



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Rekkevidden av konkursunntaket i Luganokonvensjonen

En analyse av norske domstolars kompetanse i grenseoverskridende konkurs

—

Caroline Birgitte Pedersen Røkenes

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018



Innholdsfortegnelse

Kapittel 1: Innledning	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Bakgrunn og aktualitet	2
1.3 Metode	3
1.4 Avgrensninger	3
1.5 Fremstillingen videre	4
Kapittel 2: Rettskildebilde	5
2.1 Luganokonvensjonen	5
2.2 EU-retten	6
2.2.1 Brussel I-forordningen.....	8
Kapittel 3: Konkursunntakets rekkevidde etter Brussel I	9
3.1 Presentasjon av konkursunntaket i Brussel I	9
3.2 Analyse av C-133/78 Henri Gourdain mot Franz Nadler	9
3.2.1 Innledende bemerkninger	9
3.2.2 Sakens bakgrunn.....	10
3.2.3 Sakens rettslige spørsmål.....	10
3.2.4 Utarbeidelse av kriterier for vurderingen av konkursunntakets rekkevidde	10
3.2.5 Hvorvidt kriteriene var oppfylt i saken.....	11
3.2.6 Et nærmere blikk på funn i analysen	11
3.3 Analyse av C-339/07 Christopher Seagon mot Deko Marty Belgium	12
3.3.1 Innledende bemerkninger	12
3.3.2 Sakens bakgrunn.....	13
3.3.3 Sakens rettslige spørsmål.....	13
3.3.4 Hvorvidt konkursstaten hadde jurisdiksjon etter Insolvensforordningen	14
3.3.5 Et nærmere blikk på funn i analysen	14
3.4 Analyse av C-292/08 German Graphics Graphische Maschinen GmbH mot Alice van der Schee	15
3.4.1 Innledende bemerkninger	15
3.4.2 Sakens bakgrunn.....	17
3.4.3 Sakens rettslige spørsmål.....	17
3.4.4 Forståelsen av Insolvensforordningen artikkel 25(2)	17
3.4.5 Hvorvidt rettsavgjørelsen falt inn under konkursunntakets rekkevidde	18
3.4.6 Et nærmere blikk på funn i analysen	20
3.5 Analyse av C-213/10 F-Tex SIA mot Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma»	21
3.5.1 Innledende bemerkninger	21
3.5.2 Sakens bakgrunn.....	21
3.5.3 Sakens rettslige spørsmål.....	22
3.5.4 Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen.....	22
3.5.5 Et nærmere blikk på funn i analysen	24

3.6 Analyse av C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition GmbH mot «Kintra» UAB.....	24
3.6.1 Innledende bemerkninger	24
3.6.2 Sakens bakgrunn.....	25
3.6.3 Sakens rettslige spørsmål.....	26
3.6.4 Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen.....	26
3.6.5 Et nærmere blick på funn i analysen	27
3.7 Analyse av C-295/13 H mot H.K.....	28
3.7.1 Innledende bemerkninger	28
3.7.2 Sakens bakgrunn.....	28
3.7.3 Sakens rettslige spørsmål.....	28
3.7.4 Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen.....	29
3.7.5 Hvorvidt det hadde betydning at saksøkte bodde i en Luganostat.....	30
3.7.6 Et nærmere blick på funn i analysen	30
3.8 Hva kan samlet sett trekkes ut av dommene?	31
Kapittel 4: Konkursunntakets rekkevidde etter Luganokonvensjonen.....	34
4.1 Presentasjon av konkursunntaket i Luganokonvensjonen	34
4.2 Analyse av Rt. 1996 s. 25 Hydro-Alumix kjennelsen	35
4.2.1 Innledende bemerkninger	35
4.2.2 Sakens bakgrunn.....	35
4.2.3 Sakens rettslige spørsmål.....	35
4.2.4 Hvorvidt tvangsavvikling etter EFIM-loven ble omfattet av konkursbegrepet	36
4.2.5 Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntakets rekkevidde	37
4.2.6 Hvorvidt norske domstoler hadde jurisdiksjon etter tvml. § 25	38
4.2.7 Mindretallets vurdering	39
4.2.8 Et nærmere blick på funn i analysen	41
4.3 Analyse av HR-2017-1297-A Bergen Bunkers dommen.....	42
4.3.1 Innledende bemerkninger	42
4.3.2 Sakens bakgrunn.....	42
4.3.3 Sakens rettslige spørsmål.....	43
4.3.4 Hvorvidt kravene falt inn under konkursunntakets rekkevidde.....	43
4.3.5 Hvorvidt norske domstoler hadde jurisdiksjon etter tvl. § 4-3 første ledd	46
4.3.6 Et nærmere blick på funn i analysen	47
4.4 Hva kan samlet sett trekkes ut av dommene?	49
Kapittel 5: Sammenligning av rettstilstanden i EU og i Norge	51
5.1 Rettsfølgene når konkursunntaket kommer til anvendelse	53
Kapittel 6: Avsluttende kommentarer og rettspolitisk vurdering	54
Kildeliste.....	56

Kapittel 1: Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er norske domstolars stedlige kompetanse i grenseoverskridende konkurs. Avhandlingens kjerne er å belyse i hvilken utstrekning Luganokonvensjonen gir norske domstoler kompetanse til å behandle de ulike spørsmålene som oppstår i forbindelse med konkurs, hvor skyldneren driver virksomhet eller har eiendeler i flere stater.

Med «stedlig kompetanse» menes den enkelte domstols myndighet til å behandle en sak. Stedlig kompetanse er en forutsetning for all tvisteløsning, og hvorvidt norske domstoler har slik domsmyndighet avgjøres for sivile saker av vernetingsreglene i tvisteloven¹ kapittel 4 II. Den generelle regel om norske domstolars internasjonale jurisdiksjon følger av tvisteloven § 4-3 første ledd, som krever at saksforholdet har «*tilstrekkelig tilknytning til Norge*».

For saker med tilknytning til land innenfor EU-området, Island og Sveits reguleres imidlertid spørsmålet om norske domstolars internasjonale jurisdiksjon av Luganokonvensjonen,² så langt denne rekker. Konvensjonen gjelder som norsk lov i medhold av tvisteloven § 4-8, og er gitt forrang for tvistelovens øvrige bestemmelser i § 1-2. Som utgangspunkt gjelder konvensjonen hele privatrettens område, definert som «*sivile og kommersielle saker*» i konvensjonens artikkel 1 nr.1. Noen rettsområder er likevel unntatt Luganokonvensjonens anvendelsesområde. Dette gjelder blant annet «*konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger*» i medhold av konvensjonens artikkel 1 nr. 2 bokstav b, gjerne omtalt som «konkursunntaket».

Konkursunntaket innebærer at norske domstolars kompetanse til å behandle konkursrettslige spørsmål med tilknytning til land innenfor EU-området, Island og Sveits, ikke avgjøres av Luganokonvensjonen. I slike tilfeller vil spørsmålet om domskompetanse bero på nasjonale regler om internasjonal jurisdiksjon. Motsetningsvis vil konvensjonen avgjøre hvorvidt norske domstoler har jurisdiksjon til å behandle spørsmål med tilknytning til disse landene, dersom spørsmålet ikke faller inn under noen av unntakene i konvensjonen. For å belyse i hvilken utstrekning Luganokonvensjonen gir norske domstoler kompetanse til å behandle de

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

² Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007.

ulike spørsmålene som oppstår i forbindelse med grenseoverskridende konkurs er rekkevidden av Luganokonvensjonens konkursumntak avhandlingens overordnede problemstilling. Med «rekkevidden» menes hvilke spørsmål som oppstår i forbindelse med grenseoverskridende konkurs som skal omfattes av unntaket, med den konsekvens at Luganokonvensjonen ikke kommer til anvendelse.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Gjennom økende globalisering er verden i dag stadig knyttet nærmere sammen. Globaliseringen innebærer større grad av utveksling av kultur og politikk, høyere grad av økonomisk integrering og frihandel, og fri flyt av mennesker, informasjon og ideer. Disse komplekse prosessene har også betydning for rettens rolle i samfunnet, hvor spørsmålet om nasjonale domstolars stedlige kompetanse i internasjonale forhold i stor grad aktualiseres.

En naturlig følge av globaliseringsprosessene er at selskapers virksomhet i større grad heller ikke lar seg begrense nasjonalt.³ Stadig økende kommersiell utvikling uten territoriale begrensninger påvirker også norske selskapers virke, noe som blant annet illustreres av den betydelige økningen av norsk utenrikshandel de siste tiårene.⁴ I forlengelsen innebærer denne utviklingen at også konkurser i stadig flere tilfeller har grenseoverskridende elementer.⁵ Dette gjør at nasjonale domstolars jurisdiksjon i slike saker er særlig aktuelt i dagens samfunn. I tillegg til økt behov for å avklare hvilket land som skal ha jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling, er det av sentral betydning å avklare hvilke lands domstoler som har jurisdiksjon til å behandle de ulike tvistene som måtte oppstå i forbindelse med grenseoverskridende konkurs. For at den rettslige utviklingen skal følge den samfunnsmessige utviklingen, er det derfor nødvendig både med nye rettslige reguleringer og klargjøring av de eksisterende reglene for hvordan slik jurisdiksjon skal fordeles.

I norsk rett har ikke spørsmål om norske domstolars jurisdiksjon i grenseoverskridende konkurs hatt en stor plass i verken juridisk teori eller praksis. Spørsmål om konkursumntakets rekkevidde har kun vært til behandling i Høyesterett ved to anledninger. Dette illustrerer behovet for å kartlegge hvordan norske domstolars kompetanse til å behandle de ulike spørsmålene som oppstår i forbindelse med internasjonal konkurs, må avgjøres etter gjeldende rett.

³ HORING-2010-mha, punkt 1.4, s. 8.

⁴ HORING-2010-mha, punkt 1.1, s. 7.

⁵ HORING-2010-mha, punkt 1.4, s. 8.

Til tross for at problemstillingen har fått lite oppmerksomhet i Norge, eksisterer det rikholdig praksis om EU-rettens konkursunntak, som er likelydende med konkursunntaket i Luganokonvensjonen. Fordi det er et sentralt siktemål å oppnå en ensartet tolkning av bestemmelsene i Luganokonvensjonen og de tilsvarende bestemmelsene i EU-retten, er det derfor av stor betydning å avklare om konkursunntakets rekkevidde etter gjeldende norsk rett er i overensstemmelse med den tolkning som legges til grunn innenfor EU. Behovet for samspill mellom norsk rett og EU-rett illustreres ytterligere av at domstolene i Norge er pålagt å ta «*tilbørlig hensyn*» til blant annet EU-domstolens avgjørelser om betydningen av likelydende reguleringer.⁶ Dessuten skal begreper som benyttes i internasjonale kilder tolkes autonomt, uten henvisning til et lands internrettslige tolkninger.⁷

1.3 Metode

Fordi problemstillingen må besvares gjennom systematisering, kartlegging og analyse av gjeldende rett, vil avhandlingen ha et rettsdogmatisk perspektiv. Avslutningsvis vil det imidlertid foretas noen rettspolitiske betraktninger om hvilken betydning avhandlingens funn vil ha for norsk rett og samspillet mellom norsk rett og EU-rett.

I tillegg vil rettskildebildet, og flere særegne metodiske trekk som aktualiseres i avhandlingen trekkes frem. Bakgrunnen for dette er at internasjonale rettskilder vil utgjøre en stor del av rettskildematerialet. Dette vil gjøres innledningsvis, i avhandlingens kapittel 2.

1.4 Avgrensninger

Det avgrenses mot en gjennomgang av rekkevidden av Luganokonvensjonens andre unntaksbestemmelser, da disse ikke bidrar til å definere norske domstolers jurisdiksjon i grenseoverskridende konkurs. På samme grunnlag faller det utenfor avhandlingens rammer å gjennomgå Luganokonvensjonens øvrige bestemmelser, og å behandle spørsmål om lovvalg eller annet norske domstoler må ta stilling til i internasjonale tvister under betegnelsen norsk internasjonal privatrett. Det avgrenses også mot spørsmålet om hvilken stat som har jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling i grenseoverskridende konkurs.

I tillegg faller det utenfor avhandlingens rammer å foreta en grundig redegjørelse av rettsfølgene for det tilfelle at Luganokonvensjonens konkursunntak kommer til anvendelse.

⁶ Luganokonvensjonen protokoll 2 artikkel 1.

⁷ Rognlien (1993) s. 123, Nielsen (1997) s. 145, Pålsson (1992) s. 26 og Cordero-Moss (2013) s. 31.

En slik gjennomgang vil ikke bidra til å belyse i hvilken utstrekning Luganokonvensjonen gir norske domstoler kompetanse til å behandle de ulike spørsmål som oppstår i forbindelse med grenseoverskridende konkurs. Fordi spørsmålet likevel henger tett sammen med avhandlingens overordnede tema vil det gis en kort redegjørelse i avhandlingens kapittel 5.

1.5 Fremstillingen videre

Avhandlingen består av 6 kapitler. Innledningsvis, i kapittel 2, vil det først redegjøres for rettskildebildet og de særegne metodiske trekk avhandlingens tema aktualiserer.

Avhandlingens materielle kjerne består av tre hoveddeler, som vil behandles i kapittel 3, 4 og 5. Kapittel 3 er dedikert til en analyse av konkursunntakets rekkevidde innenfor EU. Det primære siktemål med kapittelet er å kartlegge grensene for konkursunntakets rekkevidde etter gjeldende rett, ved en gjennomgang av de aktuelle rettskildene, med særlig fokus på avgjørelser fra EU-domstolen. Bakgrunnen for at EU-delen behandles først, er at norsk rett i stor grad bygger på EU-rettslig regulering og det foreligger mye praksis om avhandlingens tema fra EU-domstolen.

I kapittel 4 skal konkursunntakets rekkevidde etter Luganokonvensjonen analyseres.

Kapittelets formål er å redegjøre for gjeldende rett i Norge. Dette innebærer at norske kilder er autoritative, selv om kilder fra andre Lugano-land også bidrar i tolkningen. Kapittelet vil i stor grad konsentreres rundt den foreliggende praksis fra Høyesterett. Både kapittel 3 og 4 nødvendiggjør i noen grad redegjørelser for materielle regler både innenfor panteretten og konkursretten, i tillegg til korte gjennomganger av aktuelle bestemmelser innenfor EU-retten.

Den tredje og siste hoveddelen av avhandlingen er en sammenligning av rettstilstanden i EU og i Norge, og utgjør avhandlingens kapittel 5. Kapittelet vil ha en komparativ tilnærming til hvordan konkursunntakets rekkevidde tolkes i EU og i Norge.

I kapittel 6 vil det knyttes noen rettspolitiske betraktninger opp til avhandlingens funn, betydningen disse har for norsk rett, og samspillet mellom norsk rett og EU-rett.

Kapittel 2: Rettskildebilde

Det vil først redegjøres for Luganokonvensjonens rettslige plassering og hvilke metodiske særtrekk denne internasjonale konvensjonen medfører i møtet med norsk rett. Deretter vil det kort redegjøres for EU-retten, og dens praktiske tilknytning til norsk rett. Dette innebærer ikke en generell fremstilling av EU-rettslig metode, men en kort presentasjon av enkelte aspekter ved denne som er spesielt relevant for avhandlingens tema. Det vil også redegjøres kort for Brussel I-forordningen, som er av sentral betydning for avhandlingen.

2.1 Luganokonvensjonen

Ved å regulere spørsmål om domsmyndighet, anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer for sivile og kommersielle saker med tilknytning til land innenfor EU, Norge, Sveits og Island, spiller Luganokonvensjonen en praktisk viktig rolle i spørsmål om internasjonal jurisdiksjon. Luganokonvensjonen av 2007 erstattet den tidligere Luganokonvensjonen av 1988.⁸ Som nevnt innledningsvis er den nåværende konvensjonen gjennomført i norsk rett gjennom inkorporeringsbestemmelsen i tvisteloven § 4-8, og etter den generelle folkerettsreservasjonen i § 1-2 følger det at Luganokonvensjonen går foran tvistelovens øvrige regler.⁹ Dette gjelder blant annet den generelle bestemmelse om norsk internasjonal jurisdiksjon i § 4-3 første ledd.

Til tross for konvensjonens forrang byr tolkningen på noen metodiske utfordringer, hovedsakelig knyttet til konvensjonens parallelle instrumenter i EU. Både den nåværende og den tidligere Luganokonvensjonen ble utarbeidet for å virke som en parallell til korresponderende EU-instrumenter. Luganokonvensjonen av 1988 speilet i det vesentligste Brusselkonvensjonen av 1968,¹⁰ og ved dens omdannelse til Brussel I-forordningen,¹¹ oppstod behov for et «*oppdatert parallellinstrument*» for Luganostatene, for å styrke det rettslige samarbeidet med EU.¹² Dette førte til den reviderte Luganokonvensjonen av 2007. Formålet bak regelverkene var å etablere et felles, harmonisert og enhetlig system for

⁸ Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 16. september 1988.

⁹ Luganokonvensjonen av 1988 ble gjort til norsk rett gjennom lov 8. januar 1993 nr. 90 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (luganoloven) [opphøvet].

¹⁰ Konvensjon om jurisdiksjon og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Brussel 27. september 1968.

¹¹ Regulation (EF) No 44/2001 of the European Parliament and of the Council of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

¹² Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) kapittel 1, s. 5.

domsmyndighet i Europa.¹³ Et slikt system ville lette muligheten for fullbyrdelse av rettskraftige dommer over landegrensene, gi økt forutberegnelighet hva gjaldt de nasjonale domstolenes jurisdiksjon i internasjonale tvister, og i forlengelsen styrke borgernes rettssikkerhet.¹⁴

Luganokonvensjonen er derfor en viktig del av den internasjonale harmoniseringsprosessen av internasjonal prosessrett. Harmoniseringsmålsetningen kommer ytterligere til uttrykk i konvensjonens protokoll nr. 2 artikkel 1, som forplikter norske domstoler til å ta «*tilbørlig hensyn til de prinsipper som følger av enhver relevant avgjørelse*» truffet av domstolene i konvensjonsstatene og EU-domstolen. Konvensjonen bør derfor anvendes og tolkes autonomt med sine parallelle instrumenter for å sikre rettsenhet og oppfylle harmoniseringsformålet.

EU-domstolens tolkninger må derfor gis betydelig vekt når norske domstoler skal avgjøre hva som er gjeldende rett etter Luganokonvensjonen.¹⁵ At EU-domstolens praksis er en tungtveiende kilde, ble også stadfestet under arbeidet med å inkorporere konvensjonen til norsk lov,¹⁶ og er bekreftet av Høyesterett i en rekke avgjørelser, blant annet i HR-2017-1297-A «*Bergen Bunkers dommen*», som analyseres i avhandlingens kapittel 4.3.¹⁷

2.2 EU-retten

Den europeiske union er en økonomisk, politisk og juridisk samarbeidsorganisasjon i Europa med 28 medlemsland.¹⁸ Det primære rettsgrunnlag for EUs virke er Traktaten om Den europeiske union («TEU»)¹⁹ og Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte («TEUF»)²⁰. Unionen har gjennom de siste snart 70 årene²¹ oppnådd en sterk overnasjonal posisjon i Europa. Formålet bak samarbeidet er i dag konsentrert om å skape et felles indre marked med «de fire friheter»; fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer.

¹³ Innst. O. nr. 26 (1992-1993) punkt 1, *komiteens merknader*, første avsnitt.

¹⁴ Innst. O. nr. 26 (1992-1993) punkt 1, *komiteens merknader*, første avsnitt, Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) kapittel 1, s. 5 og kapittel 5 punkt 5.1, s. 15.

¹⁵ Se Skoghøy (2017) s. 66, som omtaler EU-domstolens avgjørelser som «*praktisk talt bindende*».

¹⁶ Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) kapittel 1, s. 6.

¹⁷ Se også Fredriksen (2011) punkt 6.2, s. 26 flg., som gjennomgår all Høyesterettspraksis som gjelder tolkning av Luganokonvensjonen (pr. 2011).

¹⁸ Se EUs hjemmesider, https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en (april 2018).

¹⁹ Traktaten om Den europeiske union (TEU), vedtatt 7. februar 1992, revidert og omnummerert i Lisboa-traktaten, vedtatt 13. desember 2007.

²⁰ Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF), vedtatt 25. mars 1957 som Romatraktaten, revidert, omnummerert og gitt nytt navn i Lisboa-traktaten, vedtatt 13. desember 2007.

²¹ Den 9. mai 1959 anses ofte som starten på EU-samarbeidet. Se Sejerstedt m.fl. (2011) s. 27.

