

Nye vilkår for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling

Ny § 163 i konkurslovens fjerde del

Kandidatnummer:

1

Antall ord:

12 177



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.05.20

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Om oppgaven	3
1.1 Tema.....	3
1.2 Problemstilling.....	4
1.3 Metode og rettskilder	4
1.4 Avgrensning.....	6
1.4.1 Virkninger av anerkjennelse	6
1.4.2 Andre insolvensavgjørelser enn åpning av insolvensbehandling.....	6
1.4.3 Insolvensbehandling for fysiske personer.....	6
1.5 Begrepsavklaring	6
1.5.1 «Insolvensbehandling» som samlebetegnelse.....	6
2 Vilkår for anerkjennelse etter gjeldende norsk rett	8
2.1 Konkursloven § 161.....	8
2.2 Norsk «underkonkurs»	9
2.3 Anerkjennelse som representant for kreditorfellesskapet etter reglene om enkeltforfølgning.....	10
2.4 Endelig avklaring i Rt. 2013 s. 556?	10
3 Anerkjennelse i internasjonal insolvensrett	13
3.1 Nordisk konkurskonvensjon.....	13
3.2 UNCITRALs modellov.....	14
3.3 EUs konkursforordning.....	16
4 Nye norske vilkår for anerkjennelse	19
4.1 Generelt om § 163.....	19
4.2 Inngangsvilkårene om åpningsavgjørelse og samlede formue	20
4.3 Vilkåret om at insolvensbehandlingen må være åpnet der skyldneren har sine hovedinteresser	21
4.4 Vilkåret om fellesforfølgning i bokstav b.....	25
4.5 Vilkåret om rådighetsbegrensning i bokstav c.....	27
4.6 Vilkåret om at en insolvensforvalter må oppnevnes i bokstav d.....	27
4.7 Vilkåret om at skyldner må være en juridisk person i bokstav e	28
4.8 Gjensidighetskravet i bokstav f.....	29
4.9 Unntaket i § 163 annet ledd	33
5 «Ordre Public»-forbeholdet	35

5.1	«Ordre Public»-forbeholdet i EU.....	35
5.2	«Ordre public»-forbeholdet i § 170	38
5.3	Mulige konsekvenser av ulikhet.....	40
	Kilderegister	41

1 Om oppgaven

1.1 Tema

Tradisjonelt har insolvensbehandling vært forbeholdt hver enkelt stat. Forretningsvirksomhet ble tidligere drevet mer innenlands, med både eiendeler og kreditorer i samme stat som virksomheten selv. Det har derfor vært lite behov for å regulere behandlingen av insolvens på tvers av landegrensener.

Dette utgangspunktet har på relativt kort tid vært under stor endring. Mellom 1950 og 2014 har den globale verdien av internasjonal eksport blitt like under 30 ganger større.¹ Internasjonal handel har økt massivt.

Denne utviklingen gjelder også for Norge. I Europa har handel særlig økt etter opprettelsen av EUs indre marked. Norge er med i EUs indre marked med unntak for fisk og landbruk gjennom EØS-avtalen. Fra da Norge ble medlem i EØS i 1994 og frem til 2019 har verdien av all norsk vareeksport økt fra 244 475 millioner kroner til 903 909 millioner kroner.²

En konsekvens av økningen i handel på tvers av landegrensener, er at virksomheter har fått eiendeler og kreditorer i flere stater. Blir en slik virksomhet insolvent, vil det uten klare regler oppstå usikkerhet om hvordan en insolvensbehandling skal gjennomføres. For å imøtekomme dette problemet har det vært søkt ulike løsninger internasjonalt. Som det vil bli redegjort for i mer detalj senere i oppgaven, har for eksempel UNCITRAL, en underorganisasjon av FN, lansert en modellov for grenseoverskridende insolvensbehandling i 1997. EU vedtok i 2000 en konkursforordning som ble fornyet i 2015. I tillegg har stater selv vedtatt lover og regler for grenseoverskridende insolvensbehandling.

Norge har ikke slike utfyllende regler. Det norske utgangspunktet etter konkurslovens § 161 er at utenlandsk insolvensbehandling aksepteres dersom det foreligger en avtale mellom Norge og den aktuelle staten. Norge har foreløpig bare en slik avtale. Den nordiske konkurskonvensjonen ble inngått mellom Norge, Sverige, Danmark, Finland og Island i 1933 etter nordisk lovsamarbeid på området, og er Norges eneste avtale for grenseoverskridende insolvensbehandling.

¹ <https://ourworldindata.org/trade-and-globalization> Figur 1

² <https://www.ssb.no/statbank/table/08800/chartViewColumn/>

En konsekvens av at Norge ikke anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling er at utlandet ikke anerkjenner norsk insolvensbehandling. Derfor kan det være vanskelig for kreditorfellesskapet til en norsk grenseoverskridende virksomhet å ta beslag i debtors utenlandske formuesgoder og få dekket sine krav. Utenlandske potensielle kreditorer kan i tillegg bli skeptiske mot å låne penger til norske virksomheter, siden det vil være uklart hvorvidt de kan få dekket sine krav. Det er derfor et behov for nye norske regler for grenseoverskridende insolvensbehandling.

Slike regler har nå blitt laget. På grunnlag av en utredning fra 2010 av Mads Henry Andenæs på oppdrag fra Justisdepartementet,³ ble det i 2016 vedtatt nye regler i Stortinget.⁴ Disse reglene trer først i kraft når «Kongen bestemmer». Foreløpig er det uvisst når slik ikrafttredelse vil skje. Spørsmålet er hvordan disse nye reglene skal forstås når de trer i kraft.

1.2 Problemstilling

De nye norske reglene i konkurslovens fjerde del regulerer særlig fem problemer som oppstår ved grenseoverskridende insolvensbehandling. Endringen fastsetter regler for domstoljurisdiksjon i ny § 161, samt regler for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling i §§ 163 og 170, og regler for lovvalg. Videre oppstilles det regler om virkninger av å anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling i §§ 164 til 169, i tillegg til regler om koordinering av grenseoverskridende insolvensbehandlinger i §§ 171 til 175.⁵

Formålet med denne masteroppgaven er å redegjøre for de nye vilkårene for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. Den nye § 163 i konkursloven vil medføre at utgangspunktet i norsk rett endres fra generelt ikke å anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling til generelt å anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling på nærmere vilkår. Den sentrale problemstillingen i masteroppgaven blir derfor: *Hva er innholdet i og betydningen av konkurslovens nye § 163?*

1.3 Metode og rettskilder

³ Andenæs (2010)

⁴ Lov 17.juni nr.55 2016 om endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling)

⁵ I.c.

Oppgaven er i hovedsak en rettsdogmatisk analyse av vilkårene i konkursloven § 163. Med «rettsdogmatisk analyse» mener jeg at jeg benytter alminnelig juridisk metode for å avdekke hva som utgjør gjeldende rett. «Alminnelig juridisk metode» vil si at jeg vektlegger de samme rettskildefaktorene og anvender de samme rettskildeprinsippene som domstolene (først og fremst Høyesterett) gjør for å identifisere innholdet i rettsreglene. I denne oppgaven vil dette innebære å gjennomgå den nye lovteksten i § 163, sammen med de tilhørende rettskildene, for å kartlegge hvordan lovteksten skal forstås og anvendes. I tillegg til en rettsdogmatisk analyse av § 163, vil jeg imidlertid også gjennomgå unntaket fra § 163 i § 170. Jeg vil også foreta ulike rettspolitiske betraktninger underveis i oppgaven.

En rettsdogmatisk analyse av den nye § 163 reiser visse metodiske problemstillinger. Selv om § 163 er vedtatt, har den som nevnt ikke trådt i kraft. Dette innebærer at bestemmelsen for øyeblikket ikke er gjeldende rett i Norge. Oppgaven blir derfor en redegjørelse av hva som kommer til å bli gjeldende rett når bestemmelsen trer i kraft. Jeg anser det derfor som nødvendig for helheten å redegjøre for gjeldende norsk rett for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling per dags dato. Dette blir temaet i punkt 2. En slik redegjørelse er etter min mening nødvendig for i tilstrekkelig grad å kunne sette den nye lovteksten i rettslig kontekst. «Rettslig kontekst» definerer jeg som den betydningen lovendringen har for norsk internasjonal insolvensrett, og forholdet mellom lovendringen og andre rettskilder. Rettslig kontekst gjør det enklere å kartlegge innholdet i bestemmelsene.

For å sette §§ 163 og 170 i rettslig kontekst vil jeg også redegjøre for relevante utenlandske rettsregler for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. Dette gjøres under punkt 3. Som det vil fremgå av den senere redegjørelsen er noen av vilkårene i § 163 særnorske, mens andre vilkår ifølge forarbeidene er ment å samsvare med det som gjelder i utlandet. Enkelte vilkår er ment å samsvare, men med enten et snevrere eller et videre virkeområde. Denne tilnærmingen reiser en rekke rettskildemessige utfordringer som går igjen i forståelsen av flere av vilkårene. Hvilken betydning skal for eksempel den utenlandske rettskilden få for forståelsen av det norske vilkåret? Og videre, dersom den utenlandske ekvivalenten har betydning, er det den utenlandske vilkårsforståelsen på lovens vedtakelsestidspunkt som er avgjørende, eller skal den norske forståelsen følge utviklingen til det utenlandske vilkåret? Nok et spørsmål, er hva som egentlig menes med at vilkåret skal forstås snevrere eller videre enn i utlandet?

Problemstillingene vil gjerne ikke finne sitt klare svar uten at det avsies rettspraksis på området. Før den tid vil problemstillingene måtte finne sitt svar i generelle betraktninger med grunnlag i systemet, uttalte målsetninger i forarbeidene og reelle hensyn.

1.4 Avgrensning

1.4.1 Virkninger av anerkjennelse

Virkningene av anerkjennelse faller utenfor oppgavens problemstilling. Dersom vilkårene i § 163 er oppfylt, og åpningen av den utenlandske insolvensbehandlingen blir anerkjent, oppstår det en rekke virkninger som er fastsatt i de påfølgende bestemmelsene. For å illustrere betydningen av anerkjennelse, blir det kort nevnt visse rettsvirkninger under enkelte punkter, men virkningene blir ikke gjennomgått i detalj i denne oppgaven.

1.4.2 Andre insolvensavgjørelser enn åpning av insolvensbehandling

Etter åpning av insolvensbehandling kan det fattes andre avgjørelser av utenlandsk domstol som det kan bli nødvendig å vurdere om skal anerkjennes. Det kan for eksempel fattes avgjørelse om tvangsakkord, omstøtelse eller avslutning av insolvensbehandling. § 163 regulerer hvorvidt åpning av utenlandsk insolvensbehandling skal anerkjennes.

Masteroppgaven vil derfor ikke gjennomgå vilkår for anerkjennelse av andre avgjørelser.

1.4.3 Insolvensbehandling for fysiske personer

Noen av de internasjonale kildene som gjennomgås i oppgaven regulerer ikke bare internasjonal insolvensbehandling for juridiske personer, men også for fysiske personer. Som det også blir redegjort for senere, tar den norske lovendringen derimot bare sikte på å regulere internasjonal insolvensbehandling for juridiske personer. Vilkår for anerkjennelse av insolvensbehandling for fysiske personer i andre rettskilder, vil derfor ikke redegjøres for.

1.5 Begrepsavklaring

1.5.1 «Insolvensbehandling» som samlebetegnelse

Tradisjonelt i norsk rett brukes begrepet «konkursrett» om rettsreglene for gjeldsforhandling og konkurs. Denne terminologien kan skape forvirring. Som Andenæs påpeker i sin utredning har mange stater helt andre betegnelser for det som svarer til norsk konkurs.⁶ For eksempel kan andre land bruke begrepene «liquidation», «bankruptcy», «winding-up» eller «administration» for ulike typer insolvensbehandlinger som gjerne ikke samsvarer med det vi i Norge tenker på som konkurs eller gjeldsforhandling.

