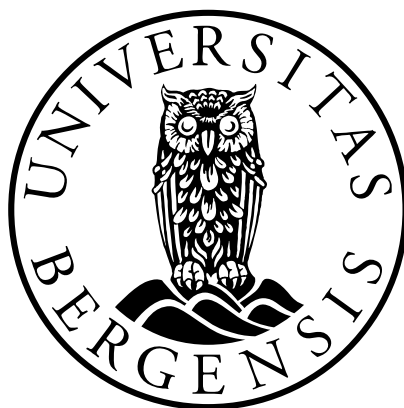


Konkursunntaket i Luganokonvensjonen

Tilknytningskravet og rettsvirkninger

Kandidatnummer: 174

Antall ord: 14 317



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema, problemstillinger og aktualitet	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Konkursunntakets historiske bakgrunn	3
1.4	Rettskildebildet og metodiske særtrekk	5
1.5	Om europeisk internasjonal insolvensrett	7
1.6	Overordnede hensyn og formål bak konkursunntaket	8
1.7	Begrepsavklaringer	9
2	Tilknytningsvurderingen	10
2.1	Innledende	10
2.2	Ordlyden	11
2.3	Utgangspunkter for tolkningen	12
2.3.1	Om vurderingstemaet	12
2.3.2	Sakens hovedspørsmål, kumulering av krav og forening av søksmål	13
2.3.3	Forholdet til Insolvensforordningen	16
2.4	Saken springer direkte ut av insolvensbehandlingen	17
2.4.1	Innledende	17
2.4.2	Insolvensspesifikt rettsgrunnlag	18
2.4.3	Særlig om tilfeller av brudd på insolvensspesifikk kompetansehjemmel	23
2.4.4	Tilleggsmomenter	25
2.5	Nær forbindelse med insolvensbehandlingen	26
2.5.1	Innledende	26
2.5.2	Anlagt i konteksten av insolvensbehandling	27
2.5.3	Øvrige momenter - partsforholdet som retningslinje	30
2.6	HR-2017-1297-A, <i>Bergen Bunkers</i>	33
2.6.1	Sakens faktum og rettslige problemstillinger	33
2.6.2	Pantekravet	34
3	Rettsvirkninger	39
3.1	Innledende	39
3.2	Saker som omfattes av konkursunntaket	39
4	Konklusjoner og avsluttende bemerkninger	47
	Kildeliste	49

1 Innledning

1.1 Tema, problemstillinger og aktualitet

Oppgavens tema er konkursunntaket i Luganokonvensjonen. Unntaksregelen fremgår av Luganokonvensjonen art. 1. nr. 2 bokstav b, og lyder som følger:

«Konvensjonen gjelder ikke:

[...]

b) konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger»

Luganokonvensjonen regulerer domsjurisdiksjon, anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i «*sivile og kommersielle saker*» med internasjonal karakter.¹ Konkursunntaket unntar saker om «*konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger*» fra Luganokonvensjonens anvendelsesområde.² Dersom ikke annet fremgår av sammenhengen, vil *insolvensbehandling* brukes som en samlebetegnelse på de av ordlyden nevnte insolvensprosedyrer.

Konkursunntaket omfatter *ikke* alle saker som oppstår i forbindelse med insolvensbehandling. Saken må nemlig ha en særskilt *tilknytning* til insolvensbehandlingen for å falle innenfor konkursunntakets virkeområde.

Oppgavens *første* problemstilling er hvilken *tilknytning* saken må ha til insolvensbehandlingen for at saken skal omfattes av konkursunntaket. Problemstillingen behandles i kapittel 2.

Dersom en sak omfattes av konkursunntaket faller den tilsynelatende utenfor Luganokonvensjonens regulering av domsjurisdiksjon, anerkjennelse og

¹ Jf. Luganokonvensjonen art. 1 nr. 1, jf. fortalens tredje ledd. Se nærmere i Bull, *Norsk lovkommentar til Luganokonvensjonen*, 2012 note. 1.

² Ettersom ordlyden, i tillegg til «*konkurs*», omfatter «*avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger*» er konkursunntaket et upresist begrep. Det er likevel innarbeidet, se blant Rt. 1996 s. 25 på s. 31 og Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010 s. 75, og vil av hensyn til ensartet begrepsbruk benyttes i oppgaven.

fullbyrdelse jf. ordlyden «[k]onvensjonen gjelder ikke». Høyesterett har imidlertid antydning at det, for søksmål som faller innenfor konkursunntakets virkeområde, kan slutes jurisdiksjonsvirkninger direkte fra konkursunntaket.

Oppgavens andre problemstilling er derfor om det kan slutes rettsvirkninger direkte fra konkursunntaket i de tilfeller saken faller innenfor konkursunntakets virkeområde. Problemstillingen vil behandles i kapittel 3.

Konkursunntaket er et fragment av den *internasjonale insolvensretten*. Med internasjonal insolvensrett menes grenseoverskridende kollektiv gjeldsforfølging. Det grenseoverskridende elementet oppstår når skyldner har aktiva, eller har drevet sin virksomhet i flere stater.³ Økt grenseoverskridende handel har gjort den internasjonale insolvensretten svært aktuell. For det første stiger risikoen for at det oppstår tvist mellom insolvensbehandlingsorganet⁴ og insolvensdebitors utenlandske medkontrahtenter. For det andre får insolvensbehandlingsorganet oftere behov for å ta beslag i insolvensdebitors eiendeler i utlandet. Aktualiteten foranlediget konkurslovens nye bestemmelser om grenseoverskridende insolvensbehandling.⁵ I tillegg avsa Høyesterett nylig en dom hvor konkursunntaket sto sentralt.⁶

1.2 Avgrensninger

Oppgaven avgrensner mot tolkningen av ordlyden «konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger». For oversiktens skyld skal det likevel knyttes noen bemerkninger til hvilke insolvensbehandlinger som omfattes av konkursunntaket, og hvilke som faller utenfor.

Ordlyden «konkurs» gjør det klart at konkursbehandling etter konkursloven⁷ er omfattet.⁸ Videre avgrensner ordlyden «offentlige gjeldsforhandlinger» mot private

³ Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010 s. 9 og 10.

⁴ Se definisjon av insolvensbehandlingsorganet nedenfor under pkt. 1.7.

⁵ Lov om endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling), LOV-2016-06-17-55. Ikke i kraft.

⁶ HR-2017-1297-A, Bergen Bunkers.

⁷ Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven), LOV-1984-06-08-58.

⁸ HR-2017-1297-A bygger på en slik forutsetning.

gjeldsforhandlinger.⁹ Vurderingen har et skjønnsmessig element ettersom konkursunntaket omfatter «*liknende ordninger*». Ordningen må være underlagt en form for *offentlig* kontroll, men det er ikke nødvendig at denne kontrollen utøves av domstolene.¹⁰ Utgangspunktet er at bestemmelsen omfatter ethvert «*insolvensoppgjør under ledelse eller kontroll av et offentlig organ*».¹¹ Ordlyden «*liknende ordninger*» fanger opp enkelte av domstollandets insolvensbehandlinger som er utelatt fra konkursunntakets oppramsing. Et eksempel fra norsk rett er offentlig skifte av insolvent dødsbo.¹² Vilkåret er imidlertid særlig aktuelt ved vurderingen av om en utenlandsk prosedyre, uten parallell til domstollandets rett, er omfattet av konkursunntaket. Dette var tilfellet i Rt. 1996 s. 25. I dommen konkluderte Høyesterett med at en italiensk avviklingsprosedyre, opprettet utelukkende for avvikling av et konkret italiensk statseid konsern, var en «*liknende ordning*».

Problemstillingen vil ikke omtales nærmere. Det vil likevel vises til problemstillingen underveis når dette tjener fremstillingen.

1.3 Konkursunntakets historiske bakgrunn

Konkursunntaket kan spores tilbake til Brusselkonvensjonen av 1968.¹³ Brusselkonvensjonen ble inngått mellom de daværende EU-statene. Konvensjonen skulle sikre EU-statene en felles regulering av *internasjonal prosessrett*, altså regler om domsjurisdiksjon, anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske avgjørelser.¹⁴

I 1988 ble den første utgaven av Luganokonvensjonen¹⁵ inngått mellom de daværende EU-statene og EFTA-statene, herunder Norge. Konvensjonens primære

⁹ Pålsson, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna*, 2008 s. 66, Konow, *Løsorepant over landegrenser*, 2005 s. 528 og Rognlien, *Luganokonvensjonen kommentarutgave*, 1993 s. 125.

¹⁰ Rt.1995 s. 25, se side 32.

¹¹ Jf. Bull, *Norsk lovkommentar til Luganokonvensjonen*, 2012 note 8. Se også Pålsson, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna*, 2008 s. 66.

¹² Rognlien, *Luganokonvensjonen kommentarutgave*, 1993 s. 125.

¹³ *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*. Vedtatt I 1968.

¹⁴ Lundegaard, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 1999 s. 19 fotnote 1 og s. 46.

¹⁵ *Konvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker*. Vedtatt i Lugano september 1988

formål var å styrke EFTA-statenes samarbeid med EU gjennom felles internasjonal prosessrett.¹⁶ Luganokonvensjonen av 1988 ble derfor utformet tilnærmet identisk med Brusselkonvensjonen. I 2001 ble Brusselkonvensjonen erstattet av den noe endrede EU-forordningen Brussel I.¹⁷ Endringene foranlediget en revisjon av Luganokonvensjonen av 1988, hvilket resulterte i at den ble erstattet av den någjeldende Luganokonvensjonen av 2007.¹⁸ Konvensjonen gjelder mellom EU-medlemsstatene og EFTA-statene.¹⁹ I 2015 ble Brussel I erstattet av EU-fordring Brussel I (recast).²⁰ Brussel I (recast) inneholder noen mindre endringer sammenholdt med Brussel I og Luganokonvensjonen av 2007. Konkursunntaket er imidlertid inntatt og identisk utformet i alle ovennevnte instrumenter.

For å finne begrunnelsen for konkursunntaket må man tilbake til Brusselkonvensjonen av 1968. I perioden Brusselkonvensjonen ble utformet og vedtatt, var arbeidet med å lage en egen Konkurskonvensjon igangsatt.²¹ Konkurskonvensjonen skulle i likhet med Brusselkonvensjonen regulere jurisdiksjon, anerkjennelse og fullbyrdelse, men kun for insolvensrettslige saker. Som følge av insolvensrettens *særegne karakter*, ønsket EU-statene at insolvensrettslige søksmål og avgjørelser fikk en mer spesialisert regulering enn den generelt anvendelige Brusselkonvensjonen.²² Den materielle og prosessuelle insolvensretten hadde utviklet seg forskjellig i EU-medlemsstatene. Forskjellene foranlediget en spesialregulering av prosessuelle spørsmål knyttet til insolvensbehandling. EU-medlemstatene måtte enes om blant annet virkningene av en konkurs. En mulighet var at kun én stat kunne åpne insolvensbehandling hos skyldneren, og at insolvensbehandlingen skulle få virkning i de øvrige EU-medlemsstatene. En annen mulighet var at flere stater skulle kunne åpne insolvensbehandling hos samme skyldner. Dette viktige spørsmålet var ulikt

¹⁶ Luganokonvensjonen av 1988 fortalens fjerde, femte og sjette ledd. Se også Jenard- og Möller-rapporten 1990 s. 7 avsn. 10.

¹⁷ Forordning nr. 44/2001.

¹⁸ *Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker*. Vedtatt i Lugano oktober 2007

¹⁹ Med unntak av Liechtenstein.

²⁰ Forordning nr. 1215/2012.

²¹ *Convention on Insolvency Proceedings*, åpnet for signering den 23. november 1995.

²² Sak 133/78 Gourdain avsn. 3 og sak C-111/08 SCT Industri avsn. 20. Se også Jenard-rapporten 1979 s. 11.

regulert i statenes interne rett.²³ Spesialreglene vedrørende insolvens kunne blitt tatt inn i Brusselkonvensjonen. Partene ønsket imidlertid ikke at Brusselkonvensjonen skulle holdes på vent frem til de insolvensrettslige spesialreglene var ferdig utformet.²⁴

Konkurskonvensjonen er bakgrunnen for at konkursunntaket ble tatt inn i Brusselkonvensjonen.²⁵ Uten konkursunntaket ville Brusselkonvensjonen overlappet med Konkurskonvensjonen. Konkursunntakets rekkevidde skulle samsvare med Konkurskonvensjonens anvendelsesområde, og kunne dermed betraktes som en ren *henvisning* til Konkurskonvensjonen.²⁶ Konkurskonvensjonen ble ferdigstilt i 1995, men trådte aldri i kraft ettersom Storbritannia avsto fra signering.²⁷ Store deler av reguleringen ble imidlertid videreført til de to Insolvensforordningene.²⁸ Dette gjelder også målet om samsvar mellom konkursunntakets rekkevidde og Insolvensforordningens anvendelsesområde.²⁹

1.4 Rettskildebildet og metodiske særtrekk

Luganokonvensjonen er en multilateral avtale som utgjør en folkerettslig forpliktelse for Norge. Norsk rett bygger på *det dualistiske system*.³⁰ Dette innebærer at folkeretten som utgangspunkt ikke får virkning for norsk intern rett før den folkerettslige forpliktelsen inkorporeres. Luganokonvensjonen er gjort til norsk rett ved henvisning.³¹ På denne måten er konvensjonen i sin helhet en del av norsk intern rett, og når norske domstoler tolker konkursunntaket i Luganokonvensjonen, tolker de realiteten norsk rett. Oppgaven søker å klargjøre

²³ Noël- og Lemontey-rapporten 1970 s. 3-7. Rapporten knytter seg til tolkningen av Konkurskonvensjonen.

²⁴ Noël- og Lemontey-rapporten 1970 s. 2.

²⁵ Evrigenis- og Kerameus-rapporten 1986 s. 11. Se også Konow, *Løsørepant over landegrener*, 2005 s. 527 og Rognlien, *Luganokonvensjonen kommentarutgave*, 1993 s. 125.

²⁶ Konkursunntaket «*was drafted with reference to a special Convention on bankruptcy*» jf. Schlosser-rapporten 1979 avsnitt 53.

²⁷ Fletcher, *Insolvency in private international law*, 2005 s. 343. For utfyllende historikk, se samme bok side 341-354.

²⁸ Insolvensforordning nr. 1346/2000 ble utarbeidet først. I etterkant startet arbeidet med å endre og videreutvikle forordning nr. 1346/2000. Arbeidet resulterte i Insolvensforordningen (recast) nr. 2015/848. For spørsmålene som skal behandles i oppgaven er det i hovedsak ikke grunn til å skille mellom de to insolvensforordningene. Individuelle forskjeller vil påpekes ved behov.

²⁹ Sammenhengen mellom konkursunntaket og Insolvensforordningen har betydning for tilknytningsvurderingen, og vil omtales nedenfor under pkt. 2.3.3.

³⁰ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 2017 s. 32.

³¹ Jf. Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), LOV-2005-06-17-90, jf. § 4-8.

den norske rettstilstanden, og utgangspunktet er dermed at konkursunntaket må tolkes i tråd med alminnelig norsk juridisk metode. Det er likevel flere faktorer som foranlediger bruk av utenlandske og internasjonale rettskilder.

Som nevnt er hovedformålet med Luganokonvensjonen å sikre *enhetlig* regulering av EFTA-statenes og EU-statenes internasjonale prosessrett. Dette er grunnen til at Luganokonvensjonen er utformet med Brussel I som forbilde. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at bestemmelsene er utformet på samme måte, dersom konvensjonstatenes nasjonale domstoler likevel tolker bestemmelsene ulikt. I den forbindelse fremgår det av Luganokonvensjonenes protokoll 2, om ensartet tolkning, at det ved tolkningen «skal ta[s] tilbørlig hensyn til de prinsipper som følger av enhver relevant avgjørelse om vedkommende bestemmelse(r) eller liknende bestemmelse(r) [i Luganokonvensjonen av 1988 og Brusselinstrumentene] truffet av domstolene i konvensjonsstatene og De europeiske fellesskaps domstol».³² Konkursunntaket er som nevnt identisk utformet i alle parallellinstrumentene.³³ Rettspraksis knyttet til parallellinstrumentenes konkursunntak er dermed relevant jf. ordlyden «vedkommende bestemmelse(r)». Ordlyden «tilbørlig hensyn» medfører dessuten at slik praksis er tungtveiende. Synspunktet er i tråd med Høyesteretts praksis, hvor det blir lagt til grunn som «sikker rett at EU-domstolens avgjørelser er en tungtveiende rettskilde» ved tolkningen av Luganokonvensjonen.³⁴

Ordlyden i Protokoll 2 art. 1 likestiller relevansen av avgjørelser «truffet av domstolene i konvensjonsstatene og De europeiske fellesskaps domstol». For å sikre et enhetlig regelverk, bør imidlertid én domstol ha det overordnede ansvaret for tolkningen. I denne forbindelse er EU-domstolen et naturlig dreiepunkt, ettersom EU-domstolen styrer tolkningen av Brusselforordningene og Luganokonvensjonen i EUs medlemsstater. EFTA-statenes domstoler må rette seg etter EU-domstolens tolkning av Brusselforordningene og Luganokonvensjonen, dersom EFTA-pilaren skal oppnå det tiltenkte formålet om en internasjonal prosessrett som tilsvarer rettstilstanden i EU-pilaren. Synspunktet har støtte i

³² Jf. Protokoll 2 art. 1 nr. 1.