EU-retten er EUs egen lovgivning, som gis i medhold av unionens særegne lovgivningsprosesser. EU-retten sonder mellom primær og sekundær lovgivning, hvor den primære er EUs traktater, og den sekundære er forordninger og direktiver. Forordninger er bindende i alle deler og kommer direkte til anvendelse i medlemsstatene, mens direktiver som hovedregel må implementeres før de blir gjeldende.²² Også i deler av norsk rett spiller EU-retten en viktig rolle, hovedsakelig gjennom EØS-avtalen.²³ Formålet bak avtalen var å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene,²⁴ som medfører at EU-rettens regler med betydning for markedet er gjeldende for Norge.²⁵ Utover EØS-avtalen er ikke EU-retten bindende i Norge, og spiller en liten praktisk rolle, med mindre det er inngått særlige avtaler eller ensidig tilpasning fra Norges side.²⁶ Luganokonvensjonen er et eksempel på en slik særlig avtale, som innebærer at EU-retten likevel får betydning for tolkningen av konvensjonen.

Når avhandlingen i det følgende baseres på en gjennomgang av EU-domstolens praksis, skyldes dette at Domstolen er tillagt det primære ansvaret for tolkning og anvendelse av EU-retten. Det formelle utgangspunkt for EU-domstolens virke er TEU artikkel 19, hvor det fremgår at Domstolen skal verne om «lov og rett». EU-domstolens praksis bærer preg av at den er en dynamisk, rettspolitisk og rettskapende domstol. Sitt rettskapende virke legitimerer Domstolen gjennom sin selvdefinerte enerett på autorativ tolkning av EU-retten, sammenhold med sitt ansvar om å oppnå en stadig nærmere EU-sammenslutning.²⁷ Språket i Domstolens avgjørelser kan imidlertid være mer eller mindre vagt og flertydig. I motsetning til rettsaktene, som er gyldig på alle offisielle EU-språk, er EU-domstolens avgjørelser kun formelt gyldige på prosessspråket,²⁸ i tillegg til at arbeidsspråket er fransk. I avhandlingen benyttes engelske oversettelser, og fordi språkversjonene kan variere i nyansene, vil fokus være rettet mot avgjørelsens meningsinnhold, ikke fintolkning av bestemte formuleringer.

Et annet særtrekk ved den EU-rettslige metode som vil prege avhandlingen, er EU-domstolens aktive bruk av formålsbetraktninger. Den formålsorienterte tolkningsmetoden

²² TEUF art. 288.

²³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, vedtatt 2. mai 1992.

²⁴ EFTA (European Free Trade Association) er en mindre omfattende europeisk samarbeidsorganisasjon som under tiden omfatter Norge, Island, Liechtenstein og Sveits. Se EFTAs hjemmesier, <http://www.efta.int/about-efta/european-free-trade-association> (april 2018).

²⁵ Sejerstedt m.fl. (2011) s. 86.

²⁶ Sejerstedt m.fl. (2011) s. 87.

²⁷ Sejerstedt m.fl. (2011) s. 55.

²⁸ Prosessspråket er språket den enkelte rettsak føres i, som bestemmes av partene i saken.

kommer særlig til uttrykk gjennom henvisning til fortaler, som formulerer bakgrunnen for reguleringen, og de konkrete bestemmelsene. På mange måter bøter fortalene på at forarbeider spiller en langt mindre rolle i EU-retten enn i norsk rettskildelære.²⁹

For å kartlegge gjeldende rett i EU og analysere EU-domstolens avgjørelser, vil det også trekkes frem ulike rapporter som er utarbeidet som offisielle kommentarer i tilknytning til de ulike konvensjoner og forordninger.³⁰ Rapportene gir viktige bidrag til forståelsen og tolkningen av reguleringene fordi de bygger på arbeidet til de ekspertkomiteene og arbeidsgruppene som forberedte og foreslo lovtekstene.³¹ Som det vil fremgå i avhandlingens kapittel 3 benytter EU-domstolen disse rapportene aktivt i tolkningsspørsmål, som en form for «kommentarutgave» av reguleringene. Det samme gjelder Høyesterett, som det vil fremgå i avhandlingens kapittel 4.

2.2.1 Brussel I-forordningen

Brussel I-forordningen trådte i kraft i EU i 2001, og erstattet den tidligere Brusselkonvensjonen. Konvensjonen var et viktig ledd i gjennomføringen av de fire friheter, gjennom å forenkle prosedyren for fullbyrdelse og anerkjennelse av dommer mellom EU-statene.³² Et sentralt siktemål ved vedtakelsen av Brussel I var å avbøte de problemer som oppstod når ulike stater rettssystem ga kompetanse til ulike domstoler. Forordningen innførte derfor en uniform regulering for å avgjøre konflikter om domstolskompetanse.³³

I 2012 ble Brussel I ytterligere revidert, og med virkning fra 2015 erstattet av Forordning 1215/2012.³⁴ Tilsvarende revisjon er ikke gjennomført for Luganokonvensjonen, men kan forventes for å bevare parallelliteten mellom instrumentene.³⁵ Fordi det ikke foreligger praksis fra Forordning 1215/2012 om avhandlingens tema, og tittelen «Brussel I» er innarbeidet både i norsk og EU-rettslig praksis, vil det imidlertid refereres til Brussel I i det følgende. Det bemerkes at bestemmelsene som er aktuelle i denne avhandlingen er uendret i Forordning 1215/2012, slik at avhandlingen i alle tilfelle er i tråd med gjeldende rett.

²⁹ Sejerstedt m.fl. (2011) s. 57.

³⁰ Dette gjelder Jenard- og Schlosser-rapporten om Brusselkonvensjonen, Pocar-rapporten om Luganokonvensjonen og Virgos/Schmit-rapporten om EUs Insolvensforordning.

³¹ Pålsson (1992) s. 21.

³² Brusselkonvensjonens fortale punkt 1.

³³ Brussel I-forordningens fortale punkt 2 og 6.

³⁴ 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.

³⁵ Cordero-Moss (2013) s. 31, Cordero-Moss (2016) s. 1.

Kapittel 3: Konkursunntakets rekkevidde etter Brussel I

3.1 Presentasjon av konkursunntaket i Brussel I

Brussel I artikkel 2 bokstav b bestemmer at «*this Regulation shall not apply to: bankruptcy, proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and analogous proceedings*». Bestemmelsen innebærer at konkursrettslige spørsmål er unntatt fra forordningens anvendelsesområde. Unntaket ble videreført fra Brusselkonvensjonen, og EU-domstolen har lagt til grunn at konkursunntaket i Brussel I må tolkes likt som forløperen, da disse oppfyller samme funksjon og har identisk ordlyd.³⁶ Bakgrunnen for konkursunntaket var planene om en særskilt insolvenskonvensjon.³⁷ Behovet for en slik særegen regulering var særlig begrunnet i at de nasjonale rettsordninger innenfor konkursrettens område varierte betydelig i de forskjellige konvensjonsstatene.³⁸

Om den nærmere grensedragningen av hvilke spørsmål som faller innenfor konkursunntaket gir ordlyden liten henvisning. I Jenard-rapporten ble det imidlertid uttalt at unntaket tok sikte på å omfatte spørsmål som gjaldt tvungen eller kollektiv insolvensbehandling, i motsetning til spørsmål som baserte seg på kontraktsrettslige regler.³⁹ I Schlosser-rapporten var tolkningen mer tilbakeholden, og det ble uttalt at grensedragningen ville være vanskelig inntil Insolvenskonvensjonen trådte i kraft.⁴⁰ Fordi intensjonen var at de to regelverkene skulle utfylle hverandre, ville vedtagelsen av Insolvenskonvensjonen klargjøre hvilke krav som ville falle inn under denne, og i forlengelsen ekskluderes fra den daværende Brusselkonvensjonen, i medhold av konkursunntaket.⁴¹

3.2 Analyse av C-133/78 Henri Gourdain mot Franz Nadler

3.2.1 Innledende bemerkninger

I avgjørelsen av *Gourdain mot Nadler* behandlet EU-domstolen for første gang spørsmålet om en sak var omfattet av konkursunntaket i den daværende Brusselkonvensjonen.

³⁶ Dette fremgår blant annet i *German Graphics* avsnitt 27 og 28 (se avhandlingens kapittel 3.4.5). Fordi konkursunntaket i forordning 1215/2012 har samme ordlyd og oppfyller samme funksjon som i forløperen, må det antas at dette også er tilfellet for denne forordningen.

³⁷ Schlosser-rapporten punkt 53, s. 89.

³⁸ Jenard-rapporten s. 11.

³⁹ Jenard-rapporten s. 12.

⁴⁰ Schlosser-rapporten punkt 53, s. 90.

⁴¹ Schlosser-rapporten punkt 53, s. 90.

3.2.2 *Sakens bakgrunn*

Saken ble forelagt for EU-domstolen av den tyske regionale domstolen Oberlandesgericht. Bakgrunnen var at den franske domstolen Cour d'Appel ønsket at Oberlandesgericht, i medhold av Brusselkonvensjonen, skulle anerkjenne en fransk dom som påla daglig leder av et tysk selskap personlig ansvar for gjelden i et fransk datterselskap. Begge selskapene var konkurs.

3.2.3 *Sakens rettslige spørsmål*

Hovedspørsmålet for EU-domstolen var om den franske dommen skulle anerkjennes i medhold av Brusselkonvensjonen, eller om den måtte anses å falle inn under konkursunntaket, og dermed utenfor konvensjonens anvendelsesområde.

3.2.4 *Utarbeidelse av kriterier for vurderingen av konkursunntakets rekkevidde*

Domstolen vurderte først konkursunntakets rekkevidde i lys av formålene bak unntaket og konvensjonen i sin helhet, og konstaterte at konkursunntaket måtte gis et snevert rekkevidde. Dette bygget Domstolen på at konvensjonen, gjennom å skape et forenklet system for gjensidig anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser, var med på å styrke EU-fellesskapet og borgernes rettsikkerhet.⁴² Kun rettsområder av spesiell art, som var gjenstand for svært ulik regulering innenfor EU-statene, burde unntas fra konvensjonens anvendelsesområde.⁴³ EU-domstolen bemerket at selv om verken «*sivile og kommersielle saker*» eller konkursbegrepet⁴⁴ var definert i konvensjonen, måtte disse tolkes i samsvar med formålene bak reguleringen og konvensjonens øvrige bestemmelser, uten referanse til internrettslige begreper og klassifiseringer.⁴⁵

For å avgjøre om en rettsavgjørelse falt innenfor konkursunntaket, utformet EU-domstolen derfor to generelle vurderingskriterier. Tvisten måtte (i) springe direkte ut av konkursen og (ii) være nært knyttet til insolvensbehandlingen («*...they must derive directly from the bankruptcy or winding-up and be closely connected with the [insolvency]proceedings*»⁴⁶).

⁴² Gourdain mot Nadler avsnitt 3.1.

⁴³ Gourdain mot Nadler avsnitt 3.2.

⁴⁴ «Konkursbegrepet» henviser til «*konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger*» i Brusselkonvensjonen artikkel 1 nr. 1.

⁴⁵ Gourdain mot Nadler avsnitt 3.3 til 3.5.

⁴⁶ Fordi Gourdain mot Nadler dreide seg om anerkjennelse fremgår det i avsnitt 4.1 at «dommen» («decisions») måtte oppfylle de gitte kriteriene, ikke «tvisten». Begrepet «tvisten» er imidlertid valgt i avhandlingen fordi det illustrerer vurderingstema også for det tilfelle at saken ikke gjelder anerkjennelse.

3.2.5 *Hvorvidt kriteriene var oppfylt i saken*

For å avgjøre om kriteriene var oppfylt, uttalte Domstolen at det var nødvendig å slå fast om det juridiske grunnlaget for den franske avgjørelsen bygget på insolvensrettslige bestemmelser («*It is therefore necessary to ascertain whether the legal foundation of an application...is based on the law relating to bankruptcy and winding-up...*»).⁴⁷ Hvorvidt dette var tilfelle måtte avgjøres gjennom en autonom tolkning av hjemmelen, uten hensyn til klassifiseringen i fransk rett.⁴⁸

EU-domstolen la vekt på at den aktuelle bestemmelsen befant seg i den franske konkurslovgivningen, og bare kunne anvendes av domstolen, eller av bostyrer på vegne av kreditorfellesskapet, med formål om å øke boets aktiva.⁴⁹ Bestemmelsen avvek også fra de generelle erstatningsrettslige regler, fordi bevisbyrden var omvendt og den bare kunne benyttes i 3 år, regnet fra den dato bostyrer hadde mottatt alle fordringer mot skyldneren.⁵⁰ Det ble også vektlagt at et eventuelt gjennomslag ville gagne kreditorfellesskapet, og at kravet kunne rettes mot enhver som var oppført som daglig leder, uten hensyn til betalingsdyktighet.⁵¹ Etter EU-domstolens syn var formålet med bestemmelsen å utvide domstolens og bostyrers adgang til å søke dekning for konkursboets kreditorer under insolvensbehandlingen, ved å tillate inndrivelse av verdier fra selskapets ledelse.⁵² Hjemmelen var derfor av utelukkende insolvensrettslig karakter, med den konsekvens at den franske avgjørelsen var omfattet av konkursunntaket, og dermed ikke kunne anerkjennes i medhold av Brusselkonvensjonen.⁵³

3.2.6 *Et nærmere blikk på funn i analysen*

Analysens første funn er at ordlydens manglende veiledning om konkursunntakets rekkevidde søkes avhjulpet av bestemmelsens formål, og formålene bak Brusselkonvensjonen i sin helhet. Fordi Brusselkonvensjonen ble etablert for å forenkle systemet for blant annet jurisdiksjonsspørsmål, settes det en høy terskel for at konkursunntaket kommer til anvendelse. Tett opptil dette er også analysens andre funn: Rekkevidden av konkursunntaket skal ikke avgjøres med referanse til internrettslige begreper og klassifikasjoner av hva som betegnes

⁴⁷ Gourdain mot Nadler avsnitt 4.2.

⁴⁸ Gourdain mot Nadler avsnitt 4.2.

⁴⁹ Gourdain mot Nadler avsnitt 5.1 og 5.2.

⁵⁰ Gourdain mot Nadler avsnitt 5.3 og 5.4.

⁵¹ Gourdain mot Nadler avsnitt 5.5 og 5.6.

⁵² Gourdain mot Nadler avsnitt 6.1.

⁵³ Gourdain mot Nadler avsnitt 6.1 og 6.2.

som krav av insolvensrettslig karakter. Begge disse funnene illustrerer hvordan EU-domstolen aktivt arbeider for å gjennomføre harmoniseringsmålsetningen for internasjonal prosessrett.

Analysens tredje funn er at dommen oppstiller et utgangspunkt for vurderingen av konkursunntakets rekkevidde. For at en tvist skal falle inn under konkursunntaket, må den springe direkte ut av konkursen og være nært knyttet til insolvensbehandlingen. Kriteriene illustrerer at det kreves en nær kobling mellom tvisten og insolvensbehandlingen for at konkursunntaket får anvendelse, og Domstolens tilnærming viser at kravets juridiske grunnlag har avgjørende betydning. Avgjørelsen setter derfor klare rammer for hvordan vurderingen skal foretas.

3.3 Analyse av C-339/07 Christopher Seagon mot Deko Marty Belgium

3.3.1 Innledende bemerkninger

I *Seagon mot Deko* reises spørsmål om jurisdiksjonsbestemmelsen i Insolvensforordningen⁵⁴ har samme rekkevidde som konkursunntaket i Brussel I. For at analysen skal bli mest mulig oppklarende, vil det innledningsvis kort gjøres rede for EUs Insolvensforordning.

EUs Insolvensforordning var tiltenkt å trå i kraft allerede på 1960-tallet, da konkursunntaket ble implementert i Brusselkonvensjonen.⁵⁵ Grunnet uenigheter om regelverkets utforming stagnerte imidlertid arbeidet flere ganger, og fraværet av EU-rettslig regulering av insolvensbehandlinger ble ansett som en mangel i reguleringen av det indre marked.⁵⁶ Insolvensforordningen trådte endelig i kraft den 31. mai 2002. Forordningen er bindende for alle EU-stater, men faller utenfor EØS-avtalen, og gjelder derfor ikke for Norge.

I 2015 ble en revidert Insolvensforordning vedtatt, som får anvendelse på insolvensbehandlinger som åpnes etter 26. juli 2017.⁵⁷ Slik både den opprinnelige og reviderte forordningen er bygget opp, regulerer den i hovedsak spørsmål om jurisdiksjon, anerkjennelse og lovvalg for internasjonale insolvensbehandlinger, i tillegg til å gi regler om internasjonalt samarbeid i grenseoverskridende konkurs.⁵⁸ Hovedregelen for jurisdiksjon

⁵⁴ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings.

⁵⁵ Virgos/Schmit-rapporten punkt 3, s. 7 og punkt 5, s. 8.

⁵⁶ Virgos/Schmit-rapporten punkt 1, s. 6, punkt 3, s. 7 og punkt 5, s. 8.

⁵⁷ Regulation (EU) 2015/858 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast).

⁵⁸ Den nylig vedtatte forordningen er langt mer omfattende og detaljert enn sin forløper, men selve grunnprinsippene er videreført. Se Prop. 88 L (2015-2016) punkt 4.2, s. 13.

fremgår av artikkel 3(1). Den medlemsstaten hvor skyldneren har «*center of main interests*», har jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling («konkursstaten»)⁵⁹ Den opprinnelige forordningen definerte imidlertid ikke grensene for konkursstatens jurisdiksjon. Dette ble av Virgos/Schmit reist som et sentralt problem i forordningens utforming, fordi disse grensene ville avgjøre forholdet mellom Insolvensforordningens jurisdiksjonsregler og de som kan utledes av Brussel I. Virgos/Schmit argumenterte for at kriteriene som ble utformet i *Gourdain mot Nadler* for å fastslå rekkevidden av konkursunntaket i Brusselkonvensjonen («Gourdain-kriteriene»), også måtte angi grensene for konkursstatens jurisdiksjon.⁶⁰ En slik tolkning av konkursstatens jurisdiksjon ville medføre at det ikke oppstod smutthull eller overlapp mellom de to konvensjonene i jurisdiksjonsspørsmål.⁶¹ Den reviderte Insolvensforordningen kommer ikke til anvendelse for noen av insolvensbehandlingene som er aktuelle i denne avhandlingen, men det må bemerkes at en slik avgrensning følger av dens artikkel 6 nr. 1.

3.3.2 Sakens bakgrunn

Saken sto mellom Seagon, bostyrer i konkursboet til det tyske selskapet Frick Teppichboden Supermärkte GmbH («Frick»), og det belgiske selskapet Deko Marty Belgium NV («Deko»). Frick hadde overført EUR 50 000 til Deko, dagen før selskapet erklærte seg insolvent. Etter at insolvensbehandling ble åpnet i Frick, henvendte Seagon seg til den tyske regionale domstolen Landgericht Marburg og krevde at transaksjonen til Deko måtte omstøtes. Landgericht Marburg avviste saken på bakgrunn av manglende jurisdiksjon, og etter anke fra Seagon til den tyske Høyesterett Bundegerichtshof, ble saken forelagt for EU-domstolen.

3.3.3 Sakens rettslige spørsmål

Saken reiste to hovedspørsmål. Første spørsmål var om tyske domstoler hadde jurisdiksjon i medhold av Insolvensforordningen, fordi Tyskland var konkursstaten. Forutsatt negativt svar, ble det reist spørsmål om kravet falt inn under konkursunntaket, med den følge at jurisdiksjon heller ikke kunne utledes av Brussel I.

⁵⁹ Etter artikkel 3(2) kan det også åpnes territoriale insolvensbehandlinger der skyldneren har en virksomhet. Den jurisdiksjon dette medfører er gjenstand for nærmere regulering i forordningen.

⁶⁰ Virgos/Schmit-rapporten punkt 77, s. 53 og 54.

⁶¹ Virgos/Schmit-rapporten punkt 77, s. 53 og 54, hvor det legges vekt på at artikkel 25, som avgjør hvilke dommer som kan anerkjennes i medhold av Insolvensforordningen, også avgrenses av Gourdain-kriteriene.

3.3.4 *Hvorvidt konkursstaten hadde jurisdiksjon etter Insolvensforordningen*

I sakens første spørsmål kom EU-domstolen til at konkursstaten hadde jurisdiksjon i medhold av Insolvensforordningen artikkel 3(1). Domstolen begrunnet dette med at konkursstatens jurisdiksjon var begrenset til å behandle krav som oppfylte Gourdain-kriteriene, hvilket var tilfelle for omstøtelseskravet i denne saken. Den sentrale vurderingen var førstnevnte, rekkevidden av konkursstatens jurisdiksjon. I den konkrete vurderingen tok Domstolen utgangspunkt i forordningens fortale, som krevde at Gourdain-kriteriene var oppfylt for at konkursstaten skulle ha jurisdiksjon.⁶² For å underbygge fortalens avgrensning, henviste Domstolen til tre ulike forhold.

