliver kompetent. Denne handling skal være foretaget med den hensigt at opnå et resultat, som ikke lovligt kunne opnås under den ellers kompetente lov. Den foretagne handling skal i sig selv være lovlig.

Som eksempel nævnes ofte skilsmisssituationen. Før 1884 var skilsmisse ikke tilladt i Frankrig, men skilsmisse opnået af udlændinge anerkendtes. Hvis en franskmænd, som med hensyn til sine personlige forhold ifølge nationalitetsprincippet var underkastet fransk ret, lod sig naturalisere i udlandet, blev han derved ifølge fransk international privatret underkastet sin nye nationale lov, og hvis også hans nye land anvendte

111. Niboyet III s.646 og V s.589.

112. Loussouarn s.134. Jfr. også Arminjon s.101 og Maury i Comité français s.79 og smlgn. Wolff s.142 f.

113. Jfr. således Nussbaum s.73, Valery s.1259, Motiverne til Benelux-konventionen 1952 s.166.

114. Således ser man da også som hovedregel på problemet i tysk teori, jfr. Lewald s.47, Raape s.190 og s.192. Jfr. også Rabel II s.44 f.

115. Niboyet III s.630 ff, særlig s.640 ff. Fremstillingen synes repræsentativ, smlgn. fx. Battifol s.389 ff. Federspiel giver s.342 ff en fremstilling og kritik af lærens anvendelse på personalstatutets område, til hvilken jeg i det hele kan slutte mig, jfr. samme forfatter i NTIR 1930 s.102.

nationalitetsprincippet, ville han kunne lade sig skille der med virkning i Frankrig. Hvis formålet med det i og for sig lovlige nationalitetsskifte imidlertid alene var at opnå et resultat, skilsmisse, som ikke lovligt kunne opnås uden nationalitetsskiftet, forelå der fraude à la loi, og skilsmissen anerkendtes ikke i Frankrig.

Denne lære har man forsøgt at overføre på selskaber ved som fx. Valery at forlange, at hovedsædet skal være fixé d'une manière sérieuse.¹¹⁶ Hvis den forud for selskabets dannelse naturlige tilknytning viser hen til Frankrig, kan parterne ikke ved at lægge selskabets *reelle* hovedsæde i England opnå, at selskabet bliver underkastet engelsk og ikke fransk ret.¹¹⁷ Hvis fx. selskabet stiftes i Frankrig og dets virksomhed skal udøves der, er der ifølge disse forfattere på forhånd en så væsentlig tilknytning til Frankrig, at fransk ret må finde anvendelse uanset hvor den reelle ledelse udøves.

Niboyet er endvidere af den opfattelse,¹¹⁸ som han vistnok står temmelig alene med, at hvis et fremmed selskab i stedet for at drive virksomhed i Frankrig gennem en filial stifter et datterselskab i Frankrig og derved undgår de særlige regler der gælder om fremmede selskaber, foreligger der fraude à la loi. I virkeligheden er der vistnok tale om et forsøg på en streng gennemførelse af hovedsædeteorien, som er vanskelig at opretholde, når man tillader dannelse af datterselskaber i overensstemmelse med den lokale lovgivning, jfr. ndf. i kap.7.

Læren om fraude à la loi synes at være et international privatretligt sidestykke til den almindelige omgængelseslære i privatretten. Nussbaum oversætter da også terminologien til tysk med udtrykket Umgehung des Gesetzes.¹¹⁹

Det vil nu for det første ses, at læren – i modsætning til den i dansk ret herskende omgængelseslære¹²⁰ – forudsætter hensigt til omgængelse. Ganske vist nævnes dette ikke specielt i forbindelse med den internationale selskabsret¹²¹ – og forklaringen herpå skal vi straks se – men man må have

116. Jfr. Loussouarn s.134, cfr. Maury i Comité français s.79.

117. Jfr. Surville s.722, Loussouarn s.133 og s.135 ff.

118. Niboyet V s.588, smlgn. Pillet Traité II s.794.

119. Nussbaum s.72, jfr. Niederer s.127 og s.143 ff.

120. Jfr. Ussing, Aftaler, 2.udg. 1945 s.235 f med note 9.

121. Se dog Maury i Comité français s.79.

lov til at forudsætte, at behandlingen af denne sker på grundlag af den almindelige lære.¹²² Det ses imidlertid ikke, hvorfor et selskab, der skal drive virksomhed i Frankrig, men reelt ledes fra England, skulle behandles forskelligt, eftersom parterne ved selskabets stiftelse bestemte sig for at lægge det reelle hovedsæde i England med det formål for øje at undgå visse franske regler eller uden at have en sådan hensigt.¹²³ Heller ikke i den af Niboyet nævnte situation vedrørende datterselskaber ses der at være nogen begrundelse for en sådan sondring.

Dertil kommer for det andet, at læren i virkeligheden er ensbetydende med anvendelse af et andet kriterium end hovedsædet.¹²⁴ Hvis man ser bort fra det subjektive krav om hensigt til omgåelse, er realiteten i de i litteraturen nævnte eksempler på fraude à la loi i den internationale selskabsret, at når en virksomhed ved personernes og kapitalens oprindelse og ved udøvelsen af hovedvirksomheden har sin væsentligste tilknytning til et land, så er det denne tilknytning og ikke det reelle hovedsæde, man lægger vægt på. Normalt kommer dette ikke til udtryk hos forfatterne, der ikke har gjort sig det klart. Loussouarn, som selv slutter sig til teorien om hovedsædet med forbehold for fraude à la loi, giver imidlertid næsten utvetydigt udtryk for denne opfattelse af læren om fraude à la loi: »... la jurisprudence superpose à l'exigence d'un siège social réel celle d'un siège social sérieux, le caractère sérieux s'appréciant non pas en fonction des qualités intrinsèques du siège social, mais en fonction des autres éléments de rattachement qui unissent la société à l'État.«¹²⁵ Når dette er realiteten i lærens anvendelse på den internationale selskabsret, er det ikke mærkeligt, at man ved behandlingen af den ser bort fra de subjektive betingelser. Loussouarns synspunkt finder jo anvendelse uanset parternes hensigt.

For datterselskabers vedkommende, der jo som ovf. omtalt nævnes af Niboyet, vil konsekvensen af en lære som Loussouarns være, at sådanne selskaber aldrig kan stiftes uden for moderselskabets hjemland. Man vil

122. Cfr. Arminjon s.102 f med note 2.

123. Jfr. Arminjon s.103, Rabel II s.45 og Neumeyer i *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1913 s.39 f.

124. Jfr. Niederer s.128, Pépy, *La nationalité des sociétés de commerce*, Paris 1920 s.29 og s.31 f, Thaller s.262 f, smlgn. Arminjon s.104 f.

125. Loussouarn s.134, jfr. s.39. Smlgn. Pillet *Traité II* s.790 f, Surville s.722 f.

der altid være henvist til at arbejde med filialer. Omend han ikke siger det direkte, synes Niboyet at tendere henimod en sådan løsning.¹²⁶ Han ville helst overføre Remington dommen fra fremmedretten til den internationale privatret. Ved denne dom¹²⁷ blev det fastslået, at et fransk datterselskab af det amerikanske Remington selskab ikke nød rettigheder i henhold til de særlige regler om forretningslokaler, da selskabet måtte betragtes som fremmed.

Læren om fraude à la loi er med hensyn til datterselskaber afvist i dansk domspraksis i en sø- og handelsretsdom fra 1898.¹²⁸ Et selskab i Frankfurt havde ønsket at drive virksomhed her gennem en filial. Da anmeldelsen blev afslået som værende i strid med næringsloven, oprettedes et dansk aktieselskab, hvis aktier på nær to ved stiftelsen alle ejedes af det tyske selskab. Under en sag om betaling af et gagekrav nedlagde selskabet påstand om afvisning, idet det gjordes gældende, at det danske selskab kun var oprettet pro forma for at dække over, at det tyske selskab drev forretning her i strid med næringsloven. Dommen fastslog, at det danske selskab uanset formålet med dets oprettelse eksisterede og kunne sagsøges her i landet. Dommen kan måske også tages til indtægt imod hovedsædeteorien, idet det var utvivlsomt, at selskabet lededes fra Tyskland.

Denne kritik af læren om fraude à la loi er ikke ensbetydende med, at denne lære er uden enhver værdi. Det kan være rimeligt at et land, der principielt lægger nationalitetsprincippet til grund inden for personalstatutets område, ønsker at modificere dette princip henimod en retstilstand, der i højere grad stemmer med et territorialitetsprincip, uden at man dog ønsker helt at gå over til en domicillære. Det vil ofte være tilfældet med hensyn til retsinstitutter, som man vel ikke anser for at være i strid med ordre public, men som dog er fremmede for landets retssystem, således som det netop var tilfældet for skilsmisernes vedkommende i Frankrig. Det kan imidlertid være vanskeligt at definere det kriterium, som man vil lægge til grund for en nægtelse af at anerkende virkningerne af et nationalitetsskifte. I skilsmissetilfældet kunne man vel sige, at kun hvis nationalitetsskiftet fulgtes op af et domicilskifte, ville man an-

126. Niboyet V s.588.

127. Jfr. Niboyet II s.377.

128. U.f.R. 1899 s.1.

erkende skilsmissem;¹²⁹ men det er jo muligt, at man ikke ville forlange så meget og kun ville gøre nægtelse af anerkendelse til en undtagelse bestemt for de helt odionde situationer. I så fald ville det kunne være praktisk at have en fraude à la loi lære. Sådanne hensyn gør sig imidlertid ikke gældende i den internationale selskabsret. I den internationale handelsret, hvor retsvished spiller en væsentlig rolle, hvor moralopfattelsen – modsat tilfældet fra ægteskabsretten – normalt er af underordnet betydning for bestemmelsen af tilknytningsmomentet i forhold til praktiske overvejelser, og hvor borgerne kan beskyttes imod udenlandske selskaber, som ikke er underkastet tilsvarende selskabsretlige regler som indenlandske selskaber, gennem særlige lovregler, kan en sådan lære ikke accepteres. Dette må gælde uanset hvilket tilknytningsmoment man vælger.¹³⁰

I tilslutning til, hvad der er sagt om fraude à la loi lærens egenskab af en slags supplement til ordre public læren,¹³¹ må bemærkes, at det almindelig antages, at læren kun benyttes til beskyttelse af forums egen lov.¹³² Når det derfor ovf. er sagt, at læren for selskabsrettens vedkommende betyder anvendelse af andre kriterier end hovedsædet, gælder dette i hvert fald teoretisk set kun, for så vidt selskabet gennem disse kriterier knyttes til forum. Det er en anden sag, at man i almindelighed ikke holder sig den almindelige fraude à la loi læres principper strengt for øje, når man anvender den i den internationale selskabsret, som det også ovf. er påvist på et andet punkt.

Den teori, som alene lægger vægt på selskabets hovedsæde som tilknytningsmoment, er utvivlsomt på retur. I Benelux-konventionen art.3 var hovedsædet gjort til kriterium for den internationale selskabsret: »... la personne juridique est considérée, comme ayant son siège au lieu où est établie son administration centrale.« Visse hollandske selskaber lagde imidlertid stærkt pres på den hollandske regering til fordel for incorporation som kriterium, og da enighed herom ikke kunne opnås mellem de tre lande vil art.3 simpelthen blive slettet af traktaten, inden den træder i kraft.¹³³ Der gives herigennem udtryk for, at der i Holland er sket en

129. Smlgn. Ross Folkeret s.172.

130. Jfr. Niederer s.128.

131. Cfr. Niboyet III s.635 ff.

132. Jfr. Battifol s.390 og s.392, Pillet Traité II s.790 f.

133. Jfr. Frédéricq cit. ovf. kap.4 note 81.

fuldstændig ændring i opfattelsen til fordel for incorporation-læren.¹³⁴ I hollandsk lov nr.256 af 25.juli 1959, vedtaget samtidig med lov nr. 255 af samme dato, der gennemfører Haagerkonventionen om anerkendelse for Hollands vedkommende, fastslås det, at hollandsk ret ikke lægger vægt på, hvor et selskabs hovedsæde er beliggende. Det oprindelige lovforslag, fremsat i maj 1958, indskrænkede sig til at bestemme, at det ved anerkendelse af fremmede selskaber ikke måtte tages i betragtning, at hovedsædet ikke er beliggende i det land, hvor stiftelsen har fundet sted, men i Holland eller i et land, hvor vægten lægges på hovedsædets beliggenhed, jfr. Haagerkonventionen af 1951 art.2. I bemærkningerne til lovforslaget hed det yderligere i engelsk oversættelse: »... it may be recalled that at the Seventh Session of the Hague Conference on private international law the Netherlands delegate expressed the view that the Netherlands law does, in the present matter, take the real center of management into consideration. The Government and the delegate in question do not, however, hold this view any longer.« Som loven nu er formuleret, antages den generelt at fastslå Hollands endelige overgang til incorporation-teorien.

Også det franske reform-forslag art.73(41) går ind for hovedsædet: »Les règles de constitution et de fonctionnement des personnes morales sont déterminées par la loi du pays où celles-ci possèdent leur siège social ...«

Niboyet, som udarbejdede arbejdsgrundlaget for reformarbejdet, havde foreslået en bestemmelse baseret på hans egen opfattelse, der som vi ndf. skal se kombinerede hovedsædet med stiftelseslandets lov.¹³⁵ Reformkomiteen ændrede dette forslag til den ovf. citerede ordlyd.¹³⁶ Ændringen er dog hovedsagelig af formel betydning i kraft af reformforslagets renvoi regel.¹³⁷ Reformforslaget blev imidlertid stærkt kritiseret under diskussionen i Comité français,¹³⁸ især ud fra det synspunkt, at kravet

134. I praksis synes incorporation-teorien allerede længe at have været antaget i Holland, jfr. rapport fra International Law Associations Hollandsafdeling ILA 1956 s.380 f, Kollelijn s.16. Den tyske regering går ind for incorporation-teorien i svar på spørgeskema til Haagerkonferencen 1951, Documents s.111, jfr. s.114.

135. Travaux IV s.719.

136. Travaux IV s.786 f og V s.616 ff.

137. Jfr. Houin i Travaux IV s.786 og nærmere ndf.V.

138. Comité français s.78 ff.

vedrørende hovedsædets beliggenhed som regel kun kommer frem i det fåtal af sager, der kommer for domstolene. Under hensyn hertil virker det urimeligt at erklære et selskab for en nullitet i disse få tilfælde, når mange selskaber daglig gennemfører store forretninger i Frankrig, uanset at de fx. formelt hører til på Bahamaøerne, men har deres hovedsæde i New York. Særlig urimelig virker hovedsædeteorien i de tilfælde, hvor såvel det land hvor selskabet er blevet til og har sit vedtægtsmæssige hovedsæde som det land hvor selskabet har sit reelle hovedsæde lægger det vedtægtsmæssige hovedsæde til grund. Diskussionen er principielt interessant, men man synes at have overset, at forslaget på grund af den netop nævnte renvoi regel ikke ville få de virkninger som nævnes.¹³⁹ Diskussionen endte med, at man vedtog at gå ind for det på Haager-konferencen 1951 vedtagne kompromisforslag, som skal omtales ndf. V d.

V. På forskellig måde er der i nyere tid sket en tilnærmelse mellem incorporation-teorien og hovedsædeteorien. Tilnærmelsen er hovedsagelig sket på bekostning af hovedsædeteorien, idet vægten i højere grad er blevet lagt på det land, i henhold til hvis lov stiftelse har fundet sted, mens kravet til hovedsædets beliggenhed er blevet til noget subsidiært, som for en stor del kun får betydning som led i en ensidig kollisionsnorm angående forums egen kompetence eller ligefrem blot som et materielretligt krav til gyldig stiftelse af selskaber i et bestemt land og altså ikke som international privatretligt kriterium. Sammenfattende kan ideen i de nyere teorier udtrykkes således, at stiftelseslandets lov principielt er kompetent, men at *lex fori* kun finder anvendelse på selskaber, hvis hovedsæde er beliggende i forumlandet og på den anden side uanset stiftelsesland på alle selskaber, hvis hovedsæde er beliggende der. Sætningen er en generalisation og ikke fuldt dækkende alle opfattelser. I det følgende skal først de forfattere omtales, som slutter sig til en sådan kombination af stiftelse og hovedsæde som kriterium. Dernæst skal den særlige nordiske aflægger af denne lære, der lægger vægt på registreringen, omtales, og til slut behandles den særlige *Weiterverweisungslære*, som har udviklet sig i tilslutning til disse teorier.

a. Niboyets tilslutning til denne kombinationsløsning følger naturligt af hans samarbejde med Pillet og giver sig udslag allerede i deres fælles

139. Cfr. dog Maury i *Comité français* s.81, s.82 og s.86.

lærebog. Pillet havde som tidligere omtalt lagt den lov til grund som rent faktisk havde været benyttet ved selskabsdannelsen, stiftelseslandets lov, og overladt til denne at afgøre, om hovedsædet skulle ligge i stiftelseslandet for at stiftelsen skulle være gyldig. Det var imidlertid utvivlsomt, at fransk praksis lagde vægt på, hvor hovedsædet befandt sig. Det måtte Pillet erkende allerede i *Personnes morales*.¹⁴⁰ Man må forestille sig følgende citat fra Pillet-Niboyet som et kompromis mellem Pillets lære og praksis: »On entend par là (pays du siège social) le pays choisi pour la constitution de la société et par la suite celui du siège administratif...«¹⁴¹

Læren udvikles nærmere af Niboyet.¹⁴² Den kompetente lov må være loven i det land, hvor den juridiske person skabes. Skabelsen forudsætter, at en lov tillægger selskabet juridisk personlighed, og det kan kun være den lov, hvis betingelser for skabelsen af en juridisk person opfyldes ved stiftelsen, d.v.s. loven i det land, hvor selskabet stiftes og skal fungere. Hertil er Niboyets lære identisk med Pillets oprindelige og i sin begrundelse også med den engelske incorporation-teori. Stiftelsesloven er imidlertid, siger han, identisk med loven på *siège social*. *Siège social* opstår som en konsekvens af stiftelsen, og loven vil oftest gøre det til en betingelse for stiftelsens lovlighed, at *siège social* kommer til at ligge i stiftelseslandet. For fransk rets vedkommende er stiftelse i et land ensbetydende med hovedsæde der. De to elementer er teknisk udelelige.¹⁴³ Men derfor kan man ikke sige, at *siège social* er afgørende for lovvalget. Det er muligvis en bekvem udtryksmåde, men den er unøjagtig. Den kompetente lov, siger Niboyet, er loven, der gælder i det land, hvor hovedsædet etableres efter og som følge af stiftelsen. Man må stifte selskabet, før det kan have et hovedsæde,¹⁴⁴ men man kan ved stiftelsen

140. Pillet s.132. Interessant er det at se, at Pillet i *Traité II* først giver en fremstilling af, hvilken regel der gælder i praksis, og derefter en fremstilling af sine egne ideer s.799 ff.

141. Pillet-Niboyet s.303.

142. Niboyet V s.560 f og s.574 f. Jfr. også L. Mazeaud i *Journal du droit international* (Clunet) 1928 s.46.

143. Der er tale om det virkelige hovedsæde, og Niboyet tager ligesom den almindelige hovedsædeteori forbehold for *fraude à la loi*, jfr. ovf.IV. Var der blot tale om det vedtægtsmæssige sæde, ville der ingen reel forskel være fra stiftelsesteorien.

144. Smlgn. Niederer s.124.

forudse, hvor hovedsædet skal ligge. Loven er forsåvidt territorial som man på stiftelse af selskaber udelukkende anvender den lov, der gælder i det land, hvor stiftelsen finder sted, men den er extraterritorial forsåvidt som den finder anvendelse overalt på allerede stiftede selskaber.

Lérebours-Pigeonnière er af en lignende opfattelse.¹⁴⁵ Et selskab er fransk, når det er gyldigt stiftet i henhold til fransk lov; det er fremmed, når det er gyldigt stiftet i henhold til den fremmede lov, der er iagttaget ved dets stiftelse. Men valget af stiftelseslov er ikke frit; det må bestemmes af en virkelig tilknytning til territoriet, og denne tilknytning er selskabets faktiske hovedsæde. Stiftelsesland og hovedsæde er udelelige.

Niboyet bliver imidlertid ikke stående ved denne lære, men lader den – i modsætning til Lérebours-Pigeonnière der med sin lære har tilsigtet at opstille en fuldstændig kollisionsnorm – kun gælde som en ensidig kollisionsnorm, der fastslår fransk rets kompetence.¹⁴⁶ I det øjeblik, fransk ret ikke er kompetent til at stifte en ret i Frankrig, hvorved formentlig skal forstås det tilfælde, at hovedsædet ikke lægges i Frankrig, er det tilstrækkeligt, at et hvilket som helst lands lov har givet selskabet eksistens. Fransk ret har i så fald ingen interesse i, at et bestemt tilknytningsmoment lægges til grund. Hvis der ikke foreligger fraude à la loi eller en ordre public situation, må det lands lov, som faktisk er blevet anvendt, finde anvendelse på selskabet. Hovedsædeteorien indskrænkes herigennem i virkeligheden – formentlig i overensstemmelse med dens reale baggrund – til at angå tilfælde, hvor hovedsædet ligger inden for forums jurisdiktion. Denne opfattelse inspireres af lignende synspunkter, som ligger til grund for den ndf. omtalte Weiterverweisungslære og gør denne overflødig. Forinden den omtales nærmere, skal den nordiske registreringsteori, som på væsentlige punkter ligner Niboyets lære, omtales.

b. Det synspunkt har allerede i nogen tid været gjort gældende i Sverige, at registreringen af et selskab, i de tilfælde hvor denne er et nødvendigt led i selskabets gyldige stiftelse og kan tages som udtryk for,

145. Lérebours-Pigeonnière s.193 f.

146. Det stemmer med Niboyets opfattelse af den internationale privatrets opgave de lege ferenda, jfr. Niboyet III s.243 ff. Det franske reformforslag er i overensstemmelse hermed, jfr. ovf. ved note 137 samt Maury i Comité français s.82.

at registreringslandets lov er blevet anvendt ved stiftelsen, bør lægges til grund som kriterium for, hvilken lov der skal anvendes i selskabsretlige forhold. Til denne lære har både Nial,¹⁴⁷ Karlgren,¹⁴⁸ Berglund,¹⁴⁹ og Beckman¹⁵⁰ sluttet sig. Mens dansk-norsk teori tidligere, ligesom ældre svensk teori, som ovf. nævnt gik ind for hovedsædets beliggenhed som kriterium, har Borum nu tilsluttet sig en lignende opfattelse som den svenske.¹⁵¹

De begrundelser, der angives for denne nordiske lære, varierer. Opfattelsen støttes først og fremmest på det synspunkt, at læren stemmer bedst med lovgivningen og de faktiske forhold og er den mest praktiske og lettest anvendelige. Dertil føjes nogle steder synspunkter, der er beslægtede med begrundelsen for incorporation-teorien og Pillels lære: Registreringslandets lov er den lov, som selskabet kan takke for sin eksistens.¹⁵² Endelig anføres, at forskellen fra hovedsædeteorien i praksis er ringe, fordi registreringen som oftest forudsætter hovedsædets beliggenhed i registreringslandet. Dette antages således at gælde registrering af selskaber i Danmark og Sverige.¹⁵³

Læren udformes nærmere således, at der opstilles en sondring mellem på den ene side selskaber, der er genstand for en registrering af den ovennævnte karakter – altså fx. ikke registrering i handelsregisteret eller lignende registre – eller som i øvrigt, som Karlgren udtrykker det, er »föremål för någon motsvarande akt av »jurisdictio voluntaria«», oktroj, koncession m.v., og på den anden side andre selskaber. For de selskabers vedkommende for hvis stiftelse registrering er en gyldighedsbetingelse lægges denne som nævnt til grund for valget af den anvendelige lov. Kan registrering eller anden lignende offentlig handling ikke lægges til grund for lovvalget, lægger nordisk teori¹⁵⁴ fortsat vægten på selska-

147. Nial s.75 ff, Nial Studier s.133 ff.

148. Karlgren s.80 ff.

149. Berglund s.15 f.

150. Beckman s.56 f.

151. Lovkonflikter s.176 ff, jfr. ILA 1952 s.83. Jfr. ligeledes Rasting, Lov om forsikringsvirksomhed, 1960, s.239 f. Krenchel s.46 antager alene, at registreringen skaber en præsumption for nationaliteten, som kan afkræftes ved bevis for, at hovedsædet er beliggende andetsteds.

152. Jfr. således Karlgren s.80 f.

153. Jfr. Lovkonflikter s.179, Nial s.75.

154. Dog tvivlende Karlgren s.81.

bets hovedsædes beliggenhed.¹⁵⁵ Anvendelsen af registreringslandets lov er ikke så meget en opgivelse af hovedsædet som kriterium, som – som det siges i Lovkonflikter – en retsteknisk forskydning der foretages af praktiske grunde.¹⁵⁶ Nial understreger, at der er tale om selskabets faktiske hovedsæde, ikke om det vedtægtsmæssige. Ved hovedsædet forstås den administrative ledelse af selskabet. Findes en egentlig administrativ ledelse ikke, vil Nial lægge vægt på hovedvirksomhedens beliggenhed, og hvis virksomhed ikke drives, må man finde frem til den væsentlige tilknytning for selskabet ved hjælp af de retningslinjer som almindeligvis følges inden for kontraktsstatuttets område.

Den nordiske registreringsteori er utvivlsomt inspireret af den angelsaksiske incorporation-teori og sikkert af flere af sine tilhængere anset for identisk med denne. Dette beror imidlertid på en misforståelse. Som allerede nævnt forstås ved incorporation simpelt hen skabelsen af en selvstændig juridisk person. Selv om et krav om registrering for aktieselskabers vedkommende ligesom i England vistnok findes i flere af de amerikanske stater,¹⁵⁷ anses registrering ikke for at være en begrebsmæssig nødvendighed for at incorporation kan finde sted, ligesom registreringen ikke alle steder kan tages som udtryk for, at det registrerende lands lov er blevet anvendt ved stiftelsen; og i de tilfælde, hvor registrering kræves i praksis, er det heller ikke en tilstrækkelig betingelse, men – ligesom iøvrigt her i Skandinavien – blot slutstenen på skabelsesproceduren, jfr. engelsk Companies Act 1948 section 1. The law of incorporation må, som tidligere omtalt, oversættes ved stiftelsesloven. Den tanke, at skille de selskaber ud, for hvis gyldige stiftelse en registrering er en nødvendighed, og hvor man af registreringen kan udlæse, hvilken lov der har fundet anvendelse ved stiftelsen, og i disse tilfælde lægge registreringen til grund for lovvalget, må vistnok siges at stamme fra Sverige og for alvor at være introduceret i international retsvidenskab fra skandinavisk side på Haagerkonferencen i 1951, selvom der kan påvises omtale af registreringen som kriterium før den tid på spredte steder i fremmed litteratur. Det fremgår klart af forhandlingerne på Haagerkonferencen, at anvendelsen af registreringen som hovedkriterium i anerkendelseskonventionens art.1 ved afgrænsningen af de selskaber, som skal anerken-

155. Smign. Nussbaum s.209.

156. Lovkonflikter s.176.

157. Jfr. engelsk Companies Act section 12 ff, Ballantine s.49 ff.

des i henhold til konventionen, skyldes den stædige fastholden af dette kriterium fra svensk side (Nial) med tilslutning fra Danmark og Finland.¹⁵⁸ Iøvrigt går konventionen sikkert videre end den nordiske lære, idet den formentlig lægger vægt på en hvilken som helst form for registrering eller anden publicitetsform. Dens formel vil derfor næppe være umiddelbart anvendelig i en almindelig konvention om international privatret, der ikke beskæftiger sig med spørgsmålet om anerkendelse.

Fastholdelsen af hovedsædet som kriterium i de tilfælde, hvor registrering ikke finder sted, forekommer inkonsekvent, når man går ind for registreringen i de tilfælde, hvor dette er muligt. Ganske vist kan dette sidste kriterium begrundes og bliver begrundet med, at det er let at anvende; men bag dets anvendelse må vel også og først og fremmest ligge det hensyn, at det er rimeligt at anvende den lov, som registreringen udpeger, fordi denne lov rent faktisk er blevet lagt til grund ved opbygningen af selskabet, og fordi det er den lov, som de, der kommer i forbindelse med selskabet, naturligt vil forvente anvendt. Til disse synspunkter skal jeg vende tilbage i kap.7. Hvis dette er rigtigt, synes det mere konsekvent i hvert fald som hovedregel at anvende den lov, der er lagt til grund ved stiftelsen, også i relation til selskaber der ikke er genstand for registrering. Registreringen betyder blot en særlig let måde, på hvilken det kan fastslås, hvilken lov der har været bragt i anvendelse ved stiftelsen.

I denne forbindelse bør det nævnes, at registreringsteorien er vanskelig forklarlig og vanskelig antagelig for de fleste kontinentale jurister, med undtagelse af tyske og hollandske. En egentlig registreringsprocedure svarende til vor findes fx. ikke i fransk ret, men blot publicitetskrav svarende til vor registrering i handelsregisteret. Kun overholdelsen af visse formelle krav påses forinden registreringen, og der føres ikke kontrol med overholdelsen af de materielle betingelser.¹⁵⁹ Selv om manglende registrering og publicitet principielt kan medføre nullitet, er dennes praktiske betydning mindre, dels fordi manglerne i et vist omfang kan afhjælpes, dels fordi dens betydning er begrænset til forholdet mellem selskabsdeltagerne, jfr. lov af 24.juli 1867 om selskaber § 58 ved Code de Commerce art.46.

158. Jfr. især Actes s.139, s.178 ff og s.187. Jfr. Nial s.177 med note 4 på s.178.

159. Jfr. Nial Reflexioner s.239, der gør opmærksom på, at registreringen mange steder opfattes som en blot ordensforskrift.

c. Bortset fra at Niboyet lægger vægten på stiftelseshandlingerne i almindelighed, mens de nordiske forfattere specielt lægger vægten på registreringer, er forskellen mellem Niboyets lære og nyere nordisk teori for så vidt angår registrerede selskaber ikke stor, da registreringen i nordisk ret er et nødvendigt led i stiftelsen. Forskellen mellem incorporation-teorien og den egentlige hovedsædeteori bliver igennem Niboyets og den nordiske lære i væsentlig grad udjævnet. Et selskab der er lovligt stiftet i et land, vil både efter den fransk-nordiske lære og incorporation-teorien principielt altid være underkastet loven i det pågældende land. Der er kun den faktiske forskel, at den materielle ret i Frankrig og Skandinavien antages at kræve hovedsædets beliggenhed i det land, hvis lovgivning er anvendt, for at stiftelsen skal være gyldig i henhold til den anvendte ret, mens dette ikke kræves i de angelsaksiske lande; men dette er et materielretligt, ikke et international privatretligt spørgsmål.

En lignende udjævning mellem de to herskende teorier har man søgt at opnå ved at supplere teorien om hovedsædets beliggenheds afgørende betydning for den kompetente lov med en *Weiterverweisungslære*, som er anerkendt i hvert fald i tysk praksis i sagen om *The Eskimo Pie Company*.¹⁶⁰ Dette selskab var registreret i Delaware, men havde sit hovedsæde i Kentucky. Principielt skulle ifølge tysk ret loven i Kentucky finde anvendelse, hvilket ville have virket helt urimeligt, da selskabet var stiftet og virkede i overensstemmelse med loven i Delaware. Og da man i Kentucky var indforstået hermed, kunne man også være det i Tyskland. Reglen går altså ud på, at et land, der normalt anvender hovedsædets lov, skal anvende stiftelseslandets lov i de tilfælde, hvor hovedsædets internationale privatret gør det. Synspunktet er det samme som Niboyets ovf. nævnte, at forum er uinteressert i, hvilket lands ret der anvendes, når der ingen tilknytning er til forum. Det blev da også som nævnt lagt til grund ved udformningen af det franske reformforslag.

Rabel gør gældende,¹⁶¹ at denne regel også gælder eller i hvert fald bør gælde for den modsatte situation: Hvis et selskab dannes i en stat, der gør den gyldige stiftelse afhængig af, at hovedsædet placeres i staten, men selskabet lægger sit hovedsæde i en anden stat, der også forlanger, at selskaber med hovedsæde dér skal overholde dens regler, må et land, der

160. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* 117 (1927) 215, jfr. Raape s.192 f.

161. Rabel II s.50.

normalt lægger vægt på loven i det land, hvor incorporation har fundet sted, anvende hovedsædets lov og komme til det resultat, at selskabet ikke er gyldigt stiftet. Sagt på en anden måde: Et land, der normalt anvender incorporation-loven, skal anvende hovedsædets lov i de tilfælde, hvor incorporation-landets og hovedsædelandets internationale privatret begge gør det. Synspunktet synes ikke at have fundet tilslutning og er heller ikke optaget i Haagerkonventionen således som reglen i Eskimo Pie Company sagen.

Den fransk-nordiske lære fører til antagelse af gyldig stiftelse i videre omfang end Weiterverweisungslæren. Efter den fransk-nordiske lære skal stiftelseslandets lov altid anvendes. Efter Weiterverweisungslæren skal principielt hovedsædets lov finde anvendelse. Der er derfor formodning for ugyldig stiftelse, så snart hovedsædet ikke er beliggende der, hvor selskabet er stiftet. Kun hvis det land, hvor hovedsædet er beliggende, lægger vægt på stiftelsesstedet, vil selskabet alligevel være gyldigt stiftet efter denne lære.

Dansk international privatret har, når bortses fra konventionsbestemte tilfælde, ikke accepteret renvoi princippet.¹⁶² Hvis man anerkender de kollisionsnormer, som den ovf. under b. fremstillede nordiske teori går ind for, er der intet behov for en Weiterverweisungslære for så vidt angår registrerede selskaber. Det lands lov, som er lagt til grund for stiftelsen, og efter hvilken selskabet i det hele er bygget op og fungerer, vil efter denne lære altid blive anvendt. Nial antager dog, at hvis et selskab er registreret i udlandet, men efter registreringslandets internationale privatret hører under hovedsædets lov, kan registreringslandets lov ikke finde anvendelse.¹⁶³ Det vil dog formentlig sjældent forekomme, at et land tillader registrering af selskaber uden at forlange sin egen lov anvendt på dem. Nial tænker formentlig på, at registreringslandet betragter registreringer som ugyldig, hvis hovedsædet er beliggende i et andet land,¹⁶⁴ men konsekvensen heraf må netop være anvendelsen af registreringslandets lov, når dette er hovedreglen i den egne internationale privatret.

For så vidt angår ikke registrerede selskaber, hvor den nordiske lære går ind for hovedsædets lov, er der derimod, hvis man opretholder dette

162. Jfr. Lovkonflikter s.80.

163. Nial Reflexioner s.239.

164. Jfr. Nial s.76.

standpunkt, behov for en Weiterverweisungslære. Niboyets lære, som altid lægger vægt på stiftelsen, har ikke denne mangel.

Der skulle ikke være noget til hinder for også i dansk ret at arbejde med en Weiterverweisungsregel som den i tysk ret opstillede, for så vidt der er behov derfor. Kritikken i dansk ret af renvoi læren¹⁶⁵ retter sig imod denne lære i dens formalistiske udformning, hvorefter den anvendes uden hensyn til virkningerne og i alle forekommende tilfælde. I denne form er den utvivlsomt ikke accepteret eller acceptabel i dansk ret. Når den derimod anvendes for at opnå visse resultater, der anses for konkret hensigtsmæssige, således som det er sket i veksel- og checkkonventionerne og de herpå baserede danske love, synes læren fuldt acceptabel. Og der er ingen grund til at begrænse muligheden for dens anvendelse til konventionsbestemte tilfælde. Vi står her over for et middel, som også domstolene bør kunne anvende til opnåelse af en smidiggørelse af den internationale privatrets funktion.¹⁶⁶ En anvendelse af den egentlige renvoi lære, som medfører en tilbagevisning til *lex fori* fra den lov som af forums kollisionsnormer udpeges som kompetent, må ske med største forsigtighed, idet den medfører en udvidelse af forums egen lovs kompetence i forhold til, hvad der er fundet rimeligt ved opstillingen af forums international privatretlige principper.¹⁶⁷ Når der derimod er spørgsmål om anvendelse af den del af renvoi læren, som anerkender en henvisning fra et fremmed retssystem til et andet, Weiterverweisung, er jeg enig med Borum, når han med henblik på den i Haagerkonventionen af 1951 om konflikter mellem nationalitets- og domicilprincipperne art.3 foreslåede anerkendelse heraf udtaler, at det er svært at se, hvad der kan forhindre en domstol i at anvende en persons nationale lov, når denne lov og hans domicillov er enige om, at den nationale lov skal finde anvendelse.¹⁶⁸ I en sådan situation er dansk ret principielt helt uinteresseret, når bortses fra, at det her som altid må være retsanvendelsens opgave at nå til en løsning, som er stemmende med forholdets natur.

d. Det er tidligere nævnt, at Haagerkonventionen 1951 ikke beskæf-

165. Jfr. Lovkonflikter s.79 f.

166. Jfr. Borum Observations s.20 f samt en interessant monografi af Ph. Franciscakis, *La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en droit international privé*, Paris 1958, jfr. særlig s.261 f.

167. Jfr. Lovkonflikter s.80.

168. Borum Observations s.20, jfr. Lovkonflikter s.178.

tiger sig med spørgsmålet om den kompetente lov, men alene med anerkendelsesproblemet. Ikke desto mindre må konventionens regel om, hvorledes man afgør, om den tilknytning, der må kræves, for at et selskab skal anerkendes, foreligger, gøre krav på betydelig opmærksomhed. Den har da også været fremme i diskussionen om lovvalget både i Comité français og i International Law Association. Den fremkom som et kompromis mellem tilhængerne af hovedsædeteorien og tilhængerne af incorporation-teorien og under stærkt pres fra de nordiske landes delegerede, der var tilhængere af registreringsteorien.

Afgørende er ifølge konventionens art.1 i første række, i hvilket land registrerings- eller andre publicitetsforskrifter er blevet opfyldt og det vedtægtsmæssige sæde befinder sig. Har selskabet i henhold til dette lands lov erhvervet juridisk personlighed, skal denne anerkendes i andre lande.¹⁶⁹ Uanset at registrerings- og publicitetsforskrifter som ovf. nævnt kan have helt forskellige formål, lægger man således i denne relation den samme vægt på dem som tilknytningsmoment. Det må herved erindres, at konventionen ikke tilsigtede et lovvalg, men alene at afgøre anerkendelses-spørgsmålet. Denne regel, der helt er baseret på incorporation-læren, modificeres imidlertid i art.2 til fordel for hovedsædeteorien. Hvis nemlig selskabets siège réel, hvorved forstås dets administration centrale, befinder sig i et land, som har sluttet sig til hovedsædeteorien, behøver dette land og andre lande, som har sluttet sig til denne teori, ikke at anerkende dets juridiske personlighed.

Reglen er som kompromis betragtet en værdifuld kombination af de foreliggende teorier. Det vil ses, at den ikke indeholder den umiddelbare løsning på problemet, men overlader til de enkelte lande inden for meget vide rammer selv at tage stilling til, hvilken regel de vil anvende. Lande, der lægger vægt på stiftelse, registrering, incorporation eller lignende, kan blive ved med det. Lande, der lægger vægt på hovedsædets beliggenhed, for så vidt det ligger hos dem selv, kan blive ved med det. Og lande, der

169. Art.1 stk.2 bestemmer, at selskaber, der erhverver juridisk personlighed uden formaliteter, skal anerkendes, hvis de er gyldigt stiftet i henhold til den lov, der finder anvendelse på dem. Det er blevet diskuteret, hvorvidt der herved henvises til de enkelte landes internationale privatret, eller om man blot har sat stiftelseslandets lov i stedet for registreringslandets lov. For den sidste løsning jfr. Ernst Wolff s.383, cfr. Van Hecke s.9. Jfr. i øvrigt Actes s.187 ff og ovf. kap.4 note 79.

lægger vægt på hovedsædet uanset dets beliggenhed, kan ligeledes blive ved med det, kun begrænset af en Weiterverweisungsregel;¹⁷⁰ ligger hovedsædet nemlig i et land, der ikke selv lægger vægt på hovedsædets beliggenhed, gælder konventionens hovedregel angående stiftelseslandet.

Fuldstændig ensartet behandling af selskaber i alle lande skaber konventionens regler derimod ikke. Hvis stiftelse har fundet sted i et land, der hører til den rene incorporation-gruppe, mens hovedsædet er beliggende i et land, der lægger vægt på hovedsædet, vil selskabet af lande, der lægger vægt på hovedsædet, blive behandlet som hjemmehørende i hovedsædelandet og af andre lande som hjemmehørende i stiftelseslandet.

International Law Associations International Company Law Committee har siden 1951 arbejdet med spørgsmålet om lovvalget i den internationale selskabsret som forberedelse til en Haagerkonference om dette spørgsmål.¹⁷¹ Diskussionen har såvel i komiteen som på konferencerne været koncentreret omkring modsætningen mellem tilhængerne af incorporation-teorien og tilhængerne af hovedsædeteorien. Argumentationen var ikke meget forskellig fra den, som man finder i de teoretiske fremstillinger, og der er henvist til den på de steder, hvor den i systematisk henseende hører hjemme. Da man ikke kunne opnå enighed om den ene af disse løsninger, søgte man i begyndelsen at nå frem til en kompromisløsning.¹⁷² Såvel i komiteen som på konferencerne har Haagerkonventionens løsning hele tiden været i forgrunden under disse overvejelser. Det viste sig imidlertid på daværende tidspunkt umuligt for komiteen at nå til enighed om en kompromisløsning. Man foreslog derfor i 1956 konferencen at undlade at tage stilling til de, antagelig få, tilfælde, hvor et selskabs hovedsæde ikke er beliggende i det land, i henhold til hvis lov det er stiftet, og dette accepteredes.¹⁷³ Da dette synspunkt af komiteen var blevet optaget i et egentligt konventionsudkast, tilbagevistes spørgsmålet imidlertid i 1958 på ny til komiteen med krav om en udtømmende regel, idet konferencen udtalte en præference for Haagerkonventionens løsning.¹⁷⁴ Fornyet diskussion i komiteen har ført til, at denne i 1960 har foreslået en regel, der går noget videre i retning af at antage incorpo-

170. Jfr. Rabel s.204 f og Nypels i Actes s.146.

171. Jfr. ILA 1952 s.67.

172. ILA 1954 s.391.

173. ILA 1956 s.374.

174. ILA 1958 s.643 sammenholdt med s.634 f.

ration-teorien end Haagerkonventionen. Incorporation-landets lov skal anvendes i alle tilfælde, hvor en relevant tilknytning eksisterer til dette land. Afgørelsen af, hvornår en relevant tilknytning foreligger, overlades til retspraksis. Foreligger en relevant tilknytning ikke, skal efter komiteens forslag de lande, som er tilhængere af hovedsædeteorien, være berettiget til at anvende hovedsædets lov i stedet. På associationens møde i 1960 blev det dog foreslået at udvide denne ret til at gælde alle lande, idet også lande, der ikke i almindelighed hylder hovedsædeteorien, kan ønske at have mulighed for at anvende en anden lov end incorporation-loven, når slet ingen relevant tilknytning findes til det land, hvor incorporation-loven er gældende, jfr. ndf. i kap.7. Resultatet blev, at associationen – foruden komiteens forslag – vedtog to alternative forslag, jfr. tillægget.

Selv om konventionerne om det europæiske fællesmarked (de seks) og om den europæiske frihandelssammenslutning (de ydre syv) samt den konvention, som Europa-rådet er i færd med at udarbejde om behandlingen af de juridiske personer, alle ligesom Haagerkonventionen og de bilaterale handels- og venskabstraktater vedrører fremmedretlige problemer, kan det alligevel være af interesse at omtale den tilknytning, som et selskab skal have til konventionslandene ifølge disse konventioner, for at disse lande skal være forpligtet til at behandle selskabet i overensstemmelse med de pågældende konventioner.¹⁷⁵

Fællesmarkedstraktaten art.58 lægger vægt på, at selskabet er stiftet i overensstemmelse med et medlemslands lovgivning og har enten sit registrerede kontor, sit hovedsæde eller sin hovedvirksomhed i et af medlemslandene. Da det er tilstrækkeligt, at et medlemslands lovgivning er anvendt og det registrerede kontor findes i et (andet) medlemsland, synes incorporation-teorien at være blevet accepteret.¹⁷⁶ Herved må imidlertid erindres bestemmelsen i art.54,3 g, som skal omtales i kap.7.

Frihandelstraktaten bestemmer i art.16,6 a ii de af art.16's regler om etablering omfattede selskaber som sådanne, der er stiftet på et medlemslands territorium i overensstemmelse med dets lovgivning, og som dette land anser for at have dets nationalitet. Det kræves endvidere, at de skal have deres registrerede kontor og deres hovedsæde, centrale ad-

175. Jfr. Thibierge i *Le Statut de l'étranger et le Marché Commun*, 1959 s.334.

176. Cfr. tvivlende Thibierge *anf. st.* s.334 ff, men jfr. Paul Leleux i *International and Comparative Law Quarterly*, Supplementary Publication No.1, 1961, s.25 f.

ministration, samt udøve en virksomhed af væsentligt omfang i et (andet) medlemsland. Ser man isoleret på medlemslandene, er incorporation-teorien accepteret, idet hovedsædet ikke behøver at være beliggende i det land, hvis lovgivning er anvendt ved stiftelsen. Stiller man medlemslandene op som en enhed over for de udenforstående lande, gælder derimod hovedsædeteorien, da hovedsædet skal være beliggende inden for traktatområdet. I realiteten er forskellen fra fællesmarkedstraktaten næppe så stor, da et datterselskab med en selvstændig administration inden for medlemslandenes område sikkert opfylder betingelserne, selvom det er undergivet instruktioner fra et moderselskab uden for dette område. Bestemmelsen kan i øvrigt give anledning til mange fortolkningsproblemer, som ikke skal berøres nærmere her.