³³ Brusselkonvensjonen, Luganokonvensjonen av 1988, Brussel I, og Brussel I (recast).

³⁴ Jf. HR-2017-1297-A avsn. 37. Tilsvarende i bl.a. HR-2018-869-A, Rt. 2011 s. 1532 og Rt. 2007 s. 1759.

norske lovforarbeider, hvor EU-domstolen karakteriseres som den «*øverste domstol til å tolke [...] Luganokonvensjonen 2007*». ³⁵ I de tilfeller EU-domstolens rettspraksis ikke gir veiledning, kan rettspraksis fra konvensjonsstatenes nasjonale domstoler likevel tjene som et moment ved tolkningen av Luganokonvensjonen. ³⁶

Ved anvendelsen av EU-domstolens praksis må det tas hensyn til at avgjørelsene skrives på fransk. Avgjørelsene blir deretter oversatt til de øvrige offisielle språkene i EU. Dersom en formulering i en oversatt avgjørelse åpner for tvil, eller dersom rettsanvenderen finner grunn til å legge stor vekt på en uttalelse, bør det undersøkes om flere språkversjoner gir uttrykk for det samme. ³⁷

Det presiseres også at det underveis i oppgaven vil henvises til rapporter som omhandler tolkningen av Brusselkonvensjonen og Luganokonvensjonene. Rapportene er ment å gi uttrykk konvensjonsforfatternes felles forståelse av konvensjonenes regler. ³⁸ Rapportene blir henvist til av EU-domstolen og av Høyesterett, ³⁹ men de er ikke tungtveiende rettskilder.

1.5 Om europeisk internasjonal insolvensrett

Insolvensforordningen regulerer den internasjonale insolvensretten innad i EU. Forordningen består av lovvalgsregler og regler knyttet til de *prosessuelle* sidene av internasjonal insolvensbehandling. Forordningen inneholder for eksempel regler om jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling. Videre har forordningen regler om anerkjennelse og fullbyrdelse av insolvensrettslige avgjørelser.

Forordningen inneholder imidlertid ingen regulering av den *materielle insolvensretten*. ⁴⁰ Med materiell insolvensrett menes eksempelvis vilkårene for å åpne insolvensbehandling, regler for hvilke disposisjoner som kan omstøtes og

³⁵ Ot.prp.nr.89 (2008-2009) s. 6. Justiskomiteen stilte seg bak uttalelsen jf. Innst. O. nr. 94 (2008-2009) s. 2.

³⁶ Slik som i HR-2018-869-A avsn. 80, hvor Høyesterett fant støtte for sitt synspunkt i en avgjørelse avsagt av House og Lords.

³⁷ Jf. Bull, *Norsk lovkommentar til Luganokonvensjonen*, 2012 note 2.

³⁸ Jf. Bull, *Norsk lovkommentar til Luganokonvensjonen*, 2012, note (*). Noten er unummerert, og plassert før fortalen.

³⁹ Se f.eks. Rt. 1996 s. 25 og sak C- 4/14 Christophe Bohez avsn. 56.

⁴⁰ Nærmere om skillet mellom materielle og prosessuelle regler, se Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2017 s. 5-6.

regler om prioritering av kreditorens krav. Det foreligger ingen annen EU-rettslig regulering av materiell internasjonal insolvensrett, og utformingen av denne er derfor et rent internrettslig anliggende.⁴¹

1.6 Overordnede hensyn og formål bak konkursunntaket

Hensynet til ensartede regler gjennomsyrrer Luganokonvensjonen.⁴² Tolkningen av konkursunntaket må derfor ivareta hensynet til ensartet tolkning, og unntaket må gis et *autonomt* innhold.⁴³ Dette kan være utfordrende ettersom konvensjonsstatenes materielle insolvensrett er ulik.⁴⁴ Tolkning kan eksempelvis *ikke* bygge på en felles europeisk standard for når insolvens inntreffer, ettersom en slik standard ikke finnes. For å sikre en autonom tolkning av konkursunntaket må tolkningen bygge på kriterier som er anvendelige på konvensjonsstatenes ulike interne materielle insolvensrett.⁴⁵

Hensynet til ensartet tolkning tilsier også at nasjonale domstoler ikke kan tolke konkursunntaket vidt. For å oppnå en ensartet tolkning, må nasjonale domstoler bygge på de kriterier som fremgår av EU-domstolens praksis, og avstå fra å utvikle konkursunntaket ytterligere.⁴⁶ En slik tilnærming vil også resultere i at anvendelsen av konkursunntaket, i nasjonale rettsprosesser, gir *forutberegnelige* resultater. Det er ønskelig at Luganokonvensjonens regler er forutberegnelige.⁴⁷ For det første minker risikoen for avvising av søksmål grunnet manglende verneing. For det andre får partene mulighet til å forutse virkningene av saksanlegg. Det er prosessøkonomisk uheldig å gjennomføre en rettsprosess dersom avgjørelsen ikke

⁴¹ Norge er ikke bundet av Insolvensforordningen, men er imidlertid bundet av Nordisk Konkurskonvensjon (*Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs*) av 1933. Nordisk Konkurskonvensjonen regulerer prosessuelle spørsmål, slik som hvilken virkning en konkursåpning i en konvensjonsstat har i de øvrige konvensjonsstatene. Ved tolkningen av konkursunntaket er det imidlertid kun fraværet av felles materiell insolvensrett innad i EU som har betydning.

⁴² Jf. Luganokonvensjonens protokoll 2. Se også ovenfor i pkt. 1.4. Fra litteraturen, se Rognlien, *Luganokonvensjonen kommentarutgave*, 1993 s. 102 og Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, 2013 s. 31.

⁴³ Jf. Sak C-133/78 Gourdain avsn. 3. Det gjelder hele art. 1 i Brusselordningen/Luganokonvensjonen, se f.eks. sak C-386/12 Schneider avsn. 18 og 19. For Luganokonvensjonen spesifikt, se Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, 2017 s. 57 og Konow, *Løstørepant over landegrensene*, 2005 s. 523-524.

⁴⁴ Jf. pkt. 1.5

⁴⁵ Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, 2013 s. 31.

⁴⁶ Se Prop.88 L (2015-2016) s. 35 hvor det fremgår at «[r]ekkevidden av konkursunntaket i Luganokonvensjonen bør [...] i første rekke fastlegges av EU-domstolen.»

⁴⁷ Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, 2013 s. 20.

får virkning for partene.⁴⁸ I forlengelsen av dette bør konkursunntaket tolkes slik at vurderingen bygger på klare retningslinjer, og ikke blir skjønnsmessig.

Hovedformålet med konkursunntaket er å unnta insolvensrettslige saker fra Luganokonvensjonens anvendelsesområde. I lys av konkursunntakets historiske bakgrunn er det nærliggende å legge til grunn at dette er konkursunntakets eneste formål.⁴⁹ Høyesterett har imidlertid fremhevet, som et generelt formål, at konkursunntaket skal sikre effektiv insolvenshandling.⁵⁰ Dette kan ikke sluttes direkte fra de europeiske rettskildene knyttet til konkursunntaket. Effektiv insolvensbehandling er imidlertid et av formålene bak Insolvensforordningen.⁵¹ Den nære sammenhengen mellom konkursunntaket og EUs Insolvensforordning medfører at hensynet til effektiv insolvensbehandling også kan sies å være et hensyn bak konkursunntaket.⁵²

1.7 Begrepsavklaringer

Det presiseres at *insolvensbehandling*, slik som nevnt ovenfor, brukes som en samlebetegnelse på insolvensprosedyrene «*konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger*». Det samme gjelder når ordlyden kortes ned til «*konkurs [m.v.] og liknende ordninger*».

Organet som styrer insolvensbehandlingen vil omtales som *insolvensbehandlingsorganet*. Begrepet omfatter eksempelvis bostyreren i et konkursbo, men også øvrige organer som styrer en insolvensbehandling.

⁴⁸ Dette er gjerne fordi avgjørelsen ikke vil anerkjennes, eller ikke kan fullbyrdes i utlandet.

⁴⁹ I denne retning, se Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010 s. 17.

⁵⁰ HR-2017-1297-A avsn. 64. Høyesterett fremhever i samme avsnitt hensynet til å unngå jurisdiksjonssplittelse. Dette vil imidlertid fanges opp av hensynet til effektiv insolvensbehandling, se nærmere om dette nedenfor under. pkt. 3.2.

⁵¹ Jf. fortalet i forordning nr. 2015/848, se særlig fortalets første og tredje ledd.

⁵² Jf. pkt. 1.3.

2 Tilknytningsvurderingen

2.1 Innledende

En av hovedgrunnene til at insolvensrettslige spørsmål ble skilt ut fra Brusselkonvensjonen var at åpning av insolvensbehandling fordret spesialregler.⁵³ Saker om åpning av en «*konkurs [m.v. eller] liknende ordninger*» er derfor alltid omfattet av konkursunntaket.⁵⁴ Det samme gjelder avslutning av insolvensbehandling.⁵⁵ For disse tilfellene gjøres det ingen tilknytningsvurdering. Det kan imidlertid oppstå en rekke andre saker underveis og i forbindelse med insolvensbehandlingen. Som det fremgår nedenfor faller mange slike saker utenfor konkursunntakets virkeområde. Disse sakene må nemlig ha en særskilt tilknytning til «*konkurs[en] [m.v. eller den] liknende ordninge[n]*» for å omfattes av konkursunntaket.

Problemstillingen for oppgavens kapittel 2 er hvilken *tilknytning* saken må ha til insolvensbehandlingen for at saken skal falle innenfor konkursunntakets virkeområde. Problemstillingen er oppgavens første *hovedproblemstilling* og vil utgjøre hovedtyngden av fremstillingen. Den videre drøftelsen forutsetter at det foreligger en «*konkurs [m.v. eller] liknende ordning[...]*».

Før *Bergen Bunkers-saken*⁵⁶ var tilknytningsvurderingen etter konkursunntaket sparsommelig behandlet av Høyesterett. Det foreligger to avgjørelser som slår fast klare utgangspunkter, likevel uten drøftelse av tilknytningsvurderingen.⁵⁷ I tillegg har Høyesterett avsagt den nevnte Rt. 1996 s. 25, som hovedsakelig knytter til ordlyden «*liknende ordninger*».⁵⁸ Fram til 2009 var konkursunntaket også sparsommelig behandlet av EU-domstolen. Etter 2009 har imidlertid EU-domstolen avsagt elleve avgjørelser som klargjør *tilknytningsvurderingens* innhold. Hovedvekten av avgjørelsene knytter seg til konkursunntaket i Brusselordningene, men disse avgjørelsene er svært sentrale ved tolkningen av

⁵³ Se ovenfor under pkt. 1.3.

⁵⁴ Sak C-213/10 F-*Tex* avsn. 26. Se også Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010 s. 75 og Hertz, *Bruxells I-forordningen med kommentarer*, 2007 s. 102.

⁵⁵ Sak C-267/97 *Éric Coursier* avsn. 16 jf. avsn. 5 og Prop. 88 L (2015-2016) s. 70.

⁵⁶ HR-2017-1297-A, *Bergen Bunkers*.

⁵⁷ Rt. 2013 s. 556 og Rt. 2004 s. 1018.

⁵⁸ Oppgaven avgrenser mot spørsmålet jf. ovenfor under pkt. 1.2.

konkursunntaket i Luganokonvensjonen.⁵⁹ Avgjørelsene er omtalt i litteraturen, men fremstillingene bygger på en kortfattet og kasuistisk tilnærming.⁶⁰ Litteraturen mangler en bredere analyse som søker å forene avgjørelsene.⁶¹ Målet med oppgavens analyse blir dermed å finne de generelle utgangspunktene og retningslinjene for tilknytningsvurderingen.

Ettersom hovedvekten av relevant rettspraksis er avsagt av EU-domstolen, og fordi det er EU-domstolen som i første rekke skal tolke og utvikle konkursunntaket,⁶² er det naturlig å ta utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelser når de generelle retningslinjene og utgangspunktene skal identifiseres og vurderes. Analysen skal likevel skrives fra et norsk perspektiv. Nettopp eksempler fra norsk insolvensrett vil derfor trekkes inn for å sette oppgaven i en norsk kontekst. Det må også presiseres at Høyesteretts avgjørelser vil gå foran EU-domstolens avgjørelser dersom det foreligger motstrid.⁶³ Prejudikatsvirkningene av Høyesteretts seneste avgjørelse, *Bergen Bunkers*,⁶⁴ vil derfor vurderes særskilt under pkt. 2.6.

2.2 Ordlyden

Ordlyden «*konvensjonen gjelder ikke [...] konkurs [m.v.]*» knytter seg kun til hvilke insolvensbehandlinger som omfattes. Ordlyden sier ikke noe om hvilken tilknytning saken må ha til insolvensbehandlingen. Tausheten er tvetydig. Den kan tilsa at alle saker som oppstår i forbindelse med insolvensbehandling er omfattet, men også at saken må ha en særlig insolvensrettslig karakter.

Luganokonvensjonens alminnelige virkeområde er «*sivile og kommersielle saker*» jf. art. 1 nr. 1.⁶⁵ Ordlyden i art. 1 nr. 1, sammenholdt med art. 1 nr. 2 bokstav b, indikerer at saken må ha et insolvensrettslig særtrekk som fraviker fra alminnelige

⁵⁹ Jf. ovenfor under pkt. 1.4 og pkt. 1.6.

⁶⁰ Fra norsk litteratur se f.eks. Bull, *Norsk lovkommentar til Luganokonvensjonen*, 2012 note 8, fra utenlandsk litteratur se van Calster, *European Private International Law*, 2016 s. 42-46 og Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, 2017 s. 61-63.

⁶¹ Påstanden bygger på mine søk ved universitetsbiblioteket i Bergen og Oslo.

⁶² Jf. ovenfor under pkt 1.4.

⁶³ Kongeriket Norges Grunnlov, LOV-1814-05-17, § 88 første ledd første punktum.

⁶⁴ HR-2017-1297-A, *Bergen Bunkers*.

⁶⁵ Dette gjelder også Luganokonvensjonen av 1988 og Brusselinstrumentene.

sivile og kommersielle saker.⁶⁶ Dette er likevel ingen presis retningslinje. Samlet sett gir ordlyden begrenset veiledning.

2.3 Utgangspunkter for tolkningen

2.3.1 Om vurderingstemaet

EU-domstolen har utviklet vurderingstemaet for tilknytningsvurderingen. Spørsmålet ble for første gang behandlet av EU-domstolen i *Gourdain*.⁶⁷ Bostyreren i et fransk konkursrammet selskap saksøkte selskapets tyske direktør for fransk rett. Boet ble tilkjent erstatning. Spørsmålet var om avgjørelsen kunne fullbyrdes i Tyskland. EU-domstolen måtte avgjøre om saken var omfattet av konkursunntaket i Brusselkonvensjonen. Om tilknytningsvurderingen uttalte EU-domstolen at:

«it is necessary, if decisions relating to bankruptcy and winding-up are to be excluded from the scope of the Convention, that they must derive directly from the bankruptcy or winding-up and be closely connected with the proceedings for the "liquidation des biens" or the "règlement judiciaire"».

For det første måtte saken *springe direkte ut fra* insolvensbehandlingen. For det andre måtte saken ha *nær forbindelse* med insolvensbehandlingen. Vurderingstemaet er senere gjennomgående lagt til grunn av både EU-domstolen og av Høyesterett.⁶⁸ EU-domstolen har presisert at vilkårene utgjør et *dobbelt kriterium*.⁶⁹ Vilråene har et selvstendig innhold. Enkelte momenter gjør seg likevel gjeldene under begge vilkår.⁷⁰ Vilråenes innhold behandles nærmere under punkt 2.4 og 2.5.

⁶⁶ Tolkningen er bekreftet i EU-domstolens, som særlig vektlegger om søksmålets rettsgrunnlag er insolvensspesifikt, se blant annet sak C-641/16 *Tünkers France*. Momentet vil behandles nærmere nedenfor under pkt. 2.4.2.

⁶⁷ Sak 133/78 *Gourdain*, avsagt i 1979.

⁶⁸ Av EU-domstolen senest i sak C-469/16 *Peter Valach* avsn. 26, avsagt 20. desember 2017. Fra Høyesterett se HR-2017-1297-A avsn. 42 og 53.