«Insolvensbehandling» eller «insolvensrett» er derimot internasjonalt anerkjente samlebetegnelser for felles gjeldsforfølgning til fordel for skyldnerens kreditorer i fellesskap.⁷ På samme måte som «konkursrett» i Norge brukes både om tilfeller der skyldneren faktisk er konkurs, og om tilfeller der skyldneren nesten er konkurs, omfatter «insolvensbehandling» både tilfeller der skyldneren faktisk er insolvent og tilfeller der skyldneren nesten eller snart er insolvent. Begrepet «insolvensbehandling» er dermed ikke ment bare å omfatte tilfeller der skyldneren er insolvent etter legaldefinisjonen i konkursloven § 61.⁸ Gjeldsforhandling, som bare krever illikviditet, vil for eksempel falle inn under begrepet «insolvensbehandling».

Dette er grunnen til at de nye lovbestemmelsene i hovedsak bruker «insolvensbehandling» i stedet for «konkurs» eller «konkursbehandling». Hensikten er å kunne favne utenlandsk fellesforfølgning, og samtidig skape samsvar mellom de nye norske reglene og eventuelle utenlandske regler. «Insolvensbehandling» brukes derfor konsekvent i denne masteroppgaven.

⁶ Andenæs (2010) s. 9

⁷ I.c.

⁸ I.c.

2 Vilkår for anerkjennelse etter gjeldende norsk rett

2.1 Konkursloven § 161

Konkursloven § 161 gir hjemmel til å inngå avtale med andre stater om grenseoverskridende insolvensbehandling. Av denne fremgår det at «ved overenskomst» med fremmed stat «kan det vedtas» at insolvensbehandling i en av statene skal kunne «hindre» åpning av annen insolvensbehandling og få «bindende» og «direkte» virkning i den andre staten.

Dersom bestemmelsen tolkes antitetisk, skal insolvensbehandlinger i land Norge ikke har «overenskomst» med, ikke anerkjennes. En slik tolkning er utgangspunktet som legges til grunn i norsk rett.⁹ Konsekvensen av dette, er at der overenskomst mangler, kan en utenlandsk skyldners formuesgoder i Norge ikke være del av en utenlandsk insolvensbehandling uten skyldnerens medvirkning. Det utenlandske konkursboets eneste mulighet til å beslaglegge disse formuesgodene, er gjennom en alminnelig enkeltforfølgning på lik linje med andre kreditorer.¹⁰ Samtidig kan den utenlandske skyldneren forføye over sine midler i Norge før slik enkeltforfølgning er gjennomført.

På tross av utgangspunktet om at overenskomst må foreligge, har det vært usikkert om utenlandsk insolvensbehandling kan anerkjennes på annet grunnlag.¹¹ Bestemmelsen ble opprinnelig tilføyd den gamle konkursloven av 1863, i 1933, for å imøtekomme inngåelsen av Norges eneste avtale for grenseoverskridende insolvensbehandling, det vil si den nordiske konkurskonvensjonen. I den sammenheng er det et spørsmål om bestemmelsen avskjærer andre former for anerkjennelse, eller om den kun gir hjemmel til å inngå avtaler om grenseoverskridende insolvensbehandlinger. I bestemmelsens forarbeider fra 1972 ble det ansett «noe tvilsomt» hvilke virkninger en utenlandsk konkursåpning skulle få i Norge.¹² Siden den gang har den internasjonale trenden gått i retning av større grad av aksept for internasjonale insolvensbehandlinger, og spørsmålet har fått større aktualitet.

⁹ Andenæs (2010) s. 16 punkt 3.3.1. og Marthinussen (2014) s. 91

¹⁰ NOU 1972: 20 Om gjeldsforhandling og konkurs s. 244. Heretter referert til som: «NOU (1972)»

¹¹ Andenæs (2010) s. 16-19

¹² NOU (1972) s. 244

2.2 Norsk «underkonkurs»

En usikkerhet innen norsk internasjonal insolvensrett har vært konseptet «underkonkurs», alternativt kalt «hjelpkonkurs» eller «særinsolvensbehandling». Underkonkurs innebærer at det i Norge begjæres en egen territorielt begrenset insolvensbehandling, som er underlagt den utenlandske.¹³ Den utenlandske insolvensbehandlingen oppnår fortsatt ikke fullstendig anerkjennelse gjennom en slik løsning,¹⁴ men får visse virkninger.

Porsgrunn tingrett aksepterte i 1884 en slik løsning. En skyldner med bopel i England ble tatt under insolvensbehandling der. Samtidig hadde han formuesgoder i Norge. Tingretten aksepterte å inkludere de norske midlene i den engelske insolvensbehandlingen, etter at de fordringer som hadde prioritet etter norsk rett var dekket. Saken gikk videre til Høyesterett i Rt. 1887 s. 465. Tingrettens avgjørelse om å inkludere de norske midlene i den engelske insolvensbehandlingen ble ikke bestridt av partene eller drøftet av Høyesterett, men lagt til grunn. Underkonkurs kan dermed synes akseptert i norsk rett. Likevel, når spørsmålet ikke ble drøftet konkret, har det begrenset prejudikatsverdi, ettersom synspunktet mangler begrunnelse i domspremissene. I tillegg er dommen gammel og basert på eldre regelverk. I forarbeidene til konkursloven av 1984 påpekes det at

«anerkjennelse av adgangen til å åpne slik underkonkurs reiser mange spørsmål som det er vanskelig å finne løsning på uten positive regler. Man må etter dette legge til grunn at en utenlandsk konkurs ikke uten videre får slik virkning for skyldnerens eiendeler i Norge, men at dette i tilfelle må avtales med hjemmel i kkl. § 137 (dagens § 161, min anm.)».¹⁵

Det ser derfor ut til at da § 161 ble laget, var underkonkurs ikke ansett som en del av norsk internasjonal insolvensrett.

Et sentralt poeng er imidlertid, slik også Andenæs påpeker, at konkursloven av 1984 ikke endret ordlyden fra § 137 i konkursloven av 1863. Dette trekker i retning av at uttalelsen i forarbeidene er å anse som etterarbeid med mindre rettskildemessig vekt.¹⁶ Det har derfor

¹³ Andenæs (2010) s. 18

¹⁴ Marthinussen (2014) s. 98 3. avsnitt

¹⁵ NOU (1972) s. 243-244

¹⁶ Andenæs (2010) s. 18-19

også etter ikrafttreddelsen av konkursloven av 1984 vært omtvistet hvorvidt det er adgang til å åpne underkonkurs på grunnlag av ulovfestet rett.¹⁷

2.3 Anerkjennelse som representant for kreditorfellesskapet etter reglene om enkeltforfølging

En annen innfallsvinkel diskutert i teorien er om utenlandsk insolvensbehandling kan oppnå generell anerkjennelse gjennom reglene for enkeltforfølging.¹⁸ Forarbeidene til konkursloven av 1984 kan se ut til å åpne for en slik mulighet:

«Bortsett fra de tilfelle som dekkes av overenskomst vil i så fall et utenlandsk konkursbo måtte opptre som enkeltforfølgende kreditor for å gjøre sine rettigheter i skyldnerens eiendeler i Norge gjeldende. Det bør i så fall så raskt som mulig søke å beslaglegge skyldnerens eiendeler ved arrest og deretter anlegge søksmål for å få tvangsgrunnlag. Det utenlandske konkursbo antas å måtte anerkjennes som representant for kreditorfellesskapet ved søksmål for norske domstoler. [...] Utvalget har etter dette blitt stående ved at man i utkastet bør begrense seg til å gi hjemmel til å inngå overenskomster.»¹⁹

Denne uttalelsen tas til inntekt for at for eksempel et utenlandsk konkursbo ved dom kan få et generelt virkende tvangsgrunnlag for alle formuesgodene i Norge. Det utenlandske konkursboet vil da slippe å måtte forfølge hvert enkelt formuesgode.

Reglene for enkeltforfølging er derimot ikke utformet for en slik løsning. Forarbeidene gir heller ikke noen informasjon om hvordan reglene om enkeltforfølging skal kunne anvendes på en slik måte. Det anses derfor tvilsomt av Andenæs at reglene for enkeltforfølging kan føre til generell anerkjennelse.²⁰

2.4 Endelig avklaring i Rt. 2013 s. 556?

Det har kun blitt avsagt en kjennelse i Høyesterett som direkte angår anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. Saken gjaldt hvorvidt insolvensbehandlingen til et spansk skipsverft skulle anerkjennes i Norge. Et engelsk selskap, Arrow Seismic Invest II Limited,

¹⁷ I.c.

¹⁸ Andenæs (2010) s. 17-18 punkt 3.3.2.

¹⁹ NOU (1972) s. 244

²⁰ Andenæs (2010) s. 17-18

fikk et pengekrav ved voldgiftsdom på 39 658 000 euro mot det spanske skipsverftet Factorias Vulcano AS, etter at en skipsbyggerkontrakt ble kansellert. Til dekning for sitt krav fikk Arrow, etter beslutning av namsmannen i Bergen, utlegg i Vulcanos fordringer mot et selskap i Bergen oppad begrenset til 10 338 000 euro. Vulcano ble senere tatt under insolvensbehandling i Spania. Det spanske konkursboet henvendte seg til Bergen tingrett med ønske om å bli anerkjent i Norge, og få utlegget omstøtt.

Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om åpningen av den spanske insolvensbehandlingen skulle få hindringsvirkning i Norge.²¹ Med «hindringsvirkning» menes det at innledning av enkeltforfølgning eller ny fellesforfølgning avskjæres. Slik virkning må foreligge for at omstøtelse skal kunne bli aktuelt. Høyesterett svarte på spørsmålet ved å drøfte hvorvidt norsk internasjonal insolvensrett åpnet for anerkjennelse.²² Muligheten for underkonkurs ble også drøftet, men ikke tatt endelig stilling til.²³

Høyesterett kom til at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter i rettskildene til å anerkjenne insolvensbehandlingen. Utfordringene med grenseoverskridende insolvens er internasjonalt forsøkt løst gjennom bi- eller multilaterale avtaler. Konkursloven § 161, tidligere § 137, er den norske hjemmelen for å inngå slike avtaler.²⁴ I teorien ble det hevdet, før § 137 ble vedtatt i 1932, at utenlandske insolvensbehandlinger ikke uten videre fikk virkninger i Norge.²⁵ Denne oppfatningen ble videreført i forarbeidene til konkursloven av 1984. Å skulle fravike denne oppfatningen, og da anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling, ville ifølge Høyesterett reise «en rekke uavklarte spørsmål som det ikke uten videre er enkelt å ta stilling til».²⁶

Det utenlandske konkursboet kan anerkjennes som representant for kreditorfellesskapet ved enkeltforfølgning.²⁷ Dette medfører imidlertid bare at boet kan få prosessuelle rettigheter for norske domstoler ved enkeltforfølgning, ikke generell anerkjennelse.²⁸ Generell anerkjennelse kan dermed ikke oppnås gjennom reglene for enkeltforfølgning.

²¹ Rt. 2013 s. 556 A avsnitt 44

²² Ibid. avsnitt 46-66

²³ Ibid. avsnitt 59

²⁴ Ibid. avsnitt 50

²⁵ Ibid. avsnitt 51

²⁶ Ibid. avsnitt 61

²⁷ Ibid. avsnitt 55 andre setning

²⁸ Ibid. avsnitt 55 femte setning

Hva angår underkonkurs konkluderte Høyesterett i Rt. 2013 s. 556 med at dette er «omtvistet».²⁹ Denne usikkerheten står seg derfor fortsatt i det som er gjeldende rett i Norge. Usikkerheten vil derimot trolig ikke være relevant mye lenger. Den nye loven vil regulere både generell anerkjennelse i ny § 163, som er hovedfokuset for denne oppgaven, og norsk underkonkurs, «særinsolvensbehandling», i ny § 161 annet og tredje ledd.

²⁹ Ibid. avsnitt 59

3 Anerkjennelse i internasjonal insolvensrett

3.1 Nordisk konkurskonvensjon

Den nordiske konkurskonvensjonen er Norges eneste avtale med andre land om grenseoverskridende insolvensbehandling. Konvensjonen har senere blitt revidert den 11. oktober 1982, en revisjon som ble ratifisert av Norge 10.januar 1986.³⁰ Konvensjonen omfatter konkurs og forhandling om tvangsakkord.