Europarådets foreløbige konventionsudkast sonderer i art.8 og 9 mellem forskellige grupper af selskaber, idet art.8 opregner de selskaber, der skal have de grundlæggende rettigheder, som konventionen tillægger fremmede selskaber, mens art.9 opregner de selskaber, som skal have yderligere rettigheder. Art.8 vedrører de selskaber, som er stiftet på et medlemslands territorium i overensstemmelse med dets lovgivning. Art.9 begrænses til de af art.8 omfattede selskaber, hvis registrerede kontor, hovedsæde () hovedvirksomhed findes i et af medlemslandene, idet der dog har været uenighed om, hvorvidt man som i fællesmarkedstraktaten skal holde sig til den alternative løsning – (eller) – eller kræve, at alle tre tilknytninger skal foreligge (og). Løsningen, hvis den er nået, er mig ubekendt.

VI. En særlig lære med udgangspunkt i hovedsædeteorien er fremsat af Arminjon.¹⁷⁷ Principielt bør ifølge denne opfattelse hovedsædets beliggenhed være afgørende. Det kan imidlertid være af væsentlig betydning for selskabet at være underkastet loven på det sted, hvor hovedvirksomheden udøves, og alligevel have hovedsædet et andet sted. I sådanne tilfælde skal selskabet ifølge Arminjons opfattelse have lov til udtrykkeligt i statutterne at bestemme, at det ønsker at være underkastet virksomhedsstedets lov. Som eksempel nævner han Suez-kanal-selskabet, som indtil nationaliseringen var et ægyptisk selskab med hovedsæde i Paris.

177. Arminjon s.77 ff og s.80 ff.

Synspunktet, som umiddelbart synes at have et noget eksotisk præg, virker ved en nærmere eftertanke ikke helt urimeligt. Hovedsædet vil oftest være beliggende, hvor selskabet er stiftet. Mange virksomheder – herunder også danske – har imidlertid i de senere år været nødsaget til at stifte datterselskaber i overensstemmelse med loven i det land, hvor de udøver en væsentlig virksomhed, samtidig med at de har bevaret ledelsen hos moderselskabet i det oprindelige hjemland. Dette er vistnok en væsentlig del af forklaringen på den ændring i den hollandske regerings opfattelse, som er refereret ovf. Det er af betydning for sådanne selskaber, at det land, i henhold til hvis lov de er stiftet, ikke tager hensyn til, hvorfra den øverste ledelse udgår. Det forekommer imidlertid, at dette formål lettere nås ved altid at lægge vægt på stiftelsesloven end ved at tage hensyn til stedet for virksomhedens udøvelse. Til dette skal jeg komme tilbage i kap.7. Hertil kommer, at visse lande – herunder som ovf. omtalt netop Ægypten – uanset hovedsædets beliggenhed lægger vægt på stedet for hovedvirksomhedens udøvelse, hvis det befinder sig i det pågældende land selv. Det er utvivlsomt denne regel, der har inspireret Arminjon.

VII. Kontrolteoriens betydning som kriterium på fremmedrettens område er nævnt ovf. i kap.5. Ingen moderne forfattere slutter sig til en international privatretlig teori, der udelukkende baseres på kontrollen med selskabet, hvorimod teorier, der lagde vægt på momenter, der nærmest vedrører kontrollen med selskabet, omkring århundredskiftet spillede en vis rolle, men siden har mistet enhver praktisk betydning, fx. Thallers teori om stedet for emissionen.¹⁷⁸ Kontrolteorien må da også som grundlag for den internationale privatretlige ordning anses som praktisk uanvendelig, da den vil kunne føre til hyppige statutforandringer. Imidlertid har kontrollen på forskellig måde fået betydning for en række danske lovregler af fremmedretlig karakter, men hvis betydning som supplement til den internationale selskabsret ikke må undervurderes. Disse bestemmelser omtales i kap.8. I det følgende skal under hensyn hertil de mere betydningsfulde opfattelser baseret på kontrollen med selskaber omtales. Visse af disse teorier lægger mest vægt på kapitalens oprindelse, altså aktionærernes tilknytning; andre lægger vægt på de personers tilknytning, som rent faktisk leder selskabet, såsom direktører og bestyrelsesmedlemmer. Nogen skarp sondring kan ikke drages.

178. Jfr. Thaller s.263.

I England har der dannet sig et begreb, residence, som finder anvendelse ved afgørelsen af, dels om et selskab i skattemæssig henseende må betragtes som engelsk, dels hvor et selskab skal anses for at høre til, når der er tale om at anvende lovgivningen om fjenders retsstilling. Mens reglerne om presence, der som ovf. IV a omtalt er afgørende for domstolenes kompetence, alene gælder fremmede selskaber, idet selskaber incorporated i England vistnok altid er present i England, er residence af betydning, uanset hvor selskabet er incorporated. Et selskab kan altså være incorporated i England uden at være resident d.v.s. skattepligtig der og omvendt. Kriteriet er helt uafhængigt af den internationale privatret.

Et selskab siges at være resident der, hvor dets »centre of control« er beliggende, »i.e. where the seat and directing power of the affairs of the company are located.«¹⁷⁹ Begrebet er dannet i retspraksis, som dog på grund af antagelsen om, at et selskab kan være resident mere end et sted, er blevet noget uklar.¹⁸⁰ Hvis man imidlertid ser bort fra disse meget specielle tilfælde står det fast, at når der tales om centrum for kontrollen med selskabet, tænkes der på det sted, hvorfra ordrerne og direktiverne for selskabets virksomhed udgår. Residence i engelsk ret svarer således nøje til siège social i kontinental retsopfattelse. Westlake¹⁸¹ er da også inde på, at man også i engelsk international privatret skulle gå over til det kriterium, der var udarbejdet i praksis om selskabers stilling som fjender. Han, d.v.s. udgiveren Bentwich, synes dog i nogen grad at omfortolke praksis, så den kommer til at dække en kontrolteori i stedet for en hovedsædeteori. Baggrunden er formentlig den tendens, der i årene efter den 1. verdenskrig – fra hvilken periode denne udgave af Westlake stammer – især i Frankrig gjorde sig gældende for at erstatte hovedsædeteorien med en kontrolteori. For så vidt man ved kontrollen med et selskab tænker på de personer, der til daglig leder selskabet og bestemmer over dets virksomhed, er forskellen mellem hovedsæde og kontrol ikke stor, i hvert fald ikke når man med hovedsædeteorien tænker på det reelle og ikke det vedtægtsmæssige hovedsæde. Normalt vil ordrerne udgå fra det sted, hvor de personer, der giver dem, er bosat. Det er derfor naturligt, at den engelske lære, der er knyttet til begrebet residence, trods

179. Jfr. Cheshire s.187, og Gower s.213 f.

180. Jfr. Cheshire s.190: »These two decisions confuse rather than enlighten the law,« og Dicey s.479, cfr. tildels Gower s.214.

181. Westlake s.369 f.

dens store lighed med hovedsædeteorien er blevet betragtet som en kontrolteori. Dertil kommer at læren som nævnt også fandt anvendelse på fjendelovgivning, hvor på kontinentet kontrolteorien blev anvendt. Den grundlæggende engelske dom antages at være *The Cesena Sulphur Co. and The Calcutta Jute Mills Co. v. Nicholson*.¹⁸² Det førstnævnte selskabs hele virksomhed fandt sted i Italien, men bestyrelsen, som ledede virksomheden, sad i London, hvor også generalforsamlingerne afholdtes. Selskabet betragtedes derfor som engelsk skattesubjekt. Sagen ligner meget den sag om *Det danske Gascompagni*, som er refereret ovf., og hvis afgørelse formentlig stemmer med det resultat, man ville nå i England.¹⁸³

Engelsk retspraksis synes først og fremmest at have lagt vægt på ledelsens bopæl og litteraturen synes i hovedsagen at slutte sig hertil. Derimod har Serick gjort opmærksom på, at den engelske lovgivning under 1. verdenskrig om trading with the enemy først og fremmest lagde vægt på ledelsens nationalitet.¹⁸⁴

Man kan således tale om, at et selskab er underkastet fremmed kontrol enten hvis ledelsen er bosat i udlandet eller hvis den er af udenlandsk nationalitet. Allerede det tidligere omtalte cirkulære fra Garde de Sceaux af 29.februar 1916¹⁸⁵ fastslår, at kontrollen endvidere kan bero på kapitalens oprindelse, altså på om selskabet ejes af, om selskabsdeltagerne er, fjender. Fransk retspraksis har siden da på en række områder uden for den internationale privatret benyttet kontrolteorien til afgørelse af et selskabs tilhør uden at lægge hovedvægten hverken på ledelsen eller på kapitalen. Der foretages en undersøgelse af selskabets forhold i det hele, såvel med hensyn til ledelsen som kapitalen, og afgørende er det, om kontrollen derefter må siges hovedsagelig at ligge i udlandet.¹⁸⁶

Dette synspunkt er accepteret i det franske reformforslag.¹⁸⁷ Ifølge art.37(4) betragtes selskaber i relation til fremmedretten som franske,

182. (1876) 1 Ex.D.428. For fjenderettens vedkommende er den ledende afgørelse *Daimler Co. ltd. v. Continental Tyre Co. ltd.* [1916] 2 AC 307, hvor nogen vægt også blev lagt på kapitalens oprindelse.

183. Den engelske regel er optaget i den dansk-engelske dobbeltbeskatningstraktat art.II g. cfr. art.XIX stk.5.

184. Serick s.138 med note 3.

185. Jfr. Niboyet II s.365 f, jfr. også redegørelsen hos Surville s.725 ff.

186. Jfr. hertil *Pillet Traité* II s.798, Niboyet II s.374 ff og diskussionen i *Travaux V* s.465 ff samt ovf. kap.5 s.77.

187. Jfr. hertil *Comité français* s.42 ff og s.58 ff.

hvis de har deres siège social i Frankrig. »Toutefois si elles sont placées, *de quelques manière que ce soit*,¹⁸⁸ sous le contrôle d'étrangers ou d'organismes dépendant d'étrangers« betragtes de som fremmede. Og omvendt gælder det for selskaber, der har siège social i udlandet, at de betragtes som fremmede, medmindre de på en hvilken som helst måde er underkastet fransk kontrol. Dette sidste er videregående end tidligere teori og praksis, som kun antog, at fremmed kontrol over et fransk selskab kunne have konsekvenser, ikke fransk kontrol over et fremmed selskab.¹⁸⁹

Som illustration kan nævnes den ovf. omtalte franske Remington dom. Sagen drejede sig som nævnt om, hvorvidt det franske datterselskab af det amerikanske Remington selskab, der var dannet for at sælge Remington maskiner i Frankrig, var beskyttet efter reglerne om propriété commerciale, nærmest svarende til lejelovens regler om beskyttelse af erhvervslejemål. Disse regler beskytter kun franske virksomheder. Otte niendedele af selskabets kapital var amerikansk og bestyrelsens medlemmer var alle af udenlandsk nationalitet. Under henvisning hertil kom kassationsretten til det resultat, at selskabet ikke i relation til loven om propriété commerciale var fransk.¹⁹⁰

I Sverige findes der en lov, der indskrænker udlændinges ret til at eje aktier i selskaber, der ejer fast ejendom eller miner.¹⁹¹ Man lægger således vægt på kapitalens oprindelse. Også til de ndf. i kap.8 omtalte danske love, der på forskellig måde lægger vægt på kontrollen, findes der tilsvarende love i udlandet, heriblandt også i Sverige og Norge.¹⁹²

188. Udhævelsen foretaget af mig.

189. Jfr. Lérébours-Pigeonnière s.197.

190. Jfr. Dalloz 1936.1.121 samt omtalen hos Niboyet II s.376 ff. I en anden dom trykt smstd. kom retten til et lignende resultat med hensyn til et selskabs ret til at få andel i krigsskadeerstatninger.

191. Lov af 30.maj 1916 § 2. For andre eksempler på kontrolteoriens anvendelse i Sverige jfr. Nial i Friedmann, Legal Aspects of Foreign Investment, Boston-Toronto 1959 s.500 f.

192. Jfr. for Norge Eckhoff og Rikheim i Friedmann cit. note 191 s.390 ff.

Kapitel 7: Synspunkter vedrørende tilknytningen.

Den i kap.6 foretagne gennemgang af teorierne om tilknytningen i den internationale privatret vedrørende selskaber viser bl.a., at mange af teorierne har været traditionelt bestemt, og at de for det meste har været baseret på tankegange, som ikke kan accepteres ud fra moderne metodiske synspunkter, eller endog blot på postulater. I dette kapitel er det hensigten at foretage en analyse af de reale grunde for herigennem at finde frem til hvilken eller hvilke tilknytninger, der som hovedregel bør være afgørende for, hvilket lands selskabsret der skal finde anvendelse i selskabsretlige forhold. Derefter skal det i kapitel 8 undersøges, om det i nærværende kapitel opnåede resultat er acceptabelt for dansk rets vedkommende under hensyn til indholdet af dansk lovgivning og retspraksis.

Selvom hidtidig teori kun i ringe omfang har lagt vægt på en undersøgelse af de reale grunde for, hvilken tilknytning der bør være afgørende med hensyn til selskabers internationale retsstilling, må det erkendes, at det ikke tjener noget formål at begynde undersøgelserne over den relevante tilknytning på fuldstændig bar bund. Udgangspunktet for undersøgelserne må tages i de tilknytninger, der i dag har større følgeskab i teori og praksis. Thi selvom valget af disse tilknytninger ikke er baseret på bevidste overvejelser angående de reale grunde, der taler for dom, kan det næppe tænkes, at man i praksis ville have affundet sig med dem, dersom de ikke i hvert fald i adskillige henseender dækkede de praktiske behov. Dette, at man har affundet sig med dem, indicerer også, at en væsentlig del af uenigheden mellem tilhængerne af de herskende opfattelser måske skyldes en manglende analyse af, hvorpå uenigheden egentlig beror og hvilket område den dækker. Udgangspunktet for undersøgelserne må således blive hovedsædeteorien, hvis tilhængere først og fremmest findes på det europæiske kontinent, og incorporation-teorien hvis tilhængere hovedsagelig findes i de angelsaksiske lande, Holland og Skandinavien, men til hvilken også Pillet og delvis Niboyet må henregnes. Ud over hovedsædets beliggenhed og stedet, hvor selskabet er blevet til, spiller imidlertid også stedet, hvor selskabet udøver sin virksomhed, i praksis en betydningsfuld rolle, ikke mindst i fremmedretlig henseende;

og da de regler, som regulerer fremmede selskabers virksomhed, som vi skal se, i væsentlig grad supplerer de international privatretlige regler og til en vis grad er afgørende for valget af tilknytningsmoment, må også stedet for virksomhedens udøvelse inddrages i undersøgelserne.

Der skal da i det følgende foretages en undersøgelse af de reale grunde for valget af tilknytningsmoment med hensyn til selskabsretlige forhold, med særlig henblik på afgørelsen af hvilket eller hvilke af de tre nævnte tilknytningsmomenter det må anses for rigtigst at benytte.

Det er nødvendigt indledningsvis at foretage en bestemmelse af de tre tilknytningsmomenter, som skal inddrages i de følgende undersøgelser. Ved hovedsædet forstås her det virkelige i modsætning til det vedtægtsmæssige hovedsæde. En opfattelse af hovedsædet hvorefter dets beliggenhed beror på vedtægternes bestemmelse er i realiteten ensbetydende med tilslutning til incorporation-teorien, og en sådan opfattelse af hovedsædet har derfor ikke interesse for denne undersøgelse. Ved hovedsædets beliggenhed forstås altså det sted, hvor den virkelige, øverste ledelse af selskabet er beliggende og hvorfra ordrer og direktiver for dets virksomhed udgår. I denne definition kan sædet for en lokal ledelse, hvad enten denne ledelse står i spidsen for en selvstændig selskabsretlig organisation eller ej, ikke udgøre selskabets virkelige hovedsæde. Denne definition svarer muligvis ikke til den, som i praksis anvendes af mange tilhængere af hovedsædeteorien, men den er for denne undersøgelses formål den mest hensigtsmæssige.

Incorporation-teorien dækker som nævnt over de opfattelser, der er herskende i de angelsaksiske lande, Holland og Skandinavien og tillige over den opfattelse som Pillet og til dels Niboyet har givet udtryk for. I stedet for at tale om incorporation-loven vil der her blive talt om stiftelseslandets lov. Herved forstås i tilslutning til Pillet det lands lov, som faktisk er lagt til grund ved selskabets stiftelse og i henhold til hvilken selskabet er indrettet. Der er således ikke tale om stiftelsesstedets lov. Stedet, hvor stiftelseshandlingen har fundet sted og dokumenterne er underskrevet, er tilfældigt, og der kan ikke anføres holdbare synspunkter for anvendelsen af dette steds lov på selskabet.

Således forstået synes betegnelsen stiftelseslandets lov at være en dækkende oversættelse af, hvad der almindeligvis lægges i betegnelsen incorporation. Foruden det betimelige i at have en dansk terminologi opnår man ved at anvende betegnelsen stiftelseslandets lov at undgå de associa-

tioner af begrebsjurisprudentiel art, som anvendelsen af betegnelsen incorporation som beskrevet i kap.6 II giver anledning til.

Man kan spørge, hvorfor betegnelsen registreringslandets lov ikke foretrækkes for stiftelseslandets lov, da registreringen netop er foreslået som kriterium fra skandinavisk side. Årsagen hertil er, at denne betegnelse kun fremdrager en rent formel side af det kriterium for lovvalget, som den dækker over, mens den væsentligste begrundelse for registreringen som kriterium er dækket af betegnelsen stiftelseslandets lov. Hertil kommer, at den sidstnævnte betegnelse også dækker en række af incorporation-teorien omfattede tilfælde, som den nordiske registreringsteori som omtalt i kap.6 V b har ladet helt ude af betragtning. Da der her er tale om en almindelig afvejning af de tre tilknytningsmomenter over for hinanden, kan en betegnelse for incorporation-teorien, der kun tager et begrænset antal tilfælde i betragtning, ikke bruges. Disse to indvendinger imod anvendelsen af betegnelsen registreringslandets lov, der i virkeligheden hænger nøje sammen, skal forklares nærmere.

Tilknytningsmomentet »det land, hvor selskabet er registreret« lægger vægt på et forhold af stærkt formel karakter, registreringen, og understreger dermed et hensyn, der er af rent retsteknisk karakter, som afgørende for lovvalget, nemlig at det er let at konstatere, hvor et selskab er registreret. Dette hensyn må utvivlsomt tillægges en vis vægt, men ved en afvejning af de omtalte tre tilknytningsmomenter over for hinanden er det utilstrækkeligt at anføre et argument af rent formel, retsteknisk karakter. Det må ikke glemmes, at der især til fordel for hovedsædeteorien, som hele fraude à la loi læren viser, fremføres hensyn, der bundet i stærke, nedarvede følelser med hensyn til hvad der er rigtigt. En nærmere analyse viser da også, at der ligger noget mere bag registreringsteorien end det rent formelle. Den nordiske lære vil som omtalt i kap.6 kun lægge registreringen til grund i de tilfælde, hvor dens foretagelse er udtryk for en offentlig konstatering af, at registreringsmyndighedens egen lov er overholdt ved stiftelsen, og hvor registreringen tillige er et nødvendigt led i stiftelsen.¹ Bag ved registreringen og som begrundelse for dens anvendelse som kriterium ligger altså i realiteten, at registreringen udpeger den lov, der er lagt til grund ved stiftelsen og som selskabet er opbygget efter, stiftelseslandets lov. Registreringens anven-

1. Jfr. Nial s.75 note 2, smlgn. Nial i Actes s.178 f og Karl Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften I, 1898, s.404 ff.

delse som kriterium er blot en retsteknisk forskydning, som muliggøres af registreringssystemet og som letter konstateringen af den relevante tilknytning. Anvendelsen af betegnelsen stiftelseslandets lov dækker altså fuldt ud den teori, som finder udtryk i betegnelsen registreringslandets lov.

Af den anførte begrundelse for registreringen som tilknytningsmoment kan tillige den anden og væsentligste indvending imod at benytte betegnelsen registreringslandets lov udledes. Begrundelsen fører nemlig til en begrænsning i registreringsteoriens anvendelsesområde, såvel i henseende til hvilke lande som med hensyn til hvilke selskabsformer den omfatter. Så snart der ikke som ved de nordiske, tyske, engelske og hollandske aktieselskabslove² og den svenske lov om ekonomiska föreningar er knyttet en officialvirksomhed med hensyn til overholdelsen af registreringslandets lov til registreringen, eller registreringen ikke som i de nævnte love er et nødvendigt led i selve stiftelsen, men registeret derimod, som i de nordiske lande når det ikke drejer sig om de nævnte love, blot sikrer en vis publicitet, kan der ikke af registreringen sluttes noget om, hvilket lands selskabslov der er lagt til grund ved stiftelsen. Da begrundelsen for anvendelsen af registreringen som kriterium netop var, at man fra registreringen kunne slutte sig til, hvilken lov der havde fundet anvendelse ved stiftelsen, vil den nordiske lære i de tilfælde, hvor der ikke finder en registrering sted af hvilken der kan sluttes noget om den anvendte lov, ikke lægge registreringen til grund ved afgørelsen af, hvilket lands lov der skal finde anvendelse, men falder som beskrevet i kap.6 tilbage på hovedsædets beliggenhed som kriterium. Registreringsteoriens anvendelsesområde er derfor i hovedsagen begrænset til de nævnte lande og de nævnte selskabsformer. Hertil kommer, at registreringen ikke kan være vejledende for registreringsmyndigheden med hensyn til, om registrering skal foretages.³ Incorporation-teorien dækker derimod alle disse tilfælde, der ikke omfattes af registreringsteorien; ved en almindelig afvejning af de omtalte tre tilknytningsmomenter over for hinanden er det derfor nødvendigt at benytte en betegnelse, der dækker samtlige tilfælde. Betegnelsen registreringslandets lov kan således ikke anvendes.

Selvom betegnelsen stiftelseslandets lov i den ovf. omtalte betydning som følge af det sagte som hovedregel vil blive anvendt i det følgende,

2. Om fransk ret Berglund s.20 og ovf. kap.6 V b.

3. Smlgn. Torp s.288.

er der ikke noget i vejen for fortsat at tale om registreringslandets lov inden for det område, hvor denne betegnelse er dækkende, d.v.s. for aktieselskabers vedkommende i forholdet mellem de nordiske lande, England, Holland og Tyskland. Da det først og fremmest er aktieselskaber, der er genstand for behandling her, vil betegnelsen blive brugt i flæng med stiftelseslandets lov, og den foregående udvikling er da underforstået.

Med hensyn til virksomhedsstedet tænkes der i første række på et land, hvor der udøves en virksomhed til direkte fremme af selskabsformålet, altså først og fremmest fabrikation og salg. Som vi skal se, spiller i praksis også andre steder, hvor selskabet udøver en eller anden aktivitet, en rolle, men i disse tilfælde er der ikke tale om at lægge dette tilknytningsmoment til grund i almindelighed, men kun med henblik på specielle forhold.

Forinden undersøgelsen angående de enkelte tilknytningsmomenter påbegyndes, skal der gives en beskrivelse af de hovedtilfælde, hvor der foreligger en sådan international tilknytning, at der kan blive spørgsmål om anvendelse af den internationale privatret. En væsentlig årsag til den i dag herskende uenighed i den internationale privatret vedrørende selskaber synes at være, at diskussionen om de forskellige tilknytningsmomenter fordele og mangler er foregået på et alt for abstrakt plan. En beskrivelse af hvorledes international privatretlige problemer forekommer i det praktiske liv vil således – samtidig med at lette undersøgelsen af de reale grunde der taler for og imod de forskellige tilknytningsmomenter – kunne benyttes til at vise, at uenigheden mellem hovedsædeteori og incorporation-teori i virkeligheden kun omfatter nogle ganske få tilfælde.

Beskrivelsen samler sig om tre hovedgrupper af tilfælde. Det kan for det første tænkes (situation nr.1), at selskabsforholdene i enhver henseende er koncentreret om et enkelt land (oprindelseslandet). Stiftelsen foregår dér i henhold til dette lands ret, stifterne og deltagerne hører hjemme dér, og virksomheden ledes og udøves dér af personer, som har landets nationalitet og er bosat dér. Enhver tilknytning peger hen til oprindelseslandets selskabsret.

Man må nu tænke sig,⁴ at selskabet udvider sin virksomhed til et andet land (nabolandet), idet man fx. lægger en fabrikations- eller salgsvirk-

4. Smlgn. Pillet s.52 f.

somhed dér. Det er klart, at den nye virksomhed i nabolandet i hvert fald i sidste instans ledes fra oprindelseslandet. Modervirksomhedens indflydelse kan under hensyn til den nye virksomheds organisation og opgaver og tilliden til den lokale ledelse give sig større eller mindre udslag i det daglige, men den øverste ledelse vil altid ligge hos modervirksomheden, fra hvilken direktiverne for virksomhedens udøvelse udgår, og som virksomhedens indtjening kommer til gode, og som evt. kan gennemtvinge sin opfattelse ved at indsætte en ny ledelse. I alle disse tilfælde, hvor en virksomhed udvider ud over det lands grænser, hvor den er påbegyndt, må altså i den her anvendte terminologi hovedsædet anses for beliggende i oprindelseslandet.⁵

Udvidelsen ud over oprindelseslandets grænser kan tænkes at finde sted under forskellige former. Den kan tænkes (situation nr.2) at foregå på den måde, at selskabet i nabolandet lægger en virksomhed med lokal driftsledelse, men uden at der i nabolandet skabes en særlig, selskabsretlig organisation. Så længe anden kapital end selskabets egen ikke indgår i virksomheden i nabolandet, er denne fremgangsmåde set fra selskabets synspunkt den naturlige. Når bortses fra overskridelsen af landegrænser,⁶ svarer anbringelsen af en virksomhed i et andet land i mange henseender til anbringelsen af en afdeling af virksomheden i et andet geografisk område af oprindelseslandet end det, hvor hovedvirksomheden er beliggende. En sådan afdeling vil kun blive udskilt i en særlig selskabsretlig organisation, hvis særlige grunde taler derfor.

Ved oprettelsen af en virksomhed i nabolandet må man naturligvis følge dette lands regler om næringsudøvelse på dets territorium, herunder også sådanne regler som særlig regulerer eller begrænser fremmed næringsudøvelse på territoriet. Det kan være regler, der fordrer registrering af filialer i et handelsregister, stiller særlige krav til den lokale ledelse, afskærer fra visse former for virksomhed eller forudsætter erhvervelse af næringsbrev. Det kan dog også være regler, der kræver visse af nabolandets selskabsretlige regler overholdt af moderselskabet.

Det kan imidlertid tænkes, at nabolandet overhovedet ikke tillader

5. Her bortses foreløbig fra den situation, hvor virksomhedens øverste ledelse flytter til den nye virksomhed i nabolandet og fremtidig leder hele virksomheden derfra.
6. Herved bortses der samtidig fra, at virksomheden i nabolandet måske slet ikke ville være blevet oprettet, hvis landegrænser ikke fandtes, fordi nabolandet i så fald ville kunne betjenes fra virksomheden i oprindelseslandet.

fremmede selskaber direkte at udøve permanent virksomhed på sit territorium, eller at det stiller så strenge selskabsretlige krav til moderselskabet, at dette måske bliver ude af stand til både at opfylde disse krav og oprindelseslandets selskabsretlige regler, eller at det iøvrigt har indrettet sin lovgivning således, at det bliver ufordelagtigt for fremmede selskaber at drive virksomhed i nabolandet under den form, som er beskrevet som situation nr.2. I så fald står der kun tilbage for moderselskabet at drive virksomheden i nabolandet på den måde, der naturligvis også kan benyttes iøvrigt, at der i nabolandet skabes en selvstændig selskabsretlig organisation (situation nr.3).⁷ En sådan selskabsstiftelse må selvsagt foregå i overensstemmelse med nabolandets selskabsretlige regler, og virksomheden må ligeledes udøves under iagttagelse af nabolandets regler angående næringsudøvelse på territoriet. Om det nye selskab i relation til disse regler bliver betragtet som et i nabolandet hjemmehørende selskab eller som et fremmed selskab, må helt bero på disse reglers udformning.

Der findes naturligvis en række tilfælde, der ikke umiddelbart kan henføres til en af disse situationer. Der findes således mellemformer, hvor fx. et selskab ikke driver permanent virksomhed i et naboland, men blot af og til udøver aktivitet af en eller anden art i nabolandet. En sådan aktivitet kan endvidere have relation enten til virksomhedens formål, indkøb, fabrikation, salg eller andet, eller den kan stå i relation til selve selskabsforholdet, først og fremmest i form af tegning af kapital.

Også iøvrigt kan det forekomme, at et tilfælde ikke umiddelbart kan indpasses i en af de beskrevne situationer. Som et sådant tilfælde, der er særlig vigtigt fordi det i virkeligheden udgør hovedanstødsstenen i striden mellem hovedsædeteorien og incorporation-teorien, skal nævnes det, hvor selskabet er stiftet i henhold til loven i et land, hvor ingen eller kun en mindre del af virksomheden udøves, mens selskabet ledes fra og (hoved)virksomheden udøves i et andet land (situation nr.4). Tilfældet må for så vidt henføres til situation nr.2, som der udøves virksomhed i et land, uden at der er stiftet en selvstændig selskabsretlig organisation dér; men det afviger fra situation nr.2 ved ikke at være udtryk for det

7. Det forudsættes herved, at nabolandet overhovedet tillader en sådan fremgangsmåde og ikke helt udelukker fremmed selskabsvirksomhed, direkte eller indirekte.

normale billede af et ekspanderende foretagende, der efter at have påbegyndt virksomhed i et land søger nye forretningsmuligheder gennem udvidelse til andre lande.

Ingen beskrivelse af de internationale situationer, som selskaber kan befinde sig i, kan være udtømmende. Når man derfor til særlig behandling udskiller en gruppe tilfælde med visse fælles kendetegn, beror afgrænsningen af gruppen på formålet med at udskille den. Når situation nr.4 udskilles til særlig behandling, er baggrunden et ønske om at finde frem til de tilfælde, der i særlig grad har ført til uenighed i hidtidig teori, med henblik på en afgørelse af hvilken af de stridende opfattelser der bør have medhold, eller evt. for at finde frem til en kompromisløsning mellem disse opfattelser.

Under hensyn hertil kan man til situation nr.4 særlig henføre de tilfælde, hvor et selskab stiftes i henhold til loven i et land, til hvilket det bortset fra den derved skabte tilknytning ingen som helst tilknytning har. I nylig foretagne amerikanske undersøgelser har man igen delt disse tilfælde op i to undergrupper, nemlig dels en der omfatter tilfælde, hvor selskabet i det hele er knyttet til en enkelt stat, mens stiftelsen har fundet sted i henhold til loven i en anden stat; og dels en gruppe der omfatter tilfælde, hvor selskabet har tilknytning til mere end en stat, men hvor stiftelsen ikke har fundet sted i henhold til loven i nogen af disse.⁸ I den første gruppe tilfælde taler man om pseudo-foreign corporations,⁹ en betegnelse der på udmærket måde giver udtryk for, at det drejer sig om tilfælde, hvor der kunstigt er skabt en international situation. Hvis man ikke havde anvendt et andet lands lov ved stiftelsen, ville tilfældet være blevet henført til situation nr.1. Man har af en eller anden grund søgt at bringe tilfældet til at ligne de af situation nr.2 omfattede tilfælde ved at anvende en anden lov end oprindelseslandets ved stiftelsen, og derved har man kunstigt gjort dette land til naboland. I den anden gruppe tilfælde foreligger der vel en international situation; man har blot ikke valgt en af de faktisk foreliggende tilknytninger, men har, på samme måde som i den første gruppe tilfælde, benyttet loven i et land, til hvilket der ingen tilknytning er. Overgangen er ikke skarp fra denne gruppe tilfælde til en tredje gruppe, hvor man vel har anvendt loven i et

8. Jfr. Reese s.1118.

9. Jfr. Latty s.137, jfr. s.161.

af de lande, til hvilke der findes en tilknytning, men blot ikke loven i det land hvortil den efter forholdene stærkeste tilknytning findes.¹⁰

Ved de følgende overvejelser om hvilken tilknytning man bør anse for afgørende, må det erindres, at ethvert land set i forhold til de beskrevne situationer naturligvis både kan tænkes som oprindelsesland og som naboland. Ved overvejelserne må det derfor tages i betragtning, om det valgte kriterium er acceptabelt fra et lands side, både når det optræder som oprindelsesland og som naboland, ligesom det er nødvendigt at tage særlig stilling til de af situation nr.4 omfattede tilfælde. Det må imidlertid anses for det naturligste først at undersøge, hvorledes man må stille sig til de forskellige tilknytningsmomenter i de sædvanlige situationer og derefter, når man har foretaget sit valg, undersøge hvorledes man skal forholde sig til situation nr.4.

Overvejer man herefter til hvilket land et selskab synes at have sin stærkeste tilknytning, i hvilket land de selskabsretlige retsforhold har deres sæde, forekommer det umiddelbart, at det af Loussouarn fremdragne synspunkt angående selskabets institutionelle karakter er af stor betydning. Selskabet er som organisation indgået i den økonomiske struktur i det land, hvor det hører hjemme; dets samlede virksomhed er et led i de faktorer som bestemmer landets økonomiske stilling, ligesom dets enkelte dispositioner bliver af væsentlig betydning for de i landet bosatte personer, der kommer i kontakt med selskabet, være sig ved indgåelse af kontrakter om permanent forbindelse med selskabet eller i enkeltstående tilfælde, ved skadegørende handlinger som selskabet er ansvarlig for, eller ved deltagelse i selskabet med kapitalindskud.

Overvejelser af denne art ligger sikkert for en væsentlig del bag antagelsen af hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment. Hovedsædets beliggenhed i et land vil ofte være en konsekvens af, at selskabets kapital stammer fra dette land, at dets medarbejdere hentes fra dette land, at virksomheden i det væsentligste udøves der, og at virksomhedens resultater kommer dette land til gode.¹¹ Det er da også tidligere omtalt, at retspraksis i mange tilfælde ikke henholder sig til hovedsædets beliggenhed alene, men også nævner andre støttfaktorer for lovvalget.

Så snart et selskabs virksomhed i et land antager form af mere end enkeltstående dispositioner, begynder selskabet at spille en lignende rolle

10. Under denne gruppe falder også nærmest det ovf. note 5 omhandlede tilfælde.

11. Smlgn. v. Bar I s.315 f.

for dette land, som det spiller for det land, hvor dets hovedsæde er beliggende. Et naboland hvor et selskab udøver virksomhed, vil ofte i kraft af denne virksomheds betydning for dets eller dets borgeres økonomi kunne begrunde et krav om anvendelse af dets selskabsretlige regler med praktisk talt de samme grunde, som oprindelseslandet, hvor hovedsædet er beliggende, kan anføre for anvendelsen af dets selskabsret.¹² Det viser sig altså, at den af Loussouarn fremdragne argumentation, som han ganske vist ikke brugte til fordel for noget af de her anførte tilknytningsmomenter, men imod antagelsen af partsautonomi, foruden for hovedsædets beliggenhed også og måske i højere grad taler for stedet for virksomhedens udøvelse som tilknytningsmoment.¹³ I tilfælde, hvor virksomhedens omfang er nogenlunde det samme i to lande, vil det fra nabolandets synspunkt ofte kunne virke urimeligt, at loven i oprindelseslandet skal finde udelukkende anvendelse, fordi hovedsædet tilfældigvis er beliggende der.

De nu anførte argumenter vil normalt også kunne anføres til fordel for anvendelsen af stiftelseslandets selskabslovgivning. I praksis vil forholdet nemlig oftest være det, at et selskab er stiftet i henhold til det lands lovgivning, hvor dets hovedsæde er beliggende og dets virksomhed udøves, og til hvilket det altså i alle måder har den stærkeste tilknytning.

Hovedsædets beliggenhed har som tilknytningsmoment den fordel fremfor stedet for virksomhedens udøvelse, at hovedsædet kun er beliggende et sted, mens virksomhed kan tænkes udøvet i flere lande. Falder man tilbage til det gamle tilknytningsmoment, stedet hvor hovedvirksomheden er beliggende, kan der imod det anføres det samme synspunkt, som kan anføres imod hovedsædet, at det ikke tilgodeser de andre landes interesser, hvor selskabet også udøver virksomhed. Både for hovedvirksomhedens og hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment gælder endvidere, at denne ikke altid er helt let at afgøre. Særlig for hovedsædets vedkommende må det herved erindres, at det er det reelle, ikke blot det tilsyneladende hovedsæde, der skal findes.

Til de anførte synspunkter må føjes, at hverken anvendelsen af hovedsædets beliggenhed eller stedet for virksomhedens udøvelse som tilknytningsmoment stemmer med den faktiske internationale praksis vedrørende selskaber. Med hensyn til stedet for virksomhedens udøvelse kan nævnes,

12. Smlgn. Pillet *Traité* II s.785 f.

13. Jfr. også diskussionen i *Comité français* s.60 ff.

at fremmede selskaber i de allerfleste lande kan udøve i hvert fald mange former for virksomhed uden derfor at være nødt til i almindelighed at underkaste sig den lokale selskabsret, når de blot overholder de særlige forskrifter, der er givet for fremmede selskabers virksomhed. Et tilknytningsmoment baseret på stedet for virksomhedens udøvelse fører imidlertid nødvendigvis til, at fremmede selskaber kun kan drive virksomhed i et naboland gennem et i henhold til det pågældende lands ret stiftet datterselskab. Omend udviklingen i praksis går i den retning, at ekspanderende virksomheder foretrækker at stifte selvstændige selskaber i nabolandene i overensstemmelse med disses ret (situation nr.3) fremfor blot at etablere sig i nabolandene uden at skabe en selvstændig selskabsretlig organisation (situation nr.2), er en regel, der tvinger til at benytte den førstnævnte fremgangsmåde, ikke gennemført i alle lande eller for alle arter af virksomhed. Oprindelseslandene har naturligvis ingen interesse i trods alt at forlange af deres ekspanderende selskaber, at de foretager stiftelse af datterselskaber i nabolandene, hvis de selv ser deres fordel i at benytte en anden, i nabolandene anerkendt fremgangsmåde. Dette betyder ikke, at stedet for virksomhedens udøvelse er uden betydning for den internationale privatret vedrørende selskaber. Konsekvensen er kun, at dette tilknytningsmoment ikke kan bruges som det, der som hovedregel vil være afgørende, men at det, som vi skal se, må anvendes som en særregel i de tilfælde, hvor de her til fordel for stedet for virksomhedens udøvelse som tilknytningsmoment anførte argumenter vejer stærkere end de synspunkter, der taler for det tilknytningsmoment, der som hovedregel vil blive anvendt vedrørende selskabsretlige forhold. Anvendelsen af virksomhedsstedets lov bliver en speciel kollisionsnorm for visse af selskabsrettens områder, men egner sig ikke som almindelig kollisionsnorm.

Med hensyn til hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment kan en lige så afgørende praktisk indvending anføres. Dette kriterium for tilknytningen lader sig nemlig overhovedet ikke anvende i situation nr.3, hvor der i nabolandet skabes en selvstændig selskabsretlig organisation til varetagelse af den derværende virksomhed. Set fra oprindelseslandets side er det klart, at dette ikke har nogen interesse i at begrænse sine selskabers mulighed for at opnå de bedst mulige vilkår for deres erhvervsudøvelse i udlandet ved at forhindre dem i at skabe datterselskaber i udlandet, der uanset hovedsædets beliggenhed i oprindelseslandet underkastes den lokale lovgivning. Set fra nabolandets synspunkt er det på den

anden side lige så klart, at det ikke vil lægge vægt på, at et selskabs reelle hovedsæde er beliggende uden for dets grænser, når det dog opnår, at dets egen selskabslovgivning finder anvendelse, og de hensyn, som den tilgodeser, derved varetages. For det meste skyldes stiftelsen af datterselskaber i nabolandet netop dettes egen politik over for fremmede selskaber.¹⁴ Kun hvis dannelsen af en særlig selskabsretlig organisation i et naboland må betragtes som en omgåelse af dettes fuldstændige forbud imod fremmed selskabsvirksomhed, eller hvis nabolandet udtrykkelig har bestemt, at fremmed selskabsvirksomhed skal foregå under ganske bestemte former og ikke kan foregå gennem stiftelsen af et datterselskab, kan der være tale om at lægge vægt på hovedsædets (hovedselskabets) beliggenhed. Thi det er klart, at ethvert lands lovgivning kan bestemme, at det er en forudsætning for stiftelse af et selskab i henhold til denne lovgivning, at selskabets reelle hovedsæde er beliggende i det pågældende land. En sådan indstilling til fremmede selskabers datterselskaber er ikke gældende ret i noget mig bekendt retssystem (i den vestlige verden), hvorimod Niboyet som nævnt har været inde på ønskeligheden af en sådan regel.¹⁵ Samtaler med teoretikere og praktikere fra hovedsædeteorien mest trofaste tilhængerlande, Frankrig og Belgien, viser, at man ikke der er i tvivl om, at fremmede selskaber kan stifte datterselskaber i de lokale former, selvom det er klart, at disse datterselskabers øverste ledelse ligger i udlandet, hvor måske endda en væsentlig del af bestyrelsen er bosat. Det har også vist sig gennem en af International Law Association foretagen undersøgelse,¹⁶ at det ikke er normalt, at selskaber, der ønsker at oprette datterselskaber i andre lande, støder på vanskeligheder i den anledning, fordi datterselskabernes reelle hovedsæde må anses for beliggende i oprindelseslandet. Hvis det imidlertid må anerkendes, at et datterselskab er underkastet nabolandets selskabslovgivning, må det erkendes, at hverken de lande, der i deres egenskab af nabolande tillader dannelse af datterselskaber inden for deres grænser i henhold til deres egen ret, eller de lande, der i deres egenskab af oprindelsesland tillader

14. Jfr. Nussbaum s.189.

15. Thibierge antager i *Le statut de l'étranger et le Marché Commun*, 1959 s.303 f, at fransk ret i hvert fald teoretisk arbejder med en sådan indstilling til fremmede datterselskaber, idet dette må være en nødvendig følge af anerkendelsen af hovedsædeteorien, jfr. definitionen ovf. s.148.

16. Jfr. ILA 1956 s.320, s.344 f og s.369.

deres selskaber at danne datterselskaber i nabolande i henhold til disses ret, kan siges at gå ind for hovedsædets beliggenhed som almindelig tilknytningsmoment.¹⁷ Ved stiftelse af datterselskaber er det i praksis netop loven i det land, hvor det er hensigten at lokalisere selskabet, der lægges til grund og som senere anvendes på datterselskabet.¹⁸ For datterselskabers vedkommende bliver herefter forskellen mellem hovedsædeteori og stiftelsesteori minimal, særlig hvis loven i det land hvor datterselskabet arbejder ikke engang indeholder såkaldte Überfremdungs regler, der sikrer, at der findes en ansvarlig bestyrelse af hvilken i hvert fald majoriteten har bopæl i landet. Hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment er således reduceret til kun at finde anvendelse på moderselskaber.¹⁹ Rent bortset fra at der ikke synes at være grund til at behandle moder- og datterselskaber forskelligt i den internationale privatret, selvom der set fra et sociologisk standpunkt er stor forskel på dem, må det undersøges, hvilken betydning der på det således afgrænsede område kan tillægges hovedsædets beliggenhed.

Forinden kan der måske være grund til at imødegå den indvending imod den fremsatte kritik af hovedsædeteorien, at den beror på den definition, der her er givet af denne teori. Hvis man, som mange tilhængere af hovedsædeteorien er tilbøjelige til, antager, at et datterselskab med en selvstændig selskabsretlig organisation har sit hovedsæde dér, hvor denne organisations valgte bestyrelse befinder sig, vil den rejste indvending nemlig falde bort af sig selv.

Dette er naturligvis rigtigt. Hvis man imidlertid antager en sådan regel med hensyn til datterselskaber, er det ensbetydende med for disses vedkommende at acceptere, at det ikke er det reelle, men det vedtægtsmæssige hovedsæde, der er afgørende. Hvis et selskab er registreret som aktieselskab i det danske aktieselskabsregister og i overensstemmelse med aktieselskabsloven har valgt en bestyrelse, fører det anførte synspunkt til uden videre at antage, at selskabet, når det er datterselskab af et fremmed selskab, har sit hovedsæde her i landet. Hvis et andet selskab, for hvilket nøjagtig det samme gælder, ikke er datterselskab af et fremmed selskab, men dets bestyrelse i samme omfang som datterselskabet får direktiver

17. Jfr. Kollewijn s.16.

18. Jfr. Lando s.36, der begrænser området for den internationale privatret vedrørende selskaber til moderselskaberne. Smlgn. Pillet *Traité* II s.794.

19. Jfr. Derycke i ILA 1956 s.345.

for selskabets virksomhed fra udlandet, har det derimod sit hovedsæde i udlandet. En bestemmelse af hovedsædeteoriens indhold, som fører til sådanne konsekvenser, kan være praktisk for at komme uden om de uheldige følger af hovedsædeteoriens antagelse, men lader sig ikke anvende ved diskussionen af, hvilket tilknytningsmoment der må foretrækkes.