⁶⁹ I sak C-641/16 *Tünkers France* avsn. 21 og sak C-649/16 *Peter Valch* avsn. 28 omtales vurderingstemaet som *«dessa två kriterier»* i de svenske språkversjonene, og som *«dette dobbelte kriterium»* i de danske språkversjonene. Fra engelske språkversjoner se formuleringene *«that twofold test»* og *«that twofold criterion»* i henholdsvis *Tünkers France* og *Peter Valach*. De ulike formuleringene har ingen realitetsforskjell.

⁷⁰ Se nedenfor under pkt. 2.5.3.

Et spørsmål som reiser seg er om vilkårene er *kumulative*, eller om de inngår i en bredere *helhetsvurdering*. Hverken EU-domstolen eller Høyesterett har adressert spørsmålet eksplisitt. I *F-Tex*⁷¹ fant imidlertid ikke EU-domstolen grunn til å vurdere om søksmålet *sprang direkte ut av* insolvensbehandlingen fordi søksmålet uansett ikke hadde *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen. I *Nickel & Goeldner*⁷² var situasjonen motsatt. Søksmålet *sprang ikke direkte ut av* insolvensbehandlingen. Deretter konstaterte EU-domstolen at det ikke var nødvendig å vurdere om søksmålet hadde *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen for å slå fast at saken falt utenfor konkursunntaket.⁷³ Det er derfor mest nærliggende å anse vilkårene som kumulative. *F-Tex* og *Nickel & Goeldner* behandles nærmere nedenfor.

2.3.2 Sakens hovedspørsmål, kumulering av krav og forening av søksmål

I norsk rett er det adgang til å kumulere flere krav mot samme saksøkt, og å saksøke flere parter i en og samme sak.⁷⁴ Spørsmålet er hvordan slik kumulasjon påvirker tilknytningsvurderingen.

Ordlyden «saker» i art. 1 nr. 1 tilsier at vurderingen av Luganokonvensjonens anvendelsesområde må knyttes til saken som helhet, og ikke til sakens enkelte krav. Konvensjonens art. 48 nr. 1 regulerer imidlertid fullbyrdelse av «*utenlandsk dom [som] avgjør flere krav, og en avgjørelse som erklærer en dom for tvangskraftig ikke kan gis for dem alle*». I slike tilfeller skal domstolen gi «*erklæring for ett eller flere av kravene*». Ordlyden synes å forutsette at konvensjonens anvendelsesområde, og dermed også unntakene i art. 1 nr. 2, må vurderes for hvert enkelt krav. Dette ble bekreftet av EU-domstolen i relasjon til Brusselkonvensjonens art. 1 nr. 2 bokstav a) i avgjørelsen *Antonius van den Boogaard*.⁷⁵ Saken besto av to krav. Det ene kravet var omfattet av Brusselkonvensjonens art. 1 nr. 2 bokstav a), mens det andre kravet falt innenfor Brusselkonvensjonens anvendelsesområde. Kravet som var omfattet av art. 1 nr. 2

⁷¹ Sak C-213/10 *F-Tex*, se avsn. 41.

⁷² Sak C-157/13 *Nickel & Goeldner*, se avsn. 31.

⁷³ Den engelske språkversjonen er klar på dette punkt. Den svenske og den danske språkversjonen er imidlertid tydelige. Fra den danske språkversjon: «*uden at det i øvrigt er fornødent at tage stilling til, om søgsmålet er snævert forbundet med insolvensbehandlingen*».

⁷⁴ Tvisteloven §§ 15-1 og 15-2.

⁷⁵ Sak C-220/95 *Antonius van den Boogaard*.

bokstav a) kunne ikke fullbyrdes jf. art. 42.⁷⁶ Vurderingen av unntaksbestemmelsen i art. 1 nr. 2 bokstav a) knyttet seg altså til hvert enkelt krav, og ikke til saken som helhet.

Bergen Bunkers-avgjørelsen⁷⁷ bekrefter at samme innfallsvinkel gjelder for konkursunntaket. Høyesterett forelagt en sak med et pantekrav og et omstøtelseskrav. Høyesterett slo fast at «*krav må vurderes hver for seg i relasjon til konvensjonens virkeområde, selv om kravene fremmes i samme sak*». På denne bakgrunn må det gjøres en separat tilknytningsvurdering for hvert enkelt krav. Om ikke alle sakens krav omfattes av konkursunntaket, kan saken måtte deles mellom flere domsjurisdiksjoner. Retningslinjen innebærer også at det i saker med flere saksøkte, må gjøres en tilknytningsvurdering for hvert enkelt krav.

Et krav kan imidlertid forutsette at retten tar stilling til prejudisielle spørsmål. Det fremgår i denne forbindelse av Jenard-rapporten at «*matters falling outside the scope of the Convention do so only if they constitute the principal subject-matter of the proceedings*».⁷⁸ I følge Jenard-rapporten må altså kravets hovedspørsmål vurderes opp mot unntakene i Brusselkonvensjonen art. 1 andre ledd. Luganokonvensjonen av 2007 art. 1 nr. 2 er utformet på samme måte. Uttalelsen i Jenard-rapporten får derfor også betydning for tolkningen av Luganokonvensjonen art. 1 nr. 2.⁷⁹

Dersom et prejudisielt spørsmål rammes av unntakene i art. 1 nr. 2, vil ikke kravet, i følge uttalelsen i Jenard-rapporten, unntas fra Luganokonvensjonens anvendelsesområde. Retningslinjen fra Jenard-rapporten er bekreftet av EU-domstolen, men spørsmålet har ikke kommet på spissen i relasjon til *konkursunntaket*.⁸⁰ Jenard-rapportens uttalelse er imidlertid generell, og gjelder alle unntakene i art 1. andre ledd. Det er også bred enighet i teorien om at prejudisielle

⁷⁶ Merk at Brusselkonvensjonens art. 42 er parallellen til Luganokonvensjonen 2007 art. 48.

⁷⁷ HR-2017-1297-A, Bergen Bunkers. Det vil redegjøres nærmere for sakens faktum nedenfor under pkt. 2.6.1.

⁷⁸ Jenard-rapporten 1979 s. 10.

⁷⁹ Se Pocar-rapporten 2009 avsn. 14.

⁸⁰ Se sak C-190/89 Marc Rich avsn. 26 om voldsgiftsunntaket i Brusselkonvensjonen art. 1 andre ledd nr. 4.

spørsmål ikke skal vurderes opp konkursunntaket i Luganokonvensjonen.⁸¹ På denne bakgrunn må kravets hovedspørsmål omfattes av konkursunntaket for at kravet skal unntas Luganokonvensjonens virkeområde.

De nevnte utgangspunktene kan illustreres med et eksempel fra norsk rett: En person med bosted i *Norge* pretenderer å ha et erstatningskrav mot en virksomhet med filial i Norge, men med hovedforretningssted i *Polen*. Virksomheten avviser kravet. Kravshaveren anlegger så søksmål for en *norsk* domstol. Han anfører at konkurspresumsjonen i konkursloven⁸² § 63 er oppfylt. Bestemmelsen har som vilkår at kravshaver «*bevislig har krevd skyldneren for klar og forfalt gjeld*». Dersom kravshaveren ikke krever dom for erstatningskravets eksistens, vil retten prøve dette spørsmålet prejudisielt i vurderingen av om vilkårene i konkursloven § 63 er oppfylt.⁸³ I så fall skal kun kravet om konkursåpning, og ikke det prejudisielle spørsmålet om erstatningskravets eksistens, vurderes opp mot konkursunntaket. Som vist ovenfor vil saker om konkursåpning alltid omfattes av konkursunntaket, og dermed falle utenfor Luganokonvensjonens virkeområde.⁸⁴ Jurisdiksjonsspørsmålet vil reguleres av konkurslovens § 146. Bestemmelsen åpner ikke for norsk domsjurisdiksjon i det skisserte eksempelet, ettersom saksøkte ikke har hovedforretningssted i Norge.⁸⁵ Saken vil dermed avvises.

Dersom kravshaveren også krever dom for erstatningskravets eksistens vil dette utgjøre et eget krav. I tråd med retningslinjen fra *Bergen Bunkers* må kravene vurderes separat i relasjon til konkursunntaket. For eksempelets skyld forutsettes det videre at kravet gjelder erstatning utenfor kontrakt, og at skaden oppsto i Norge. Luganokonvensjonen gir norske domstoler jurisdiksjon over et slikt krav.⁸⁶ Dette medfører at saken må deles, slik at Norske domstoler avgjør erstatningskravet, men ikke kravet om konkursåpning.

⁸¹ Fra norsk teori se Bull, *Norsk lovkommentar til Luganokonvensjonen*, 2012 note 4, Konow, *Løsorepant over landegrensar*, 2005 s. 524 og 528, og Rognlien, *Luganokonvensjonen kommentarutgave*, 1993 s. 123. Fra svensk teori Pålsson, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna*, 2008 s. 63.

⁸² Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven), LOV-1984-06-08-58.

⁸³ Se til illustrasjon kjennelse avsagt av Frostating lagmannsrett, LF-2012-118734.

⁸⁴ Jf. ovenfor under pkt. 2.1.

⁸⁵ Rt. 2014 s. 716 avsn. 15.

⁸⁶ Jf. Luganokonvensjonen art. 5 nr. 3.

2.3.3 Forholdet til Insolvensforordningen

Konkurskonvensjons anvendelsesområde skulle samsvare med omfanget av konkursunntaket i Brusselkonvensjonen.⁸⁷ Selv om Konkurskonvensjonen aldri trådte i kraft, er målet om samsvar videreført til Insolvensforordningen. Dette fremgår allerede av ordlyden. Tilknyningsvurderingen i Insolvensforordningen er formulert som et krav om at saken «*derives directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them*».⁸⁸ Formuleringen er nær identisk med tilknyningskravet som ble oppstilt i *Gourdain*.⁸⁹ På denne bakgrunn har EU-domstolen slått fast at Insolvensforordningen og Brusselforordningene:

«must be interpreted in such a way as to avoid any overlap between the rules of law that those instruments lay down and any legal vacuum.

[...]

*Applying those principles, the Court has held that only actions which derive directly from insolvency proceedings and are closely connected with them are excluded from the scope of [Brusselforordningene]. Consequently, only those actions fall within the scope of [Insolvensforordningen]».*⁹⁰

Konkursunntakets rekkevidde er dermed harmonisert med Insolvensforordningens anvendelsesområde.⁹¹ Harmoniseringen er gjort for å unngå at Insolvensforordningen overlapper med Brusselforordningene og Luganokonvensjonen. Harmoniseringen bidrar også til at saker ikke faller mellom Insolvensforordningen og Brusselforordningene og Luganokonvensjonen. EFTA-statene er ikke tilsluttet Insolvensforordningen. Rekkevidden av konkursunntaket i Luganokonvensjonen skal likevel tolkes slik at det samsvarer med Insolvensforordningens anvendelsesområde.⁹²

Som følge av sammenfallende vurderingstema, foretar EU-domstolen en felles behandling av tilknyningsvurderingen i Insolvensforordningen og

⁸⁷ Se ovenfor under pkt. 1.3.

⁸⁸ Jf. forordning nr. 2015/848 art. 6 nr. 1. Se tilsvarende i art. 32 og fortalens sjette og 35 ledd.

⁸⁹ Sak 133/78 *Gourdain*. Se ovenfor under pkt. 2.3.1.

⁹⁰ Sak C-649/16 *Peter Valach*, avsn. 24 og 26. Se tilsvarende i bl.a. sak C-641/16 *Tünkers France* avsn. 17 og 19 og sak C-157/13 *Nickel & Goeldner* avsn. 21 og 23.

⁹¹ Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, 2017 s. 62, som anser dette som «*an example of the EU policy of ensuring that different measures fit together without gaps or overlaps*».

⁹² Sak C-295/13 *H v. H.K.* avsn. 31 og 32.

konkursunntaket. Spørsmålet om rettspraksis vedrørende tilknytningsvurderingen i Insolvensforordningen er relevant ved tolkningen av konkursunntaket i Brusselordningene og Luganokonvensjonen kommer derfor ikke på spissen. Den sammenfallende tilknytningsvurderingen får imidlertid betydning i andre sammenhenger.

For det *første* har EU-domstolen slått fast at Brusselordningenes generelle anvendelsesområde, «*civil and commercial matters*», skal tolkes vidt.⁹³ For å oppnå dette skal ikke Insolvensforordningens anvendelsesområde «*be given a broad interpretation*».⁹⁴ Som følge av harmoniseringen vil retningslinjen få anvendelse ved tilknytningsvurderingen i konkursunntaket. Tilknytningsvurderingen skal derfor ikke tolkes vidt.⁹⁵

For det *andre* inneholder Insolvensforordningens art. 6 og 35, og dens fortale, eksempler på sakstyper med tilstrekkelig tilknytning til insolvensbehandling. Den sammenfallende tilknytningsvurderingen gjør det relevant å vektlegge eksemplene ved tolkningen av konkursunntaket. Eksemplene vil trekkes inn i den videre drøftelsen.

2.4 Saken springer direkte ut av insolvensbehandlingen

2.4.1 Innledende

I denne delen av oppgaven skal det vurderes hva det innebærer at en sak *springer direkte ut av* insolvensbehandlingen. Som nevnt er dette ett av to vilkår i vurderingen av om saken har tilstrekkelig tilknytning til insolvensbehandlingen.⁹⁶ I EU-domstolens seneste avgjørelse om konkursunntaket, *Peter Valach*,⁹⁷ ble vilkårets innhold sammenfattet slik:

«*[I]n order to determine whether an action derives directly from insolvency proceedings, the decisive factor applied by the Court to identify the area*

⁹³ Jf. art. 1. Luganokonvensjonens anvendelsesområde er regulert tilsvarende.

⁹⁴ Jf. Sak C-649/16 Peter Valach, se avsn. 25. Se også bl.a. Sak C-641/16 Tüinkers France avsn 18 og sak C-157/13 Nickel & Goeldner avsn. 22.

⁹⁵ Retningslinjen følger også av hensynet til ensartet tolkning jf. pkt. 1.6.

⁹⁶ Jf. ovenfor under pkt. 2.3.1.

⁹⁷ Sak C-649/16 Peter Valach, avsagt 20. desember 2017

within which an action falls is not the procedural context of the action but its legal basis. According to that approach, it must be determined whether the right or obligation which forms the basis of the action has its source in the ordinary rules of civil and commercial law or in derogating rules specific to insolvency proceedings» (mine understrekinger).⁹⁸

EU-domstolen har tatt tilsvarende utgangspunkt i en rekke avgjørelser.⁹⁹ Vurderingen av om kravet *springer direkte ut* av insolvensbehandlingen skal derfor starte med en vurdering av sakens *konkrete rettsgrunnlag*, ikke om kravet oppstår i en insolvensprosessuell kontekst.¹⁰⁰ Det avgjørende er om rettsgrunnlaget er *insolvensspesifikt*.¹⁰¹ Fremgangsmåten har, som nevnt ovenfor under pkt. 2.2, sammenheng med ordlyden i Luganokonvensjonen art. 1 nr. 1.¹⁰² Konvensjonens generelle anvendelsesområde knytter seg til «*sivile og kommersielle saker*». Etersom insolvensbehandling er unntatt, gir dette en foranledning til å finne særtrekk ved saken som skiller den fra de alminnelige «*sivile og kommersielle saker*». I denne forbindelse vurderer EU-domstolen kravets rettsgrunnlag.

2.4.2 Insolvensspesifikt rettsgrunnlag

Med insolvensspesifikt rettsgrunnlaget er det naturlig å anta at EU-domstolen mener et rettsgrunnlag som kun får anvendelse ved insolvensbehandling. EU-domstolen har også tatt dette utgangspunktet. Et eksempel er *German Graphics*-saken.¹⁰³ Tvisten sto mellom en tysk maskinselger og en nederlandsk kjøper. I kjøpskontrakten var det inntatt en klausul om eiendomsforbehold. Den nederlandske kjøperen ble slått konkurs etter overlevering av maskinene, men før betaling. Den tyske selgeren fikk medhold i tysk rett om at han på grunnlag av eiendomsforbeholdet kunne iverksette sikrende rettsmidler. Selgeren ønsket å

⁹⁸ Avsn. 29.

⁹⁹ Se blant annet sak C-641/16 *Tünkers France* avsn. 22, sak C-649/13 *Nortel Networks* avsn. 28 og sak C-295/13 *H v. H.K.* avsn. 21, sak C-157/13 *Nickel & Goeldner* avsn. 27.

¹⁰⁰ Fra de danske språkversjoner, «*søgsmålets retsgrunnlag*» jf. sak C-649/16 *Peter Valach* avsn. 29, C-641/16 *Tünkers France* avsn. 22 og sak C-157/13 *Nickel & Goeldner* avsn. 27. I de svenske språkversjoner, søksmålets «*rättsliga grund*».