Konvensjonen regulerer ikke anerkjennelse direkte gjennom en konkret bestemmelse. Det fastslås derimot i art. 1 at konkurs åpnet i en av de kontraherende stater³¹ også skal «omfatte skyldnerens formue i de andre stater».³² Åpningsavgjørelsen kan ikke overprøves av de andre statene, og får bindende og automatisk virkning.³³ Anerkjennelse av insolvensbehandlingsåpning forutsettes dermed av konvensjonen.

Det avgjørende for anerkjennelse i en aktuell sak er derfor om konvensjonen kommer til anvendelse. For at konvensjonen skal komme til anvendelse, må konkursen åpnes i en avtalestat hvor også skyldneren har bopel, jf. konvensjonens art. 13. For en juridisk person må insolvensbehandlingen åpnes der den juridiske personen har sete. Konvensjonens art. 13 oppstiller en opplysningsplikt for tilfeller der det åpnes insolvensbehandling i en stat skyldner ikke har bopel eller sete. Det er opp til hver enkelt konvensjonsstats domstol å avgjøre om skyldner har bopel eller sete i staten når insolvensbehandling åpnes. Konvensjonsstatene kan i denne sammenheng anvende sine egne regler om konkursverneting.³⁴ Dersom en part har innsigelser mot behandlingsåpningen, må det rettes mot domstolen som fattet avgjørelsen.

I Norges tilfelle er det konkursloven § 146 som avgjør hvor insolvensbehandling kan åpnes. Etter denne hører behandlingen under den tingretten i den rettskretsen skyldneren har sitt «hovedforretningssted», dersom skyldnerens virksomhet er registrert i Foretaksregisteret.

³⁰ Prop.88 L (2015-2016) Endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling) s.12 punkt 4.1. Heretter referert til som: «Forarbeid (2016)»

³¹ Andenæs (2010) s. 26

³² Lov 7.november 1933 om konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs art. 1. Heretter referert til som: «NKK»

³³ Andenæs (2010) s. 26

³⁴ Ibid. s. 21 første avsnitt

Ellers hører behandlingen under tingretten i den rettskretsen hvor skyldneren har sitt alminnelige verneting. Insolvensbehandling korrekt åpnet i Norge vil derfor alltid oppfylle konvensjonens art. 13.³⁵ Konvensjonen kommer derfor alltid til anvendelse for norsk konkursåpning. Konkurs åpnet i Norge vil derfor i utgangspunktet bli automatisk anerkjent i de andre konvensjonsstatene, forutsatt at øvrige vilkår er oppfylt.

Dette er ikke alltid tilfelle ved for eksempel en svensk konkursåpning. Konkurs som bare omfatter skyldnerens eiendom i Sverige, kan på visse vilkår åpnes i Sverige uten at skyldner har bopel der.³⁶ I så fall må den svenske konkursbeslutningen, ifølge konvensjonens art. 13, opplyse at skyldneren ikke har bopel i Sverige. Konvensjonen kommer i et slikt tilfelle ikke til anvendelse, og den svenske konkursåpningen vil ikke bli anerkjent i de andre konvensjonsstatene.

Karakteristisk for konkurskonvensjonen er at den har en langt enklere utforming enn de andre internasjonale rettskildene som gjennomgås i denne masteroppgaven. Konvensjonen består av bare 17 artikler. Til sammenligning har EUs konkursforordning 90 artikler. Konvensjonen mangler for eksempel uttrykkelige mekanismer for konfliktløsning på tvers av landegrenser. Likevel regnes konvensjonen som en suksess.³⁷ Grunnet for suksessen er trolig den ensartede nordiske rettstradisjonen og tett nordisk lovsamarbeid på konkursrettens område.³⁸

De andre internasjonale rettskildene har en større utfordring enn den nordiske konkurskonvensjonen. De skal fungere på tvers av flere ulike rettstradisjoner og rettssystemer. De nye norske reglene får en utfordring som er lik de andre internasjonale rettskildene. Ambisjonen bak de nye norske reglene er å favne insolvensbehandlinger i flere ulike stater.³⁹

3.2 UNCITRALs modellov

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) vedtok i 1997 en modellov for grenseoverskridende insolvensbehandling. Denne ble anbefalt av FNs generalforsamling det samme året. Modelloven er en lovtekst ment å tjene som mønster for de

³⁵ Ibid. s. 21 andre avsnitt

³⁶ Ibid. s. 21 tredje avsnitt

³⁷ Marthinussen (2014) s. 42 første avsnitt

³⁸ I.c.

³⁹ Forarbeid (2016) s. 8 punkt 2.1.1

enkelte stater nasjonale lovgivning.⁴⁰ Det er foreløpig 46 stater som har basert sin nasjonale lovgivning på modelloven.⁴¹ Blant dem er Storbritannia, som inntil nylig var medlem av EU, samt Hellas og Polen som er medlem av EU. Disse landene har et regelsett med grunnlag i EUs konkursforordning for grenseoverskridende insolvens innad i EU, og et annet for grenseoverskridende insolvensbehandling med andre land.

Modelloven inneholder regler om anerkjennelse og koordinering av insolvensbehandling. Hvorvidt utenlandsk insolvensbehandling skal anerkjennes, er fastsatt i kapittel 3 i modelloven. En forutsetning for anerkjennelse er at det fremsettes en begjæring i tråd med art. 15 til kompetent domstol i den stat det ønskes anerkjennelse.⁴² Slik begjæring kan for eksempel komme fra et utenlandsk konkursbo. Det kreves dermed en formell beslutning om anerkjennelse på grunnlag av søknad etter modellovens regler. Modellovens system for anerkjennelse er på denne måten helt ulik systemet i nordisk konkurskonvensjon, som forutsetter automatisk anerkjennelse.

Vilkårene for aksept av en slik begjæring fremgår av art. 17 nr. 1. En fremmed insolvensbehandling skal bli anerkjent dersom den fremmede behandlingen er en insolvensbehandling, den fremmede representanten som begjærer anerkjennelse er borepresentant, begjæringen er i tråd med art. 15 og begjæringen er rettet til kompetent domstol.⁴³

Utgangspunktet er at dersom vilkårene er oppfylt skal søknaden aksepteres og insolvensbehandlingen anerkjennes jf. «shall» i art. 17 nr. 1. Unntak fremgår imidlertid av art. 6. Domstolen kan nekte anerkjennelse dersom anerkjennelse er «manifestly contrary to the public policy of this state». For eksempel kan den utenlandske insolvensbehandlingen forskjellsbehandle utenlandske kreditorer og kreditorer i anerkjennelsesstaten.⁴⁴ Unntaket er et «ordre public»-forbehold. «Ordre public»-forbehold vil gjennomgå under punkt 5 i denne oppgaven.

Ved siden av disse vilkårene opererer modelloven med et sentralt skille for anerkjennelse, som fremgår av art. 17 nr. 2. Den utenlandske insolvensbehandlingen kan anerkjennes som

⁴⁰ Andenæs (2010) s. 59

⁴¹ https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status

⁴² UNCITRAL Law on Cross border Insolvency s.7. Heretter referert til som: «UNCITRAL»

⁴³ Andenæs (2010) s.62

⁴⁴ Ibid. s.62 tredje siste avsnitt

enten en «main proceeding», det vil si hovedinsolvensbehandling, eller som en «non-main proceeding», det vil si særinsolvensbehandling. Dette skillet er sentralt fordi automatiske virkninger av anerkjennelse, som for eksempel avskjæring av enkeltforfølgning i art. 20, bare gjelder for anerkjent hovedinsolvensbehandling.

Skillet mellom hovedinsolvensbehandling og særinsolvensbehandling fremgår av definisjonene i art. 2 (b), og (c) og (f). Det avgjørende er hvor debitor har sitt «centre of main interest» i art. 2 (b). For å avhjelpe tolkningen av dette vilkåret oppstiller modelloven en presumsjon i art. 16 nr. 3. Debtors hovedinteresser presumeres å være ved «debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual».

«Guide to enactment and interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-border insolvency», som ble utgitt av UNCITRAL sammen med loven, gir ytterligere veiledning.⁴⁵ Presumsjonen er ment å samsvare med tilsvarende presumsjon i EUs konkursforordning av 2000, som på tidspunktet for modellovens vedtakelse ikke var vedtatt enda. Hvordan «centre of main interest» tolkes i EU kan derfor få betydning for hvordan vilkåret tolkes i modelloven.

Det er likevel en ulikhet i at presumsjonen i modelloven er ment å tjene et annet formål enn presumsjonen i konkursforordningen.⁴⁶ I konkursforordningen skal presumsjonen gi veiledning i jurisdiksjonsspørsmålet, nærmere bestemt hvor det er riktig å åpne hovedinsolvensbehandling. I modelloven er formålet derimot å veilede hvilken anerkjennelse insolvensbehandlingen skal få. Forskjellen gjør at vurderingen av vilkåret i EU alltid vil knytte seg til det tidspunktet insolvensbehandlingen ønskes åpnet, mens vurderingen av vilkåret i modelloven skjer etter at insolvensbehandlingen er åpnet i en annen stat. Domstolen i en modellovstat må gjøre en vurdering av om debtors hovedinteresser var i den staten som åpnet insolvensbehandling på tidspunktet for åpning. En søknad om anerkjennelse fremsettes gjerne flere år etter åpning, og vurderingen kan da bli mer utfordrende bevismessig.

3.3 EUs konkursforordning

EUs konkursforordning ble vedtatt i år 2000 og fornyet i 2015. Forordningen av 2015 får anvendelse for alle insolvensbehandlinger åpnet etter 26.juni 2017. Den regulerer

⁴⁵ UNCITRAL s.69-72

⁴⁶ Ibid. s.69 avsnitt 141

jurisdiksjon, anerkjennelse av andre staters insolvensbehandlinger, lovvalg og koordinering av insolvensbehandlinger. Forordningen av 2000 er den som gjennomgås i utredningen til Andenæs,⁴⁷ mens forordningen av 2015 er den som legges til grunn i proposisjonen som danner grunnlaget for den norske lovendringen.⁴⁸ Forordningen av 2015 er den som legges til grunn i denne masteroppgaven.

Anerkjennelse reguleres i art. 19 i forordningen.⁴⁹ Av art. 19 nr. 1 fremgår det at

«Any judgement opening insolvency proceedings handed down by the court of a Member State which has jurisdiction pursuant to Article 3 shall be recognized in all other Member States from the moment that it becomes effective in the State of the opening».

Anerkjennelse er med andre ord direkte knyttet til jurisdiksjonsspørsmålet. Har domstolen jurisdiksjon når avgjørelsen fattes, skal åpningen anerkjennes i de andre medlemsstatene.

Her skiller konkursforordningen seg fra modelloven, og er mer lik den nordiske konkurskonvensjonen. Det kreves ikke en formell beslutning om anerkjennelse.

Anerkjennelse skjer automatisk. Anerkjennelse skal også skje selv om det etter reglene i anerkjennelsesstaten ikke er grunnlag for å åpne insolvensbehandling jf. art. 19 nr. 1 annet ledd. Anerkjennelsesstaten kan kontrollere om vilkårene er oppfylt, men kan ikke overprøve avgjørelsen selv jf. forordningens fortale punkt 65. Fordelen med slik automatisk anerkjennelse er at formuesgoder ikke kan unndras eller flyttes i tiden mellom åpning og anerkjennelse. Nedsiden er at medlemsstater har mindre kontroll selv.

Unntaket fra automatisk anerkjennelse, som medlemsstatene kan avgjøre selv, fremgår av art. 33. I likhet med modelloven oppstiller forordningen et «ordre public»-forbehold. Her fastslår forordningen at enhver medlemsstat kan nekte å anerkjenne insolvensbehandlingen åpnet i en annen medlemsstat der effekten av slik anerkjennelse vil være «manifestly contrary to that State's public policy, in particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual». Å anerkjenne den utenlandske insolvensbehandlingen kan for eksempel få en effekt som er i strid med den private eiendomsrett i anerkjennelsesstatens

⁴⁷ Andenæs (2010) s. 30

⁴⁸ Forarbeid (2016) s. 12-13

⁴⁹ Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings kap. II

grunnlov. Bestemmelsen er ment å fungere som en sikkerhetsventil, og har høy terskel for anvendelse.⁵⁰

⁵⁰ Andenæs (2010) s. 47 punkt 5.4.3.