For det første var avgrensning etter Gourdain-kriteriene i tråd med forordningens overordnede formål. Et sentralt siktemål med reguleringen var å forbedre effektiviteten av grenseoverskridende insolvensbehandlinger og å unngå forumshopping.⁶³ Å la oppfyllelse av kriteriene være avgjørende ville være den praktisk beste løsning for å oppnå målsetningene.⁶⁴ For det andre var denne grensdragningen nødvendig av hensyn til forordningens gjennomslagskraft og effektivitet.⁶⁵ For det tredje var adgangen til å anerkjenne utenlandske dommer i medhold av Insolvensforordningen avgrenset av Gourdain-kriteriene. Å la samme kriterier være avgjørende for konkursstatens jurisdiksjon ville derfor skape en gjennomgående klar grense for Insolvensforordningens virkeområde.⁶⁶

Fordi Gourdain-kriteriene måtte anses å sette rammene for konkursstatens jurisdiksjon, var det etter Domstolens syn klart at omstøtelseskravet falt innenfor konkursstatens jurisdiksjon.⁶⁷

På bakgrunn av svaret som ble gitt på sakens første spørsmål, tok Domstolen ikke stilling til det andre spørsmålet som ble reist.

3.3.5 *Et nærmere blikk på funn i analysen*

Det første funnet i analysen er at EU-domstolen konstaterer at konkursstatens jurisdiksjon etter Insolvensforordningen skal avgrenses til å omfatte krav som oppfyller Gourdain-

⁶² Insolvensforordningens fortale punkt 6, som er formulert med identisk ordlyd som Gourdain-kriteriene.

⁶³ Dersom en saksøker kan velge mellom saksanlegg i ulike land, kan saksøker anlegge saken i det landet hvor søksmålet gir ham det mest gunstige resultat. Denne praksisen omtales ofte for «forumshopping», og muliggjøres dersom internasjonal prosessrett ikke er harmonisert. Se Cordero-Moss (2013) s. 21-22.

⁶⁴ Seagon mot Deko avsnitt 21 til 24, med henvisning til Insolvensforordningens fortale punkt 2, 4 og 8.

⁶⁵ Seagon mot Deko avsnitt 21 og 22.

⁶⁶ Seagon mot Deko avsnitt 25 til 27 med henvisning til Insolvensforordningen artikkel 16 og 25.

⁶⁷ Seagon mot Deko avsnitt 28.

kriteriene. Dette innebærer at det eksisterer en vekselvirkning mellom Brussel I og Insolvensforordningen. Fordi begge forordninger henviser til kriteriene, vil saker som faller utenfor Brussel I i medhold av konkursunntaket, falle inn under Insolvensforordningen, og motsatt: Saker som faller utenfor Insolvensforordningen fordi Gourdain-kriteriene ikke er oppfylt, vil falle inn under «*sivile og kommersielle saker*» i Brussel I. Fordi forordningene komplementerer hverandre fullt ut, vil det derfor ikke være noen saker som faller utenfor begge med den konsekvens at jurisdiksjonsspørsmålet forblir ubesvart.

Tett opp til analysens første funn er også det andre funnet, som gjelder betydningen av Insolvensforordningen i EU. Fordi den nevnte vekselvirkningen innebærer at jurisdiksjonsspørsmål aldri vil stå ubesvart, har forordningen stor praktisk betydning dersom konkursunntaket kommer til anvendelse. Dette er ulikt situasjonen utenfor EU, hvor jurisdiksjonsspørsmål innenfor konkursunntakets anvendelsesområde ikke reguleres på det internasjonale plan. Dette medfører at spørsmålet er henvist til nasjonal regulering, som kan være ulik avhengig av hvilke land som er involvert i tvisten. Dette er imidlertid uten betydning for konkursunntakets rekkevidde.

Det tredje funnet er at omstøtelseskrav er klart innenfor Gourdain-kriteriene. Som det fremgår av analysen, fokuserer EU-domstolen først og fremst på å kartlegge grensen for hvilke type krav konkursstaten har jurisdiksjon til å avgjøre i medhold av artikkel 3(1) i Insolvensforordningen. Fordi omstøtelsesreglens formål er å motvirke at boet tømmes for aktiva forut for den formelle boåpning, er reglene en svært viktig side av konkursinstituttet.⁶⁸ Omstøtelseskrav bygger derfor klart på det som defineres som insolvensrettslige regler. Domstolens tilnærming er derfor i tråd med hvordan kriteriene tolkes i *Gourdain mot Nadler*.

3.4 Analyse av C-292/08 German Graphics Graphische Maschinen GmbH mot Alice van der Schee

3.4.1 Innledende bemerkninger

I *German Graphics* reises det spørsmål om et krav som bygger på eiendomsforbehold («*reservation of title*»), omfattes av konkursunntaket i Brussel I. Fordi enkelte bestemmelser i Insolvensforordningen aktualiseres i dommen vil disse kort introduseres innledningsvis, for at analysen skal bli så fullstendig som mulig.

⁶⁸ Andenæs (2009) s. 286.

Etter Insolvensforordningen artikkel 4 skal konkursstatens insolvensregler benyttes under insolvensbehandlingen («lex concursus»). Bestemmelsen illustrerer derfor at lovvalget under insolvensbehandlingen indirekte styres av forordningens jurisdiksjonsregler. Artikkel 4 andre ledd regner opp en rekke områder hvor lex concursus skal anvendes; etter artikkel 4(2)(b) skal lex concursus avgjøre hvilke eiendeler som utgjør boets aktiva, og behandlingen av disse.

Artikkel 7 i Insolvensforordningen regulerer lovvalg når det er gitt eiendomsforbehold i et aktivum som er på vei inn eller ut av boet. Første ledd gjelder aktiva på vei inn i boet, og fastslår at selgers eiendomsforbehold ikke skal berøres i en insolvensbehandling åpnet overfor kjøperen, forutsatt at gjenstanden befinner seg i en annen medlemsstat enn konkursstaten. Bestemmelsens formål er å unngå problemer som kunne oppstått i en grenseoverskridende insolvensbehandling hvor statene har ulikt syn på eiendomsrettens overgang.⁶⁹

Medlemsstatenes gjensidige anerkjennelse av avgjørelser som gjelder konkurs, reguleres i Insolvensforordningen artikkel 25.⁷⁰ Etter artikkel 25(1) andre avsnitt skal avgjørelser som oppfyller Gourdain-kriteriene anerkjennes automatisk. Formuleringen forenkler systemet for anerkjennelser, fordi avgjørelser som faller inn under konkursumntaket i Brussel I vil anerkjennes i medhold av Insolvensforordningen.⁷¹ I Virgos/Schmit-rapporten eksemplifiseres hvilke avgjørelser som vil oppfylle kriteriene. Avgjørelser som bare kan avsies under en insolvensbehandling, eksempelvis om omstøtelse, bomassens innhold og kreditorenes prioritet, faller innenfor.⁷² Dersom avgjørelsen også kan avsies utenfor insolvensbehandling, oppfyller den ikke kriteriene, med den følge at den faller utenfor artikkel 25(1). Dette gjelder selv om avgjørelsen er avsagt i tilknytning til en insolvensbehandling, eksempelvis om gyldigheten av et krav eller eiendomsretten til et aktivum.⁷³ I artikkel 25(2) fremgår det at Brussel I gjelder for anerkjennelse og fullbyrdelse av avgjørelser som ikke omfattes av artikkel 25(1), «*provided that that Convention is applicable*».

⁶⁹ Dette innebærer at begrepet «eiendomsforbehold» i artikkel 7 også omfatter salgspant. Se nærmere om dette i HORING-2010-mha, punkt 5.3.4, s. 39 og 40.

⁷⁰ Medlemsstatenes gjensidige anerkjennelse av avgjørelser som gjelder selve åpningen av insolvensbehandling reguleres i forordningens artikkel 16, dette fremgår også av artikkel 25(1) første avsnitt.

⁷¹ Virgos/Schmit-rapporten punkt 77, s. 53 og 54, se nærmere ovenfor i avhandlingens punkt 3.3.1.

⁷² Virgos/Schmit-rapporten punkt 196, s. 121 og 122.

⁷³ Virgos/Schmit-rapporten punkt 196, s. 122.

3.4.2 Sakens bakgrunn

Saken sto mellom Van der Schee, bostyrer i konkursboet til det nederlandske selskapet Holland Binding NV, og det tyske selskapet German Graphics Graphische Maschinen GmbH («German Graphics»). German Graphics hadde inngått en avtale med Holland Binding NV om kjøp av maskiner. Fordi kontrakten inneholdt et eiendomsforbehold, henvendte German Graphics seg til den tyske regionale domstolen Landgericht Braunschweig for å få maskinene tilbakeført, etter at Holland Binding NV ble plassert under insolvensbehandling i Nederland.

Landgericht Braunschweig ga German Graphics medhold, og den nederlandske regionale domstolen Rethbank Utrecht⁷⁴ fastslo at den tyske dommen skulle anerkjennes. Van der Schee anket og fikk medhold i ankedomstolen. German Graphics anket ankedomstolens avgjørelse til Høyesterett, Hoge Raad der Nederlanden, som forela saken for EU-domstolen.

3.4.3 Sakens rettslige spørsmål

Saken reiste tre hovedspørsmål. Første spørsmål var om formuleringen «*provided that that Convention is applicable*» i Insolvensforordningen artikkel 25(2) innebar at domstolen, før den kunne anerkjenne avgjørelsen i medhold av bestemmelsen, måtte vurdere om avgjørelsen falt inn under Brussel I. Den nederlandske Høyesterett forutsatte at avgjørelsen ikke kunne anerkjennes i medhold av Insolvensforordningen artikkel 25(1).

Andre og tredje spørsmål var om avgjørelsen falt inn under konkursunntaket, når konkursunntaket ble lest i sammenheng med henholdsvis artikkel 7(1) og 4(2)(b) i Insolvensforordningen.

3.4.4 Forståelsen av Insolvensforordningen artikkel 25(2)

Når det gjaldt sakens første spørsmål kom EU-domstolen til at en domstol, før den kunne anerkjenne en avgjørelse i medhold av artikkel 25(2), måtte slå fast om avgjørelsen falt innenfor Brussel Is virkeområde. Dette gjaldt enhver avgjørelse som ikke var omfattet av, og kunne anerkjennes i medhold av artikkel 25(1). Etter EU-domstolens syn fulgte dette av en naturlig tolkning av bestemmelsens ordlyd, sett i sammenheng med artikkel 25(1).

For det første anga artikkel 25(1) hvilke avgjørelser som kunne anerkjennes i medhold av Insolvensforordningen, slik at artikkel 25(2) etter en naturlig språklig forståelse henviste til

⁷⁴ Avgjørelse av voorzieningenrechter te Utrecht, dommer ansvarlig for midlertidige forføyninger.

anerkjennelse utenfor Insolvensforordningens område. Domstolen påpekte at artikkel 25(2) kun gjaldt avgjørelser som ikke oppfylte Gourdain-kriteriene.⁷⁵

For det andre fulgte det klart av ordlyden i artikkel 25(2) at det måtte foretas en vurdering av om avgjørelser som ikke oppfylte Gourdain-kriteriene, var innenfor anvendelsesområdet til Brussel I, før disse kunne anerkjennes. En slik vurdering var nødvendig fordi det var tenkelig at en dom som ikke oppfylte Gourdain-kriteriene, heller ikke oppfylte kravene for å anerkjennes under Brussel I.⁷⁶ Dette kunne være tilfelle dersom avgjørelsen enten falt utenfor «*sivile og kommersielle saker*», eller innenfor noen av unntaksbestemmelsene i forordningen.⁷⁷ EU-domstolen tok ikke stilling til konkursunntaket spesielt, og nevnte derfor ikke at en avgjørelse som faller inn under unntaket, automatisk vil falle inn under Insolvensforordningen artikkel 25(1), som en naturlig følge av at begge bestemmelser omfatter avgjørelser som oppfyller Gourdain-kriteriene.

3.4.5 *Hvorvidt rettsavgjørelsen falt inn under konkursunntakets rekkevidde*

EU-domstolen vurderte deretter spørsmål to og tre sammen, og tok utgangspunkt i om en avgjørelse som gjaldt eiendomsforbehold falt inn under konkursunntaket eller ikke.

Det første EU-domstolen gjorde, var å konstatere at formålene bak Brussel I illustrerte at begrepet «*sivile og kommersielle saker*» måtte defineres svært vidt, for å gi forordningen bredest mulig anvendelsesområde. Domstolen pekte på at Brussel I måtte søke å dekke alle sivile og kommersielle saker fordi forskjeller i nasjonale bestemmelser om internasjonal jurisdiksjon hemmet det indre markedet i EU. Dessuten eksisterte det et klart behov, i lys av harmoniseringsmålsetningen, for å sørge for at uforenelige dommer ikke ble avsagt i de ulike medlemsstatene.⁷⁸ I tillegg ble en vid tolkning av «*sivile og kommersielle saker*» støttet av at Insolvensforordningen, etter sitt formål og i tråd med proporsjonalitetsprinsippet, motsetningsvis måtte ha et snevert anvendelsesområde.⁷⁹

Deretter, i den konkrete vurderingen, tok Domstolen utgangspunkt i Gourdain-kriteriene, og hvordan kriteriene hadde blitt tolket i deres tidligere praksis.⁸⁰ Domstolen slo fast at det

⁷⁵ German Graphics avsnitt 16.

⁷⁶ German Graphics avsnitt 17.

⁷⁷ German Graphics avsnitt 18.

⁷⁸ German Graphics avsnitt 22, med henvisning til Brussel I fortale punkt 2, 7 og 15.

⁷⁹ German Graphics avsnitt 24 til 26, med henvisning til Insolvensforordningens fortale punkt 6.

⁸⁰ German Graphics avsnitt 26, henvisning til *Gourdain mot Nadler* og *Seagon mot Deko*.

utslagsgivende for om kriteriene var oppfylt, var nærheten mellom kravet avgjørelsen bygget på og den aktuelle insolvensbehandlingen («*the closeness of the link*»).⁸¹ Overgangen fra Brusselkonvensjonen til Brussel I var uten betydning.⁸²

EU-domstolens neste steg var derfor å kartlegge det juridiske grunnlaget den tyske avgjørelsen bygget på. Fordi kravet utelukkende gjaldt tilbakeføring av maskiner saksøker hevdet å eie, var det påberopte eierskapet det eneste spørsmålet den tyske domstolen sto overfor. Det påberopte eierskap måtte avgjøres av en alminnelig formuerettslig regel. Dette innebar at Gourdain-kriteriene ikke var oppfylt, med den konsekvens at avgjørelsen falt utenfor konkursunntakets rekkevidde. At kravet i saken berodde på en alminnelig formuerettslig regel, bygget Domstolen på tre ulike forhold.

For det første kunne bestemmelsen påberopes også utenfor konkurs, noe som var særlig tydelig fordi det ikke var behov for at bostyrer var part i saken. For det andre var et krav basert på eiendomsforbehold et selvstendig krav, uten noen form for tilknytning til insolvensbehandlingen. At den tyske domstolen kunne avgjøre saken uten å ta stilling til konkursåpningen i Holland Binding NV illustrerte at kravet var selvstendig. For det tredje kunne ikke det faktum at bostyrer rent faktisk var part i saken føre til at Gourdain-kriteriene var oppfylt, når kravet også under disse omstendighetene klart var adskilt fra insolvensbehandlingen.⁸³

Avslutningsvis kom EU-domstolen med noen korte bemerkninger til Insolvensforordningens bestemmelser som ble aktualisert da saken ble forelagt for Domstolen. Etter EU-domstolens syn hadde verken artikkel 7(1) eller 4(2)(b) betydning for om avgjørelsen falt innenfor eller utenfor konkursunntaket. Artikkel 7(1) var en materiell regel som bare skulle beskytte selger i tilfeller hvor gjenstanden for eiendomsforbeholdet befant seg utenfor konkursstaten. Artikkel 4(2)(b) skulle kun forhindre lovvalgsspørsmål under insolvensbehandling, knyttet til bomassens omfang og behandling.⁸⁴

⁸¹ German Graphics avsnitt 29.

⁸² German Graphics avsnitt 27 og 28.

⁸³ German Graphics avsnitt 32 til 34.

⁸⁴ German Graphics avsnitt 35 til 37.

3.4.6 Et nærmere blikk på funn i analysen

Det første funnet i analysen er at Insolvensforordningen artikkel 25 illustrerer at også når det gjelder anerkjennelse av dommer, baseres det sentrale skillet mellom Brussel I og Insolvensforordningens anvendelsesområde på oppfyllelse av Gourdain-kriteriene. Dette underbygger og styrker vekselvirkningen mellom forordningene. I tillegg sørger ordlyden i artikkel 25(2) for at en avgjørelse som ikke oppfyller kriteriene, i alle tilfelle må omfattes av Brussel I før den kan anerkjennes. Bestemmelsen kan derfor betraktes som en sikkerhetsventil før anerkjennelse.

Det andre funnet i analysen er at konkursunntakets rekkevidde må tolkes snevert, fordi det skal være samsvar mellom konkursunntakets og Insolvensforordningens anvendelsesområde. Formålene bak Brussel I og Insolvensforordningen er vidt forskjellige, hvor førstnevnte er ment å favne om alle privatrettslige saker, bortsett fra de som på bakgrunn av sin spesielle art behøver særskilt regulering. Når det gjelder konkursrettslige saker, skal disse fanges opp av Insolvensforordningen. Det er med andre ord en vid hovedregulering, med et snevert unntak som kun skal benyttes når det er nødvendig. Denne tolkningen samsvarer med uttalelsene i Schlosser-rapporten, hvor det fremgår at implementeringen av konkursunntaket skulle sørge for at tvister som gjaldt «*special bankruptcy rules for very special types of business undertakings*», ble regulert av et regelverk tilpasset for dette.⁸⁵ Det må også bemerkes, som analysens tredje funn, at innholdet i Insolvensforordningens bestemmelser ikke har innvirkning på rekkevidden av konkursstatens jurisdiksjon. Selv om boet må ta stilling til det eventuelle eiendomsforbeholdet under bobehandlingen, er det ikke innenfor konkursstatens jurisdiksjon å ta stilling til om eiendomsforbeholdet er gyldig. Sistnevnte spørsmål oppfyller ikke Gourdain-kriteriene. Spørsmål om eksistensen av separatistretten holdes dermed adskilt fra spørsmål om hvordan en slik separatistrett skal behandles i, og eventuelt påvirkes av, den pågående bobehandlingen.

Det fjerde funnet er at oppfyllelsen av Gourdain-kriteriene synes å være avhengig av om det aktuelle kravet bare kan reises i en konkurssituasjon. Sett fra konkursboets side vil det være av stor betydning å fastslå hvem som eide maskinene som konkursskyldneren besittet, for å kartlegge boets aktiva. Hvorvidt boet må respektere at det hefter eiendomsforbehold på dets eiendeler, er en sentral og sedvanlig del av bobehandlingen. Til tross for dette er ikke kravet

⁸⁵ Schlosser-rapporten punkt 53, s. 90.

innenfor konkursunntakets rekkevidde, fordi kravet bygget på en alminnelig formuerettslig regel som kunne påberopes utenfor konkurs. En slik tolkning av Gourdain-kriteriene samsvarer med tolkningen av konkursunntakets rekkevidde i Virgos/Schmit-rapporten, hvor unntaket avgrenses til å omfatte krav som bare kan reises i konkurs.⁸⁶ Dessuten styrkes en slik forståelse av konkursunntakets rekkevidde av EU-domstolens tidligere praksis. Både i *Gourdain mot Nadler* og *Seagon mot Deko* kunne kravene bare oppstå under insolvensbehandling, og begge falt innenfor konkursunntakets rekkevidde.

Det femte funnet i analysen dreier seg om EU-domstolens tilnærming til kravet. Avgjørelsen illustrerer at det tas utgangspunkt i tredjeparts rettsstilling, ikke konkursboets. Dette må også være tilfelle dersom konkursboet motsetningsvis hadde anlagt krav om eiendomsrett for maskinene, fordi eiendomsforbeholdet etter boets syn ikke sto seg, all den tid kravet ikke kan skifte karakter etter hvilken av partene som bringer saken for retten.

3.5 Analyse av C-213/10 F-Tex SIA mot Lietuvos-Anglijos UAB «JadecLOUD-Vilma»

3.5.1 Innledende bemerkninger

I *F-Tex* reises det spørsmål om et omstøtelseskrav som er overdratt fra konkursboet til boets eneste kreditor er omfattet av konkursunntaket. Overdragelse av omstøtelseskrav er tillatt etter tysk rett dersom overdragelsen ikke forringer kreditorenes stilling i konkursen, og det er ikke omtvistet at overdragelsen var lovlig i denne saken.

