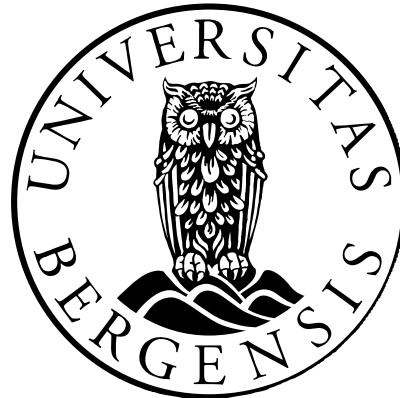


Norsk internasjonal insolvensrett.

*Utenlandske konkursbos mulighet til å råde
over eiendeler i Norge.*

Kandidatnummer: 191821

Antall ord: 12 251



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.12.2014

Innholdsfortegnelse

1 Innledning.....	4
1.1 Problemstilling og aktualitet.....	4
1.2 Den videre fremstillingen.....	5
1.3 Begrepsavklaringer og plassering av emnet	5
1.3.1 Insolvensrett og konkursrett.....	5
1.3.2 Internasjonal insolvensrett og norsk internasjonal insolvensrett.....	6
1.3.3 En grunnleggende konflikt i internasjonal insolvensrett.....	6
1.3.4 Den nordiske konkurskonvensjonen.....	7
1.3.5 European Union Regulation on Insolvency Proceedings («EUs konkursforordning»).....	8
1.3.6 The United Nations Commission on International Trade Law's model law on cross-boarder insolvency («modelloven»).....	8
1.4 Avgrensning.....	9
1.5 Rettskildebildet og metode.....	11
2 Anerkjenner norsk rett utenlandsk insolvensbehandling?.....	13
2.1 Innledning	13
2.2 Det tradisjonelle synet.....	14
2.3 Rt-2013-556.....	16
2.3.1 Sakens parter og relevante problemstillinger.....	16
2.3.2 Faktum.....	17
2.3.3 Høyesteretts votum.....	17
2.3.4 Oppsummering av begrunnelsen i Rt-2013-556.....	20
2.3.5 Kritikk til begrunnelsen i Rt-2013-556	21
2.3.6 Rekkevidden av Rt-2013-556.....	24
2.4 Gjeldende rett	25

3 Er det adgang i norsk rett til å åpne underkonkurs?.....	26
3.1 Innledning.....	26
3.2 Rettspraksis.....	27
3.2.1 Rt-1887-465 jf. Rt-1891-329.....	27
3.2.2 Rt-1925-517.....	27
3.2.3 Asker og Bærum tingrett sak 94-485 S.....	28
3.2.4 Romsdal tingrett sak 07-143650.....	29
3.2.5 Rt-2013-556.....	29
3.2.6 Oppsummering av rettspraksis.....	30
3.3 Forarbeider.....	31
3.4 Juridisk teori	31
3.5 Reelle hensyn.....	34
3.6 Harmonisering og konklusjon.....	35
4 Veien videre for lovgiver.....	37
5 Konklusjon.....	42

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

«De nåværende regler om norsk internasjonal insolvensrett har ikke holdt tritt med de senere års internasjonale rettutvikling.»¹ Jeg kunne ikke vært mer enig i Andenæs' påstand. Det er også bakgrunnen for at jeg skriver om norsk internasjonal insolvensrett, nærmere bestemt utenlandske konkursbos mulighet til å råde over eiendeler i Norge. Det gjelder ikke generelle litispensens eller rettskraftregler for internasjonal insolvensrett. Konkurs er uttrykkelig unntatt Luganokonvensjonens virkeområde.² Det er opp til den enkelte stat å ta stilling til om, og i hvilken grad, den anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. Ettersom stater ikke nødvendigvis anerkjenner hverandres insolvensbehandling, kan det oppstå problemer der debitor har eiendeler i flere jurisdiksjoner. En debitor kan stille sine eiendeler frivillig til disposisjon for et konkursbo i en annen stat, men det er det ingen garanti for at debitor gjør. Det utenlandske konkursboet er derfor avhengig av at det finnes regler i staten der eiendelene befinner seg i, som medfører at det utenlandske konkursboet har krav på råderett over eiendelene som debitor ikke gir fra seg frivillig. Anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling reguleres gjennom nasjonal lovgivning eller via traktater. For norsk retts vedkommende finnes hjemmel til å inngå traktater om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling i konkursloven³ § 161.