¹⁰¹ Se fra den svenske språkversjon av C-649/16 *Peter Valach*, «*undantagsregler som är specifika för insolvensförfaranden*», og fra den danske «*undtagelsesbestemmelser, der er særlige for insolvensbehandlinger*». Se tilsvarende formulering i sak C-641/16 *Tünkers France* avsn. 22, sak C-157/13 *Nickel & Goeldner* avsn. 27, sak C-649/13 *Nortel Networks* avsn. 28 og sak C-295/13 *H. v. H.K.* avsn. 21. De engelske, svenske og danske formuleringer har likt meningsinnhold.

¹⁰² Brusselinstrumentenes anvendelsesområde er regulert på samme måte.

¹⁰³ Sak C-292/08 *German Graphics*.

fullbyrde avgjørelsen i Nederland. I denne forbindelse måtte det avklares om saken var omfattet av konkursunntaket i Brussel I. EU-domstolen uttalte at «[t]he answer to that question of law is independent of the opening of insolvency proceedings».¹⁰⁴ Den tyske avgjørelsen bygget på eiendomsforbeholdet. Saksøker kunne reist søksmål på grunnlag av eiendomsforbeholdet før insolvensbehandling ble åpnet. Av den grunn var ikke eiendomsforbeholdet et insolvensspesifikt rettsgrunnlag. Den sentrale retningslinjen for vurderingen av om rettsgrunnlaget er insolvensspesifikt synes å være at rettsgrunnlaget kun kan få anvendelse etter åpning av insolvensbehandling.

*Nickel & Goeldner*¹⁰⁵ er et annet eksempel på en sak med et rettsgrunnlag som ikke er insolvensspesifikt. Faktum gikk i korthet ut på at det litauiske selskapet Kintra hadde utført godsbefraktning for det tyske selskapet Nickel & Goeldner. Befraktningstjenesten ble ikke betalt. Senere gikk Kintra konkurs. Bostyrer anla søksmål for en litauisk domstol med påstand om at Nickel & Goeldner måtte betale den utestående fordringen. Bostyreren hevdet at saken falt innenfor konkursunntakets virkeområde. Nickel & Goeldner bestred den litauiske domstols jurisdiksjon, og mente søksmålet ble regulert av Brussel I.

EU-domstolen startet med å vurdere rettsgrunnlaget. Kravet bygget på befraktningsavtalen mellom Kintra og Nickel & Goeldner. Dette var ikke et rettsgrunnlag som forutsatte at Kintra hadde gått konkurs. Kintra kunne selv ha anlagt søksmålet før boåpning. Også da ville kravet bygget på befraktningsavtalen. Befraktningsavtalen var derfor ikke et insolvensspesifikt rettsgrunnlag. Vurderingen er altså i samsvar med retningslinjen som trekkes opp i *German Graphics*.

Ved inndrivelse av utestående fordringer, slik som i *Nickel & Goeldner*, er konklusjonen ofte gitt. Det er fordi et slikt søksmål gjerne vil bygge på avtalen mellom insolvensdebitor og medkontrahenten. Når en slik avtale utgjør rettsgrunnlaget er ikke søksmålet avhengig av at insolvensbehandling er åpnet. Dette antas å være grunnen til at tolkningen i *Nickel & Goeldner* senere ble skrevet

¹⁰⁴ Avsn. 31.

¹⁰⁵ Sak C-157/13 *Nickel & Goeldner*.

inn i Insolvensforordningens fortale.¹⁰⁶ Her fremgår det at «*actions for the performance of the obligations under a contract concluded by the debtor prior to the opening of proceedings do not derive directly from the proceedings*» (min understreking).

Avgjørelsene som er omtalt til nå illustrerer rettsgrunnlag som *ikke* er insolvensspesifikke. Rettsgrunnlag for omstøtelse tjener som eksempel på det motsatte. Vurderingen må som nevnt knytte seg til den *konkrete* hjemmelen, men omstøtelseshjemler vil som klar hovedregel være insolvensspesifikke.¹⁰⁷ EU-domstolen vurderte et omstøtelsessøksmål i *Seagon*.¹⁰⁸ Det tyske selskapet Frick var tatt under konkursbehandling. Frick hadde overført et større beløp til et belgisk selskap kort tid før konkursåpningen. Bostyreren krevde at disposisjonen ble omstøtt. EU-domstolen tolket Insolvensforordningen¹⁰⁹ art. 3 nr. 1 slik at den ikke bare regulerte jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling, men også innbar at insolvensåpningsstaten hadde jurisdiksjon over tilknyttede krav. Det ble ikke foretatt noen eksplisitt vurdering av om søksmålet var omfattet av konkursunntaket. Gitt forutsetningen om samsvarer mellom konkursunntaket og Insolvensforordningenes anvendelsesområde forutsetter imidlertid konklusjonen at omstøtelsessøksmålet var omfattet av konkursunntaket. Dette bekreftes i Advocate General Colomers innstilling til EU-domstolen.¹¹⁰

Begrunnelsen for at rettsgrunnlaget i omstøtelsessaker som *klar hovedregel* er insolvensspesifikt, er at omstøtelseshjemler som utgangspunkt kun er anvendelige etter åpning av insolvensbehandling. Norsk rett kan brukes som eksempel. Konkursboet kan anlegge omstøtelsessøksmål etter reglene i dekningsloven kapittel 5.¹¹¹ Omstøtelsesreglene i kapittel 5 kommer kun til anvendelse *etter åpning* av insolvensbehandling jf. dekningsloven § 5-1, noe som er tilstrekkelig til å

¹⁰⁶ Forordning nr. 2015/848 avsn. 35.

¹⁰⁷ HR-2017-1297-A avsn. 54, Rt. 2004 s. 1018 avsn. 37 jf. avsn. 28, Rt. 1996 s. 25 på side 34, sak C-213/10 F-*Tex* avsn. 33. I Insolvensforordningen nr. 2015/848 brukes omstøtelsessøksmål som eksempel på søksmål med tilstrekkelig tilknytning jf. art 6 og fortalens 35 ledd. Se også Prop. L 88 (2015-2016) s. 35, Rognlien, *Luganokonvensjonen kommentarutgave*, 1993 s. 125, Pålsson, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna*, 2008, s. 67 og van Calster, Geert, *European Private International Law*, 2016 s. 43.

¹⁰⁸ Sak C-339/07 *Seagon*.

¹⁰⁹ Forordning nr. 1346/2000.

¹¹⁰ ECLI:EU:C:2008:575 avsn. 58.

¹¹¹ Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven), LOV-1984-06-08-59.

konstatere at søksmålets rettsgrunnlag er insolvensspesifikt.¹¹² Norsk rett illustrerer også at det likevel må gjøres en *konkret* vurdering av sakens rettsgrunnlag. Omstøtelseskrav kan nemlig oppstå i andre situasjoner enn under insolvensbehandling. Det fremgår i den forbindelse av ekteskapsloven § 35 at en ektefelle i noen tilfeller kan kreve den andre ektefellenes «*avtale[...] omstøtt ved dom*».¹¹³ Omstøtelsesretten etter ekteskapsloven § 35 forutsetter ikke åpning av insolvensbehandling, og er derfor ikke *insolvensspesifikk*. Det er altså uten betydning at omstøtelseskrav som oftest omfattes av konkursunntaket, dersom den konkrete omstøtelsehjemmel ikke er insolvensspesifikk.

De nevnte avgjørelsene danner en ramme for vurderingen av om hjemmelen er insolvensspesifikk. Utgangspunktet er at kun rettsgrunnlag som forutsetter åpning av insolvensbehandling er insolvensspesifikk. EU-domstolen gjør ingen realitetsprøving av insolvensåpningsstatens interne materielle insolvensrett, og vurderer kun om rettsgrunnlaget forutsetter insolvensåpning. Slik kan retningslinjen gis generell anvendelse på tross av konvensjonsstatenes ulike materielle insolvensrett. Dette sikrer *en autonom* tolkning av konkursunntaket.¹¹⁴ I tillegg åpner et slikt utgangspunkt i liten grad for skjønn, og ivaretar behovet for en forutberegnelig tolkning.¹¹⁵

EU-domstolens avgjørelse *H. v. H.K.*¹¹⁶ nyanserer imidlertid retningslinjen noe. Tvisten sto mellom konkursboet til det tyske selskapet G.T. og G.T. sin sveitsiske direktør. Ettersom Sveits ikke er tilsluttet EU ble tvisten vurdert etter Luganokonvensjonen, og ikke etter Brussel I. Før konkursen, men etter at G.T. var *materielt insolvent*, overførte firmaet en betydelig sum til sitt datterselskap. Bostyrer anla søksmål i Tyskland med påstand om at den sveitsiske direktøren var personlig ansvarlig for beløpet.

EU-domstolen måtte vurdere om søksmålet var omfattet av konkursunntaket i Luganokonvensjonen av 2007. EU-domstolen vektla ikke, og kommenterte heller

¹¹² HR-2017-1297-A avsn. 54. Dekningsloven §§ 5-5 og 5-7 var de anførte grunnlag for omstøtelse. Høyesterett slo fast at omstøtelseskravet var omfattet av konkursunntaket.

¹¹³ Lov om ekteskap (ekteskapsloven), LOV-1991-07-04-47.

¹¹⁴ Jf. ovenfor under pkt. 1.6.

¹¹⁵ Jf. ovenfor under pkt. 1.6.

¹¹⁶ Sak C-295/13 H v. H.K.

ikke, at sakens rettsgrunnlag var plassert i tysk *selskapslovgivning*. Fremgangsmåten er i tråd med utgangspunktet om at rettsgrunnlagets anvendelsesområde, og ikke rettsgrunnlagets plassering i saksøkers interne rettssystem, er avgjørende. Det som gjorde saken tvilsom var at rettsgrunnlaget fikk anvendelse i tilfeller hvor *det formelt sett ikke var åpnet insolvensbehandling*. Det tradisjonelle kravet til insolvensspesifikt rettsgrunnlag syntes derfor ikke å være oppfylt. Rettsgrunnlaget skilte seg imidlertid fra alminnelige sivile og kommersielle regler. Det forutsatte nemlig at skyldner var *materielt insolvent*. I tillegg ville den sveitsiske direktøren kun hefte for:

*«the payments which he made on behalf of that company after it became insolvent or after it was established that the company's liabilities exceeded its assets. That provision therefore clearly derogates from the common rules of civil and commercial law, specifically because of the insolvency of the debtor company».*¹¹⁷

EU-domstolen la stor vekt på at bestemmelsen forutsatte *materiell insolvens*. Dette var egnet til å skille bestemmelsen fra alminnelige sivile og kommersielle regler. EU-domstolen konkluderte derfor med at rettsgrunnlaget var insolvensspesifikt.

Tolkning opprettholder idealet om en forutberegnelig regel, fordi et krav om at rettsgrunnlaget forutsetter materiell insolvens gir et fast holdepunkt for vurderingen. Tolkningen synes likevel å innebære en viss utvikling. Dersom nasjonale domstoler er for dynamiske i sin tolkning er det fare for motstridende rettstilstand i Luganokonvensjons medlemsstater, og hensynet til rettsenhet vil ikke ivaretas.¹¹⁸ I lys av EU-domstolens ellers faste praksis, og fordi begrunnelsen var svært konkret, bør ikke nasjonale domstoler ta *H. v. H.K.* til inntekt for at den generelt åpner for at rettsgrunnlag som ikke forutsetter åpning av insolvensbehandling kan være insolvensspesifikke. Rettsgrunnlag som kun får anvendelse i forbindelse med insolvensbehandling utgjør fremdeles kjernen av kravet til insolvensspesifikt rettsgrunnlag. Dersom nasjonale domstoler blir forelagt

¹¹⁷ Avsn. 23.

¹¹⁸ Det samsvarer med den norske lovgivers standpunkt om at «[r]ekkevidden av konkursunntaket i Luganokonvensjonen [...] i første rekke [bør] fastlegges av EU-domstolen» jf. Prop.88 L (2015-2016) s. 35.

en sak med et rettsgrunnlag som forutsetter materiell insolvens vil imidlertid avgjørelsen tilsi at rettsgrunnlaget er insolvensspesifikt.

2.4.3 Særlig om tilfeller av brudd på insolvensspesifikk kompetansehjemmel

Avgjørelsene som er drøftet ovenfor omhandler saker som *bygger direkte på* et insolvensspesifikt rettsgrunnlag. Med det menes at rettsvirkningen inntreffer dersom rettsgrunnlagets vilkår er oppfylt. Det kan imidlertid oppstå søksmål som bygger på *brudd på insolvensspesifikke kompetanseregler*. Et typisk eksempel er erstatningsansvar for bostyrere. Særtrekket ved saker om brudd på insolvensspesifikke kompetansehjemler er at *rettsvirkningen* ofte følger av andre regler enn den insolvensspesifikke. Spørsmålet er hvordan dette påvirker vurderingen av om rettsgrunnlaget er insolvensspesifikt.

*Peter Valach-dommen*¹¹⁹ berører tematikken. Det slovakiske selskapet VAV ble tatt under insolvensbehandling. Avgjørelsen om å åpne insolvensbehandling ble truffet av en kreditorkomite bestående av utvalgte kreditorer. VAV gav, i tråd med slovakisk insolvenslovgivning, et gjenopprettingsforslag til kreditorkomiteen. Kreditorkomiteen avviste forslaget. VAVs aksjonærer, og enkelte av VAVs forretningsforbindelser, mente restruktureringsplanen skulle vært godkjent og at insolvensbehandling derfor ikke skulle vært åpnet. De saksøkte kreditorkomiteen for tapet de led som følge av insolvensåpningen.

Kreditorkomiteen var ved lov forpliktet til å handle i kreditorfellesskapets interesse ved vurderingen av om insolvensbehandling skulle åpnes. Det ble anført at denne plikten *var brutt*. Den lovfestede plikten var imidlertid ingen erstatningshjemmel. Erstatningshjemmelen hadde et generelt anvendelsesområde og var klart nok ikke insolvensspesifikk. Den lovfestede plikten til å handle i kreditorenes interesse ved vurderingen av konkurs skulle åpnes, var imidlertid insolvensspesifikk. Erstatningskravet var helt avhengig av erstatningshjemmelen, og det kunne dermed hevdes at kravet til insolvensspesifikt rettsgrunnlag måtte vurderes i relasjon til denne. Formålet med søksmålet var likevel *«in particular to determine whether the members of the committee of creditors[...] infringed their duty to act in the joint*

¹¹⁹ Sak C-649/16 Peter Valach.

interest of all the creditors». ¹²⁰ Videre var søksmålet en direkte følge av kreditorkomiteens beslutning om å åpne konkurs. Derfor vurderte EU-domstolen kravet om insolvensspesifikt rettsgrunnlag i relasjon til kreditorkomiteens lovfestede plikt til å handle i kreditorfellesskapets interesse. På denne bakgrunn fant EU-domstolen at erstatningskravet sprang direkte ut av insolvensbehandlingen.

Spørsmålet ble også aktualisert i *SCT-Industri*. ¹²¹ Bakgrunnen for saken var en insolvensbehandling i det svenske selskapet SCT-Industri. Bostyrer avhendet SCT-Industris aksjer i et østerriksk selskap. En østerriksk domstol slo senere fast at avhendelsen var ugyldig. Begrunnelsen var at den svenske bostyreren manglet kompetanse til å råde over SCT-Industris aksjer i det østeriske selskapet. EU-domstolen konkluderte med at søksmålet bygde på et insolvensspesifikt rettsgrunnlag. ¹²² Det var fordi overdragelsen var skjedd med hjemmel i insolvensspesifikke bestemmelser i den svenske konkursloven, som fratok insolvensdebitor råderetten over sine eiendeler. *SCT-Industri* ble omtalt i den senere avgjørelsen *Tünkers France*. ¹²³ I *Tünkers France* hadde det blitt åpnet insolvensbehandling i det tyske selskapet Expert Maschinenbau. Insolvensbehandlingsorganet avhendet en av Expert Maschinenbaus virksomhetsgrener til det tyske selskapet TM. Expert Maschinenbaus tidligere eneforhandler i Frankrike gikk så til søksmål mot TM for fransk rett og påsto at de hadde overtrådt konkurranselovgivningen. Rettsgrunnlaget var konkurranserettslige regler, som klart ikke var insolvensspesifikke. EU-domstolen henviste likevel også til SCT-Industri og uttalte at til forskjell fra SCT-Industri hvor *«the liquidator who transferred the shares was criticised for failing to use a power he derived specifically from the provisions of national law governing collective procedures, the dispute in the main proceedings concerns the conduct of the assignee alone»* (min understreking). ¹²⁴

¹²⁰ Avsn. 33.

¹²¹ Sak C-111/08 SCT-Industri.

¹²² Avsn. 27 og 28

¹²³ Sak C-641/16 Tünkers France.

¹²⁴ Avsn. 25.