4 Nye norske vilkår for anerkjennelse

4.1 Generelt om § 163

Den nye § 163 i konkursloven endrer utgangspunktet for norsk retts tilnærming til utenlandske insolvensbehandlinger. Der man før ikke anerkjente utenlandske insolvensbehandlinger, skal utenlandske insolvensbehandlinger etter § 163 i utgangspunktet få automatisk og umiddelbar virkning for eiendeler som tilhører skyldneren og som befinner seg i Norge.⁵¹

Begrepet «anerkjennelse» brukes ikke i bestemmelsen. Dette er et bevisst valg da det ikke ble ansett nødvendig.⁵² Det er tilstrekkelig å påpeke at en åpningsavgjørelse som tilfredsstillende vilkårene «har slik virkning». I forlengelse av dette innebærer ordlyden «har slik virkning» i første setning at dersom vilkårene er oppfylt, skal den utenlandske insolvensbehandlingen anerkjennes automatisk. Insolvensbehandlingen får umiddelbar virkning for skyldnerens formuesgoder i Norge.⁵³ Den nye norske lovgivningen er dermed ulik modelloven, og likere EUs konkursforordning. Det kreves ikke en formell avgjørelse om anerkjennelse foretatt av domstolene. Forarbeidene viser at dette også er hensikten. Bestemmelsen er ment å «langt på vei» svare innholdsmessig til forordningen art. 19 nr. 1 jf. art. 1.⁵⁴

En avgjørende forskjell fra forordningen ligger i adgangen til å overprøve anerkjennelsen. Domstolene i EUs medlemsstater kan ikke, på grunn av prinsippet om «mutual trust» i foralepunkt 65 i forordningen, overprøve en annen domstols vurdering av jurisdiksjonsspørsmålet. Dette er sentralt, da anerkjennelse av insolvensbehandling i EU som nevnt er direkte knyttet til domstoljurisdiksjon. Anser en domstol i EU seg kompetent til å åpne hovedinsolvensbehandling, må åpning normalt anerkjennes i alle andre stater. Forarbeidene til § 163 er her klare på at norske domstoler skal kunne overprøve utenlandske domstolers jurisdiksjonsavgjørelser.⁵⁵

Mindre klart er hvorvidt domstolene er ment å skulle overprøve de andre vilkårene i bestemmelsen. Proposisjonen som angår § 163 er foruten jurisdiksjonsspørsmålet taus

⁵¹ Forarbeid (2016) s. 59 9.avsnitt

⁵² Ibid. s. 59

⁵³ Ibid. s. 59 9.avsnitt

⁵⁴ I.c.

⁵⁵ Ibid. s. 60 2.avsnitt

angående prøving. Det er lagt til grunn at åpning skal ha automatisk virkning uten domstolsavgjørelse. Vilkårene må legges til grunn når utenlandsk insolvensforvalter, i tråd med ny § 172, må melde konkursen direkte til Brønnøysundregisteret.⁵⁶ Et spørsmål er i hvilken grad norske kreditorer skal kunne gå til sak med påstand om at andre vilkår enn jurisdiksjon ikke er oppfylt.

§ 163 er ment å tilsvare § 174 i utredningen til Andenæs.⁵⁷ I utredningen fremgår det at utkastet, i likhet med forordningen, ikke inneholder en bestemt prosedyre for overprøving.⁵⁸ Andenæs tar her til ordet for at tingretten bør overprøve vilkårene både ved registrering av insolvensbehandlingen, og der spørsmålet om anerkjennelse reises for norske domstoler av tredjeparter. Forhåndskontroll ved registrering ble avvist av departementet.⁵⁹ Registrering skal gjøres direkte til Brønnøysundregisteret. Departementet har vært taus om den andre formen for prøving som tas opp av Andenæs. Det må dermed antas at de slutter seg til betraktningene til Andenæs, og at det derfor er meningen at norske domstoler skal kunne overprøve alle vilkårene i § 163.

Rent rettspolitisk kan det stilles spørsmål ved hvor hensiktsmessig det er med mulighet for full overprøving av anerkjennelsen. Da særlig i sammenheng med jurisdiksjonsspørsmålet. Det er et grunnleggende prinsipp innenfor EUs indre marked at ingen stater skal kunne «kirsebærplukke» goder og byrder. Det vil kunne være usikkert hvorvidt Norges løsning vil aksepteres av EU-land, siden Norge da vil ha et system som er likt deres, men med visse fordeler. Anerkjennelse av insolvensbehandlingen i alle stater der skyldneren har eiendeler, må foreligge for best mulig å sikre likebehandling av alle kreditorer. Danmark har for eksempel som eneste land i EU valgt ikke å være del av forordningen, uten å få forhandlet frem et alternativ. Det vil etter min mening være litt naivt å tro at vi skal få til noe bedre med EU enn det Danmark har oppnådd. På den annen side er det nødvendig at Norge i større grad kan ivareta sine interesser når Norge ikke er del av en gjensidig bebyrdende løsning.

4.2 Inngangsvilkårene om åpningsavgjørelse og samlede formue

⁵⁶ Ibid. s. 23 siste avsnitt og s. 76 siste avsnitt

⁵⁷ Ibid. s. 59 9. avsnitt siste setning

⁵⁸ Andenæs (2010) s. 87

⁵⁹ Forarbeid (2016) s. 76 siste avsnitt

Det er anerkjennelse av «åpning» av utenlandsk insolvensbehandling som reguleres av bestemmelsen. Andre insolvensavgjørelser, for eksempel tvangsakkord og avslutning av bobehandling, faller utenfor. Tilnærmingen til andre insolvensavgjørelser bestemmes av de påfølgende bestemmelsene som fastsetter nærmere hvilke virkninger den generelle anerkjennelsen skal ha.

Når bestemmelsen oppstiller et krav om «skyldnerens samlede formue» er det i realiteten to ting som kreves. For det første har det til hensikt å avskjære anerkjennelse av utenlandsk særinsolvensbehandling.⁶⁰ Det må være en utenlandsk hovedinsolvensbehandling. For det andre oppstiller det et krav om at den utenlandske insolvensbehandlingen, etter sin egen stats nasjonale lovverk, gjør krav på hele skyldnerens formue uavhengig av om deler av den befinner seg i utlandet.⁶¹ Det kan for eksempel tenkes at den nasjonale lovgivningen åpner for at den bestemte insolvensbehandlingstypen bare omfatter en del av skyldnerens formue. Den typen insolvensbehandling vil falle utenfor, da det ikke er klart hvorvidt den omfatter hele skyldnerens formue.

4.3 Vilkåret om at insolvensbehandlingen må være åpnet der skyldneren har sine hovedinteresser

§ 163 bokstav a krever at insolvensbehandlingen åpnes der skyldneren har sine «hovedinteresser». Vilkåret må sees i sammenheng med ny § 161 første ledd, som regulerer internasjonal domstoljurisdiksjon. § 161 fastslår at gjeldsforhandling eller konkurs som omfatter skyldnerens samlede formue, bare kan åpnes i Norge hvis skyldneren har sine «hovedinteresser» her. Vurderingen av «hovedinteresser» i de to bestemmelsene, knytter seg ikke nødvendigvis til samme land. I § 161 er spørsmålet om hovedinteressene til skyldneren er i Norge, mens det i § 163 er avgjørende om hovedinteressene er i åpningslandet. Selve begrepet «hovedinteresser» må likevel som utgangspunkt tolkes likt begge steder.

Rent språklig er «hovedinteresser» tvetydig. Det kan tolkes i retning av å være der skyldneren har sitt registrerte hovedsete med kontorer. På den annen side kan det tolkes i retning av å være der skyldneren har mesteparten av sine formuesgoder eller aktiviteter. Det kan for

⁶⁰ Ibid. s. 59 5. avsnitt

⁶¹ Ibid. s. 59 6. avsnitt

eksempel være et selskap med kontorer i Tyskland som får 60 % av sin inntekt fra salg fra lager i Norge. «Hovedinteresser» gir i et slikt tilfelle liten selvstendig veiledning.

«Hovedinteresser» i § 161 er inntatt etter mønster fra EUs konkursforordning art. 3 nr. 1 og UNCITRALs modellov. Begrepet svarer til «centre of debtor's main interests» i disse bestemmelsene.⁶² Forståelsen i begge vil i utgangspunktet være veiledende.⁶³ Et spørsmål i denne sammenheng er hvilken av de to internasjonale kildene som skal tillegges mest vekt ved tolkningen av «hovedinteresser». Som tidligere nevnt kan forståelsen av begrepet i UNCITRALs modellov følge forståelsen av forordningen av 2000. Da burde det i prinsippet ikke foreligge et særlig spenningsforhold mellom rettskildene. Forarbeidene til § 161 påpeker likevel at etter revisjonen av forordningen i 2015 «er det antakelig ikke full overensstemmelse mellom disse regelverkene» uten nærmere forklaring av hva som menes med dette.⁶⁴ Forordningen av 2015 skiller seg fra forordningen av 2000 ved at den oppstiller flere veiledende presumsjoner i art. 3, men disse presumsjonene skaper ikke ny rett. Presumsjonene er inntakelse av EU-domstolens senere tolkning av art. 3 nr. 1 i forordningen av 2000.⁶⁵

I forarbeidene argumenteres det for at forståelsen av «centre of debtor's main interest» i EU-retten, er det som må legges mest vekt på ved tolkningen av «hovedinteresser».⁶⁶ EU er Norges nærmeste samarbeidspartner, og en slik innfallsvinkel er slik sett naturlig. I teorien burde en slik innfallsvinkel også være enklere. Forståelsen i EU vil være mer enhetlig fordi forståelsen fastsettes av ett organ, det vil si EU-domstolen. Modelloven kan derimot implementeres med mindre variasjoner i de ulike landene.

Rent praktisk kan det stille seg annerledes for § 163. Innad i EU gjøres vurderingen av «centre of debtor's main interests» alltid før insolvensbehandlingen skal åpnes, og den eventuelle avgjørelse kan ikke overprøves av andre enn EU-domstolen. Vurderingen vil også skje før åpning i Norge etter § 161, men for Norge skal jurisdiksjonsavgjørelsen i utlandet som nevnt kunne overprøves etter § 163. Når det norske vilkåret «hovedinteresser» da skal anvendes for § 163, vil det alltid være på et tidspunkt etter at åpningsavgjørelsen er tatt i et annet land. Vurderingssituasjonen vil da i praksis trolig være likere den som oppstår i stater som baserer seg på modelloven.

⁶² Ibid. s. 54-55 og s. 29-30 punkt 6.6

⁶³ Ibid. s.54 siste avsnitt

⁶⁴ Ibid. s. 55 1.avsnitt

⁶⁵ Bork og Mangano (2016) s. 84 punkt 3.16

⁶⁶ Forarbeid (2016) s. 55

EUs konkursforordning og UNCITRALs modellov tolkes imidlertid langt på vei på samme måte. Det er da vanskelig å se en teoretisk situasjon der det skal oppstå et spenningsforhold, slik at rettsanvendere blir nødt til å velge mellom den tolkningen modelloven peker i retning av og den tolkningen konkursforordningen peker i retning av. Det skal likevel ikke utelukkes at en slik problemstilling kan oppstå. En vil da trolig måtte vurdere om forarbeidenes tilnærming til EU-rettens forståelse er det mest hensiktsmessige også for § 163.

Spørsmålet videre er hva EU-retten faktisk legger i «centre of debtor's main interests». EUs konkursforordning art. 3 nr. 1 annet punktum fastslår at

«the centre of the debtor's main interests shall be the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis and which is ascertainable by third parties».

Det er dermed i hovedsak det landet der skyldneren har sin sentraladministrasjon som skal legges til grunn. Vilkåret skal forstås likt i alle medlemsstater.⁶⁷ Medlemsstatene har ikke adgang til å gi begrepet et eget innhold. Det ligger til EU-domstolen alene å angi det nærmere innholdet. Ved avgjørelsen av hvor en juridisk persons hovedinteresser ligger, skal det normalt legges til grunn en presumsjon etter art. 3 nr. 1 annet ledd om at hovedinteressene foreligger der virksomheten har sitt «registered office». § 161 første ledd annet punktum oppstiller en tilsvarende presumsjon som ifølge forarbeidene er ment å innholdsmessig stemme overens med art. 3 nr. 1 annet ledd.⁶⁸ Selv om det ikke fremgår eksplisitt, må det antas at presumsjonen også gjelder for «hovedinteresser» i § 163.