3.5.2 Sakens bakgrunn

Saken sto mellom det latviske selskapet F-Tex SIA («F-Tex») og det litauiske selskapet Lietuvos-Anglijos UAB «JadecLOUD-Vilma» («J-V»). Bakgrunnen for tvisten var at bostyrer i konkursboet til det tyske selskapet Neo Personal Light Clothing GmbH («NPLC») hadde overdratt et krav boet mente å ha mot J-V til F-Tex.

F-Tex var den eneste kreditoren i NPLCs konkursbo, og bostyreren hadde overdratt alle krav NPLC hevdet å ha mot tredjeparter til F-Tex. Bostyrer ga ingen garantier om verdier eller håndhevingsmuligheter. F-Tex var heller ikke forpliktet til å håndheve kravene, men dersom selskapet valgte å gjøre det, skulle 33 % av eventuell gevinst tilfalle boet. Basert på et

⁸⁶ Virgos/Schmit rapporten, punkt 196 s. 122. Se også note 73.

omstøtelseskrav NPLCs konkursbo hevdet å ha mot J-V, framsatte F-Tex krav om LTL 535 700,20 mot J-V. Kravet ble reist både for tysk og litauisk domstol, som begge avviste saken grunnet manglende jurisdiksjon. F-Tex anket imidlertid den litauiske avgjørelsen, og fikk medhold av ankedomstolen. J-V anket ankedomstolens avgjørelse til den litauiske Høyesterett, som forela saken for EU-domstolen.

3.5.3 Sakens rettslige spørsmål

Saken reiste to hovedspørsmål. Første spørsmål var om konkursstatens domstoler, Tyskland, hadde jurisdiksjon til å behandle kravet i medhold av konkursunntaket i Brussel I og Insolvensforordningen artikkel 3(1). Andre spørsmål var om saksøkers rett til å få kravet rettslig behandlet innebar at litauiske domstoler kunne behandle saken selv om Domstolen kom til at tyske domstoler egentlig hadde jurisdiksjon i saken.

3.5.4 Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen

For å avgjøre spørsmålet argumenterte EU-domstolen først for hvorfor konkursunntaket og Insolvensforordningen artikkel 3(1) måtte ha samme rekkevidde, herunder å omfatte krav som oppfylte Gourdain-kriteriene. Under henvisning til ordlyden i Brussel I artikkel 1 og Jenard- og Schlosser-rapporten uttalte Domstolen at de rettsområdene som var unntatt Brussel I virkeområde, skulle dekkes av separate, spesialiserte konvensjoner, som komplementerte Brussel I fullstendig. Fordi rekkevidden av konkursunntaket ble definert av Gourdain-kriteriene, måtte dette derfor være tilfelle for Insolvensforordningen artikkel 3(1), for at formålet om fullstendig komplementering skulle oppnås.⁸⁷ En slik tolkning ville bidra til å unngå tolkningsspørsmål om de ulike reguleringsområdene, og var dessuten i tråd med forordningenes formål og Domstolens tidligere praksis.⁸⁸ I tillegg ville avgrensning etter Gourdain-kriteriene gi Insolvensforordningen et konsekvent virkeområde, fordi kriteriene også avgjorde om en avgjørelse kunne anerkjennes i medhold av forordningen.⁸⁹

Som i *German Graphics* startet EU-domstolen den konkrete vurderingen med å klarlegge sakens krav og dets juridiske grunnlag. Kravet gjaldt tilbakebetaling av et beløp saksøkte mottok fra debitor, rett før debitorens konkursåpning. Et slikt omstøtelseskrav kunne i utgangspunktet bare fremsettes av bostyrer i debitorens konkursbo, men saksøker bygde sitt krav på en kontraktsrettslig gyldig overdragelse. På grunn av kravets spesielle karakter fant

⁸⁷ F-Tex avsnitt 27.

⁸⁸ F-Tex avsnitt 25 til 27, henvisning til *Seagon mot Deko* avsnitt 20 og Insolvensforordningens formål punkt 6.

⁸⁹ F-Tex avsnitt 27 og 28, henvisning til Insolvensforordningen artikkel 25(1).

EU-domstolen at deres tidligere praksis ikke ga noen veiledning om hvorvidt Gourdain-kriteriene var oppfylt. Domstolen trakk fram *Seagon mot Deko*, men i motsetning til faktum i den saken, var omstøtelseskravet overdratt til en tredjepart. Domstolen tok også opp *SCT Industri*,⁹⁰ som gjaldt et krav om at bostyrer hadde utført ugyldige transaksjoner under en bobehandling. Saken hadde falt inn under konkursunntaket, men i motsetning til i *SCT Industri*, var det ikke omtvistet at bostyrer hadde adgang til å overdra kravet til F-*Tex*.⁹¹

EU-domstolen foretok derfor en konkret vurdering av om Gourdain-kriteriene var oppfylt. Domstolen konstaterte at dette ikke var tilfelle, fordi kravet ikke var tilstrekkelig nært knyttet til insolvensbehandlingen. Kravet falt derfor utenfor rekkevidden til konkursunntaket og Insolvensforordningen artikkel 3(1). Fordi ett av Gourdain-kriteriene ikke var oppfylt, uttalte Domstolen at det ikke var nødvendig å ta stilling til om kravet sprang direkte ut av konkursen.

Konklusjonen bygget EU-domstolen på at kravet, fordi det var en overdratt rettighet, ble regulert av alminnelig formuerettslige regler. Dette var ulikt normale omstøtelseskrav, som bare kunne fremsettes av bostyrer under insolvensbehandling.

For det første hadde rettighetshaver og bostyrer ulik stilling som fordringshaver. Mens bostyrer hadde plikt til å reise kravet på vegne av kreditorfellesskapet, ville F-*Tex* som rettighetshaver både handle i egeninteresse og selv avgjøre om selskapet ville utøve retten.⁹² For det andre ville konsekvensene dersom kravet vant fram være ulike, og henholdsvis gagne kreditorfellesskapet eller rettighetshaveren selv.⁹³ For det tredje ville en eventuell avslutning av insolvensbehandlingen hindre konkursboet å rette omstøtelseskrav mot J-V, mens F-*Tex* som rettighetshaver kunne utøve sin rettighet også etter dette tidspunktet.⁹⁴ Etter EU-domstolens syn hadde det ikke betydning at F-*Tex* som motytelse for overdragelsen skulle betale en prosentandel av den eventuelle gevinsten til konkursboet, fordi det var innenfor partenes kontraktuelle frihet å avtale en slik form for kontraktsvederlag, uten at dette endret det juridiske grunnlaget for kravet.⁹⁵

⁹⁰ Sak C-111/08 *SCT Industri Ab i likvidation mot Alpenblume AB*, avsagt 2. juli 2009.

⁹¹ F-*Tex* avsnitt 33 til 37.

⁹² F-*Tex* avsnitt 43.

⁹³ F-*Tex* avsnitt 44.

⁹⁴ F-*Tex* avsnitt 46.

⁹⁵ F-*Tex* avsnitt 45.

Avslutningsvis bemerket EU-domstolen at det ikke var nødvendig å svare på det andre spørsmålet som ble fremlagt, fordi domstolene i Litauen hadde jurisdiksjon til å behandle saken i medhold av Brussel I.

3.5.5 Et nærmere blikk på funn i analysen

Det første funnet i analysen er at Insolvensforordningen artikkel 3(1) og konkursunntaket i Brussel I har samme rekkevidde. Dette er i tråd med analysen av *Seagon mot Deko*, som illustrerte at det er en vekselvirkning mellom de to forordningene. Hvilken av forordningene som avgjør jurisdiksjonsspørsmålet, avhenger av hvorvidt Gourdain-kriteriene er oppfylt.

Det andre funnet er at avgjørelsen tydelig illustrerer at Gourdain-kriteriene er to kumulative kriterier. Dette har vært noe uklart i tidligere praksis. Verken i *Gourdain mot Nadler* eller *Seagon mot Deko* vurderte Domstolen kriteriene separat. I *German Graphics* kom EU-domstolen til at ingen av kriteriene var oppfylt, som kunne gi indikasjoner på at kriteriene var alternative.

Det tredje funnet er at avgjørelsen styrker analysen av *German Graphics*, om at konkursunntaket kun omfatter krav som kan anlegges under insolvensbehandling. Fordi overdragelsen av omstøtelseskravet bygget på en kontraktsrettslig avtale mellom bostyrer og F-Tex, kunne F-Tex utøve rettigheten som en hvilken som helst overdratt rettighet. Dette innebar å reise kravet mot J-V uten hensyn til og uten sammenheng med insolvensbehandlingen av NPLC. Kravet kunne derfor ikke falle inn under konkursunntaket, til tross for at spørsmålet for saksøkte var om konkursskyldners transaksjon var omstøtelig, som er en typisk problemstilling under insolvensbehandling.

Analysens fjerde funn er at EU-domstolen også i denne saken, som i *German Graphics*, tok utgangspunkt i tredjeparts rettsstilling, og ikke konkursboets, når den skulle kartlegge kravets juridiske grunnlag.

3.6 Analyse av C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition GmbH mot «Kintra» UAB

3.6.1 Innledende bemerkninger

I *N&G Spedition* reises det spørsmål om et krav basert på konkursboets inntredelsesrett i konkursskyldners fordring mot tredjepart faller inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen artikkel 3(1).

I norsk rett er konkursboets inntredelsesrett regulert i dekningsloven⁹⁶ kapittel 7, og konkursboet har som alminnelig regel rett til å tre inn i gjensidig tyngende avtaler konkursdebitor har sluttet. Slik reglene er utformet, gir de boet mulighet til å utnytte de verdier som kan ligge i skyldnerens kontraktportefølje, i tråd med formålet om å ivareta hensynet til rasjonell bobehandling.⁹⁷ Inntredelsesretten aktualiseres særlig dersom den annen parts ytelse ikke er overgitt skyldneren før boåpningen.

Avgjørelsen reiser også spørsmål om anvendelsen av CMR-konvensjonens⁹⁸ lovvalgsregler som *lex specialis* i medhold av Brussel I artikkel 71. CMR gjelder fraktavtaler ved internasjonal godsbefordring på vei, og regulerer kontrakter om veitransport av varer mellom to ulike land, hvor minst ett av landene er medlem av konvensjonen.⁹⁹ I henhold til Brussel I artikkel 71 skal jurisdiksjons-, anerkjennelse- og håndhevelsesregler i spesialiserte konvensjoner som EU-statene var medlem av før Brussel I trådte i kraft, anvendes som *lex specialis* overfor Brussel I. I *N&G Spedition* konkluderer EU-domstolen med at dette er tilfellet for CMR, men stiller krav om reglenes klarhet, samt at de ikke strider mot Brussel I's grunnleggende formål. Fordi spørsmålet faller utenfor avhandlingens rammer vil de deler av avgjørelsen som gjelder dette ikke være gjenstand for nærmere analyse.

3.6.2 Sakens bakgrunn

Saken sto mellom bostyrer i konkursboet til det litauiske selskapet Kintra UAB («Kintra») og det tyske selskapet Nickel & Goeldner Spedition GmbH («N&G»). Bostyrer reiste under bobehandlingen krav om at N&G skulle betale boet LTL 194 077,76 fordi Kintra hadde utført tjenester for N&G, som N&G ikke hadde betalt for. Saken ble reist for den regionale domstol Vilnius apygardos teismas i Litauen, og bostyreren mente at domstolen hadde jurisdiksjon i medhold av litauisk insolvenslovgivning. N&G var av motsatt oppfatning, og mente at jurisdiksjonsspørsmålet måtte avgjøres av CMR artikkel 31 og Brussel I.

Den litauiske domstolen bygde sin jurisdiksjon på litauisk insolvenslovgivning og EUs Insolvensforordning og ga bostyreren medhold. Ankeinstansen Lietuvos apeliacinis teismas uttalte at tvisten falt inn under konkursunntaket i Brussel I og Insolvensforordningen

⁹⁶ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

⁹⁷ Andenæs (2009) s. 209 og 210.

⁹⁸ The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, vedtatt i Geneva den 19. mai 1956, og endret den 5. juli 1978.

⁹⁹ CMR artikkel 1(1).

artikkel 3(1), og kom til samme resultat. Etter anke fra N&G forela Høyesterett, Lietuvos Aukščiausiasis, saken for EU-domstolen.

3.6.3 Sakens rettslige spørsmål

Saken reiste tre spørsmål, hvorav kun det første er relevant for avhandlingen.¹⁰⁰ Spørsmålet var om kravet falt inn under konkursunntaket i Brussel I og Insolvensforordningen artikkel 3(1) fordi Gourdain-kriteriene var oppfylt. Den litauiske Høyesterett bemerket at bostyrer handlet på vegne av kreditorfellesskapet, med formål om å øke boets aktiva.

3.6.4 Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen

Med støtte i sin tidligere praksis konstaterte Domstolen at Insolvensforordningen artikkel 3(1) og konkursunntaket hadde samme rekkevidde, hvor begge var avhengig av om Gourdain-kriteriene var oppfylt. Domstolen presiserte at de to forordningene måtte tolkes slik at det verken oppstod overlapp eller smutthull mellom deres respektive anvendelsesområder. I tillegg henviste Domstolen til forarbeidene til Brussel I,¹⁰¹ forordningenes fortaler og *German Graphics*, og tilføyde at rekkevidden av konkursunntaket og Insolvensforordningen skulle tolkes snevert, i motsetning til «*sivile og kommersielle saker*» i Brussel I.¹⁰²

Dernest redegjorde EU-domstolen for hvordan Gourdain-kriteriene hadde blitt tolket i sin tidligere praksis. Domstolen konstaterte at kravene i *Gourdain mot Nadler* og *Seagon mot Deko* falt innenfor konkursunntaket fordi det juridiske grunnlaget for kravet avvek fra alminnelige formuerettslige regler.¹⁰³ Når det gjaldt *German Graphics* og *F-Tex*, falt kravene utenfor konkursunntaket fordi det juridiske grunnlag var alminnelige formuerettslige regler, som kunne gjøres gjeldende uavhengig av insolvensbehandlingene som var åpnet.¹⁰⁴ Avgjørelsene illustrerte at det utslagsgivende for om kriteriene var oppfylt, var hvorvidt det aktuelle kravet bygget på insolvensspesifikk lovgivning («*rules specific to insolvency proceedings*»)¹⁰⁵ Det faktum at de ulike krav ble fremsatt i forbindelse med en

¹⁰⁰ De to andre spørsmålene gjaldt anvendelsen av CMR, se ovenfor under *innledende bemerkninger* avsnitt 3.

¹⁰¹ N&G Spedition avsnitt 21, henvisning til OJ 1978 L 304 s. 36.

¹⁰² N&G Spedition avsnitt 22, henvisning til fortalen i Brussel I punkt 7, fortalen i Insolvensforordningen punkt 6 og *German Graphics* avsnitt 23 til 25.

¹⁰³ N&G Spedition avsnitt 24.

¹⁰⁴ N&G Spedition avsnitt 25.

¹⁰⁵ N&G Spedition avsnitt 27.

insolvensbehandling, skulle ifølge Domstolen også vektlegges i vurderingen, men den prosessuelle konteksten skulle ikke være avgjørende.¹⁰⁶

I den konkrete vurderingen konkluderte EU-domstolen med at kravet ikke oppfylte Gourdain-kriteriene fordi det ikke sprang direkte ut av insolvensbehandlingen. Domstolen bygget på at kravet etter sin art kunne blitt framsatt av konkursdebitor før konkursåpningen. Det faktum at insolvensbehandlingen var igangsatt endret ikke arten av betalingsforpliktelsen, som fortsatt bygget på det samme juridiske grunnlag. Det var uten betydning for kravets innhold og de reglene det bygget på at bostyrer fremmet kravet på vegne av kreditorfellesskapet.¹⁰⁷

3.6.5 Et nærmere blikk på funn i analysen

Det første funnet i analysen er at kravets juridiske grunnlag er avgjørende for om Gourdain-kriteriene er oppfylt, mens kravets prosessuelle kontekst har liten betydning. Selv om krav som reises i forbindelse med konkurs, rent faktisk er nært knyttet til insolvensbehandlingen, skal vurderingen av kravets juridiske grunnlag være avgjørende for å slå fast om kravet faller inn under konkursunntaket. I denne vurderingen er det utslagsgivende om det juridiske grunnlag er en «*insolvensspesifikk*» regel.

Det andre funnet bygger på det første og på tidligere analyser. For at Gourdain-kriteriene skal anses oppfylt må kravet i saken bygge på et «*insolvensspesifikk*» juridisk grunnlag. Etter Domstolens syn er dette kun tilfelle dersom kravet bare kan fremsettes under insolvensbehandling. Det må imidlertid bemerkes at EU-domstolen er noe inkonsekvent i sine redegjørelser om hvilket av Gourdain-kriteriene dette er utslagsgivende for. I denne avgjørelsen sprang ikke kravet direkte ut av konkursen fordi konkursskyldner kunne framsatt kravet før konkursåpningen. I *German Graphics* var ingen av kriteriene oppfylt fordi kravet om realisasjon av eiendomsforbehold også kunne framsettes utenfor konkurs. I *F-Tex* hadde ikke kravet tilstrekkelig tilknytning til insolvensbehandlingen fordi det overdratte omstøtelseskrav bygget på alminnelige formuerettslige regler. Dommen må derfor anses å presisere vurderingstemaet for oppfyllelse av de to Gourdain-kriteriene sett under ett.

¹⁰⁶ N&G Spedition avsnitt 27.

¹⁰⁷ N&G Spedition avsnitt 28 til 30.

3.7 Analyse av C-295/13 H mot H.K.

3.7.1 Innledende bemerkninger

Avgjørelsen *H mot H.K.* reiser spørsmål om et krav om å ansvarliggjøre et selskaps administrerende direktør for transaksjoner utført etter selskapets insolvens faller innenfor konkursunntaket, selv om kravet kunne anlegges utenfor insolvensbehandling. Kravet bygget på § 64 i GmbHG, den tyske aksjeloven, og kravet kunne anlegges utenfor insolvensbehandling fordi bestemmelsen ikke stiller krav om at konkursbehandling faktisk er åpnet, kun at selskapet er insolvent. I tillegg redegjør dommen for forholdet mellom konkursunntakene i Brussel I og Luganokonvensjonen, og for betydningen av at saksøkte ikke bodde i en EU-stat.

3.7.2 Sakens bakgrunn

Partene i saken var H, bostyrer i konkursboet til det tyske selskapet G.T., og H.K., tidligere administrerende direktør i G.T., bosatt i Sveits. Bostyrer reiste sak for den tyske regionale domstolen Landgericht Darmstadt, med krav om at H.K. skulle refundere EUR 165 000. Beløpet hadde H.K., i egenskap av sin stilling, overført til et av G.T.s datterselskap etter at G.T. var insolvent, men før insolvensbehandlingen ble innledet. Landgericht Darmstadt forela saken for EU-domstolen.

3.7.3 Sakens rettslige spørsmål

Hovedspørsmålet i saken var om kravet falt inn under konkursunntaket i Brussel I og Insolvensforordningen artikkel 3(1). Med referanse til *Seagon mot Deko* og *F-Tex* ble det reist spørsmål om hvordan kravets juridiske grunnlag skulle klassifiseres, fordi bestemmelsen krevde insolvens, som rent faktisk innebar en form for omstøtelse, uten å kreve at konkursbo var formelt åpnet.

Det ble også reist spørsmål om det hadde betydning for jurisdiksjonsspørsmålet at den saksøkte ikke hadde bosted i en EU-stat, men i en stat tilknyttet Luganokonvensjonen. Herunder ble det reist spørsmål om Insolvensforordningen kunne gjøres gjeldende, om kravet falt inn under konkursunntaket i Luganokonvensjonen eller om jurisdiksjonsspørsmålet måtte avgjøres av Luganokonvensjonen.

3.7.4 *Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen*

EU-domstolen tok utgangspunkt i at Insolvensforordningen artikkel 3(1) ga konkursstaten jurisdiksjon til å avgjøre kravet dersom Gourdain-kriteriene var oppfylt.¹⁰⁸ Med henvisning til *N&G Spedition* uttalte domstolen den måtte ta i betraktning den prosessuelle konteksten kravet ble reist under, men at den sentrale vurderingen var om kravet bygget på insolvensspesifikk lovgivning.¹⁰⁹

EU-domstolen kom til at kravets juridiske grunnlag oppfylte Gourdain-kriteriene, med den følge at kravet falt inn under konkursunntaket og Insolvensforordningen. Dette konkluderte Domstolen med til tross for at den erkjente at den i sin tidligere praksis konsekvent hadde lagt avgjørende vekt på om kravets juridiske grunnlag bygget på regler særskilte for insolvensbehandlinger.¹¹⁰ EU-domstolens begrunnelse bygget på at bestemmelsen, selv om den ikke var insolvensspesifikk, avvek i så stor grad fra alminnelige formuerettslige regler at kriteriene måtte anses oppfylt. Den avgjørende faktor var at bestemmelsen stilte krav om reell insolvens for at et krav kunne fremsettes.