På denne bakgrunn må retningslinjen være at når ønsket rettsvirkning er avhengig av brudd på en insolvensspesifikk kompetanseregulering vil søksmålet, som et klart utgangspunkt, oppfylle kravet til insolvensspesifikt rettsgrunnlag.

2.4.4 Tilleggsmomenter

I tillegg til å vurdere om kravets rettsgrunnlag er insolvensspesifikt har EU-domstolen, i vurderingen av om saken *springer direkte ut av insolvensbehandlingen*, påpekt enkelte tilleggsmomenter.¹²⁵ Momentene knytter seg til om insolvensbehandlingsorganet er part, og om søksmålet rent faktisk er anlagt *etter* åpningen av insolvensbehandlingen. I tillegg bemerker EU-domstolen om søksmålet ivaretar kreditorfellesskapets interesser, eller om søksmålet tilgodeser tredjeparter. Momentene vil i det videre omtales som *tilleggsmomenter*.

Vekten av tilleggsmomentene fremstår som uklar. EU-domstolen har aldri konkludert med at saken *springer direkte ut av insolvensbehandlingen* i tilfeller hvor rettsgrunnlaget *ikke* er insolvensspesifikt. Det foreligger heller ingen avgjørelser hvor rettsgrunnlaget var insolvensspesifikt, men saken ikke ble ansett for å *springe direkte ut av insolvensbehandlingen*, begrunnet med at tilleggsmomentene ikke gjorde seg gjeldende med tilstrekkelig styrke. Mangelen på slik praksis kan selvsagt skyldes at de rette typetilfellene ikke har blitt behandlet av EU-domstolen, og kan ikke i seg selv tas til inntekt for at *tilleggsmomentene* har begrenset betydning.

Den allerede omtalte *Nickel & Goeldner*¹²⁶ gir imidlertid en viss veiledning vedrørende momentenes vekt. Søksmålet rettsgrunnlag var avtalen konkursskyldner inngikk med sin medkontraahent før konkursåpning. Dette var ikke et insolvensspesifikt rettsgrunnlag. Av den grunn sprang saken tilsynelatende ikke *direkte ut av insolvensbehandlingen*. EU-domstolen påpekte likevel på at søksmålet ble anlagt *etter* boåpning, at bostyrer var part og at bostyrer handlet i kreditorfellesskapets interesse. Alle de relevante tilleggsmomentene trakk altså i retning av at hjemmelen *sprang direkte ut av insolvensbehandlingen*. Konklusjonen

¹²⁵ Sak C-641/16 *Tünkers France* avsn. 26, sak C-157/13 *Nickel & Goeldner* avsn. 29 og sak 133/78 *Gourdain* avsn. 5.

¹²⁶ Sak C-157/13 *Nickel & Goeldner*.

ble likevel at søksmålet ikke sprang direkte ut av insolvensbehandlingen. Dette var fordi de nevnte tilleggsmomentene ikke «*substantially amend the nature of the debt relied on which continues to be subject, in terms of the substance of the matter, to the rules of law which remain unchanged*». ¹²⁷ Det faktum at hjemmelen ikke var insolvensspesifikk kunne altså ikke avhjelpest av at *alle* tilleggsmomentene EU-domstolen har funnet relevant gjorde seg gjeldende. Avgjørelsen i seg selv gir en klar indikasjon på at tilleggsmomentene har liten betydning.

På den annen side var det *ikke* tvilsomt at sakens rettsgrunnlag, *avtalen* inngått mellom insolvensdebitor og hans medkontrahent før åpning av insolvensbehandling, ikke var insolvensspesifikt. Det kan derfor tenkes at tilleggsmomentene vil få større betydning når spørsmålet om insolvensspesifikt rettsgrunnlag åpner for tvil. Kravet til insolvensspesifikt rettsgrunnlag er likevel en nokså skarpskåret vurdering, og spørsmålet vil sjelden være tvilsomt.

På denne bakgrunn må vurderingen av om saken *springer direkte ut av* insolvensbehandlingen styres av kravet om insolvensspesifikt rettsgrunnlag. Det er gode grunner for en slik tilnærming. Utstrakt bruk av de nevnte tolkningsmomenter gir en uklar regel, og ivaretar ikke behovet for en forutberegnelig tolkning av konkursunntaket. ¹²⁸ Når EU-domstolen likevel har fremhevet tilleggsmomentene kan ikke et skjønnsmessig aspekt avfeies som irrelevant. Behovet for klare regler og det faktum at EU-domstolen aldri har latt tilleggsmomentene veie opp for et rettsgrunnlag som ikke er insolvensspesifikt tilsier imidlertid at det bør utvises forsiktighet med å gi tilleggsmomentene stor vekt. Ved tvil må tilleggsmomentene likevel kunne gis en viss betydning.

2.5 Nær forbindelse med insolvensbehandlingen

2.5.1 Innledende

I tillegg til å *springe direkte ut av* insolvensbehandlingen må saken ha *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen for å omfattes av konkursunntaket. Som nevnt ovenfor i pkt. 2.3.1 er dette et selvstendig vilkår. Vilkåret i seg selv indikerer at forbindelsen med insolvensbehandlingen må være tett. Det er likevel ingen

¹²⁷ Avsn. 29.

¹²⁸ Jf. ovenfor under pkt. 1.6.

presis retningslinje, ettersom en rekke faktorer på ulike måter kan skape nærhet eller avstand til en insolvensbehandling. Det kan være seg partsforhold, tidsforløp, formålet med saken og lignende. Rettspraksis fra EU-domstolen gir imidlertid veiledning. Den videre analysen vil fokusere på hvilke utgangspunkter og momenter som styrer vurderingen.

2.5.2 Anlagt i konteksten av insolvensbehandling

Det første punktet som synes å forene EU-domstolens avgjørelser er at søksmålet må være anlagt i *konteksten* av en insolvensbehandling. Moment knytter seg til tidspunktet søksmålet anlegges.

EU-domstolens avgjørelser er ikke klare omkring hvilket av vurderingstemaets to vilkår momentet knytter seg til. I de to seneste avgjørelsene, *Tünkers France*¹²⁹ og *Peter Valach*,¹³⁰ synes imidlertid EU-domstolen å klargjøre at vilkåret om at saken må *springe direkte ut av* insolvensbehandlingen, primært knytter seg til om rettsgrunnlaget er insolvensspesifikt.¹³¹ På denne bakgrunn vil momentet i den videre fremstillingen behandles under vilkåret om at saken må ha *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen. Det må likevel presiseres at spørsmålet kun er av systematiseringsinteresse. Som det fremgår like nedenfor fremstår momentet nemlig som et ufravikelig krav. Systematiseringen av momentet vil dermed ikke påvirke utfallet av tilknytningsvurderingen.

Momentet sto sentralt i den allerede omtalte saken *H. v. H.K.*¹³² EU-domstolen fant ikke grunn til å vektlegge at sakens rettsgrunnlag teoretisk sett var anvendelig «*where no insolvency proceedings concerning the assets of the debtor company have been opened*» såfremt søksmålet «*was actually brought in the context of insolvency proceedings, as is the case in the main proceedings*».¹³³ EU-domstolen synes her å oppstille et krav om at insolvensbehandlingen må være åpnet *før* søksmålet anlegges. Dette blir særlig tydelig når uttalelsen ses i sammenheng med domstolens avsluttende bemerkning:

¹²⁹ Sak C-641/16 *Tünkers France*, avsagt 9. november 2017.

¹³⁰ Sak C-649/16 *Peter Valach*, avsagt 20. desember 2017.

¹³¹ Se sitat ovenfor under pkt. 2.4.1

¹³² Sak C-295/13 *H. v. H.K.* Faktum er redegjort for ovenfor under pkt. 2.4.2.

¹³³ Avsn. 20.

«It must be stated, on the other hand, that an action based on [sakens rettsgrunnlag] and brought outside the context of insolvency proceedings may fall within the scope of the Lugano II Convention or, as the case may be, that of Regulation No 44/2001. However, that is not the situation in the case in the main proceedings».¹³⁴

Dersom søksmålet hadde blitt reist før insolvensbehandlingsens åpning kunne søksmålet altså blitt regulert av Luganokonvensjonen eller Brussel I. Det minnes om at saker som omfattes av konkursunntaket faller utenfor anvendelsesområde til nevnte konvensjon og forordning. På denne bakgrunn må søksmålet anlegges *etter* insolvensbehandlingsens åpning. Det er imidlertid kun unntaksvis at et søksmål med insolvensspesifikt rettsgrunnlag rent *faktisk* kan anlegges før åpning av insolvensbehandling. Det kan likevel tenkes i tilfeller, som nettopp *H. v. H.K.*, hvor rettsgrunnlaget var insolvensspesifikt fordi det forutsatte at selskapet var *materielt insolvent*, men ikke at insolvensbehandling var åpnet.

Videre skal det vurderes hvor *sent* et søksmål kan anlegges, og likevel være anlagt innenfor konteksten av en insolvensbehandling. På dette punkt må det igjen skilles mellom søksmål som bygger *direkte* på et insolvensspesifikt rettsgrunnlag og søksmål som bygger på *brudd* på insolvensspesifikk kompetanse hjemmel.¹³⁵ Saker som bygger direkte på et insolvensspesifikt rettsgrunnlag vil vurderes først.

Spørsmålet ble aktualisert i *ÖFAB*.¹³⁶ Det svenske utbyggingselskapet Copperhill ble satt under *virksomhetsrekonstruksjon*.¹³⁷ I forkant av virksomhetsrekonstruksjonen hadde styret pådratt seg et erstatningskrav overfor Copperhills oppdragstakere. Oppdragstakernes krav ble avhendet, og kravets erverver saksøkte Copperhills eier og et styremedlem. Styremedlemmet hevdet at søksmålet mot han var omfattet av konkursunntaket i Brussel I. Det anførte rettsgrunnlaget regulerte styreansvar i tilfeller av manglende avvikling av selskaper

¹³⁴ Avsn. 25.

¹³⁵ Skillet er omtalt i pkt. 2.4.3.

¹³⁶ Sak C-147/12 *ÖFAB*.

¹³⁷ EU-domstolens drøftelse forutsetter at virksomhetsrekonstruksjon i svensk rett er en «*liknende ordning*» jf. Brussel I art. 1 nr. 2 bokstav b.

med utilstrekkelig egenkapital.¹³⁸ Det var ikke nødvendig å vurdere om rettsgrunnlaget var insolvensspesifikt for å fastslå at søkmålet falt utenfor konkursunntaket. Ettersom rettsgrunnlaget hadde klare likhetstrekk med rettsgrunnlaget i avgjørelsen *H. v. H.K.*,¹³⁹ ville EU-domstolen likevel trolig konkludert med at rettsgrunnlaget var insolvensspesifikt.

I vurderingen av om saken var omfattet av konkursunntaket uttalte EU-domstolen at «*the actions in the main proceedings do not constitute insolvency proceedings but were brought after Copperhill had been subject to a company reconstruction order*».¹⁴⁰ Søkmålet var altså anlagt etter at insolvensbehandlingen var avsluttet. Trolig var dette det et avgjørende punkt. EU-domstolen fremhevet flere momenter, men det var i etterkant av formuleringen «*in any event*».¹⁴¹ Uavhengig av om det var avgjørende at søkmålet ble anlagt etter avslutning av insolvensbehandling, utgjorde det i hvert fall et meget viktig argument. Dette har støtte i øvrige avgjørelser hvor EU-domstolen har vektlagt, i disfavør av *nær forbindelse*, at avslutning av insolvensbehandling *ikke* ville påvirket søksmålsadgangen, til tross for at søkmålet *rent faktisk* ble anlagt før insolvensbehandlingens avslutning.¹⁴²

Det må presiseres at spørsmålet sjelden vil komme på spissen. Det er fordi insolvensspesifikke rettsgrunnlag ofte forutsetter at insolvensbehandlingsorganet er part.¹⁴³ Insolvensbehandlingsorganet vil ikke anlegge søksmål etter insolvensbehandlingens avslutning.

I saker som bygger på *brudd* på insolvensspesifikk kompetansehjemmel blir innfallsvinkelen en annen. Det var tilfellet i den omtalte *SCT-Industri*.¹⁴⁴ Spørsmålet var om den østeriske avgjørelsen, som slo fast at den bostyreres aksjeavhendelse var ugyldig, måtte anerkjennes av en svensk domstol. Søkmålet

¹³⁸ Avsn. 23 og 8.

¹³⁹ Sak C-295/13 H v. H.K., omtalt ovenfor under pkt. 2.4.2.

¹⁴⁰ Jf. avsnitt 25.

¹⁴¹ Avsn. 25. Dansk og svensk oversettelse som gir uttrykk for det samme; «*Det skal under alle omstendigheter bemærkes*» og «*Det kan i vart fall konstateras*». De aktuelle som ble momentene vil omtales nedenfor under pkt 2.5.3.

¹⁴² Avgjørelsene behandles under pkt. 2.5.3.

¹⁴³ Det er f.eks. kun insolvensbehandlingsorganet som kan anlegge søksmål etter reglene i dekningslovens kap. 5 jf. Rt. 2014 s. 922.

¹⁴⁴ Sak C-111/08 SCT Industri. Faktum er redegjort for under pkt. 2.4.3.

for den østeriske domstolen ble anlagt *etter* at insolvensbehandlingen var avsluttet. EU-domstolen presiserte at søksmålet hadde en sterk tilknytning til insolvensbehandlingen og at «*that link is [...] not weakened by the fact that [...] the insolvency proceedings had been closed when the action for restitution of title was brought before the Austrian courts*». ¹⁴⁵ Tilknytningen ble altså ikke svekket av at insolvensbehandlingen var avsluttet før søksmålet ble anlagt.

Standpunktet ble *ikke* begrunnet. Trolig var det sentralt at søksmålet knyttet seg til en påstått overskridelse av bostyreres kompetanse. Den påståtte overskridelsen fant sted under insolvensbehandlingen. Søksmålet hadde derfor sin bakgrunn i insolvensbehandlingskontekst. Det er store variasjoner i lengden av en insolvensbehandling. Lengden avhenger blant annet av verdiene i boet, antall utestående fordringer, antall omstøtelige disposisjoner og antall kreditorer. De individuelle variasjonene i insolvensbehandlingenes lengde gjør det vanskelig å begrunne at avslutningen av insolvensbehandling skal unnta en sak fra konkursunntaket når saken knytter seg til gyldigheten av insolvensbehandlingsorganets disposisjon.

2.5.3 Øvrige momenter - partsforholdet som retningslinje

I de tilfeller søksmålet bygger på insolvensbehandlingsorganets *brudd på insolvensspesifikk kompetansehjemmel* har ikke EU-domstolen foretatt noen dyptgående vurdering av sakens *nærhet* til insolvensbehandlingen. Domstolen har kort bemerket at saken omhandler insolvensbehandlingsorganets handlemåte, og konstatert at saken og insolvensbehandlingen er nært forbundet. ¹⁴⁶ På denne bakgrunn må saker som bygger på brudd på insolvensspesifikk kompetansehjemmel anses som et typetilfelle som har *nær forbindelse* med insolvensbehandlingen.

I det videre skal innholdet i tilknytningsvurderingen for saker som *bygger direkte på et insolvensspesifikt rettsgrunnlag* vurderes. I *F-Tex* ¹⁴⁷ hadde bostyrer avhendet

¹⁴⁵ Avsn. 30.

¹⁴⁶ Sak C-649/16 Peter Valach avsn. 37-38 og sak C-111/08 SCT Industri avsn. 30.

¹⁴⁷ Sak C-213/10 F-*Tex*.

et omstøtelseskrav til boets eneste kreditor.¹⁴⁸ Cesjonaren anla søksmål mot debitor cessus og krevde disposisjonen omstøtt. Et omstøtelsessøksmål anlagt av bostyrer, forutsatt at rettsgrunnlaget er *insolvensspesifikt*,¹⁴⁹ vil utvilsomt ha *nær forbindelse* med insolvensbehandlingen.¹⁵⁰ EU-domstolen måtte vurdere om dette også var tilfellet når omstøtelsessøksmålet ble anlagt av cesjonaren.

For det første la EU-domstolen vekt på at cesjonaren ikke var forpliktet til å inndrive kravet. Dette skilte saken fra et omstøtelsessøksmål anlagt av bostyrer. En bostyrer ville ikke stått fritt til å frafalle omstøtelsessøksmålet dersom søksmålet var i kreditorfellesskapets interesse. *For det andre* la EU-domstolen vekt på at inndrivelse av midlene ikke ville øke boets aktiva, men tilkomme cesjonaren. Bostyrers avtale med cesjonaren innebar at boet skulle få 33 prosent av verdiene cesjonaren klarte å inndrive. Dermed ville inndrivelsen i realiteten tjene kreditorfellesskapet. EU-domstolen mente imidlertid at slike utvalg av en avtalt betalingsmåte ikke kunne ha betydning. *For det tredje* vektla domstolen at cesjonaren *sto fritt til* å inndrive kravet også *etter* at boet var avsluttet. På denne bakgrunn manglet saken *nær forbindelse* med konkursen og saken falt utenfor konkursunntakets virkeområde.