Et spørsmål er hva som skal til for å fravike presumsjonen. I Eurofood-saken, C-341/04, var et av spørsmålene om hovedinteressene til et irsk selskap registrert i Irland. Selskapet var heleid og styrt av et italiensk selskap registrert i Italia. Spørsmålet i saken var om selskapet hadde hovedinteressene i Irland eller Italia. Saken illustrerer hvordan jurisdiksjonsspørsmålet, og i forlengelse anerkjennelsesspørsmålet, løses gjennom tolkning av «centre of debtor's main interests».

Søknad om å ta det italienske selskapet Parmalat under insolvensbehandling i Italia ble levert 24. desember 2003 og insolvensbehandling ble åpnet i Italia.⁶⁹ Den 10. februar 2004 ble det levert søknad i Italia om å erklære det irske selskapet Eurofood insolvent og inntatt i

⁶⁷ Ibid. s.25 punkt 6.2.1

⁶⁸ Ibid. s. 55 tredje avsnitt

⁶⁹ Case C-341/04, Eurofood IFSC, ECLI:EU:C:2006:281 avsnitt 18. Heretter referert til som: «Eurofood»

insolvensbehandlingen til det italienske selskapet.⁷⁰ I mellomtiden, 27. januar 2004, hadde Bank of America søkt i Irland om å erklære Eurofood insolvent og åpne insolvensbehandling.⁷¹ Bank of Americas søknad hadde blitt innvilget samme dag.

Dersom hovedinteressene til Eurofood ble ansett å være i Irland, ville den irske insolvensbehandlingen bli anerkjent som en hovedinsolvensbehandling jf. art. 19 nr. 1, jf. art. 3 nr. 1. Hvis hovedinteressene ikke ble ansett å være i Irland, ville insolvensbehandlingen kun bli anerkjent som en territoriell insolvensbehandling uten internasjonale virkninger jf. art. 19 nr. 2 jf. art. 3 nr. 2.

EU-domstolen vektla at forordningens system tilsier at hver debitor som utgjør en «distinct legal entity» skal være underlagt domstolene i sitt eget land.⁷² Videre er vilkåret basert på kriterier som er objektive og påviselig for tredjeparter.⁷³ I dette legger domstolen at det må foreligge objektive, påviselige faktorer som etablerer den faktiske situasjonen som annerledes enn det registreringen tilsier. Typetilfellet er «postkodeselskap», som ikke har noen aktivitet i staten det er registrert i.⁷⁴

Anvendt på denne saken argumenterte EU-domstolen med at dersom underselskapet operer i det landet det er registrert i, er det ikke tilstrekkelig at et moderselskap i et annet land kontrollerer eller kan kontrollere de økonomiske valgene til underselskapet. Hovedinteressene lå derfor i Irland, og insolvensbehandlingen av Eurofoods måtte bli anerkjent som en hovedinsolvensbehandling i andre medlemsstater.⁷⁵ Insolvensbehandlingen av Eurofood åpnet i Italia 19. februar var dermed ugyldig og kunne ikke anerkjennes.

Dommen anvender den gamle konkursforordningen av 2000, men er likevel ansett som gjeldende rett, ettersom vilkåret «centre of debtor's main interests» er det samme.

Ut fra EU-retten skal det dermed flere konkrete omstendigheter til for å kunne fravike presumsjonen. Omstendigheten må også være synlig for tredjeparter. På grunnlag av den uttalte målsetningen om å samsvare med EU-retten, må det legges til grunn at en tilsvarende

⁷⁰ Ibid. avsnitt 22

⁷¹ Ibid. avsnitt 19

⁷² Ibid. avsnitt 30

⁷³ Ibid. avsnitt 33

⁷⁴ Ibid. avsnitt 35

⁷⁵ Ibid. avsnitt 37

høy terskel for fravikelse gjelder for den tilsvarende presumsjonen i norsk internasjonal insolvensrett.

Et annet spørsmål er i hvilken grad den norske forståelsen av «hovedinteresser» skal følge den videre utviklingen til forståelsen av «centre of debtor's main interests» i EU. Hypotetisk sett kan forståelsen innad i EU endre seg i en retning som ikke er helt forenlig med den forståelsen norsk lovgiver hadde av «hovedinteresse» da konkursloven § 163 ble vedtatt.

Som tidligere nevnt er en målsetting med de nye bestemmelsene å skape samsvar mellom norsk internasjonal insolvensrett og utenlandsk internasjonal insolvensrett. Utenlandske insolvensbehandlinger skal bli anerkjent i Norge, slik at norske insolvensbehandlinger blir anerkjent i utlandet. En forutsetning for å oppnå denne målsettingen bør være å legge til grunn en dynamisk tolkning som i stor grad skal følge utviklingen i andre land. Forarbeidene ser også ut til å legge en dynamisk tolkning som skal følge utviklingen til grunn. Av disse fremgår det at «det vil nok være grunn til å legge mest vekt på EU-retten, ettersom denne stadig vil utvikles i regi av EU-domstolen og EU-statene er blant Norges nærmeste samarbeidspartnere».⁷⁶ Det ser derfor ut til at den norske forståelsen av «hovedinteresser» er ment å følge forståelsen av «centre of main debtor's interests» i EU.

4.4 Vilkåret om fellesforfølgning i bokstav b

Ordlyden «kollektiv» i § 163 bokstav b gir uttrykk for at insolvensbehandlingen må omfatte samtlige av skyldnerens kreditorer. En slik forståelse gir også forarbeidene uttrykk for.⁷⁷

Mindre klart er det i hvilken grad vilkåret krever at den utenlandske insolvensbehandlingstypen etter åpningsstatens nasjonale lovverk alltid er kollektiv, eller om det er tilstrekkelig at insolvensbehandlingen i realiteten er kollektiv. Et land kan for eksempel operere med en insolvensbehandlingstype som etter lovverket ikke trenger å omfatte samtlige kreditorer, men som i den aktuelle saken faktisk gjør det. I et slikt tilfelle kan det være uklart om insolvensbehandlingen er å anse som «kollektiv» etter § 163, eller ikke. Med andre ord er spørsmålet om vilkåret krever formell fellesforfølgning, eller om reell fellesforfølgning er tilstrekkelig.

⁷⁶ Forarbeid (2016) s. 55 1. avsnitt

⁷⁷ Ibid. s. 60 3. avsnitt

Vilkåret er ikke ment å samsvare med et tilsvarende vilkår i en utenlandsk rettskilde. EUs konkursforordning gjelder også for enkelte insolvensbehandlinger som ikke har formell fellesforfølgning. I praksis vil vedlegg A i forordningen gi veiledning om hvilke av EU-statenes insolvensbehandlinger som oppfyller vilkårene.⁷⁸ Likevel vil ikke forordningen kunne gi særlig bidrag til selve tolkningen av vilkåret «kollektiv», da det ikke er et tilsvarende vilkår i forordningen.

Et uttalt mål i forarbeidene er at reglene i lovforslaget skal være klare, lettfattelige og ikke generere for store kostnader.⁷⁹ Videre er målet at det bare skal gjelde for utenlandske insolvensbehandlinger som omfatter alle skyldnerens fordringshavere.⁸⁰ Begrunnelsen er at «det vil virke kompliserende om norske myndigheter og fordringshavere skal måtte ta stilling til om en utenlandsk insolvensbehandling omfatter en betydelig del av skyldnerens fordringshavere».⁸¹

Rettstekniske hensyn kan tale for å legge et krav om formell fellesforfølgning til grunn. Dersom en i hver enkelt sak må vurdere om insolvensbehandlingen er en reell fellesforfølgning, vil det trolig vanskeliggjør og tyngte vurderingen i stor grad. Å avskjære alle insolvensbehandlinger som ikke er formelle fellesforfølgninger, vil derimot gjøre anvendelsen av vilkåret betraktelig enklere. I tillegg vil en slik tolkning være enklere for norske kreditorer å forholde seg til. De norske insolvensbehandlingene, gjeldsforhandling og konkurs, er formelle fellesforfølgninger. Å skape definitivt samsvar mellom det norske og det utenlandske i denne sammenhengen vil trolig gjøre prosessen enklere for norske kreditorer.

Tilsvarende har § 163 som tidligere nevnt et krav om at insolvensbehandlingen etter sin egen stats nasjonale lovverk gjør krav på hele skyldnerens «samlede formue», uavhengig av hvilket land formuen er i. De samme hensynene til effektivitet og likebehandling gjør seg trolig gjeldende ved tolkningen av vilkåret «kollektiv».

Uttalelser i forarbeidene og bakenforliggende hensyn trekker i retning av å tolke «kollektiv» til bare å omfatte utenlandske insolvensbehandlinger som etter åpningsstatens lovverk er formelle fellesforfølgninger. Det vil si at insolvensbehandlingen etter åpningsstatens lovverk, alltid må være kollektiv.

⁷⁸ Ibid. s. 60 4.avsnitt

⁷⁹ Ibid. s. 19 9.avsnitt

⁸⁰ Ibid. s. 22 4.avsnitt

⁸¹ I.c.

4.5 Vilkåret om rådighetsbegrensning i bokstav c

Bokstav c i § 163 krever at skyldneren «helt eller delvis mister rådigheten over sin formue». Vilkåret er ment å samsvare med forordningen art. 1 nr. 1 bokstav a.⁸² Av denne fremgår det et tilsvarende vilkår, formulert som at «a debtor is totally or partially divested of its assets [...]». Konsekvensen av dette vilkåret er at privat gjeldsforhandling som skyldneren tar initiativ til, uten en oppnevnt gjeldsnemnd eller lignende, avskjæres fra anerkjennelse i Norge.⁸³ En slik ordning vil norske kreditorer uansett kunne binde seg til på avtalerettslig grunnlag.⁸⁴

Videre må vilkåret ses i sammenheng med det påfølgende vilkåret som vil redegjøres for under punkt 4.6 i denne oppgaven. At skyldneren helt eller delvis mister rådigheten, må skje samtidig med at en oppnevnt insolvensforvalter helt eller delvis tar over rådigheten av formuen.⁸⁵ Alternativet «delvis» er inntatt slik at også tilfeller der insolvensforvalter har betydelig innflytelse omfattes. I norsk rett er for eksempel skyldneren under tilsyn og avhengig av tillatelse fra gjeldsnemnda for å disponere over formuen jf. konkursloven § 14.⁸⁶

4.6 Vilkåret om at en insolvensforvalter må oppnevnes i bokstav d

Vilkåret i § 163 bokstav d fastslår at en insolvensforvalter må oppnevnes. Vilkåret samsvarer med forordningen art. 1 nr. 1 bokstav a sammenholdt med definisjonen av «insolvency practitioner» i art. 2 nr. 5. Vilkårene i definisjonen gir liten veiledning utenom det selvsagte som må kreves av en insolvensforvalter. Vedlegg B til forordningen gir en opplisting av ulike typer insolvensforvaltere som oppfyller definisjonen. Forarbeidene gir her uttrykk for at vedlegget kan gi veiledning ved tvilstilfeller.⁸⁷

En forskjell mellom det norske vilkåret og vilkåret i EUs konkursforordning, er at kravet om oppnevning av insolvensforvalter i den nye norske lovgivningen er absolutt. I EUs konkursforordning kan insolvensbehandling i visse tilfeller åpnes uten at en insolvensforvalter

⁸² Ibid. s. 60 5.avsnitt

⁸³ Ibid. s. 22 8.avsnitt

⁸⁴ I.c.

⁸⁵ Ibid. s. 60 5.avsnitt

⁸⁶ I.c.

⁸⁷ Ibid. s. 60 6.avsnitt

oppnevnes.⁸⁸ Slike insolvensbehandlinger uten forvalter vil dermed falle utenfor, og blir ikke anerkjent i Norge.