For det første la EU-domstolen vekt på at kravets juridiske grunnlag var av en helt annen art enn det som hadde vært tilfelle i tidligere avgjørelser. For å illustrere henviste Domstolen til *N&G Spedition*, hvor kravet bygget på en alminnelig formuerettslig regel, uten noen som helst tilkobling til verken insolvensbehandling eller insolvens.¹¹¹ Fordi det juridiske grunnlag i denne saken stilte krav om reell insolvens avvek den klart fra slike bestemmelser, og kunne derfor ikke defineres som en alminnelig formuerettslig regel.¹¹²

For det andre vektla domstolen at det ville skapes et kunstig skille mellom svært sammenlignbare krav, dersom det i denne saken skulle være avgjørende at hjemmelen ikke kunne defineres som insolvensspesifikk.¹¹³ Domstolen sammenlignet kravet med kravet i *Seagon mot Deko*, et alminnelig omstøtelseskrav, som falt innenfor konkursunntaket. Etter domstolens syn endret ikke det faktum at bestemmelsen i den foreliggende sak også åpnet for at krav kunne anlegges ved reell insolvens, at kravet var av samme art som alminnelige omstøtelseskrav. At oppfyllelsen av Gourdain-kriteriene ikke var aktuelt fordi det ikke var

¹⁰⁸ H mot H.K. avsnitt 17, med henvisning til *Seagon mot Deko* avsnitt 21.

¹⁰⁹ H mot H.K. avsnitt 18, henvisning til *N&G Spedition* avsnitt 26.

¹¹⁰ H mot H.K. avsnitt 21, henvisning til *N&G Spedition* avsnitt 27.

¹¹¹ H mot H.K. avsnitt 22, henvisning til *N&G Spedition*.

¹¹² H mot H.K. avsnitt 23.

¹¹³ H mot H.K. avsnitt 24.

krav om formell åpning av insolvensbehandling hadde ingen støtte i relevante bestemmelser i Insolvensforordningen, og kunne etter EU-domstolens syn ikke aksepteres.¹¹⁴

3.7.5 *Hvorvidt det hadde betydning at saksøkte bodde i en Luganostat*

EU-domstolen gikk videre til å vurdere betydningen av at den saksøkte bodde i en Luganostat. Fordi Domstolen hadde kommet til at saken falt innenfor Insolvensforordningen, henviste den til avgjørelsen i *Schmid-saken*,¹¹⁵ hvor Domstolen kom til at konkursstaten hadde tilsvarende jurisdiksjon etter forordningen også i ikke-medlemsstater av EU. Det var derfor uten betydning for jurisdiksjonsspørsmålet at H.K. var bosatt i Sveits. Sett hen til den identiske ordlyden i konkursunntaket i Luganokonvensjonen og Brussel I, bemerket imidlertid Domstolen at konkursunntaket i Luganokonvensjonen måtte gis samme rekkevidde som konkursunntaket i Brussel I.¹¹⁶ Dette innebar at et krav som falt utenfor Brussel I i medhold av konkursunntaket, også ville være ekskludert fra Luganokonvensjonen.

3.7.6 *Et nærmere blikk på funn i analysen*

Analysens første funn er at avgjørelsen illustrerer at Gourdain-kriteriene som den klare hovedregel kun anses oppfylt når det aktuelle kravet bygger på et juridisk grunnlag som defineres som «*insolvensspesifikk*». Det er strenge krav for at et juridisk grunnlag faller innenfor betegnelsen. Kun bestemmelser som bare kan påberopes etter at insolvensbehandling er åpnet betegnes som «*insolvensspesifikk*» etter EU-domstolens syn. Dette innebærer en ytterligere presisering og innstramming av Gourdain-kriteriene.

Det andre funnet i analysen er at EU-domstolen for første gang oppstiller et unntak fra de strengt tolkede Gourdain-kriteriene. Selv om et krav bygger på et juridisk grunnlag som ikke er avgrenset til bare å kunne påberopes etter åpning av insolvensbehandling, kan det falle innenfor Gourdain-kriteriene dersom det i stor grad avviker fra det som kan omtales som alminnelige formuerettslige regler. Dette var tilfellet fordi bestemmelsen bare kunne påberopes under reell eller formell insolvens. Bestemmelsens spesielle karakter innebar at den var tilstrekkelig nært knyttet til konkursinstituttet, uten å være «*insolvensspesifikk*», med den følge at Gourdain-kriteriene måtte anses oppfylt. På bakgrunn av Domstolens ellers stringente

¹¹⁴ H mot H.K. avsnitt 24.

¹¹⁵ Sak C-328/12 *Ralph Schmid mot Lilly Hertel*, avsagt 16. januar 2014.

¹¹⁶ H mot H.K. avsnitt 32.

praksis må det imidlertid være klart at avviket etter gjeldende rett ikke kan utvides til å omfatte andre bestemmelser enn de som stiller krav om reell, men ikke formell insolvens.¹¹⁷

Det tredje funnet i analysen er at EU-domstolen legger til grunn at konkursunntaket i Luganokonvensjonen skal ha samme rekkevidde som konkursunntaket i Brussel I. Tolkningen er i tråd med harmoniseringsmålsetningen av internasjonal prosessrett og formålene bak Luganokonvensjonen i sin helhet.

3.8 Hva kan samlet sett trekkes ut av dommene?

Det er flere interessante funn i analysene av EU-domstolens praksis. For det første er det tydelig at EU-domstolen ved å ta utgangspunkt i forordningens målsetninger, og formålet bak konkursunntaket i seg selv, benytter en formålsorientert tolkningsmetode for å fastslå konkursunntakets rekkevidde. Tolkningen er derfor i stor grad tuftet på det som i teorien omtales som den teleologiske tolkningsmetoden.¹¹⁸ I tråd med dette utgangspunktet skal konkursunntaket etter gjeldende EU-rett anses som et snevert unntak fra den vide hovedreguleringen, som kun skal anvendes dersom det er nødvendig.

For det andre er det klart når man ser alle avgjørelser under ett, at EU-domstolen har en svært konsekvent tilnærming til konkursunntakets rekkevidde. Uten unntak benyttes Gourdain-kriteriene for å avgjøre om et krav omfattes av konkursunntaket. Etter at Domstolen utviklet kriteriene i den første saken som satte spørsmålet om unntakets rekkevidde på spissen, har de satt rammene for all etterfølgende praksis. Etter gjeldende rett er det derfor ikke tvilsomt at et krav kun omfattes av konkursunntaket dersom Gourdain-kriteriene er oppfylt.

For det tredje har EU-domstolen gjennom sin konsekvente bruk av Gourdain-kriteriene fastlagt og presisert kriterienes nærmere innhold. Oppfyllelsen av kriteriene avhenger av om det aktuelle kravet bygger på et «*insolvensspesifikk*» juridisk grunnlag. Etter Domstolens syn er en bestemmelse insolvensspesifikk dersom krav som bygger på bestemmelsen kun kan fremsettes under insolvensbehandling. Krav som bygger på et juridisk grunnlag som tillater fremsettelse utenfor insolvensbehandling vil ikke kvalifiseres som insolvensspesifikk, selv

¹¹⁷ EU-domstolens avgjørelse C-594/14, *Simona Kornhaas mot Thomas Dithmar als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd.*, avsagt 10. desember 2015, gjelder samme bestemmelse som i *H mot H.K.* I denne avgjørelsen henviser EU-domstolen til *H mot H.K.* og kommer til samme konklusjon, krav som fremsettes i forbindelse med konkurs og med hjemmel i § 64 i tyske GmbHG oppfyller Gourdain-kriteriene.

¹¹⁸ Se Pålsson (1992) s. 28 og 29.

om krav også kan fremsettes under insolvensbehandling. Dette innebærer at alle typer krav som er mulig å fremsette utenfor insolvensbehandlinger ikke oppfyller Gourdain-kriteriene.

De klare rammene EU-domstolen har utviklet for vurderingen av konkursunntakets rekkevidde, innebærer for det fjerde at det er svært lite rom for skjønn i den enkelte avgjørelse. Domstolen trekker ikke inn reelle hensyn som aktualiseres i den enkelte sak, spesielt gjelder dette kravets betydning for bobehandlingen og kartlegging av boets aktiva. Dette illustreres blant annet godt i *German Graphics* og *N&G Spedition*, hvor det ville vært av stor betydning for insolvensbehandlingen om kravene fikk gjennomslag. Det må også anses som en sedvanlig del av bobehandlingen å ta stilling til påståtte separatistrettigheter, som tilfellet var i *German Graphics*, og å utøve boets inntredelsesrett, som tvisten dreide seg om i *N&G Spedition*. Domstolens tilnærming illustrerer derfor at spørsmålet om en rettighet eksisterer, og spørsmålet om hvilken betydning den eventuelle rettigheten vil ha i bobehandlingen, skal holdes adskilt. Etter mitt syn kan dette ha en sammenheng med Domstolens standpunkt om at det ikke skal legges stor vekt på kravets prosessuelle kontekst, herunder at kravet framsettes i forbindelse med en insolvensbehandling. Med et slikt utgangspunkt vil det virke mot sitt formål å trekke inn de eventuelle konsekvenser og virkninger kravet vil ha for insolvensbehandlingen i seg selv. Det kan også argumenteres for at det er på denne bakgrunn EU-domstolen tar utgangspunkt i tredjeparts rettsstilling, og ikke konkursboets, i de tilfeller hvor konkursboet er part i saken.

For det femte spiller vekselvirkningen mellom Brussel I og Insolvensforordningen en stor praktisk rolle. Vekselvirkningen fungerer i praksis som et «sikkerhetsnett», som garanterer at jurisdiksjonsspørsmål alltid blir løst gjennom en konsekvent metode. Bakgrunnen for at de to forordningene komplementerer hverandre fullt ut, er at Gourdain-kriteriene også har satt rammene for Insolvensforordningens anvendelsesområde. Selv om denne funksjonen ikke har direkte innvirkning på EU-domstolens vurdering av konkursunntakets rekkevidde, medfører vekselvirkningen at konsekvensene av at et krav faller innenfor konkursunntaket blir minimale. Det er således ikke usannsynlig at forholdet mellom de to forordningene har hatt betydning for at EU-domstolen ikke har latt seg påvirke av reelle hensyn i de konkrete avgjørelsene.

Det sjette funnet er at EU-domstolens redegjørelser av de enkelte Gourdain-kriteriene er noe inkonsekvent. Herunder er det også uklart hvilket kriterium det er utslagsgivende for, at et krav bygger på et insolvensspesifikt juridisk grunnlag. Verken i *Gourdain mot Nadler*,

Seagon mot Deko eller *H mot H.K.* ble kriteriene vurdert separat. Dette er også alle avgjørelsene hvor kriteriene ble ansett oppfylt. I *German Graphics* var ingen av kriteriene oppfylt fordi kravet kunne fremsettes utenfor konkurs. I *F-Tex* bygget kravet på alminnelig formuerettslige regler, og var derfor ikke tilstrekkelig knyttet til insolvensbehandlingen. Motsetningsvis sprang ikke kravet direkte ut av konkursen i *N&G Spedition*, fordi konkursskyldner kunne fremsatt kravet før konkursåpningen. Det må tilføyes at Domstolen ikke vurderte det andre kriteriet i de tilfeller den kom til at ett var oppfylt. Denne noe uklare tilnærmingen er imidlertid ikke av vesentlig betydning når kriteriene blir sett under ett.

Det syvende funnet er at EU-domstolens avgjørelse *H mot H.K.* representerer et avvik fra den ellers konsekvente praksis. Avgjørelsen illustrerer derfor at det kan gjøres unntak fra den klare hovedregel om at krav som ikke bygger på insolvensspesifikke juridiske grunnlag, faller utenfor konkursunntakets rekkevidde. Dette vil imidlertid kun være aktuelt dersom det juridiske grunnlag avviker i så stor grad fra alminnelige formuerettslige regler at det ikke kan aksepteres at det faller utenfor konkursunntaket. Dette var tilfelle i *H mot H.K.* fordi det kunne fremsettes krav i medhold av bestemmelsen dersom det forelå reell insolvens, uten at insolvensbehandling var innledet. Ethvert krav som bygget på bestemmelsen, ville derfor være nært knyttet til insolvensinstituttet, og ikke sammenlignbart med krav som kunne oppstå uten noen som helst tilknytning til konkurs. På grunn av bestemmelsens svært spesielle art, sammenholdt med EU-domstolens ellers konsekvente praksis, er dette imidlertid et svært snevert unntak, hvor terskelen for anvendelse er høy. Dersom unntaket skal utvides til å gjelde andre bestemmelser enn de som krever reell insolvens, må dette skje gjennom fremtidig praksis i EU-domstolen.¹¹⁹ Det må også tilføyes at *H mot H.K.* i alle tilfelle illustrerer hvor streng tolkningen av «*insolvensspesifikt*» juridisk grunnlag er.

¹¹⁹ EU-domstolen har avsagt en ytterligere dom som avviker fra hovedregelen, *Kornhaas mot Dithmar*. Avgjørelsen gjaldt imidlertid samme bestemmelse som i *H mot H.K.*, se ovenfor i note 117.

Kapittel 4: Konkursunntakets rekkevidde etter Luganokonvensjonen

4.1 Presentasjon av konkursunntaket i Luganokonvensjonen

I Luganokonvensjonen artikkel 1 nr. 2 bokstav b fremgår det at «*konvensjonen gjelder ikke: konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger*». Konkursunntaket innebærer, på samme måte som i Brussel I, at konkursrettslige spørsmål er unntatt fra konvensjonens anvendelsesområde. Unntaket er en videreføring fra Luganokonvensjonen av 1988, med identisk ordlyd og funksjon, slik at disse må tolkes på samme måte.¹²⁰ Bakgrunnen for unntaket var i likhet med konkursunntaket i Brussel I, EUs planlagte insolvenskonvensjon.¹²¹

Når det gjelder grensene for konkursunntakets rekkevidde, gir ordlyden begrenset veiledning. I nyere tid synes oppfatningen imidlertid å være at rekkevidden må avgjøres av EU-domstolen.¹²² I teorien er det kun gitt generelle bemerkninger om at konkursunntaket begrenser seg til saker som gjelder konkurs og andre kollektive gjeldsordninger under ledelse eller kontroll av offentlig myndighet.¹²³ I tillegg synes det å være en utbredt forståelse om at unntaket i realiteten innebærer en regel om at konkurslandets domstoler har enekompetanse til å avgjøre konkursspørsmål.¹²⁴ Av de mer konkrete tilnærmingene kan det nevnes at Andenæs har uttalt at unntakets kjerneområde er åpning, gjennomføring og avslutning av insolvensbehandling.¹²⁵ Dessuten har Pålsson fremholdt at konkursunntaket kun omfatter «*spesifikke insolvensrettslige*» spørsmål, som bygger på konkursspesifikke regler knyttet til insolvensbehandling.¹²⁶ Disse uttalelsene gir imidlertid ikke et klart bilde av konkursunntakets rekkevidde etter gjeldende norsk rett. For å illustrere den konkrete grensedragningen må man vende blikket til Høyesteretts avgjørelser som vil analyseres i det følgende.¹²⁷

¹²⁰ Pocar-rapporten kapittel 2, punkt 12 og 13.

¹²¹ Pålsson (1992) s. 44, Rognlien (1993) s. 125.

¹²² Se Prop. 88 L (2015-2016) s. 35.

¹²³ Rognlien (1993) s. 125, Skoghøy (2017) s. 69, sistnevnte understreker også at konkursunntaket bare gjelder avgjørelse av insolvenstypiske spørsmål under insolvensoppgjør.

¹²⁴ Se blant annet Hov (2010) s. 292 og 293, Hov (2017) s. 275.

¹²⁵ HORING-2010-mha, s. 75.

¹²⁶ Pålsson (1992) s. 44.

¹²⁷ Det bemerkes at spørsmålet verken problematiseres i forarbeidene til den tidligere luganoloven, Ot.prp. nr. 94 (1991-1992), eller ved gjennomføringen av Luganokonvensjonen 2007, Ot.prp. nr. 89 (2008-2009).

4.2 Analyse av Rt. 1996 s. 25 Hydro-Alumix kjennelsen

4.2.1 Innledende bemerkninger

I *Hydro-Alumix kjennelsen* tok Høyesterett for første gang opp spørsmålet om et krav var omfattet av konkursunntaket i daværende Luganokonvensjon av 1988. Avgjørelsen ble avsagt med dissens 3-2. Flertallets og mindretallets votum vil analyseres etter tur.

4.2.2 Sakens bakgrunn

Norsk Hydro AS og Hydro Aluminium AS («Hydro») leverte fra desember 1991 til juni 1992 aluminium og magnesium for til sammen cirka NOK 56 millioner til det italienske selskapet Alumix S.p.A («Alumix»). Betalingsstedet for i alle fall en del av kravet var Oslo. Alumix var datterselskap av det italienske statskonsernet EFIM, som ble opprettet ved lov i 1962 med formål om å drive virksomhet innenfor energi og industriområdene. I 1992 hadde EFIM-konsernet et samlet underskudd på mer enn USD 5,6 milliarder, og den italienske regjering bestemte ved midlertidig resolusjon at EFIM skulle avvikles. Selskapene i konsernet skulle enten selges eller avvikles. Resolusjonen ble senere erstattet av lov, og i 1995 ble det bestemt at EFIM skulle tvangsavvikles. EFIM-loven skulle sikre en styrt avvikling, og konsernet ble satt under administrasjon av en bostyrer. I tillegg ble det innført tvungen betalingsstans for hele konsernet fra og med 18. juli 1992, og lagt ned forbud mot enkeltforfølgning med 2 års tilbakevirkende kraft, men med en del unntaksbestemmelser.

Fordi Alumix ikke hadde betalt for leveransene av aluminium og magnesium, anla Hydro søksmål med krav om betaling for Oslo byrett, som besluttet at norske domstoler hadde jurisdiksjon til å behandle saken. Alumix påkjærte beslutningen, og Eidsivating lagmannsrett avsa kjennelse om at søksmålet måtte avvises fordi norske domstoler ikke hadde jurisdiksjon. Hydro påkjærte kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som henviste saken til behandling i Høyesterett i avdeling.¹²⁸

4.2.3 Sakens rettslige spørsmål

Hovedspørsmålet for Høyesterett var om norske domstoler hadde jurisdiksjon i medhold av Luganokonvensjonen, eller om saken falt inn under konvensjonens konkursunntak. Dersom

¹²⁸ Se Ryssdal (2005) s. 341 og 342 for nærmere redegjørelse av sakens faktum.

saken falt under konkursunntaket, måtte Høyesterett ta stilling til om tvistemålsloven¹²⁹ § 25 likevel ga norske domstoler kompetanse til å behandle saken.

4.2.4 Hvorvidt tvangsavvikling etter EFIM-loven ble omfattet av konkursbegrepet

Høyesterett vurderte først hvorvidt konkursunntaket kunne komme til anvendelse, herunder om tvangsavviklingen av EFIM-konsernet kunne likestilles med konkursbegrepet i konkursunntaket; «*konkurs, gjeldsforhandling og andre linkende ordninger*».¹³⁰

Under henvisning til Jenard-rapportens uttalelser om virkeområdet til konkursunntaket i Brussel I, tok Høyesterett utgangspunkt i at kun avvikling av selskap under ledelse og kontroll av offentlig myndighet var omfattet av begrepet.¹³¹ Høyesterett henviste også til norsk og svensk litteratur med tilsvarende tolkninger.¹³²

Etter å ha lagt betydelig vekt på EFIM-lovens formål, de samlede virkninger av lovens bestemmelser og reelle hensyn, konkluderte Høyesterett med at tvangsavviklingen av EFIM-konsernet måtte omfattes av konkursbegrepet. Høyesterett viste til konsernets stadig voksende underskudd, som retten antok ville fortsatt å øke uten inngrep fra den italienske stat, størrelsen på konsernet og det faktum at EFIM var opprettet i medhold av en egen lov, noe som nødvendiggjorde en egen lov også for avviklingen. Etter Høyesteretts syn illustrerte disse forholdene at EFIM-loven ble til på grunn av insolvens i EFIM-konsernet sett under ett. Dessuten tok loven sikte på administrativ avvikling av hele konsernet, inklusiv salg og tvangsavvikling av datterselskapene, med formål om hel eller delvis innfrielse av konsernets samlede gjeld.¹³³

Høyesterett påpekte at verken forskjellsbehandling av kreditorene, manglende kreditorrepresentasjon eller manglende kontroll av italienske domstoler kunne vektlegges, fordi slike spørsmål i vid utstrekning var overlatt til intern lovgivning, og derfor ikke kunne ha betydning for konkursunntakets virkeområde. Så lenge offentlig myndighet kontrollerte tvangsavviklingen, og avviklingen ble forestått av en likvidator og et statlig oppnevnt kontrollutvalg, måtte tvangsavviklingen, etter Høyesteretts syn, likestilles med konkurs og

¹²⁹ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven, heretter tvml.) [opphevet].