For moderselskabers vedkommende fører anvendelsen af hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment i det store flertal af tilfælde til samme resultat som anvendelsen af stedet for virksomhedens udøvelse eller stiftelseslandet som tilknytningsmoment vil føre til.²⁰ De tilfælde, hvor hovedsædet er beliggende i et andet land end det, i henhold til hvis ret selskabet er stiftet, og hvor det udøver sin virksomhed, må anses for undtagelsestilfælde. Bortset fra disse tilfælde er det derfor ligegyldigt, om man anvender det ene eller det andet af de omhandlede kriterier som tilknytningsmoment. De tilfælde, hvor hovedsædets beliggenhed og stedet for virksomhedens udøvelse begge peger i retning af en anden lov end den, der er anvendt ved stiftelsen, omfattes af situation nr.4 og skal omtales særskilt ndf. Tilbage står således alene de tilfælde, hvor hovedsædet er beliggende i et land, mens de to øvrige tilknytningsmomenter taler for anvendelsen af et andet lands lov, der er blevet anvendt i forbindelse med stiftelsen. Et krav fra det lands side, hvor hovedsædet er beliggende, om at dette lands ret skal finde anvendelse i dette tilfælde, er næppe gennemførligt. Tilfældet er sikkert ikke særlig praktisk, men det er prøvestenen for, om det virkelig er hovedsædets beliggenhed og ikke et af de andre tilknytningsmomenter, der i realiteten lægges vægt på.²¹ Set fra det lands side, hvor virksomheden udøves og hvis selskabsretlige regler faktisk er anvendt ved stiftelsen, vil det ikke kunne anerkendes, at et andet lands ret skal finde anvendelse på selskabet, blot fordi dets hovedsæde er beliggende i det andet land. Dette er netop baggrunden for stiftelsen af lokale (datter)selskaber. Udøvelsen af den tankevirksomhed, der ligger til grund for ledelsen af et selskab, er vel overordentlig væsentlig for selskabets trivsel, men den kan næppe siges at være i den grad knyttet til det territorium, hvor tankevirksomheden foregår, at det i sig selv kan begrunde anvendelsen af loven i det pågældende land på en selskabsvirksomhed, som bortset herfra i det hele er knyttet til et andet

20. Smlgn. Pillet s.52 f, Lovkonflikter s.177.

21. Smlgn. Pillet Traité II s.789.

land. Jansma²² har nævnt et eksempel på et selskab, der var stiftet og drev sin virksomhed i Amsterdam, men hvis eneste aktionær og direktør boede på Rivieraen og dirigerede selskabets forretning derfra. Selskabet lededes altså utvivlsomt derfra, men der synes ikke at være særlig grund til derfor at forlange fransk ret anvendt på selskabet. Det er ikke ledelsens tankevirksomhed og interne forhandlinger, men de udslag, som den giver sig i forhold til omverdenen i videste forstand, der betinger den retlige regulering af selskabsforholdet. Først i det øjeblik, selskabet trækker på det lands ressourcer, hvor hovedsædet er beliggende, ved dannelsen af selskabet og udøver en væsentlig virksomhed i det pågældende land, begynder der at blive basis for anvendelsen af dette lands lovgivning; men i så fald vil den også oftest være anvendt ved stiftelsen, og det er ikke længere hovedsædets beliggenhed i det pågældende land, der i sig selv giver anledning til anvendelsen af dets lovgivning. Argumenterne for anvendelsen af hovedsædets lov vil oftest også passe bedre som argumenter for anvendelsen af loven i det land, hvor virksomheden udøves, men det ser forfatterne bort fra for på en gang at nå til et kriterium, som kan føre til anvendelse af et enkelt lands lov, og komme uden om anvendelsen af stiftelseslandets lov på grund af the endless fear of fraud. I Jansmas eksempel ville en argumentation for hovedsædets lov også let kunne drejes til at være en argumentation for kontrolteorien. Anvendelsen af hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment stammer fra en tid, da selskabshovedsæder i overensstemmelse med datidens økonomiske forhold var beliggende i en europæisk hovedstad,²³ og hvor endvidere selve beliggenheden gav selskabet prestige og evt. også mere kontante fordele,²⁴ ligesom beliggenheden af et stort selskabs hovedsæde med filialer i mange, især eksotiske dele af verden betragtedes som en prestigemæssig fordel for byen eller landet, hvor det lå. Det er sikkert bl.a. lignende, i dag irrationelle momenter, der ligger bag den stadige fastholden af hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment, skønt det må erkendes, at det i dag er den naturlige og ofte nødvendige fremgangsmåde at foretage nystiftelse af selskabet i de fremmede lande, hvor det virker. I dag, hvor international selskabsvirksomhed opbygges i koncernform, reduceres selskabet i oprindelseslandet til at virke som et med de øvrige til koncernen

22. ILA 1954 s.385 f. Jfr. også Mann s.284 f.

23. Jfr. for nogle typiske eksempler Michael Hansson i T.f.R. 1932 s.298.

24. Jfr. v. Bar I s.315 f.

hørende selskaber i andre lande sideordnet led til varetagelse af virksomheden i det land, hvor tilfældigvis også hovedsædet er beliggende.²⁵ At koncernledelsen samtidig fungerer som lokaledelse kan ikke føre til at anvende loven i det land, hvor koncernledelsen er beliggende, på koncernen som helhed. Det er da også mit indtryk, at realiteten bag anvendelsen af hovedsædet som kriterium ikke – som man af de teoretiske fremstillinger kan få indtryk af – er den tildels mystiske antagelse, at selskabets, den juridiske persons substans, er koncentreret på hovedsædet. Når man har anvendt hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment er årsagen sikkert bl.a. den, at det er denne lov, som normalt i praksis bliver bragt i anvendelse på selskaber ved deres stiftelse.²⁶ Forsåvidt giver hovedsædeteorien altså udtryk for den samme tankegang som den nordiske registreringsteori, blot har man ikke i de romanske lande et lignende let anvendeligt holdepunkt for tilknytningen og har derfor valgt et andet, der i gennemsnitstilfældene fører til et tilsvarende resultat. Da hovedsædets beliggenhed imidlertid først konstateres, når spørgsmålet bliver aktuelt, mens registreringen er en ved selskabets stiftelse foretagen, offentlig konstatering af den anvendte lov, kan anvendelsen af det førstnævnte tilknytningsmoment i modsætning til det sidstnævnte føre til et andet resultat end det af parterne tilsigtede. Vi kommer derved til at stå overfor de tilfælde, hvor anvendelsen af hovedsædets lov betyder anvendelsen af en anden lov end den parterne har tænkt sig og selskabsstiftelsens deraf følgende ugyldighed, hvad enten parterne har haft omgåelseshensigt ved anvendelsen af en anden lov end den, der nu er konstateret at være hovedsædets lov, eller ikke.

Når man herefter efter min opfattelse må se bort fra hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment, er det dels fordi det ikke stemmer med praksis i alle de tilfælde, hvor selskabet er et i henhold til den lokale lovgivning stiftet datterselskab af et fremmed selskab, dels fordi det i de resterende tilfælde ikke er selve hovedsædets beliggenhed, der i realiteten begrunder anvendelsen af loven i det land, hvor hovedsædet er beliggende, på det derværende selskab, men en række andre faktorer. Blandt disse kan nævnes den faktiske anvendelse af dette lands lovgivning; det forhold at selskabets økonomi er et led i dette lands økonomi, idet tegning af kapitalen finder sted i dette land; at derfor et af de hensyn,

25. Smlgn. Kronstein i *Selected Readings on Conflict of Laws*, St. Paul 1956, s.1127.

26. Smlgn. *Lovkonflikter* s.176.

der har ført til, at landet har en selskabslovgivning, beskyttelse af selskabsdeltagerne, begrundet anvendelse af dets lovgivning; og den omstændighed at en væsentlig virksomhed ofte vil blive udøvet der, således at også den anden gruppe, der beskyttes af selskabslovgivningen, medkontrahenter og kreditorer, kan forvente den lokale lovgivning anvendt.

Det foregående viser ikke blot, at hverken virksomhedens udøvelse eller hovedsædets beliggenhed i sig selv kan begrunde den almindelige anvendelse af en lovgivning på et bestemt selskab, men at i det hele taget ingen enkelt faktor blandt dem, der tilsyneladende hver for sig kræver anvendelsen af et lands lovgivning, for at de formål, som denne lovgivning tilsigter at varetage, kan opfyldes, kan anvendes som almindeligt tilknytningsmoment i den internationale privatret vedrørende selskaber. En selskabsdannelse er en helhed, hvoraf intet enkelt led kan drages frem og gives en sådan betydning, at den internationale privatretlige regel kan baseres på den tilknytning, der er naturlig i relation til dette led i selskabsdannelsen. I en række tilfælde vil de enkelte led derimod, som vi skal se, kunne begrunde opstillingen af særlige kollisionsnormer, der i disse tilfælde fører til anvendelsen af et andet lands lovgivning end den, der i almindelighed må være anvendelig på selskabsforhold.

På denne baggrund bliver anvendelsen af stiftelseslandets (registreringslandets) lov – den lov der rent faktisk har fundet anvendelse ved selskabets stiftelse og i henhold til hvilken det er indrettet, og hvis anvendelse ofte er blevet konstateret ved registrering – den naturlige tilknytning i selskabsretlige forhold. I hovedparten af tilfældene stemmer dens anvendelse som tidligere nævnt med de øvrige tilknytningsmomenter, som der kan være tale om at lægge vægt på. For stiftelseslandets lov taler endvidere, som det er blevet sagt og ndf. nærmere skal illustreres, »demands of convenience, certainty and ease of application«. ²⁷ Dens anvendelse stemmer med den faktiske internationale praksis vedrørende fremmede selskabers datterselskaber. ²⁸ Endelig går en betydningsfuld del af den europæiske teori foruden angelsaksisk, hollandsk, svensk og formentlig schweitzisk teori og praksis ind for anvendelse af stiftelseslandets lov.

27. Reese s.1126., jfr. Van Hecke s.11.

28. »Assuming that it is legal theory which should adjust to economic reality and not the reverse, it follows that any divergence between corporate theory and the underlying economic facts should be resolved in favour of the latter.« Kronstein

Stiftelseslandets lov er den eneste lov, hvis anvendelse respekterer selskabets institutionelle karakter. Det er tidligere sagt, at selskabet ikke i sig selv er noget, men blot er et teknisk hjælpeudtryk, som letter fremstillingen af reglerne om de selskabsretlige forhold. Dette er det nødvendigt at fastholde af hensyn til muligheden for at anvende forskellige landes lovgivning i forskellige arter af selskabsretlige forhold. Samtidig må det imidlertid ikke overses, at de enkelte selskabsretlige forhold er indbyrdes stærkt afhængige med hensyn til deres retlige regulering. Udformningen af selskabet, opbygningen af dets organisation og afvejningen af de enkelte interesser over for hinanden repræsenterer et fintmærkende maskineri, hvis balance let kan forstyrres.²⁹ Netop fordi selskabet i det hele er indrettet og selskabsforholdene afpasset efter den lov, der er lagt til grund ved stiftelsen, er den opfattelse, at man, i de tilfælde hvor stiftelsen har fundet sted i henhold til en anden lov end den, som gælder i det land, hvor hovedsædet er beliggende, simpelthen skulle kunne anvende loven i det land, hvor hovedsædet er beliggende, i stedet for den, i henhold til hvilken stiftelsen faktisk har fundet sted, ganske upraktisk. Anvendelsen af en anden lov på selskabet end den, der er lagt til grund ved opbygningen af selskabet, vil føre til en forstyrrelse af den balance mellem de forskellige interesser i selskabet, som er baseret på den faktisk anvendte lov. Dette er – foruden konstruktive tankegange hvorefter selskabet slet ikke er kommet til eksistens – sikkert baggrunden for, at man, når den efter et lands internationale privatret kompetente lov ikke er blevet anvendt ved et selskabs stiftelse, har erklæret selskabet for en nullitet i stedet for at søge at anvende den kompetente lov. De formål, der forfølges med at forlange loven i et bestemt land anvendt, har imidlertid sjældent en sådan vægt, at de kan opveje de ulemper og den usikkerhed, som følger med gennemførelsen af en nullitetslære. Det synspunkt, at den forkerte lov har fundet anvendelse på selskabets stiftelse, vil ofte blive draget frem i tilfælde, hvor en af parterne ser en fordel i at føre dem frem, og uanset at selskabet måske i mange år har virket på basis af en anden lov, uden at nogen har grebet ind. Her kan blot erindres om de belgiske domme, der førte til anerkendelseslærens opståen, og hvor den belgiske forsik-

i Selected Readings on Conflict of Laws, St. Paul 1956 s.1126. Udtalelsens holdbarhed forudsætter naturligvis, at positiv ret ikke stemmer med »legal theory«.

29. Smlgn. Nial i ILA 1954 s.372 f, Battifol Contrats s.291.

ringsagent slap for at betale til det franske forsikringsselskab og derved opnåede en helt ubegrundet berigelse,³⁰ og om den danske dom,³¹ hvor det under en sag om betaling af gage til selskabets direktør, for at selskabet kunne blive fri for betaling af gagen, blev gjort gældende, at selskabet havde sit hovedsæde i Tyskland, og at det danske selskab kun var stiftet for at komme uden om næringslovens regler og derfor måtte være ugyldigt. I begge tilfælde er der tale om at føre det international privatretlige synspunkt, at selskabet er en nullitet, frem for at blive stillet bedre end man ellers ville være, og uden at der kan anføres reale grunde for, at man skulle give dem, der påberåber sig de internationale privatretlige regler, i det ene tilfælde tredjemand, i det andet selskabet, en bedre retsstilling, end de bortset fra disse regler har krav på.

Bortset fra at der ofte vil ligge et odiøst motiv bag påberåbelsen af en anden lov end den, som har fundet anvendelse ved stiftelsen af selskabet, gælder, at muligheden for, at der kan indtræde nullitet, medfører en kolossal usikkerhed i forretningslivet og kan påføre personer, som i god tro har kontraheret med selskabet og måske i mange år har haft forretningsforbindelse med det, store tab, uden at der kan anføres særlige fordele ved nullitetens gennemførelse og anvendelsen af en anden lov end stiftelseslandets lov, som kan opveje ulemperne herved.³² Hensynet til de interesser, der varetages gennem selskabslovgivningen i de forskellige lande, taler oftest for anvendelsen af den lov, der faktisk er lagt til grund ved selskabsdannelsen.

Selv hvis man ser bort fra anvendelsen af en nullitetslære og fx. tænker sig muligheden for en likvidation med virkning *ex nunc*, som formentlig kun ville kunne have virkning på den stats territorium, som erklærer en forkert lov anvendt ved stiftelsen, vil muligheden for, at det lands lovgivning, som faktisk er anvendt og som alle parter hidtil har rettet sig efter, viser sig ikke at skulle anvendes, medføre en usikkerhed, som ikke opvejes af de fordele, der kan være ved anvendelsen af fx. hovedsædets lov. Selskabets medkontraahenter, mindre aktionærer med flere vil ikke være i stand til at bedømme, om selskabet i realiteten har tilknytning til det land, som det giver sig ud for at være knyttet til. Selv de, der har

30. Jfr. ovf. s.44 f.

31. U.f.R. 1899 s.1 jfr. ovf. s.110 og ndf. s.180.

32. Jfr. Niederer s.125, samme i ILA 1954 s.376 f og diskussionen i Comité français s.83 ff.

mulighed for en sådan selvstændig bedømmelse, kommer ikke nødvendigvis til samme resultat, som senere en domstol vil komme til. Uanset hvilke hensyn der i enkelte konkrete tilfælde kan tale for anvendelsen af en anden lov end stiftelsesloven, er omsætningen gennemsnitligt bedre tjent med anvendelsen af denne, end af loven i det land hvor det på grund af forhold, der ikke udadtil giver sig til kende, såsom den egentlige øverste ledelses sæde, hører til. Selvom stiftelseslandets lov måske i enkelte tilfælde ikke er den lov, som selskabet ser ud til at være underkastet, er dette dog hovedreglen, og særlig gælder dette i alle tilfælde, hvor en registrering i henhold til stiftelseslandets lov er et nødvendigt led i stiftelsen.

Til disse af convenience og certainty omfattede synspunkter kommer så ease of application. I alle tilfælde, hvor en registrering har fundet sted, som er udtryk for, hvilket lands selskabslovgivning der har fundet anvendelse ved stiftelsen, er det let at konstatere, hvilket lands lovgivning der er stiftelseslandets lov; men også iøvrigt vil dette oftest kunne konstateres uden vanskelighed. For det første gælder dette som følge af det anvendte sprog, men også bortset herfra vil en med praktiske forhold bekendt jurist uden større vanskelighed kunne se, om de grundlæggende dokumenter er udformet på basis af det retssystem, som han er bekendt med, eller ikke.

Det kunne se ud, som om anvendelsen af stiftelseslandets lov medfører en ret vidtgående frihed for parterne til at bestemme, hvilket lands lov der skal finde anvendelse på det af dem stiftede selskab. I virkeligheden er denne frihed næppe større end at den med rimelighed kan accepteres. Det er naturligt ved vurderingen heraf at sondre mellem på den ene side aktieselskaber og enkelte andre selskabsformer, som i de fleste lande er underkastet præceptiv regulering i større eller mindre udstrækning, og på den anden side de øvrige selskabsformer for hvis vedkommende der i den materielle selskabsret i de fleste lande hersker en vidtgående aftalefrihed. For de sidstnævntes vedkommende må aftalefriheden foruden ved en individuel udformning af selskabsaftalen også kunne give sig udtryk i en partshenvisning til et bestemt lands lov, der som følge heraf er lagt til grund ved stiftelsen (materielretlig partshenvisning). Her er friheden i lovvalget ubetænkelig. På disse selskabsformers område vil forskellen i resultat mellem hovedsædeteori og incorporation-teori iøvrigt være praktisk talt ubefindtlig, idet den kun er til stede forsåvidt der i loven

i det land, hvor hovedsædet er beliggende, findes præceptive regler, der afviger fra stiftelseslovens regler.

For de præceptivt regulerede selskabsformers vedkommende er det vel formelt således, at stifterne kan vælge den lov, som de ønsker anvendt på selskabet og stifte det i overensstemmelse med denne lov og – hvis dette er forudsat i den pågældende lov – lade selskabet registrere i det land, hvis lov er bragt i anvendelse. Ethvert selskab, der opfylder den danske aktieselskabslovs krav, vil således kunne blive registreret i det danske aktieselskabsregister. Reelt begrænses stifternes valgfrihed imidlertid af det formål, som de forfølger med at stifte selskabet. Når bortses fra de særlige tilfælde, som hører hen under situation nr.4 og som skal omtales ndf., er der ingen frihed ved lovvalget. Parterne er i praksis nødt til at stifte selskabet i henhold til loven i det land, hvori eller hvorfra de vil drive virksomhed gennem selskabet. Det er det naturlige for dem, og i det forholdsvis begrænsede antal tilfælde, hvor de kunne tænke sig noget andet, vil de oftest blive afholdt derfra af fremmedretlige regler.

Når man på denne baggrund antager stiftelseslandets lov for at være den på selskabsretlige forhold i almindelighed anvendelige lov, må man være forberedt på den kritik, som fra de øvrige opfattelsers side vil blive fremført særlig med henblik på situation nr.4. For så vidt en sådan kritik er baseret på den opfattelse, at når en tilknytning først er valgt, så er den også i enhver henseende afgørende for, hvilket lands selskabslovgivning der skal finde anvendelse, så er kritikken forfejlet. Det må utvivlsomt være således, at stiftelseslandets lov, så snart der er tale om aktivitet uden for stiftelseslandet, i et vist omfang må vige for eller kumuleres med andre landes lovgivning, hvortil så kommer kollisionsnormens standard-karakter, som omtalt i kap.2. Forinden der tages stilling til situation nr.4, må området for anvendelsen af stiftelseslandets lov derfor nærmere undersøges, for at det kan være helt klart, hvilken betydning for lovvalget der kan tillægges situation nr.4.

Udfra det almindelige internationalt privatretlige synspunkt, at det land, hvor visse faktiske omstændigheder er lokaliseret, er nærmest til retligt at regulere dem, et synspunkt der ofte betegnes som territorialitetens grundsætning, kan der i et vist omfang være grund til at modificere eller supplere princippet om anvendelsen af stiftelseslandets lov. Det land, hvor selskabet udøver egentlig virksomhed eller blot en eller anden midlertidig aktivitet, kan til en vis grad gøre krav på at regulere denne aktivi-

tet på dets territorium.³³ Idet det imidlertid fastholdes, at praktiske hensyn og omsætningshensyn i almindelighed taler for anvendelsen af stiftelseslandets lov, må der kunne anføres særlige grunde, der taler for anvendelsen af en anden lov.

Selskabslovgivningens formål er dels at give retningslinjer for indretningen af selskaber, dels i et begrænset omfang at give præceptive regler til beskyttelse af visse persongrupper, såsom indskyderne i et selskab, deltagerminoriteter, medkontrahenter og kreditorer. Hver for sig kan hensynet til forfølgelsen af disse formål ikke begrunde anvendelsen i det hele af et andet lands selskabslovgivning end den, der er lagt til grund ved selskabets stiftelse, og i henhold til hvilken selskabet er opbygget og de nævnte persongrupperes interesser afvejet i forhold til hinanden, men derimod nok begrunde anvendelsen af et andet lands selskabslovgivning på et begrænset område. Det forhold, at et selskab indbyder til tegning af aktier i et naboland, kan ikke begrunde anvendelsen af nabolandets ret i sin helhed på selskabet, således som Thaller som tidligere omtalt antog, men derimod måske nok, som omtalt i kap.9, begrunde anvendelsen af de af nabolandets regler om aktietegning, som tjener til beskyttelse af dem, der tegner aktier, for såvidt angår den del af aktietegningen, som foregår i nabolandet. Indgår selskabet kontrakter i et andet land, kan der være grund til at anvende dette lands lovgivning ved afgørelsen af, om selskabet er bundet ved dem; og ønsker et selskab permanent at drive virksomhed i et naboland, kan der i et vist omfang være grund til at forlange nabolandets regler til beskyttelse af kreditorer overholdt, fx. krav om indbetaling af aktiekapitalen eller forbud imod nedsættelse af denne uden betaling af kreditorerne; men intet af de nævnte forhold kan give nabolandet anledning til at gribe ind i selskabets indre organisation eller forholdet mellem deltagerne indbyrdes. Hvor vidt man vil gå i retning af at kræve nabolandets selskabslovgivning anvendt, må bero på, hvor strenge krav man stiller til sine egne selskaber og i hvilket omfang, man mener, at oprindelseslandets selskabslovgivning giver en tilsvarende beskyttelse som ens egen.³⁴ Der kan derfor – i overensstemmelse med

33. Jfr. v. Bar I s.316, Battifol s.225 f, Niederer s.151 f, samme i ILA 1952 s.77, ILA's Hollandsafdeling i ILA 1956 s.382 f, Gower s.568 og s.571 f, Loussouarn s.269 og Restatement §§ 165, 168 og 169.

34. Smlgn. Ch. Lyon-Caen i 12 Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparé (Clunet) 1885 s.269 og s.272.

de synspunkter der er fremsat ovf. i kap.2 – være grund til at lade afgørelsen være konkret, beroende på indretningen af de selskabsretlige regler i det pågældende selskabs oprindelsesland.

Dette synes klart erkendt i fællesmarkedstraktaten. I afsnittet om retten til at etablere sig i mellemstaterne bestemmes det i art.58, at selskaber, der er stiftet i henhold til lovgivningen i et af medlemslandene og har deres registrerede kontor, hovedsæde eller hovedvirksomhed inden for fællesmarkedets område, ligestilles med personer med hensyn til retten til at drive virksomhed i medlemslandene, herunder retten til at etablere filialer. Herved sætter man sig i vidt omfang ud over de enkelte medlemslandes fremmedretlige regler, der begrænser fremmede selskabers ret til at udøve virksomhed og stiller krav til de fremmede selskaber, som ønsker at udøve virksomhed på territoriet. Sådanne regler varetager naturligvis ofte specielle hensyn angående bestemte former for virksomhed eller almindelige nationalpolitiske hensyn; men lige så ofte er de givet med henblik på overfor fremmede selskaber at sikre varetagelsen af de hensyn, der i forhold til egne selskaber varetages gennem de selskabsretlige regler. På denne baggrund må man se bestemmelsen i traktatens art.54 nr.3 g jfr. art.220, hvorefter det pålægges fællesmarkedsmyndighederne at koordinere de regler, som findes i medlemslandenes lovgivning til beskyttelse af selskabsdeltagere og af udenforstående tredjemænd, således at beskyttelsesforanstaltningerne i alle fællesmarkedlandene bliver ekvivalente.³⁵

Bestemmelsen illustrerer på udmærket måde, hvad der er sagt ovf. om anvendelsen af nabolandets lovgivning. Der er kun basis for anvendelsen af denne lovgivning, når det er nødvendigt til varetagelse af de beskyttelsesformål, som forfølges med selskabslovgivningen, og kun hvis disse ikke på tilfredsstillende måde er varetaget i oprindelseslandets lovgivning. Er disse betingelser opfyldt, er det imidlertid også velbegrundet at supplere stiftelseslandets lovgivning med lovregler i nabolandets lovgivning af lignende art som dem, der regulerer nabolandets egne selskabers aktivitet af den slags, som det fremmede selskab ønsker at udøve på nabolandets område.

35. Se herom Thibierge i *Le Statut de l'étranger et le Marché Commun*, 1959 s.341 ff. Jfr. Danmark og de europæiske markedsplaner nr.5 1958 s.16 og s.26. Smlgn. også Riccardo Monaco i *Jus et Lex*, Festgabe Max Gutzwiller, Basel 1959, s.149 ff.

Kritikken imod stiftelseslandets lov som tilknytningsmoment i situation nr.4 må således ses på den baggrund, at ethvert land, hvor et selskab foretager sig en vis for landet eller dets borgere betydningsfuld aktivitet, vil kunne træffe sådanne sikkerhedsforanstaltninger gennem regler om anvendelse af landets egen lovgivning, som findes nødvendige til varetagelse af de gennem selskabslovgivningen beskyttede interesser. Om man vil kalde sådanne særlige regler for fremmedretlige, fordi de regulerer fremmed selskabsvirksomhed, eller international privatretlige fordi de afgør anvendelsesområdet for den materielle selskabsretlige lovgivning er for så vidt ligegyldigt, da de utvivlsomt varetager begge funktioner.

Principielt er situation nr.4 omfattet af de synspunkter på den anvendelige lov, som er gjort gældende i det foregående. Når der derfor alligevel skal gøres særlig rede for situation nr.4, er det dels fordi det er denne situation, der har været hovedanstødsstenen i diskussionen om, hvorvidt man kunne gå ind for incorporation-teorien,³⁶ således at der kan være grund til særlig at gøre rede for, hvorvidt de af modstanderne af incorporation-teorien anførte synspunkter vedrørende situation nr.4 er berettigede eller kan imødegås; dels er det fordi amerikansk teori har været inde på den tanke, at der i hvert fald i den undergruppe af situation nr.4, hvor selskabet – bortset fra anvendelsen af en anden lov ved stiftelsen – alene har tilknytning til en enkelt stat, kunne være noget, der talte for at lægge den stats lov til grund, hvortil selskabet således alene er knyttet. »Clearly, there is greater reason in this latter situation to disregard the state of incorporation and instead to regulate the corporation by the law of the state in which it is localized.«³⁷ Den tanke, der her gives udtryk for, kunne tænkes at udgøre det fornødne grundlag for et kompromis mellem hovedsædeteori og incorporation-teori, således som den seneste udvikling i arbejdet inden for International Law Association viser, jfr. ovf. kap.6 V d.

Det er utvivlsomt, at der forekommer tilfælde af situation nr.4 selskaber, og omend deres antal set i forhold til det samlede antal selskaber sikkert er minimalt, er der grund til at tro, at der blandt de af situation

36. Jfr. Frankenstein I s.467, der udtaler, at hovedsædeteorien formentlig aldrig havde fået sin nuværende betydning, hvis man ikke havde ment, at den var nødvendig for at hindre omgåelse af selskabslovgivningen.

37. Reese s.1119, jfr. også Latty samt Rabel II s.46.

nr.4 omfattede selskaber er nogle meget store selskaber.³⁸ Som et eksempel på et typisk situation nr.4 selskab kan nævnes det ovf. i kap.6 IV b under fraude à la loi læren omtalte Moulin Rouge selskab, der stiftedes i henhold til engelsk ret, men iøvrigt alene havde tilknytning til Frankrig. Mens dette selskab uden tvivl havde sit hovedsæde og sin eneste virksomhed i Frankrig og hovedsædeteorien anvendelse derfor utvivlsomt, også uden hjælp af fraude à la loi læren, ville føre til antagelsen af dets ugyldige stiftelse, ville incorporation-teorien til gengæld føre til, at det var lovligt stiftet, og at engelsk ret skulle finde anvendelse på det.³⁹

Som vigtige eksempler på situation nr.4 må endvidere nævnes de såkaldte Delaware selskaber, selskaber stiftet i henhold til lovgivningen i den amerikanske stat Delaware eller andre stater med lignende liberal selskabslovgivning med det formål at drive virksomhed i andre stater end stiftelsesstaten.⁴⁰ Indtil for nylig har det almindelig været anset for fast praksis, at stiftelsesstatens lov fandt anvendelse også på disse selskaber, uanset om deres tilknytning bortset fra stiftelsen alene viste hen til en enkelt stat. Latty⁴¹ har i en undersøgelse søgt at vise, at en regel, hvorefter den stat, til hvilken der bortset fra stiftelsen alene foreligger tilknytning, i hvert fald i et vist omfang er berettiget til at forlange sin egen lov anvendt, ikke vil komme i strid med den amerikanske retspraksis, som foreligger om spørgsmålet eller med unionsforfatningen.

Rent bortset fra muligheden for en gennemførelse af en sådan regel i USA knytter interessen fra et de lege ferenda synspunkt sig først og fremmest til selve det faktum, at Delaware selskaberne eksisterer, og til spørgsmålet om hvorvidt en lignende bevægelse henimod stiftelse i stater med en særlig liberal selskabslovgivning kan tænkes i Europa, hvis man helt går over til stiftelsesteorien. Dette har ikke mindst betydning, fordi Lichtenstein i henhold til en slutprotokol til traktaten om den europæiske frihandelssammenslutning er medlem af denne. Det er i denne forbindelse værd at citere følgende udtalelse af Ballantine: »Corporations have not »left home« and resorted to Delaware as a general rule in order to enable themselves to operate as tramps, pirates or privateers and prey

38. Jfr. Lepaulle i Comité français s.80.

39. Jfr. også Frankenstein I s.467.

40. Jfr. for Tysklands vedkommende om de såkaldte Gothaischen Kaufgewerkschaften, Nussbaum s.197.

41. Latty s.162 ff, jfr. også Rabel II s.46.

upon their fellow citizens, but rather because of the crudeness and backwardness of the corporation laws in the states in which their organizers resided.»⁴² Nu er det klart, at lovens crudeness og backwardness ingen undskyldning er for at omgå den, hvis den dækker den almindelige opfattelse i landet af, hvorledes den bør være. Der er imidlertid næppe tvivl om, at dette ikke har været tilfældet i en række amerikanske stater, hvis selskabslovgivning indtil engang i tyverne har været udtryk for en fjendtlig indstilling til virksomhed i selskabsform, som stammede fra en langt ældre tid, og som ikke længere som da lovene blev indført havde dækning i en stærk offentlig mening.⁴³ Politisk kunne det imidlertid ofte være vanskeligt at gennemføre en ændring af selskabslovgivningen, især hvis regler om selskaber var optaget i den pågældende stats forfatning, som det ikke sjældent var tilfældet. Når staterne ikke satte sig imod anvendelsen af stiftelse i Delaware uanset selskabernes udelukkende lokale formål, skyldes det sikkert – foruden i et vist omfang opfattelsen af forpligtelse i henhold til unionsforfatningen – ikke mindst den mulighed som de derigennem havde for at følge med i den økonomiske udvikling uden at skulle gennemføre vanskelige forfatnings- og lovændringer. I dag er selskabslovgivningen i Delaware ikke væsentlig liberalere end i mange andre amerikanske stater eller for den sags skyld i europæiske lande. Når stiftelse stadig finder sted dér skyldes det vel bl.a. også det rent psykologiske forhold, at det tager tid, før man vænner sig til, at det ikke længere er nødvendigt at anvende denne fremgangsmåde. Faren for, at en til de amerikanske forhold i ældre tid svarende situation, hvor et stort antal selskaber stiftes i et andet land, end det hvor de ønsker at udøve virksomhed, skal opstå i Europa, er næppe så stor, at det i sig selv kan afskrække fra antagelsen af stiftelseslandets lov som tilknytningsmoment, hvortil så kommer de midler, som man, som det ndf. skal omtales, har til at værge sig i de enkelttilfælde, hvor situation nr.4 selskaber optræder.

I den gruppe tilfælde under situation nr.4, der omfattes af betegnelsen pseudo-foreign corporations, hvor alle tilknytninger bortset fra den ved

42. Ballantine s.46, jfr. Reese s.1128 med note 35 og til dels Latty s.142.

43. Jfr. fx. Henderson, *The position of foreign corporations in American constitutional law*, Cambridge Mass. 1918 s.10 ff, Ballantine s.38 ff. Denne fjendtlige indstilling til selskabsdannelse stammer helt tilbage fra 1600-tallets England, jfr. Levy, *Private corporations and their control*, London 1950, I s.24, s.105, s.107, s.111.

stiftelsen anvendte lov peger i retning af et enkelt land, er vægten af de synspunkter, der foran er anført til fordel for stiftelseslandets (registre-ringslandets) lov ikke større end vægten af dem, der kan anføres til støtte for loven i det land, hvortil selskabet iøvrigt alene har tilknytning, ligesom vægten af den kritik, som foran er anført imod de øvrige tilknytningsmomenter, formindskes væsentligt. Der er ingen vanskelighed ved at fastslå hvilken lov, der skal finde anvendelse, når stiftelsesloven ikke anvendes, da tilknytningerne alle peger i samme retning, og indførelsen af en regel, hvorefter den lov skal anvendes, til hvilken selskabet alene bortset fra stiftelsen har tilknytning, vil ikke medføre vanskeligheder for den internationale handel i form af et brud med en betydningsfuld selskabspraksis. Forsåvidt er der med hensyn til denne gruppe tilfælde intet i vejen for og en del der taler for opstillingen af en regel, hvorefter det lands selskabsretlige regler altid skal finde anvendelse, hvortil et selskab alene er knyttet, uanset om der er foregået en stiftelse i henhold til et andet lands ret. En sådan regel ville også stemme med den lære inden for kontraktsstatuttet, hvorefter parterne i en kontrakt ikke ved deres blotte aftale kan opnå anvendelsen af fremmed ret, når der ikke foreligger en international situation, en tilknytning til mere end et enkelt land.

Det er imidlertid tvivlsomt, om der opnås noget væsentligt ved opstillingen af en sådan regel, og om dens gennemførelse ikke støder på vanskeligheder, som gør det naturligt også i denne situation at anvende stiftelsesloven.

Det må herved først erindres, at det land hvortil selskabet bortset fra den ved stiftelsen anvendte lov alene har tilknytning er i besiddelse af alle de samme retsmidler til beskyttelse af den indenlandske omsætning m.v. imod et selskab af denne art som imod ethvert andet selskab, der vil drive virksomhed eller udøve anden aktivitet inden for dets grænser uden at være stiftet i henhold til dets selskabslovgivning. Forsåvidt de af landets regler, der begrænser fremmede selskabers virksomhed, ved fremmede selskaber forstår selskaber, der er stiftet i henhold til et andet lands selskabsret, kan det behandle en pseudo-foreign corporation som fremmed i relation til disse regler.⁴⁴ Ligeledes vil de regler, der kræver dele af landets selskabsretlige lovgivning overholdt af fremmede sel-

44. Jfr. Augdahl, *Lov om Aksjeselskaper* av 6.juli 1957, Oslo 1959, § 126 note 3 s.149 f.

skaber, som ønsker at foretage en aktivitet inden for landets grænser, også finde anvendelse i dette tilfælde. Hvis lovgiveren har fundet, at disse regler yder tilstrækkelig beskyttelse i de tilfælde, hvor et selskab, der er fremmed, men ikke er pseudo-foreign, ønsker at udøve den pågældende aktivitet, må denne beskyttelse normalt være lige så fyldestgørende selvom det drejer sig om et selskab, der ikke har anden tilknytning til udlandet end dets stiftelse i henhold til en fremmed lovgivning. Der synes således fra et dansk synspunkt at være ringe forskel mellem et engelsk selskab, der driver virksomhed i England og måske en række andre lande, og som ønsker at drive virksomhed i Danmark, og et engelsk selskab der kun driver virksomhed i Danmark. For så vidt aktieselskabslovens filialregler yder tilstrækkelig beskyttelse i den første situation, må de også gøre det i den anden, og yder de ikke tilstrækkelig beskyttelse i den anden situation, er der ingen grund til at antage, at de gør det i den første.

Dertil kommer de vanskeligheder, som gennemførelsen af en særregel for pseudo-foreign corporations vil medføre. Vi står her overfor præcis de samme vanskeligheder, som anvendelsen af hovedsædeteorien medfører i de tilfælde, hvor selskabet er stiftet i henhold til en anden lov end den, som gælder i det land, hvor hovedsædet er beliggende: En nullitetslære skader mere, end den gavner, og det vil i vidt omfang være praktisk umuligt at anvende det lands lovgivning på selskabet, til hvilket dette bortset fra stiftelsen i det hele er knyttet, da selskabet er udformet og opbygget efter en helt anden lov. Latty har i sin afhandling med henblik på pseudo-foreign corporations gjort gældende, at det måtte være muligt at anvende de lokale retsregler, som er udtryk for »a strong legislative policy« samtidig med, at stiftelseslandets lov finder anvendelse i de tilfælde, hvor det nærmest er en tilfældighed, om man i den lokale lovgivning har opstillet den ene eller den anden regel.⁴⁵ Særlig tænker han på præceptive regler, men efter fremstillingen kan der vistnok både tænkes deklatoriske regler, der er udtryk for a strong legislative policy og præceptive regler, der ikke er det. De samme indvendinger synes at kunne rejses imod denne opfattelse som imod det synspunkt, at man i det hele skal anvende den lokale lov i stedet for stiftelseslandets lov, hvortil kommer vanskeligheden, især for dem der skal kontrahere med selskabet,

45. Latty s.159 ff, jfr. s.141.

ved at afgøre hvornår man står over for et selskab af denne art, og hvilke regler i den lokale lovgivning der er udtryk for a strong legislative policy.

Ser man herefter på den anden gruppe tilfælde under situation nr.4 i hvilken selskabet ligeledes er stiftet (registreret) i henhold til loven i et land til hvilket det ingen anden tilknytning har, men hvor selskabet alligevel ikke kan karakteriseres som pseudo-foreign, idet det har tilknytning til et flertal af lande og ikke blot til et enkelt, føjes et yderligere moment til dem, der er omtalt vedrørende den første gruppe tilfælde. Der er lige så lidt der taler for anvendelsen af den faktisk anvendte lov i den anden gruppe tilfælde som i den første; men der er i den anden gruppe tilfælde den yderligere vanskelighed ved anvendelsen af et andet lands lov end stiftelsesloven, at det ikke er tilstrækkeligt at se bort fra den faktisk anvendte lov. Man må derudover finde et kriterium, der kan benyttes ved afgørelsen af, hvilket af de flere lande, som selskabet har tilknytning til, der skal have forrang ved lovvalget. Dette er formentlig bl.a. baggrunden for, at Latty og Reese begge har ladet denne situation ude af betragtning og ladet hovedreglen – stiftelseslandets lov – finde anvendelse på den. Går man først ind på at foretage et valg mellem flere tilknytninger i dette tilfælde, kan det være vanskeligt forklarligt, hvorfor dette kriterium i den pågældende situation må anses for at være af afgørende betydning, men ikke i almindelighed skal finde anvendelse, særlig også i den tredje gruppe tilfælde under situation nr.4, hvor selskabet har væsentlig tilknytning til en række lande og er stiftet i henhold til loven i et af disse lande, men ikke i henhold til loven i det land, som det pågældende kriterium for tilknytningen peger hen til. Kun som en kompromisløsning synes det muligt at nå til dette resultat, således som det som omtalt i kap.6 er sket i de af International Law Association foreslåede alternative løsninger.

Set fra det lands synspunkt, hvor selskabet er registreret, er der normalt ingen særlig grund til at undlade anvendelse af dette lands lov, selvom selskabet ingen anden tilknytning har til landet. Særlige fordele som ikke stemmer nøje overens med indholdet af dets ret opnår selskabet sjældent i relation til dette land. Landet er frit stillet med hensyn til, i hvilket omfang det vil betragte stiftelsen i henhold til dets lov som afgørende også fremmedretlig set, således at selskabet får de fordele der følger med at være et indenlandsk selskab. Der er i den henseende ingen forskel mellem det nu omtalte tilfælde, og det tilfælde hvor et fremmed selskab

stifter et datterselskab i det pågældende land og i henhold til dets lovgivning. Hertil kommer, at et lands lov sjældent – omend det kan forekomme – virker tiltrækkende i situation nr.4, medmindre landet selv ønsker det på grund af de økonomiske fordele, som det medfører for landet.

Endelig kan situationen ses fra et tredjelandets side. Tredjeland er for såvidt uinteresserede i, hvilket lands selskabsret der finder anvendelse, når blot dette er klart. Dog er det givet, at et tredjelandets domstole foretrækker at anvende en lov, der ikke fører til selskabets ugyldighed. De er ikke interesseret i at skulle foretage vanskelige undersøgelser af, hvilket lands lov der skal finde anvendelse på selskabet. Er de implicerede lande enige, som i sagen om Eskimo Pie Corporation, der er omtalt ovf. kap.6 V c, er det naturligt for tredjelandet at anvende den lov, som de implicerede lande er enige om skal anvendes.⁴⁶ I andre tilfælde vil tredjelandets domstole også foretrække stiftelsesloven, som er nem at finde frem til, og som ikke giver anledning til vanskeligheder med hensyn til om selskabet hører under situation nr.4 og til hvilke konsekvenser dette har.

I forbindelse med de tilfælde, som er omtalt under situation nr.4, henvises somme tider til diskussionen om de »bekvemme flag«. Det beror imidlertid på en misforståelse. Vel beror muligheden for registrering af skibe under bekvemme flag som oftest på, at det er muligt at stifte et selskab, ofte et datterselskab i et af de lande, hvis flag anses for at være bekvemme.⁴⁷ Det er imidlertid ikke selskabsstiftelsen som sådan, man ønsker at komme til livs. Der gælder ikke nødvendigvis en særlig liberal selskabslovgivning i det pågældende land, og selvom der gør det, er det ikke af den grund, at rederne søger registrering af deres skibe i det pågældende land, men fordi de derigennem opnår fordele med hensyn til driften af deres skibe, særlig i relation til reglerne om skibes indretning, bemanning m.v., men også i andre henseender. Selskaber kan også tænkes stiftet i andre lande for at komme uden om beskatningsregler og valuta- og andre handelsrestriktioner.⁴⁸ Heller ikke i disse tilfælde er det selve selskabsstiftelsen, man vil ramme, men det forhold, at man gennem den søger at omgå andre regler end de selskabsretlige.⁴⁹

46. Jfr. Borum Observations s.20.

47. Jfr. nu U.f.R. 1960 s.428.

48. Jfr. Lepaulle i Comité français s.80.

49. For eksempler jfr. Kronstein i Selected Readings on Conflict of Laws, St. Paul 1956 s.1125.

For en ordens skyld må det understreges, at et selskabs direkte registrering af et det tilhørende skib i et andet lands skibsregister overhovedet ikke er et selskabsretligt, men udelukkende et søretligt problem. Betydning for den internationale selskabsret får registreringen først i det øjeblik, da der forud for denne registrering er blevet stiftet et selskab i det fremmede land, til hvilket skibet derefter er blevet overdraget, og som så anmelder det til det fremmede skibsregister.

Det forekommer ganske klart, at man ikke kan udforme de regler, der skal gælde i den internationale privatret vedrørende selskaber under hensyntagen til en sådan ganske speciel situation, hvor det ikke er selskabsstiftelsen som sådan, man har noget imod, men det, som selskabet i dette tilfælde skal foretage sig.⁵⁰ Skulle selskabet blot drive en sædvanlig virksomhed i det fremmede land, ville man ikke gribe ind over for det. Hvis man ønsker at ramme disse tilfælde, må man, i stedet for helt at erklære selskabsstiftelsen for ugyldig, indføre en regel om, at fremmede selskaber, der er under en vis nærmere angivet kontrol af personer eller selskaber i det land, hvis søretlige regler søges omgået, har pligt til at registrere deres skibe i dette land uden hensyn til, at disse allerede er registreret i et andet land, medmindre der samtidig foreligger en tilknytning af en vis nærmere angiven karakter til dette fremmede land, fx. en vis kontrol.⁵¹ Det er formentlig en regel af denne eller lignende art, man har villet bane vejen for i folkeretlig henseende ved at foreslå, at det som betingelse for den folkeretlige pligt til at respektere fremmede flag kræves, at der foreligger en »genuine« forbindelse mellem flag og skib.⁵²

På samme måde må man forholde sig i tilfælde, hvor en selskabsdannelse i udlandet tilsigter omgåelse af andre af oprindelseslandets retsregler. Selskabsdannelsen som sådan kan man ikke se bort fra; men man kan løfte det slør, den lægger over de involverede personer eller selskaber i oprindelseslandet og i relation til de pågældende retsregler behandle dem som om den fremmede selskabsdannelse ikke eksisterede.⁵³

Resultatet af de foretagne undersøgelser er, at det i situation nr.1 og 2 ikke gør større forskel, hvilket tilknytningsmoment man lægger vægt på,

50. Jfr. Niederer s.151.

51. Smlgn. P. Boeg i Arkiv for Sjørett Bd.II s.97 f.

52. Jfr. Max Sørensen, *The Law of the Sea i International Conciliation* 1958 s.201 ff.

53. Jfr. Niederer s.151 f, samme i ILA 1952 s.77, samt en interessant Comment i 69 Yale Law Journal (1960) s.498 ff, *The effect of United States Labor Legis-*

idet de alle fører til samme resultat. I situation nr.3 er det i selskabspraksis for længst fastslået, at stiftelseslandets lov skal finde anvendelse. I situation nr.4 kunne der vel være grund til at lægge vægt på loven i et andet land end det i henhold til hvis lov selskabet er stiftet, hvor selskabet er registreret; men praktiske hensyn taler til fordel for stiftelseslandets (registreringslandets) lov, og de enkelte lande stilles ikke ringere selv om denne lov anvendes.