Vilkåret må sees i sammenheng med ny § 172. Det er den utenlandske insolvensforvalteren som kan kreve kunngjøring og registrering. Utenlandsk insolvensbehandling uten forvalter kan dermed hverken få anerkjennelse, eller i det hele henvende seg direkte til Brønnøysundregisteret.

Vilkår c og d er etter min mening viktige prosessøkonomiske vilkår for anerkjennelse. En ambisjon med de nye norske reglene er å skape og forenkle grenseoverskridende samarbeid. Slikt samarbeid blir trolig betraktelig enklere hvis de norske partene alltid kan forholde seg til en forvalter med helt eller delvis rådighet for skyldnerens samlede formue.

4.7 Vilkåret om at skyldner må være en juridisk person i bokstav e

Dagens konkurslov gjelder både for fysiske og juridiske personer. Når konkurslovens fjerde del da avgrensner seg til å kun å gjelde «juridiske personer» etter bokstav e i ny § 163, får konkurslovens fjerde del et snevrere virkeområde enn resten av konkursloven. Med «juridisk person» avskjæres ifølge forarbeidene også enkeltpersonforetak.⁸⁹ De norske reglene får da også et snevrere virkeområdet enn EUs konkursforordning. Forordningen av 2015 omfatter også insolvensbehandling av privatpersoner, til forskjell fra den tidligere forordningen av 2000.

Bakgrunnen for denne avgrensningen, er todelt. På den ene siden ble det ansett å gjøre reglene vanskelig å praktisere dersom de også skulle favne insolvensbehandling av fysiske personers bo.⁹⁰ På den andre siden ble det ansett å være størst behov for anerkjennelse av utenlandske selskaper og foretak, siden dette var mest etterspurt.⁹¹

Rettspolitisk er det et spørsmål i hvilken grad en slik avgrensning er hensiktsmessig. Når de fleste medlemsstater i EU har bundet seg til forordningen, kan trolig ethvert fordelaktig avvik forhindre gjensidig aksept av insolvensbehandlinger. På den annen side står

⁸⁸ I.c.

⁸⁹ Ibid. s. 60 8. avsnitt

⁹⁰ Ibid. s. 23 4. avsnitt siste setning

⁹¹ Ibid. s. 22 13. avsnitt

insolvensbehandlingen til fysiske personer ikke for like store verdier som behandlingen av juridiske personers bo. EUs medlemsstater har derfor mindre insentiv til å avvise norske insolvensbehandlinger. Det er også mindre sannsynlig at fysiske personer vil ha store verdier på tvers av landegrensener. Som forarbeidene påpeker, er regler om gjeldssaneringsordninger av privatpersoners bo gjerne bygget på hensyn til debitor, og ikke kreditorenes, interesser.⁹² At den tidligere forordningen bare regulerte insolvensbehandling av juridiske personer, illustrerer at behovet er størst for insolvensbehandlingen av selskaper, og at dette allerede er bredt akseptert av medlemsstater. Disse momentene taler samlet sett for at en slik avgrensning er hensiktsmessig.

4.8 Gjensidighetskravet i bokstav f

Bokstav f i § 163 krever gjensidighet for å anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling.⁹³ En utenlandsk insolvensbehandling har virkning i Norge dersom

«insolvensbehandlingen er åpnet i en stat som etter sin nasjonale rett anerkjenner tilsvarende insolvensbehandling i Norge».

Spørsmålet er hvordan vilkåret faktisk skal tolkes. Formuleringen «etter sin nasjonale rett anerkjenner», er etter min mening tvetydig. Det kan på den ene siden tolkes i retning av å kreve at den utenlandske retten eksplisitt anerkjenner norsk insolvensbehandling. På den andre siden kan det tolkes som et krav om at den utenlandske retten ensidig anerkjenner tilsvarende insolvensbehandling åpnet i andre land, da inkludert Norge. Begge tolkninger medfører praktiske og teoretiske problemer.

Den første tolkningen medfører at det trolig kreves en avtale med den aktuelle staten. I så fall vil en, med hensyn til målsetningen om å oppnå anerkjennelse for norske insolvensbehandlinger nå like langt som gjeldende rett per i dag. Dersom vilkåret var ment å tolkes i retning av at det fortsatt kreves avtale, ville trolig proposisjonen gitt uttrykk for dette. I forarbeidene gir departementet uttrykk for at en vil være avventende med å søke seg til en avtale med EU.⁹⁴ Siden hele formålet med den nye loven er å forenkle og klargjøre grenseoverskridende insolvensbehandling, samt oppnå større grad av anerkjennelse, er det nærliggende å anta at det er den andre tolkningen som må legges til grunn.

⁹² Ibid. s. 22 12. avsnitt

⁹³ Ibid. s. 60 nest siste avsnitt

⁹⁴ Ibid. s. 6 2. avsnitt

Den andre tolkningen medfører etter min mening særlig ett problem. Problemet er hvordan en ønsker å kontrollere at åpningsstaten anerkjenner tilsvarende insolvensbehandling åpnet i Norge. Vilkårets forhold til modellovstater, som krever anerkjennelsesbeslutning, kan være særlig problematisk.

Storbritannia er, som tidligere nevnt, eksempel på en modellovstat overfor stater som ikke er en del av EU. Siden Norge ikke har en avtale med EU, vil anerkjennelse av norsk insolvensbehandling i Storbritannia i utgangspunktet være betinget av en beslutning om anerkjennelse fra en britisk domstol. På det tidspunktet for eksempel et britisk konkursbo søker anerkjennelse i Norge, blir spørsmålet etter bokstav f om Storbritannias nasjonale rett anerkjenner en tilsvarende insolvensbehandling åpnet i Norge.

I praksis vil en tilsvarende norsk insolvensbehandling trolig alltid bli anerkjent, da vilkårene etter modellovens art. 15 og art. 17 enkelt kan oppfylles, og anerkjennelse da er utgangspunktet. I prinsippet vil det derimot aldri være sikkert om tilsvarende insolvensbehandling åpnet i Norge vil bli anerkjent i Storbritannia. Vil den norske domstolen måtte foreta en sannsynlighetsvurdering av om en tilsvarende insolvensbehandling åpnet i Norge ville blitt anerkjent i Storbritannia?

En lignende problemstilling vil oppstå for insolvensbehandlinger fra land som ikke baserer seg på modelloven. Det er sannsynlig at den aktuelle staten har et regelverk som i likhet med Norge anerkjenner utenlandske insolvensbehandlinger på nærmere vilkår. Spørsmålet blir da om den norske rettsanvenderen må vurdere om en tilsvarende norsk insolvensbehandling hypotetisk sett ville blitt anerkjent i det andre landet.

Siden et sentralt hensyn bak reglene er at de skal være enklest mulig å praktisere, samt kostnadseffektive, virker det usannsynlig at det er meningen at det skal foretas en slik inngående vurdering av fremmed rett. En løsning kan ligge i at kravet ikke tolkes særlig strengt. Vurderingen blir betraktelig enklere, dersom det er tilstrekkelig bare å påpeke at den fremmede retten har regler eller prosedyrer for anerkjennelse av norsk insolvensbehandling. I så fall vil vilkåret ikke være oppfylt i de tilfeller den fremmede retten ikke har regler for anerkjennelse.

Denne løsningen kan kombineres med å vektlegge bevisbyrden. Det normale er at den utenlandske insolvensbehandlingsåpningen skal anerkjennes automatisk uten

domstolsavgjørelse. Som nevnt under punkt 4.1 blir vilkårene først vurdert av en domstol når en part reiser sak om at vilkårene ikke er oppfylt. Det ligger derfor til den part som reiser sak å bevise at den utenlandske retten ikke ville anerkjent en tilsvarende insolvensbehandling åpnet i Norge.

Et spørsmål som oppstår er hva som ligger i «tilsvarende insolvensbehandling». Ordlyden «tilsvarende» tilsier at den hypotetiske insolvensbehandlingen åpnet i Norge må være lik den som søker anerkjennelse i Norge. Dersom den utenlandske insolvensbehandlingen er av helt fremmed art, kan en slik vurdering bli svært ressurskrevende. Ordlyden må imidlertid etter min mening sees i sammenheng med de øvrige vilkårene i § 163. Forutsetningen for vurderingen er at de øvrige vilkår er oppfylt. Er de øvrige vilkår i § 163 oppfylt, er den utenlandske insolvensbehandlingsåpningen presumptivt lik de norske insolvensbehandlingene, konkurs og gjeldsforhandling.

Forarbeidene gir ingen veiledning for noen av spørsmålene. Vilkåret spriker mot forslaget i Andenæs sin utredning. Andenæs uttaler at

«de hensyn som etter dette taler for at Norge bør anerkjenne insolvensbehandling åpnet i utlandet, taler også for at anerkjennelsen ikke bør være betinget av gjensidighet. Norge bør anerkjenne insolvensbehandling åpnet i utlandet fordi det er saklig begrunnet, ikke fordi den utenlandske stat på sin side anerkjenner insolvensbehandling åpnet i Norge. I tillegg kommer at hvis Norge ensidig anerkjenner insolvensbehandling åpnet i utlandet, vil det være lettere å få insolvensbehandling åpnet i Norge anerkjent i utlandet».⁹⁵

Det er ikke begrunnet i proposisjonen hvorfor en likevel har valgt å oppstille et krav om gjensidighet. Trolig har en fryktet at ensidig anerkjennelse ville medføre at en anerkjenner utenlandske insolvensbehandlinger uten å få noe tilbake. Departementet har bemerket at alle de statene som har gitt ensidige lovregler om internasjonal insolvensrett allerede i utgangspunktet anerkjenner norsk insolvensbehandling.⁹⁶ Spørsmålet er da hva en har å tjene på å oppstille et krav om gjensidighet. Insolvensbehandling mellom Norge og de statene som allerede anerkjenner norsk insolvensbehandling vil trolig bli enklere og klarere med de nye reglene, men det er høyst usikkert i hvilken grad en oppnår anerkjennelse i nye stater.

⁹⁵ Andenæs (2010) s. 85

⁹⁶ Forarbeid (2016) s. 20 2. avsnitt 8. setning

Som hjelpemiddel kan det sees hen til hvordan andre land har brukt lignende gjensidighetskrav. Den Norske Advokatforening påpekte i sin høringsuttalelse at en del land som har ensidig regulert anerkjennelse har krav om gjensidighet.⁹⁷ Et eksempel på et slikt land er Sveits.⁹⁸ I en sveitsisk artikkel om en sveitsisk høyesterettsdom fra 2015 er det skrevet

«The Swiss Federal Supreme Court refers to earlier case law, according to which the prerequisite of reciprocity is to be interpreted in a broad sense. Reciprocity is granted if the law of the state concerned recognizes the effects of Swiss bankruptcy proceedings on similar (but not necessarily on identical) grounds. In other words, it suffices if the foreign law recognizes a Swiss bankruptcy order under conditions not considerably stricter than those established by Swiss law regarding the recognition of a foreign bankruptcy order.»⁹⁹

Det kan dermed se ut til at det sveitsiske gjensidighetsvilkåret er oppfylt, dersom den utenlandske retten anerkjenner en sveitsisk konkursavgjørelse på vilkår som ikke er vesentlig strengere enn Sveits' egne vilkår.

Brukes en lignende forståelse på det norske vilkåret, blir det avgjørende i gjensidighetsvurderingen hvorvidt den utenlandske retten er vesentlig strengere i anerkjennessspørsmålet enn den norske retten. Ønsker for eksempel et sveitsisk konkursbo å bli anerkjent i Norge, blir spørsmålet om de sveitsiske reglene for anerkjennelse er vesentlig strengere enn de norske reglene for anerkjennelse. Er ikke dette tilfelle, er gjensidighetskravet oppfylt. En sveitsisk høyesterettsdom har selvsagt tilnærmet ingen rettskildemessig vekt i norsk sammenheng. Når et formål med reglene imidlertid er å legge til rette for større grad av grenseoverskridende samarbeid, er det relevant å se hvordan andre land bruker lignende vilkår. Slik sammenligning er etter min mening særlig relevant når de norske rettskildene er helt tause om forståelsen.