¹³⁰ Hydro-Alumix kjennelsen s. 31.

¹³¹ Hydro-Alumix kjennelsen s. 31 og 32, henvisning til Jenard-rapporten, s. 11-12 (dansk tekst).

¹³² Hydro-Alumix kjennelsen s. 32, henvisning til Rognlien (1993) s. 125 og Pålsson (1992) s. 45.

¹³³ Hydro-Alumix kjennelsen s. 32.

andre liknende ordninger.¹³⁴ Det var også uten betydning at Alumix hadde fortsatt sin virksomhet som tidligere, og at selskapet ikke var under avvikling i følge firmaattest og bekreftelse utstedt av en italiensk domstol. Dette var fordi EFIM-loven bestemte at konsernets likvidator og kontrollutvalg kunne gripe inn overfor ledelsen i Alumix, og at moratoriet og beslagsforbudet i Italia også gjaldt for Alumix.¹³⁵

Det hadde heller ikke noe å si for vurderingen at EFIM-loven ikke var tatt med i vedlegg A til Insolvensforordningen, som etter sitt formål skulle kartlegge hvilken konkurslovgivning i hvert enkelt land som ville omfattes av forordningen. Flertallet i Høyesterett mente at det faktisk at EFIM-loven ikke var tatt med, kunne skyldes lovens midlertidige art, og viste til at forholdet mellom Insolvensforordningen og konkursunntaket i alle tilfelle var uavklart, fordi den undertegnede Insolvensforordningen avvek fra de utkast som forelå da Brussel- og Luganokonvensjonen ble undertegnet.¹³⁶

4.2.5 *Hvorvidt kravet falt inn under konkursunntakets rekkevidde*

Høyesterett vurderte deretter hvorvidt kravet falt inn under konkursunntakets rekkevidde. Under henvisning til EU-domstolens avgjørelse *Gourdain mot Nadler* uttalte Høyesterett at konkurs i seg selv ikke var tilstrekkelig for at konkursunntaket fikk anvendelse.¹³⁷ Konkursunntaket var begrenset til tvister som sprang direkte ut av konkursen i EFIM-konsernet. Ved referanse til juridisk litteratur presiserte Høyesterett at konkursunntaket kun skulle gjelde for tvister som ble regulert av, og skulle bedømmes etter, insolvensrettslige regler.¹³⁸ Høyesterett konstaterte at formålet bak konkursunntaket var at konkurstypiske spørsmål skulle avgjøres i konkurslandet.¹³⁹

For nærmere å kartlegge rekkevidden av konkursunntaket henviste Høyesterett til hvilke konkursrelaterte krav som i litteraturen ble antatt omfattet av unntaket. Herunder ville omstøtelse i konkurs, massekrav, separatistkrav vedrørende løsøre, anerkjennelse av

¹³⁴ Hydro-Alumix kjennelsen s. 32.

¹³⁵ Hydro-Alumix kjennelsen s. 32 og 33.

¹³⁶ Hydro-Alumix kjennelsen s. 32.

¹³⁷ Hydro-Alumix kjennelsen s. 34, henvisning til *Gourdain mot Nadler* (dansk tekst).

¹³⁸ Hydro-Alumix kjennelsen s. 34, henvisning til Rognlien (1993) s. 125.

¹³⁹ Hydro-Alumix kjennelsen s. 34.

fordringer og heving av avtaler etter konkursrettslige bestemmelser falle innenfor, i motsetning til krav som bygde på boets inntredelsesrett.¹⁴⁰

I den konkrete vurderingen konstaterte Høyesterett at kravet bygget på et juridisk grunnlag som i utgangspunktet syntes å falle utenfor konkursunntaket rekkevidde. Likevel konkluderte retten med at søksmålet gjaldt konkurstypiske spørsmål, og falt inn under unntaket. Dette bygget Høyesterett på tre ulike forhold.

For det første mente Høyesterett at konsekvensene av en eventuell behandling av kravet i norske domstoler, talte for at kravet falt inn under konkursunntaket. Herunder viste Høyesterett til at Alumix' anførsler kun baserte seg på EFIM-loven, som i forlengelsen medførte at norske domstoler trolig måtte tatt stilling til om lovens betalingsutsettelse og rentefritak gjaldt i Norge.¹⁴¹

For det andre viste Høyesterett til virkningene en norsk dom som ga Hydro medhold, ville ha. Virkningene kunne, etter Høyesteretts syn tenkes å bli forskjellig i ulike Luganostater. I Norge ville en eventuell dom blitt lagt uprøvd til grunn. En italiensk domstol ville motsetningsvis stå i konflikt mellom dens plikt til å fullbyrde dommen i medhold av Luganokonvensjonen, og dens plikt til å følge EFIM-lovens preseptoriske bestemmelser. I tillegg ville eventuell fullbyrdelse i andre Lugano-land avhenge av den aktuelle domstolens forståelse av Luganokonvensjonens rekkevidde og interne regler om tvangsfullbyrdelse.¹⁴²

For det tredje ville en behandling av kravet i norske domstoler være i strid med konkursunntaket formål; en enhetlig behandling av insolvensspørsmål i konkurslandet. Resonnementet bygde på at kravet etter rettens syn i realiteten gikk ut på å få en avgjørelse av hvilken betydning insolvensbehandlingen i Italia hadde for Alumix' betalingsplikt.¹⁴³

4.2.6 *Hvorvidt norske domstoler hadde jurisdiksjon etter tvml. § 25*

Etter å ha slått fast at saken falt inn under konkursunntaket, vurderte Høyesteretts flertall hvorvidt vernetingsregelen i tvml. § 25 om oppfyllellesverneting likevel ga norske domstoler jurisdiksjon. Hovedformålet bak tvistemålslovens vernetingsregler var å regulere den

¹⁴⁰ Hydro-Alumix kjennelsen s. 34, henvisning til Svénné-Smith *kommenteret Rettsplejelov* 1990 s. 457, Rognlien (1993) s. 125 og Pålsson (1992) s. 45.

¹⁴¹ Hydro-Alumix kjennelsen s. 34.

¹⁴² Hydro-Alumix kjennelsen s. 35.

¹⁴³ Hydro-Alumix kjennelsen s. 35.

innbyrdes kompetansen mellom forliksråd og domstoler, og hvorvidt bestemmelsene som ikke uttrykkelig regulerte internasjonale tvister kunne komme til anvendelse måtte avgjøres etter en tolkning av den aktuelle bestemmelse.¹⁴⁴

Når det gjaldt tvml. § 25, ble kravet om tilknytning til, eller særlig vedtakelse av en bestemt rettskrets, fjernet ved gjennomføring av Luganokonvensjonen for å tilpasse adgangen til å reise sak ved oppfylleelsesvernetinget etter konvensjonens artikkel 5(1).¹⁴⁵ Selv om bestemmelsen etter Høyesteretts syn ga generell adgang til å reise sak ved oppfylleelsesvernetinget, kunne den ikke gå foran spesialbestemmelsene i Luganokonvensjonen når det gjaldt en sak mellom to foretak i land som hadde tiltrådt konvensjonen. Dette gjaldt også konkursunntaket. Høyesteretts resonnement bygget på at Luganokonvensjonen måtte gjelde som *lex specialis*, og at formålet bak konkursunntaket ville bli tilsidesatt dersom tvml. § 25 åpnet for at saken kunne anlegges ved oppfylleelsesvernetinget i tilfeller hvor konkursunntaket kom til anvendelse. Det ble også lagt vekt på at Alumix var et italiensk aksjeselskap uten representasjon i Norge.¹⁴⁶

4.2.7 Mindretallets vurdering

Mindretallet var uenig med flertallets rettsanvendelse både med hensyn til hvorvidt tvangsavviklingen av EFIM-konsernet ble omfattet av konkursbegrepet i konkursunntaket og hvorvidt kravet falt inn under konkursunntakets rekkevidde. Mindretallet tok ikke stilling til om tvml. § 25 kom til anvendelse.

Når det gjaldt flertallets første vurdering, var mindretallet uenig i at EFIM-avviklingen kunne likestilles med «*konkurs, offentlige gjeldsforhandlinger eller liknende ordninger*», med den konsekvens at konkursunntaket kom til anvendelse. Mindretallet bygget sin konklusjon på tre ulike forhold.

For det første mente mindretallet at det var av stor betydning at Alumix var part i saken, ikke EFIM. Selv om det statlige holdingselskapet var insolvent, var Alumix som aksjeselskap en egen enhet både i juridisk og økonomisk henseende. Selskapet hadde, i likhet med andre

¹⁴⁴ Hydro-Alumix kjennelsen s. 35.

¹⁴⁵ Hydro-Alumix kjennelsen s. 35, henvisning til luganoloven [opphevet] og Ot.prp. nr. 94 (1991-1992) s. 23.

¹⁴⁶ Hydro-Alumix kjennelsen s. 35 og 36.

aksjeselskap i konsernet, også fortsatt sin forretningsvirksomhet, hatt nye forretningsforhold med Hydro, i tillegg til at det ikke var anført at Alumix var insolvent.¹⁴⁷

For det andre var det ikke innledet noen form for insolvensbehandling i Alumix. Det var ikke åpnet noen registreringsprosedyre for kreditorene, og kreditorene var heller ikke varslet. Dessuten var det ikke etablert noen spesiell domstolsjurisdiksjon eller verneing for tvister om Alumix' forpliktelser.¹⁴⁸

For det tredje inneholdt EFIM-loven bestemmelser som mindretallet fant vanskelig å forene med generelle prinsipper om kreditorbeskyttelse og kreditorfordeling, i tillegg til at det ikke var gitt noen opplysninger om hvor stor del av selskapets opprinnelige gjeld som fremdeles var rammet av EFIM-lovens moratorium.¹⁴⁹ Etter mindretallets syn måtte dette tillegges større vekt enn at loven åpnet for at EFIM-konsernets likvidator kunne treffe avgjørelser som hadde betydning for Alumix' økonomiske situasjon.

Når det gjaldt flertallets andre vurdering, var mindretallet uenig i at kravet falt innenfor konkursunntaket. Mindretallet var først og fremst uenig i flertallets vektlegging av hvilke virkninger en norsk dom som ga Hydro medhold, ville ha.

For det første mente mindretallet at et eventuelt fullbyrdelseskrav som baserte seg på en norsk avgjørelse i denne saken kunne overprøves av enhver domstol i en annen konvensjonsstat. Dette bygget mindretallet på sin forståelse av at Luganokonvensjonens bestemmelser om automatisk anerkjennelse, hadde begrenset betydning for avgjørelser om konvensjonens anvendelsesområde.¹⁵⁰ Dette var særlig klart i foreliggende sak, fordi den norske avgjørelsen ville være prejudisiell sett i forhold til domskravet.

For det andre mente mindretallet at den begrensede betydning Luganokonvensjonens anerkjennelsesbestemmelser hadde i foreliggende sak, illustrerte at spørsmålet om anerkjennelse og fullbyrdelse måtte holdes adskilt fra spørsmålet om jurisdiksjon. Det materielle kravet i denne saken reiste kun spørsmål om å skape tvangsgrunnlag for en klarlagt betalingsforpliktelse. En dom ville derfor utelukkende stadfeste om saksøker hadde en

¹⁴⁷ Hydro-Alumix kjennelsen s. 36.

¹⁴⁸ Hydro-Alumix kjennelsen s. 36.

¹⁴⁹ Hydro-Alumix kjennelsen s. 37, henvisning til EFIM-lovens bestemmelser som åpnet for at søsterselskaper i konsernet kunne gjøre opp for intern gjeld.

¹⁵⁰ Hydro-Alumix kjennelsen s. 37, henvisning til Luganokonvensjonen artikkel 26 flg.

fordring på saksøkte, som kunne kreves oppfylt innen en bestemt tid. For å understreke viktigheten av å sondre mellom denne pådømmelsen og spørsmålet om anerkjennelse og fullbyrdelse i en annen konvensjonsstat, påpekte mindretallet at ved en eventuell fullbyrdelse ville konkurslandets lovregler være avgjørende, blant annet for kravets prioritet. At dette i forlengelsen kunne innebære at en norsk dom ville få liten praktisk betydning kunne imidlertid ikke vektlegges i spørsmålet om jurisdiksjon.¹⁵¹

4.2.8 Et nærmere blikk på funn i analysen

Analysens første funn er at det må foreligge en form for offentlig insolvensbehandling for at konkursunntaket skal komme til anvendelse. Kun krav som er fremmet i forbindelse med en slik behandling kan falle inn under konkursunntaket. Det må imidlertid bemerkes at flertallets vurdering av om konkurs forelå i denne saken bærer preg av at det var vanskelig å kartlegge EFIM-lovens karakter. Fordi mindretallet anla en enklere betraktningssmåte, er det lettere å følge deres argumentasjon.¹⁵²

Analysens andre funn er at Høyesterett legger vekt på EU-rettens parallelle instrumenter, og benytter *Gourdain mot Nadler* for å kartlegge konkursunntakets rekkevidde. Dette er i tråd med harmoniseringsmålsetningen og norske domstolers plikt til å legge tilbørlig hensyn på EU-domstolens avgjørelser i Luganokonvensjonen protokoll 2 artikkel 1.

Selv om Høyesterett tar utgangspunkt i kravets juridiske grunnlag, i tråd med foreliggende EU-praksis, er det tredje funnet i analysen at dette blir dette overskygget av at Høyesterett legger betydelige vekt på reelle hensyn. Nærmere bestemt er de eventuelle konsekvensene av at norske domstoler får jurisdiksjon, og forhold relatert til anerkjennelse og fullbyrdelse, avgjørende for Høyesteretts vurdering av konkursunntakets rekkevidde. Dette innebærer at Høyesteretts konklusjon i liten grad bygger på kravets juridiske grunnlag, og etter mitt syn fremstår som svært skjønnsmessig. Ved å vende blikket til det faktiske kravet i saken, uten å blande inn hvilken betydning den eventuelle rettigheten ville ha i den italienske bobehandlingen, anlegger mindretallet også her en enklere og mindre skjønnsmessig betraktningssmåte. Kravets juridiske grunnlag tilsier at saken kun reiser spørsmål om saksøker har en fordring på saksøkte, et spørsmål som avgjøres av alminnelig formuerettslige regler. Kravet springer derfor ikke ut av, eller er nært knyttet til tvangsavviklingen av EFIM-

¹⁵¹ Hydro-Alumix kjennelsen s. 37 og 38.

¹⁵² Se Ryssdal (2005) s. 343 og 344, som er av samme oppfatning.

konsernet.¹⁵³ Mindretallets tilnærming er således i overensstemmelse med EU-domstolens tilnærming i blant annet *German Graphics* og *N&G Spedition*,¹⁵⁴ og avgrensningene av Gourdain-kriteriene i Virgos/Schmit-rapporten.¹⁵⁵

Det fjerde funnet i analysen er at norsk intern lovgivning ikke kan gi norske domstoler jurisdiksjon for krav som faller inn under konkursunntaket dersom Luganokonvensjonens øvrige bestemmelser ville gitt samme resultat. Resonnementet bygger på at konvensjonens bestemmelser ikke skal komme til anvendelse når konkursunntaket er anvendelig.

4.3 Analyse av HR-2017-1297-A Bergen Bunkers dommen

4.3.1 Innledende bemerkninger

I *Bergen Bunkers dommen* reises det spørsmål både om konkursunntakets rekkevidde og om lovvalg. Sett hen til avhandlingens tema vil bare spørsmålet knyttet til konkursunntakets rekkevidde gjennomgå i analysen.

4.3.2 Sakens bakgrunn

Bergen Bunkers AS («Bergen Bunkers») drev virksomhet med kjøp, salg og megling av drivstoff til skip («bunkers»). Selskapet var heleid av O.W. Bunker Norway AS, og begge selskap var del av et større internasjonalt konsern, hvor det danske O.W. Bunker & Trading A/S var morselskap («O.W. Bunker-konsernet»). Den nederlandske banken ING Bank N.V. («ING») var agent og långiver under en låneavtale hvor en rekke långivere ga O.W. Bunker-konsernet et lån på USD 700 millioner. Låneavtalen forutsatte at det danske morselskapet og 16 andre konsernselskaper, blant annet Bergen Bunkers, stilte garanti for lånet. ING skulle også få panterett i de gitte konsernselskaperes kundefordringer gjennom en egen sikkerhetsavtale. I henhold til sikkerhetsavtalen pantsatte Bergen Bunkers sine fordringer, både under leveringskontraktene selskapet hadde på avtaletidspunktet, og i etterkant.

Etter sammenbrudd i O.W. Bunker-konsernet ble det åpnet konkurs i Bergen Bunkers den 18. november 2014. ING meldte krav i boet tilsvarende den samlede summen på O.W. Bunker-konsernets lån. Bostyrer ble også etter konkursåpningen kjent med at ING hadde skrevet til Bergen Bunkers' debitorer med krav om innbetaling av utestående til en konto i ING.

¹⁵³ Se også HORING-2010-mha, s. 17, hvor det gis uttrykk for at rettens begrunnelse for å avvise søksmålet er bygget på slutninger fra Luganokonvensjonen som er vanskelig å forstå.

¹⁵⁴ Disse avgjørelsene var imidlertid ikke avsagt på domstidspunktet.

¹⁵⁵ Virgos/Schmit-rapporten, punkt 196 s. 122. Se også note 73 og 86.

Bostyrer anla sak for Bergen tingrett, med krav om at ING ikke hadde pant i Bergen Bunkers' utestående fordringer, og at de beløp debitorene hadde innbetalt til ING måtte omstøtes.

Bergen tingrett henviste saken til Oslo tingrett grunnet manglende verneting. ING anførte at saken måtte avvises, og Oslo tingrett besluttet at avvisningsspørsmålet skulle avgjøres under saksforberedelsen. Etter skriftlig behandling kom domstolen til at saken skulle fremmes. Etter anke fra ING ble saken behandlet i Borgarting lagmannsrett, som forkastet anken. ING anket deretter saken til Høyesterett.¹⁵⁶

4.3.3 Sakens rettslige spørsmål

Hovedspørsmålet for Høyesterett var om norske domstoler hadde jurisdiksjon til å behandle saken, herunder om konkursboets krav falt inn under konkursunntaket i Luganokonvensjonen. Dersom kravene ikke falt inn under konkursunntaket, var partene enig om at norske domstoler ikke hadde jurisdiksjon. Dersom kravene var omfattet av unntaket, ble det reist spørsmål om norske domstoler hadde jurisdiksjon i medhold av tvisteloven § 4-3 første ledd.

4.3.4 Hvorvidt kravene falt inn under konkursunntakets rekkevidde

For å avgjøre om kravene falt inn under konkursunntakets rekkevidde, tok Høyesterett først stilling til om kravene måtte vurderes separat eller under ett. Høyesterett konkluderte med at kravene måtte vurderes enkeltvis. Etter Høyesteretts syn kunne dette imidlertid ikke leses ut av EU-domstolens praksis om Brussel Is virkeområde, som klart illustrerte at krav måtte vurderes hver for seg. Bakgrunnen var at forordningen etter sin ordlyd gjaldt «saker», mens konkursunntaket utpekte saksområder som det relevante kriterium. Konklusjonen baserte Høyesterett derfor på EU-domstolens praksis om rekkevidden av konkursunntaket og *Hydro-Alumix kjennelsen*.¹⁵⁷ Høyesterett trakk spesielt frem at det i *H mot H.K.* fremgikk at alle krav tilknyttet konkursbehandlingen ikke kan vurderes under ett i relasjon til konkursunntaket.¹⁵⁸

Høyesterett gikk deretter over til å vurdere rekkevidden av konkursunntaket. Etter en redegjørelse for Gourdain-kriteriene fremhevet Høyesterett at retten i *Hydro-Alumix kjennelsen* kom til at konkursunntaket var begrenset til tvister som ble regulert av og skulle bedømmes etter insolvensrettslige regler, for å unnta insolvenstypiske spørsmål fra

¹⁵⁶ Spørsmålet om konkursunntakets rekkevidde ble avsagt som kjennelse, mens spørsmålene som gjaldt lovvalg ble avsagt som dom i medhold av tvisteloven § 19-1 første ledd bokstav b jf. § 16-1 annet ledd bokstav b.