Konsekvensen bliver, at den lov der i almindelighed bør anvendes i selskabsretlige forhold er stiftelseslandets (registreringslandets) lov, dog med den modifikation, at ethvert land i hvilket selskabet udøver en aktivitet må kunne forlange sin egen ret overholdt med hensyn til den pågældende aktivitet, ligesom det kan begrænse fremmede selskabers ret til overhovedet at udøve aktiviteten ved at forlange sine egne selskabsretlige regler overholdt i et vist omfang af disse. Det skal nu i det følgende kapitel undersøges, hvorledes dette resultat stemmer med dansk ret.

lation on the flag – of – convenience fleet. Smlgn. også Hjerner's oplysninger om den svenske Riksbanks vilkår for svenske selskabers dannelse af datterselskaber i udlandet, Festskrift til Halvar Sundberg, Upsala 1959 s.203 f. Jfr. i det hele Serick, samt Karlgren i Svensk Juristtidning 1960 s.22 ff.

Kapitel 8: Dansk ret.

Det er ovf. i kap.6 omtalt, at det tidligere her i landet har været antaget, at hovedsædets beliggenhed er afgørende for lovvalget i den internationale privatret. Forsåvidt angår registrerede selskaber har Borum,¹ med en enkelt snæver undtagelse som senere skal berøres, nu opgivet dette tilknytningsmoment til fordel for registreringen. I det foregående kapitel er jeg nået til det resultat, at man overalt bør lægge den ved stiftelsen faktisk anvendte lov til grund, således også ved de registrerede selskaber, hvor registreringen er det ydre udtryk for, hvilken lov der er lagt til grund og derfor som kriterium blot betegner en praktisk retsteknisk forskydning i forhold til anvendelsen af stiftelsesloven. Det skal nu undersøges, hvorledes dette resultat stemmer med indholdet af dansk ret. Herved tænkes ikke blot på indholdet af udtrykkelige danske kollisionsnormer, af hvilke der kun findes få og spredte. Spørgsmålet er, hvilket resultat en fortolkning af de materielle retsregler på selskabsrettens område fører til.² I første række bliver der tale om lovgivningen vedrørende aktieselskaber, da der kun i begrænset omfang er lovgivet om andre selskabsformer. Det er utvivlsomt, at et system baseret på registreringen som det i Lovkonflikter foreslåede vil kunne bringes i anvendelse i forbindelse med denne lovgivning. Undersøgelserne her må da – vendt mod fortiden – først og fremmest rettes mod spørgsmålet om hvorvidt der – uanset at registreringsteorien og derfor også teorien om stiftelseslandets lov vil kunne fungere sammen med den gældende lovgivning – alligevel er støtte i dansk lovgivning eller retspraksis for at fastholde, at et selskabs hovedsæde skal være beliggende i Danmark for at dansk ret kan finde anvendelse på det, og omvendt at dansk ret finder anvendelse på alle sådanne selskaber, hvis hovedsæde er beliggende i Danmark. Hvis ingen sådan støtte kan findes, må det være berettiget at antage, at de synspunkter, som er gjort gældende i kap.7 de lege ferenda, også dækker retsstillingen i dansk ret de lege lata. Det første afsnit af dette kapitel (I) vil derfor indeholde en sådan undersøgelse.

Det er i det foregående gjort gældende, at der er en nær sammenhæng

1. Lovkonflikter s.196 ff.

2. Jfr. Lovkonflikter s.31.

mellem den internationale privatret og fremmedretten: anvendelsen af stiftelseslandets lov modsvares af særlige forholdsregler over for fremmede selskaber, som – foruden at tjene almindelige fremmedretlige formål – også mindsker eller helt fjerner interessen i at stifte selskaber i et land, hvis lovgivning er mindre streng, end den der gælder i det land, hvortil selskabet iøvrigt i det hele er knyttet. Dansk rets regler herom skal undersøges i kapitlets andet afsnit (II). Endelig skal der i et tredje afsnit (III) foretages en undersøgelse af en række regler, der kan belyse kontrolteoriens betydning i dansk ret.

I. De love, der særlig må gøres til genstand for undersøgelse, er aktieselskabsloven,³ loven om forsikringsvirksomhed,⁴ fimaloven,⁵ og loven om foreningsregisteret.⁶

De lovregler, der falder i øjnene ved overvejelserne om, hvilken vejledning man kan søge i de nævnte love, er reglerne om stifternes, bestyrelsesmedlemmernes, direktørernes og likvidatorernes personlige tilknytning til Danmark ved nationalitet og bopæl, reglerne angående beliggenheden af hjemsted, hovedkontor eller forretningskontor, og reglerne om stedet for afholdelsen af generalforsamlinger.

Indholdet af de regler, som vedrører personernes tilknytning til Danmark, kunne måske tages til indtægt for den opfattelse, at det afgørende for, om et selskab er underkastet dansk eller fremmed ret, er kontrollen med selskabet. En sådan opfattelse har imidlertid aldrig været forfægtet her i landet. Bestemmelserne sikrer dernæst alene, at den umiddelbare kontrol med ledelsen er på danske hænder, mens de er uden betydning for hvem der, først og fremmest i kraft af aktiebesiddelse, udøver den egentlige indflydelse på et selskab. Endelig finder dansk aktieselskabslovgivning utvivlsomt ikke anvendelse på danskes selskaber i udlandet, selvom de er underkastet den i loven krævede danske kontrol. Af disse grunde skal denne mulighed ikke forfølges yderligere. Undersøgelsen skal alene rettes imod de omtalte reglers betydning for antagelsen af hovedsædeteorien. Først skal reglerne vedrørende personernes tilknytning og derefter de øvrige omtalte regler inddrages i undersøgelsen.

3. Lovb. nr.313 af 28.august 1952.

4. Lov nr.147 af 13.maj 1959.

5. Lov nr.23 af 1.marts 1889.

6. Lov nr.100 af 31.marts 1926.

Reglerne om personernes tilknytning findes i aktieselskabslovens §§ 4, 49 og 61 og i lov om forsikringsvirksomhed §§ 10, 56 og 101. De sidstnævnte bestemmelser afviger kun lidt fra aktieselskabslovens bestemmelser og bygger i det hele på disse, hvorfor alene aktieselskabslovens regler gøres til genstand for undersøgelse i det følgende.

Ifølge aktieselskabslovens § 4 skal flertallet af de personer, der underskriver stiftelsesoverenskomsten, og mindst tre dels have bopæl her i riget og dels enten have dansk indfødsret eller have været bosiddende her i mindst 5 år. Om direktører bestemmer aktieselskabslovens § 49, at de skal have bopæl her i riget, medmindre de leder en forretningsafdeling i udlandet, og de skal endvidere enten have dansk indfødsret eller have været bosiddende her i de sidste 2 år. Fra det sidste krav kan der dog dispenseres. For bestyrelsesmedlemmers vedkommende gælder, at flertallet skal have bopæl i riget og endvidere have enten dansk indfødsret eller have været bosiddende her i de sidste 5 år. I selskaber, der efter 1. januar 1918 har erhvervet et navn, der indeholder en dansk sted- eller nationalitetsbetegnelse, gælder disse krav alle bestyrelsens medlemmer. Endvidere gælder der begrænsning i den signatur, som kan tillægges bestyrelsesmedlemmer, der er udlændinge og bosat i udlandet. Reglerne om bestyrelsen finder tilsvarende anvendelse på likvidatorer i henhold til § 61.

Disse bestemmelser tillægger stifternes og selskabsledelsens tilknytning til Danmark gennem nationalitet og bopæl væsentlig betydning. Formålet med bestemmelserne fremgår imidlertid ikke umiddelbart af loven, men kunne, særlig for så vidt angår kravet til ledelsens bopæl, være at sikre, at hovedsædet var beliggende i Danmark, og det er derfor nødvendigt at foretage en nærmere undersøgelse af baggrunden for dem.

Regler af denne art fandtes ikke i kommissionsudkastene til aktieselskabsloven eller i de første lovforslag, der blev forelagt rigsdagen. Først i det forslag, der forelagdes landstinget i samlingen 1916–17, og som blev vedtaget med en række mindre ændringer som aktieselskabsloven af 1917⁷ var disse bestemmelser optaget og havde eller fik i løbet af behandlingen i landstinget det indhold, som de nu har. Begrundelsen for reglerne angaves i bemærkningerne til lovforslaget og i handelsministerens forelæggelsestale at være, »at skabe et vist værn imod at aktieselskabsformen benyttes af udlændinge til at omgå lovgivningens almindelige betingelser

7. Lov nr. 468 af 29. september 1917.

for erhvervelse af næringsadkomst«. ⁸ Det skærpede krav til selskaber, i hvis firma en dansk sted- eller nationalitetsbetegnelse indeholdes, indsattes i forslaget under udvalgsbehandlingen inden tredje behandling i landstinget og begrundedes med ønsket om så vidt muligt at bevare sådanne betegnelser for danske virksomheder. ⁹ Det fremgår klart af diskussionen på rigsdagen, ¹⁰ at man ikke tilsigtede at udelukke fremmed kapital fra danske aktieselskaber, heller ikke fra de selskaber, hvis navn indeholder dansk sted- eller nationalitetsbetegnelse.

Disse bestemmelser er således først og fremmest fremmedretlige regler af næringsretlig og firmaretlig karakter, ¹¹ og forklaringen på deres optagelse i aktieselskabsloven er, at næringsloven af 1857 § 4 ikke stillede særlige krav til aktieselskabers ledelse med hensyn til indfødsret og bopæl, således som den gjorde til personer, der ønskede næringsbrev. ¹² Man gennemførte disse krav til ledelsen i et aktieselskab, fordi man ikke ønskede at personer, der selv var afskåret fra at opnå næringsbrev, ved at stifte et aktieselskab med minimumskapitalen skulle kunne omgå næringslovens bestemmelser. I betænkningen om revision af næringslovgivningen af 1926 bekræftes dette igen: »I næringsloven (af 1857) er der ikke stillet krav om, at lederne af aktieselskaber og andre selskaber med begrænset ansvar helt eller delvis skal opfylde de personlige betingelser for at kunne løse næringsadkomst. På dette forhold har bestemmelserne i § 29 i aktieselskabsloven af 29. september 1917 i et vist omfang rådet bod, men det er dog fundet rimeligt at optage en almindelig regel i så henseende i lovudkastet for at modvirke omgåelse af de foreslåede regler.«

I overensstemmelse med den citerede betænkning indeholder næringsloven af 1931 ¹³ § 8 en bestemmelse om, hvilke betingelser der må stilles til ledelsen i et aktieselskab, for at selskabet kan erhverve næringsbrev. Næringsloven har i denne henseende i et vist omfang gennemført stren-

8. RT 1916/17 L sp.338, jfr. RT 1916/17 A sp.3887 f.

9. RT 1916/17 L sp.1798 og sp.1800.

10. RT 1916/17 L sp.617, 620 og 1800, F sp.4021 og 4025 ff. Jfr. allerede RT 1910/11 L sp.1205.

11. Loven omtales ligefrem af Foss i folketinget RT 1916/17 F sp.4025 som en næringslov.

12. Jfr. Betænkning om revision af næringslovgivningen 1893 s.106, 1926 s.56. Poul Andersen, Næringsretten 1944 s.79 f, og H. Jespersen, Danske næringslove 1922 s.22 note 1 e.

13. Lov nr.138 af 28.april 1931.

gere krav til bestyrelsesmedlemmer og direktører end aktieselskabslovens § 49 stiller, når bortses fra selskaber, hvis navn indeholder en dansk sted- eller nationalitetsbetegnelse, idet næringsloven ubetinget stiller krav om indfødsret, mens aktieselskabsloven stiller dette krav alternativt med et krav om bopæl en vis tid.¹⁴ Reglen i næringsloven gælder dog kun selskaber, der driver en af de i næringslovens § 1 stk.1 nævnte næringer. For andre aktieselskaber har aktieselskabslovens § 49 bevaret sin betydning, forsåvidt dens krav ikke er blevet skærpet gennem særlig lovgivning, jfr. herom ndf. under III. Dertil kommer, at § 49 for de aktieselskabers vedkommende, som driver bunden næring, begrænser handelsministerens dispensationsret i henhold til næringslovens § 8 stk.2 forsåvidt angår bestyrelsesmedlemmer, samt muligheden for i henhold til næringslovens § 5 at fritage bestyrelsesmedlemmer og direktører for at opfylde indfødsretskravet ved traktat eller ministeriel bekendtgørelse. Endvidere har den for alle aktieselskaber den betydning, at et selskab, hvis bestyrelse ikke opfylder dens krav, må antages at mangle bestyrelse og derfor være omfattet af opløsningspligten i § 59, mens den næringsretlige sanktion alene er tab af næringsretten efter næringslovens § 14 stk.3.

Foruden den næringsretlige betydning, som ifølge de omtalte bestemmelser oprindelse må tillægges dem, og som i virkeligheden betyder, at de snarere må henføres til fremmedretten vedrørende personer end til aktieselskabsretten,¹⁵ kan der imidlertid også tillægges dem aktieretlig betydning. Stifterne pålægges i henhold til aktieselskabslovens §§ 7 og 17 et personligt ansvar, ligesom et sådant ansvar kan påhvile bestyrelse og direktion i henhold til §§ 16, 17, 59 og henholdsvis 47 og 48 og likvidator i henhold til § 61. Under hensyn til dette ansvar er det naturligt, at det i loven gennem bopælskravet sikres, at det er muligt at holde de for selskabets ledelse ansvarlige fast ved deres ansvar ved at sørge for, at

14. Historisk er denne forskel meget vel forklarlig, idet aktieselskabslovens alternativ formentlig er et levn fra den tid, da bopæl i landet begrundede statsborgerret, jfr. Lovkonflikter 1.udg. s.76 og Charles V. Nielsen, Håndbog i aktieret 1917 s.14. Kravet om 5 års bopæl stemmer med kravet i søloven 1892 § 1, og det fremgår af forarbejderne til denne bestemmelse klart, at dette krav stilledes til sikring af, at bestyrelsen virkelig bestod af danske, jfr. ndf. III. Dette synes overset i Betænkning ang. revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. 1955 s.55.

15. I tysk ret omtaler man regler som de omtalte som forholdsregler imod »Überfremdung« af indenlandske selskaber, jfr. Serick s.131 ff.

ledelsen i et vist omfang består af personer, der har en sådan tilknytning til Danmark, at man normalt vil kunne gøre dette ansvar gældende imod dem her i landet.¹⁶

Denne begrundelse for reglerne stemmer med bestemmelsen i aktieselskabslovens § 76 om filialbestyrere for udenlandske aktieselskabers forretningsafdelinger. De personlige betingelser for at være filialbestyrer er de samme der gælder for direktører i et aktieselskab. Det udtales udtrykkelig i bestemmelsen, at filialbestyreren er ansvarlig for, at aktieselskabslovens regler overholdes, og dette er utvivlsomt ved siden af det næringsretlige hensyn en væsentlig del af begrundelsen for bestemmelsens tilhørskrav.¹⁷

Den sidst anførte begrundelse for lovens krav til ledelsens tilknytning til Danmark stemmer ligeledes med en udtalelse i motiverne til firma-loven, hvori det hedder: »At anmeldelsespligten i dette tilfælde (§ 16 stk.1 in fine) må pålægges filialens bestyrelse, er en naturlig følge af, at det faktisk ville være ugørligt at lade ansvaret ramme de i udlandet værende indehavere eller bestyrere.«¹⁸ Den stemmer endelig med administrativ praksis vedrørende aktieselskabers registrering i handelsregisteret før aktieselskabsloven af 1917. Som eksempel kan nævnes en skrivelse fra justitsministeriet¹⁹ angående et tilfælde, hvor to udlændinge, der var bosat i henholdsvis Köln og Berlin, under et midlertidigt ophold her i landet stiftede et aktieselskab, hvis hele kapital de tegnede, hvorefter de valgte sig selv til bestyrelse og ansatte en herboende person som prokurist. Det antoges i skrивelsen, at registrering ikke kunne finde sted, da forretningen som en forudsætning herfor måtte »ledes af en her i landet værende bestyrelse,²⁰ evt. et bestyrelsesmedlem, med forretningskontor her, samt at anmeldelsen udgår fra denne, hvem ansvaret over for handelsregisteret må hvile«. De omtalte regler i aktieselskabsloven lovfæster denne praksis.

Foruden den foran konstaterede fremmedretlige betydning må det således konstateres, at der yderligere er forbundet en væsentlig selskabs-

16. Jfr. også betænkning cit. i note 14 in fine s.56 og Danmark og de europæiske markedsplaner nr.5 1958 s.11 og s.26.

17. Jfr. Danmark og de europæiske markedsplaner nr.5 1958 s.12 og s.26.

18. Motiver til det af de svensk-norsk-danske kommitterede udarbejdede udkast til lov om handelsregistre, firma og prokura 1884 s.26 ad § 14.

19. Nr.162 af 5.maj 1908, jfr. også J.M. skr. nr.247 af 12.juni 1903.

20. Cfr. formentlig Torp, Om interessentskab, 1904 s.264.

retlig interesse med de nævnte bestemmelser, i hvert fald med det i disse indeholdte bopælskrav, idet det gennem disse bestemmelser sikres, at det stifterne og ledelsen over for det offentlige, indskyderne, aktionærerne og selskabets medkontrahenter pålagte ansvar kan gennemføres.

Herefter skal den anden gruppe regler, som evt. kan tænkes at yde vejledning med hensyn til betydningen af hovedsædets beliggenhed, undersøges.

Aktieselskabslovens § 15 d sammenholdt med bestemmelsen i § 81 stk.3 indeholder en forudsætning om, at et selskabs hjemsted (hovedkontor) skal findes her i landet, for at det kan registreres som dansk. I aktieselskabsloven af 1917 fandtes en tilsvarende forudsætning alene for så vidt angår et aktieselskabs hovedkontor i § 10 d sammenholdt med § 48 stk.3. Dette stemte med tilsvarende forudsætninger i § 53, jfr. nu § 84, samt i firmalovens §§ 16, 17 nr.3, 18 nr.3, 19 nr.3 og 34, og tildels i retsplejelovens § 238, der dog henholdsvis anvender ordet forretningskontor og hovedforretningslokale. Efter 1917 loven var hjemstedet, som omtaltes i lovens § 5 a ikke nødvendigvis identisk med hovedkontoret,²¹ men allerede i det første forslag til revision af 1917 loven, som fremsattes i landstinget i rigsdagssamlingen 1923–24, var ordet hovedkontor uden kommentarer erstattet af ordet hjemsted med tilføjelsen (hovedkontor), således som det nu foruden i § 15 d findes i §§ 5 a, 8 a, 20 a, 24 a, og 78 a. En tilsvarende terminologi er anvendt i lov om forsikringsvirksomhed §§ 11 a, 13 a, 32 a, 114 a, 147 d og 148 a.

Endvidere kræver aktieselskabslovens § 55, at den ordentlige generalforsamling skal afholdes her i landet. Lov om forsikringsvirksomhed § 59 stiller samme krav til forsikringsaktieselskaber, mens dens § 60 kræver, at samtlige generalforsamlinger – altså ikke blot den ordentlige – i gensidige selskaber skal afholdes her i riget.

Når disse regler er blevet taget til indtægt for hovedsædeteorien, skyldes det formentlig i første række påvirkning fra kontinental-europæisk teori.²² Hverken reglerne selv eller forarbejderne til dem indeholder noget, der bindende fører til, at de må forstås ud fra hovedsædeteorien. Formålet med reglerne må formentlig søges i følgende synspunkt: Det er nødvendigt, at det er på det rene, hvor man kan komme i forbindelse med et selskab, både i juridisk og i administrativ henseende. Hjemstedet spiller

21. Jfr. Torp s.233 note 4.

22. Jfr. Krenchel s.44 f, smlgn. Lovkonflikter s.178 f.

således den samme rolle for selskabet som bopælen for personer. Reglerne i aktieselskabsloven §§ 81 og 84 benytter netop selskabets hovedkontors beliggenhed til en bestemmelse af den administrative og judicielle, stedlige kompetence. Til § 84 svarer retsplejelovens § 238 og firmalovens § 34. De øvrige af de omtalte regler har først og fremmest til formål at fastlægge det sted, hvor selskabet findes, bl.a. med henblik på de omtalte værnetingsregler samt for firmalovens vedkommende med henblik på handelsregistrenes stedlige kompetence, og at sikre det offentlige samt de personer, der i deres egenskab af aktionærer eller medkontrahenter vil i forbindelse med selskabet, let adgang til viden om selskabets hjemsted. Reglerne har således alene til formål at stedfæste selskabet indenfor landets grænser, ikke at tage stilling til hvilket moment, der er afgørende for selskabets internationale tilknytning.²³ Kun værnetingsbestemmelserne får indirekte betydning i international henseende, idet der som hovedregel ikke er forudset værneting her i landet for selskaber, der ikke har hovedkontor her i landet, medmindre de har registreret en filial her.

Med hensyn til bestemmelsen om stedet for generalforsamlingens afholdelse gælder, at der ligeledes kan anføres gode omend ikke tvingende materielretlige grunde, for at i hvert fald den ordinære generalforsamling skal afholdes her i landet. Reglen virker til dels som en beskyttelse af et aktionærmindretal, som ellers ville kunne forhindres i deltagelse i generalforsamlingen. Endvidere er det en hovedopgave for den ordinære generalforsamling at vedtage regnskabet, der skal affattes efter dansk lovgivnings regler og indsendes til det danske aktieselskabsregister, tage stilling til evt. rejsning af ansvar imod den herværende ledelse og vælge den ledelse, der fremover med kontor i Danmark skal lede selskabets virksomhed, altsammen forhold med nær tilknytning til Danmark.

Alt i alt viser der sig at være en nøje sammenhæng mellem alle de nu omtalte regler. Reglerne om ledelsens personer tilsigter at sikre, at de er til stede her i landet, dels fordi deres opgave er at lede selskabets virksomhed her, dels fordi det gør det lettere at drage dem til ansvar for deres handlinger. De øvrige regler tilsigter at fastlægge, hvor man kommer i forbindelse med selskabet, både fordi det er nødvendigt at vide dette for de myndigheder, der ønsker at give meddelelser af den ene eller den anden art til selskabet eller dets ledelse, og fordi det er nødvendigt at vide besked med, hvor man kan finde selskabet og dets ledelse, hvis man vil

23. Cfr. Krenchel s.45.

drage det til ansvar i en eller anden forbindelse. I det hele er formålet med de nævnte regler ikke af væsentlig anden karakter end det, der i almindelighed forfølges med de selskabsretlige regler, nemlig en beskyttelse af aktionærer og kreditorer. Sammenhængen mellem de enkelte grupper af lovregler understreges, når man erindrer, at de før aktieselskabsloven i administrativ praksis stillede krav til ledelsen eller i hvert fald en del af denne om tilstedeværelse her i landet som en betingelse for registrering i virkeligheden udledtes af firmalovens krav om kontor her i landet i forbindelse med ønskeligheden af at kunne drage ledelsen til ansvar her. Nøjagtig det samme synspunkt er fremme i en række speciallove. Her kan således mindes om den ndf. omtalte lov om selskaber under konsularjurisdiktion, af hvilke det kan forlanges, at de skal have en befuldmægtiget her i landet, der med bindende virkning for selskabet kan modtage meddelelser fra myndighederne. Endvidere kan nævnes sølovens § 1 i den før 1957 gældende formulering,²⁴ hvorefter et selskabs bestyrelse for at dets skibe skulle kunne sejle under dansk flag skulle have sæde i den danske stat. Skibsregistreringslovskommissionen så i dette krav bl.a. et mislykket forsøg på at tilgodese hensynet til, at registreringsmyndigheden i påkommende tilfælde uden vanskelighed skulle kunne opnå forbindelse med selskabet.²⁵ Der indførtes derfor en udtrykkelig regel herom i den nye skibsregistreringslovs § 6 stk.3, iøvrigt modsvaret af reglerne i den gamle skibsregistreringslov²⁶ § 7 og suppleret af reglen om den bestyrende reder i partrederier i sølovens § 10.

Sammenfattende kan man af alle disse regler om ledelsens tilknytning og om kontorets beliggenhed udlede, at det i almindelighed kræves, at et selskab for at opnå registrering i aktieselskabs- eller handelsregister må have et kontor her i landet med en ansvarlig ledelse. Således må formentlig også bestemmelsen i loven om foreningsregisteret § 1, hvorefter registrering kan finde sted af her i landet hjemmehørende foreninger og sammenslutninger, forstås, jfr. kravene til anmeldelsens indhold i bekendtgørelse nr.115 af 14.april 1926. Hvorvidt man heraf kan udlede noget med hensyn til dansk international privatrets stilling til hovedsædeteorien må bero på, om de formål, der forfølges med kravene om, at et selskab skal have kontor her i landet med en ansvarlig ledelse og at

24. Lovb.nr.319 af 1.december 1937.

25. Betænkning ang. revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. 1955 s.56.

26. Lovb.nr.103 af 4.maj 1927.

visse generalforsamlinger skal afholdes her, og som nærmere er beskrevet i det foregående, forskertses, hvis man ikke anser hovedsædets beliggenhed som det for valget af den kompetente lov afgørende tilknytningsmoment.

Dette kan ikke antages. Det væsentlige er ikke, at den øverste ledelse for selskabet kan nås af ansvaret, men at ansvaret kan pålægges dem, der er ansvarlige for virksomheden her i landet. Om det er den herværende bestyrelse, der i sidste instans træffer afgørelserne, er svært at kontrollere og har mindre betydning i forhold til det faktum, at den ved at lade sig vælge har påtaget sig ansvaret for selskabets overholdelse af dansk ret.²⁷ Heri må bl.a. ligge, at den er forpligtet til at vejlede dem, der som indehavere af den øverste ledelse skal give den direktiver for ledelsen af selskabet, med hensyn til hvad der efter dansk ret er tilladeligt, nøjagtigt som det iøvrigt er bestyrelsens pligt, når den ikke samtidig er indehaver af majoriteten, at vejlede selskabets øverste ledelse, generalforsamlingen, hvis aktionærerne forlanger noget foretaget, som bestyrelsen finder uforsvarligt eller ulovligt. Forlanges der noget sådant af bestyrelsen må den i sidste instans nægte at udføre det og evt. trække sig tilbage. Gennem en sådan forståelse får reglerne om personernes tilknytning – også bortset fra bopælskravet – et aktieretligt perspektiv. En bestyrelse, der består af personer, der for flertallets vedkommende har indfødsret eller i fem år har været bosat her, vil være indlevet i dansk lovgivning og retsopfattelse og vil derfor besidde de nødvendige forudsætninger for i de konkrete situationer at bedømme, om den handling, de foretager sig, er forsvarlig eller kan pådrage dem et ansvar. Samtidig sørges der i et vist omfang for, at dansksindede interesser får mulighed for at få en vis indflydelse på fremmedejede selskaber.²⁸

Med hensyn til lokaliseringen af selskabet og dets ledelse gælder på samme måde, at det afgørende ikke synes at være, om den øverste ledelse findes det pågældende sted, men om det er muligt der med bindende virkning for selskabet og dets ledelse at afgive meddelelser. Det er bl.a. det, der for udenlandske selskabers vedkommende sikres gennem registrering af filialer her i henhold til aktieselskabs- eller firmalov.

På denne baggrund må en antagelse af, at man af dansk lovgivning kan udlede, at et selskabs egentlige hovedsæde skal være beliggende her i landet for at dansk ret kan finde anvendelse, afvises. Det må være til-

27. Anderledes formentlig Sindballe III s.74 smh. med s.19 f.

28. Jfr. Nussbaum s.203 ff.

strækkelig, at lovens krav om at der skal være et hovedkontor her med en ansvarlig ledelse er opfyldt. Dette er også i overensstemmelse med den faktiske selskabspraksis. Et stort antal danske selskaber er datterselskaber af udenlandske virksomheder. De har vel en ansvarlig ledelse her, der opfylder lovens betingelser, men ingen kan være i tvivl om, at denne ledelse i større eller mindre omfang modtager direktiverne for selskabets virksomhed fra udlandet. Det kunne gøres gældende, at denne selskabspraksis er i strid med lovgivningens forudsætninger. Når man i lovgivningen har indført bestemmelser om registrering af forretningsafdelinger eller filialer af udenlandske selskaber der vil drive virksomhed her i landet, kunne dette tages som udtryk for, at man forbeholdt dannelsen af egentlige selskaber for danske virksomheder, idet filialreglerne i modsat fald kan synes temmelig overflødige. Til fordel for denne opfattelse taler også de begrænsninger, der findes i retten til at oprette filialer og i disses erhvervsmuligheder, og den skattemæssige særbehandling som fremmede selskaber med forretningsafdelinger her i landet underkastes i henhold til den hidtidige skattelovgivning.²⁹ Alt dette kan man komme udenom ved at stifte et dansk datterselskab i stedet for at drive virksomheden her gennem en forretningsafdeling.

Disse synspunkter har imidlertid ingen støtte i forarbejderne til aktieselskabsloven. Af rigsdagsforhandlingerne forud for 1917 loven³⁰ fremgår det, at det ikke var tanken at udelukke udenlandske selskaber fra at skabe danske virksomheder i selskabsform, omend enkelte deltagere i debatten udtrykte ønske om at begrænse den udenlandske konkurrence. Af den første kommissionsbetænkning til aktieselskabsloven fremgår også, at indførelsen af reglerne om forretningsafdelinger ikke var tænkt som et led i et logisk opbygget system. Adgangen til at oprette filialer her i landet blev holdt åben som et alternativ til dannelsen af egentlige selskaber for sådanne udenlandske selskaber som af organisatoriske eller andre grunde måtte foretrække denne fremgangsmåde.³¹ Årsagen hertil

29. Cfr. derimod lov nr.255 af 10.juni 1960 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., § 21 smh. med § 17.

30. Jfr. ovf. note 10. Muligheden for udenlandsk investering i danske aktieselskaber forudsættes også i RT 1891/92 F sp.1786 samt i hele debatten sp.4207 ff, jfr. også RT 1866/67 L sp.266.

31. Tilsvarende bestemmelser er i Sverige først indført ved lov nr.383 af 3.juni 1955, hvis begrundelse heller ikke skal søges i ønsket om at gennemføre et logisk

var ifølge kommissionsbetænkningen, »at det ikke vilde være forsvarligt at bryde med den gældende ret på dette punkt, hvis der kunde findes en form for effektiv beskyttelse af de herværende forretningsforbindelser«. ³² Der er med udtrykket »gældende ret« tænkt på firmalovens regler.

Hertil kommer, at det i visse henseender er fordelagtigere for fremmede selskaber at anmelde en forretningsafdeling end et datterselskab. Dette vil som hovedregel gælde i gebyrmæssig henseende. Endvidere gælder, at der ved almindelige selskaber til anmeldelse af en forretningsafdeling ikke kræves indbetalt kapital her i landet, mens ved forsikrings-selskaber kravet om depot er mindre end den kapital, der kræves til dannelse af et selskab. I det hele synes det fra et dansk synspunkt at måtte foretrækkes, at der stiftes et egentligt datterselskab her i landet fremfor at der blot anmeldes en forretningsafdeling. Herved sikres det, at den danske selskabslovgivning fuldt ud skal overholdes af selskabet til sikring af danske interesser.

Det er formentlig også i overensstemmelse med den herskende opfattelse vedrørende ønskeligheden af at tiltrække udenlandsk kapital til Danmark, ³³ hvis man accepterer den praksis, at fremmede selskaber kan drive virksomhed her i landet i datterselskabsform, og der således ikke lægges for store hindringer i vejen for den udenlandske investering. Det er naturligvis til enhver tid et politisk spørgsmål, hvorledes man stiller sig til udenlandsk investering; men det har næppe i den tid, da aktieselskabsloven har været gældende, været den almindelige opfattelse, at udenlandsk investering er uønskværdig, ³⁴ således at i det mindste den praksis må

system for udenlandske selskabers virksomhed, men i den formentlige formålstjenlighed af at have en sådan lov, når man forhandler om dobbeltbeskatnings-traktater, jfr. Nial Reflexioner s.243 f.

32. Udkast til lov om aktieselskaber 1901 s.38.

33. Smlgn. Betænkning ang. revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. 1955 s.56, samt tilsvarende RT 1891/92 F sp.1723 og 1764 og B sp.743.

34. Måske anderledes A. P. Møller i BT for den 14.juni 1958 s.2, hvoraf følgende citeres:

»Nu, da jeg skriver, vil jeg dog dertil føje, at jeg er bange. Store danske næringsveje er allerede nu reelt på fremmed hånd. Ingen lægger rigtig mærke til det, thi det drives som så inderlig »dansk«, men det indebærer i al stilhed, at dansk eksport er udelukket på de felter. Det er Danmarks forbrugsmarked, der tiltrækker; eksporten besørger de fremmede selv. Jeg har drøftet problemerne med folk i forskellige brancher – ikke altid de øverste chefer – og mit indtryk er, at tilslutning til de 6 – eller andet lignende – sandsynligvis vil medføre mere

antages at have fæstnet sig, at fremmede selskaber og fremmede i det hele taget kan stifte datterselskaber her i landet,³⁵ og der findes mange selskaber af denne slags i Danmark. Aktieselskabslovens krav til ledelsen af aktieselskaber tilsigter da som nævnt også at virke som en hindring for Überfremdung af sådanne selskaber.

Den situation kræver særlig overvejelse, hvor et selskab, hvis reelle hovedsæde er beliggende i udlandet, stiftes her i landet i overensstemmelse med dansk rets regler herom, men hvor der er grund til at antage, at dette sker for at undgå anvendelsen af et fremmed lands selskabsret, og hvor selskabet ikke har til hensigt at udøve virksomhed her i landet. Rent bortset fra de fiskale fordele som en sådan selskabsstiftelse kan have for Danmark, er der næppe nogen fare for, at det skal føre til en overfyldning af det danske aktieselskabsregister med selskaber uden egentlig forbindelse med Danmark, hvis man også med henblik på dette tilfælde frafalder kravet om det egentlige hovedsædes beliggenhed i Danmark. Den danske aktieselskabslovgivning er ikke mindre streng end lovgivningen i de fleste andre lande, og det kan derfor ikke forventes, at fremmede selskaber i større omfang vil søge at omgå deres hjemlands lovgivning ved at blive registreret i Danmark og dermed underkastet dansk ret. Det må iøvrigt være de pågældende landes egen sag at sikre sig imod de virkninger for deres økonomiske liv, som det kan have, at fremmede selskaber – herunder danske – driver virksomhed på deres territorium, hvadenten de fremmede selskaber virkelig er fremmede eller de blot er pseudo-fremmede. For vort vedkommende er det afgørende hensyn, at den indenlandske omsætning opnår den beskyttelse som den danske selskabslovgivning har til formål at sikre, derigennem at man ved selskabets stiftelse og fremover overholder dansk selskabslovgivnings regler. Det kan således ikke kræves, at et selskab skal have til hensigt (straks) at udøve erhvervsvirksomhed i Danmark, for at det kan registreres i det danske aktieselskabsregister. Virksomhed i udlandet eller sikring af et bestemt navn med henblik på en evt. fremtidig virksomhed i Danmark må fx. berettige en registrering.³⁶

og hurtigere opslugning end den farlige, som allerede hver dag foregår. Danmark vil i yderligere grad blive et fattigt filialland uden udsyn og uden muligheder udadtil.«

35. Jfr. Sindballe III s.19 f.

36. Den af Krenchel s.46 omtalte sag må efter referatet stamme fra før 1930 loven

Aktieselskabslovens regler synes iøvrigt heller ikke indrettet med henblik på et krav om, at hovedsædet skal være beliggende i Danmark, men stemmer langt bedre med en stiftelsesteori. Hvad først forholdene ved stiftelsen angår, kræver loven ikke sådanne oplysninger som måtte være nødvendige, hvis aktietegnerne eller aktieselskabsregisteret skulle have mulighed for at bedømme, hvor hovedsædet skal være beliggende, men alene oplysning om, hvor i Danmark det er hensigten at lokalisere selskabet, jfr. nærmere ovf. Tværtimod medfører lovens krav til stifterne i forbindelse med, at der alene skal gives oplysning om, hvor stor en del af kapitalen der tegnes af stifterne, at stiftelsesoverenskomsten, i de tilfælde hvor kapitalen skal indbetales kontant og ikke i værdier, overhovedet ikke behøver at antyde, at der er udenlandske interesser i selskabet. Efter som lovens system er, at aktieselskabsregisteret skal påse det anmeldtes lovlighed forinden registreringen, må det antages, at lovgivningsmagten, hvis den havde lagt vægt på, at selskabets egentlige hovedsæde er beliggende her i landet, ville have sørget for, at aktieselskabsregisteret fik de fornødne oplysninger til en bedømmelse heraf, jfr. også formuleringen af aktieselskabslovens § 82 stk.1.³⁷ Som det nu er, måtte registerets afgørelse være beroende på et skøn, der, da der ikke er hjemmel for aktieselskabsregisteret til at forlange yderligere oplysninger om selskabets forhold end de i § 15 jfr. § 5 opregnede, måtte udøves på et meget løst grundlag.³⁸

Støtte for den opfattelse, at det ikke i forbindelse med registreringen kan tages i betragtning, hvor det egentlige hovedsæde er beliggende, når blot lovens udtrykkelige krav er opfyldt, fås også, hvis man ser på det tilfælde, hvor hovedsædet utvivlsomt oprindelig har været beliggende i Danmark, men hvor det i forbindelse med, at en udenlandsk virksomhed eller en udlænding overtager aktiemajoriteten, må siges at være flyttet til udlandet. Hvis det antoges, at hovedsædet skulle være beliggende i Danmark, måtte konsekvensen af dets flytning til udlandet være, at selskabet skulle likvideres. Loven indeholder imidlertid ikke hjemmel for at kræve

og er iøvrigt naturligvis ikke afgjort med bindende virkning for domstolene. Forslag til lov om aktieselskaber af 1942 § 1 tilsigtede at give lovhjemmel for Krenchels opfattelse, jfr. bemærkningerne s.53. Jfr. også Sindballe III s.74.

37. Cfr. Raape s.191 note 22.

38. Smlgn. Betænkning ang. revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. 1955 s.56 f.

opløsning i dette tilfælde, jfr. aktieselskabslovens § 59.³⁹ Der kunne således højst blive tale om at betragte flytningen af hovedsædet til udlandet som en overtrædelse af loven, der kunne straffes efter § 86.

Heller ikke i firmaloven eller loven om foreningsregisteret kan man finde støtte for den antagelse, at et selskabs hovedsæde skal være beliggende i Danmark, for at dansk ret kan finde anvendelse. Disse love indeholder i hovedsagen ikke materielretlige regler af selskabsretlig karakter, men indeholder alene krav om angivelse af visse oplysninger for at et selskab eller en forening kan registreres. Med hensyn til tilknytningen kræves som nævnt blot, at selskabet har et kontor her i landet med en ansvarlig ledelse. Deltagerne må, selvom hovedsædet er beliggende i udlandet, kunne vedtage anvendelsen af dansk ret og opnå registrering, når blot de udtrykkelige betingelser for registrering er opfyldt.⁴⁰ Det er vel endda ikke nødvendigt, at dansk ret finder anvendelse i selskabsforholdet, for at registrering kan finde sted, men spørgsmålet er af mindre betydning på grund af manglen af præceptive regler.

Det er i det foregående påvist, at det ikke af lovgivningen kan udledes, at det er en betingelse for dansk rets anvendelse, at hovedsædet er beliggende her i landet. På samme måde er der ikke støtte i lovgivningen for den antagelse, at dansk ret ubetinget finder anvendelse, så snart hovedsædet er beliggende her i landet.⁴¹ Givet er det, at danske virksomheder uden videre⁴² kan stifte datterselskaber i udlandet i henhold til den der gældende lovgivning og få denne anvendt også ved dansk domstol, selvom den egentlige ledelse af det fremmede selskab ligger her i landet. Også bortset herfra er hovedsædets beliggenhed her i landet uden indflydelse på spørgsmålet om, hvilket lands selskabslovgivning der skal finde anvendelse. Er et selskab lovlig stiftet i udlandet, må den fremmede ret også anvendes på de selskabsretlige forhold, selvom selskabets øverste ledelse skulle være beliggende her i landet, uden at der her – som i det tilfælde, hvor det fremmede selskab er et datterselskab af et dansk sel-

39. Cfr. formentlig Krenchel, Aktieselskabers opløsning, U.f.R. 1922 B s.154.

40. Smlgn. Sindballe I s.44.

41. I Lovkonflikter s.178 antages det, at et aktieselskab, der har hovedsæde her i landet, må anmeldes til aktieselskabsregisteret, *hvis* det vil drive virksomhed her. Det skulle altså ikke kunne benytte sig af bestemmelserne om filialer. Synspunktet kan næppe fastholdes.

42. Der tænkes her ikke på valutaloggivningens, men alene på selskabslovgivningens regler.

skab – findes en selskabsretlig organisation. Det kan ikke føre til anvendelsen af dansk ret, at nogle personer sidder i et lokale her i landet og giver direktiver for et eller flere fremmede selskabers virksomhed. En antydning af, at dette også er indstillingen her i landet, kan ses i behandlingen af den koncern, der består af selskaberne United Plantations Ltd. og Bernam Oil Palms Ltd., begge registreret som malayiske selskaber, International Plantations and Finance Ltd., som er registreret på Bahama-øerne, og United Plantations S.A., som er registreret i Den sydafrikanske Union. Størstedelen af selskabernes aktionærer er bosat i Danmark, hvor generalforsamlingerne for de to førstnævnte selskaber afholdes. Disse to selskaber har et kontor i København, hvor notering af aktieoverdragelser tidligere kunne finde sted, mens dette af årsager, som ikke vedrører Danmark, for tiden ikke kan ske. Deres bestyrelse er for tiden fordelt med 3 bosat i Malaya, 3 i England og 3, heriblandt bestyrelsens formand, i Danmark, og bestyrelsens møder afholdes såvel i Danmark som i Malaya. Den administrerende direktør er bosat i Malaya. For at bestyrelsen skal være beslutningsdygtig kræves to bestyrelsesmedlemmers tilstedeværelse. Selskabernes daglige ledelse foregår utvivlsomt i Malaya, og ingen af de fire selskaber driver virksomhed i Danmark; men direktiverne for deres virksomhed udgår i hvert fald i ikke uvæsentlig grad fra Danmark. For Bahama-selskabets vedkommende gælder, at 3 medlemmer af bestyrelsen er bosat i Danmark, 3 i England og 1 i Amerika, men dette selskabs generalforsamlinger afholdes på Bahama-øerne og det sydafrikanske selskabs i Sydafrika, mens der her i landet alene afholdes et aktionærmøde. Ingen af selskaberne er registreret i det danske aktieselskabsregister, men visse af de selskaber, hvis aktiver indgik i koncernen ved dens stiftelse, var dengang registreret i Danmark. Den danske, offentlige anerkendelse af, at det drejer sig om – også i relation til Danmark – lovligt stiftede, fremmede selskaber, ses bl.a. af, at de to malayiske selskabers aktier er optaget på den i Meddelelser fra Statens Ligningsdirektorat og Ligningsrådet, 1.hefte, trykte kursliste over unoterede aktier og obligationer, og at de er genstand for en særlig meddelelse fra Skattedepartementet af 26.januar 1960.⁴³

Et lignende forhold synes at have foreligget før krigen i det i UfR 1955 s. 1070 omtalte estniske selskab.

43. Nr.10 af 26.januar 1960, Ministerialtidende A 1960 s.9.

Forinden undersøgelserne af lovgivningen afsluttes, skal det nævnes, at der findes en enkelt dansk lov, der efter sin titel kunne give et bidrag til spørgsmålet om dansk international privatrets stilling til lovvalget i selskabsretten, ligesom den ved første blik kunne synes at afgøre dette spørgsmål til fordel for loven i det land, hvor selskabets hovedsæde er beliggende. Det er »loven om aktieselskaber og andre selskaber med begrænset ansvar, som have deres sæde på steder, hvor danske ikke ere undergivne landets jurisdiktion«. ⁴⁴ Lovens formål er imidlertid ikke international privatretligt, men den vedrører den offentlige ret eller folkeretten. Loven er givet samme dag som »lov om danske konsulers doms- og øvrighedsmyndighed på steder, hvor danske ikke ere undergivne landets jurisdiktion, m.v.«, ⁴⁵ og den har til formål at fastslå på hvilke selskaber sidstnævnte lov skal finde anvendelse, jfr. sidste stk. i dens eneste paragraf. Som betingelse for at sådanne selskaber, som er omtalt i lovens titel, kan anerkendes som danske selskaber og derved blive underkastet dansk konsularjurisdiktion, kræves det, dels at samtlige medlemmer af selskabets bestyrelse er danske eller under dansk beskyttelse stående personer, dels at det i selskabets vedtægter er udtalt, at dets nationalitet er dansk og at det er undergivet dansk lov og ret og dansk konsularjurisdiktion. Selskabet skal anmeldes til handelsregisteret i København, og det kan yderligere kræves, at selskabet skal have en befuldmægtiget i Danmark, til hvem danske myndigheder kan give meddelelser med samme retsvirkning, som om de var givet til selskabets bestyrelse. Afgørende for, om dansk ret kommer til anvendelse på sådanne selskaber, er således først og fremmest, hvad der er vedtaget. Vedtages det, at dansk ret skal finde anvendelse på selskabet, underkastes selskabet dansk konsularjurisdiktion og må derfor overholde dansk rets regler, og disse kommer i det hele til anvendelse på selskabets forhold. Muligheden for at vedtage anvendelsen af dansk ret og derved opnå at blive anerkendt som dansk selskab er begrænset til selskaber, der har deres sæde inden for konsularjurisdiktionens område. Herved er der imidlertid næppe tænkt på hovedsædet i hovedsædeteoriens forstand, men simpelt hen på selskaber, der driver deres virksomhed inden for konsularjurisdiktionens område. Loven stiller således intet krav om, at bestyrelsen eller nogen del af denne skal være bosat det pågældende sted. Bestemmelsen om, at loven

44. Lov nr.36 af 15.februar 1895, jfr. aktieselskabslovens § 91 stk.5.

45. Lov nr.35 af 15.februar 1895.

ved et selskabs bestyrelse forstår »den eller de, der lede selskabets forretningsvirksomhed, i modsætning til kontrolkomiteer, repræsentantskaber eller lignende tilsynsmyndigheder«, kan næppe fortolkes således, at der kun er tænkt på den stedlige daglige ledelse, således at man ej heller af denne definition kan slutte sig til et bopælskrav til bestyrelsen. Tanken med denne bestemmelse var ifølge forarbejderne alene at understrege, at der ikke stilledes krav om dansk nationalitet til andre end netop bestyrelsen.⁴⁶ Tværtimod kan måske det forhold, at det beror på udenrigsministerens bestemmelse i det enkelte tilfælde, om selskabet skal have en befuldmægtiget i Danmark, fortolkes således, at dette ikke er nødvendigt i de tilfælde, hvor bestyrelsen eller en del af denne er bosat i Danmark. På den anden side er loven blevet forstået således, at den ikke vedrører virksomheder inden for konsularjurisdiktionens område, som er filialer af selskaber, der er registreret i Danmark. Loven giver næppe noget bidrag af betydning for afgørelsen af, om hovedsædets beliggenhed kan tillægges vægt i dansk international privatret. Den har iøvrigt kun haft overordentlig ringe praktisk betydning. Jeg har ialt fundet 9 selskaber, der har været registreret i henhold til loven, nemlig i Ægypten og Kina. Ifølge det materiale, der findes i udenrigsministeriet vedrørende lovens administration, kan der yderligere have været tale om et par stykker i Siam. I dag er der formentlig ingen steder tilbage, hvor loven kan finde anvendelse.⁴⁷

Det skal herefter undersøges, om der kan udledes noget af retspraksis. Den dom, som oftest anføres i denne forbindelse til fordel for antagelsen af hovedsædets beliggenhed som tilknytningsmoment, er den tidligere omtalte dom om A/S Det danske Gascompagni,⁴⁸ i hvilken det antoges, at selskabet, som drev virksomhed her i landet, måtte beskattes som udenlandsk selskab under hensyn til, at dets øverste ledelse ikke var beliggende i Danmark. Dommen afgør imidlertid et skatteretligt spørgsmål og kan allerede af den grund ikke anses for bindende for den internationale privatret. Hertil kommer imidlertid, at dommen næppe er udtryk for, hvad der i dag er gældende ret i skatteretlig henseende, som det skal nævnes ndf. under III. Endelig er den, som det vil fremgå af omtalen dér, baseret på en selskabsretlig retstilstand, som ikke mere er til stede.