Oppsummert er det høyst usikkert hva som faktisk ligger i gjensidighetskravet. Tolkes kravet for strengt, vil det bli vanskelig å oppnå anerkjennelse for norske insolvensbehandlinger i utlandet. Tolkes det norske kravet strengt, vil de norske reglene for anerkjennelse kunne havne i en «stirrekonkurranse» med for eksempel de sveitsiske reglene for anerkjennelse, der hvert land venter på at den andre skal anerkjenne først. Dersom gjensidighetskravet derimot ikke tolkes tilstrekkelig strengt vil det ha liten effekt. I så fall er det lite hensikt i å ha kravet.

⁹⁷ Ibid. s. 18 8. avsnitt

⁹⁸ Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), art. 166 (1) c

⁹⁹ Marjolaine (2015)

En hensiktsmessig måte å tolke vilkåret på kan være å tolke det som en sikkerhetsventil. I internasjonal juridisk teori skiller det mellom positiv og negativ gjensidighet.¹⁰⁰ Med positiv gjensidighet menes det at den nasjonale retten krever at den utenlandske retten tidligere har samarbeidet og anerkjent. Negativ gjensidighet betyr at den nasjonale retten kan anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling inntil det er bevist at den utenlandske retten ikke vil anerkjenne.¹⁰¹ Tolkes det norske vilkåret som et negativt gjensidighetskrav, blir det en presumsjon for tilsvarende anerkjennelse inntil det motsatte er bevist. Et slikt bevis kan være at åpningsstaten ikke har regler for anerkjennelse. Et annet bevis er at åpningsstaten tidligere ikke har anerkjent en tilsvarende norsk insolvensbehandling.

Det enkleste ville etter min mening vært å følge Andenæs sin anbefaling om ikke å innføre et gjensidighetskrav. Dette ville også vært i tråd med den internasjonale utviklingen med ikke å kreve gjensidighet.¹⁰² Et gjensidighetskrav vil etter min mening kunne skape mer problemer enn det løser. Som tidligere nevnt vil ethvert fordelaktig unntak kunne vanskeliggjøre grenseoverskridende samarbeid. Vilket vil i tillegg gi lav grad av forutberegnelighet for partene. Når regelens innhold er vanskelig å klargjøre før en dom er avsagt, vil regelen kunne være konfliktskapende. Uklarheten kan medføre at norske konkursbo ikke oppnår anerkjennelse i andre land, fordi tilsvarende utenlandske gjensidighetskrav ikke vil være oppfylt.

4.9 Unntaket i § 163 annet ledd

Av annet ledd fremgår det at første ledd ikke gjelder for «insolvensbehandling i kredittinstitusjoner, forsikringsforetak, pensjonsforetak og andre foretak omfattet av direktiv 2001/24/EF, UCITS-fond og alternative investeringsfond når insolvensbehandlingen er åpnet i en stat som er omfattet av Europaparlamentets og Rådets forordning 2015/848 (Konkursforordningen min anm.)». For insolvensbehandling åpnet i andre stater, «gjelder første ledd ikke for insolvensbehandling i banker, andre kredittinstitusjoner, pensjonsforetak og forsikringsselskaper».

Bakgrunnen for unntaket er todelt. En ønsker på den ene siden å skape samsvar mellom det norske regelverket og de utenlandske rettskildene. Unntaket i § 163 annet ledd samsvarer med

¹⁰⁰ Westbrook (1991) s. 457 og 468.

¹⁰¹ Yamauchi (2007) s. 148-149

¹⁰² Marjolaine (2015) delkapittel «Considerations» 2. avsnitt

unntaket i forordningen art. 1 nr. 2 og modellovens adgang til å unnta visse insolvensbehandlinger i art. 1 nr. 2.¹⁰³ Modelloven trekker i denne sammenheng frem nettopp insolvensbehandling av banker som et eksempel på insolvensbehandling som kan unntas. På den andre siden medfører insolvens i slike institusjoner og foretak visse problemstillinger. Disse problemstillingene kan bli svært ressurskrevende å løse, og løsningene kan være lite forutberegnelige for partene. Dette er bakgrunnen for at alle rettskildene unntar denne typen insolvens.

Blir en bank eller et forsikringsforetak insolvent, vil særlige offentlige interesser måtte ivaretas.¹⁰⁴ Ved en slik insolvensbehandling vil gjerne en stats myndigheter, for eksempel Finansdepartementet i Norge, ha innflytelse på bobehandlingen. Det er derfor valgt å unnta slike fra konkurslovens fjerde del.

EU har valgt å innta behandlingen av slike institusjoner i egne direktiver, for eksempel direktiv 2001/24/EF for kredittinstitusjoner, mens man i § 163 har valgt nettopp å unnta det som omfattes av 2001/24/EF. Det er et mål etter forarbeidene at konkurslovens fjerde del skal ha det samme anvendelsesområdet som konkursforordningen i denne sammenheng.¹⁰⁵

Unntaket i § 163 avviker fra forordningen ved at den unntar pensjonsforetak. Pensjonsforetak nevnes ikke av forordningen. Dette er unntatt av hensyn til finansforetaksloven § 21-8 som fastslår at det ikke kan åpnes konkurs i foretak som er underlagt reglene om offentlig administrasjon, herunder pensjonsforetak jf. finansforetaksloven § 21-7 første ledd.

¹⁰³ Forarbeid (2016) s. 22 6. avsnitt

¹⁰⁴ I.c.

¹⁰⁵ I.c.

5 «Ordre Public»-forbeholdet

Ny § 170 i konkursloven fastslår at utenlandsk insolvensbehandling bare har virkning i Norge så langt det «ikke leder til et resultat som er uforenlig med grunnleggende prinsipper i norsk rett». Vilkåret er et «ordre public»-forbehold etter inspirasjon av forordningen art. 33 og modelloven art. 6.¹⁰⁶ Det norske forbeholdet er ment å svare til forordningens art. 33, men ifølge forarbeidene med en «noe videre» adgang til å gjøre unntak.¹⁰⁷ Dette reiser særlig tre spørsmål som vil bli drøftet. Det ene er hvordan forbeholdet forstås innad i EU. Det andre er hvordan det skal forstås i Norge, nærmere bestemt hva som ligger i at adgangen for anvendelse av det norske forbeholdet skal være «noe videre». Det tredje er hvilke konsekvenser det å gi oss selv en videre adgang til å gjøre unntak kan medføre.

5.1 «Ordre Public»-forbeholdet i EU

Det vil først redegjøres for hvordan forbeholdet forstås innad i EU. Art. 33 i forordningen fastslår at

«any Member State may refuse to recognize insolvency proceedings opened in another Member State [...] where the effects of such recognition or enforcement would be manifestly contrary to the State's public policy, in particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual.»

«Public policy» er ikke definert i forordningen. Dette medfører at det er opp til hver enkelt medlemsstats nasjonale rett selv å definere «public policy».¹⁰⁸ Et slikt utgangspunktet har likevel visse modifikasjoner. Dersom medlemsstatene har fullstendig definisjonsmakt, vil forbeholdet kunne misbrukes. Tolkningen av «public policy» er derfor underlagt prinsipper som samtlige medlemsstater må føye seg etter.¹⁰⁹

Art. 33 utgjør det eneste unntaket i forordningen som medlemsstatene selv kan påberope. Hele forordningen bygger på prinsippet om «mutual trust», jf. fortalepunkt 65. Sammenholdt

¹⁰⁶ Ibid. s.74 9.avsnitt

¹⁰⁷ Ibid. siste setning

¹⁰⁸ Bork og Mangano (2016) s. 185 punkt 5.42

¹⁰⁹ I.c.

med at effekten av anerkjennelse må være «manifestly contrary», kan unntaket bare påberopes i «extreme situations».¹¹⁰ Forbeholdet er dermed underlagt en særs restriktiv tolkning.

Det har enn så lenge ikke vært forelagt en sak for EU-domstolen som prinsipielt har angått art. 33, eller den tilsvarende art. 26 i forordningen av 2000. EU-domstolen har derimot i to saker uttalt at «public policy»-unntaket i konkursforordningen i stor grad sammenfaller med «public policy»-unntaket i Brussel I-forordningen, 44/2001/EF, art. 34.¹¹¹ Brussel I er forordningen for anerkjennelse av utenlandske rettsavgjørelser i sivile saker. Dommer som avsies i forbindelse med Brussel I-forordningen kan derfor få innflytelse på tolkningen av vilkåret i konkursforordningen.¹¹² En slik sak er for eksempel Krombach-saken, nevnt i Eurofood-saken avsnitt 62, som fastslår at «public policy» bare kan bli krenket i «exceptional» tilfeller.¹¹³

«Public policy» er heller ikke ment kun å omfatte brudd med en stats egen nasjonale rett isolert. Medlemsstatene har også bundet seg til ulike regler innad i EU. Anerkjennelse som i effekt vil bryte med slike regler, vil også bryte med «public policy». Et eksempel i denne sammenhengen er at samtlige EU-stater også er bundet til den europeiske menneskerettskonvensjonen. Dersom virkningen av anerkjennelse bryter med EMK, vil anerkjennelse kunne nektes i medhold av art. 33.¹¹⁴

I forlengelse av at EU-landene også er bundet av overnasjonale regler ved tolkningen av «public policy», kan de overnasjonale reglene gi veiledning for hva som ikke kan utgjøre et brudd med «public policy». I kontekst av bestemmelsene i konkursforordningen alene, er det eksempelvis tre ting som ikke kan medføre brudd med «public policy». Disse gjennomgås i det følgende.

I medhold av konkursforordningen art. 19 nr. 1 annet ledd vil det ikke utgjøre et brudd med «public policy» at tilsvarende insolvensbehandling ikke kan åpnes etter anerkjennelsesstatens regler. Når alle medlemsstater har bundet seg til å akseptere forordningen i sin helhet, vil ikke insolvensbehandling i tråd med særlige unntak i forordningen utgjøre brudd.¹¹⁵

¹¹⁰ Ibid. punkt 5.43

¹¹¹ Eurofood avsnitt 64 og Case C-444/07, MG Probud Gdynia, ECLI:EU:C:2010:24 avsnitt 34

¹¹² Bork og Mangano (2016) punkt 5.44

¹¹³ Case C-7/98, Krombach, ECLI:EU:C:2000:164

¹¹⁴ Bork og Mangano (2016) punkt 5.45

¹¹⁵ Ibid. punkt 5.47

Det kan heller ikke nektes anerkjennelse på grunnlag av påstått manglende jurisdiksjon i åpningsstaten. Som tidligere nevnt er det sentralt i forordningen at ingen medlemsstater kan overprøve en annen stats vurdering av jurisdiksjonsspørsmålet. Dette gjelder også for «ordre public»-forbeholdet. Et mulig unntak fra dette som har vært diskutert i teori og rettspraksis til nasjonale domstoler, særlig tyske domstoler, er nektelse av anerkjennelse på grunnlag av oppnådd jurisdiksjon som følge av svindel eller «insolvensturisme».¹¹⁶ Med «insolvensturisme» menes det at skyldneren kort tid før åpning av insolvensbehandling aktivt har flyttet selskapets hovedinteresser til en mer fordelaktig stat. Hvorvidt slike forhold skal åpne for nektning av anerkjennelse, er ikke avklart i EU. Ut fra systemet om at det bare er EU-domstolen som skal kunne overprøve forståelsen av jurisdiksjonsvilkåret, kan det tenkes at det bare er EU-domstolen som skal kunne overprøve hvorvidt jurisdiksjonsavgjørelsen er basert på svindel.

Ordre public-forbeholdet kan heller ikke brukes til å overprøve den utenlandske domstolens øvrige avgjørelsesgrunnlag.¹¹⁷ Det sentrale spørsmålet er om effekten av anerkjennelse strider «manifestly» imot grunnleggende prinsipper i anerkjennelsesstaten. I den sammenheng er det ikke relevant om lovgrunnlaget for insolvensbehandling i åpningsstaten er korrekt anvendt. En slik eventuell feil vil måtte overprøves av åpningsstatens egen domstol. Dersom en slik eventuell feil ikke er mulig å overprøve i åpningsstaten, kan det imidlertid utgjøre et brudd med «public policy».