Den stadig økende internasjonaliseringen i samfunnet medfører at problemer der debitor har eiendeler i flere jurisdiksjoner oppstår hyppigere enn tidligere. I Norge er det per desember 2014 ingen lovregulering av norsk internasjonal insolvensrett. Den eneste traktaten Norge har inngått, er den nordiske konkurskonvensjonen.⁴ Den nordiske konkurskonvensjonen er en avtale mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige. Avtalen binder statene til gjensidig anerkjennelse av konkurs åpnet i en av de kontraherende statene, jf. artikkel 1. Kombinasjonen av høy grad av internasjonalisering og mangel på lovregulering av norsk

1 Utredning fra Mads Henry Andenæs oppnevnt av Justisdepartementet i februar 2009 for å utarbeide forslag til reform av norsk internasjonal insolvensrett s. 8 («Andenæs»).

2 Konvensjon av 16. september 1988 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile saker («Luganokonvensjonen») artikkel 1 nr 2 bokstav b.

3 Lov 8. juni 1984 nr 52 om gjeldsforhandling og konkurs.

4 Konvensjon av 7. november 1933 mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs.

internasjonal insolvensrett, fører til at det er behov for å avklare og eventuelt regulere rettstilstanden i Norge.

1.2 Den videre fremstillingen

Oppgaven består av 5 deler. Del 1 er en innledning med presentasjon av problemstillingen, begrepsavklaringer og plassering av emnet i en større sammenheng. I tillegg inneholder del 1 en avgrensning av oppgaven, samt en gjennomgang av metode og rettskildebildet.

I del 2 og 3 skal jeg ta for meg to måter et utenlandsk konkursbo kan få råderett over eiendeler i Norge, henholdsvis spørsmålet om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling på ulovfestet grunnlag og spørsmålet om det i norsk rett er adgang til å opprette underkonkurs. Basert på konklusjonene mine i del 2 og 3, skal jeg i del 4 skrive hva jeg eventuelt mener lovgiver bør gjøre med tanke på regulering av norsk internasjonal insolvensrett. I del 5 skal jeg svare på problemstillingen min i en konklusjon.

1.3 Begrepsavklaringer og plassering av emnet

Innledningsvis er det hensiktsmessig å avklare noen sentrale begreper og plassere problemstillingen i en større sammenheng. I det følgende vil jeg gi en kort forklaring på hva begrepet insolvensrett innebærer og forklare hva internasjonal insolvensrett og norsk internasjonal insolvensrett er. I tillegg skal jeg redegjøre for noen sentrale hensyn og konflikter i internasjonal insolvensrett, samt gi en kort introduksjon til de viktigste internasjonale samarbeidene av betydning for Norge.

1.3.1 Insolvensrett og konkursrett

Insolvensrett er betegnelsen for ulike former for insolvensbehandling av debtors formue og innebærer en felles gjeldsforfølgning. I Norge er konkurs den vanligste formen for insolvensbehandling.

Konkursretten er de prosessuelle og materielle regler som gjelder når en fysisk eller juridisk person går konkurs. I konkursretten reguleres blant annet kreditorenes beslagsrett i skyldnerens eiendeler og rettsforholdet mellom kreditorene. For at konkurs skal åpnes i norsk rett, må vilkårene for åpning av konkurs være oppfylt.⁵ Formålet med konkursretten er å ha

⁵ Se konkursloven § 60 jf. § 61.

regler som fører til at alle kreditorer får lik og best mulig dekning for sine krav. Det finnes ingen legaldefinisjon av konkursretten, men Brækhus forklarer konkursen som *«(...) en generaleksekusjon, en beslagleggelse av hele debtors formue til fordel for samtlige kreditorer. Debtors eiendeler blir registrert, hans regnskapsbøker blir gjennomgått, og hans disposisjoner i tiden før konkursen nøye gransket; sannsynligheten for at svikaktige eller illojale transaksjoner skal bli oppdaget, er derfor meget større enn ved enkeltforfølgning.»*⁶

I andre stater kan begrepene konkurs og konkursrett ha ulikt innhold og ha andre vilkår enn i Norge. I tillegg er gjeldsforhandlinger mer vanlig andre steder enn det er i Norge. Etersom insolvensrett og insolvensbehandling er internasjonalt anerkjente begreper, vil jeg i denne oppgaven benytte meg av de begrepene for å unngå forvirring.

1.3.2 Internasjonal insolvensrett og norsk internasjonal insolvensrett

Når det oppstår forhold knyttet til en insolvensbehandling i andre stater enn der insolvensbehandlingen er åpnet, har man med internasjonal insolvensrett å gjøre.⁷ Norsk internasjonal insolvensrett dreier seg om hvordan man i norsk rett skal løse problemer som oppstår når debitor driver virksomhet, har eiendeler eller har pådratt seg forpliktelser i andre stater i tillegg til i Norge. Situasjonen der debitor er under insolvensbehandling i utlandet og har eiendeler i Norge, dekkes av begrepet norsk internasjonal insolvensrett. Det gjør også situasjonen der debitor er under insolvensbehandling i Norge og har eiendeler i utlandet. Det er norsk rett som regulerer spørsmål om norsk internasjonal insolvensrett, på samme måte som det er spansk rett som regulerer spørsmål om spansk internasjonal insolvensrett.