46. Jfr. RT 1894/95 L sp.341.

47. Smlgn. Axel Møller, Folkeretten I, 2.udg. 1933 s.196 ff.

48. U.f.R. 1918 s.39, jfr. kap.6 ved note 103 og ndf. ved note 103.

Dommen UfR 1899 s.1, der ligeledes er omtalt tidligere,⁴⁹ må snarest tages til indtægt for en afvisning af hovedsædeteorien, idet den antog, at et tysk selskabs datterselskab, som var stiftet her i landet i henhold til dansk ret, og som utvivlsomt havde sin egentlige øverste ledelse i Tyskland, ikke desto mindre »måtte siges at eksistere«, selvom selskabet alene var oprettet, fordi det ikke havde været muligt for det tyske selskab at opnå næringsbrev for en filial. Selskabet havde selv gjort gældende, at sagen, der drejede sig om betaling af en afskediget bestyrers tilgodehavende gage, burde afvises, idet selskabet var stiftet pro forma for at dække over, at det tyske selskab drev virksomhed her i landet, og det derfor ikke eksisterede. Man bør dog ikke tillægge dommen for megen vægt, dels under hensyn til dens alder, dels under hensyn til at den efter præmissernes formulering kan være influeret af det synspunkt, at det ville være urimeligt, at selskabet, fordi det havde benyttet sig af en ulovlig fremgangsmåde, skulle have mulighed for at opnå en ugrundet berigelse ved selv at påberåbe sig dette, altså et synspunkt af lignende karakter som den engelske estoppellære.

Den øvrige, ikke særlig righoldige retspraksis vedrørende den internationale privatret på selskabsrettens område yder ikke noget bidrag til spørgsmålet om, hvorvidt hovedsædets beliggenhed er afgørende for lovvalget; der har ikke i denne været spørgsmål fremme om, hvorvidt det ene eller det andet tilknytningsmoment var det rigtige, idet tilknytningen har været utvivlsom.

II. Herefter synes der ikke i dansk lovgivning eller retspraksis eller i forholdets natur at være noget til hinder for antagelsen i dansk ret af det synspunkt, at den lov i henhold til hvilken et selskab er stiftet også i almindelighed finder anvendelse på selskabet, ligesom dette også synes at stemme bedst med den danske selskabslovgivning. Er således et aktieselskab stiftet i overensstemmelse med aktieselskabslovens regler, må det være gyldigt stiftet og dets forhold være underkastet dansk selskabsret, uanset hvorfra direktiverne for dets ledelse udgår. Er det til gengæld stiftet i henhold til fx. svensk selskabslovgivning, må vi også bringe denne lovgivning i anvendelse på det.

Gennemførelsen af denne opfattelse i dansk ret er rimelig i relation til selskaber, der er registreret i aktieselskabsregisteret, fordi det på den

49. Kap.6 ved note 128 og kap.7 ved note 31.

ene side ikke ville tjene noget af de formål, der forfølges med aktieselskabslovgivningen, at stille yderligere krav til tilknytningen til Danmark, når blot aktieselskabslovens udtrykkelige krav til en gyldig stiftelse og dens øvrige regler er opfyldt, og fordi denne opfattelse på den anden side giver et let anvendeligt kriterium for tilknytningen. I relation til andre selskaber, hvor en præceptiv lovgivning kun i meget begrænset omfang forefindes, er det sidste synspunkt det afgørende. Også i relation til selskaber, der er stiftet i henhold til fremmed selskabslovgivning, er opfattelsen velbegrundet, da dansk ret i overensstemmelse med de lege ferenda betragtningerne i kap.7 på en række punkter stiller betingelser for fremmede selskabers udøvelse af virksomhed i Danmark, betingelser som tilsigter at opnå, at fremmede selskaber ikke stilles bedre med hensyn til vilkårene for udøvelse af virksomhed i Danmark end danske selskaber, men som hovedregel heller ikke ringere. Derved begrænses den interesse, der kunne være i at stifte et selskab i henhold til fremmed ret og derved komme uden om den danske lovgivnings krav, uanset at selskabet skal drive virksomhed i Danmark, idet de regler, der regulerer fremmede selskabers virksomhed i Danmark, som vi skal se, som hovedregel går ud fra kriterier ved afgørelsen af, hvilke selskaber der er fremmede, der fører til at anse de selskaber som fremmede, der er underkastet fremmed ret, omend de ikke altid bliver stående derved. Det er disse regler, der nu skal omtales.

De almindelige regler om fremmede selskabers virksomhed i Danmark findes dels i aktieselskabslovens §§ 74 ff og de sig dertil sluttende bestemmelser i lov om forsikringsvirksomhed §§ 122 ff og i banklovens⁵⁰ § 4, dels i fimalovens § 16 stk.1 in fine. Endvidere må i denne forbindelse nævnes næringslovens § 9. Det følger af disse bestemmelser, at fremmed virksomhed i aktieselskabsform her i landet kun kan foregå under forudsætning af, at der registreres en forretningsafdeling her i overensstemmelse med aktieselskabslovgivningens, forsikringslovgivningens og banklovgivningens regler herom. Hvad angår andre selskaber end aktieselskaber, da må de, forsåvidt de vil drive handel, håndværk eller industri registrere en filial med særskilt bestyrelse i handelsregisteret.⁵¹ Betingelserne for registreringen er i hovedsagen af formel

50. Lovb.nr.169 af 15.juni 1956.

51. Om andre forsikringsselskaber end aktieselskaber indeholder lov om forsikringsvirksomhed regler.

karakter,⁵² idet de blot tilsigter at skabe den samme publicitet om de fremmede selskaber, som i forvejen er tilsikret med hensyn til danske selskaber. Der er således i hovedsagen ikke tale om en diskrimination overfor fremmede selskaber, men blot om at sikre at visse oplysninger om dem bliver tilgængelige, eller i hvert fald at disse oplysninger bliver lettere tilgængelige her i landet end hvis man var henvist til at skaffe sig dem ved henvendelse til handelsregistermyndighederne i de pågældende selskabers hjemland. En enkelt regel i aktieselskabsloven, der skal omtales straks ndf., går vel videre end til blot at stille et publicitetskrav, men heller ikke den indebærer en diskrimination overfor fremmede selskaber.

For fremmede forsikringsselskabers vedkommende er kravene ikke blot formelle, idet der dels kræves deponering af værdipapirer eller anden sikkerhedsstillelse for nærmere angivne beløb her i landet, dels udøves et vist indseende med forsikringsvirksomhedens grundlag. Tilsvarende krav kan muligvis stilles til fremmede banker med hjemmel i banklovens § 4.⁵³ Heller ikke disse regler indebærer som hovedregel en strengere behandling af fremmede end af danske selskaber.

De nu omtalte regler er alle af fremmedretlig karakter, idet der ikke er tale om et valg mellem dansk og fremmed ret, men alene om at stille visse betingelser for fremmedes virksomhedsudøvelse i landet. Det drejer sig altså om materielretlige regler, for hvis anvendelse det er en betingelse, at der foreligger en nærmere angivet tilknytning til udlandet. Det er værd at bemærke, at fremmedretlige regler således ikke behøver at virke diskriminerende over for fremmede, men ofte blot har til formål at sikre at fremmede i det mindste opfylder de samme betingelser for udøvelsen af en vis aktivitet, som kræves opfyldt af indlændinge. De omtalte regler medfører ikke nogen modifikation i den almindelige kollisionsnorm, hvorefter den lov som har fundet anvendelse ved stiftelsen af et fremmed selskab i det hele finder anvendelse på de selskabsretlige forhold. Imidlertid indeholder aktieselskabslovens § 78 stk.4 en regel, som i hvert fald ligger på grænsen til at være en international privatretlig regel. Ifølge denne bestemmelse finder nemlig bl.a. aktieselskabslovens § 14 stk.2 og § 30 også anvendelse ved registrering af fremmede aktieselskabers forretningsafdelinger. § 14 stk.2 bestemmer, hvor meget

52. Jfr. Udkast til lov om aktieselskaber m.m., 1901 s.37 f.

53. Jfr. A. Eken og J. Hartvig Jacobsen, Bankloven af 15.april 1930, 1952 s.43.

der skal indbetales på aktiekapitalen forinden registrering kan finde sted, § 30 hvornår restindbetalingen skal finde sted. Da forretningsafdelingen ikke har en selvstændig kapital, må der herved være tænkt på det udenlandske moderselskabs kapital.⁵⁴ Det vil sige at virksomhed her i landet medfører, at dansk rets regler om fristerne for selskabskapitalens indbetaling i aktieselskaber kommer til anvendelse, naturligvis kumulativt med stiftelseslandets lov, idet kapitalen må indbetales hurtigere end bestemt i aktieselskabsloven, hvis dette kræves i stiftelseslandets lov. Lov om forsikringsvirksomhed indeholder ikke en tilsvarende bestemmelse, hvad der er naturligt, da det hensyn, der tilgodeses ved at bringe aktieselskabslovens regler i anvendelse på fremmede selskaber, nemlig i et begrænset omfang at søge at sikre selskabets kreditorer, at selskabskapitalen er til stede, effektivt er tilgodeset for forsikringsselskabers vedkommende ved depotkravene. Man har altså blot fulgt en anden fremgangsmåde til opnåelse af samme formål. Begge regler er typiske eksempler på sådanne regler, som ifølge den ovf. i kap.7 omtalte bestemmelse i fællesmarkedstraktatens art.54 g skal erstattes af en gennemførelse i alle landene af ensartede regler med hensyn til beskyttelsen af tredjemands interesser.

Hvorvidt man skal karakterisere aktieselskabslovens § 78 stk.4 som en international privatretlig eller en fremmedretlig bestemmelse kan være tvivlsomt. Da den bestemmer anvendelsesområdet for nogle danske materielretlige lovregler, er der principielt intet i vejen for at anse den som en international privatretlig regel, en ensidig kollisionsnorm om dansk rets anvendelsesområde. Da den finder anvendelse ved reguleringen af fremmede selskabers virksomhed i Danmark, er der heller intet i vejen for at anse den som fremmedretlig. Den rette karakteristik har betydning for spørgsmålet om, eller snarere afhænger af, hvorvidt man på reglen kan bygge en fuldstændig kollisionsnorm, hvorefter loven i det land, hvor et selskab udøver virksomhed, finder anvendelse på selskabet kumulativt med den i dets hjemland gældende lovgivning, således at danske domstole vil anvende regler i fremmede selskabslove af samme art som

54. Jfr. udtrykkelig aktieselskabsloven af 1917 § 43 stk.3 og Torp s.289, Sindballe III s.254. I 1917 loven fandtes henvisning kun til den til 1930 lovens § 14 stk.2 svarende bestemmelse. Den nuværende formulering findes første gang i et lovforslag forelagt i folketinget i rigsdagssamlingen 1925/26. I bemærkningerne til forslaget betragtes ændringen som redaktionel, RT 1925/26 A sp.3513.

aktieselskabslovens § 78 stk.4 på danske selskaber, som udøver virksomhed i de pågældende fremmede lande. Det er givet, at danske selskaber må finde sig i, at fremmede domstole anvender regler af denne art på dem, som findes i domstolslandets lovgivning, når de ønsker at udøve virksomhed i det pågældende land. Der er imidlertid principielt intet i vejen for, at man fra dansk side kan betragte sådanne regler i et fremmed lands ret som fremmedretlige regler, der regulerer fremmede selskabers virksomhed i det pågældende land, og at man derfor ikke vil anvende dem, hvis fx. en sag imod det danske selskabs bestyrelse, under hvilken man i overensstemmelse med den fremmede ret vil gøre denne personlig ansvarlig for, at de fremmede regler ikke er overholdt, blev indbragt for danske domstole. Danske domstole kan kun anvende sådanne fremmede lovregler, hvis det følger af en dansk international privatretlig regel. Spørgsmålet er da, om man kan udlede en sådan fuldstændig kollisionsnorm af aktieselskabslovens § 78 stk.4.

Dette kan ikke antages. Reglen tjener udelukkende til sikring af danske interesser, og der er ingen danske interesser forbundet med gennemtvindingen af tilsvarende udenlandske retsregler overfor danske selskaber. Ikke engang den opfordring til gensidighed, som kan ligge i ønsket om at få den danske regel respekteret i udlandet, foreligger, idet fremmede selskabers overholdelse af reglen er sikret gennem værnetingsreglen i § 77 jfr. §§ 78 f og 84 og reglen om forretningsførerens ansvar for lovens overholdelse i § 76.

Da der således ikke kan bygges en fuldstændig kollisionsnorm på reglen i aktieselskabslovens § 78 stk.4, er det naturligt at karakterisere den som en fremmedretlig bestemmelse. Man må blot være opmærksom på, at denne fremmedretlige bestemmelse har den virkning at modificere den almindelige internationale privatretlige regel om anvendelsen af det lands lov i henhold til hvilken selskabet er stiftet. En diskrimination overfor fremmede selskaber er der derimod ikke tale om. Man sikrer blot, at fremmede selskaber på dette punkt opfylder samme betingelser for at drive virksomhed i Danmark som danske selskaber.

De eneste yderligere sikringer overfor fremmede selskaber, som man har fundet nødvendige,⁵⁵ er bestemmelsen i aktieselskabslovens § 79 nr.2 om slettelse af forretningsafdelingen, dersom den ikke betaler sine kreditorer, samt bestemmelsen i lovens § 77.

55. Jfr. henvisning i note 52.

Aktieselskabslovens § 77 og lov om forsikringsvirksomhed⁵⁶ § 126 bestemmer enslydende, at »selskabet skal i alle af virksomheden her i landet opstående retsforhold være underkastet dansk ret og danske domstoles afgørelse«. Det er nu klart, at de regler som afsnittene vedrørende udenlandske selskaber i de to love indeholder om forretningsafdelinger skal overholdes af fremmede selskaber, der registrerer en forretningsafdeling her i landet. Endvidere synes det berettiget at slutte fra bestemmelsen i aktieselskabslovens § 78 stk.4 til at andre end de i den nævnte bestemmelser i den øvrige del af de to love ikke uden særlig lovhjemmel finder anvendelse på selve det udenlandske selskab. De to lovregler kan herefter ikke antages at have til formål at bestemme noget om anvendelsesområdet for dansk selskabslovgivning.⁵⁷ Deres formål må antages at være at slå fast, at dansk ret skal finde anvendelse på den af selskabet her i landet udøvede virksomhed, således at selskabet for denne virksomheds vedkommende underkaster sig alle danske offentligretlige regler, såsom for blot at nævne nogle eksempler, reglerne om arbejderbeskyttelse, sundhedslovgivning, monopol- og konkurrencelovgivning m.v. Dertil kommer, at selskabet i privatretlige retsforhold underkaster sig dansk ret, således fx. i kontraktsforhold eller med hensyn til forpligtelser som følger af skadegørende handlinger. At det er dette og ikke de selskabsretlige forhold, man har tænkt på med bestemmelsen kan også ses af dens formulering i aktieselskabsloven af 1917. Her fandtes i § 43 stk.2 b en bestemmelse overtaget fra kommissionsudkastene om »at selskabet for såvidt angår forretninger, der afsluttes gennem den herværende forretningsafdeling, underkaster sig dansk ret, og at sager mod selskabet i anledning af sådanne forretninger kan indbringes for forligskommissionen og retten på det sted, hvor forretningsafdelingen ifølge anmeldelsen findes«.⁵⁸ Den nye formulering omfatter ikke som den gamle kun forretninger, men alle retsforhold, særlig også offentligretlige retsforhold, og endvidere angår den nye bestemmelse alle retsforhold, der opstår af selskabets virksomhed her i landet, altså også sådanne som kun vedrører selve moderselskabet og ikke forretningsafdelingen, fx. en enkelt isoleret forretning foretaget af moderselskabet direkte og udenom forretningsafdelingen, mens disse næppe var omfattet af 1917 lovens bestemmelse.⁵⁹

56. Også de ældre forsikringslove indeholdt sådanne bestemmelser.

57. Cfr. Krenchel s.334.

58. Jfr. også Federspiel s.366.

59. Jfr. Federspiel s.366 note 6.

Hvis bestemmelsen skulle forstås efter sin ordlyd, skulle dansk materiel ret altid finde anvendelse i de retsforhold, som bestemmelsen omfatter, og værnetingsvedtagelser hvorefter udenlandske domstole blev kompetente samt voldgiftsklausuler skulle være ugyldige. Dette kan næppe være meningen med bestemmelsen.⁶⁰ Når den taler om, at dansk ret skal finde anvendelse, må heri være inkluderet dansk international privat- og procesret, således at det meget vel kan tænkes, at fremmed ret skal finde anvendelse, hvis dette følger af dansk international privatret. Så meget må dog kunne lægges i bestemmelsen, at hvor selskabets tilknytningsforhold får betydning for afgørelsen af, hvilket lands ret der skal finde anvendelse, er denne tilknytning dansk. Ligeledes må selskabet være berettiget til at indgå sådanne værnetings- og voldgiftsaftaler, som er lovlige ifølge dansk ret.⁶¹ Værnetingsreglen i § 77 har kun betydning som et supplement til § 84 og retsplejelovens § 238. Igen er der altså tale om en regel, der skal sikre, at fremmede selskaber ikke stilles bedre end, men kun lige med danske selskaber ved udøvelse af virksomhed i Danmark.

I det store og hele må det således siges, at de nu omtalte regler ikke i væsentlig grad fører til en ringere behandling af fremmede selskaber end af danske, men blot medfører en ligestilling af fremmede og danske selskaber forsåvidt angår virksomhed i Danmark.⁶² Forsåvidt angår selskaber med begrænset ansvar gælder dette også næringsloven, idet næringslovens § 9 som betingelse for at udenlandske selskaber kan erhverve næringsbrev her i landet ikke stiller særlige krav til selskaberne, men kun ligesom for danske selskabers vedkommende til de personer, der skal udgøre den herværende ledelse. For andre selskabers vedkommende end dem, der har begrænset ansvar, følger det derimod af næringsloven, at de – indenfor de bundne næringers område – kun sjældent vil opfylde betingelserne for overhovedet at udøve virksomhed her i landet. Her er der altså tale om en væsentlig diskrimination overfor fremmede selskaber på linje med den, der udvises overfor fremmede enkeltpersoner. For aktieselskabslovens og lov om forsikringsvirksomheds vedkommende bliver der endvidere i et vist omfang tale om diskrimination overfor

60. Jfr. Lovkonflikter s.183, Rasting, Lov om forsikringsvirksomhed, 1960, s.244 f, smlgn. Krenchel s.334.

61. Smlgn. U.f.R. 1928 s.1045.

62. Jfr. Lovkonflikter 1.udg. 1931 s.92.

fremmede selskaber som følge af gensidighedskravet, og for næringslovens vedkommende som følge af kravet om traktat eller ministeriel bekendtgørelse eller særlig tilladelse i det enkelte tilfælde, ligesom aktieselskabsloven og næringsloven afskærer fremmede selskaber fra at udøve detailhandel her.

For samtlige de omtalte loves vedkommende er det afgørende for, om de nu nævnte regler finder anvendelse, hvorvidt det fremmede selskab driver virksomhed her i landet. Man sonderer almindeligvis mellem, om det fremmede selskab blot foretager en enkelt isoleret handling her i landet eller om det varigt vil drive virksomhed her, idet de omtalte regler kun finder anvendelse på den varige virksomhed.⁶³ Indenfor næringslovens område er der i praksis næppe tvivl om, hvad der forstås ved virksomhed her i landet. Herom henvises der til næringsretten.⁶⁴ Tilsvarende synspunkter må finde anvendelse uden for næringslovens område,⁶⁵ altså særlig med hensyn til hvornår virksomheden her er af en sådan art og omfang, at der kræves anmeldelse af en filial.

Udøver fremmede selskaber virksomhed uden at opfylde de krav, der stilles som betingelse herfor, altså registrering og erhvervelse af næringsbrev, kan der være tale om straf og evt. om judicielt forbud og dom til ophør.⁶⁶ Spørgsmålet er imidlertid, om der også kan indtræde selskabsretlige sanktioner. Herved tænkes der på muligheden for, at manglende overholdelse af reglerne om, på hvilke betingelser fremmede selskaber med begrænset ansvar kan udøve virksomhed her i landet, kunne tænkes at medføre, at deltagerne i det fremmede selskab ikke kan gøre gældende, at deres hæftelse er begrænset til deres indskud, eller at de, der handler på selskabets vegne, bliver personlig ansvarlige.

Det må som udgangspunkt antages, at fremmede selskaber med hensyn til deltageres personlige hæftelse vil blive behandlet på linje med danske selskaber. Herefter må der sondres mellem på den ene side selskaber, der er omfattet af definitionen på aktieselskaber i aktieselskabslovens § 1, og på den anden side andre selskaber.

63. Jfr. Lovkonflikter s.181, Krenchel s.331, Torp s.15 og s.291.

64. Jfr. Poul Andersen, Næringsretten, 3.udg. 1944 s.24 ff samt T. Spang-Hanssen i U.f.R. 1927 B s.184.

65. Dog næppe for forsikringsvirksomhed, jfr. lov nr.147 af 13.maj 1959 §§ 129 og 130 og U.f.R. 1923 s.52 og 226.

66. Jfr. Poul Andersen cit. i note 64 s.45 f.

I henhold til aktieselskabslovens § 1 forstås ved et aktieselskab »ethvert erhvervsdrivende selskab, i hvilket ingen af deltagerne (aktionærerne) hæfter personlig for selskabets forpligtelser, men hvor samtlige deltagere hæfter alene med en af dem tilvejebragt fællesformue (aktiekapital)«. I § 1 stk.2 undtages dog fra lovens bestemmelser sådanne selskaber, der vel er omfattet af den nævnte definition, men som opfylder visse nærmere betingelser. Endvidere blev det ved lovens vedtagelse forudsat, at den praksis, hvorefter selskaber der må karakteriseres som andelsselskaber ikke omfattes af loven, ikke vil blive ændret.⁶⁷ Herefter omfatter aktieselskabsloven kun sådanne selskaber, hvor der skal gælde en begrænset hæftelse, hvor denne hæftelse skal hvile på en af deltagerne tilvejebragt fællesformue, hvor betingelserne i § 1 stk.2 ikke er opfyldt, og hvor der i realiteten ikke er tale om et andelsselskab. Er fx. kapitalgrundlaget et andet end det nævnte, kan hæftelsen begrænses uden at aktieselskabslovens regler er opfyldt.⁶⁸ Er der derimod tale om et selskab, for hvis vedkommende de nævnte betingelser er opfyldt, må deltagerne hæfte personligt for selskabets forpligtelser, hvis de ikke følger aktieselskabslovens regler ved stiftelsen eller uanset registreringsnægtelse lader selskabet drive virksomhed. Følger de derimod aktieselskabslovens regler, må det formentlig følge af bestemmelsen i § 17 om ansvar for den, der handler på selskabets vegne forinden registreringen sammenholdt med bestemmelsen i § 14 om bortfald af aktietegners forpligtelser, hvis anmeldelse til registeret ikke finder sted i rette tid, at andre end de i § 17 omhandlede personer ikke kommer til at hæfte overfor tredjemand.

Når aktieselskabslovens § 74 taler om udenlandske aktieselskaber, må den med hensyn til, hvad der forstås ved udenlandske aktieselskaber, også i denne henseende henholde sig til definitionen i § 1. Hvis et udenlandsk selskab ikke er omfattet af denne definition, kan det ikke antages, at undladelse af at foretage anmeldelse af en filial til handelsregisteret kan medføre personligt ansvar for deltagerne eller for dem, der handler på selskabets vegne her i landet. Manglende anmeldelse antages nemlig ikke engang at medføre personligt ansvar for danske selskabers vedkom-

67. Jfr. Sindballe II s.11 med henvisninger, jfr. s.156. Det forekommer tvivlsomt, hvorvidt en sådan forudsætning er bindende for domstolene, jfr. om spørgsmålet W. E. v. Eyben, Domstolenes stilling til lovmotiver, T.f.R. 1953 s.145 ff, særlig s.163 ff.

68. Jfr. hertil Torp s.171 f, men cfr. Torp i U.f.R. 1927 B s.196.

mende i disse tilfælde,⁶⁹ og fimaloven gør ikke forskel på danske selskaber og udenlandske selskabers filialer, jfr. § 16 stk.1 in fine. Der kan alene blive tale om et strafansvar og evt. dom til standsning af virksomheden.

Er et udenlandsk selskab omfattet af definitionen på aktieselskaber, opstår spørgsmålet, om den manglende anmeldelse til aktieselskabsregisteret af en herværende filial medfører personligt ansvar for deltagerne. Det er utvivlsomt, at det fremmede aktieselskab selv hæfter for de her i landet på dets vegne indgåede forpligtelser.⁷⁰ Af § 78 stk.3⁷¹ følger, at de personer, der forinden en forretningsafdelings registrering indgår forpligtelser på dennes vegne eller har medansvar for indgåelsen af sådanne forpligtelser, hæfter personligt. Formentlig må dette gælde, selv om ikke engang en anmeldelse har fundet sted, så snart man overhovedet kan tale om eksistensen af en forretningsafdeling her i landet.⁷² Derimod forekommer det tvivlsomt, om man kan gøre ansvar gældende direkte overfor deltagerne i det fremmede selskab. Situationen er ikke fuldstændig parallel til den, hvor det danske aktieselskab ikke er blevet til i overensstemmelse med aktieselskabslovens regler. I sidstnævnte tilfælde foreligger der et interessentskab, intet aktieselskab, idet vedtagelsen om begrænset ansvar er uden virkning, når aktieselskabslovens regler ikke er overholdt, og dette er baggrunden for det personlige ansvar. I tilfældet med det fremmede aktieselskab, der driver virksomhed gennem en uanmeldt forretningsafdeling her i landet, findes der derimod et fremmed selskab, som hæfter for de indgåede forpligtelser, og de selskabsretlige regler om hæftelsen, som gælder i selskabets hjemland, finder i kraft af dansk international privatret anvendelse ved danske domstole. Når endvidere bortses fra, at forretningsafdelingens anmeldelse muligvis vil gøre det nødvendigt for det fremmede selskab at indbetale en større del af aktiekapitalen end det kræves efter dets hjemlands ret, og for forsikringsselskabers vedkommende, at forsikringstagerne her i landet har en fortrinsstilling til det her deponerede beløb, jfr. lov om forsikringsvirksomhed § 135, men når et sådant ikke findes må konkurrere på lige fod med kreditorer i andre lande, stilles de, der kontraherer med en herværende

69. Jfr. Torp s.172, samme Om Interessentskab 1904 s.211 f, jfr. Augdahl s.18 ff.

70. Jfr. Torp s.291.

71. Jfr. lov om forsikringsvirksomhed § 129 stk.2. Jfr. U.f.R. 1925 s.455.

72. Jfr. Torp s.291, cfr. måske Charles V. Nielsen, Håndbog i aktieret, 1917 s.104.

forretningsafdeling, ikke i økonomisk henseende forskelligt, hvad enten den er anmeldt eller ej. De pågældende tredjemænd kan iøvrigt ved henvendelse til aktieselskabsregisteret konstatere, om registrering har fundet sted, og ellers undlade at kontrahere med selskabet. Endelig vil et personligt ansvar for det fremmede selskabs aktionærer i dette tilfælde, hvor det drejer sig om en fremmedretlig bestemmelse, kun i et fåtal af tilfælde kunne gennemføres i praksis, og der er derfor ikke megen grund til at pålægge et sådant ansvar. Herefter kan det ikke antages, at manglende anmeldelse af en forretningsafdeling her i landet medfører personligt ansvar ud over hvad lovreglerne om dem, der handler på afdelingens vegne forinden registrering, fører til.

III. De under II omtalte regler henholder sig utvivlsomt til et rent formelt kriterium ved afgørelsen af, hvilke selskaber der er danske og hvilke, der er fremmede, og i sidste fald i hvilket fremmed land selskaberne hører hjemme. Afgørende er det, hvilket land de efter rent ydre kendetegn er knyttet til. Et aktieselskabs registrering i et land vil således være afgørende for dets tilhør til det pågældende land, uanset hvem selskabets aktionærer er, og hvem der sidder i dets ledelse. For aktieselskabers vedkommende vil registrering i et land i de fleste tilfælde være ensbetydende med, at dette lands ret er anvendt på selskabets stiftelse – dette gælder således som tidligere nævnt den registrering, som der kan lægges vægt på i international privatretlig henseende – og i aktieselskabslovens § 74 ligger der vistnok en forudsætning om, at det land er selskabets hjemland, hvis lov har fundet anvendelse ved dets stiftelse. For andre selskabers vedkommende må det blotte ydre kendetegn, fx. registrering i et handelsregister, være afgørende uden hensyn til, om denne registrering er ensbetydende med, at det pågældende lands selskabslovgivning finder anvendelse på selskabet.

Hvad der her er sagt om de under II omtalte regler gælder også sådanne regler som aktieselskabslovens §§ 4 stk.1, 9 stk.2 og 49 stk.5, og lov om forsikringsvirksomhed §§ 10 stk.1 og 27, der forbeholder forskellige aktieretlige rettigheder for her i landet hjemmehørende selskaber og udelukker fremmede selskaber og disses herværende forretningsafdelinger fra disse rettigheder, jfr. herved aktieselskabsloven af 1917 § 35 stk.2; og endvidere den nordiske konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme art.3 nr.1 og konkurskonventionens artikler 12 og 13.

Dansk ret indeholder imidlertid yderligere en række regler, der sonderer mellem danske og fremmede selskaber i henseende til de af disse regler regulerede forhold, eller som på forskellig måde skærper de krav til selskabernes ledelse, som er omtalt under I, eller som stiller krav med hensyn til selskabsdeltagernes tilhørsforhold. Disse regler har interesse dels til supplerende af, hvad der er sagt under I og II, dels til belysning af hvad der er sagt i kap.5 om forholdet mellem international privatret og fremmedret. De skal nærmere omtales i det følgende.⁷³

Den ældste af disse bestemmelser er sølovens § 1, som samtidig i sin formulering fra 1892⁷⁴ har haft betydning for udformningen af flere af de ndf. omtalte bestemmelser og formentlig til en vis grad også for kravene til ledelsen i aktieselskabsloven. Reglen afgør, hvad der skal til, for at et skib kan anses som værende i dansk eje, hvilket er tillagt betydning i forskellige henseender. Sin seneste udformning har reglen fået i 1957⁷⁵ i forbindelse med revisionen af skibsregistreringsloven, men af den nævnte grund har det interesse kort at ridse dens historiske udvikling op.

Søloven af 1892 krævede, for at et skib, der ejedes af et aktieselskab, kunne anses som værende i dansk eje, at selskabets bestyrelse skulle have sæde i den danske stat og bestå af personer, som opfyldte visse nærmere krav til nationalitet og bopæl. For partrederiers vedkommende stilledes de samme krav til nationalitet og bopæl til indehaverne af to tredjedele af skibet.⁷⁶ Det er især kravet om, at bestyrelsen i et aktieselskab skulle have sæde i den danske stat, et krav der genfindes i saltvandsfiskerilovens § 1 stk.2,⁷⁷ hvis forståelse har voldt vanskelighed. Ved revisionen for nylig antog man, at baggrunden for kravet måtte være dels et ønske om at sikre, at registreringsmyndigheden let kunne komme i forbindelse med selskabets ledelse, idet kravet måtte indebære, at selskabet skulle have et kontor, der kunne betegnes som selskabets hovedkontor

73. Jfr. også N. H. Bache i U.f.R. 1925 B s.47, jfr. U. f.R. 1925 s.874 og Krenchel s.112 f.

74. Lov nr.56 af 1.april 1892.

75. Lov nr.94 af 29.marts 1957.

76. Om praksis vedrørende andre selskabsformer jfr. Betænkning ang. revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. 1955 s.55.

77. Lov nr.500 af 19.december 1951. Saltvandsfiskerilovens regel er gået igen siden den første saltvandsfiskerilov nr.316 af 2.juni 1917 og stammer fra lovudkastet i Betænkning om saltvandsfiskeri og ferskvandsfiskeri 1915. Det fremgår af denne s.41, at reglen er baseret på søloven af 1892 § 1.

her i landet; dels hensynet til flagets renhed, idet kravet skulle indebære, at den reelle ledelse ikke, når blot man sørgede for, at der formelt sad det tilstrækkelige antal danske i bestyrelsen, kunne ligge hos udlændinge.⁷⁸

En undersøgelse af 1892 lovens forhistorie synes at vise, at denne forståelse af udtrykket ikke er helt dækkende eller i hvert fald udtømmende, hvilket stadig har betydning for fortolkningen af saltvandsfiskerilovens § 1 stk.2, og at søloven af 1892 § 1 efter sit indhold – bortset fra kravet om at samtlige og ikke blot to tredjedele af bestyrelsens medlemmer skulle opfylde de stillede betingelser – i virkeligheden stemmer nøje overens med den regel om aktieselskaber, der findes i sølovens § 1 i dens nuværende formulering sammenholdt med skibsregistreringslovens⁷⁹ § 6 stk.2. Et aktieselskab kan ifølge disse bestemmelser anses som dansk ejer af et skib, hvis det er registreret i aktieselskabsregisteret som dansk, d.v.s. ikke som forretningsafdeling af et udenlandsk selskab, og herudover to tredjedele af (altså ikke længere hele) dets bestyrelse består af her bosatte danske statsborgere. Kravet om, at skibe, der sejler under dansk flag, skal have dansk ejer, har først og fremmest været begrundet med retsstillingen i tilfælde af krig, hvor man ville sikre sig de krigsførendes respekt for det danske flag til beskyttelse af skib og ladning.⁸⁰ De første autoritative udtalelser om spørgsmålet findes i reskriptsamlingen 1850 i et svar fra udenrigsministeriet til den franske gesandt. Det fremgår heraf, at de fleste på dette tidspunkt antog, at hele et aktieselskabs aktiekapital skulle være på danske hænder, for at det kunne anses som dansk, men at spørgsmålet var uden praktisk interesse.⁸¹ Den første lovregel findes i skibsregistreringsloven af 13.marts 1867 § 1, som er bygget over den engelske Merchant Shipping Act af 1864, der krævede, at corporations skulle være stiftet i riget, underkastet dets love og have hovedsæde i Storbritannien eller dets besiddelser. 1867 loven stillede i overensstemmelse hermed foruden 1892 lovens krav til bestyrelsen yderligere det krav, at selskabet skulle være underkastet de danske love. Orla Lehmann udtalte uimodsagt i Landstinget, at der ikke var forskel på indholdet af kravet om, at bestyrelsen skulle have sit sæde i Danmark, og at selskabet

78. Jfr. betænkning cit. i note 76 s.56.

79. Lov nr.93 af 29.marts 1957.

80. Jfr. Reskriptsamling 1850 s.369 f, RT 1866/67 L sp.43 og 252 ff, RT 1891/92 F sp.1786 og 4209 ff, A sp.2365.

81. Reskriptsamlingen 1850 s.367 og s.371 f.

skulle være underkastet dansk lov. Det sidste var en følge af det første.⁸² Dette gav sig udslag i en ændring af formuleringen, som dog senere under rigsdagsbehandlingen igen faldt bort uden særlig begrundelse. Om man i denne opfattelse skal se en forløber for hovedsædeteorien er vel tvivlsomt. Argumentationen er snarere baseret på suverænitetslæren: staten har højhedsret på sit territorium. I 1892, da reglen overføres fra skibsregistreringsloven til søloven, falder det udtrykkelige krav, om at selskabet skal være underkastet dansk ret, bort, men heri kan ikke ses en realitetsændring. Derimod understreges i bemærkningerne til lovforslaget den ændring i opfattelsen, som havde fundet sted fra 1850 til 1867, nemlig at der ikke ved aktieselskaber af hensyn til flagets renhed kunne stilles krav til indehaverne af aktiekapitalen i selskabet, men alene til bestyrelsen. Kravene til flagets renhed var opfyldt, når bestyrelsen bestod af danske – hvorved erindres, at bopæl i en vis periode på det tidspunkt var ensbetydende med skabelsen af undersåtsforhold, ligesom dettes fortsættelse forudsatte fortsat bopæl i landet – og selskabet var underkastet dansk ret. De nugældende regler må således ses som en omskrivning til moderne dansk af de ældre regler og har for aktieselskabers vedkommende ikke medført nogen ændring i realiteten, bortset fra at nu kun to tredjedele af bestyrelsens medlemmer skal opfylde nationalitets- og bopælskravet.

Reglen om aktieselskaber i den nye § 1 i søloven finder også anvendelse på andre selskaber med begrænset ansvar, der har valgt en bestyrelse. I stiftelser og foreninger kræves, at hele ledelsen skal bestå af her bosatte danske statsborgere. I partrederier bevares den tidligere regel om, at to tredjedele skal ejes af danske statsborgere, og det kræves endvidere, at den bestyrende reder skal være en her bosat dansk statsborger. I andre selskaber kræves det endelig, at to tredjedele af selskabsdeltagerne skal være her bosatte danske statsborgere. Der findes visse dispensationsmuligheder i skibsregistreringsloven.

Reglen i saltvandsfiskerilovens § 1 stk.2 er som nævnt baseret på sølovens § 1 i formuleringen fra 1892. Den bestemmer, at for at et selskab skal kunne drive fiskeri på søterritoriet, må dets bestyrelse have sæde i den danske stat og deltagerne enten have dansk indfødsret eller have haft fast bopæl her i de sidste 2 år. Efter fortolkningen ovf. af

82. RT 1866/67 L sp.648 f.

sølovens krav til bestyrelsens sæde må saltvandsfiskeriloven forstås således, at kun selskaber der er underkastet dansk selskabslovgivning og hvis bestyrelse er bosat her kan drive fiskeri på søterritoriet. Dette stemmer med lovens forarbejder, idet det her⁸³ siges: »Fremmede selskaber vil derved blive afskårne fra at drive fiskeri på søterritoriet«. Loven kræver endvidere, at samtlige deltagere, i aktieselskaber således aktionærerne, skal opfylde nationalitets- eller bopælskravet. Kravene er begrundet i ønsket om at forbeholde fiskeriet på søterritoriet for her bosatte personer.

Den hidtidige luftfartslov⁸⁴ § 6 krævede til registrering af luftfartøjer her i landet, at de havde dansk ejer, hvorved loven bl.a. også forstod danske selskaber, foreninger, stiftelser og korporationer. For aktieselskabers vedkommende krævedes særlig, at hovedkontoret skulle være her i landet, samt som hovedregel at bestyrelsens medlemmer skulle være her bosatte danske statsborgere. Reglen var baseret på Pariserkonventionen af 13.oktober 1919 art.7, som vel ikke i sin daværende skikkelse var ratificeret af Danmark, men som alligevel var taget i betragtning ved udformningen af den fællesskandinaviske lovgivning.⁸⁵ Konventionsreglen havde særlige årsager, men den skandinaviske regel begrundedes med betydningen af, at et så vigtigt kommunikationsmiddel som luftfartøjer i indenrigs luftfart er på indenlandske hænder.⁸⁶ Kravet om, at aktieselskabers hovedkontor skulle være beliggende her, måtte forstås således, at selskabet skulle være registreret som dansk selskab, altså ikke som forretningsafdeling af et udenlandsk selskab, i aktieselskabsregisteret. Hvad der iøvrigt kunne lægges i danskhedskravet var tvivlsomt. Det er muligt, at man efter baggrunden for bestemmelserne og det oprindelige indhold af Pariserkonventionen deri kunne se et krav om, at kontrollen skulle være på danske hænder, d.v.s. at i hvert fald flertallet af selskabsdeltagerne skulle være danske.

I den nye ligeledes fællesskandinaviske luftfartslov⁸⁷ er der, i lighed med hvad der er sket i den nye formulering af sølovens § 1, givet en

83. Betænkning om saltvandsfiskeri og ferskvandsfiskeri 1915 s.41.

84. Lov nr.175 af 1.maj 1923.

85. Se herved norsk Innstilling III fra kommisjonen til revisjon af luftfartsloven, Trondhejm 1957 s.156, Arkiv for Luftrett bd.1 s.2 og s.75.

86. Jfr. bemærkninger til forslag til lov om luftfart ad § 7, FT 1959/60 A sp.1378 f.

87. Lov nr.252 af 10.juni 1960.

definition af, hvad der i henseende til hver enkelt selskabsform må forstås ved danske ejer, men denne bestemmelse afviger fra sølovens, også derved at man bevarer den gamle sølovs terminologi og taler om bestyrelsens sæde. For stiftelser og foreninger kræves, at ledelsen skal bestå af danske statsborgere og have sæde i Danmark. I aktieselskaber skal, således som bestemmelsen er udformet i folketingsudvalget, bestyrelse og direktion bestå af danske og have sæde i Danmark. En bestemmelse i lovforslaget om krav til ejerne af aktiekapitalen udgik under udvalgsbehandlingen. I foreninger skal to tredjedele af medlemmerne, i andre selskaber med begrænset ansvar det overvejende antal og i ansvarlige selskaber alle deltagerne være danske. Indholdet af kravet om, at ledelsen skal have sæde i Danmark, må formenes at stemme med sølovens § 1 i dens ældre formulering, således at der herved tænkes på selskaber, der er underkastet dansk lovgivning og har hovedkontor her.⁸⁸ For aktieselskabers vedkommende må reglen således forstås som et krav om, at selskabet skal være registreret i aktieselskabsregisteret som dansk, d.v.s. ikke som forretningsafdeling af et udenlandsk selskab. Begrundelsen for kravet om dansk ejer angives at være dels hensynet til varetagelse af danske luftfartsinteresser i udlandet ad diplomatisk vej, dels den danske interesse i flagets renhed i tilfælde af krig mellem fremmede stater, dels endelig danske forsvarsinteresser.⁸⁹

Lov nr.344 af 23.december 1959 om erhvervelse af fast ejendom § 1 kræver justitsministerens tilladelse, for at selskaber, foreninger og andre sammenslutninger, institutioner, stiftelser og legater, som ikke har hjemsted i Danmark, kan erhverve adkomst på fast ejendom.⁹⁰ Man har i en lang årrække forsøgt at nå frem til en lovgivning om udlændinges adgang til at eje fast ejendom i Danmark og herunder at give detaljerede regler om, hvornår et selskab i relation hertil kan anses som dansk.⁹¹ Sådanne regler er imidlertid aldrig blevet gennemført, og den nu vedtagne lov må antages at gå ud fra et rent formelt kriterium ved afgørelsen af, om

88. Jfr. norsk Innstilling cit. i note 85 s.180 f.

89. Jfr. bemærkninger cit. i note 86.

90. Jfr. om loven Østergaard i Juristen 1960 s.24 ff og Tolstrup i U.f.R. 1960 B s.106 f. Det bemærkes, at loven om sammenslutningers og institutioners landbrugsjord nr.127 af 16.april 1957 gælder både danske og fremmede selskaber.

91. Jfr. Betænkning ang. udlændinges adgang til at eje fast ejendom i Danmark, 1948.

et selskab har hjemsted i Danmark eller ej. Herom henvises til, hvad der ovf. er sagt om de under II omtalte regler, der sonderer mellem danske og fremmede selskaber. Baggrunden for loven angives at være knapheden på arealer, der kan benyttes som ferieområder for befolkningen.

Beværterlovens⁹² § 3 begrænser muligheden for at erhverve adkomst på beværter- eller gæstgivernæring til danske aktieselskaber og kommanditaktieselskaber, hvis ledelse opfylder visse nærmere krav, herunder at hele bestyrelsen og direktionen opfylder betingelserne for at erhverve næringsbrev med hensyn til indfødsret og endvidere har bopæl her i landet.⁹³ Den nuværende formulering stammer fra en betænkning af 1938. Af denne fremgår det, at bestemmelsen er bygget over næringslovens § 8.⁹⁴ Afgørelsen af, om et aktieselskab er dansk i denne relation, beror således som grundlæggende betingelse på, om det er registreret i aktieselskabsregisteret som sådant, og dertil kommer så kravene til ledelsen.