¹⁵⁷ Bergen Bunkers dommen avsnitt 39 til 46.

¹⁵⁸ Bergen Bunkers dommen avsnitt 46.

Luganokonvensjonens anvendelsesområde. Avgjørelsen av *H mot H.K.* ble trukket fram fordi den etter Høyesteretts syn sammenfattat hvordan Gourdain-kriteriene skulle tolkes.

Høyesterett fremhevet at EU-domstolen anså det relevant at søksmålet «*er anlagt i forbindelse med insolvensbehandling og om det springer direkte ut av insolvenslovgivning eller annen lovgivning*». I tillegg understreket Høyesterett at det i henhold til EU-domstolens praksis ikke var «*tilstrekkelig til å falle utenfor unntaket at et spørsmål teoretisk kunne oppstått utenfor konkurs*». ¹⁵⁹

Dernest redegjorde Høyesterett for *German Graphics*. Høyesterett konstaterte at et krav om eiendomsforbehold ikke oppfylte noen av Gourdain-kriteriene fordi det var et selvstendig krav som ikke bygget på insolvenslovgivning, eller krevde åpning av konkurs eller involvering av bostyrer før fremsettelse. ¹⁶⁰ Retten viste også til at det i avgjørelsen ble eksplisitt uttrykt at det ikke var tilstrekkelig at konkursboet var part i saken. Høyesterett distanserte seg imidlertid fra avgjørelsen fordi det ikke var en nær forbindelse mellom eiendomsforbehold og pant i kontinental rett, slik som i Norge. ¹⁶¹ Likevel konstaterte Høyesterett at EU-domstolens praksis var en tungtveiende kilde, og at Gourdain-kriteriene måtte være avgjørende i vurderingen av konkursunntakets rekkevidde. ¹⁶² Utover dette generelle utgangspunkt ga EU-domstolens avgjørelser etter Høyesteretts syn begrenset veiledning, fordi saksforholdene avvek markant fra det i den foreliggende sak.

Fordi Gourdain-kriteriene, og særlig om tvisten ble regulert av og skulle bedømmes etter insolvensrettslige regler var et sentralt kriterium, mente Høyesterett at omstøtelseskravet klart var omfattet av konkursunntaket. Kravet bygget på insolvensrettslige regler, å kunne bare oppstå i konkurs. ¹⁶³

Når det gjaldt kravet om at ING ikke hadde gyldig stiftet pant med rettsvern, mente Høyesterett imidlertid at kravet, selv om det ikke bygget på «*eksklusivt insolvensrettslige regler*», falt inn under konkursunntakets rekkevidde. ¹⁶⁴ Dette bygget Høyesterett på at rettskildene viste at det «*ikke uten videre er avgjørende ved fastlegging av unntakets rekkevidde at en type krav også kan tenkes fremmet uten tilknytning til*

¹⁵⁹ Bergen Bunkers dommen avsnitt 45, henvisning til *H mot H.K.* avsnitt 18 og 20.

¹⁶⁰ Bergen Bunkers dommen avsnitt 47 og 48.

¹⁶¹ Bergen Bunkers dommen avsnitt 49.

¹⁶² Bergen Bunkers dommen avsnitt 50 og 51.

¹⁶³ Bergen Bunkers dommen avsnitt 53 og 54.

¹⁶⁴ Bergen Bunkers dommen avsnitt 56 sammenhold med avsnitt 61.

insolvensbehandling». ¹⁶⁵ Høyesterett la avgjørende vekt på hvor sentralt et panterettslig krav var under insolvensbehandling, og hvor sammenvevet panterettslige- og insolvensrettslige regler var under slik behandling.

For det første var det, etter Høyesteretts syn, en sentral del av bobehandlingen å ta stilling til panteretter, tett knyttet opp til bostyrers plikt om å sikre og bevare aktiva til fordeling for kreditorfellesskapet. ¹⁶⁶

For det andre henviste Høyesterett til at EU-domstolen i *H mot H.K.* gjenga EU-Kommisjonens uttalelse om at det må vektlegges at den aktuelle bestemmelse «*seeks to preserve the distributable assets*» og at mulige separatistkrav ble nevnt i *Hydro-Alumix kjennelsen* som eksempel på konkursrelaterte krav som måtte omfattes av konkursunntaket. ¹⁶⁷ Sitatet var ikke en del av EU-domstolens domsavsigelse, men et utdrag av en setning fra EU-kommisjonens partsinnlegg i saken. Innlegget gjaldt hvorfor bestemmelsen i *H mot H.K.* etter Kommisjonens syn måtte falle inn under konkursunntaket, selv om den ikke kunne defineres som insolvensspesifikk; «*An action based on that provision seeks to preserve the distributable assets of a limited liability company which has suspended all payments, in the interests of all its creditors*». ¹⁶⁸

For det tredje vektla Høyesterett at det eksisterte både materielle og prosessuelle bestemmelser i insolvenslovgivningen om panteretters stilling i konkurs. Høyesterett gjentok at avklaring av panteretters stilling var en sedvanlig og typisk del av bobehandlingen. ¹⁶⁹

For det fjerde kunne reglene om bobehandlingen sterkt påvirke innholdet og virkningene av påståtte panterettigheter. Slike spørsmål, i motsetning til spørsmål om boets inntredelsesrett, berodde ikke på alminnelige formuerettslige regler. En avgjørelse om påståtte panterettigheter ville bære preg av at den oppsto i en insolvenssammenheng, og reglene for løsningen ville etter Høyesteretts syn springe ut av de samme interesser som de som lå til grunn for insolvensbehandlingen, herunder hensynet til kreditorfellesskapet og avveiningen mellom dette fellesskapet og de individuelle kreditorer. ¹⁷⁰

¹⁶⁵ Bergen Bunkers dommen avsnitt 55.

¹⁶⁶ Bergen Bunkers dommen avsnitt 56.

¹⁶⁷ Bergen Bunkers dommen avsnitt 56.

¹⁶⁸ *H mot H.K.* avsnitt 16.

¹⁶⁹ Bergen Bunkers dommen avsnitt 57 og 58.

¹⁷⁰ Bergen Bunkers dommen avsnitt 59.

Avslutningsvis konstaterte Høyesterett at ovennevnte betraktninger måtte antas å være en del av formålet bak konkursunntaket, og derfor være utslagsgivende for at Gourdain-kriteriet «*nært knyttet til insolvensbehandlingen*» var oppfylt. Resonnementet bygget på at kriteriet skulle hindre at forhold som praktisk og rettslig var nært forbundet med insolvensbehandlingen, skulle skilles jurisdiksjonsmessig fra denne fordi spørsmålene også kunne oppstå utenfor konkurs, eller delvis var regulert av lovgivning som ikke var spesifikk for insolvensbehandlinger.¹⁷¹ En slik oppdeling ville være rettsteknisk uhensiktsmessig fordi den ville bryte opp den nære forbindelsen mellom spørsmålet om panterettens gyldighet og rettsvern, og de konkursrettslige regler om fordeling av boets verdier.¹⁷²

4.3.5 *Hvorvidt norske domstoler hadde jurisdiksjon etter tvl. § 4-3 første ledd*

Fordi Luganokonvensjonen ikke uttrykkelig regulerte domsmyndighet i saken, gikk Høyesterett over til å vurdere om jurisdiksjonsspørsmålet kunne løses av tvisteloven § 4-3 første ledd. Ved å skape en generell regel om at norsk konkurs ga tilstrekkelig tilknytning etter bestemmelsen, konstaterte Høyesterett at norske domstoler hadde jurisdiksjon, uten at det var nødvendig å vurdere om tilknytningskravet var oppfylt.

Høyesterett mente hensynene til regelharmoni og effektiviteten i behandlingen av konkursrelaterte saker veide tilstrekkelig til å oppstille en slik generell regel.¹⁷³ Dessuten var det i konkursstaten spørsmålene hadde størst tilhørighet, og hensynene til prosessøkonomi og rettsenhet talte i samme retning.¹⁷⁴ Retten bemerket imidlertid at hensynet til å unngå splittelse av domsjurisdiksjon mellom flere nasjoner, kunne tilsi at de nasjonale jurisdiksjonsreglene ikke ubetinget burde komme til anvendelse. Det var imidlertid uten betydning i foreliggende sak, fordi konkursen var åpnet i Norge.¹⁷⁵

Fordi det var grunnlag for å oppstille en generell regel, uttalte Høyesterett at det ikke var nødvendig å ta selvstendig standpunkt til om det kunne utledes en jurisdiksjonsregel direkte ut av konkursunntaket. Det ble likevel antydnet at det kunne innfortolkes en implisitt regel i

¹⁷¹ Bergen Bunkers dommen avsnitt 60.

¹⁷² Bergen Bunkers dommen avsnitt 60.

¹⁷³ Bergen Bunkers dommen avsnitt 64 til 67, med henvisning til *Hydro-Alumix kjennelsen* s. 34 og Prop. 88 L (2015-2016) s. 34.

¹⁷⁴ Bergen Bunkers avsnitt 67.

¹⁷⁵ Bergen Bunkers avsnitt 64.

Luganokonvensjonen om at konkursstatens domstoler har jurisdiksjon når konkursunntaket anvendes.¹⁷⁶

4.3.6 Et nærmere blikk på funn i analysen

Analysens første funn er at Høyesterett, på tross av sin henvisning til EU-domstolens praksis som en tungtveiende kilde, etter mitt syn ikke følger EU-domstolens metode for å kartlegge om kravene i saken omfattes av konkursunntaket. Selv om Høyesterett henviser til Gourdain-kriteriene, er ikke kravets juridiske grunnlag utslagsgivende for om kriteriene er oppfylt. Det synes som om Høyesterett rettferdiggjør å legge avgjørende vekt på panterettens sentrale betydning i bobehandlingen fordi det «*ikke uten videre er avgjørende ved fastlegging av unntakets rekkevidde at en type krav også kan tenkes fremmet uten tilknytning til insolvensbehandling*». Dette kan imidlertid kun bygge på en svært utvidende tolkning av EU-domstolens avgjørelse i *H mot H.K.*, som er den eneste av EU-domstolens avgjørelser som åpner for en slik tolkning av Gourdain-kriteriene.

Høyesteretts tolkning av *H mot H.K.* er derfor analysens andre funn. I stedet for å henvise til at EU-domstolen presiserer hovedregelen om at kun insolvensspesifikke bestemmelser skal omfattes av konkursunntaket, bygger Høyesterett ut det unntaket som ble framstilt, til også å omfatte pantekrav. Det er imidlertid klare forskjeller mellom den bestemmelsen EU-domstolen tok stilling til i *H mot H. K.* og spørsmål om en panteretts gyldighet og rettsvern. EU-domstolens avgjørelse bygget i sin helhet på at bestemmelsen kunne komme til anvendelse ved faktisk insolvens, selv om formell insolvensbehandling ikke var åpnet. Bestemmelsen var derfor så nært knyttet til insolvensinstituttet at den ikke kunne betegnes som en alminnelig formuerettslig regel. Når det gjelder spørsmålet om panterettens gyldighet og rettsvern, er dette spørsmål som kan framsettes for en domstol i enhver situasjon hvor det er tale om realisasjon av en panterett, også uten noen som helst tilknytning til verken reell eller formell insolvens.

Analysens tredje funn er at Høyesterett distanserer seg fra *German Graphics* fordi eiendomsforbehold og pant er nært knyttet i norsk rett, i motsetning til i kontinental rett. At eiendomsforbehold i kontinental rett og salgspant i norsk rett, bygger på to ulike rettsgrunnlag, må anses klart. For eiendomsforbehold er det avgjørende om selger, i kraft av sitt eierskap, har rett til å få gjenstanden tilbakeført dersom kjøper misligholder

¹⁷⁶ Bergen Bunkers avsnitt 68 sammenholdt med avsnitt 62 til 64.

kjøpekontrakten. I spørsmål om en salgspanterett eksisterer, må det vurderes om pantet er gyldig og har rettsvern etter de krav panteloven¹⁷⁷ oppstiller. For salgspanteretter er eiendomsretten overdratt til kjøper, og selgers rett anses som en begrenset rett i gjenstanden. Dette innebærer følgelig, som Høyesterett legger til grunn, at *German Graphics* ikke er direkte anvendelig i denne saken. Likevel har ulikhetene mellom eiendomsforbehold og salgspant liten betydning dersom man sammenligner disse to rettsgrunnlagenes oppfyllelse av Gourdain-kriteriene. Det som er avgjørende, er om det aktuelle rettsgrunnlag er insolvensspesifikt, hvilket innebærer at krav som bygger på bestemmelsen bare kan fremsettes under insolvensbehandling. Dette er ikke tilfelle for verken eiendomsforbehold eller panteretter, uansett hvilket rettssystem man forholder seg til, fordi krav som bygger på begge disse grunnlag kan reises utenfor en konkurssituasjon.

Analysens fjerde funn er at Høyesterett tolker Gourdain-kriteriet «*nært knyttet til insolvensbehandlingen*» til å være en henvisning til hvor sentralt et krav er under en bobehandling. Dette er en svært annen tilnærming til kriteriet enn EU-domstolen har anlagt. Kravets karakter i både *German Graphics*, *F-Tex* og *N&G Spedition* tilsier at kravet hadde sentral betydning for boet under bobehandlingen, når boets aktiva skulle kartlegges. Dette ble imidlertid verken avgjørende eller i det hele tatt vektlagt av EU-domstolen, som i samtlige avgjørelser kun vurderte om kravets juridiske grunnlag måtte identifiseres som insolvensspesifikt. Det må også bemerkes at Høyesterett heller ikke tok stilling til om kravet sprang direkte ut av insolvensbehandlingen, et kriterium som også må være oppfylt all den tid Gourdain-kriteriene er kumulative.

Analysens femte funn er at Høyesterett søker å avgjøre saken basert på reelle hensyn. Dette følger for det første av Høyesteretts tolkning av Gourdain-kriteriet «*nært knyttet til insolvensbehandlingen*», som redegjort for ovenfor. For det andre henviser Høyesterett til at kravet ikke bør falle utenfor konkursunntaket fordi løsningen ville vært «*rettsteknisk uhensiktsmessig*», fordi avgjørelse om pantets prioritet jurisdiksjonsmessig ville blitt delt fra spørsmålet om pantets gyldighet og rettsvern. Det kan trekkes linjer til Høyesteretts argumentasjon i *Hydro-Alumix kjennelsen*, hvor det av flertallet ble lagt tung vekt på de usikre virkningene en dom i saksøktes favør ville ha. Som mindretallet i kjennelsen var inne på, bør imidlertid en prejudisiell avgjørelse om kravets eksistens vurderes adskilt fra spørsmål

¹⁷⁷ Lov 2. august 1980 nr. 2 om pant (panteloven).

om anerkjennelse og fullbyrdelse. Ved en eventuell fullbyrdelse vil pantets prioritet i alle tilfelle avhenge av norske lovregler, uavhengig av hvilken domstol som tar stilling til kravets eksistens, fordi Norge er konkursstaten. Selv om dette kan være prosessøkonomisk uheldig, er det etter mitt syn å gå for langt å betegne det som retsteknisk uhensiktsmessig. I alle tilfelle er det ikke slike hensyn som skal være avgjørende for om Gourdain-kriteriene anses oppfylt.

Det sjette funnet er at Høyesterett skaper en generell regel om norsk jurisdiksjon for krav som faller inn under konkursunntaket når Norge er konkursstaten. Regelen er i overensstemmelse med reguleringen i EU, hvor samspillet mellom Brussel I og Insolvensforordningen fører til at konkursstaten har jurisdiksjon for krav som faller innenfor konkursunntaket. I tillegg samsvarer regelen med den nye bestemmelsen om norsk jurisdiksjon i internasjonal insolvensbehandling i konkursloven¹⁷⁸ § 145 annet ledd annet punktum, som gir norske domstoler kompetanse til å avgjøre spørsmål om omstøtelse «*selv om boets motpart har alminnelig verneting i utlandet*».¹⁷⁹ Høyesterett skapte imidlertid regelen uten å henvise til EU-rettens regulering. Selv om regelen er god, gikk Høyesterett etter mitt syn langt i sin rettsskapende virksomhet i dette spørsmål.¹⁸⁰

4.4 Hva kan samlet sett trekkes ut av dommene?

For det første illustrerer disse to avgjørelsene at Høyesterett, i tråd med sin plikt etter Luganokonvensjonen protokoll 2 artikkel 1, i stor grad vender blikket ut mot de internasjonale kildene, herunder både Luganokonvensjonens korresponderende instrumenter i EU og EU-domstolens praksis. Likevel bærer noen av henvisningene preg av at rettsområdet og de vurderingene som skal tas er komplekse og vanskelig å få oversikt over. Dette kommer til syne i feilsiteringer, kommentarer som tas ut av sammenheng og bruk av «snarveier», der det fullstendige rettskildebildet ikke kommer frem i lyset. Det er imidlertid av stor betydning at Høyesterett tar utgangspunkt i Gourdain-kriteriene når konkursunntakets rekkevidde skal avgjøres, og at det legges til grunn at det er et sentralt kriterium om kravet i saken bygger på insolvenslovgivning. I denne forbindelse må det likevel bemerkes at Høyesterett tar utgangspunkt i en vurdering av om det juridiske grunnlag er «*insolvenstypisk*».

¹⁷⁸ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

¹⁷⁹ Bestemmelsen er ikke trådt i kraft per dags dato. Se nærmere om bestemmelsens forhold til konkursunntaket i HORING-2010-mha s. 75.

¹⁸⁰ Se Cordero-Moss (2018) s. 1 og 2, som er av samme oppfatning.

For det andre illustrerer avgjørelsene at Høyesterett i den konkrete vurderingen legger betydelig vekt på reelle hensyn. Dette er tilfelle for begge de to avgjørelsene, og innebærer at Høyesteretts konklusjoner i svært liten grad faktisk bygger på kravets juridiske grunnlag. *Hydro-Alumix kjennelsen* bærer preg av at problemstillinger knyttet til eventuell anerkjennelse og fullbyrdelse blandes inn i vurderingen. I *Bergen Bunkers dommen* dreier hele drøftelsen seg om panterettens sentrale og sedvanlige betydning under insolvensbehandling. Det vises også tilbakeholdenhet for å splitte opp jurisdiksjon til flere stater for krav der den prosessuelle konteksten er på plass – altså er det tydelig at Høyesterett ikke ønsker å gi noen annen stat enn konkursstaten jurisdiksjon for alle krav som anlegges i forbindelse med konkurs. I *Bergen Bunkers dommen* argumenterer Høyesterett blant annet for at et slikt resultat ville være retts teknisk uhensiktsmessig. Vektleggingen av disse hensynene og andre reelle hensyn som aktualiserer seg i de konkrete sakene, innebærer at drøftelsene i stor grad mangler sammenheng med den rettsregel Høyesterett fremstiller innledningsvis, basert på Gourdain-kriteriene. Sammenhengen blir imidlertid mer synlig når det tilføyes at Høyesterett tar utgangspunkt i at det juridiske grunnlag må være «*insolvenstypisk*», ikke «*insolvensspesifikk*», slik som EU-domstolen legger til grunn.¹⁸¹

For det tredje inntar Høyesterett en veldig nasjonal posisjon, og ser på sakene med norske øyne. I *Hydro-Alumix kjennelsen* medfører denne tilnærmingen at den norske domstols rolle i saken får betydelig vekt, særlig knyttet opp mot en eventuell etterfølgende anerkjennelse og fullbyrdelse av en norsk dom. I *Bergen Bunkers dommen* kommer det norske standpunktet tydelig frem når Høyesterett distanserer seg fra *German Graphics* fordi forholdet mellom panterettigheter og eiendomsforbehold er ulik i norsk og kontinental rett. Klassifiseringen av et norsk panterettskrav blir dermed hovedfokuset, istedenfor at likhetene mellom de to rettsgrunnlagene belyses. Det ville særlig vært relevant å redegjøre for den rollen et krav som bygger på de to ulike rettsgrunnlagene har i en insolvensbehandling.