De typiske rettighetene som er ment å fanges opp av «ordre public»-forbeholdet i EU er prosessuelle rettigheter. Sentralt i denne sammenheng er for eksempel retten til rettferdig rettergang, herunder «the right to be heard». Dersom skyldneren ikke har mulighet til å få prøvd insolvensåpningen i åpningsstaten, vil anerkjennelse kunne nektes.¹¹⁸ En nyanse her kan finnes i Brussel I-forordningen art. 34 nr. 2. Det foreligger ikke brudd på «public policy» dersom en deltaker i insolvensbehandlingen ønsker å prøve åpningen, men lot være da han hadde muligheten.¹¹⁹

Andre tilfeller som lett kan anses som brudd på «public policy» innad i EU er tilfeller der insolvensbehandlingen forskjellsbehandler innenlandske og utenlandske kreditorer, eller

¹¹⁶ Ibid. s. 186 punkt 5.48

¹¹⁷ Ibid. punkt 5.49

¹¹⁸ Ibid. s. 189 punkt 5.53

¹¹⁹ Ibid. s. 190

griper inn i privat eiendomsrett i strid med en stats grunnlov.¹²⁰ Konsekvensen av å anvende «ordre public»-forbeholdet i EU, er at anerkjennelsen kan nektes helt eller delvis. Det er dermed åpning for å bare nekte en del av insolvensbehandlingen å bli anerkjent.

5.2 «Ordre public»-forbeholdet i § 170

Spørsmålet videre er hvordan det norske vilkåret i ny § 170 skal tolkes. Ordlyden gir liten selvstendig veiledning utover det som må ligge i kjernen, nemlig helt sentrale prosessuelle og materielle prinsipper. Siden vilkåret er ment å svare til forordningens art. 33, må det antas at kjernen i begge overlapper. Forbeholdet er ment som en sikkerhetsventil brukt med tilbakeholdenhet.¹²¹ Forbeholdene kan derfor antas i stor grad å sammenfalle. Forarbeidene presiserer derimot at adgangen til å gjøre unntak ut fra «ordre public»-hensyn er «noe videre» etter § 170 enn etter forordningens art. 33.¹²² Spørsmålet er hva det medfører at adgangen til å anvende det norske vilkåret er ment å være «noe videre» enn forordningen.

Typetilfellene i forarbeidene for bruk av § 170, sammenfaller med typetilfellene til art. 33 i forordningen.¹²³ Det oppgis ikke et eksempel på hvordan det norske forbeholdet kan avvike fra forordningens forbehold. Proposisjonen legger derimot opp til at det er domstolenes oppgave å fastlegge bestemmelsens nærmere innhold.¹²⁴ I tiden før avklarende rettspraksis vil det være usikkert i hvilken grad det norske forbeholdet skiller seg fra EUs forbehold.

Adgangen til å anvende forbeholdet «noe videre» enn EUs forbehold samsvarer med utredningen til Andenæs.¹²⁵ Det fremstår likevel som uklart i proposisjonen hvorfor det ble valgt en slik løsning i den endelige lovteksten.¹²⁶ Begrunnelsen for den videre adgangen i Andenæs sin utredning er at hans lovforslag bygger på at de nye norske reglene ensidig skal anerkjenne utenlandske insolvensbehandlinger. Tanken er at siden Norge ensidig anerkjenner, burde Norge muligens ha større adgang til å avskjære på bakgrunn av «ordre public».

Denne muligheten foreslått av Andenæs må imidlertid ses i sammenheng med de øvrige nye vilkårene for anerkjennelse. I det nye lovforslaget som har blitt vedtatt, er det som nevnt

¹²⁰ Andenæs (2010) s. 87

¹²¹ Forarbeid (2016) s. 74 10.avsnitt

¹²² Ibid. s. 74 8.avsnitt siste setning

¹²³ Ibid. 9.avsnitt

¹²⁴ Ibid. 9.avsnitt nest siste setning

¹²⁵ Andenæs (2010) s. 86 nest siste avsnitt

¹²⁶ Forarbeid (2016) s. 76

oppstilt et krav om gjensidighet, jf. § 163 bokstav f. De nye norske reglene anerkjenner ikke utenlandske insolvensbehandlingsåpninger ensidig. Begrunnelsen for å tolke forbeholdet videre i norsk rett gjør seg derfor ikke like sterkt gjeldende. Grunnlaget for videre tolkning av forbeholdet er etter min mening spesielt mangelfull, dersom gjensidighetsvilkåret er ment å bli tolket strengt. Tolkes gjensidighetskravet strengt, vil det være vid adgang til ikke å anerkjenne utenlandsk insolvensbehandlingsåpning. Hvis det i tillegg er videre adgang til å nekte anerkjennelse på grunnlag av «ordre public»-forbehold, vil rettsituasjonen potensielt bli lite forutberegnelig for partene.

Det norske «ordre public»-forbeholdet i § 170 må etter min mening også sees i sammenheng med jurisdiksjonsvilkåret i ny § 163 bokstav a. I EU kan jurisdiksjon ikke danne grunnlag for bruk av ordre public-forbeholdet i art. 33. I den nye norske lovgivningen er det derimot som tidligere redegjort for en forutsetning at jurisdiksjonsavgjørelsen kan overprøves av norske domstoler. Hva angår tolkningen av § 170 kan det stilles spørsmål ved hvilken betydning dette egentlig skal ha. Er det tvil om jurisdiksjonsspørsmålet vil dette trolig drøftes i forbindelse med ny § 163 bokstav a. Det vil da ikke være nødvendig å drøfte om jurisdiksjonsavgjørelsen også er i strid med § 170.

Et tilfelle der det norske forbeholdet derimot kan tenkes å avvike fra art. 33, er i tilfeller med jurisdiksjonsavgjørelse som følge av svindel eller «insolvensturisme». Der det er uklart eller «debatable»¹²⁷ i EU-retten om forbeholdet kan anvendes, ser forbeholdet i norsk rett ut til å åpne for dette. For eksempel kan det tenkes et utenlandsk selskap med formuesgoder i Norge som kort tid før insolvens inntreer flytter kontorer og registrering fra ett land til et annet EU-land. Det nye landet kan ha mer gunstige insolvensregler for skyldneren. Det nye landet kan operere med en annen type insolvensbehandling som gir skyldner større adgang til å disponere over egne midler. Insolvensbehandling blir så åpnet i det nye landet. For jurisdiksjonsspørsmålet i § 163 bokstav a vil det ikke være tvil om at landets «hovedinteresser» er i det nye landet. Da vil det ikke være mulig for Norge å overprøve en slik åpningsavgjørelse, forutsatt at de øvrige vilkår også er oppfylt. I et slikt tilfelle kan det argumenteres for at det norske forbeholdet, siden det skal ha videre anvendelsesområde enn i EU, åpner for likevel å nekte anerkjennelse.

¹²⁷ Bork og Mangano (2016) s. 186 punkt 5.48

5.3 Mulige konsekvenser av ulikhet

Spørsmålet som da oppstår er i hvilken grad en slik adgang til videre anvendelse er formålstjenlig i forbindelse med å oppnå større grad av anerkjennelse og grenseoverskridende samarbeid. Dette er en lignende problemstilling som for en rekke av de andre vilkårene i § 163. Dersom det norske regelverket åpner for større grad av ikke-ankjennelse, vil det trolig være vanskeligere å oppnå anerkjennelse i andre land. EU er vår største og nærmeste samarbeidspartner. Innehar Norge regler for anerkjennelse som er tilnærmet likt, men med visse fordelaktige avvik, kan det vanskeliggjøre grenseoverskridende samarbeid.

Det påfølgende spørsmålet er da i hvilken grad avvik mellom forbeholdene faktisk kan bli et problem. Forbeholdet er fortsatt bare ment som en sikkerhetsventil som forutsettes brukt med tilbakeholdenhet.¹²⁸ Det har som nevnt ikke vært en sak for EU-domstolen som prinsipielt tar for seg art. 33, eller dens forgjenger art. 26 i forordningen av år 2000. Selv om adgangen til å påberope forbeholdet er forutsatt «noe videre» enn forordningen av forarbeidene, er terskelen fortsatt høy. Forbeholdet er ikke ment som en adgang til å overprøve den utenlandske avgjørelsens holdbarhet. Det ligger også til domstolene å fastsette det nærmere innholdet.¹²⁹ Dersom domstolene aktivt ser forbeholdet i sammenheng med de øvrige vilkårene for anerkjennelse blir terskelen høy. Med dette mener jeg for eksempel at der bokstav a i § 163 er oppfylt, må det foreligge klare bevis for at forbeholdet skal anses oppfylt som følge av svindel. Tolkes vilkåret konsekvent strengt av domstolene, vil det foreligge mindre usikkerhet rundt hvordan vilkåret skal forstås.

Rettspolitisk kan det likevel være problematisk at norske domstoler skal fastsette innholdet i bestemmelsen. Formålet med reglene er å tilrettelegge for grenseoverskridende samarbeid. Norsk rettspraksis er gjerne ikke særlig tilgjengelig for utenlandske rettsanvendere. Er innholdet i bestemmelsen spesielt avhengig av hva de norske domstolene har sagt vil det kunne være konfliktskapende. En utenlandsk rettsanvender uten særlig kjennskap til norsk rett vil trolig anta at § 170 skal forstås likt som art. 33 i forordningen. Siden forbeholdene i stor grad samsvarer vil en slik antakelse som oftest føre til korrekt resultat. Ved tvilstilfeller vil resultatet derimot kunne bli lite forutberegnelig for partene, særlig den utenlandske parten. Denne typen usikkerhet kan virke imot grenseoverskridende samarbeid.

¹²⁸ Forarbeid (2016) s. 74 10.avsnitt

¹²⁹ I.c.

Kilderegister

Norske Lover:

- Lov 17.juni nr.55 2016 om endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling)
- Lov 7.november 1933 om konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs, *Referert til som: NKK*
- Lov 8.juni nr.58 1984 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
- Lov 6.juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling

Norske Forarbeider:

- Prop.88 L (2015-2016) Endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling), 01.04.2016, *Referert til som: Forarbeid (2016)*
- Ot.prp. nr.55 (1980-1981), 08.05.1981,
- NOU 1972: 20 Om gjeldsforhandling og konkurs, 23.03.72, *Referert til som: NOU (1972)*

Norske Rettsavgjørelser:

- Rt. 1887 s. 465
- Rt. 2013 s. 556 A

Internasjonale rettskilder:

- UNCITRAL Law on Cross border Insolvency, 1997, *Referert til som: UNCITRAL*
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>

EU-forordninger:

- Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings

- Regulation 2000/1346 of the Council of the European Union of 29 May 2000 on insolvency proceedings

- Regulation 2000/44 of the Council of the European Union of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters

Avgjørelser fra EU-domstolen:

- Case C-341/04, Eurofood IFSC, ECLI:EU:C:2006:281, *Referert til som: Eurofood*
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56604&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7066687>

- Case C-444/07, MG Probud Gdynia, ECLI:EU:C:2010:24
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74661&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=112928>

- Case C-7/98, Krombach, ECLI:EU:C:2000:164
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45196&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=144580>

Juridisk litteratur:

- Marthinussen, Hans Fredrik (Redaktør), *Internasjonale konkurser - med særlig fordypning i bankinsolvens*, 2014, *Referert til som: Marthinussen (2014)*

- Reinhard Bork og Renato Mangano, *European cross-border insolvency law*, Reinhard Bork og Renato Mangano, 2016, *Referert til som: Bork og Mangano (2016)*

- Westbrook, Jay Lawrence, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, 1991, *Referert til som: Westbrook (1991)*

Juridiske artikler:

- Andenæs, Mads Henry, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010, *Referert til som: Andenæs (2010)*

- Jakob, Marjolaine, *Recognition of Foreign Bankruptcy and the Requirement of Reciprocity (Swiss Federal Court)*, 2015, <http://conflictoflaws.net/2015/recognition-of-foreign-bankruptcy-and-the-requirement-of-reciprocity-swiss-federal-court/>, *Referert til som: Marjolaine (2015)*

- Yamauchi, Keith D., *Should Reciprocity Be a Part of the UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law?*, 2007, Referert til som: *Yamauchi (2007)*

Ikke-juridiske kilder:

- <https://ourworldindata.org/trade-and-globalization>, University of Oxford

- <https://www.ssb.no/statbank/table/08800/chartViewColumn/> , SSB

- https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status