Loven om kontrol med tilvirkning af krigsmateriel m.m.⁹⁵ begrundedes med, at man tillagde det særlig betydning, at enhver udenlandsk indflydelse på den hjemlige våben- og ammunitionsproduktion undgås. Loven bestemmer i § 1, at tilladelse til produktion af krigsmateriel foruden til danske statsborgere kun kan gives til aktieselskaber, som har deres hjemsted her i landet og i hvis vedtægter det er bestemt, at aktierne skal lyde på navn og at samtlige bestyrelsesmedlemmer, direktører og prokurister skal have dansk indfødsret. Tilladelsen kan endvidere kun gives, hvis der ikke i selskabet er eller agtes anbragt udenlandsk kapital, hvilket må være forklaringen på kravet om, at aktierne skal lyde på navn. Det må dog antages, at kravet også vedrører lånekapital og ikke blot aktiekapitalen. Da der må kræves næringsbrev til produktionen, er der grund til at tro, at der ved aktieselskaber, som har deres hjemsted her i landet, forstås det samme som ved danske aktieselskaber i næringslovens § 8, altså at de er registreret i aktieselskabsregisteret som danske.

Biografloven⁹⁶ tilsigter at beskytte biografnæringen imod fremmed indflydelse og fremme dansk filmproduktion. I § 16 stk.2 stilles der krav med hensyn til indfødsret og bopæl til ledelsen i danske selskaber og til

92. Lov nr.207 af 7.juni 1958.

93. I ansvarlige selskaber er det deltagerne, der erhverver adkomst, lovens § 2.

94. Betænkning ang. revision af beværterlovgivningen 1938 s.56.

95. Lov nr.139 af 7.maj 1937.

96. Lov nr.117 af 13.april 1938.

filialbestyreren i udenlandske selskabers forretningsafdelinger, som betingelse for at de kan beskæftige sig med filmudlejning. Denne bestemmelse må med hensyn til sondringen mellem danske og udenlandske selskaber antages at bygge på et rent formelt kriterium på samme måde som de ovf. under II omtalte regler. Kravene til ledelsen stemmer med næringslovens krav.

§ 2 stk.1 bestemmer, at der i enkelte tilfælde, hvor det findes af interesse at støtte produktionen af danske film, kan meddeles et her i landet hjemmehørende selskab biografbevilling, jfr. også § 4 stk.3. Hvis selskabet er et aktieselskab skal aktierne ifølge § 6 lyde på navn og dispositioner over dem noteres. Og i § 17 stk.1 siges det, at danske film ikke må udlejes af udenlandske produktionsselskabers danske filialer eller agenter, men foruden af producenten og af statens filmcentral kun af selvstændige danske udlejere. Under hensyn til baggrunden for bestemmelserne i §§ 2 og 17 og for § 2's vedkommende under hensyn til bestemmelsen i § 6 er det muligt, men på ingen måde sikkert at kontrollen med kapitalen i disse selskaber kan tages i betragtning ved afgørelsen af deres tilhørsforhold.

I henhold til lov om spiritus og gær⁹⁷ kan tilladelse til fremstilling af gær, sprit, akvavit og brændevin kun gives til virksomheder, der drives i selskabsform, d.v.s. som aktieselskaber, jfr. § 2, 1.pkt. smh. med litra c og litra h. Alle bestyrelsesmedlemmer skal have dansk indfødsret. Det må utvivlsomt antages, at kun aktieselskaber, der er registreret som danske i aktieselskabsregisteret og som yderligere opfylder lovens krav, kan få den nævnte tilladelse.

Også apotekerlovens⁹⁸ §§ 67 og 68 begrænser retten til at udøve visse former for handels- og produktionsvirksomhed til danske virksomheder. Og sparekasselovens⁹⁹ § 7 stk.6 stiller krav til tilsynsrådsmedlemmers, direktørers og afdelingsbestyreres indfødsret og bopæl.

Også med hensyn til beskatningen sondres der imellem danske og fremmede selskaber, jfr. statsskattelovens¹⁰⁰ § 2 stk.1 nr.5 og § 10 og kommuneskattelovens¹⁰¹ § 33, jfr. nu lov om indkomstbeskatning af

97. Lov nr.74 af 15.marts 1934.

98. Lov nr.209 af 11.juni 1954.

99. Lov nr.8 af 15.januar 1960.

100. Lov nr.149 af 10.april 1922.

101. Lov nr.28 af 18.februar 1937.

aktieselskaber m.v. §§ 1 og 2.¹⁰² Sondringen mellem danske og fremmede selskaber i skattemæssig henseende har endvidere betydning i dobbelt-beskatningstraktaterne.

Den tidligere omtalte dom om Det danske Gascompagni¹⁰³ har i lang tid givet anledning til den antagelse, at det afgørende for, om et aktieselskab er underkastet ubegrænset eller begrænset skattepligt her i landet er, om dets egentlige øverste ledelse er beliggende her i landet eller i udlandet.¹⁰⁴ Skønt selskabet var registreret i handelsregisteret på Frederiksberg og det i dets vedtægter hed, at dets hjemsted og hovedkontor var på Frederiksberg og at dets nationalitet var dansk, fastsloges det i dommen, at selskabet ikke kunne anses som et her i landet hjemmehørende selskab i skatteretlig henseende, da bestyrelsen, der havde den fulde og almindelige ledelse af selskabet, måtte siges at have sæde i England, hvor bestyrelsesmedlemmerne, der alle var englændere, var bosat.

Dommen vedrører tiden før aktieselskabsloven, efter hvis gennemførelse et tilsvarende tilfælde ikke vil kunne forekomme. Selv i henhold til fimaloven, således som den i administrativ praksis som tidligere omtalt er blevet forstået, synes det tvivlsomt, om Det danske Gascompagni overhovedet opfyldte betingelserne for registrering i et handelsregister her i landet, i hvert fald som dansk selskab. Da det i hvert fald nu står fast, at et aktieselskab skal have et hovedkontor her i landet med en ansvarlig bestyrelse, af hvis medlemmer flertallet skal være bosat her i landet, må det i relation til skattelovgivningen ligesom i øvrigt være uden betydning, hvorfra de øverste direktiver for selskabets ledelse udgår. Afgørende må være, om selskabet er registreret her i landet eller ej. Herom synes der da også at være enighed i nyere teori,¹⁰⁵ og synspunktet stemmer formentlig med landsoverskatterådets kendelser fra 1922 og 1924,¹⁰⁶ som netop vedrører Det danske Gascompagni og som

102. Lov nr.255 af 11.juni 1960.

103. U.f.R. 1918 s.39 H, jfr. landsoverskatterådets kendelser i U.f.R. 1919 s.682 og 1920 s.727. Se kap.6 ved note 103 og ovf. ved note 48.

104. Jfr. Sindballe III s.19 f.

105. Jfr. Hartvig Jacobsen, Skatteretten 1950 s.92, og C. Helkett, Opgørelse af den skattepligtige indkomst til staten, 6.udg. 1957 s.52, men til dels afvigende Mazanti-Andersen og Gilså, Beskatning af selskaber og aktionærer, 1961, s.45 ff.

106. U.f.R. 1923 s.742 og 1925 s.651, jfr. også forudsætningsvis dommen U.f.R. 1929 s.668.

fastslår, at selskabet skal beskattes som dansk, efter at det er blevet organiseret som aktieselskab i overensstemmelse med aktieselskabsloven af 1917. På de faktiske forhold i selskabet har denne formelle ændring næppe haft væsentlig indflydelse. Opfattelsen stemmer ligeledes med, at registreringen i aktieselskabsregisteret også i andre henseender i dag antages at være eneafgørende for skattepligten,¹⁰⁷ mens man tidligere – idet praksis dog har været meget vaklende – foretog en selvstændig bedømmelse for skatterettens vedkommende.¹⁰⁸ Endvidere bekræftes den af indholdet af det i Betænkning om beskatningen af indkomst og formue m.v. indeholdte udkast til ny statsskattelov § 36,¹⁰⁹ på hvilket de senere skattelovsforslags § 47 og lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. § 1 er baseret. I henhold til denne bestemmelse påhviler der »her i landet hjemmehørende, indregistrerede aktieselskaber« ubegrænset skattepligt. Der er ikke tale om, at man af den samtidige anvendelse af udtrykket »her i landet hjemmehørende« og af ordet »indregistreret« kan udlede et krav om at selskaberne, foruden at være registreret i aktieselskabsregisteret, også skal have deres egentlige hovedsæde her i landet. Når udtrykket »her i landet hjemmehørende« anvendes, sker det som fælleskrav til samtlige de i § 1 omtalte selskabsformer. Ordet »indregistrerede« i forbindelse med aktieselskaberne er imidlertid nødvendigt af hensyn til en tidligere praksis, hvorefter man i et vist omfang har betragtet selskaber som nulliteter, selvom de var registreret, hvis samtlige aktier reelt om ikke formelt ejedes af en person.¹¹⁰

Endelig findes der støtte for den opfattelse, at skattelovgivningen ikke arbejder med en særlig, fra selskabsretten forskellig opfattelse af, hvad der forstås ved danske selskaber, i de seneste med Norge og Sverige i henholdsvis 1957 og 1958 indgåede dobbeltbeskatningstraktater.¹¹¹ Mens tidligere danske dobbeltbeskatningstraktater hovedsagelig benyttede kriterierne »stedet, hvor den virkelige ledelse har sit sæde« eller hvor »dets forretninger er ledet og kontrolleret«, til at afgøre om et selskab er hjemmehørende i Danmark eller hos den anden traktatpartner,¹¹² inde-

107. Jfr. Hartvig Jacobsen anf. st. s.90 f og s.93 samt U.f.R. 1955 s.117 H og s.685.

108. Jfr. Helkett anf. st s.55 f og Sindballe III s.19, men cfr. s.22.

109. 1.del 1948 afsnit IV s.14.

110. Jfr. betænkningens bemærkninger til § 36, afsnit IV s.99.

111. Beg. nr.43 af 17.september 1957 LTC, Beg. nr.72 af 8.december 1958 LTC.

112. Jfr. også lov nr.493 af 20.december 1950 om SAS, hvor det i § 5 siges: »Kon-

holder disse to traktater enslydende bestemmelser i art.3, hvorefter »en juridisk person anses for at have dansk, henholdsvis norsk (svensk) nationalitet, såfremt den juridiske person er registreret i Danmark, henholdsvis Norge (Sverige). Juridisk person, der ikke er registreret, anses for at have den stats nationalitet, i hvilken bestyrelsen eller den øverste ledelse har sit sæde.«

Et stort antal tosidede danske handels- og venskabstraktater indeholder bestemmelser, der sikrer selskaber hjemmehørende i Danmark og det andet traktatland en vis nærmere angiven retsstilling. I disse traktater findes stærkt varierende kriterier for, hvornår selskaberne skal anses for at høre hjemme henholdsvis i Danmark og i det andet traktatland. Disse kriterier vil ofte være beroende på den herskende opfattelse i det andet traktatland eller på en vis tradition for, hvorledes sådanne traktater affattes. Omend kriterierne varierer vil resultaterne sjældent gøre det, fordi de forskellige kriterier kun sjældent fører til forskellige praktiske resultater. Hertil kommer, at bestemmelserne i disse traktater kun i begrænset omfang har selvstændig betydning – nemlig i hovedsagen kun i de tilfælde hvor en dansk lov betinger fremmede selskabers udøvelse af visse rettigheder af en traktat, jfr. således næringslovens § 9. Bortset herfra tilsikrer disse traktater som hovedregel kun selskaber hjemmehørende i det andet traktatland sådanne rettigheder, som alle fremmede selskaber i forvejen har i henhold til dansk ret, og det er derfor oftest mindre væsentlig at afgøre, hvilke selskaber det i en traktat anvendte tilhørskriterium passer på.

Den sidste gruppe lovregler, der skal omtales, er krigs- og konfiskationslovgivningen. Allerede bekendtgørelse om anmeldelse af fremmed ejendom nr.673 af 27.december 1940 indeholder i § 2 en definition af fremmede selskaber, hvorved den, af interesse i denne forbindelse, forstår selskaber, der har hjemsted eller hovedsæde i udlandet eller hvis retlige tilværelse hviler på fremmed lovgivning. Bekendtgørelse nr.314 af 2.juli 1945 om anmeldelse af tysk og japansk ejendom anvender samme karakteristik på tyske og japanske selskaber. De to bestemmelser går således

sortiet »Scandinavian Airlines System« er, uanset hvor dets hovedsæde er beliggende, undtaget fra skattepligt her i landet.« I Betænkning ang. udvidelsen af det skandinaviske luftfartssamarbejde inden for SAS 1950 s.25 havde man blot fastslået, at SAS ikke skulle være skattesubjekt, men beskatningen ske gennem moderselskaberne.

ud fra de samme kriterier, som også iøvrigt anvendes i dansk ret for at skille fremmede selskaber fra danske. Ved hjemsted eller hovedsæde kan ikke antages at være tænkt på det egentlige hovedsæde, hvorfra den øverste ledelse udgår, men på ethvert selskab, der har sin direkte ansvarlige ledelse og dennes hovedkontor i udlandet respektive i Tyskland eller Japan. Det er et formelt kriterium, der er anvendt.

Lovene af 1945 og 1946 om tvungen likvidation eller administration af visse aktieselskaber m.v.¹¹³ og om konfiskation af tysk og japansk ejendom¹¹⁴ anvender derimod til dels kriterier, som går på tværs af de almindelig anvendte. Et selskab, der er underkastet dansk selskabslovgivning, kan i henhold til den førstnævnte lov likvideres eller sættes under administration, hvis det er under en ikke i selve loven nærmere angivet tysk eller japansk indflydelse. Og i henhold til den sidstnævnte lov kan selskaber, som efter sædvanlig opfattelse ville blive anset som hjemmehørende i et andet fremmed land end Tyskland eller Japan, blive betragtet som tyske eller japanske, hvis det pågældende fremmede land af en eller anden grund betragter dem som sådanne, eller handelsministeren finder, at de bør betragtes som sådanne. I relation til disse bestemmelser er det således kontrollen med selskaberne, der er afgørende for, hvor de hører hjemme. Mens de to love kun i meget begrænset omfang specificerer, hvad der skal anses for afgørende for, hvem der kontrollerer et selskab, findes bestemmelser herom i tillæg til Bruxelles konventionen af 5.december 1947 angående ordning af modstridende krav på tyske fjendtlige aktiver.¹¹⁵ Disse bestemmelser er også blevet anvendt ved administrationen af den danske lovgivning.

De her under III omtalte regler har til fælles og fælles med de under II omtalte, at de sondrer mellem danske og fremmede selskaber. De under II omtalte regler var i hovedsagen af almindelig karakter og havde til formål at gennemføre en tilsvarende regulering af fremmede selskabers virksomhed her i landet som den, som danske selskaber er underkastet. De under III omtalte regler har derimod som hovedregel haft til formål at diskriminere overfor fremmede selskaber ved at udelukke dem helt fra visse rettigheder eller underkaste dem en fra danske selskaber forskellig og ringere behandling. Det gælder således alle de omtalte regler bortset

113. Lov nr.331 af 12.juli 1945.

114. Lov nr.132 af 30.marts 1946.

115. Bekg. nr.14 af 12.maj 1951 LTC.

fra biograflovens regler om selskabers ret til at drive filmudlejning, som må sidestilles med næringsloven som et supplement til denne. Samtidig har de her omtalte regler, bortset fra den netop nævnte, loven om erhvervelse af fast ejendom og skattelovgivningen, skærpet betingelserne for at et selskab i relation til de pågældende regler kan anses som dansk. Udgangspunktet for sondringen mellem danske og fremmede selskaber har her som under II for det meste været et formelt kriterium, som oftest men ikke nødvendigvis falder sammen med det international privatretlige kriterium. For aktieselskabers vedkommende er det således omtrent overalt en betingelse for, at de kan anses som danske aktieselskaber, at de er registreret i aktieselskabsregisteret. Mens dette normalt også er tilstrækkeligt til at give dem ret til at udøve enhver form for virksomhed her i landet, er dette ikke tilfældet i forhold til flertallet af de under III omtalte regler. Disse regler fører til udskillelsen af en gruppe selskaber, som i relation til hver enkelt af de pågældende regler kan karakteriseres som kvalificeret danske; eller man kan gå den anden vej og karakterisere de selskaber, som ikke opfylder disse reglers særlige betingelser, som fremmede i relation til de pågældende regler. I de fleste tilfælde er der tale om en skærpelse af kravene i aktieselskabsloven og næringsloven til ledelsens nationalitet og bopæl. I en hel del tilfælde stilles der endvidere krav med hensyn til, hvem der kan være økonomisk interesseret i selskaberne. I enkelte tilfælde har jeg endelig ment at kunne indfortolke krav til ledelsen og de økonomisk interesserede i regler om, at selskaberne skal være danske eller hjemmehørende her i landet. Bemærkelsesværdig er den store variation i udformningen af disse yderligere betingelser. Det har vist sig, at der har været vidt forskellige årsager til den forskelsbehandling af danske og fremmede selskaber, som de under III omtalte regler medfører. Alligevel er det et spørgsmål, om der ikke kunne være grund til i noget højere grad end hidtil at koordinere kravene især til ledelsen, men i et vist omfang også til, hvem der kan være økonomisk interesseret. Det er svært at se, hvorfor bestyrelsen i et luftfartsaktieselskab kun kan bestå af danske statsborgere, når det er tilstrækkeligt, at to tredjedele af bestyrelsen er danske i et rederiaktieselskab, forudsat at dette ikke driver saltvandsfiskeri, i hvilket fald alle bestyrelsens medlemmer skal være danske statsborgere eller have været bosat her de sidste 2 år. I forhold til begrundelserne for at stille særlige krav i disse selskaber forekommer forskellen i kravene til bestyrelsens medlemmer yderligere umotiveret, når

man erindrer, at et rederiaktieselskab kan være helt ejet af udenlandsk aktiekapital, medmindre det driver saltvandsfiskeri i hvilket tilfælde hele kapitalen skal være dansk, mens luftfartsaktieselskabets kapital ifølge regeringsforslaget for to tredjedele af aktiekapitalen og stemmerne skulle være dansk. Brøkerne og kravene synes i nogen grad både tilfældigt valgte og tilfældigt kombinerede uden hensyntagen til andre love af tilsvarende art. De bagvedliggende hensyn er i de nu nævnte tilfælde ikke så forskelligartede, at de kan begrunde den store forskel.

De forskellige krav til kontrollen i flertallet af de her omtalte regler gør det rimeligt at tale om en udskillelse af visse danske selskaber som kvalificeret danske, og ikke om de øvrige selskaber, der ikke opfylder disse betingelser, som fremmede, idet selskaberne som nævnt omtrent overalt skal opfylde den grundbetingelse at være danske efter et rent formelt kriterium, og derudover skal opfylde visse særlige betingelser. Det er ikke muligt for selskaber, som efter et formelt kriterium må karakteriseres som fremmede, at opnå anerkendelse som danske i relation til de pågældende regler, hvis blot de opfylder kravene til kontrollen. Kontrolteoriens anvendelse fører altså her i landet kun i en retning, og der er ikke tale om i lighed med det franske reformforslag at anvende den i modsat retning og anerkende selskaber, der ellers må karakteriseres som fremmede, som danske, hvis de er underkastet dansk kontrol. Som en undtagelse, der går i retning af den franske regel, kan måske nævnes loven om efterforskning og indvinding af råstoffer i kongeriget Danmarks undergrund,¹¹⁶ i henhold til hvilken et fremmed selskab, der opfylder ministerens forskrifter om hvilke af bestyrelsens og driftsledelsens medlemmer, der skal have dansk indfødsret, formentlig kan opnå koncession.

I konfiskationslovgivningen er forholdet noget anderledes. I likvidationsloven af 1945 er der tale om at karakterisere visse selskaber som fremmede, nemlig tyske eller japanske, hvis kontrollen med dem er på fremmede hænder, skønt de efter et formelt kriterium er danske. Her er det mere rimeligt at tale om de selskaber, der omfattes af loven, som fremmede end om de øvrige som kvalificeret danske. Reglerne i konfiskationsloven af 1946 går på en helt anden led, end hvad man sædvanlig møder i fremmedretten, idet der er tale om at karakterisere selskaber, der normalt vil blive henført til et fremmed land, som tilhørende et helt

116. Lov nr.181 af 8.maj 1950.

andet fremmed land. Noget tilsvarende vil kunne forekomme både i henhold til traktat, fx. handels- og venskabstraktat, og i henhold til folkerettens almindelige regler.

De under III fremstillede regler godtgør for det første, at det ikke er muligt at arbejde med det samme kriterium i den internationale privatret og i fremmedretten. Ganske vist er som hovedregel udgangspunktet det samme, men dels gælder det ikke overalt, dels stilles der i de tilfælde, hvor det gælder, en række yderligere betingelser for at opnå de særlige fordele, som er reguleret i de pågældende regler.

For det andet fremgår det, at det ikke engang indenfor fremmedretten er muligt at arbejde med et ensartet kriterium. Thi selvom betingelserne for at anse et selskab som dansk i forskellige relationer utvivlsomt kan ensrettes i højere grad end tilfældet er i øjeblikket, må det erkendes, at de forskellige hensyn, som fører til at stille særlige krav i forskellige henseender, også kan begrunde en vidtgående variation i de krav, der stilles.

I relation til de i kap.7 fremsatte de lege ferenda betragtninger er det værd at bemærke, at ligesom det under I og II har vist sig at disse kan accepteres de lege lata, så vil det med hensyn til de under III omtalte regler være af betydning at antage, at et selskab er underkastet loven i det land, i henhold til hvilken det er stiftet. Derved vil i hvert fald den grundlæggende betingelse i de under III fremstillede regler komme til som hovedregel at stemme med det international privatretlige kriterium.

Kapitel 9: Stiftelse af selskaber

Der er i litteraturen, i det omfang denne overhovedet beskæftiger sig med enkeltproblemer i den internationale selskabsret, almindelig enighed om, at spørgsmål vedrørende et selskabs stiftelse og organisation er underkastet den lov, som i almindelighed finder anvendelse i selskabsretlige forhold, det vil altså i denne fremstilling sige stiftelseslandets lov (registreringsloven). Denne enighed i litteraturen bekræftes i flere fremmede lande i domspraksis, og synspunktet har senest fundet udtryk i det af International Law Association i 1958 i New York vedtagne konventionsudkast. Det drejer sig om sådanne spørgsmål som krav til kapitalens størrelse og indbetaling, til antallet af stiftere eller deltagere, regler vedrørende tegning, specielt om indskud af andet end penge, om selskabsdeltagernes ansvar, om vedtægter og ændring af disse, om aktionærernes retsstilling, om selskabsorganerne, om udbetaling til aktionærerne etc.¹

Denne ordning er også i hovedsagen den mest hensigtsmæssige. Det er overalt en betingelse for gyldig stiftelse, at de lovregler, der vedrører selskabsstiftelse, overholdes. Det er klart, at et selskab der stiftes som aktieselskab her i landet må overholde den danske aktieselskabslovs krav til stiftelsen og organiseres med en bestyrelse, direktion og generalforsamling i overensstemmelse med denne lov. Derfor er det også en naturlig ordning, at stiftelseslandets (registreringslandets) lov lægges til grund i andre lande ved bedømmelsen af forhold vedrørende et selskabs stiftelse og organisation. Stiftelseslandets lov er endvidere den eneste lov, som det normalt med rimelighed kan forlanges, at der tages hensyn til ved stiftelsen, da man som hovedregel ikke kan forudsige, hvilke andre love selskabet vil få tilknytning til. Det er endelig også naturligt, at selskabet organiseres og fungerer i henhold til denne lov. Det vil som hovedregel blive for kompliceret og vil kunne medføre uheldige eller uretfærdige resultater, hvis forskellige love skal kunne finde anvendelse i relation til de enkelte aktionærer, og såvel selskabet som aktionærerne vil normalt kunne have indrettet sig efter stiftelsesloven. Dens anvendelse fører derfor til en ensartet og ligelig behandling af alle deltagere.²

1. Jfr. Pillet *Traité* II s.824 f, Walker s.139 ff, Nussbaum s.191 f, Lovkonflikter s.181, Rabel II s.1, Niederer s.128 f, Wolff s.305 ff.

2. Jfr. Reese s.1125.

Imidlertid har man især i fransk litteratur været opmærksom på, at det i et vist omfang kan være nødvendigt at tage hensyn ikke blot til stiftelseslandets lov, men også til andre love. Dette stemmer også med det synspunkt, der er gjort gældende i det foregående, at et land, i det omfang fremmede selskaber under en eller anden form får berøring med det, må kunne forlange sin egen ret anvendt i det omfang, det findes nødvendigt til beskyttelse af omsætningen i landet. Der er i denne forbindelse rejst en lang række spørgsmål,³ som det ikke alle er muligt at behandle her. Kun nogle enkelte problemer skal drages frem til undersøgelse med henblik på, om der i disse henseender bør indføres yderligere regler i dansk international privatret udover de i kapitel 8 nævnte om, at dansk ret skal finde anvendelse, når fremmede selskaber udøver en eller anden aktivitet i Danmark.

1. Først skal omtales de tilfælde, hvor en del af eller måske hele kapitalen tegnes uden for stiftelseslandet, og hvor der som følge heraf kan opstå spørgsmål om hvorvidt loven i det land, hvor aktietegningen skal finde sted, skal have nogen indflydelse på dennes gyldighed.⁴ Sådanne problemer opstår først og fremmest i forbindelse med de store offentlige, stærkt kapitalkrævende selskaber,⁵ som kan tænkes at virke tiltrækkende på udenlandsk kapital eller selv at søge sådan kapital.

I den situation, hvor udenlandsk kapital uopfordret indskydes i selskabet ved tegningen, må stiftelseslandets lov finde udelukkende anvendelse, naturligvis med sædvanligt forbehold for ordre public. Det må være aktietegnerens egen risiko, at han tegner aktier i et fremmed land, og han må give sig ind under den lov, som gælder i det land, hvor aktietegningen finder sted, og selv bære risikoen hvis han ikke kender den. Har han derfor fx. ikke fået de samme oplysninger om selskabet, som han

3. Jfr. herom især *Pillet* s.241 ff, *Pillet Traité II* s.824 ff og *Loussouarn* s.271 ff.

4. Når man fra selskabets side ønsker dets aktier omsat offentligt uden for stiftelseslandet, kan der opstå spørgsmål om anvendelse af loven i det land, hvor omsætningen skal finde sted. Ifølge børsvedtægten, bekg. nr.139 af 25.april 1959, § 33 kan udenlandske selskabers aktier ikke omsættes på børsen. Derimod vil danske aktier i et vist omfang kunne omsættes i udlandet. Det vil være nødvendigt for stifterne at iagttage udenlandsk ret ved stiftelsen kumulativt med dansk ret, for så vidt de ønsker at opnå en omsætning af aktierne på en udenlandsk børs, der stiller særlige krav i denne henseende, jfr. *Walker* s.142, *Loussouarn* s.275.

5. Jfr. *Loussouarn* s.271.

skulle have haft ved en aktietegning i hjemlandet, må han alligevel være bundet ved sin aktietegning, hvis dette følger af loven i stiftelseslandet. Og har han taget forbehold ved tegningen, må dettes virkninger bedømmes efter stiftelsesloven. Endelig må stiftelsesloven afgøre hans indbetalingsforpligtelses omfang og forfaldstid. Loussouarn betegner⁶ til støtte for denne opfattelse aktietegningen som en adhæsionskontrakt, hvilket vel nok er en rammende karakteristik.⁷ Det vil volde alt for stort afbræk for selskabet, hvis det ikke kan stole på, at aktietegningen er gyldig, når stiftelseslovens betingelser er opfyldt, men må se enkelte aktionærer påberåbe sig deres egen lov for aktietegningens ugyldighed. Også for selskabets kreditorer vil det kunne betyde en fare, hvis større aktieposter viser sig at være ugyldigt tegnet og indskuddene, der har dannet grundlaget for selskabets opnåelse af kredit, ikke kommer til stede.⁸ Disse hensyn, som i almindelighed fører til stiftelseslovens anvendelse, vejer også her tungere end hensynet til aktietegneren. Problemet har i øvrigt stor lighed med de spørgsmål, som diskuteres under betegnelsen kontraktsstatutts grænser. Med hensyn til spørgsmålet vedrørende gyldigheden af en kontrakts indgåelse antages det, at det i et vist omfang kan være rimeligt på kontraktsstatutts bekostning at tage hensyn til en parts domicillov, men dette gælder dog næppe i merkantile forhold.⁹ I disse må *lex causae* også finde anvendelse på spørgsmålet om kontrakten er gyldigt indgået. Den her antagne løsning stemmer med dette resultat.

I det tilfælde, hvor selskabet selv direkte udbyder sine aktier til tegning i et andet land end stiftelseslandet, kan der derimod være grund til fra dette lands side at forlange, at dets regler i begrænset omfang skal finde anvendelse, nemlig med hensyn til gyldigheden af den aktietegning, der finder sted i det pågældende land, for på denne måde at beskytte den indenlandske investering. Selskabet eller ved stiftelsen dets stiftere er selv bekendt med, at der ønskes udbudt kapital i det pågældende land, og kan tage hensyn dertil ved udformningen af tegningsindbydelsen og i andre forhold af betydning for tegningens gyldighed. Det kan derved i modsætning til den først omtalte situation sikre sig imod overraskelser,

6. Loussouarn s.274.

7. Jfr. om disse Lovkonflikter s.150.

8. Smlgn. Krenchel s.133 f om forbehold ved aktietegning.

9. Jfr. Lovkonflikter s.153.

fordi den fremmede lov ikke er overholdt. Og hensynet til aktietegnerne, hvis kendskab til den fremmede lov præsumtivt er mindre end kendskabet til deres egen, vejer tungere, når tegningen finder sted i deres hjemland.

For dansk rets vedkommende kunne der således være tale om at forlange, at tegningslisten skal indeholde de i aktieselskabslovens §§ 5, 8 og 20 krævede oplysninger, når et fremmed selskab vil udbyde aktier til tegning her i landet.

En sådan regel angående overholdelsen af engelsk ret med hensyn til indholdet af »any prospectus offering for subscription shares in or debentures of a company incorporated or to be incorporated outside Great Britain« indeholdes i den engelske Companies Act 1948 sections 417–423¹⁰ Lignende regler findes i mange amerikanske staters såkaldte Blue Sky Laws.¹¹ I Frankrig indeholder Code général des impôts art.250¹² en bestemmelse, hvorefter offentliggørelse af en række oplysninger skal ske i Journal Officiel, heriblandt oplysning om hvilket lands lov selskabet er underkastet.

Mens den franske regel alene indeholder et publicitetskrav, som skal sikre aktietegnerne kendskab til stiftelsesloven, og hvis overtrædelse kun kan medføre et strafansvar,¹³ er virkningen af overtrædelse i en række amerikanske stater og vist nok tillige i England, at aktietegningen bliver ugyldig eller i hvert fald, at aktietegneren kan hæve, hvis den lokale lov ikke er overholdt.¹⁴ I relation til den internationale privatret har denne forskel den betydning, at man i Frankrig stadig må anvende stiftelseslandets lov, selvom bekendtgørelse ikke har fundet sted, mens man i England og USA anvender tegningsstedets lov: Den franskmænd, der har tegnet en aktie, bliver ikke stillet anderledes, fordi offentliggørelse i Journal Officiel ikke har fundet sted, end hvis den er sket. Englænderen, der i England tegner aktier i et fremmed selskab, der ikke har opfyldt kravene til prospectus, må kunne slippe fri for sin forpligtelse.

10. Jfr. endvidere Gower s.572.

11. Jfr. Ballantine s.872 f. Den føderale Securities and Exchange lovgivning har kun betydning i den internationale privatret, for så vidt som den finder anvendelse på ikke-amerikanske selskaber.

12. Trykt i Petits Codes Dalloz, Code de Commerce ad art.74.

13. Jfr. Loussouarn s.276 f, Thibierge i Le Statut de l'étranger et le Marché Commun 1959 s.354 ff.

14. Smlgn. Gower s.318 ff.

Regler af denne art ligger på grænsen mellem den internationale privatret og fremmedretten, som det allerede er berørt ovf. i kap.8 II i forbindelse med omtalen af reglen i aktieselskabslovens § 78 stk.4. På samme måde som denne bestemmelse vil de ofte alene bestemme hvilke af de materielretlige regler i det land, til hvis retssystem de hører (lovlandet), der finder anvendelse på fremmede selskaber, der ønsker at udøve en aktivitet i lovlandet, altså i det her omhandlede tilfælde udbyde aktier til tegning. I denne form har sådanne regler først og fremmest fremmedretligt sigte, men de afgør tillige anvendelsesområdet for lovlandets regler og begrænser dermed på samme tid betydningen af fremmede materielle retsregler – idet disse kun får betydning, hvis de stiller andre eller strengere krav end lovlandets – uden dog at tage stilling til disses anvendelsesområde. De er ensidige kollisionsnormer, der fastslår, at når lovlandet er tegningsland, finder dets regler om tegning anvendelse, også på fremmede selskaber. De kan også være udformet som fuldstændige kollisionsnormer, der ikke blot fastslår, at fremmede selskaber, der vil udbyde aktier til tegning i lovlandet, må overholde dets regler herom, men at tegningslandets ret i det hele taget finder anvendelse på fremmede selskabers tegningsindbydelse, altså også når lovlandets egne selskaber indbyder til aktietegning i udlandet. I så fald er der ikke tvivl om reglernes international privatretlige karakter. Den egentlige vanskelighed er imidlertid at afgøre, hvorvidt bestemmelserne, når de er formuleret som ensidige kollisionsnormer, ved fortolkning skal udvides til fuldstændige kollisionsnormer. Den ubetingede anvendelse af det fremmede tegningssteds ret på aktietegning i selskaber, der hører hjemme i andre lande end tegningslandet, i tilfælde hvor dette ikke selv forlanger sine egne regler overholdt, vil kunne have helt urimelige konsekvenser. Vil man derfor fortolke en ensidig kollisionsnorm for at afgøre, om den kan udvides til en fuldstændig kollisionsnorm, vil det i hvert fald være naturligt at undergive den den indskrænkning, at tegningsstedets lovgivning kun finder anvendelse ved siden af stiftelseslandets lovgivning, forsåvidt tegningsstedets lovgivning også selv forudsætter sin anvendelse.

Bestemmer loven i det land, hvor indbydelsen til tegning finder sted, at tegningens gyldighed beror på overholdelsen af tegningslandets lovgivning, kan det ikke antages, at der deri ligger en regel om, at kun tegningslandets lovgivning skal finde anvendelse. Hvad enten en sådan regel i tegningslandets lov opfattes som en fremmedretlig eller en international

privatrethlig regel, må den forstås således, at den lokale lovgivning skal anvendes kumulativt med den lov, der i almindelighed finder anvendelse på selskabet, stiftelseslandets lov. Alene hvis den sidstnævnte lovgivning selv bestemmer, at den kun finder anvendelse på aktietegning i lovlandet, kan der være tale om at sætte loven i det land, hvor tegningen foregår i stedet for den. En regel om anvendelse af tegningsstedets lov er ikke et udslag af princippet *locus regit formam actus*, men den opstilles som en konsekvens af det synspunkt, at formkrav til tegning af aktier indebærer en social beskyttelsesforanstaltning. I vor tid, hvor mange formkrav ikke først og fremmest er beviskrav, og hvor det derfor ikke er ligegyldigt, hvilken lovgivnings form der overholdes, når blot en eller anden form overholdes, der sikrer beviset, men hvor formkravene oftest dækker over egentlige materielretlige hensyn, må området for princippet *locus regit actum* være stærkt begrænset.¹⁵ Dette princip kan kun anvendes, hvor en overvejelse over de konkrete omstændigheder tilsiger det. Regler kan ikke begrundes blot ved henvisning til princippet. Reglerne om tegningen er ikke i første række bevisregler, men regler, der sikrer den svagere part ved aktieselskabsstiftelsen visse oplysninger. Et krav om, at tegningsstedets lov skal finde anvendelse, opstilles ud fra det synspunkt, at man ikke kan være sikker på, at de regler, der i fremmed ret opstilles til beskyttelse af aktietegnere, er lige så strenge som de regler, man selv har fundet nødvendige i denne henseende, eller i hvert fald, at de ikke strækker til ved aktietegning, der ikke finder sted i stiftelseslandet. Det sidste synspunkt ligger til grund, når det krav, der opstilles fra det lands side, hvor tegningen finder sted, alene går ud på publicitet i dette land, mens det første er tilfældet, når landet yderligere forlanger sine egne regler overholdt. Det er imidlertid klart, at denne argumentation ikke kan bære, at man sætter tegningsstedets lov i stedet for stiftelseslandets lov, og heller ikke som almindeligt ved *locus regit actum*¹⁶ kan begrunde valgfrihed mellem de to love, men kun kan føre til, at man kumulerer de to love, således at manglende opfyldelse af en af disse medfører aktietegningens ugyldighed.

Spørgsmålet er nu, om det må antages, at et udenlandsk selskabs indbydelse til tegning af aktier her i landet – i det omfang den kan finde sted i henhold til valutaloggivningen, jfr. for tiden bekg. nr.11 af 29.

15. Jfr. Philip i *Académie de droit international, Recueil des Cours*, 1959 I s.290 f.

16. Jfr. *Lovkonflikter* s.82 ff.

januar 1957 særlig § 16 – må antages at være underkastet dansk ret foruden stiftelsesloven. Dette kan i mangel af lovhjemmel næppe antages. En person, der tegner aktier i et udenlandsk selskab, synes også i dette tilfælde selv at måtte bære risikoen for at skaffe sig fornødne oplysninger om stiftelseslovens indhold. Selskabet må kunne stole på, at der ikke stilles sådanne yderligere krav, når de ikke har fundet udtryk i lovgivningen. Hensynet til selskabets kreditorer og den ensartede behandling som må sikres selskabets aktionærer¹⁷ taler nemlig for stiftelseslovens anvendelse i alle tilfælde, hvor selskabet ikke udtrykkelig gøres opmærksom på de krav, der stilles til tegningen og derfor ikke har anledning til at tage sig i agt ved udformningen af tegningsindbydelsen m.v.

Noget andet er at der måske de lege ferenda kunne være grund til at opstille en sådan regel også i dansk ret. En publicitetsforskrift som den franske, men med den sanktion, at hvis registrering og offentliggørelse ikke har fundet sted, bliver enhver aktietegning her i landet ugyldig, ville formentlig være tilstrækkelig, når det yderligere gøres til en betingelse for tegningens gyldighed, at det i tegningslisten udtrykkelig er oplyst, at det drejer sig om et udenlandsk selskab.

Er det fra selskabets side helt fortiet, at det drejer sig om aktietegning i et udenlandsk selskab, kunne meget tale for allerede efter gældende ret at anvende dansk rets regler om bristende forudsætninger eller svig og erklære aktietegningen for ugyldig, selvom stiftelseslovens anvendelse ikke ville føre til dette resultat, ja endog selvom aktietegneren iøvrigt havde fået alle de oplysninger, som han kunne forlange efter dansk ret. I et flertal af tilfælde vil dette resultat sikkert kunne nås ud fra en ordre public betragtning, men dette er ikke aldeles givet overalt, og i det hele taget vil det sikkert være mere tilfredsstillende at basere resultatet på en særlig retsregel, som må finde anvendelse kumulativt med den almindelige kollisionsnorm vedrørende selskabsforhold. Ordre public klausulen bør reserveres de særlig stødende tilfælde, hvor en rimelig løsning ikke kan nås på andet grundlag.¹⁸

Selvom dansk ret i dag ikke indeholder regler om anvendelsen af tegningsstedet lov på aktietegning i Danmark, kan det spørgsmål rejses om et fremmed lands ret, forsåvidt den ville finde anvendelse på et dansk selskabs indbydelse til aktietegning i det pågældende land, hvis sagen kom

17. Jfr. Loussouarn s.277, Lovkonflikter s.151.

18. Jfr. U.f.R. 1956 s.912.

for dette lands domstole, også skal finde anvendelse ved siden af dansk ret, hvis sagen kommer for danske domstole. Sålænge dansk ret ikke indeholder tilsvarende regler med henblik på udenlandske selskaber, forekommer det ikke rimeligt at besvare spørgsmålet bekræftende; og selv hvis sådanne regler indførtes, måtte de efter min opfattelse som hovedregel have karakter af territoriale bestemmelser, som ikke kunne forventes anvendt i udlandet, hvorfor der ikke er grund til at danske domstole skulle anvende tilsvarende udenlandske bestemmelser.¹⁹ Ud fra dette syn på en sådan regels karakter må det også antages, at selvom det i en konvention som den af International Law Association foreslåede vedtages, at stiftelsesloven finder anvendelse på stiftelsen, må det alligevel være de enkelte lande tilladt at have sådanne særlige regler om fremmede selskabers adgang til kapitalmarkedet.

2. Et andet punkt i forbindelse med stiftelsen, på hvilket der har været rejst tvivl om hvorvidt stiftelsesloven skal finde anvendelse, er aftaler truffet dels om selve stiftelsen, dels om deltagernes retsstilling indbyrdes, såkaldte aktionæroverenskomster.

Med hensyn til aftaler vedrørende stiftelsen har Arminjon²⁰ opstillet en tidsmæssig sontring mellem den forberedende og den konstitutive periode ved stiftelsen af selskaber. Ved den forberedende periode forstår han den tid, i hvilken de i stiftelsen interesserede forbereder denne ved afslutning af aftaler indbyrdes, med emissionshuse etc. Den konstitutive periode er tiden fra formaliteterne i henhold til den anvendelige selskabslovgivning foretages og indtil selskabet erhverver retlig eksistens. Arminjon er klar over, at de to perioder efter forskellige landes love kan være af forskellig udstrækning og afløse hinanden til forskellige tider. Alt, hvad der foregår i den forberedende periode, er efter Arminjons opfattelse reguleret af kontraktsstatutet, og selskabsloven regulerer først, hvad der foregår i den konstitutive periode.

Det spørgsmål, som Arminjon først og fremmest har haft i tankerne, er, om parterne med henblik på stiftelsen, enten i en særlig kontrakt eller i stiftelsesoverenskomsten forsåvidt det ikke drejer sig om egentlige selskabsretlige problemer, kan aftale regler sig imellem, hvis gyldighed og

19. Dette stemmer formentlig med Madsen-Mygdal, Ordre public og territorialitet I, København 1946 s.115 ff og s.149 ff.

20. Arminjon s.59 ff og s.108 ff, jfr. kort Walker s.141.

forståelse er underkastet kontraktsstatuttet og ikke selskabsloven.²¹ Det hænder ofte, at flere parter, der går sammen om stiftelse af et selskab, træffer særlige aftaler om deres indbyrdes stilling og rettigheder,²² og dette kan ikke mindst tænkes ved en selskabsdannelse med international tilknytning. Sådanne aftaler indeholder ofte regler, hvorefter aftaledeltagerne forpligter sig til i overensstemmelse med de lokale regler at stifte et aktieselskab, samt regler om deres indbyrdes aktiebesiddelse og deraf følgende indflydelse i selskabet, om hvem der skal have den daglige ledelse, om overdragelse af rettigheder til produktion eller salg til selskabet, og om aftalens ophør og hvorledes der da skal forholdes med selskabet. Der foreligger i realiteten en interessentskabsaftale, i hvilken det som et led indgår, at der skal stiftes et aktieselskab, gennem hvilket den fælles virksomhed skal drives.

Man har med hensyn til sådanne aftaler i den internationale privatret ligesom i den materielle ret opstillet en sontring, som ikke som hos Arminjon går på forskellige perioder af stiftelsen, men på aftalens virkninger imellem parterne indbyrdes og aftalens virkninger i forhold til selskabet.²³ I den første henseende skulle i den internationale privatret kontraktsstatuttet d.v.s. den af parterne valgte lov finde anvendelse, mens selskabsstatuttet, altså stiftelsesloven, skulle finde anvendelse på det sidste forhold. Lige hermed behandles normalt aktionæroverenskomster som indgås mellem et eksisterende selskabs aktionærer.²⁴

Ifølge International Law Associations konventionsudkast art.4 skal forholdet mellem flere aktionærer indbyrdes behandles efter selskabsloven og herved tænkes også på aktionæroverenskomster. Denne løsning må efter min opfattelse foretrækkes frem for den ovf. refererede.²⁵ Aftaler af den omtalte art er i realiteten led i selskabsstiftelsen. Det er utvivlsomt, at deres gyldighed og virkning i forhold til selskabet må bero på selskabsloven. De fleste vil – i hvert fald i en selskabslovgivning der indeholder så få præceptive regler som selv den danske aktieselskabslovgivning gør – kunne indarbejdes i stiftelsesoverenskomst og vedtægter.

21. Jfr. også Walker s.141 f.

22. Jfr. fx. U.f.R. 1954 s.1044 og Redegørelse vedrørende A/S Margarine-Compagniet M.C., København 1949.

23. Således Wolff s.306 f og Lando s.45, jfr. Lovkonflikter s.181.

24. Jfr. Adam Jacobi i ILA 1958 s.638.

25. Således også Battifol Contrats s.291.

Som nævnt er der i virkeligheden tale om en forudgående interessentskabsaftale som blot udfyldes med den senere aktieselskabsstiftelse. Når bortses fra det rent teoretiske tilfælde, at aftalen alene går ud på, at man vil stifte et selskab, men ingen detaillier indeholder af nogen art, er der altså ved aftalen sket en selskabsstiftelse, som må være underkastet stiftelsesloven, aftalen er i virkeligheden en del af stiftelsesoverenskomsten.

Når sådanne aftaler ofte afsluttes særskilt, er det dels af praktiske grunde, dels fordi man ikke ønsker den offentlighed omkring aftalen, som indarbejdelse af denne i stiftelsesdokumenterne på grund af aktieselskabsregisterets offentlighed indebærer. Indholdet af aktieselskabslovens § 17 medfører muligvis også en vis usikkerhed, der kan begrunde indgåelse af en særskilt aftale, fx. med hensyn til om en part i stiftelsesoverenskomsten, der i denne lover at give selskabet visse rettigheder, er bundet herved til trods for, at registrering – naturligvis – endnu ikke har fundet sted. Der kan dog næppe være tvivl om, at den pågældende part i hvert fald lige overfor sine medstiftere er bundet i samme omfang som ved indgåelse af en selvstændig aftale. Derimod kan spørgsmålet om selskabets rettigheder og forpligtelser være mere tvivlsomt, men denne tvivl bliver ikke mindre ved indgåelse af en særlig aftale, jfr. aktieselskabsloven § 5 sidste stk.