I den allerede omtalte *ÖFAB*¹⁵¹ ble det vektlagt at saksøker sto fritt til å anlegge søksmålet i egen interesse. I tillegg ble det vektlagt at saken ikke knyttet seg til utøvelsen av en eksklusiv bostyrerkompetanse, med hensikt om å tjene kreditorfellesskapet. Momentene ble, som nevnt i pkt. 2.5.2, trukket frem etter formuleringen «*in any event*». Begrunnelsen synes derfor å være et *obiter dictum*. Dersom saken hadde blitt anlagt innen konteksten av en insolvensbehandling ville imidlertid momentene tilsynelatende fått avgjørende betydning.¹⁵²

¹⁴⁸ Også kalt cesjon. I det videre vil den nye kravshaver omtales som *cesjonar* og skyldneren omtales som *debitor cessus*.

¹⁴⁹ Jf. ovenfor under pkt 2.4.2.

¹⁵⁰ Se fotnote 107

¹⁵¹ Sak C-147/12 *ÖFAB*

¹⁵² *ÖFAB* er, i motsetning til *F-Tex*, ikke tydelig omkring hvilket av vurderingstemaets to vilkår momentene knytter seg til. Ettersom momentene ikke ble vektlagt i forbindelse med en vurdering av rettsgrunnlaget, er det nærliggende å anta at momentene knyttet seg til vilkåret om at saken må ha nær forbindelse med insolvensbehandlingen. Spørsmålet er imidlertid kun av systematiseringsinteresse, ettersom *ÖFAB* uansett kan tas til inntekt for at de vektlagte momenter alene er tilstrekkelige til å konstatere at konkursunntaket *ikke* er innfridd.

Momentene fra *ÖFAB* og *F-TeX* overlapper delvis med momentene EU-domstolen har fremhevet i vurderingen av om saken *springer direkte ut av insolvensbehandling*.¹⁵³ Det rette synspunkt må derfor være at de overlappende momentene har relevans under begge vilkår. På bakgrunn av *F-TeX* og *ÖFAB* er det imidlertid ikke tvilsomt at momentene har langt større betydning i vurderingen av om saken har *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen, enn i vurderingen av om saken *springer direkte ut av insolvensbehandlingen*.¹⁵⁴

I lys av momentene er det grunn til å stille spørsmål om insolvensbehandlingsorganet *må* være part i saken for at den skal ha *nær forbindelse* med insolvensbehandlingen. EU-domstolen har i flere avgjørelser uttalt at det ikke er *tilstrekkelig* at insolvensbehandlingsorganet er part, men aldri at det *må* være part.¹⁵⁵ EU-domstolen har imidlertid ved flere anledninger vurdert om konkursunntaket er innfridd i saker hvor insolvensbehandlingsorganet ikke er part. Resultatet i samtlige avgjørelser er at saken har falt utenfor konkursunntakets virkeområde.¹⁵⁶ Dette kan selvsagt skyldes at det rette typetilfellet ikke har blitt forelagt EU-domstolen, og gir, isolert sett, ikke grunnlag for en klar slutning. I lys av momentene som vektlegges i *F-TeX* og *ÖFAB* er det likevel vanskelig å se for seg at en sak kan ha *nær forbindelse* med insolvensbehandlingen dersom insolvensbehandlingsorganet ikke er part. Dette er fordi en privat tredjepart ikke vil være *forpliktet* til å gå til søksmål. I tillegg vil ikke slike saker påvirke insolvensbehandlingsorganets aktiva. Det er også vanskelig å tenke seg saker hvor insolvensbehandlingsorganet ikke er part, men avslutning av insolvensbehandling likevel påvirker adgangen til å ta ut søksmål. Saken vil heller ikke knytte seg til insolvensbehandlingsorganets eksklusive kompetanse.

Et krav om at insolvensbehandlingsorganet *må* være part vil gi et tydelig holdepunkt for tilknytningsvurderingen, noe som ivaretar hensynet til forutberegnelighet. Det er også lettere å opprettholde en enhetlig tolkning av konkursunntaket dersom nasjonale domstoler gis klare vurderingsmomenter.

¹⁵³ Jf. ovenfor under pkt. 2.4.4.

¹⁵⁴ Sml. ovenfor under pkt. 2.4.4.

¹⁵⁵ Sak C-292/08 German Graphics avsn 33 og sak C-157/13 Nickel & Goeldner avsn. 29.

¹⁵⁶ Sak C-641/16 Tünkers France, sak C-147/12 ÖFAB og sak C-213/10 F-TeX.

På denne bakgrunn er det å foretrekke at det oppstilles et vilkår om at insolvensbehandlingsorganet må være part i saken for at saken skal ha *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen. EU-domstolen har imidlertid ikke utelukket at konkursunntaket kan ramme saker hvor insolvensbehandlingsorganet ikke er part. Dette kan derfor ikke oppstilles som et ufravikelig krav. Det skal likevel mye til for at slike saker oppfyller nærhetsvirkåret.

2.6 HR-2017-1297-A, *Bergen Bunkers*

2.6.1 Sakens faktum og rettslige problemstillinger

Faktum i *Bergen Bunkers* gikk i korthet ut på at den nederlandske banken ING hadde ytt et lån til O.W. Bunker-konsernet. Lånet tilkom flere av O.W. Bunkers datterselskaper. Et av disse var Bergen Bunkers AS. Som sikkerhet for lånet stilte Bergen Bunkers garanti. I tillegg fikk ING pant i Bergen Bunkers' utestående fordringer. Bergen Bunkers gikk senere konkurs. ING krevde, i tråd med panteavtalen, dekning i de utestående fordringene. Konkursboet motsatte seg kravet og gikk til søksmål mot ING for norske domstoler. Boet bestred at pantet var stiftet i samsvar med panteloven §§ 4-4 og 4-10.¹⁵⁷ Videre hevdet boet at pantet manglet rettsvern jf. panteloven § 4-5. Til slutt ble det anført at panteretten uansett kunne omstøtes etter dekningsloven §§ 5-5 og 5-7.

Høyesterett måtte vurdere om saken var omfattet av konkursunntaket. Videre behandlet Høyesterett spørsmålet om hvilke rettsvirkninger som inntreffer når en sak omfattes av konkursunntaket og spørsmålet om jurisdiksjon etter tvisteloven § 4-3.¹⁵⁸ I tillegg måtte Høyesterett ta stilling til lovvalget. Lovvalgsspørsmålet faller utenfor oppgavens tema og vil ikke omtales nærmere. Den videre drøftelsen i kap. 2.6 vil begrense seg til spørsmålet om saken hadde tilstrekkelig tilknytning til konkursen.

ING anførte at saken falt *utenfor* konkursunntaket, og at søksmålet derfor måtte anlegges i deres hjemstat, Nederland, i tråd med Luganokonvensjonens hovedregel i art. 2. Boet anførte at søksmålet var omfattet av konkursunntaket og at Luganokonvensjonens art. 2 av den grunn ikke fikk anvendelse.

¹⁵⁷ Lov om pant (panteloven), LOV-1980-02-08-2.

¹⁵⁸ Spørsmålene omtales nedenfor under pkt. 3.2.

Høyesterett vurderte pantekravet og omstøtelseskravet hver for seg.¹⁵⁹ Det var ikke tvilsomt at den norske konkursbehandlingen utgjorde en «konkurs» jf. Luganokonvensjonens art. nr. 2 bokstav b. Spørsmålet var om kravene hadde tilstrekkelig *tilknytning* til konkursen. Høyesterett var enig med partene i at omstøtelseskravet var omfattet av konkursunntaket. Det var imidlertid tvilsomt om pantekravet falt innenfor konkursunntakets virkeområde. Høyesteretts tilnærming til nettopp pantespørsmålet skal analyseres i det følgende.

2.6.2 Pantekravet

Høyesterett måtte ta stilling til var om pantekravet var en «sak om [...] konkurs» jf. Luganokonvensjonen art. 1 nr. 2 bokstav b. Retten tok utgangspunkt i det toleddede vurderingstemaet som oppstilles i *Gourdain*¹⁶⁰ og la til grunn som «*sikker rett at EU-domstolens avgjørelser er en tungtveiende rettskilde*». Innledningsvis er det er verdt å bemerke at søksmålet ble tatt ut etter konkursåpning, men før avslutning av konkursen, og dermed innen *konteksten* av insolvensbehandlingen. Videre var konkursboet part og søksmålet ble anlagt for å sikre boets midler, noe som var i kreditorfellesskapets interesse. I tillegg sto ikke bostyrer fritt til å avstå fra å gå til søksmål ettersom søksmålet var i kreditorenes interesse.¹⁶¹ Søksmålet kunne heller ikke blitt anlagt etter insolvensbehandlings avslutning ettersom det knyttet seg til prioriteringen av ING's krav blant de andre innmeldte fordringene. Alle momentene som er drøftet ovenfor under pkt. 2.5 tilsier derfor at saken hadde *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen. På denne bakgrunn kan det ikke være tvilsomt at søksmålet hadde *nær forbindelse med* insolvensbehandlingen.

Etter dette gjenstår en vurdering av om søksmålet *springer direkte ut av konkursen*, og derfor særlig om rettsgrunnlaget er insolvensspesifikt. Høyesterett skilte ikke klart mellom vilkårene, og foretok en samlet vurdering.

I det videre skal det knyttes noen bemerkninger til de av boet anførte rettsgrunnlag. Anførselen om rettsvern bygget på pantelovens § 4-5, og knyttet seg særlig til

¹⁵⁹ Tilnærmingen til saker som inneholder flere krav er omtalt ovenfor under pkt. 2.3.2.

¹⁶⁰ Sak 133/78 *Gourdain*.

¹⁶¹ Jf. konkursloven § 85.

kravet om «*melding om pantsettelsen*» jf. § 4-5.¹⁶² Spørsmål om manglende rettsvern grunnet manglende «*melding om pantsettelsen*» kan eksempelvis komme på spissen i en tvist mellom panthaver og godtroende omsetningsserverver.¹⁶³ Rettsgrunnlaget forutsetter derfor ikke åpning av insolvensbehandling.

Anførselen om *ugyldig* stiftelse av pant bygget på panteloven § 4-4 og § 4-10, og knyttet seg blant annet til spørsmålet om kravene var mot en «*navngitt skylder*».¹⁶⁴ Spørsmål om pantets gyldighet kan oppstå fra og med stiftelsestidspunktet. Et eksempel er at pantsetter overfor panthaver hevder at pantet *ikke er gyldig* stiftet, og krever revisjon av panteavtalen. Hvis panthaver hevder pantet er gyldig stiftet, kan det oppstå tvist mellom partene vedrørende panteavtalens gyldighet. Rettsgrunnlagene vedrørende pantets gyldighet forutsetter derfor ikke åpning av insolvensbehandling. På denne bakgrunn er rettsgrunnlagene tilsynelatende ikke *insolvensspesifikke*.

Høyesterett inntok samme standpunkt og uttalte at «*[p]antets gyldighet og rettsvern beror ikke på hva man naturlig vil kalle eksklusivt insolvensrettslige regler*».¹⁶⁵ På bakgrunn av EU-domstolens rettspraksis kunne Høyesterett konkludert med at søksmålet ikke *sprang direkte ut av* konkursbehandlingen. Resultatet ville vært at pantekravet ikke var omfattet av konkursunntaket.

Høyesterett gikk imidlertid lenger i sin analyse. Innledningsvis ble det presisert at «*rettskildene [viser] at det ikke uten videre er avgjørende ved fastlegging av unntakets rekkevidde at en type krav også kan tenkes fremmet uten tilknytning til insolvensbehandling*».¹⁶⁶ Sitatet antas å være en henvisning til den tidligere omtalte saken *H v. H.K.*,¹⁶⁷ ettersom det er den eneste avgjørelsen hvor EU-domstolen har kommet til at et rettsgrunnlag som ikke forutsetter åpning av insolvensbehandling er insolvensspesifikt. Rettsgrunnlaget som ble behandlet i *H v. H.K.* skiller seg imidlertid fra de anførte pantereglene på et kritisk punkt. EU-domstolen begrunnet nemlig konklusjonen med at selv om rettsgrunnlaget kunne anvendes før åpning av

¹⁶² Dommens avsn. 33.

¹⁶³ Skoghøy, Norsk lovkommentar til panteloven, 2016 note 525.

¹⁶⁴ Dommens avsn. 32.

¹⁶⁵ Avsn. 56.

¹⁶⁶ Avsn. 55.

¹⁶⁷ Sak C-295/13 *H. v. H.K.*

insolvensbehandling, forutsatte rettsgrunnlaget at selskapet var materielt insolvent.¹⁶⁸ Pantereglene som utgjorde rettsgrunnlaget i *Bergen Bunkers*-avgjørelsen forutsetter *ikke* at skyldner er materielt insolvent. Begrunnelsen i *H. v. H.K.* er derfor ikke overførbar til saken. I tillegg er *H v. H.K.* et ytterpunkt blant avgjørelsene som vurderer om en sak *springer direkte* ut av insolvensbehandlingen. På denne bakgrunn kan det hevdes at Høyesterett går lenger enn EU-domstolen når retningslinjen fra *H v. H.K.* blir anvendt på et rettsgrunnlag som ikke forutsetter materiell insolvens.¹⁶⁹

Videre påpekte Høyesterett at pantereglene ivaretar kreditorfellesskapets interesser.¹⁷⁰ Dette er et hensyn som også er fremhevet av EU-domstolen. Det må likevel minnes om at hensynet er gitt svært begrenset vekt.¹⁷¹ Det er likevel et forsvarlig argument som trekker i retning av at *saken spring direkte ut av* konkursen.

Høyesterett fremhevet også at en rekke konkursrettslige bestemmelser *påvirker* panterettens stilling. Retten viste blant annet til konkurslovens § 117 a, om bostyreres adgang til å selge overbeheftede eiendeler, og dekningslovens § 8-14 om panthavers dividenderett i tilfeller pantesikkerheten ikke dekker hele panthaverens fordring.¹⁷² Dette er regler som kun kommer til anvendelse under bobehandling. De er derfor insolvensspesifikke. Retten mente forbindelsen mellom pantereglene og de nevnte konkursreglene talte for at saken var omfattet av konkursunntaket.¹⁷³ En slik forbindelse kan føre til at pantespørsmål ofte kommer på spissen under konkursbehandling. Tvisten knyttet seg imidlertid ikke til de konkursrettslige bestemmelsene. Som vist tidligere i oppgaven vurderer EU-domstolen sakens *konkrete* rettsgrunnlag, ikke hvilke øvrige bestemmelser som *kan tenkes* å påvirke dette rettsgrunnlaget i andre tilfeller. Videre knyttet Høyesterett argumentet til pantespørsmål i konkurs *generelt*, og ikke til de av boet *anførte* rettsgrunnlag. EU-domstolen har ikke anlagt en slik innfallsvinkel tidligere.

¹⁶⁸ Begrunnelsen er omtalt nærmere ovenfor under pkt. 2.4.2.

¹⁶⁹ Rekkevidden av sak C-295/13 *H. v. H.K.* er drøftet ovenfor under pkt. 2.4.2

¹⁷⁰ Avsn. 56.

¹⁷¹ Jf. ovenfor under pkt. 2.4.4.

¹⁷² Retten viste også til konkursloven § 85 og § 136.

¹⁷³ Jf. avsn. 57 til 59.

I tillegg vil et slikt moment i større grad åpne for skjønnsmessige vurderinger. Det kan illustreres med boets inntreden i skyldners kontrakter. Dekningsloven kap. 7 gir regler om slik inntreden. Konkursboet blir «berettiget og forpliktet på avtalens vilkår» når de trer inn i skyldners avtale.¹⁷⁴ Oppstår det tvist mellom boet og skyldner knyttet til *tolkningen* av avtalen, er det nærliggende å anlegge samme innfallsvinkel som ved inndrivelse av utestående fordringer, nemlig at tvistens rettsgrunnlag er avtalerettslige bestemmelser om avtaletolkning.¹⁷⁵ Det er *ikke* et insolvensspesifikt rettsgrunnlag. I kjølvannet av boets inntreden i avtalen kan det imidlertid oppstå andre tvister som bygger på reglene i dekningsloven kap. 7. Boet kan for eksempel tenkes å si opp avtalen etter reglene i dekningsloven § 7-6 første ledd andre punktum. Denne bestemmelsen får kun anvendelse etter åpning av konkursbehandling, og er derfor insolvensspesifikk. Det samme gjelder den øvrige særreguleringen i kap. 7. I tråd med retningslinjen som oppstilles av Høyesterett blir spørsmålet om avtalens forbindelse til dekningsloven kap. 7 gjør at den skisserte tvist om *avtaletolkning* omfattes av konkursunntaket, til tross for at rettsgrunnlaget i den *konkrete* saken ikke er insolvensspesifikt. Retten må i så fall gå inn å vurdere hvor nære og typiske reglene i dekningsloven kap. 7 er for insolvensbehandling. Dette gir et skjønnsmessig element og gjør det vanskeligere for partene å forutse om saken faller innenfor konkursunntakets virkeområde.