1.3.3 En grunnleggende konflikt i internasjonal insolvensrett

For at en insolvensbehandling skal nå sitt hovedformål om lik og best mulig dekning til alle kreditorer, må den omfatte alle debtors eiendeler uansett hvilket land eiendelene befinner seg i.⁸ Dette er prinsippet om insolvensrettens universalitet. Den universelle reguleringsmodellen er at *«(...) insvolvensbehandling åpnes i den stat som skyldneren har sterkest tilknytning til, gjennomføres etter denne statens insolvensregler og omfatter hele skyldnerens formue hva enten den befinner seg innenfor eller utenfor denne statens territorium.»*⁹

6 Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 1*, 3. utgave, 2.opplag, Oslo 1993 s. 7 («Brækhus»).

7 Omtales også som grenseoverskridende insolvensbehandling.

8 Brækhus s. 89.

9 Andenæs s. 10.

Prinsippet om universalitet står i en grunnleggende konflikt med det folkerettslige prinsippet om at staters adgang til tvangsutøvelse er begrenset til å gjelde på statens eget territorium.¹⁰ Det er helt avgjørende at det er adgang til å utøve tvang for å oppnå en effektiv insolvensbehandling. Tvangsutøvelse er blant annet nødvendig for å beslaglegge eiendeler debitor ikke gir fra seg frivillig, eller for å beslaglegge eiendeler gitt til én kreditor som forfordelte kreditorer også har rett til en del av.

For å avhjelpe konflikten mellom territorialprinsippet og konkursens universalitet, kan stater inngå avtaler om samarbeid i grenseoverskridende insolvensbehandling. Den nordiske konkurskonvensjonen og EUs konkursforordning er eksempler på avtaler som er relevante i norsk rett.

1.3.4 Den nordiske konkurskonvensjonen

Den nordiske konkurskonvensjonen er en avtale mellom Norge, Sverige, Finland, Danmark og Island om gjensidig anerkjennelse av konkurs og akkordforhandling åpnet i en av de kontraherende statene. Konvensjonen oppstiller regler om lovvalg, anerkjennelse og fullbyrdelse av konkursbeslutninger i de nordiske landene.

Per desember 2014 er den nordiske konkurskonvensjonen den eneste avtalen Norge har inngått om internasjonal insolvensrett. Det finnes så langt ingen rettsavgjørelser der konvensjonen har blitt brukt, hvilket sannsynligvis skyldes at konvensjonen har fungert bra. Grunner til at det nordiske samarbeidet har vært vellykket, kan være at de nordiske rettssystemene er nokså like i tillegg til den kulturelle, geografiske og språklige nærheten mellom landene.

1.3.5 European Union Regulation on Insolvency Proceedings («EUs konkursforordning»)¹¹

EUs konkursforordning er direkte bindende for alle EU-land med unntak av Danmark.¹² Norge er ikke bundet av EUs konkursforordning fordi den ikke er en del av EØS-avtalen. Forordningen inneholder regler som avgjør hvilke land som har jurisdiksjon i en

¹⁰ Også kalt territorialprinsippet.

¹¹ Council Regulation (EC) No 1346/2000.

¹² Forordningens forale punkt 33.

grenseoverskridende insolvensbehandling mellom flere EU-land. Videre inneholder forordningen også regler om anerkjennelse av insolvensbehandlinger innad i EU-landene, samt regler om hvilke rettigheter konkursboets bostyrer har. Ifølge forordningens fortale er den nødvendig for å avvikle effektive og rasjonelle insolvensbehandlinger på tvers av landegrenser¹³ og for å forhindre forum shopping.^{14 15}

1.3.6 The United Nations Commission on International Trade Law's model law on cross-boarder insolvency («modelloven»)

Inngåelse av traktater som regulerer grenseoverskridende insolvensbehandling, er en effektiv måte å avhjelpe konflikten mellom konkursens universalitet og territorialprinsippet. Imidlertid er det en tidkrevende prosess, og det er verken forventet eller realistisk at alle stater inngår traktater med hverandre. For å tilrettelegge og oppfordre til koordinering og samarbeid i grenseoverskridende insolvensbehandlinger utenom traktatene, har FN-organet UNCITRAL¹⁶ utarbeidet en modellov om grenseoverskridende insolvensbehandling. UNCITRAL ble etablert av FNs generalforsamling i desember 1966. Formålet med opprettelsen er å fremme en moderne, rettferdig og harmonisert handelsrett i verden.¹⁷ I motsetning til EUs konkursforordning og den nordiske konkurskonvensjonen tar ikke modelloven sikte på å forplikte stater. Modelloven er en lovtekst som stater anbefales å bruke som mønster når de lager nasjonale regler om grenseoverskridende insolvensbehandling, og løsningene som anbefales i modelloven har ingen annen vekt enn sin egen overbevisningskraft. 19 land, inkludert viktige handelspartnere for Norge som Storbritannia, USA og Japan, har brukt modelloven som mønster for sin nasjonale lovgivning. Målsettingen med modelloven er å legge til rette for at verdens stater, uten geografisk begrensning, skal kunne implementere enkle, effektive og like regler.