Disse særlige hensyn kan næppe føre til anvendelsen af kontraktsstatuttet på en sådan særskilt aftale. I det omfang selskabsloven præceptivt regulerer de i den særlige aftale berørte spørgsmål også med henblik på parternes indbyrdes mellemværende må selskabsloven finde anvendelse også på denne aftale. Der er ingen grund til at tillade parterne at underkaste sig en anden lov med hensyn til disse spørgsmål forsåvidt angår deres indbyrdes mellemværende, når det er dem bekendt, at deres aftale strider imod den lov, som skal finde anvendelse på selskabsstiftelsen. De bør ikke kunne opnå et andet resultat ved så at sige at foretage stiftelsen i to omgange. De omtalte hensyn kan oftest varetages også selvom selskabsloven finder anvendelse på den særskilte aftale. Princippet om partsautonomi gælder ikke for selskabsretten, men stiftelsesloven er i det hele primært selskabsstatut.

Denne international privatretlige regel har imidlertid kun et meget begrænset gyldighedsområde. Selskabslovgivningens præceptivitet berører sjældent i særlig høj grad de spørgsmål, der behandles i sådanne særlige overenskomster. Når bortses fra det snævre område, hvor den gør det,

vil parterne derfor i kraft af den lovgivning, der finder anvendelse på stiftelsen, kunne vedtage hvad som helst, både anvendelsen af et fremmed lands ret i almindelighed og anvendelsen af bestemte retsregler, som findes i et fremmed lands ret. Da fravigelse af de præceptive regler i selskabsloven ikke kan ske, er der i disse tilfælde alene tale om en materielretlig partshenvisning. Hovedbetydningen af reglen om selskabslovens anvendelse på sådanne aftaler i forhold til en regel om kontraktsstatutts anvendelse er – når bortses fra, at selskabslovens præceptive regler ikke kan fraviges – at hvis parterne ikke udtrykkelig har vedtaget anvendelsen af fremmed ret, må selskabsloven uden nærmere undersøgelse af aftalens tilknytning finde anvendelse også på andre forhold end de præceptivt regulerede, medmindre det klart af aftalen fremgår, at parterne har haft til hensigt at fremmed ret skulle finde anvendelse. Realitetsforskellen er næppe stor. Fandt kontraktsstatutts anvendelse måtte der i disse tilfælde, hvor parterne intet har aftalt, foretages en undersøgelse af aftalens stærkeste tilknytning, og den ville i hovedparten af tilfældene utvivlsomt falde sådan ud, at den stærkeste tilknytning forelå til det land, i henhold til hvis lov selskabet, som den drejede sig om, skulle stiftes eller var stiftet.

Kapitel 10: Indgåelse af aftaler på et selskabs vegne

Spørgsmålet om hvilken lov, der er afgørende for, om et selskab bindes af kontrakter indgået på dets vegne, giver anledning til en række problemer. Her skal – bortset fra nogle korte bemærkninger indledningsvis om de øvrige relationer – kun behandles det forhold, der opstår mellem selskabet og tredjemand på grund af den indgåede aftale, idet behandlingen af dette forhold i den hidtidige teori i vidt omfang har været præget af konstruktive betragtninger snarere end af praktiske overvejelser.

Forholdet mellem den handlende og selskabet må principielt være underkastet selskabets lov, som er den lov, der også bortset fra spørgsmålet om betydningen af kontrakter indgået på et selskabs vegne, finder anvendelse på forholdet til de til selskabet knyttede personer; selve det faktum, at et selskabsorgan eller en i et selskab ansat person handler i et forhold, hvor der foreligger international tilknytning, kan ikke føre til en ændring i den på forholdet mellem den pågældende og selskabet anvendelige lov. I tilfælde, hvor en person er ansat i selskabets tjeneste i et andet land end selskabets hjemland, kan der dog blive tale om i forholdet mellem den pågældende og selskabet at anvende den på ansættelsesforholdet anvendelige lov,¹ eller særlige lokale regler angående filialer i det pågældende land. Dette medfører imidlertid ikke nogen ændring i det principielle standpunkt, thi også her bliver resultatet, at den lov, der sædvanligvis finder anvendelse på det pågældende forhold, anvendes.²

På forholdet mellem den handlende og tredjemand, altså først og fremmest tredjemands krav mod den handlende, når han ikke vinder ret mod selskabet, antager International Law Associations konventionsudkast, at loven på det sted, hvor handlingen er foretaget, må komme til anvendelse. Dette stemmer med udkastene af 1950 art.8 og 1952 art.9 vedrørende sædvanlige fuldmagtsforhold. Reglen forekommer rimelig ud fra de almindelige synspunkter, der lægges til grund ved afgørelsen af hvilken lov der skal finde anvendelse på erstatningsretlige spørgsmål,³ men den

1. Jfr. Lovkonflikter s.166.

2. Jfr. Lovkonflikter s.150.

3. Smlgn. Gomard s.118.

kan også begrundes selvstændigt. Der er ingen relevant forskel mellem den handlendes stilling, eftersom han er repræsentant for et selskab eller almindelig fuldmægtig. De hensyn, der har ført til, at flere forfattere, jfr. ndf., vil behandle selskabets ansvar for organhandlinger forskelligt fra en fuldmagtsgivers ansvar for sin fuldmægtigs handlinger, kan i hvert fald ikke være af betydning i forholdet mellem den handlende og tredjemand. I sædvanlige fuldmagtsforhold er det i dag almindeligt at antage, at fuldmægtigens ansvar overfor tredjemand må bedømmes efter handlingsstedets lov.⁴ Ofte er dette den samme lov, som finder anvendelse i forholdet mellem fuldmagtsgiver og tredjemand. Men selv når dette ikke er tilfældet, idet hensynet til fuldmagtsgiver fører til anvendelse af hans domicillov, kan anvendelsen af handlingsstedets lov på forholdet mellem fuldmægtig og tredjemand begrundes. De hensyn, der fører til at anvende fuldmagtsgivers domicillov eller selskabsloven i stedet for handlingsstedets lov, falder bort i det øjeblik, fuldmagtsgiver og selskab er ude af billedet. Herefter må det hensyn til omsætningen, som efterhånden i højere og højere grad også i forhold til fuldmagtsgiveren er blevet tillagt vægt, komme til at veje tungest, og det fører gennemsnitligt til anvendelse af handlingsstedets lov.

Det forhold, der giver anledning til diskussion, er forholdet mellem selskabet og tredjemand, altså spørgsmålet om efter hvilket lands lov det afgøres, hvornår et selskab bliver bundet over for omverdenen, når nogen handler på dets vegne.⁵ Dette spørgsmål om virkningen af retshandler indgået gennem mellemmand får sin særlige betydning i selskabsretten derved, at der altid handles af mellemmænd, når der indgås retshandler på et selskabs vegne. Og da selskaber tillige i meget vidt omfang er engageret i internationale forhold, må dette spørgsmål være af særlig vigtighed for den internationale privatret. Når spørgsmålet tages op i denne afhandling, er årsagen også særlig den, at de problemer, som det involverer, har nær sammenhæng med de grundlæggende forudsætninger for den hidtidige teoris behandling af selskabers stilling i den internationale privatret.

Indledningsvis må det nævnes, at spørgsmålet om hvornår et selskab bliver bundet ved at der handles på dets vegne naturligvis har stor lighed

4. Jfr. Lovkonflikter s.166 og de foran nævnte konventionsudkast.

5. Det er almindelig antaget, at selskabsloven afgør, hvem der er selskabsorganer, jfr. Schnitzer Handelsrecht s.117 ff og Raape s.195.

med det problem, der behandles i fuldmagtslæren, om fuldmagtens omfang, d.v.s. spørgsmålet om hvornår fuldmagtsgiveren bliver bundet, når fuldmægtigen handler på hans vegne, og særlig i hvilket omfang han bliver bundet, selvom fuldmægtigen handler udenfor sin bemyndigelse.⁶ Når det alligevel ikke er muligt for den internationale selskabsret simpelt hen at henvise til den internationale privatrets regler om fuldmagt, har det to grunde:

For det første antages det almindeligt, at handlinger foretaget på et selskabs vegne ikke binder selskabet, når dette ikke efter sit hjemlands lov havde evne til at blive bundet ved en sådan handling. Dette er læren om ultra vires doktrinen i den internationale privatret.

Det er for det andet i den interne ret af mange antaget, at der ikke er nogen fuldstændig lighed mellem handlinger foretaget af en fuldmægtig og handlinger foretaget af et selskabs ledelse (organer).⁷ På dette synspunkt baseres, hvad man kan kalde den international privatretlige organ-teori.⁸

For disse synspunkter skal der nærmere redegøres i det følgende. De har begge ført til den opfattelse, at selskabets hjemlands lov, altså stiftelsesloven, nødvendigvis må finde anvendelse ved afgørelsen af, om et selskab er bundet ved handlinger foretaget på dets vegne, bortset fra handlinger foretaget intra vires af personer, der handler på selskabets vegne, men ikke i egenskab af selskabsorganer, i hvilke tilfælde den internationale privatrets regler om fuldmagt finder anvendelse.⁹ I nordisk ret antages

6. Fuldmagtslærens terminologi, hvorefter dette spørgsmål skulle angå fuldmagtens grænser, kan ikke benyttes. Ussing, *Aftaler*, s.303 siger om fuldmagt med særlig tilværelse, at fuldmagtens grænser bestemmes af de kendsgerninger, der skaber fuldmagten. I tysk ret kan imidlertid disse kendsgerninger, i hvert fald forsåvidt angår formålsbestemmelsen, ikke gøres gældende som grænser for fuldmagten til at handle for selskabet, *Aktiengesetz* § 74. Man kunne måske her tale om en fuldmagt uden grænser, men det er næppe hensigtsmæssigt. Det er derfor rigtigst i den internationale privatret principielt kun at tale om, hvornår et selskab er bundet ved handlinger på dets vegne. Fuldmagtslærens terminologi vil dog i det følgende blive benyttet, hvor det falder naturligt, men udviklingen i denne note er da underforstået.

7. Jfr. fx. Taxell s.61 ff, særlig s.94. Arnholm, *Sammensatte Avtaler*, Oslo 1952, s.15.

8. Om organteoriens indhold se Taxell s.75 ff med henvisninger samt Hurwitz, *Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar*, København 1933 s.27 f, s.34 f og s.290 ff.

9. Jfr. *Lovkonflikter* s.182.

det for øjeblikket, at fuldmagtsgivers domicillov er afgørende for, om fuldmagtsgiver bliver bundet ved fuldmægtigens handlinger, altså for fuldmagtens omfang.¹⁰ Forsåvidt ville en anvendelse af fuldmagtsreglerne ikke føre til andet resultat end de anførte synspunkter. Imidlertid er der en tendens henimod anvendelsen af loven på det sted, hvor fuldmægtigen har handlet. Denne tendens har allerede i nordisk ret givet sig udslag i nogle undtagelser fra hovedreglen,¹¹ og hertil kommer, at det kan forventes, at handlingsstedets lov i henhold til international vedtagelse vil brede sig meget væsentligt på bekostning af fuldmagtsgivers domicillov.¹² Da dette medfører, at selskabets hjemlands lov vil blive trængt tilbage, såfremt den internationale privatrets regler om tilknytningen ved fuldmagt anvendes også på selskaber, er det nødvendigt at tage stilling til, hvorvidt de anførte synspunkter nødvendiggør en særlig regel i den internationale selskabsret.

Så meget kan dog siges allerede nu, at der i hvert fald ikke kan blive tale om at anvende en anden lov end selskabets hjemlands lov i videre omfang end reglerne om fuldmagt medfører. Der kan kun blive tale om at foretrække selskabsloven fremfor andre love som fuldmagtsreglerne henviser til.

A. Den gængse lære går ud på følgende: 1. Såfremt en handling foretaget på et selskabs vegne ligger helt udenfor, hvad det pågældende selskab efter sit hjemlands lov kan foretage sig, bliver selskabet aldrig bundet heraf, uanset hvem der har foretaget handlingen, idet selskabsloven må finde anvendelse på selskabets capacity. Ifølge Dicey rule 78¹³ gælder at »the capacity of a corporation to enter into any legal transaction is governed both by the constitution of the corporation and by the law of the country which governs the transaction in question«. I kommentaren bruges ordet »power« som synonymt med capacity.

I kommentaren fastslås det, at der med reglens første led tænkes på ultra vires doktrinen. Reglen går altså ud på, at handlinger, der ifølge

10. Jfr. Lovkonflikter s.166, Nial s.66, men anderledes Lando Mellemmanden s.13 og s.17 og Lando s.50.

11. Jfr. Lovkonflikter s.164 f, Nial s.66.

12. Jfr. Conférence de la Haye de droit international privé II Documents 1957 s.113 samt Lando cit. i note 10.

13. Dicey s.480, jfr. Cheshire s.195, Wolff s.307 og Wolff Deutschland s.118.

selskabsloven er ultra vires, aldrig kan binde selskabet. Gower antager dog, at man ikke i England vil acceptere og anvende en fremmed ultra vires lære, der går videre end den engelske.¹⁴ Som eksempel på læren nævnes hos Dicey, at hvis et selskab ikke efter sine vedtægter kan eje fast ejendom, vil et køb af fast ejendom være ugyldigt i ethvert land, »for the corporation exists as such only by virtue of its constitution, and any acts done in contravention of its constitution by its directors or others are ultra vires, and in strictness not the acts of the corporation«. Engelsk ret synes nærmest at opfatte situationen således, at selskabet slet ikke eksisterer med hensyn til handlinger som er ultra vires. Gower nævner således i tilslutning til omtalen af ultra vires læren netop spørgsmålet om, hvilket lands lov der afgør, om et selskab eksisterer eller ikke og henviser til sagerne om de russiske bankselskaber, ifølge hvilke den sovjet-russiske lovgivning havde den virkning, at de russiske selskaber var ophørt med at eksistere og deres ejendom i England derfor måtte likvideres.¹⁵

Wolff gør opmærksom på vanskeligheden for europæisk ret ved at kvalificere den engelske ultra vires lære,¹⁶ d.v.s. ved at afgøre hvilken kollisionsnorm der fører til dens anvendelse, men han vil nærmest sidestille den med Geschäftsfähigkeit, altså handleevne, omend han indrømmer, at der er væsentlige forskelle mellem de to begreber. I europæisk litteratur behandles læren skiftevis som et habilitetsproblem, et fuldmagtsproblem og et spørgsmål om retsevne, hvorved må forstås speciel retsevne omend dette sjældent præciseres. Der kan herved erindres om Pillets anerkendelseslære, under hvilken det omtales, at læren om retsevnens omfang har stor lighed med ultra vires doktrinen.¹⁷ Det er utvivlsomt, at læren om specialitetsprincippet, som er omtalt i forbindelse med anerkendelseslæren, har været af væsentlig betydning for den kontinentale teoris forståelse af for ultra vires læren.¹⁸

14. Gower s.569, jfr. s.572.

15. Jfr. Adriaanse, Confiscation in private international law, Haag 1956, s.109 f.

16. Wolff s.163.

17. Ultra vires læren behandles da også hos Rabel II s.157 ff under anerkendelseslæren. I nordisk ret er begreberne selskabers retsevne og handleevne anvendt af Taxell s.95, jfr. Bergendal, Aktiebolagets författning och dess yttre rättsförhållanden, 1922 s.71 ff, jfr. nærmere ndf.

18. Jfr. fx. Valery s.452, smlgn. Ernst Andersen, Administrativt tilsyn med kommunalforvaltningen, København 1940 s.195.

Af kommentaren til andet led i Diceys regel fremgår, at det, der her tænkes på, nærmest svarer til begrebet speciel retsevne. Som eksempel nævner kommentaren,¹⁹ at et selskab, som efter sit hjemlands lov kan eje fast ejendom, må underkaste sig et fremmed lands regler, der forbyder selskaber at eje fast ejendom i det pågældende land. Det er naturligvis rigtigt, men forekommer efter de synspunkter, der her er lagt til grund, ikke at have sammenhæng med de her omhandlede problemer. Det ene er et spørgsmål om hvorvidt et bestemt selskab bliver bundet ved handlinger på dets vegne, det andet et spørgsmål om hvad man overhovedet kan foretage sig i selskabsform i et land, specielt i den udformning af reglen, som Dicey giver, hvad et selskab kan foretage sig i et andet land.²⁰

Hvad enten man nu fra et kontinentalt synspunkt vil betragte ultra vires læren på den ene eller den anden måde, står det i hvert fald fast, at den i engelsk ret opfattes som et selvstændigt problem, der altid må reguleres af selskabsloven.²¹ Dette har man accepteret i kontinental ret. Her i landet har Lando de lege lata udtalt sig i denne retning.²² Det samme gælder Zitelmann, Ernst Wolff og Raape i Tyskland,²³ og Schnitzer i Schweiz.²⁴ Martin Wolff antager, at selskabsloven i almindelighed er afgørende, men at ultra vires ikke kan gøres gældende i Tyskland, hvis handlingen er foretaget der.²⁵ Tankegangen er den samme som ligger til grund for Gowers ovf. nævnte udtalelse og stemmer med det i personretten i de fleste lande tagne forbehold til fordel for *lex loci contractus*, når dette sted befinder sig i forumlandet, hvorefter umyndighed i henhold til den personlige lov ikke kan gøres gældende overfor den godtroende medkontrahent, som kontraherer med den fremmede i forumlandet.²⁶ I fransk teori synes spørgsmålet ikke omtalt, men da det formentlig der ville blive betragtet som et spørgsmål om selskabets état et

19. Dicey s.481, jfr. Wolff s.307.

20. Jfr. ovf. kap.4, Zitelmann s.128 og Goodrich s.315 f.

21. Jfr. Rabel II s.159.

22. Lando s.48 ff, cfr. de lege ferenda s.52.

23. Zitelmann s.127, Ernst Wolff s.385 f og Raape s.195, jfr. formentlig Frankenstein s.487 f.

24. Schnitzer s.306, samme *Handelrecht* s.114 f. Anderledes formentlig Niederer s.131.

25. Wolff Deutschland s.118, Wolff s.307 med note 4, jfr. Nussbaum s.191 note 6, cfr. Ernst Wolff s.386.

26. Jfr. Lovkonflikter s.100 f og E.G. til B.G.B. art.7.

capacité og altså vedrøre selskabets personalstatut, må det forventes, at man i Frankrig vil komme til samme resultat.²⁷

I USA antager Nussbaum²⁸ ligeledes, at selskabsloven bestemmer omfanget af »corporate powers under the ultra vires doctrine«. Han henviser herved til Restatement § 165. Fra anden side er det imidlertid gjort gældende, at ultra vires spørgsmålet er behandlet i Restatement § 166, idet der henvises til comment c. til denne bestemmelse.²⁹ Hvis dette er rigtigt, er det handlingsstedets lov, der afgør, hvorvidt og i hvilket omfang et selskab kan gøre gældende, at det ikke er bundet, da handlinger foretaget på dets vegne er ultra vires.³⁰

Ultra vires læren kendes tilsyneladende også i Sovjetunionen, ifølge hvis internationale privatret et selskabs personlige lov afgør dets evne til at indgå kontrakter af en bestemt art.³¹

Det af International Law Association udarbejdede konventionsudkast behandler ultra vires læren på samme måde som spørgsmålet om, hvorvidt selskabet er bundet ved organhandling. Denne regel skal omtales nærmere ndf.

2. Er en handling foretaget af et selskabsorgan, fx. bestyrelse eller direktion, som sådant, d.v.s. til varetagelse af de opgaver og forpligtelser, som i henhold til lovgivningen og praksis påhviler dem som selskabsorganer, afgør selskabsloven efter gængs opfattelse, uanset hvad de internationale privatretnlige fuldmagtsregler ville føre til, om selskabet er bundet ved handlingen. Dette er således opfattelsen i skandinavisk ret.³² Nial begrunder det med »organens betydelse för och sammanhang med hela den juridiska personens organisation«. I forbindelse med International Law Associations konventionsudkast har han givet en udførligere begrundelse, der skal omtales i forbindelse med udkastet.

Synspunktet har en vis støtte i en gammel dansk dom om, hvorvidt et

27. Smlgn. Pillet *Traité* II s.826 f, men anderledes s.828. I samme retning som teksten formentlig Battifol s.227 og Niboyet V s.634.

28. Nussbaum *Principles* s.144.

29. *Proceedings and committee reports of the American branch of the International Law Association 1955-56* s.62, jfr. Goodrich s.315 med note 38 med hensyn til resultatet, jfr. Rabel II s.159 ff, især s.161 f.

30. Således også Mamelok, *Die juristische Person im internationalen Privatrecht*, Zürich 1900, s.89 ff.

31. Jfr. Pisar i 70 *Harvard Law Review* 1957 s.642.

32. Jfr. Lovkonflikter s.182, Lando s.50, samme Mellemmanden s.11, Nial s.67.

svensk aktieselskab var bundet ved en overenskomst indgået her i landet af selskabets administrerende direktør.³³ Ifølge selskabets anmeldelse til handelsregisteret i Stockholm krævedes der to bestyrelsesmedlemmers underskrift til at binde selskabet. Modparten gjorde imidlertid gældende, at selskabet alligevel var bundet af den administrerende direktørs handling på dets vegne af andre grunde, og det kan derfor måske af dommen udledes, at der var enighed om, at svensk ret var afgørende for, om selskabet var bundet ved en handling foretaget af et selskabsorgan som sådant. Spørgsmålet blev imidlertid ikke afgjort ved dommen, og iøvrigt ville anvendelsen af dansk ret have ført til samme resultat.

For filialers vedkommende antages dog filialloven at komme til anvendelse på spørgsmålet om filialorganernes handlinger kan binde selskabet.³⁴

I tysk ret kommer Raape³⁵ og Wolff³⁶ ligeledes, men uden begrundelse, til det resultat, at selskabsloven afgør fuldmagtens omfang såvidt angår selskabsorganerne. Også Loussouarn antager for fransk rets vedkommende, at selskabsloven finder anvendelse på organernes fuldmagt til at binde selskabet.³⁷ Loussouarn fremfører sin begrundelse herfor først og fremmest med hensyn til ansvarlige selskaber. Såvidt det kan ses, dækker den der givne begrundelse også den ganske kortfattede behandling af de øvrige selskaber. Hans synspunkter gengives derfor her som dækkende alle slags selskaber.

Han begrunder for det første sit resultat med en henvisning til, at det vil være vanskeligt at få fuldbyrdet en dom i selskabets hjemland, som binder selskabet i videre omfang end dettes egen lov medfører.³⁸ Dette synspunkt svarer til det i engelsk international procesret hævdede effekti-

33. U.f.R. 1904 B s.277, jfr. U.f.R. 1903 A s.570.

34. Jfr. SHT 1923 s.209 og Wolff Deutschland s.118.

35. Raape s.195. Det er ikke ganske klart, hvad der er Schnitzers opfattelse. Det er givet, at selskabsloven efter hans opfattelse finder anvendelse på spørgsmålet, hvem der er organer, Handelsrecht s.117 ff. Derimod er det ikke klart, om også omfanget af fuldmagten tænkes afgjort efter denne lov eller efter lex causae for kontraktsforhold med tredjemand, Handelsrecht s.119.

36. Wolff Deutschland s.118, jfr. kort Nussbaum s.185.

37. Jfr. Lérebours-Pigeonnières s.195 og Surville s.716. Sidstnævnte ser imidlertid resultatet som et udslag af den for den almindelige fuldmagtslære gældende kollisionsnorm.

38. Loussouarn s.386 f.

vitetsprincip, hvorefter en domstol savner jurisdiktionskompetence, hvis dommen ikke kan fuldbyrdes indenfor forumlandet.³⁹ Ud fra almindelige processuelle synspunkter, for hvilke effektivitetsprincippet som hovedregel ligger til grund, vil flertallet af de sager af denne art, som kommer for et lands domstole, imidlertid være imod dets egne selskaber, hvor dets afgørelser vil være fuldt ud effektive uanset hvilket lands ret der anvendes. En introduktion af effektivitetsprincippet i den internationale privatret overflødiggøres således i hovedsagen af dets tilstedeværelse i den internationale procesret. I de tilfælde, hvor det ikke overflødiggøres af den internationale procesrets regler, vil det oftest være uden betydning, fordi kollisionsnormerne er nogenlunde ens i de fleste lande. Man må derfor antage, at også selskabets hjemlands internationale privatret vil føre til anvendelsen af en anden lov end selskabsloven i de tilfælde, hvor en sådan anden lov er lagt til grund ved bedømmelsen ved et fremmed lands domstole af, om selskabet er bundet. Der er derfor ingen grund til at tro, at dommen ikke vil blive fuldbyrdet af denne årsag. I de få tilfælde, der herefter bliver tilbage, må man henholde sig til det internationale retssamfunds ufuldstændighed og fastholde den regel, som man finder bedst egnet til at regulere det pågældende retsforhold, selvom den mulighed foreligger, at afgørelsen fattes i effektivitet. Det af Loussouarn fremførte synspunkt ville, hvis der skulle tages hensyn til det, være af langt videre rækkevidde for udformningen af den internationale privatret, og dets fremførelse i netop denne sammenhæng forekommer ganske tilfældig.

For det andet anfører Loussouarn følgende begrundelse for anvendelsen af selskabsloven på spørgsmålet om, hvorvidt selskabet bliver bundet ved handlinger på dets vegne:⁴⁰ I et vist omfang har man i fransk ret, dels i retspraksis, dels i lovgivningen, efter forbillede af tysk ret gennemført den regel, at et selskab kan blive bundet til trods for, at organet har handlet udenfor bemyndigelsen. I disse tilfælde har man givet selskabet et regreskrav imod organet. Det kan nu tænkes, at et organ for et fremmed selskab, i henhold til hvis lov selskaber aldrig bliver bundet af handlinger, der går ud over bemyndigelsen, handler i Frankrig, og at selskabet i henhold til fransk ret kan blive bundet, uanset at bemyndigelsen er overskredet. Hvis fransk ret bliver anvendt på spørgsmålet, om selskabet

39. Jfr. Cheshire s.101 f, Dicey s.17 ff.

40. Loussouarn s.387, jfr. s.384 f.

er bundet i forhold til tredjemand, ville selskabet være bundet, men uden at selskabet efter sin egen lov, som normalt måtte finde anvendelse på forholdet mellem organet og selskabet, ville have regres imod organet. Da korrelatet til reglen, om at selskabet kan blive bundet ud over bemyndigelsen, netop er regresmuligheden, er konsekvensen, at anvendelsen af handlingsstedets lov er uretfærdig i forhold til selskabet. Selskabsloven må derfor finde anvendelse.

Synspunktet er i sig selv interessant til illustration af retsreglernes fragmentariske karakter og de deraf følgende vanskeligheder for den internationale privatret. Det er dog næppe holdbart i det foreliggende tilfælde. Konsekvensen er ikke ukendt fra den almindelige fuldmagtslære, hvor den, efterhånden som anvendelsen af handlingsstedets lov på spørgsmålet om fuldmagtens omfang breder sig på bekostning af fuldmagtsgivers domicillov, vil blive hyppigere. Her rammer den også selskaber, forsåvidt den, der handler på selskabets vegne, ikke er et selskabsorgan, jfr. ndf. Hertil kommer, at der formentlig i en situation, hvor et regresansvar ikke er forudset, næppe kan være noget i vejen for alligevel at pålægge fuldmægtigen, organet, et ansvar overfor fuldmagtsgiveren, selskabet, i hvert fald efter en almindelig culpaparegel. Når bortses fra kommissionsloven er ansvaret for fuldmægtigen over for fuldmagtsgiveren ikke direkte udtalt i dansk ret, men antages netop at være baseret på culpaparglen.⁴¹ Forsåvidt fuldmagtsgiver skulle blive bundet ved sin fuldmægtigs handlinger i udlandet ud over bemyndigelsen i videre udstrækning, end han ville være blevet i henhold til dansk ret, må fuldmægtigen alligevel være ansvarlig efter culpaparglen overfor fuldmagtsgiveren. Normalt vil han iøvrigt ikke derved blive stillet ringere, end han ville være, hvis dansk ret havde fundet anvendelse, idet han, hvis fuldmagtsgiver ikke var blevet bundet, i mange tilfælde ville være blevet draget til ansvar overfor tredjemand i kraft af aftalelovens § 25.

Med undtagelse af nogle meget få punkter⁴² sondres der ikke i engelsk eller amerikansk ret mellem, om det er organer eller andre, der handler på et selskabs vegne.⁴³ Om et selskab er bundet ved handlinger på dets vegne – forudsat at disse er intra vires – afhænger derfor altid af de

41. Jfr. Ussing, Dansk Obligationsret Alm. Del, 1946 s.129, Enkelte Kontrakter, 1946 s.387.

42. Jfr. herom Gower s.146 ff.

43. Jfr. proceedings cit. i note 29.

almindelige fuldmagtsregler. Det vil for engelsk rets vedkommende som hovedregel sige the proper law of the contract⁴⁴ og for amerikansk rets vedkommende som hovedregel handlingsstedets lov.⁴⁵ Heller ikke sovjet-russisk ret synes at kende sondringen. Efter denne er selskabsloven altid afgørende for, om selskabet er bundet.⁴⁶

International Law Associations udkast går ind for sondringen mellem organer og andre, der handler på et selskabs vegne. Ifølge udkastet er selskabsloven afgørende for selskabets evne til at handle (ultra vires læren) og for organernes fuldmagt til at handle for selskabet. Der gøres imidlertid den undtagelse, at hvis en aftale er indgået af et organ i et andet land end selskabets hjemland – hvad enten organet opholder sig der midlertidigt eller permanent – og medkontrahenten ikke med rimelighed burde være bekendt med begrænsningen i selskabets kontraherings-evne eller i det pågældende organs bemyndigelse, bliver selskabet bundet ved den pågældende aftale, hvis lignende begrænsninger ikke kendes i handlingsstedets lov. Reglen må betragtes som en kompromisløsning. For andre handlinger på et selskabs vegne end kontrakter er handlingsstedets lov afgørende for forholdet mellem selskabet og tredjemand.

Nial har dissenteret fra udkastets bestemmelse og har fastholdt sin dissens også efter at undtagelsen fra selskabslovens anvendelse er blevet begrænset som omtalt. I det oprindelige udkast var selskabet bundet efter lex loci, medmindre medkontrahenten kendte indholdet af selskabsloven, hvilket sikkert var for vidtgående. Nial er enig i at lex loci bør være afgørende, hvis et organ går ud over sin bemyndigelse i forhandlinger i udlandet på selskabets vegne, men han kritiserer, at udkastet går videre, idet det medfører, at selskabet med hensyn til spørgsmålet, om det bliver bundet, også er afhængigt af reglerne i lex loci i det tilfælde, hvor et organ uden selskabets vidende svigagtigt handler i dets navn og udnytter dispositionerne til egen fordel. I sit hjemland kan selskabet beskytte sig herimod gennem offentliggørelse af, hvem der tegner selskabet. Derimod er det upraktisk at forlange, at selskabet skal foretage en tilsvarende offentliggørelse i alle de lande, hvor et organ kan tænkes at ville besvige det.⁴⁷

44. Jfr. Dicey s.875 ff.

45. Jfr. Restatement §§ 166, 344 og 345.

46. Jfr. Pisar cit. i note 31.

47. Nial i ILA 1954 s.369 f.

Hertil er for det første at sige, at det er vanskeligt at se, hvorledes man skal kunne udforme en regel, der på samme tid lægger vægt på *lex loci* i den førstnævnte situation og på loven i selskabets hjemland i den sidstnævnte situation, hvis det ikke netop gøres ved at overlade til dommeren i det konkrete tilfælde at afgøre, om risikoen med rimelighed bør lægges på selskabet eller på tredjemand, således som det er forsøgt i udkastet.⁴⁸ Bestemmelsen stemmer med aktieselskabslovens § 83, jfr. ndf. Hertil kommer imidlertid for det andet, at den extreme situation som nævnes af Nial vel næppe i praksis kan forekomme uden at medkontrahenten i flertallet af tilfælde med rimelighed burde være bekendt med, at organet manglede ret til at handle. En vis undersøgelsespligt må der eksistere i internationale handelsforhold. Er den opfyldt, er det vanskeligt at se, hvorfor der er større grund til at lægge risikoen for organets overskridelse af sine beføjelser over på tredjemand i den anden end i den første situation, jfr. iøvrigt ndf.

3. Bortset fra de nu nævnte tilfælde er der enighed om, at den internationale privatrets regler om fuldmagt også benyttes ved afgørelsen af, hvilket lands regler der skal finde anvendelse på spørgsmålet om, hvorvidt handlinger foretagne på selskabers vegne er bindende for disse.⁴⁹

B. Det skal nu undersøges, om der er tilstrækkelig grund til at gøre undtagelse fra de almindelige internationale privatretlige fuldmagsregler og altid anvende selskabsloven på spørgsmålet om anvendelsen af *ultra vires* læren samt på spørgsmålet om organernes fuldmagt.

1. Først skal spørgsmålet vedrørende *ultra vires* doktrinen internationale privatretlige behandling undersøges. Det er en forudsætning herfor, at lærens baggrund er klar.

Ultra vires læren er konstruktivt en deduktion fra fiktionsteorien.⁵⁰ Selskaber skabt i henhold til Royal Charter må sidestilles med fysiske personer. De har derfor alle de samme egenskaber som disse. Lovgivningsmagten er derimod omnipotent. Den kan derfor tillægge de ved eller i henhold til lov skabte selskaber yderligere eller færre egenskaber end de fysiske personer, og disse selskaber må derfor have eksistens i præcis det

48. Jfr. Van Hecke ILA 1954 s.387.

49. Jfr. således Lovkonflikter s.182, Nial s.67.

50. Om lærens historie jfr. Olivecrona s.18 ff, Gower s.79 ff og Ernst Andersen, Administrativt tilsyn med kommunalforvaltningen 1940, s.192 ff særlig s.196 ff.

omfang, som den er tillagt dem ved loven; de er kunstige væsener, som alene afleder deres eksistens fra den lov, der har skabt dem.⁵¹ Udenfor det område, hvor de således kan handle i kraft af loven, mangler de powers – kraft, magt, evne eller eksistens – til at handle, i modsætning til den, der handler på en anden persons vegne uden at være berettiget dertil, idet denne blot mangler authority. Havde han haft authority, ville den anden være blevet bundet. Selskabet mangler helt evnen til at give authority.⁵² Det kan derfor aldrig blive bundet.

Læren er blevet skarpt kritiseret som udslag af begrebsjurisprudens af Olivecrona, og dens begrebsjurisprudentielle oprindelse er erkendt af Ballantine,⁵³ som praktisk talt forkaster den for amerikansk rets vedkommende og helt erstatter den af en til vor fuldmagtslære svarende teori. Det må dog vistnok siges, at Ballantine er forud for sin tid, idet domstolene i mange amerikanske stater stadig arbejder med ultra vires lærens terminologi, omend denne terminologi måske ikke længere er nødvendig til at forklare resultaterne.

For den internationale privatret er det ikke muligt at se bort fra, at læren eksisterer som positiv ret i England,⁵⁴ til dels i USA,⁵⁵ og måske også i Sovjetunionen. Den internationale privatret må se det som sin opgave at afgøre i hvilke tilfælde denne positivretlige bestanddel af engelsk ret skal finde anvendelse, altså hvad det er for retsproblemer, denne lære regulerer.

Forsøg som Wolffs og andres på at karakterisere ultra vires læren som et spørgsmål om retsevne, retsevnens omfang, handleevne etc., og deraf drage slutninger om den international privatretlige behandling af ultra vires læren, må afvises. Anvendelsen af begrebet retsevne som abstrakt begreb, der betegner evnen til i almindelighed uden hensyn til indholdet af konkrete retsregler at være subjekt for rettigheder og forpligtelser, er allerede i kap.4 afvist som værende uden interesse. Der må ved de enkelte konkrete retsregler tages stilling til, hvem der er deres subjekt. Forsåvidt kan man sige, at hvis blot en enkelt retsregel arbejder med et selskab som

51. Jfr. Levy, *Private corporations and their control* I, London 1950 s. 25, Gower s.81, Olivecrona s.26, Ernst Andersen anf. st. s.196.

52. Jfr. Gower s. 79.

53. Ballantine s.242 f.

54. Jfr. Gower s.79 ff.

55. Jfr. Ballantine s.221 ff.

subjekt i en eller anden henseende, har dette selskab evnen til at være retssubjekt. Denne »retsevne« kan efter sit indhold ikke overskrides; der kan ikke handles ultra vires. Derfor kan man heller ikke tale om begrænsninger i denne retsevne. Retsevnens omfang bliver simpelthen en opregning af alle de tilfælde, hvor selskaber er subjekter for konkrete retsregler. En karakteristik af ultra vires læren som en begrænsning af retsevnens ville da blot betyde en henvisning til alle de øvrige retsregler.

Heller ikke begrebet handleevne er det hensigtsmæssigt at bruge på selskaber. Handleevne defineres almindeligvis som evnen til selv at pådrage sig forpligtelser og stifte rettigheder. Selskaber handler imidlertid aldrig selv. Det ligger i sagens natur, at der altid må handles på deres vegne. Hvis den handling, der foretages på deres vegne, ikke binder dem, kan dette ikke begrundes med en henvisning til deres manglende handleevne. Noget sådant måtte forudsætte en fuldstændig identitet imellem selskabet og alle dem, der handler på selskabets vegne, hvilket formentlig ville være en uhensigtsmæssig konstruktion, bl.a. fordi den nemt leder til nye begrebsjurisprudentielle konstruktioner. En sådan konstruktion er jo bl.a. baggrunden for organteorien. Dertil kommer, at handleevnekonstruktionen næppe illustrerer, hvad det drejer sig om. I normal juridisk sprogbrug forbinder man med begrebet handleevne, at den, der mangler handleevnen, normalt ikke gyldigt kan indgå retshandler selv, mens disse oftest vil kunne indgås på hans vegne af en særlig dertil beskikket person, hvilket netop ikke er tilfældet med retshandler ultra vires.

Man kan forsøge at finde en parallel til den her foreliggende situation. Antager man først, at der findes fuldstændig identitet mellem selskabet og dem, der handler på dets vegne, er den nærmeste parallel i dansk ret den begrænsede inhabilitet, som antages at følge med båndlæggelse.⁵⁶ Der er dog den væsensforskel, at den her omhandlede inhabilitet ikke retter sig mod rådigheden over bestemte formueobjekter som ved båndlæggelse, men mod bestemte arter af handlinger, nemlig dem der ligger udenfor hvad selskabet ifølge lov og vedtægter kan foretage sig. Der synes ikke at foreligge en sådan lighed mellem eller iøvrigt at blive opnået sådanne fordele ved at arbejde med ensartede begreber i de to tilfælde, at dette kan anses for hensigtsmæssigt. Dette gælder særlig de tilfælde, hvor »inhabiliteten« rammer alle selskaber, hvad enten det er udenlandske, der ikke er

56. Jfr. Borum, *Arveretten* 1950 s.177 f, Borum, Iuul, Schlegel, *Båndlæggelsesinstituttet i dansk ret*, u.å. s.111 f.

»inhabile« i henhold til deres hjemlands lov, eller indenlandske, men på den anden side ikke rammer indenlandske selskaber, der handler i udlandet, altså hovedsagelig sådanne tilfælde som omfattes af andet led i Diceys ovf. omtalte regel. Når man forbyder aktieselskaber at købe landbrugsjord i Danmark, drejer det sig om en rent territorial regel vedrørende dansk landbrugsjord og ikke om en indskrænkning i selskabers habilitet. Højest kan man med en forladt terminologi⁵⁷ tale om, at selskaber ikke har den fornødne specielle retsevne til at eje dansk landbrugsjord. Reglen gælder også udenlandske selskaber, der kan købe landbrugsjord i deres hjemland, og på den anden side er der intet i vejen for, at danske selskaber kan købe landbrugsjord i udlandet, hvis loven dér tillader det.⁵⁸ Det kan kun forvirre begreberne at klassificere dette som spørgsmål vedrørende selskabers handleevne.

Forkaster man på den anden side tanken om en identitet mellem selskabet og dem der handler på dets vegne, må den nærmest liggende parallel blive værgens handlinger på den umyndiges vegne. Det har imidlertid intet med handleevne at gøre, når det i nogle tilfælde fastslås, at den umyndige ikke bliver bundet ved værgens handlinger på hans vegne. Dette resultat kan enten være en konsekvens af lovregler som fx. myndighedslovens § 48 eller af en anvendelse af synspunkter fra den almindelige fuldmagtslære udformet efter de specielle problemer, der foreligger i forholdet væрге – umyndig. Det er spørgsmål, der vedrører værgens kompetence, ikke myndlings handleevne.⁵⁹

Disse konstruktive forklaringer på ultra vires læren og forsøg på at indpasse den i bekendte begreber må forkastes, og en analyse af, hvad det egentlige indhold af læren er, må foretages.

Det er almindeligt i engelsk og amerikansk ret som begrundelse for ultra vires læren at henvise til den beskyttelse som den yder henholdsvis selskabsdeltagerne og selskabskreditorerne.⁶⁰ Selskabsdeltagerne risikerer ikke, at ledelsen anvender deres penge på en måde, som ikke var tilsigtet, og selskabskreditorerne risikerer ikke, at den kapital, som skal tjene til deres dækning, benyttes til formål, som de ikke kunne forudse, da de

57. Jfr. Borum, *Personretten*, 1953 s.2.

58. Jfr. Goodrich s.315 f, Kuhn, *Comparative commentaries on private international law*, New York 1937, s.132.

59. Jfr. Borum, *Personretten* 1953, s.102 ff.

60. Jfr. Gower s.79 og s.84.

ydede kredit. Som påvist af Ballantine og Olivecrona⁶¹ kan man imidlertid varetage – og har man i andre lande varetaget – disse hensyn på anden måde end gennem ultra vires læren, i det omfang de overhovedet fortjener varetagelse. Ultra vires læren yder ensidigt de i selskabet interesserede og de allerede eksisterende kreditorer beskyttelse og ser bort fra, at også omverdenen, de der handler med selskabet, kan trænge til beskyttelse. Når beskyttelsen er blevet så ensidig, skyldes det, at man har grebet til begrebsjurisprudentielle midler for at give den. Den var vistnok nødvendig, da den først blev givet, men da billedet ændrede sig, var det ikke længere muligt at flytte tyngdepunktet i beskyttelsen, fordi det, der oprindeligt havde en real begrundelse, nu var blevet til et dogme.

Den internationale privatret kan imidlertid ikke lade sig binde af materielretlige dogmer. Hvis ultra vires læren simpelthen er resultatet af overvejelser over, hvem der skal bære risikoen, når der handles på et selskabs vegne ud over hvad den handlende er berettiget til, kan det ikke i den internationale privatret accepteres, at der her er tale om et særligt, fra de almindelige regler om hvornår selskaber er bundet ved handlinger på deres vegne forskelligt problem. Det eneste problem, der kan opstå, er, om selskaber bindes af de handlinger, der foretages på deres vegne. Nogen grund til at opdele dette problem i to spørgsmål er der, når bortses fra at engelsk positiv ret er således indrettet, ikke. Problemets løsning beror på en afvejning i de enkelte retssystemer af, hvem der skal bære risikoen for at en handling går ud over, hvad der i lov, vedtægt eller konkret vedtagelse er tilladt,⁶² og denne afvejning falder forskelligt ud efter omsætningshensynets betydning i det pågældende land og tredjemands mulighed for på grund af publicitetskrav at beskytte sig selv.

I Danmark har man ment, at publiciteten omkring selskabet i tilstrækkelig høj grad advarer tredjemand til at selv den godtroende tredjemand normalt ikke kan erhverve ret imod selskabet, hvis der er handlet udenfor dettes registrerede og bekendtgjorte formål, jfr. aktieselskabslovens § 83 og firmalovens § 7. Ifølge disse bestemmelser anses tredjemand for at være bekendt med, hvad der er registreret og bekendtgjort i Statstidende. Forsåvidt bliver det materielretlige resultat ikke så forskelligt fra det, som man når til ved hjælp af ultra vires læren. Formålet kommer til at

61. Jfr. også Gower s.85 og s.97, Siebel s.21.

62. Jfr. Taxells interessante redegørelse s.256 ff, smlgn. Karlgren, Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet, 1929 s.125 ff.

danne ydergrænsen for fuldmagten til at binde selskabet. Der gøres dog en i hvert fald teoretisk væsentlig modifikation heri, som udelukker at de nævnte lovbestemmelser kan konstrueres på samme måde som ultra vires læren. Tredjemands præsumtive kendskab til, hvad der er registreret og bekendtgjort, er nemlig ifølge de citerede lovbestemmelser betinget af, at omstændighederne ikke giver grund til at antage, at han hverken har eller burde have været vidende om det registrerede og bekendtgjorte. Herefter kan et selskab altså tænkes bundet af handlinger, der går ud over dets formål, hvis sådanne omstændigheder kan påvises. Dertil kommer, at man formentlig ikke kan begrænse et aktieselskabs formål eller fortolke det restriktivt i samme grad her i landet som i England.⁶³ Således kan det næppe bestemmes, at selskabet ikke kan foretage handlinger af en bestemt art, fx. købe fast ejendom. Indkøb og salg af faste ejendomme kan ligge udenfor dets formål, men det kan næppe forbydes selskabet at indkøbe faste ejendomme, hvorfra det kan drive sit erhverv, jfr. aktieselskabslovens §§ 8n og 15o. Hertil kommer endelig, at en handling, der ligger udenfor selskabsformålet, må kunne ratihaberes af en aktionærmajoritet, der er tilstrækkelig stor til at ændre formålet, jfr. aktieselskabslovens § 57, i hvert fald hvis der samtidig foretages en ændring af formålet. Hverken ratihabition eller, som hovedregel, formålsændring er mulig efter ultra vires læren, selv ikke i den udformning, som den har fået i England ved de seneste ændringer af Companies Act i 1948.⁶⁴

I England er afvejningen resulteret i ultra vires læren, men fordi denne lære på grund af dens konstruktive karakter kun – i hvert fald i sin moderne klare udformning⁶⁵ – dækker et snævert område, nemlig formålsbestemmelser betyding, og derfor har måttet suppleres med en almindelig fuldmagtslære, kan ultra vires læren ikke opnå en særstilling i international privatretlig henseende. Også den internationale privatretlige regel må være resultatet af en afvejning af de hensyn, der taler for henholdsvis at beskytte selskabet og tredjemand.⁶⁶ Og det er meget mu-

63. Dette er utvivlsomt udenfor aktieselskabsloven. Her kan anmeldelse som hovedregel kun ske om, at der drives handel, håndværk eller fabriksvirksomhed, ikke ved angivelse af snævrere formål, jfr. Sindballe I s.44 f.