Til slutt fremhevet Høyesterett at spørsmålene om panterettens rettsvern og gyldighet ikke burde underlegges en annen jurisdiksjon enn insolvensbehandlingen. Det var fordi pantespørsmålene faktisk og rettslig var nært forbundet med insolvensbehandlingen.¹⁷⁶ Retten antok at en slik betraktning lå bak kriteriet om at saken må ha *nær forbindelse med insolvensbehandlingen*. Som omtalt ovenfor knytter kriteriet seg særlig til den *faktiske* forbindelse, og vilkåret var klart oppfylt i saken.¹⁷⁷ Det er likevel ikke tvilsomt at pantespørsmål ofte må vurderes av insolvensbehandlingsorganet. De rettslige betraktninger hører imidlertid hovedsakelig inn under vurderingen av om saken må *springe direkte ut av insolvensbehandling*, og knytter seg til om rettsgrunnlaget er insolvensspesifikt.

¹⁷⁴ Jf. dekningsloven § 7-4 første ledd.

¹⁷⁵ Jf. ovenfor under pkt. 2.4.2.

¹⁷⁶ Jf. avsn. 60.

¹⁷⁷ Se ovenfor under pkt. 2.6.1.

Så langt er det konstatert at Høyesterett har åpnet for at enda en sakstype, som ikke forutsetter insolvensåpning, rammes av konkursunntaket. I tillegg vektlegger Høyesterett momenter som ikke er vektlagt av EU-domstolen. Momentene som introduseres er også delvis skjønnsmessige. Dette antas å være grunnen til at avgjørelsen er kritisert av Cordero-Moss, som karakteriserer tolkningen som «*en altfor ekspansiv tolkning av konvensjonens konkursunntak, i strid med den relevante, europeiske rettspraksis*». ¹⁷⁸

Spørsmålet er så hvilke virkninger avgjørelsen får i norsk rett. Det foreligger ingen avgjørelser fra EU-domstolen som knytter seg til et pantekrav. Avgjørelsene fra EU-domstolen har derfor ikke et *faktum* som stenger for Høyesteretts løsning. På denne bakgrunn fraviker ikke Høyesterett EU-domstolens praksis. Utgangspunktet må derfor fortsatt være at EU-domstolens praksis skal styre tolkningen av konkursunntaket. Dette er en forutsetning for å oppnå Luganokonvensjonens sentrale formål om *en ensartet tolkning*.

Som påpekt underveis, kan noen av Høyesteretts vurderingsmomenter medføre uheldige virkninger. Dette er særlig fordi vurderingen blir mer skjønnsmessig. I tillegg mangler enkelte av vurderingsmomentene forankring i EU-domstolens praksis. Om disse momentene gis generell anvendelse, kan det medføre at konkursunntaket får et *annet* innhold i norsk rett enn i de øvrige konvensjonsstatene, og hensynet til ensartet tolkning vil ikke ivaretas. Det rette synspunktet må derfor være at Høyesterett avklarer ett enkeltstående *typetilfelle* i norsk rett. For å bevare en enhetlig tolkning av konkursunntaket bør tilknytningsvurderingen for senere saker fremdeles ta utgangspunkt i de faste vurderingskriterier som fremgår av EU-domstolens omfattende rettspraksis.

¹⁷⁸ Cordero-Moss, *Høyesteretts ulike tilnærminger til internasjonalt verneting*, LoR 01/2018 s. 1. Se også Cordero-Moss, *Pant over landegrenser og domsmyndighet*, NiP 03/2017 s. 16 hvor det uttales at Høyesteretts tolkning «*synes å være videre enn det som EU-domstolens rettspraksis gir grunnlag for*». Artikkene i NiP og LoR foretar imidlertid ingen dyptgående analyse av avgjørelsen. *Bergen Bunkers* er foreløpig ikke ytterligere omtalt i teorien.

3 Rettsvirkninger

3.1 Innledende

I dette kapittelet skal oppgavens *andre hovedproblemstilling* behandles. Spørsmålet er hvilke rettsvirkninger som kan slutes *direkte* fra konkursunntaket dersom saken faller innenfor konkursunntakets virkeområde. En sak omfattes av konkursunntaket dersom saken har tilstrekkelig tilknytning¹⁷⁹ til en «*konkurs [m.v. eller] liknende ordning[...]*». Dersom én av eller begge forutsetningene mangler, faller saken utenfor konkursunntakets virkeområde. Kun et utvalg problemstillinger knyttet til internasjonal insolvensrett er regulert av internasjonale instrumenter.¹⁸⁰ Dersom spørsmålet om jurisdiksjon, anerkjennelse eller fullbyrdelse faller utenfor Luganokonvensjonen og øvrig internasjonal regulering, må spørsmålet avgjøres etter internretten i den stat saken prøves for domstolene.

3.2 Saker som omfattes av konkursunntaket

Rettsvirkninger knyttet til *anerkjennelse og fullbyrdelse* vil behandles først. Avgjørelser som omfattes av konkursunntaket, faller utenfor Luganokonvensjonens anvendelsesområde jf. ordlyden «*konvensjonen gjelder ikke [...] konkurs [m.v.]*». Luganokonvensjonens regler om *anerkjennelse og fullbyrdelse* kommer dermed ikke til anvendelse. Anerkjennelse og fullbyrde av avgjørelsen kan likevel være mulig. Det forutsetter imidlertid at de interne regler i den stat avgjørelsen ønskes anerkjent eller fullbyrdet åpner for dette. Rettsvirkningene knyttet til anerkjennelse og fullbyrdelse følger altså ikke *direkte* av konkursunntaket, og vil derfor ikke behandles nærmere.

I det videre skal rettsvirkninger knyttet til *jurisdiksjon* vurderes. Saker om jurisdiksjon til å åpne «*konkurs [m.v.] og liknende ordninger*» omfattes av konkursunntaket, og faller derfor utenfor Luganokonvensjonens anvendelsesområde.¹⁸¹ For EU-medlemsstatene reguleres spørsmålet om jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling av Insolvensforordningens¹⁸² art. 3 nr. 1, som slår fast at domstolen i staten hvor «*the centre of the debtor's main interests*

¹⁷⁹ Problemstilling som ble behandlet i oppgavens kapittel 2.

¹⁸⁰ Jf. ovenfor under pkt. 1.5

¹⁸¹ Jf. ovenfor under pkt. 2.1.

¹⁸² Forordning nr. 2015/848.

is situated» har jurisdiksjon. I norsk rett reguleres spørsmålet av konkurslovens § 146.¹⁸³

De nevnte bestemmelser regulerer kun jurisdiksjonsspørsmålet i saker knyttet til *åpning* av insolvensbehandling, og ikke i saker som omfattes av konkursunntaket fordi saken *springer direkte ut av og har nær forbindelse med en «konkurs [m.v. eller] liknende ordninger»*. For EU-medlemsstatene reguleres jurisdiksjonsspørsmålet i slike søksmål av Insolvensforordningens¹⁸⁴ art. 6 nr. 1. Der fremgår det at *domstolene i insolvensåpningsstaten* har jurisdiksjon over søksmål *«which derives directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them»*. Tilsvarende regel fulgte av den første Insolvensforordningens¹⁸⁵ art. 3 nr. 1 jf. *Seagon*.¹⁸⁶

Spørsmålet som skal drøftes i det videre er om det følger *direkte* av konkursunntaket i Luganokonvensjonen at domstolene i insolvensåpningsstaten har jurisdiksjon i saker som *springer direkte ut av og har nær forbindelse* med insolvensbehandlingen.¹⁸⁷ Formulert på en annen måte er spørsmålet om den nevnte vernetingsregel i Insolvensforordningens¹⁸⁸ art. 6 nr. 1 er en regel som også følger implisitt av konkursunntaket i Luganokonvensjonen. Hvis svaret er nei, må jurisdiksjonsspørsmålet, i stater som ikke følger insolvensforordningen, vurderes etter domstollandets øvrige vernetingsregler. For norsk retts vedkommende vil vurderingen i så fall bygge på tvisteloven § 4-3. Det presiseres at drøftelsen søker å klargjøre den *norske* rettstilstanden. Høyesteretts vurdering av spørsmålet vil derfor være tungtveiende.

Ordlyden *«[k]onvensjonen gjelder ikke»*, jf. art. 1 nr. 2 bokstav b, gir veiledning. Ordlyden gir ingen indikasjon på at konkursunntaket regulerer jurisdiksjon. Tausheten indikerer tvert imot at hverken Luganokonvensjonen eller dens konkursunntaket regulerer jurisdiksjon over tilknyttede søksmål. Videre har det presumsjonen mot seg at en regel som følger av Insolvensforordningen også følger

¹⁸³ Jf. Rt. 2014 s. 716 og Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010 s. 11-15.

¹⁸⁴ Forordning nr. 2015/848.

¹⁸⁵ Forordning nr. 1346/2000.

¹⁸⁶ Sak C-339/07 *Seagon* avsn. 21.

¹⁸⁷ Spørsmålet reises fordi det er aktualisert i Høyesteretts praksis og er omdiskutert i teorien.

¹⁸⁸ Forordning nr. 2015/848.

implisitt fra konkursunntaket. Regelen i Insolvensforordningen ville i så fall være overflødig.

Konkursunntakets *historiske bakgrunn* belyser unntakets tiltenkte virkning. Jenard-rapporten omtalte rettstilstanden i EU på tidspunktet hvor Brusselkonvensjonen, men ikke Konkurskonvensjonen, var trådt i kraft. Likhetsstrekkene med den norske rettskildesituasjon er store ettersom Norge er tilsluttet Luganokonvensjonen, men ikke Insolvensforordningen. Janard-rapporten slo fast at frem til konkurskonvensjonen ble en realitet ville «*proceedings arising directly from bankruptcy [...] be governed by the legal rules currently in force, or by the conventions which already exist*».¹⁸⁹ Frem til konkurskonvensjonen eventuelt trådte i kraft, skulle altså saker omfattet av konkursunntaket avgjøres etter gjeldende nasjonale regler og konvensjoner. Uttalelsen er generell, og ikke spesifikt rettet mot jurisdiksjonsspørsmålet. Den trekker likevel i retning av at konkursunntaket ikke regulerer jurisdiksjonsspørsmålet i saker som *springer direkte ut av* og har *nær forbindelse* med «*konkurs [m.v] og liknende ordninger*».

Spørsmålet har ikke kommet på spissen for EU-domstolen. En tilgrensende problemstilling ble imidlertid behandlet i nevnte *H. v. H.K.*¹⁹⁰ Saken ble vurdert opp mot konkursunntaket i Luganokonvensjonen, og ikke i Brussel I, fordi saksøkte var fra Sveits. EU-domstolen kom til at søksmålet *sprang direkte ut av* og *hadde nær forbindelse* med insolvensbehandlingen, og derfor var omfattet av konkursunntaket i Luganokonvensjonen. Det tyske konkursboet anførte at Insolvensforordningens art. 3 nr. 1¹⁹¹ måtte få anvendelse selv om motpartens hjemstat ikke var tilsluttet Insolvensforordningen. Dette ville innebære at tyske domstoler hadde jurisdiksjon over tvisten. EU-domstolen ga boet medhold på dette punkt og konkluderte med at Insolvensforordningens art. 3 nr. 1 fikk anvendelse i de tilfeller insolvensbehandlingen var åpnet i en EU-medlemsstat, til tross for at motparten ikke var fra en EU-medlemsstat. Det fulgte derfor *direkte* av Insolvensforordningens art. 3 nr. 1 at tyske domstoler hadde jurisdiksjon. EU-

¹⁸⁹ Jenard-rapporten 1979 s. 12.

¹⁹⁰ Sak C-295/13 *H. v. H.K.* Faktum er redegjort for under pkt. 2.4.2 og 2.5.2

¹⁹¹ Forordning 1346/2000 art. 3 nr. 1.

domstolen knyttet imidlertid noen bemerkninger til Luganokonvensjonen og uttalte at:

«the fact that the Swiss Confederation is a contracting party to the Lugano II Convention is irrelevant for the purposes of the outcome of the dispute in the main proceedings, the convention not being applicable to that dispute.»¹⁹²

Ettersom søksmålet var omfattet av konkursunntaket fikk ikke Luganokonvensjonen noen betydning for spørsmålet om de tyske domstolers jurisdiksjon. Det må imidlertid presiseres at ettersom jurisdiksjonsspørsmålet ble løst etter Insolvensforordningen, var det ikke nødvendig å vurdere om samme konklusjon fulgte direkte av konkursunntaket. Uttalelsen er derfor et *obiter dictum*. Dette svekker den rettskildemessige vekten. Avgjørelsen trekker likevel i retning av at det ikke kan utledes en jurisdiksjonsregel fra konkursunntaket

Norsk Høyesterett synes imidlertid å ha en annen tilnærming. Spørsmålet har blitt aktualisert ved to anledninger. Begge avgjørelsene *kan* tas til inntekt for at konkursunntaket inneholder en implisitt regel om at insolvensåpningsstaten har jurisdiksjon over tilknyttede søksmål.

Faktum i Rt. 1996 s. 25, *Hydro mot Alumix*, gikk i korthet ut på at Hydro anla søksmål mot italienske Alumix med påstand om betaling for kjøp av aluminium. Morselskap til Alumix var underlagt insolvensbehandling åpnet i Italia. Høyesterett konkluderte med at saken var *omfattet* av konkursunntaket. Deretter måtte Høyesterett vurdere om norske domstoler hadde jurisdiksjon til å avgjøre Hydros krav. Retten uttalte at:

«Spesialbestemmelsene i Luganokonvensjonen må [...] gå foran den generelle bestemmelse i tvistemålsloven § 25 i internasjonale tvister mellom personer eller foretak i land som har tiltrådt Luganokonvensjonen. Dette medfører at tvistemålsloven § 25 må forstås slik at bestemmelsen ikke gir

¹⁹² Avsnitt 32

hjemmel for saksanlegg ved oppfylleelsesvernetinget når konkursunntaket i Art 1 annet ledd punkt (2) får anvendelse. Som før nevnt skal konkurstypiske spørsmål avgjøres i konkurslandet» (mine understrekinger).

Konklusjonen ble at norske domstoler ikke hadde jurisdiksjon over tvisten. En forståelse kan være at Høyesterett *tolket* tvistemålsloven¹⁹³ § 25 slik at den ikke gir norske domstoler jurisdiksjon over søksmål med *tilstrekkelig tilknytning* til en insolvensbehandling som er åpnet i en annen Luganostat. Formuleringen «*tvistemålsloven § 25 må forstås slik*» trekker i denne retning. Dette innebærer i så fall at Høyesterett *ikke* innfortolket en jurisdiksjonsregel i konkursunntaket. Det er imidlertid mer nærliggende at jurisdiksjonsslutningen bygget direkte på en tolkning av konkursunntaket ettersom Høyesterett presiserte at Luganokonvensjonen «*må [...] gå foran*» tvistemålsloven § 25. Slik er dommen også forstått av Høyesterett selv.¹⁹⁴ Avgjørelsen trekker i retning av at konkursunntaket skal tolkes slik at det inneholder en regel om at insolvensåpningsstatens domstoler har jurisdiksjon i saker som *springer direkte ut av og har nær forbindelse med* insolvensbehandlingen.

Spørsmålet ble også omtalt i *Bergen Bunkers*. Høyesterett konkluderte med at norske domstoler hadde jurisdiksjon over søksmålet. Denne konklusjonen fulgte av tvisteloven § 4-3. Høyesterett fant derfor ikke grunn til å ta stilling til om jurisdiksjon i insolvensåpningsstaten var en konklusjon som også fulgte *direkte* fra konkursunntaket. Det ble likevel prosedert på spørsmålet, og Høyesterett knyttet noen bemerkninger til det. Høyesterett trakk i denne forbindelse fram den nevnte avgjørelsen Rt. 1996 s. 25. Retten pekte også på forarbeidene til konkurslovens nye bestemmelser om grenseoverskridende insolvensbehandling. Der drøfter departementet om det følger av konkursunntaket at insolvensåpningsstaten har *eksklusiv* jurisdiksjon over tilknyttede søksmål.¹⁹⁵ Departementets drøftelse synes å forutsette at innfrielse av konkursunntaket i det minste innebærer at konkursåpningsstaten har jurisdiksjon. De *norske* forarbeidene er klart nok et

¹⁹³ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven), LOV-1915-08-13-6. Opphevet.