For det fjerde er en generell tendens at Høyesterett leser inn et formål i konkursunntaket som ikke eksisterer. Formålet bak konkursunntaket er at Luganokonvensjonens alminnelige jurisdiksjonsregler ikke skal komme til anvendelse for krav som er av særlig spesiell art. Hvorvidt dette er tilfelle, skal avgjøres av Gourdain-kriteriene. Disse linjene trekker ikke Høyesterett, som fremholder at formålet bak konkursunntaket er at konkursstaten skal

¹⁸¹ Se nærmere om denne forskjellen i avhandlingens kapittel 5.

behandle insolvenstypiske spørsmål.¹⁸² At konkursstaten skal behandle insolvensspesifikke spørsmål er riktignok formålet bak Insolvensforordningens jurisdiksjonsregler, men også her forutsettes det at Gourdain-kriteriene er oppfylt, ikke bare at kravet rent faktisk er fremsatt i forbindelse med insolvensbehandling. Etter mitt syn kan dette være med på å begrunne hvorfor store deler av argumentasjonen i drøftelsene får feil fokus.

Kapittel 5: Sammenligning av rettstilstanden i EU og i Norge

For det første kan det konstateres at EU-domstolen har en formålsoverordnet tolkningsmetode, og behandler konkursunntaket i tråd med betegnelsen, som et unntak. Konkursunntaket blir sett i sammenheng med formålet bak Brussel I som helhet; å styrke det indre marked og forenkle systemet for internasjonale jurisdiksjonsspørsmål. Dette innebærer at konkursunntaket etter sitt formål kun skal anvendes dersom det er nødvendig. Høyesterett trekker ikke de samme linjene, og betegner formålet bak konkursunntaket å være at «*konkursrettslige spørsmål skal behandles av konkursstaten*». Ved anvendelse av konkursunntaket i Norge får derfor ikke bestemmelsen en rolle som et snevert unntak fra en vid hovedregulering. Dette kan medføre at Høyesterett mister oversyn over hva som faktisk skal vurderes; om kravet er av så spesiell art at det ikke bør reguleres av de alminnelige jurisdiksjonsreglene. Denne tendensen illustreres også av norsk underrettspraksis.¹⁸³

For det andre har EU-domstolen gjennom sin konsekvente praksis etablert klare rammer og en fast fremgangsmåte for å avgjøre om et krav faller innenfor konkursunntaket. EU-domstolen gjennomfører stringente vurderinger, og trekker inn rettskilder som belyser det overordnede vurderingstemaet. Høyesterett har kun behandlet to saker om spørsmålet, og har derfor ikke etablert like klare rammer eller fremgangsmåte. Fordi det forelå svært mye praksis fra EU-domstolen på domstidspunktet, hadde Høyesterett imidlertid muligheten til å bygge på rammeverket fra EU-domstolen i *Bergen Bunkers dommen*. Dette lykkes imidlertid ikke, både sett hen til overordnede formålsbetraktninger, og som de neste funnene illustrerer, gjelder dette også etter mitt syn den nærmere kartleggingen av rettsregelen, de konkrete vurderingene og i forlengelsen dommens resultat.

¹⁸² Se også HORING-2010-mha, s.17, hvor det påpekes at Høyesterett i *Hydro-Alumix kjennelsen* henviste til et annet formål bak konkursunntaket enn det som kunne leses ut av *Gourdain mot Nadler*.

¹⁸³ Se blant annet LB-2013-15546 og LB-2014-60063 (Borgarting lagmannsrett).

Det tredje funnet er at EU-domstolen har skapt en uttrykkelig klar regel for når konkursunntaket, og herunder Gourdain-kriteriene, anses oppfylt. Med unntak av i *H mot H.K.* er det et absolutt vilkår om at kravet må bygge på en insolvensspesifikk regel. Dette er en retts teknisk enkel regel, som medfører at EU-domstolens drøftelser er forutberegnelig, stringente og lett å følge. Svaret er alltid klart og tydelig ja eller nei, og det er ikke rom for skjønn. Høyesteretts avgjørelser har ikke samme tendens, og avviker både når det gjelder kartleggingen av rettsregelen, og den konkrete vurderingen.

Når det gjelder kartleggingen av rettsregelen, illustrerer begge Høyesteretts avgjørelser at Høyesterett benytter seg av begrepet «*insolvenstypisk*» istedenfor «*insolvensspesifikk*». Dette innebærer i prinsippet at ikke bare juridiske grunnlag som kan påberopes etter at insolvensbehandling er åpnet («*insolvensspesifikk*») vil falle innenfor unntaket. Henvisningen medfører at også krav som bygger på alminnelige formuerettslige regler kan falle inn under konkursunntaket, dersom slike krav «*typisk*» oppstår under insolvensbehandling. Dette vil eksempelvis gjelde pantekrav, som typisk vil oppstå under insolvensbehandling, selv om både spørsmål om realisasjon og andre panterettslige tvister også kan oppstå utenfor konkurs.

Høyesteretts konkrete vurderinger preges av at reelle hensyn vektet tungt. Dette står i kontrast til EU-domstolens tilnærming, som ikke gir rom for skjønnsmessige vurderinger. At Høyesterett henviser til «*insolvenstypisk*» istedenfor «*insolvensspesifikk*» kan delvis begrunne hvorfor Høyesterett i stor grad baserer seg på skjønn, fordi spørsmål om et krav er «*typisk*» i langt større grad åpner opp for en videre drøftelse enn om det juridiske grunnlag rent faktisk kan påberopes utenfor konkurs eller ikke. Likevel må det påpekes at Høyesterett i *Bergen Bunkers dommen* bygger på at EU-domstolen har uttalt at det «*ikke uten videre er avgjørende ved fastlegging av unntakets rekkevidde at en type krav også kan tenkes fremmet uten tilknytning til insolvensbehandling*». Denne tolkningen av EU-domstolens avgjørelse i *H mot H.K.* benyttes til å rettferdiggjøre utvidet bruk av skjønn, knyttet opp mot panterettens sentrale plass under konkursbehandling. Uttalelsen er imidlertid tatt ut av sin kontekst. Det vesentlige i *H mot H.K.* var at et juridisk grunnlag som åpner for at krav kan fremsettes under reell insolvens ikke kan sidestilles med alminnelige formuerettslige regler. Uttalelsen bør derfor ikke tolkes slik at kravets juridiske grunnlag, herunder om det bygger på insolvensspesifikke regler, ikke skal være avgjørende. I alle tilfelle kan heller ikke hjemmelen i *H mot H.K.*

sammenlignes med det juridiske grunnlag for rettsgyldig pant med rettsvern. Høyesteretts tolkning er her i uoverensstemmelse med den praksis som foreligger fra EU-domstolen.¹⁸⁴

Det fjerde funnet er at Høyesterett distanserer seg fra EU-domstolens praksis fordi saksforholdene etter rettens syn er av ulik art. Dette følger etter mitt syn av Høyesteretts nasjonale tilnærming til spørsmålet, og medfører at Høyesterett ikke analyserer hvorfor de ulike juridiske grunnlagene faller innenfor eller utenfor konkursunntaket rekkevidde. I stedet for å distansere seg fra *German Graphics* ville en analyse av rettsgrunnlaget i saken illustrere at kravet, uavhengig av sine grunnleggende ulikheter med norsk salgspant, rent faktisk kan påberopes uten noen form for tilknytning til insolvens, og derfor ikke betegnes som «*insolvensspesifikt*». I tillegg vil krav som bygger på eiendomsforbehold ha den vesentlig samme rolle under insolvensbehandling som krav som bygger på salgspant. Etter EU-domstolens metode vil derfor både krav om eiendomsforbehold og salgspant falle utenfor konkursunntaket, fordi krav som fremsettes på disse grunnlagene kan fremsettes uavhengig av og uten tilknytning til konkurs. Tilsvarende vil gjelde for ethvert krav som kan fremsettes utenfor insolvensbehandling, med mindre bestemmelsen krever reell insolvens før krav kan fremsettes. Etter Høyesteretts avgjørelse i *Bergen Bunkers dommen* kan imidlertid ikke det samme sies å være tilfelle etter gjeldende norsk rett.

5.1 Rettsfølgene når konkursunntaket kommer til anvendelse

På bakgrunn av EUs Insolvensforordning er rettsfølgene når konkursunntaket kommer til anvendelse, markant ulike dersom man sammenligner norsk rett med EU-retten. I EU fanger Insolvensforordningen opp de sakene hvor konkursunntaket kommer til anvendelse. Brussel I og Insolvensforordningen komplementerer hverandre fullt ut på dette punkt, noe som innebærer at jurisdiksjonsspørsmål alltid vil bli løst etter en konsekvent metode. Systemet for å løse jurisdiksjonsspørsmål som faller innenfor konkursunntaket rekkevidde, er derfor både enkelt og forutberegnelig.

Insolvensforordningen gjelder imidlertid ikke utenfor EU. Fordi Insolvensforordningen faller utenfor EØS-avtalens område, og det ikke er inngått noen særlig avtale eller tilpasning fra

¹⁸⁴ Se Cordero-Moss (2017) s. 2, hvor det legges til grunn at Høyesteretts tolkning av konkursunntaket synes å være videre enn det EU-praksis gir grunnlag for.

Norges side, er dette tilfelle også i Norge.¹⁸⁵ Løsningen av jurisdiksjonsspørsmål må derfor bero på nasjonale regler. I forlengelsen vil resultatet i stor grad avhenge av hvilke land den aktuelle saken blir anlagt for. Dette innebærer at både sakens parter og domstoler står ovenfor en langt mer usikker og mindre forutberegnelig situasjon utenfor EU enn innenfor EU.

I de to sakene som har vært oppe for Høyesterett har resultatet variert, selv om konkursunntaket kom til anvendelse i begge tilfeller. I *Hydro-Alumix kjennelsen* hadde ikke norske domstoler jurisdiksjon i medhold av tvml. § 25, fordi norsk intern lovgivning ikke kunne gi jurisdiksjon på tilsvarende grunnlag som Luganokonvensjonen, når Luganokonvensjonens bestemmelser ikke kom til anvendelse. Resonnementet bygget på at Luganokonvensjonen gjaldt som *lex specialis*, og at norsk intern lovgivning derfor ikke kunne gå foran konkursunntaket, som tilsa at konvensjonens bestemmelser ikke kom til anvendelse. Motsetningsvis konstaterte Høyesterett at norske domstoler hadde kompetanse til å behandle saken i *Bergen Bunkers dommen*. Dette bygget på at Norge var konkursstaten, og at konkursstaten som generell regel måtte ha jurisdiksjon til å behandle insolvensrettslige spørsmål i medhold av tvisteloven § 4-3 første ledd. Høyesteretts tilnærming i sistnevnte sak er i overensstemmelse med Insolvensforordningens hovedregel om konkursstatens jurisdiksjon, og vil skape forutberegnelighet for fremtidige avgjørelser. Det må likevel bemerkes at Høyesterett ikke henviste til Insolvensforordningens samsvarende regler, men skapte regelen gjennom utstrakt bruk av skjønn.¹⁸⁶

Selv om spørsmålet kan anses avklart etter norsk rett, må det tilføyes at situasjonen vil være høyst usikker og lite forutberegnelig dersom verken norske eller andre impliserte domstoler tar på seg jurisdiksjon til å behandle en sak. En slik situasjon kan oppstå fordi de ulike lands internasjonale prosessrett ikke harmonerer.

Kapittel 6: Avsluttende kommentarer og rettspolitisk vurdering

Det kan avslutningsvis konstateres at konkursunntakets rekkevidde etter gjeldende norsk rett etter min oppfatning ikke samsvarer med konkursunntakets rekkevidde i EU-retten.

Høyesteretts avgjørelser, særlig *Bergen Bunkers dommen*, illustrerer at Høyesterett i liten grad

¹⁸⁵ Se imidlertid HORING-2010-mha, hvor det redegjøres for forholdet mellom Insolvensforordningen og norsk internasjonal insolvensrett, og legges ned forslag om at Norge bør søke å innføre Insolvensforordningen. Utredningen førte til flere endringer i konkursloven mv. (ikke trådt i kraft per dagsdato), se Prop. 88 L (2015-2016), men justis- og beredskapsdepartementet har valgt å avvente forsøk på å få til en avtale med EU, se punkt 5.3 i proposisjonen for nærmere begrunnelse.

¹⁸⁶ Se Cordero-Moss (2018), s.1 og 2, som kritiserer Høyesterett for sitt rettskapende virke i dette spørsmål.

lar seg styre av EU-domstolens tolkningsmetode. Dette har medført at Høyesterett har tolket konkursunntakets rekkevidde mer ekspansivt enn det som er tilfelle innenfor EU-retten.

Dette innebærer først og fremst at konkursunntakets rekkevidde ikke er gjenstand for enhetlig tolkning i Norge og i EU. I forlengelsen medfører dette at Luganokonvensjonen gir norske domstoler mindre kompetanse til å behandle de ulike spørsmålene som oppstår i forbindelse med grenseoverskridende konkurs, enn det som er tilfelle i EU etter Brussel I. I første rekke fører dette til at målsetningen bak Luganokonvensjonen og Brussel I; å skape et enhetlig og forenklet system for blant annet internasjonale jurisdiksjonsspørsmål, ikke oppnås fullstendig. I tillegg kan det trekkes tvil om norske domstoler overholder sin plikt til å ta tilbørlig hensyn til EU-retten og EU-domstolens praksis.

En ytterligere konsekvens av at konkursunntaket tolkes inkonsekvent, er at borgernes rettssikkerhet svekkes. Når konkursunntaket ikke er gjenstand for enhetlig tolkning, vil de ulike lands jurisdiksjon variere tilsvarende. Rettstilstanden må derfor betegnes som lite forutberegnelig for parter som er involvert i kommersiell handel både i Norge og i EU. I tillegg kan Høyesteretts ekspansive tolkning av konkursunntaket føre til tilfeller av forumshopping dersom saksanlegg vil være mer gunstig henholdsvis i Norge eller i EU.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at EU-domstolen, etter modellen i *H mot H.K.*, vil utvide unntaket fra sin ellers konsekvente praksis angående konkursunntakets rekkevidde. Det må derfor holdes åpent at EU-domstolen kan, gjennom fremtidig praksis, komme til at spørsmål om panterettens gyldighet og rettsvern faller inn under konkursunntakets rekkevidde. At det holdes åpent for dette, har likevel ikke noe støtte i den foreliggende praksis. Etter gjeldende EU-rett er det ingen holdepunkter for at dette vil være tilfelle, all den tid krav som bygger på bestemmelser som spiller en liknende sentral og sedvanlig rolle under insolvensbehandlinger, ikke har falt inn under konkursunntaket.

Det kan stilles spørsmål om Høyesterett bør føye seg etter EU-domstolens praksis for å skape en enhetlig tolkning av konkursunntakets rekkevidde. Etter min mening må dette besvares bekræftende, både for å oppfylle harmoniseringsmålsetningen, som er selve formålet bak reguleringen, og for å sikre borgernes forutberegnelighet. Spørsmålet er imidlertid opp til Høyesterett å vurdere i fremtidig praksis. Slik rettstilstanden er i dag, må norske rettsanvendere være observant på skillet mellom konkursunntakets rekkevidde etter norsk rett og etter EU-retten.

Kildeliste

Lover

Twistemålsloven	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål [opphevet].
Panteloven	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant.
Konkursloven	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs.
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.
Luganoloven	Lov 8. januar 1993 nr. 90 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker [opphevet].
Twisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 94 (1991-1992)	Om lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (til Luganoloven [opphevet]).
Innst. O. nr. 26 (1992-1993)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (til Luganoloven [opphevet]).
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.

HORING-2010-mha

Utredning fra Mads Henry Andenæs, oppnevnt av Justisdepartementet februar 2009 for å utarbeide forslag til reform av norsk internasjonal insolvensrett.

Prop. 88 L (2015-2016)

Endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling).

Internasjonale konvensjoner og traktater

TEUF

Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte, vedtatt 25. mars 1957, revidert gjennom Lisboa-traktaten 13. desember 2007.

CMR

The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, vedtatt i Geneva 19. mai 1956, endret i Geneva 5. juli 1978.

Brusselkonvensjonen

Konvensjon om jurisdiksjon og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Brussel 27. september 1968.

Luganokonvensjonen av 1988

Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 16. september 1988.

TEU

Traktaten om Den europeiske union, vedtatt 7. februar 1992, revidert gjennom Lisboa-traktaten 13. desember 2007.

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, vedtatt 2. mai 1992.

Luganokonvensjonen av 2007

Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 30. oktober 2007.

EU-forordninger

Insolvensforordningen	Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings.
Brussel I	Council Regulation (EC) No 44/2001 of 12 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.
Forordning 1215/2012	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, <i>revidert</i>	Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast).

Offisielle EU-rapporter

Jenard-rapporten	Jenard, P., «Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (signed at Brussels 27 September 1968)», <i>Official Journal of the European Communities</i> No C 059/01 (05.03.79).
Schlosser-rapporten	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», <i>Official Journal of the European Communities</i> No C 059/71 (05.03.79).

Virgos/Schmit-rapporten

Virgos, Miguel og Schmit, Etienne, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings of 3 May 1993*, document 6500/96, DRS 8 (CFC) of the Council of the European Union.

Pocar-rapporten

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», *Official Journal of the European Union* No C 319/01 (23.12.2009).

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1996 s. 25

Hydro-Alumix kjennelsen

HR-2017-1297-A

Bergen Bunkers dommen

Underrettspraksis

LB-2013-15546

LB-2014-60063

Praksis fra EU-domstolen

Gourdain mot Nadler

Sak C-133/78, *Henri Gourdain mot Franz Nadler*, avsagt 22. februar 1979.

Seagon mot Deko

Sak C-339/07, *Christopher Seagon mot Deko Marty Belgium NV*, avsagt 12. februar 2009.

SCT Industri

Sak C-111/08, *SCT Industri AB i likvidation mot Alpenblume AB*, avsagt 2. juli 2009.

German Graphics

Sak C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH mot Alice van der Schee*, avsagt 10. september 2009.

F-Tex	Sak C-213/10, <i>F-Tex SIA mot Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma»</i> , avsagt 19. april 2012.
Schmid	Sak C-328/12, <i>Ralph Schmid mot Lilly Hertel</i> , avsagt 16. januar 2014.
N&G Spedition	Sak C-157/13, <i>Nickel & Goeldner Spedition GmbH mot «Kintra» UAB</i> , avsagt 4. september 2014.
H mot H.K.	Sak C-295/13, <i>H. mot H.K.</i> , avsagt 4. desember 2014.
Kornhaas mot Dithmar	Sak C-594/14, <i>Simona Kornhaas mot Thomas Dithmar als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd.</i> , avsagt 10. desember 2015.

Juridisk litteratur

Norsk juridisk litteratur

Andenæs 2009	Andenæs, Mads Henry, <i>Konkurs</i> , 3. utgave 2009, Calax AS Oslo.
Cordero-Moss 2013	Cordero-Moss Giuditta, <i>Internasjonal privatrett</i> , 1. utgave 2013, Universitetsforlaget Oslo.
Cordero-Moss 2016	Cordero-Moss Giuditta, «Revisjon av Luganokonvensjonen?», <i>Lov og Rett</i> nr.1 2016 s. 1-2.
Cordero-Moss 2017	Cordero-Moss, Giuditta, «Pant over landegrenser og domsmyndighet; lovvalg for pant i fordringer – Høyesterettsdom 28. juni 2017 (HR-2017-1297-A)», <i>Nytt i privatretten</i> nr. 3 2017.
Cordero-Moss 2018	Cordero-Moss, Giuditta, «Høyesteretts ulike tilnærminger til internasjonalt vernetting», <i>Lov og Rett</i> nr. 1, 2018, s. 1-2.

- Fredriksen 2011 Fredriksen, Halvard Haukeland, «EU/EØS-rett i norske domstoler», *Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU*, Europautredningen rapport # 3 (EURU-2011-3)
- Hov 2010 Hov, Jo, *Rettergang I og II*, 1. utgave 2010, Papinian Oslo.
- Hov 2017 Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 3. utgave 2017, Papinian Oslo.
- Rognlien 1993 Rognlien, Stein, *Luganokonvensjonen kommentarutgave, Internasjonal domsmyndighet i sivile saker*, 1. utgave 1993, Juridisk Forlag A.S Oslo.
- Ryssdal 2005 Ryssdal, Anders, «På pengejakt for Hydro», *Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, 2005 s. 341-345.
- Sejersted m.fl. 2011 Sejersted, Fredrik, m.fl., *EØS-Rett*, 3. utgave 2011, Universitetsforlaget Oslo.
- Skoghøy 2017 Skoghøy Jens Edvin A. *Tvisteløsning*, 3. utgave 2017 Universitetsforlaget Oslo.

Utenlandsk juridisk litteratur

- Pålsson 1992 Pålsson Lennart, *Luganokonventionen*, 1. utgave 1992, Norstedts Juridik, Stockholm.
- Nielsen 1997 Nielsen Peter Arnt, *International privat- og procesret*, 1. utgave 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag København.

Nettbaserte kilder

- EUs hjemmesider https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en
(april 2018)
- EFTAs hjemmesider <http://www.efta.int/about-efta/european-free-trade-association> (april 2018)