64. Jfr. Gower s.87 f, jfr. s.82 f.

65. Jfr. Gower s.79 og smlgn. Ernst Andersen cit. note 50 s.208.

66. Jfr. Lando Mellemmanden s.7 og Van Hecke i ILA 1954 s.387.

ligt, at denne afvejning falder anderledes ud end den materielretlige. Tredjemand kan ikke pålægges kendskab til fremmed ret i samme omfang som han kan til sin egen ret, og publicitet i hjemlandet kan kun i mindre omfang påberåbes overfor en tredjemand i udlandet end overfor en i hjemlandet bosiddende. De citerede danske lovbestemmelser muliggør netop en sådan konkret afvejning, idet tredjemands udenlandske tilhørsforhold er en sådan omstændighed, som kan begrunde, at han ikke bør være bekendt med, hvad der er registreret og bekendtgjort, jfr. ndf. Denne internationale afvejning, foretaget i hvert enkelt lands internationale privatret, må gælde i forhold til alle lande, uanset om deres materielretlige regler er opbygget på den ene eller den anden måde.

Det skulle hermed være fastslået, at ultra vires læren ikke kan give anledning til en speciel international privatretlig regel med hensyn til, om selskaber er bundet ved deres handlinger, hvis deres hjemlands lov indeholder denne lære. Rent faktisk ville en sådan regel da også i vidt omfang resultere i en særstilling for engelske og til dels amerikanske og sovjetrussiske selskaber, selvom det kontinentale specialitetsprincip i et vist omfang ville kunne påberåbes i henhold til en sådan international privatretlig regel til fordel for selskaber fra andre lande end de nævnte.

2. Dernæst skal spørgsmålet, om det kan begrundes, at der gælder en særlig regel for omfanget af organernes fuldmagt, undersøges. Problemet er i realiteten, om der er noget, der kan begrunde, at den internationale privatretlige afvejning af de reale grunde, hensynet til henholdsvis selskabet og tredjemand, nødvendigvis falder ud til fordel for selskabet, når der handles af et organ på selskabets vegne, mens den kan falde ud til tredjemands fordel, når der er tale om, at andre end organer handler på selskabers vegne, eller at der handles på andres vegne end selskabers. Problemet opstår formentlig først og fremmest ved selskaber med begrænset ansvar, men en afgrænsning er på grund af det resultat, som undersøgelsen fører til, uden interesse.

Nogen egentlig begrundelse for, at selskabsloven altid skal finde anvendelse på omfanget af organernes fuldmagt ud over den af Nial givne, synes aldrig at være givet. Nials synspunkter i forbindelse med International Law Associations udkast refererer sig særlig til én bestemt situation, og den citerede korte begrundelse, som han har givet i sin bog, er vel snarere udtryk for en fornemmelse af, hvad der må gælde under hensyn til, at organerne udgør et nødvendigt led i selskabets hele organisation og

opbygning. Resultatet af denne fornemmelse er også blevet accepteret her i landet.

Denne fornemmelse har en væsentlig støtte i Taxells dybtgående undersøgelse angående »styrelsens ställning i aktiebolagsorganisationen«. ⁶⁷ Han udtaler her: »Den allmänt inriktade undersökning, som här verkställts, har ådagalagt, att det icke är möjligt att hänföra aktiebolagets styrelse till någon för andra förhållanden skapad typ av handlingssubjekt. Dess ställning regleras av speciella aktierättsliga normer och röner inflytande av de särskilda rättsliga och faktiska förhållanden, som ha avseende på aktiebolagen. Då man har att ange styrelsens ställning sådan den framträder i rättsreglerna bör man främst framhålla, att styrelsen ej står i något rättsligt representationsförhållande till bolaget eller till aktieägerna på samma sätt som t.ex. ombudsmän och fullmäktige. Aktiebolagsstyrelsen bildar ett centralt ock enligt lag nödvändigt led i en för utövande av ekonomisk verksamhet skapad rättslig organisation.« ⁶⁸ Det må erkendes, at der især indadtil, men også iøvrigt eksisterer sådanne væsentlige særegenheder ved aktieselskabsorganer, at de kan begrunde de særlige undersøgelser, som Taxell foretager, hvortil kommer, at forholdet til tredjemand kun er et enkelt ud af en lang række problemer, som han undersøger. Når han imidlertid kommer til spørgsmålet om betydningen overfor tredjemand af legale eller vedtægtsmæssige regler af materielretlig karakter, der begrænser selskabsledelsens bemyndigelse, går overvejelserne herom ⁶⁹ netop ud på en afvejning af forholdet mellem selskabets og tredjemands interesser, som nøje svarer til de betragtninger som man må anstille, når man skal begrunde almindelige regler om betydningen overfor tredjemand af en fuldmægtigs overskridelse af sin bemyndigelse. I sig selv synes derfor almindelige betragtninger over aktieselskabsledelsens særlige karakter som et led i den selskabsretlige organisation ikke at kunne begrunde den udelukkende anvendelse af selskabsloven. Det er da også almindeligt at betragte reglerne om, hvornår selskaber bindes af retshandler på deres vegne som fuldmagtsregler, hvad enten handlingen foretages af et organ eller af andre, ⁷⁰ og aftalelovens

67. Taxell s.30 ff.

68. Taxell s.94, jfr. Pillet s.6.

69. Taxell s.254 ff og s.288 ff.

70. Jfr. fx. Torp s.53 ff og s.268 ff, Sindballe I s.100 ff, II s.142 ff, III s.233 ff, U.f.R. 1958 s.885, Nial Aktiebolagsrätt s.118, Ballantine s.119 ff og s.221 ff og

§ 10 stk.2 må antages analogt⁷¹ at kunne anvendes på selskabsorganer. Som ovf. nævnt betragtes spørgsmålet i USA som et rent fuldmagtsproblem.

Drejer det sig om indgåelse af aftaler i almindelighed, ses det derfor ikke, at der kan anføres noget, der kan føre til en særbehandling af organfuldmagten. Tredjemands og selskabets risiko er den samme, hvad enten den, der handler, er et selskabsorgan, fx. en administrerende direktør, eller en person der ikke har en i henhold til loven ledende stilling i selskabet, men som dog er ansat i dette og derfor har en stillingsfuldmagt. Og selskabets karakter af kollektivsubjekt, som er baggrunden for den særlige organisationsform, som Nial henviser til som begrundelse for den gængse lære, kan næppe føre til, at der i det internationale samkvem skal tages mere hensyn til selskabet end til andre, der handler gennem mellemmand. Afgrænsningen af, hvem der er organer og hvem ikke, er da også vanskelig at foretage.⁷²

Når der måske kunne være grund til at sondre mellem selskabsorganer og andre, er det som påpeget af Nial i hans kritik af International Law Associations udkast alene på grund af den publicitet, som normalt findes med hensyn til organfuldmagten. Her i landet kan man ved at undersøge aktieselskabsregisteret eller handelsregisteret konstatere selskabsformålet som grænse for organfuldmagten i almindelighed og tegningsreglerne som grænse for de enkelte organers fuldmagt. Derfor kan man, som det er sket, som hovedregel lægge risikoen over på tredjemand, hvis organerne handler udenfor disse grænser, jfr. ovf. om aktieselskabslovens § 83 og firmalovens § 7. Det kunne gøres gældende, at dette ubetinget må gælde også når der handles udenfor landets grænser, idet også udlændinge har adgang til disse oplysninger. De nævnte lovbestemmelser er formuleret således, at de tager det fornødne hensyn til personer, der handler med selskabet i udlandet, idet selskabet overfor tredjemand som nævnt kun kan

Gower s.121 ff og særlig s.145 ff, hvor Gower gør opmærksom på, at når engelsk ret i visse tilfælde arbejder med en særlig organteori, er det i virkeligheden for at binde selskabet i videre omfang, end almindelige fuldmagtsprincipper fører til, altså det modsatte af hvad organteorien er brugt til i den internationale privatret. Synspunktet er iøvrigt rent konstruktivt.

71. Aftalelovens regler om fuldmagt finder ikke direkte anvendelse på selskabsorganer, jfr. RT 1916/17 A sp.2701.

72. Jfr. Hurwitz, Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar, 1933, s.290 f.

påberåbe sig, hvad der er registreret og bekendtgjort »såfremt omstændighederne ikke giver grund til at antage, at han hverken har eller burde have været vidende derom«. Det er næppe tvivlsomt,⁷³ at sådanne omstændigheder foreligger med hensyn til den i udlandet bosatte tredjemand, som ikke, fx. på grund af at der ikke eksisterer lignende regler i hans eget lands ret, har haft opfordring til at undersøge det danske aktieselskabs- eller handelsregister. Det ville fx. være tilfældet, hvis et dansk selskab handlede i Tyskland, hvor selskaber ifølge Aktiengesetz § 74 aldrig kan gøre gældende, at de ikke er bundet, fordi der er handlet uden for fuldmagten.⁷⁴ Omvendt i England, hvor en til den danske svarende ordning er fastslået i praksis.⁷⁵

Konsekvensen heraf er imidlertid, at danske selskaber næppe vil blive bedre stillet i udlandet, fordi dansk ret anvendes på dem, end hvis handlingsstedets lov anvendes. Hertil kommer, at omsætningen her i landet vil være tjent med, at fremmed ret kun anvendes på fremmede selskabers organer i samme omfang, som den finder anvendelse på handlinger foretaget af sædvanlige fuldmægtige. Det er en lettelse for tredjemand, at han kan regne med at blive behandlet på samme måde, hvad enten den person, som handler på et fremmed selskabs vegne, kalder sig direktør eller underdirektør. Det har også på forhånd formodningen for sig, at et selskabsorgan har en videre fuldmagt end en underordnet funktionær i selskabet. Det synes derfor naturligt, at tredjemand ikke skal løbe en større risiko eller pålægges en større undersøgelsesbyrde, når han forhandler med et selskabsorgan, end når han forhandler med en underordnet funktionær. Da publiciteten i dansk ret principielt også har betydning for den underordnede funktionærs fuldmagt, ses det heller ikke, at denne publicitet kan benyttes som argument for, at selskabsloven altid må anvendes på organhandling, når den ikke nødvendigvis finder anvendelse på den underordnede funktionærs fuldmagt.

Det må erindres, at der ikke her er argumenteret for en bestemt løsning, selskabsloven ctr. handlingsstedets lov, men for at den samme lov

73. Muligheden for at benytte forbeholdet på denne måde har ikke tidligere været berørt. Om forståelsen af det se kommissionsforslaget til firmaloven, motiverne s.32 f, Torp s.56, Sindballe I s.36 note 4.

74. Smlgn. Krenchel s.348 og Battifol ILA 1952 s.97. Jfr. om et lignende synspunkt Nussbaum s.191 note 6, smlgn. Loussouarn s.384 f med note 2.

75. Jfr. Gower s.154 ff og Campbell i 75 Law Quarterly Review 1959 s.469 ff.

skal finde anvendelse på organhandlinger som på sædvanlige fuldmagtsforhold, hvad enten fuldmagtsgiverens hjemlands lov, for selskabers vedkommende selskabsloven, eller handlingsstedets lov finder anvendelse i sædvanlige fuldmagtsforhold. Det betyder efter gældende nordisk ret, at selskabsloven stadig finder anvendelse i hovedparten af tilfældene, men det betyder også, at ved en overgang til handlingsstedets lov i almindelige fuldmagtsforhold må en lignende overgang også finde sted hvor der handles ved et selskabsorgan.

Imidlertid må det bemærkes, at en anvendelse af handlingsstedets lov ikke betager et selskabs publicitet i hjemlandet enhver betydning. Hvis et svensk selskab som i den ovf. i note 33 citerede dom fra 1904 handler her i landet gennem sin administrerende direktør, må danske medkontrahenter i kraft af dansk ret, for så vidt de er bekendt med, at han repræsenterer et svensk selskab, have samme opfordring til at undersøge det svenske aktieselskabsregister, som de ville have til at undersøge det danske, hvis de handlede med direktøren for et dansk selskab. Betydningen af, at handlingsstedets lov anvendes, er alene, at virkningerne af manglende undersøgelse bedømmes efter dansk i stedet for efter svensk ret. Drejer det sig derimod om et dansk selskab, der handler i Tyskland, må publiciteten her i landet formentlig være uden betydning, hvis handlingsstedets lov anvendes, idet tysk ret ikke tillægger registerets indhold nogen betydning med hensyn til om selskabet er bundet.⁷⁶

Selvom man i de tilfælde, hvor international privatretlige regler om fuldmagt fører til anvendelsen af handlingsstedets lov, anvender denne lov på spørgsmålet om selskabet er bundet, er konsekvensen ikke, at selskabsloven bliver uden enhver betydning. Hvis en person, der gør gældende, at han er berettiget til at handle på et selskabs vegne, på forhånd skal dokumentere dette, må han godtgøre, at han har denne berettigelse i henhold til selskabsloven, uanset om selskabet ville være bundet ved hans handling i henhold til handlingsstedets lov, hvis han først havde handlet. Det er så vidt man kan se også dette standpunkt, dommen i UfR 1901 A s.124 tog. Under denne sag gjorde sagsøgte gældende, at direktøren for et engelsk selskab ikke var kompetent til at give en dansk sagsfører forligsfuldmagt, hvilket betød, at forligsmæglingen ikke var foretaget på behørig måde, hvorfor sagsøgte påstod sagen afvist. Heri fik

76. Om muligheden for en international publicitetsordning se Thibierge i *Le Statut de l'étranger et le Marché Commun* 1959 s.351 ff.

han medhold ved gæsteretten, men landsover- samt hof- og stadsretten antog, at det ved en under sagen fremlagt erklæring var tilstrækkelig dokumenteret, at direktøren havde været berettiget til at give forligsfuldmagt. Spørgsmålet kan også komme frem i forhold til tinglysningssdommeren, når en person råder på et fremmed selskabs vegne med hensyn til en fast ejendom, der er beliggende her i landet. Her må han godt gøre sin berettigelse til at råde på selskabets vegne i henhold til selskabsloven, selvom selskabet er bundet i forhold til den anden kontraktspart i henhold til handlingsstedets lov.⁷⁷

Det blev ovf. sagt, at der ikke ved aftaler i almindelighed kunne anføres noget til støtte for en særbehandling af organernes fuldmagt. Drejer det sig derimod om aftaler vedrørende selskabsretlige forhold, såsom en aftale om, at en udenlandsk kreditor skal kunne konvertere sit tilgodehavende i selskabet til aktier eller lignende, må det stå fast, at selskabsloven finder anvendelse i det hele, både med hensyn til aftalens indhold og form og med hensyn til aftalens bindende virkning for selskabet. Og dette må gælde, uanset om aftalen indgås af et selskabsorgan eller af en sædvanlig fuldmægtig. En aftale som den nævnte vil således aldrig kunne indgås for et dansk selskab uden med forbehold af generalforsamlingens godkendelse i overensstemmelse med reglerne om vedtægtsændringer og kun hvis konverteringen gyldigt kan finde sted efter dansk ret under hensyn til selskabets økonomiske stilling.

Når selskabsdeltagernes ansvar overfor tredjemand efter almindelig opfattelse må bedømmes efter selskabsloven, er forklaringen formentlig netop, at selskabsloven er afgørende for, i hvilket omfang selskabet bindes ved retshandler på dets vegne, der vedrører selskabsretlige forhold.⁷⁸ Der er ingen grund til, som det af og til sker, at henvise til ordre public klausulen for at nå dette resultat. Deltagernes ansvar er et selskabsretligt spørgsmål angående deltagernes forhold til tredjemand. I den engelske dom *Risdon Iron and Locomotive Works v. Furness*⁷⁹ er netop dette synspunkt lagt til grund, omend også ultra vires synspunkter blev bragt ind. Sagen drejede sig om hvorvidt en aktionær i et engelsk selskab, som var insolvent, hæftede personligt pro rata over for et californisk selskab

77. Smlgn. Lovkonflikter s.210 note 1.

78. Jfr. Madsen-Mygdal, Ordre public og territorialitet I, 1946 s.714 note 58 in fine og s.274.

79. 1905 1 KB 304, 1906 1 KB 49. Jfr. Madsen-Mygdal anf. st. s.273 f.

for dettes tilgodehavende i det engelske selskab som følge af det engelske selskabs virksomhed i Californien. Dagældende californisk ret pålagde såvel fremmede som californiske selskabers aktionærer et sådant ansvar. Retten kom til det resultat, at et sådant ansvar i hvert fald ikke kunne påhvile aktionæren i dette tilfælde, hvor han ikke specielt havde givet sit samtykke til, at selskabet indgik aftaler, hvorved et sådant ansvar pålagdes ham. Den ønskede ikke at tage stilling til, hvorvidt den, evt. ud fra ultra vires teorien, ville komme til samme resultat, hvis aktionærerne havde givet deres samtykke.

At selskabsdeltagernes ansvar må bedømmes efter selskabsloven er også anerkendt i en dansk højesteretsdom.⁸⁰ Et tilgodehavende hos et russisk kommanditselskab kunne forlanges betalt af selskabets to ansvarlige deltagere, idet deres ansvar vel efter russisk ret var subsidiært, mens gælden primært påhvilede selskabet, men det ansås for godtgjort, at gælden på grund af selskabets nationalisering ikke kunne fås betalt hos dette.

Sammenfattende kan det siges, at afgørende for, hvilket lands regler der finder anvendelse på spørgsmålet om et selskab bindes ved aftaler indgået på dets vegne, er de international privatretlige regler om fuldmagt, når bortses fra handlinger, som vedrører selskabets selskabsretlige stilling, hvor selskabsloven som hovedregel må finde anvendelse.

80. U.f.R. 1925 s.260.

Tillæg : Konventionsudkast

*Conférence de la Haye de droit international privé,
septième session 1951*

PROJET DE CONVENTION CONCERNANT LA RECONNAISSANCE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS, ASSOCIATIONS ET FONDATIONS ÉTRANGÈRES

Article 1er

La personnalité juridique, acquise par une société, une association ou une fondation en vertu de la loi de l'Etat contractant où les formalités d'enregistrement ou de publicité ont été remplies et où se trouve le siège statutaire, sera reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants, pourvu qu'elle comporte, outre la capacité d'ester en justice, au moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'autres actes juridiques.

La personnalité juridique, acquise sans formalité d'enregistrement ou de publicité sera, sous la même condition, reconnue de plein droit, si la société, l'association ou la fondation a été constituée selon la loi qui la régit.

Article 2

Toutefois, la personnalité, acquise conformément aux dispositions de l'article 1er, pourra ne pas être reconnue dans un autre Etat contractant dont la loi prend en considération le siège réel, si ce siège y est considéré comme se trouvant sur son territoire.

La personnalité pourra ne pas être reconnue dans un autre Etat contractant dont la loi prend en considération le siège réel, si ce siège y est considéré comme se trouvant dans un Etat dont la loi le prend également en considération.

La société, l'association ou la fondation est considérée comme ayant son siège réel au lieu où est établie son administration centrale.

Les dispositions des alinéas 1 et 2 ne sont pas applicables, si la société, l'association ou la fondation transfère, dans un délai raisonnable, son

siège réel dans un Etat qui accorde la personnalité sans prendre ce siège en considération.

Article 3

La continuité de la personnalité sera reconnue dans tous les Etats contractants, en cas de transfert du siège statutaire de l'un des Etats contractants dans un autre, si cette continuité est reconnue dans les deux Etats intéressés.

Les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 2 ne sont pas applicables si, dans un délai raisonnable, la société, l'association ou la fondation transfère son siège statutaire dans l'Etat du siège réel.

Article 4

La fusion entre sociétés, associations ou fondations qui ont acquis la personnalité dans le même Etat contractant, intervenue dans cet Etat, sera reconnue dans les autres Etats contractants.

La fusion d'une société, d'une association, ou d'une fondation qui a acquis la personnalité dans un des Etats contractants, avec une société, une association ou une fondation qui a acquis la personnalité dans un autre Etat contractant, sera reconnue dans tous les Etats contractants, au cas où elle est reconnue dans les Etats intéressés.

Article 5

La reconnaissance de la personnalité juridique implique la capacité qui lui est attachée par la loi, en vertu de laquelle elle a été acquise.

Toutefois, les droits que la loi de l'Etat de reconnaissance n'accorde pas aux sociétés, aux associations et aux fondations du type correspondant, pourront être refusés.

L'Etat de reconnaissance pourra également réglementer l'étendue de la capacité de posséder des biens sur son territoire.

La personnalité emportera, en tout cas, la capacité d'ester en justice, soit en qualité de demandeur, soit en qualité de défendeur, en conformité des lois du territoire.

Article 6

Les sociétés, les associations et les fondations, auxquelles la loi qui les régit n'accorde pas la personnalité, auront, dans le territoire des autres Etats contractants la situation juridique que leur reconnaît cette loi,

notamment en ce qui concerne la capacité d'ester en justice et les rapports avec les créanciers.

Elles ne pourront prétendre à un traitement juridique plus favorable dans les autres Etats contractants, même si elles réunissent toutes les conditions qui assurent dans ces Etats le bénéfice de la personnalité.

Article 7

L'admission à l'établissement, au fonctionnement et, en général, à l'exercice permanent de l'activité sociale sur le territoire de l'Etat de reconnaissance, est réglée par la loi de cet Etat.

Article 8

Dans chaque Etat contractant, l'application des dispositions de la présente Convention peut être écartée pour un motif d'ordre public.

Article 9

Chaque Etat contractant, en signant ou ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, peut se réserver la faculté de limiter l'étendue de son application, telle qu'elle résulte de l'article 1er.

Les autres Etats contractants pourront se considérer comme libérés à l'égard de cet Etat des obligations concernant les catégories exclues.

International Law Association

International Company Law Committee

DRAFT CONVENTION ON CONFLICTS OF LAW RELATING TO COMPANIES, 1960

Art.1

The present convention applies to companies limited by shares.

Art.2

The (personal) law of a company is the law of the country where that company is incorporated.

ALTERNATIV 1

Provided that, if there is no effective connection between a company and the country in which it has been incorporated, the country in which the place of central administration is situated, and other countries that apply the place of central administration as the relevant connecting factor, are free to apply the law of the place of central administration in lieu of the law of the incorporation.

ALTERNATIV 2

Provided that, when a company has no effective link with the country of incorporation, a country whose conflict rules look to the place of central management is free to apply the law of the place of central management if this is located on its territory or on the territory of another country whose law also looks at the place of central management.

ALTERNATIV 3

Provided that, if there is no effective connection between a company and the country in which it has been incorporated, the country in which the place of central administration is situated is free to apply its own law in lieu of the law of incorporation, and, if it does so, other countries as well are free to apply the law of the place of central administration.

Art.3

The (personal) law of a company governs the promotion and the constitution of the company (the necessity for, and conditions of, registration; the requirements with regard to the raising, maintenance and increase of the capital; the conditions under which dividends may be distributed and the capital may be reduced).

Art.4

The (personal) law of the company governs the corporate organization and the corporate relations of the company, including rights and duties of the organs and shareholders towards the company and of the shareholders towards other shareholders.

Art.5

SECTION I

In contract, the (personal) law of the company governs the powers of the company to act and the authority of the organs to act for the company.

SECTION II

However, if a contract is entered into by an organ of the company in a country other than that of the company's personal law—whether the organ is temporarily or permanently residing there—and the other party ought not reasonably to have known about the restrictions on the powers of the company or the authority of the organ, the company is bound by the said contract if the powers of the company or the authority of the organ are not similarly restricted by the law of the place where the contract is entered into.

For the purposes of this article a contract is deemed to be made in a country if either it is entered into there *inter presentes* or, in the case of a contract entered into by exchange of letters, if both the offer and the acceptance have been effected in that country.

Art.6

The liability of an organ which has contracted *ultra vires* or beyond its authority and has not committed the company thereby is governed by the law of the place where the organ has acted.

Art.7

SECTION I

In relation to acts of the company's organs violating the provisions of company law, the (personal) law of the company decides whether the act is illegal, whether the act is an act of the company and whether the company or the organ is solely or whether they are jointly liable.

SECTION II

In relation to other unlawful acts of the company's organs, the law of the place where the act has been committed determines the three questions mentioned in Section I.

Art.8

The (personal) law of a company governs the personal liability of the organs and shareholders for the debts of the company.

Art.9

(a) Subject to the exceptions mentioned in Section (b), the (personal) law of a company governs the dissolution of the company.

(b) The present convention does not apply to bankruptcy or other methods of dissolution of insolvent companies, nor does it apply to the distribution of assets belonging to a nationalized company which are situated in countries other than that of the nationalizing state.

Art.10

The applicable law as determined by this convention may be set aside by reason of public policy.

Summary in English of Studies in the Theory of International Company Law

Chapter 1 : Introduction

To-day, most commercial enterprises cross the frontiers of one or more countries in the exercise of one or other of their activities. International Company Law is concerned with the problems which arise in consequence hereof only if these problems derive from the fact that the commercial enterprise in question is a company.

A number of rules in the International Law of a country regulate such problems, and these rules are not all of the same nature. Rules regulating the right to do business belong to the Law of Aliens, while rules regulating e.g. the relationship between shareholders or between the company and third persons belong to Private International Law. The difference between the two groups of rules is that in the Law of Aliens the existence of a given foreign connection is a condition of the applicability of a certain rule of the substantive law of the forum, while in Private International Law the foreign connection is the deciding factor when choosing between the substantive law of one or other of several countries.

The purpose of the present thesis is to examine which of several possible connecting factors should be applied in questions pertaining to International Company Law. The present author finds that the divergent opinions on this question are to a certain extent based upon tradition and false constructions. In some cases, however, there is a real basis for differences of opinion. One of the main aims of the present thesis is to weigh the relative value of the theories which have been put forward.

Although Private International Law is recognized as National Law, the doctrines and theories of this branch of law are international in character. German and French Private International Law have played an important role in the development of the theory of International Company Law. Dogmas and theories which at one time or another were important features in the law of those two countries still permeate the theory of International Company Law in most countries. The concept of the legal or juridical person has been of great importance in the development of International Company Law and has often led to reasoning which must be characterized as conceptual jurisprudence. A critical

review of the basic questions of International Company Law is, therefore, necessary when attempting a complete overhaul of the foundation of the theories.

Finally, in spite of the distinction indicated above between Private International Law and the Law of Aliens and in spite of the fact that the purpose of this thesis, is one of Private International Law, a certain historical and factual interdependence between these two branches of law must be recognized.

The plan of the thesis arises out of what has been said. In Chapter 2 some methodological problems of importance to Private International Law in general are discussed. In Chapters 3 to 5 the bases and various dogmas of International Company Law are subjected to criticism. Chapter 6 treats of the various theories which have been put forward with regard to the choice of law in International Company Law. In Chapter 7 an analysis is made of the decisive factors which should motivate the choice of law. The result of this analysis is used as the starting-point for an analysis in Chapter 8 of Private International Law and the Law of Aliens concerning companies as practised in Denmark. Finally, in Chapters 9 and 10 some selected problems of International Company Law are discussed.

The thesis only deals with internal law, not international law. The main interest of the thesis is devoted to the Private International Law of companies limited by shares, although in the opinion of the present author the conclusions reached with regard to such companies may well be applied to other forms of companies and partnerships.

Chapter 2 : Remarks on the Method of Private International Law

The rules of Private International Law decide the law of which country must apply in cases where connections exist with countries other than the forum. It is customary to formulate the rules of Private International Law in such a way that they indicate certain connections as being relevant to certain legal disciplines, e.g. Family Law, Company Law, etc. These rules, once formulated, are regarded as final and conclusive, and each actual case must by interpretation be referred to one of these rules. This way of looking at the rules of Private International Law has given rise to a number of problems which have formerly been discussed mainly under the heading of the Theory of Characterization, but which lately more properly are discussed in connection with the problems of the function or method of Private International Law, of which the theory of characterization is only one aspect. In this chapter it is discussed how the rules of Private International Law should be understood in order to avoid those problems which have arisen out of the traditional conception of the rules.

The traditional conception of the rules of Private International Law has resulted in a description of the function of Private International Law as a mechanical process consisting of several steps which follow upon each other in time and which are quite independent of each other. The possibility of taking into account at an earlier stage what belongs to a later stage is excluded. Such a possibility would be met with the same criticism as the *lex causae* theory, which is accused of being circular. Thus, while in substantive law one of the main objects of legal discussion and interpretation is to reach results which may be characterized as reasonable within the general framework of the law, the function of Private International Law is considered to be of a purely formal nature: The results are reached without regard for the way in which they fit into the general structure of the law. In formulating the rules of Private International Law considerations of expediency may well be made, but such considerations are excluded when the rules are to be applied.

This description of the function of Private International Law has led to many unreasonable solutions of conflict problems. The difference between the concept of Private International Law underlying this description on the one side and the general ideas on the function of the law on the other side has resulted in an interesting discussion of an aspect of the doctrine of public policy between Ross and Gihl, the latter being an adherent of the formal concept of Private International Law.

In recent years many authors have tried to avoid unreasonable results by improving upon the methodology of Private International Law. However, the majority retain the view that rules of Private International Law are finally formulated rules of law which fit into the general structure of law rules and which cannot be departed from in the individual case.

The present author has elsewhere shown that the description of the function of Private International Law as a mechanical process is not called for. In an actual case all the possible connecting factors are known before the choice of the relevant connection is made, and this choice may, therefore, be influenced by the result which it will lead to. In substantive law the judge is undoubtedly influenced in his decision by what the possible decisions are and how they fit into the general structure of the law. There is no reason to believe that it is otherwise in Private International Law.

The main objection to this view of the function of Private International Law is that it seems to give the judges great freedom in deciding questions with international connections, and, therefore, seems also to create uncertainty about the contents of the law. This objection is counteracted by introducing into Private International Law the concept of the legal standard, a concept which, in Scandinavia, the Norwegian Knoph has been mainly responsible for describing

and analysing, and which was already accepted as relevant to the description of certain law rules by Viggo Bentzon in 1914. Knoph, who to some extent takes the starting-point for his analysis in Roscoe Pound's writings, himself suggested that Private International Law was a field where legal standards could well be applied. The chief legal standard in this field, according to Knoph, is expressed in the Norwegian Supreme Court decision in the Irma-Mignon case, viz. that in solving conflicts the first consideration is to find the country with which the case is most closely connected, cf. Savigny's idea of the seat of the case. The various conflict rules constitute sub-standards which guide the judge without binding him. Each conflict rule indicates the connecting factor which should be decisive in questions dealt with under that rule, when general considerations only are taken into account, but it does not prevent the judge from taking individual considerations into account and from deciding the individual case on its specific merits.

It is shown that Private International Law fits well into Knoph's general analysis and description of legal standards. The characterization of the conflict rules as legal standards and sub-standards allows the judge to try to reach a reasonable solution in cases with international connections, without giving him a freedom which is greater than that known in other legal disciplines. The content of the legal standard and the way in which the sub-standards are formulated and applied is discussed. Certain criticisms of Knoph's ideas are countered. It is stressed that conflict rules exist which are not to be regarded as legal standards, e.g. conflict rules which are embodied in statutes, and that even the standards usually function as ordinary law rules. It is mainly in extreme borderline cases that it is important to remember the standard nature of the conflict rules. Also, it is sometimes possible to avoid this standard nature and to formulate strict legal rules, namely if it is possible in advance to take into account the contents of the substantive laws to which the conflict rules may refer. This has been the case with regard to the Scandinavian conventions.

Chapter 3 : The Historical Development

The modern treatment of International Company Law is strongly influenced by tradition. In order to describe and criticize the modern theory it is, therefore, necessary to describe the main lines of the historical development. Of special importance to this development has been the close connection between International Company Law and the Law of Aliens concerning companies. Also the concept of the juridical person has played an important role.

In the eighteenth and in part of the nineteenth century problems of Inter-

national Company Law were practically not discussed. Under a system by which special permission was required to incorporate in each particular case, it was a natural inference that the law of the country which had granted this permission also governed the legal questions relating to the company.

The centre of interest at that time was the Law of Aliens. This is shown by the decisions from the eighteenth century referred to by the authors of the nineteenth century. The way in which the status of a foreign company was regulated was in many ways influenced by considerations similar to those which are decisive to-day. In the nineteenth century the concept of the legal person gained increasing importance. The way in which a juridical person was conceived, as a reality or as a fiction, became of importance in deciding the status of the foreign company, especially in relation to the theory of recognition of foreign companies, cf. chapter 4.

At a time when the connection between a company and a country presented no problems it was natural to assume that the company belonged to the same country in all respects. In relation to the Law of Aliens, which at that time was the most important, and in legal theory also, it was natural to talk of this connection as the nationality of the company, particularly when the company was considered a legal person. Therefore, when the problem of Private International Law presented itself, and especially when specific permission to incorporate was no longer necessary, it was a natural thing to talk of the nationality of the company and to deduce from this nationality the solution to the question of which law was applicable. Many of the problems of Private International Law derive to a greater or lesser extent from this close historical connection between the Law of Alien Companies and Private International Company Law. This is true of the theory of recognition. It is also true of the way in which the problems and solutions of the Law of Alien Companies has been linked to the problems and solutions of Private International Company Law. And it is true of the terminology and the arguments used in Private International Company Law.

In order to get a clear picture of modern International Company Law it is, therefore, necessary to analyse these old theories and dogmas and terminologies and to find out what value and importance can be attached to them to-day.

Chapter 4 : The Theory of Recognition

The problem of recognition has never been of practical importance in Danish law. It must, however, be taken into account because of its importance in the foreign books on the subject and in the international work on conventions in this field. The first part of the chapter deals with the origin of the problem of

recognition, the second part contains a description of the theories, and in the third part it is shown why the problem is considered to be without importance.

I. The history of the treatment of foreign companies in various countries is sketched. The position in French law before 1857 is stated. The development in Belgium and the details of the Belgian cases of 1849 and 1851 are described. The result of the Belgian judgments was that a foreign company was regarded as a nullity in Belgium unless it had obtained a special licence in Belgium. It is explained that this result was based upon an interpretation of Code de Commerce art. 37. It is then shown that Laurent tried to go further, and on the strength of his interpretation of the situation after the Belgian judgments he became the founder of the modern theory of recognition. Art. 37 was only concerned with companies limited by shares. Laurent based his argument on Code Civil art. 3 which he said only applied to physical, not juridical persons. The principle of the extra-territorial effect of personal laws implied in Code Civil art. 3 thus did not apply to juridical persons. Therefore, with regard to companies extra-territorial effect, being an exception had no legal basis. Juridical personality is a fiction which only exists in the territory of the sovereign who creates it. Therefore, according to Laurent, no companies whatsoever existed as juridical persons outside the territory where they originated.

The situation created by the Belgian judgments led to a French-Belgian treaty and subsequent legislation. This is described. It is then shown that the purpose of this whole development was to control the activities of foreign companies. The Belgian courts went further than was necessary and completely forbade the activities of foreign limited companies. The legislators rejected this development and permitted the activity of foreign companies on certain conditions, but at the same time, provided these conditions were present, accepted that the law of the foreign country in which the company originated regulated its validity. However, the legislators accepted that certain conditions must be fulfilled. As these conditions could not belong under Private International Law, seeing that the company's own law governed its validity as soon as these conditions were present, and as they did not belong under the Law of Aliens since their existence did not suffice to put the company in completely the same position as domestic companies, these conditions would have to be explained by other means. Laurent took them into his system and explained them as being necessary to the recognition of the fiction created by the foreign sovereign, whereby the fiction materializes in the territory of the recognizing sovereign. The theory of recognition was thus created as a post-rationalization of the situation which resulted from the Belgian judgments and the subsequent French-Belgian legislation.

II. The fiction theory thus resulted in the theory of recognition. Even to-day fictionalists and realists quarrel. Logically, the realists ought to discard the theory of recognition completely instead of demanding recognition as a right of the company. But apparently only a few authors have realized the origin of the theory of recognition and, therefore, do not see the redundancy of the theory from their point of view.

The theory of Pillet, which is regarded as the basis of the modern theory of recognition, is described.

1. A distinction is made between two schools of thought concerning the theory of recognition. One school regards recognition as an independent problem, antecedent to other problems of the international status of companies. Each country is free to decide whether it will recognize foreign companies as existing on its territory. This school is perforce the basis of the international treaties on recognition.

The other school of thought regards the problem of recognition as a problem of Private International Law. According to this school, recognition in a foreign country is granted automatically, if in accordance with its personal law the company is regarded as a juridical person.

2. A special problem in the theory of recognition is the extent of the personality which a foreign company is recognized as possessing. This is subject to regulation in a number of rules in the Hague Convention of 1951.

III. The school of thought which regards recognition as a problem of Private International Law is easily criticized. It is, of course, superfluous to have a special theory on recognition when recognition depends upon the applicable law. The problem of recognition is thus not distinct from the problem of the choice of law.

It is the original theory of recognition which regards recognition as a problem independent of the Law of Aliens and of Private International Company Law that demands attention. This theory presupposes the fact that juridical personality is a quality in itself, independent of other rules applied to a company and, therefore, to be granted or withheld at the pleasure of the foreign country in which the company wishes to do business.

This conception of juridical personality seems to be wrong. According to modern legal methodology, in Scandinavia represented primarily by Ross, terminologies of the kind to which the term »juridical personality« belongs are simply shorthand-expressions covering a number of specific rules. That a company possesses juridical personality means that in relation to a number of specific rules it is regarded as a separate entity and, as such, is subject to regulation by these rules. Used in legal writings the description of a company

as possessing legal personality means that the company is treated as a legal entity by so many rules and provisions that it is practical to describe it as having juridical personality. Used in statutes the description means that the company is subject to all such rules which according to the statutes apply to companies described in this way. Modern methodology forbids one to draw any further inferences from the description of a company as a juridical person.

If the description of a company as a juridical person only means something in a given context, then it becomes meaningless to discuss the problem of recognition as an independent problem. The rules or some of the rules which apply may or may not be formulated in such a way that it is reasonable to describe the company as such as subject to these rules. Recognition has nothing to do with juridical personality, but is a specific question of the Law of Aliens of countries which, besides having rules regulating the right of foreign companies to do business etc., require foreign companies to fulfil certain further conditions in order to be admitted at all, e.g. reciprocity from their home countries towards companies from the foreign country.

Chapter 5 : The Relation of Private International Law to the Law of Aliens

I. In chapter 3 it was shown that as a result of the historical development the problem is generally assumed to be the same in Private International Company Law and in the Law of Aliens. This view is criticized in the first part of Chapter 5.

II. In the second part of the chapter the various theories dealing with the connection between the factor deciding where a company belongs in relation to the Law of Aliens, and the factor deciding the law of which country applies to the company are described and discussed. Pillet is the first to show that these factors are not necessarily the same. The influence of the control-theory which originated during and as a consequence of the First World War is shown. As representative of three different views the theories of Niboyet, Battifol, and Rabel are described. It is then shown that it is not possible to presume that the connecting factors applied in the two disciplines are identical, and that not even within each discipline is one connecting factor necessarily decisive in all respects.

Chapter 6 : The Doctrine

Apart from Laurent, practically all concerned are agreed that a country does not apply only its own Company Law. Two different points of view have influenced the theories as to which foreign law should apply to a company.

One point of view regards a company as a contractual relationship. Another point of view is that Company Law consists of rules which cannot be dispensed with by the parties. The contractual point of view in International Company Law is first discussed below, followed by the other theories on the proper connecting factor; no distinction is made between the theories based upon either point of view, because adherents of both points of view have often reached identical conclusions.

I. The theory of party autonomy in Private International Company Law. Loussouarn's arguments against this theory are supported, and it is regretted that he only uses his arguments as a basis of criticism, and not as a basis of an independent theory.

II. The incorporation theory. It is shown that in its origin at least this theory is not an expression of wide party autonomy, although to-day it is often taken and in fact often functions as such. The influence of the incorporation theory on Continental doctrine is described, and the modern theories based upon it but which give a realistic explanation of it are mentioned.

III. Pillet's theory of the law of formation and its connection with other theories.

IV. The *siège social* theory.

a. The theory of the centre of activity is described.

b. Then follows a description of the modern *siège social* theories. The question of how to find the *siège social* is discussed. The distinction between the theory of the factual seat and the theory of the seat as indicated in the by-laws is shown. The doctrine of *fraude à la loi* and its importance to Private International Company Law is examined. It is shown that the adherents of this doctrine in fact use another connecting factor than the *siège social*. The Benelux Convention and the project of reform of the Code Civil are mentioned.

V. Various theories which in different ways combine the *siège social* theory and the incorporation theory or which attempt to find a compromise between them.

a. Niboyet's theory is mentioned.

b. The Scandinavian registration theory is described.

c. Then follows a description of the *Weiterverweisungs*-theory.

d. Finally, the solutions of the Hague Convention, the International Law Association, and the European Treaties are mentioned.

VI. The theory of Arminjon.

VII. The theories based upon a criterion of control.

Chapter 7 : Discussion of the Connecting Factors

Chapter 7 contains a discussion of the advantages and the disadvantages of the three principal possible connecting factors : The *siège social*, the country of incorporation and the country in which the company carries on its activities.

First, these three connecting factors are further defined in detail for the purpose of the discussions. It is stressed particularly that by the Law of Incorporation is understood the law upon which the formation of the company was in fact based and according to which it is in fact organized.

This is followed by a description of the principal actual situations in which the connection of a company with a country may be of importance. Attention is drawn especially to the specific situation where the company has no other connection with the country of incorporation than the application of the law of that country (pseudo-foreign corporations).

The relative merits of the three connecting factors are discussed with regard to normal international situations : in the opinion of the author the Law of Incorporation is to be preferred. Incorporation as a connecting factor is discussed in relation to pseudo-foreign corporations. It is shown that in such cases the disadvantages of this connecting factor may be met by applying rules of the Law of Aliens or, as foreseen in the Common Market treaty, by a harmonization of the substantive laws. The activities of a foreign company in a country are no more harmful to that country when the company's only connection with the country of incorporation is incorporation than if it also has other connections with the country of incorporation. It is inferred from this that the Law of Incorporation should also apply to pseudo-foreign corporations.

Finally, the author discusses the case of companies which register ships under a flag of convenience, and it is shown that this situation does not concern Private International Company Law.

Chapter 8 : Danish Law

In this chapter the Danish substantive law of companies is scrutinized in order to find out whether it is possible to apply the conclusion reached in chapter 7 to Danish law.

I. Danish substantive law is discussed with a view to finding whether, apart from earlier doctrines, there is any support for the *siège social* theory. This is found not to be the case.

II. A description of those rules of Danish substantive law which make it less worth-while for companies which intend to do business in Denmark to incorporate abroad.

III. A number of rules of Danish law which may throw light on the importance of the theory of control in Danish law.

Chapter 9 : Formation of Companies

There is general agreement that the law governing problems of Company Law generally also specifically governs questions concerning the formation and structural organization of a company. This seems natural. However, several authors have raised the question whether that law should not be departed from in certain relations.

1. One such relation is that of those who subscribe for shares in a company which is subject to the law of a country other than that in which the subscribers are domiciled. In this relation it is believed that a distinction should be made between cases in which the company itself issues an invitation to subscribe for its shares in another country and other cases. In the former case the law of the country in which the invitation is issued may require the company to comply with the laws of that country. No such requirement is, however, believed to exist in Danish law. In the latter cases the law according to which the company has been formed should alone apply. The question is discussed whether rules regulating the subscription for shares of a foreign company come under the Law of Aliens or under Private International Law.

2. Another relation concerns agreements between shareholders either prior to the formation of the company or during the lifetime of the company. It has been said that the proper law of the contract should apply to such agreements. The present author believes that the law generally applying to the affairs of the company also should apply to such agreements.

Chapter 10 : Contracting on Behalf of a Company

This chapter deals with the question whether and to what extent a company is bound by contracts entered into on its behalf. The rules of Private International Law of agency cannot be applied to this question for two reasons. One reason is the application of the *ultra vires* doctrine in Private International Law. The other reason is that it is often said that acts performed on behalf of a company by the officers of the company cannot be compared with acts of an agent on

behalf of his principal. In both respects it is usually inferred that the law of the company must always apply to the question whether the company is bound by acts on its behalf. This conclusion does not differ from the rule generally accepted in Danish Private International Law of agency according to which the law of the domicile of the principal decides whether he is bound by the acts of his agent. However, there is a tendency both in Danish law and in the international doctrine and codification projects to apply the law of the country where the agent acts. The question arises whether it is possible to follow up this tendency with respect to acts on behalf of a company.

A. Under this heading the present doctrine is described 1. with regard to the application of the *ultra vires* doctrine in Private International Law, and 2. with regard to the treatment of acts of officers of a company as distinct from acts of an agent. In dealing with the latter point the author pays particular attention to the views of Loussouarn and the project of International Law Association and Nial's criticism thereof.

B. These two lines of thought are subjected to criticism.

1. It is shown that the *ultra vires* doctrine in English law originally had a rational background, viz. to protect the company's shareholders. To-day, they are protected in many other ways and there are other groups which equally much deserve the protection of the law. Private International Law cannot be bound by a dogma of substantive law which has lost its rationale, and must be free to assess independently which interests deserve protection.

2. Similarly, it may be reasonable to describe the position of the organs of a company as distinct from the position of the agent in substantive law. In Private International Law the underlying reasons for applying the law of one country or another are very much the same whether a person acts on behalf of a company or whether he is the agent of another person. Finally, the author discusses some rules of Danish substantive law and comes to the conclusion that in principle the same law should apply in both cases with the exception, however, of acts which aim at changing the structure of the company. In the latter case the law of the company must always apply.