¹⁹⁴ HR-2017-1297-A, se avsnitt 65 hvor det uttales at «Høyesterett synes her å bygge direkte på Luganokonvensjonen. Med en annen forståelse ville det vært naturlig at Høyesterett hadde vurdert om norsk domsmyndighet var aktuell i saken».

¹⁹⁵ Prop. 88 L (2015-2016) s. 33-34.

tolkningsmoment fordi Luganokonvensjonen er gjort til norsk rett og Høyesteretts tolkning derfor i realiteten knytter seg til en norsk lovtekst.¹⁹⁶ I tillegg bygger konkurslovens nye bestemmelser delvis på Insolvensforordningen som har nær sammenheng med konkursunntaket. Sammenhengen gir de aktuelle forarbeidene en ekstra relevans. Det må imidlertid presiseres at dette er forarbeider til konkursloven, men kun *etterarbeider* til Luganokonvensjonen. I tillegg må det tas hensyn til at Luganokonvensjonen utgjør en folkerettslig forpliktelse. Vekten av norske lovgiveruttalelsene svekkes derfor noe.¹⁹⁷

Retten pekte også på at «*hensynene til effektiv behandling, prosessøkonomi og rettsenhet*».¹⁹⁸ På den ene side kan det hevdes at hensynet til rettsenhet ivaretas ved å tolke konkursunntaket slik det hjemler insolvensåpningsstatens jurisdiksjon over tilknyttede søksmål. Det er fordi regelverket på overordnet nivå vil gi likt utfall som Insolvensforordningens art 6 nr. 1.¹⁹⁹ Hensynet til rettsenhet tilsier imidlertid først og fremst at regelverket skal utformes og tolkes likt. Dette er ikke det samme som å innfortolke Insolvensforordningens art. 6 nr. 1 i Luganokonvensjonens konkursunntak.

Hensynet til *effektiv insolvensbehandling og prosessøkonomi* trekker klart nok i retning av at insolvensåpningsstaten skal ha jurisdiksjon over tilknyttede krav. En slik tolkning medfører at insolvensbehandlingsorganet i større grad kan saksøke og bli saksøkt i sin egen hjemstat. Som påpekt av Høyesterett vil tolkningen også hindre *jurisdiksjonsplittelse* i form av at tilknyttede krav blir underlagt domsjurisdiksjon i andre stater enn insolvensåpningsstaten.²⁰⁰ Det må likevel minnes om at konkursunntaket kun var en henvisning til Konkurskonvensjonen. Konkurskonvensjonen, og ikke konkursunntaket, skulle regulere de prosessuelle sidene av internasjonale insolvensbehandlinger. Betydningen av hensynene blir uansett begrenset fordi ordlyden klart gir anvisning på en annen løsning.

¹⁹⁶ Jf. tvisteloven § 4-8.

¹⁹⁷ Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, 2000 s. 79.

¹⁹⁸ Jf. avsn. 67.

¹⁹⁹ Forordning 2015/848.

²⁰⁰ Jf. avsn. 64.

Høyesterett trengte ikke «å ta et selvstendig standpunkt til om det i denne sammenheng kan utledes en jurisdiksjonsregel direkte av konkursunntaket» (min understreking).²⁰¹ Retten sluttet seg imidlertid «ikke uten videre til» saksøkers anførsel om at konkursunntaket ikke inneholder en jurisdiksjonsregel. Når Høyesterett, på tross av Rt. 1996 s. 25, ikke fant grunn til å ta standpunkt til spørsmål, må det anses som *uavklart*. Høyesteretts argumentasjonsmønster trekker likevel i retning av at konkursunntaket inneholder en implisitt regel om at insolvensåpningsstaten har jurisdiksjon over saker som *springer direkte ut* av og *har nær forbindelse* med «konkurs [m.v] og liknende ordninger».

Høyesteretts tolkning er kritisert. Andenæs mener Høyesteretts konklusjon i Rt. 1996 s. 25 «er bygget på slutninger fra Luganokonvensjonen som er vanskelig å forstå».²⁰² Cordero-Moss inntar samme posisjon hva gjelder Høyesteretts tilnærming i *Bergen Bunkers*. Hun forstår også *Bergen Bunkers* slik at Høyesterett antyder «at det kan innfortolkes en implisitt regel i Luganokonvensjonen om at konkurslandets domstoler har domsmyndighet når konkursunntaket anvendes», men presiserer at det ikke synes «å være grunnlag for en slik tolkning».²⁰³ Hov hevder imidlertid at konkursunntaket «i virkeligheten er [...] en regel om at innenfor konvensjonsområdet skal konkurslandets domstoler ha enekompetanse til å avgjøre konkursspørsmål».²⁰⁴ Begrunnet med konkursunntakets ordlyd, at Høyesterett har latt spørsmålet stå åpent, EU-domstolens rettspraksis og regelverk, i tillegg til konkursunntakets historiske bakgrunn er jeg enig med Andenæs og Cordero-Moss.

Det må imidlertid presiseres at spørsmålet nå primært er av teoretisk interesse. I *Bergen Bunkers* oppstilte Høyesterett nemlig «en generell regel under tvisteloven § 4-3 om at tilknytningskravet [i tvisteloven § 4-3] er oppfylt i tvister som faller inn

²⁰¹ Jf. avsn. 68.

²⁰² Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010 s. 17.

²⁰³ Cordero-Moss, *Pant over landegrenser og domsmyndighet*, NiP 03/2017 s. 16.

²⁰⁴ Hov, Rettergang, 2017 s. 273. Hov viser til Rt. 1996 s. 25. Hov henviser også til «EU-domstolen[s] tolkning] av tilsvarende bestemmelse i Brusselkonvensjonen», uten å vise til konkrete avgjørelser. På eur-lex.europa.eu er det publisert to avgjørelser hvor EU-domstolen vurderer konkursunntaket i Brusselkonvensjonen; sak C-133/78 Gourdain og sak C-267/97 Éric Coursier. Avgjørelsene knytter seg til fullbyrdelse, ikke jurisdiksjon, og synes for øvrig ikke å omtale det aktuelle spørsmålet.

under konkursunntaket når konkurs er åpnet i Norge» (min understreking).²⁰⁵ I slike tilfeller vil det ikke være nødvendig å vurdere om samme konklusjon følger av konkursunntaket. Spørsmål vil likevel aktualiseres dersom søksmål, slik som i Rt. 1995 s. 26, er anlagt for norske domstoler og insolvensbehandling er åpnet i en annen konvensjonsstat.

²⁰⁵ Jf. avsn. 68.

4 Konklusjoner og avsluttende bemerkninger

Vurderingen av om en sak har tilstrekkelig tilknytning til insolvensbehandlingen er sammensatt. Jeg finner det derfor ikke hensiktsmessig å gjengi alle utgangspunktene og hovedreglene for å forme en konklusjon. Det må likevel konstateres at konkursunntaket er en snever unntaksregel, og kjernen er de sakstyper som kun oppstår under insolvensbehandling.

Konkursunntaket var opprinnelig ment å være en henvisning til Konkurskonvensjonen, og er i dag en henvisning til Insolvensforordningen. Norge følger imidlertid ikke Insolvensforordningen. For norsk retts vedkommende innebærer det at konkursunntaket befinner seg i et *vakuum*. Høyesteretts antydning om at konkursunntaket er en jurisdiksjonsregel kan betraktes som et forsøk på å avhjelpe Norges manglende tilslutning til Insolvensforordningen. Som vist under pkt. 3.2 bør ikke en slik tolkning legges til grunn.

Norges manglende tilslutning til Insolvensforordningen skaper problemer for norsk insolvensbehandling. I utgangspunktet kan det fremstå som fordelaktig for norske insolvensbehandlingsorganer at saken *omfattes* av konkursunntaket. Saken vil unntas fra Luganokonvensjonens vernetingsregler, og risikoen for at saken må gå for en utenlandsk domstol faller bort.²⁰⁶ Det oppstår imidlertid problemer dersom avgjørelsen må anerkjennes eller fullbyrdes i motpartens hjemstat for å få virkning. Luganokonvensjonenes regler kommer ikke til anvendelse, og insolvensbehandlingsorganet er prisgitt de interne anerkjennelses- og fullbyrdelsesregler i motpartenes hjemstat. Insolvensbehandlingsorganet vil måtte bruk tid og ressurser på å utrede disse. I tillegg er adgangen til å få avgjørelsen anerkjent eller fullbyrdet varierende og usikker. Andenæs foreslo i sin utredning til Justisdepartementet at Norge skulle tilsluttes Insolvensforordningen gjennom en konvensjon mellom Norge og EU-medlemsstatene.²⁰⁷ Forslaget ville medført at Norge ble innlemmet i Insolvensforordningens gjensidige anerkjennelses- og fullbyrdelsesregime. Dette ville løst de ovenfor skisserte problemer. Forslaget ble

²⁰⁶ Jf. ovenfor under pkt. 3.2.

²⁰⁷ Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett*, 2010 s. 57-58.

imidlertid avslått.²⁰⁸ Uten norsk tilslutning til Insolvensforordningen vil ikke Luganokonvensjonens konkursunntak, for norsk retts vedkommende, utfylle sin tiltenkte rolle.

²⁰⁸ Innst.334 L (2015-2016) s. 1.

Kildeliste

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov, LOV-1814-05-17.

Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven), LOV-1915-08-13-6.
Opphevet.

Lov om pant (panteloven), LOV-1980-02-08-2.

Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven), LOV-1984-06-08-58.

Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven), LOV-1984-06-08-59.

Lov om ekteskap (ekteskapsloven), LOV-1991-07-04-47.

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), LOV-2005-06-17-90.

Lov om endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling),
LOV-2016-06-17-55. Ikke i kraft.

Konvensjoner

Brusselkonvensjonen:

Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil
and Commercial Matters. Vedtatt i 1968

Konkurskonvensjonen:

Convention on Insolvency Proceedings, åpnet for signering den 23. november
1995. Trådte aldri i kraft

Luganokonvensjonen av 1988

Konvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker. Vedtatt i Lugano september 1988

Luganokonvensjonen av 2007:

Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker. Vedtatt i Lugano oktober 2007

Nordisk konkurskonvensjon:

Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs av 1933

EU-forordninger

Brussel I:

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters

Brussel I (recast):

Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)

Insolvensforordningen:

Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings

Insolvensforordningen (recast):

Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast)

Forarbeider

Innst.334 L (2015-2016)

Innst.334 L (2015-2016) Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling)

Innst. O. nr. 94 (2008-2009)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker

Ot.prp.nr.89 (2008-2009)

Ot.prp.nr.89 (2008-2009) Om lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker

Prop.88 L (2015-2016)

Prop.88 L (2015-2016) Endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling)

Norsk rettspraksis

Fra Høyesterett

Rt. 1996 s. 25

Rt. 2004 s. 1018

Rt. 2007 s. 1759

Rt. 2011 s. 1532

Rt. 2013 s. 556

Rt. 2014 s. 716

Rt. 2014 s. 922

HR-2017-1297-A

HR-2018-869-A

Fra lagmannsrettene

LF-2012-118734

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak 133/78 *Gourdain*

22.02.1979, ECLI:EU:C:1979:49

Sak C-190/89 *Marc Rich*

25.07.1991, ECLI:EU:C:1991:319

Sak C-267/97 *Éric Coursier*

29.04.1999, ECLI:EU:C:1999:213

Sak C-220/95 *Antonius van den Boogaard*

27.02.1997, ECLI:EU:C:1997:91

Sak C-339/07 *Seagon*

12.02.2009 ECLI:EU:C:2009:83

Sak C-111/08 *SCT Industri*

02.07.2009, ECLI:EU:C:2009:419

Sak C-292/08 *German Graphics*

10.09.2009, ECLI:EU:C:2009:544

Sak C-213/10 *F-Tex*

19.04.2012, ECLI:EU:C:2012:215

Sak C-147/12 *ÖFAB*

18.07.2013, ECLI:EU:C:2013:490

Sak C-386/12, *Schneider*

03.10.2013, ECLI:EU:C:2013:633

Sak C-157/13 *Nickel & Goeldner*

04.09.2014, ECLI:EU:C:2014:2145

Sak C-295/13 *H v. H.K.*

04.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2410

Sak C-649/13 *Nortel Networks*

11.06.2015, ECLI:EU:C:2015:384

Sak C- 4/14 *Christophe Bohez*

09.09.2015, ECLI:EU:C:2015:563

Sak C-641/16 *Tüinkers France*

09.11.2017, ECLI:EU:C:2017:847

Sak C-649/16 *Peter Valach*

20.12.2017, ECLI:EU:C:2017:986

Utredninger

Andenæs, *Norsk internasjonal insolvensrett, 2010:*

Andenæs, Mads Henry, *Norsk internasjonal insolvensrett*, utredning fra Mads Henry Andenæs oppnevnt av Justisdepartementet i februar 2009 for å utarbeide forslag til reform av norsk internasjonal insolvensrett. Avgitt til Justisdepartementet i oktober 2010

Juridisk litteratur

Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 2017:

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg., 2017

Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, 2000:

Bergo, Knut, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, 2000

Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, 2013:

Cordero-Moss, Giuditta, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, 2013

Fletcher, *Insolvency in private international law*, 2005:

Fletcher, Ian, *Insolvency in private international law. National and international approaches*, Second Edition, England, 2005

Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, 2017:

Hartley, Trevor, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe. The Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*. Oxford Private International Law Series, 2017

Hertz, *Bruxells I-forordningen med kommentarer*, 2007:

Hertz, Ketilbjørn, *Bruxells I-forordningen med kommentarer*, Danmark, 2007

Hov, *Rettergang*, 2017:

Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 3. utg., 2017

Konow, *Løsørepant over landegrenser*, 2005:

Konow, Berte-Elen Reinertsen, *Løsørepant over landegrenser*, 2005

Lundegaard, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 1999

Lundegaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utg., 1999

Pålsson *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna*, 2008:

Pålsson, Lennart, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna. Domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av domar i privaträttsliga tvister inom EU/EFTA-området*, Sverige, 2008

Rognlien, *Luganokonvensjonen kommentarutgave*, 1993:

Rognlien, Stein, *Luganokonvensjonen kommentarutgave. Internasjonal domsmyndighet i sivile saker*, 1993

Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2017:

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utg., 2017

van Calster, *European Private International Law*, 2016:

van Calster, Geert, *European Private International Law*, Second Edition, 2016

Rapporter

Evrigenis- og Kerameus-rapporten 1968:

Evrigenis, Demetrios I. og Kerameus, K.D, *Report on the accession of the Hellenic Republic to the Community Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*. Publisert i Official Journal of the European Communities, 24.11.86, No C 298/1

Jenard-rapporten 1979:

Jenard, P, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Signed at Brussels, 27 September 1968)*. Publisert i Official Journal of the European Communities, 5.3.79, No C 59/1

Jenard- og Möller-rapporten 1990:

Jenard, P og Möller, G, *Report on Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September*

1988. Publisert i Official Journal of the European Communities, 28.7.90, No C 189/57

Noël- og Lemontey-rapporten 1970:

Noël, Jean og Lemontey, Jacques, *Report on the Convention relating to bankruptcies, compositions and analogous procedures*, 16.775/XIV/70-E

Pocar-rapporten 2009:

Pocar, Fausto, *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007, explanatory report*. Publisert i Official Journal of the European Communities, 23.12.2009, C 319/1

Schlosser-rapporten 1979:

Schlosser, Peter, *Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice*. Publisert i Official Journal of the European Communities 5.3.79, No C 59/71

Generaladvokatens innstillinger

Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, *Seagon*

Sak C-339/07, Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, *Seagon*
16.10.2008, ECLI:EU:C:2008:575

Juridiske artikler

Cordero-Moss, *Pant over landegrenser og domsmyndighet*, NiP 03/2017:

Cordero-Moss, Giuditta, *Pant over landegrenser og domsmyndighet; lovvalg for pant i fordringer – Høyesterettsdom 28. juni 2017 (HR-2017-1297-A)*. Trykket i Nytt i Privatretten nr. 3 2017, side 15-16. Tilgjengelig på rettsdata.no

Cordero-Moss, *Høyesteretts ulike tilnærminger til internasjonalt verneting*, LoR 01/2018:

Cordero-Moss, Giuditta, *Høyesteretts ulike tilnærminger til internasjonalt verneting*. Trykket i Lov og Rett nr. 1 2018, s. 1-2. Tilgjengelig på idunn.no

Nettdokumenter

Bull, *Norsk lovkommentar til Luganokonvensjonen*, 2012:

Bull, Henrik. *Norsk Lovkommentar Kommentar til lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*. Tilgjengelig på rettsdata. Materialet det henvises til er hovedrevidert 31.12.2012

Skoghøy, *Norsk lovkommentar til panteloven*, 2016

Skoghøy, Jens Edvin A., *Norsk Lovkommentar. Kommentarer til lov pant (panteloven)*. Tilgjengelig på rettsdata. Materialet det henvises til er hovedrevidert 12.02.2016