1.4 Avgrensning

Utenlandske konkursbos mulighet til å råde over eiendeler i Norge er et stort tema. For at oppgaven ikke skal bli for omfattende og vag, er det nødvendig med noen avgrensninger.

13 Forordningens fortale punkt 2.

14 Forordningens fortale punkt 4.

15 Når flere domstoler har jurisdiksjon til å avgjøre en tvist, brukes begrepet «forum shopping» når en part

velger å anlegge sak for den domstolen som parten anser det som mest sannsynlig at dømmer i deres favør.

16 The United Nations Commission on International Trade Law.

17 <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html> (desember 2014).

For det første kommer jeg ikke til å ta opp forhold som gjelder insolvensbehandling i de nordiske landene. Dette er fordi den nordiske konkurskonvensjonen inneholder regler om lovvalg, anerkjennelse og fullbyrdelse av konkursbeslutninger i Norge, Sverige, Finland, Island og Danmark. Konkursbo i nordiske stater kan dermed få råderett over eiendeler i Norge der den nordiske konkurskonvensjonen gjør seg gjeldende.

Videre dreier oppgaven seg om *utenlandske konkursbos* mulighet til å råde over eiendeler i Norge. Det er derfor naturlig at oppgaven avgrenses slik at jeg ikke tar for meg vilkårene for å åpne en selvstendig norsk konkurs i tillegg til en utenlandsk konkurs, såkalt parallelle konkurser. For å danne et mer helhetlig bilde av et komplisert rettsområde, vil jeg i det følgende likevel skrive kort om virkningene av at det åpnes en parallell norsk konkurs.

Åpningen av en parallell norsk konkurs kan ikke medføre at det *utenlandske konkursboet* får råderett over eiendeler i Norge. Imidlertid vil *kreditorfelleskapet* i den norske konkursen, som er det samme kreditorfelleskapet som i den utenlandske konkursen, få råderett over eiendeler i Norge. Dersom vilkårene for å åpne konkurs i Norge er oppfylt, vil den norske insolvensbehandlingen følge norske regler, jf. *lex fori concursus*.¹⁸ Man har således med en alminnelig norsk konkurs å gjøre, uavhengig av om det også foreligger en konkurs i en annen stat. Norske konkurser er ment å ha universell virkning, hvilket illustreres blant annet av at beslagsretten i dekningsloven¹⁹ § 2-2 gjelder «(...) *ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden (...)*». Ordlyden tilsier at både eiendeler i Norge og i utlandet inngår i konkursboet. Den universelle virkningen i norske konkurser kan også illustreres av flere andre bestemmelser i konkursloven.²⁰ Imidlertid kan den universelle virkningen falle bort som følge av at det norske konkursboet ikke kan inndrive krav med tvang i utlandet jf. territorialprinsippet. Det er en viktig presisering at det i praksis ofte vil være slik at det norske konkursboet kun råder over eiendeler i Norge og ikke eiendeler som befinner seg i andre stater. Dette er fordi det norske konkursboets råderett over eiendeler som befinner seg i utlandet, avhenger av om den norske insolvensbehandlingen anerkjennes i utlandet. Man står da overfor den motsatte problemstillingen som den jeg tar for meg i oppgaven. Problemstillingen skal derfor ikke drøftes videre.

18 Prinsippet om *lex fori concursus* innebærer at det er den stats lov hvor insolvensbehandling er åpnet, som gjelder for hele prosessen og prosessens virkninger med mindre annet er bestemt.

19 Lov 8. juni 1984 om fordringshavernes dekningsrett («dekningsloven»).

20 Se konkursloven §§ 61, 80, 85 første ledd nr 1 og 101.

Videre avgrenses oppgaven til at jeg kun skal ta for meg prosessuelle spørsmål vedrørende utenlandske konkursbos mulighet til å råde over eiendeler i Norge. Det er flere grunner til at jeg foretar denne avgrensningen. For det første er det naturlig å avklare de prosessuelle spørsmålene før man tar stilling til de materielle. For det andre blir det for omfattende å ta stilling til materielle spørsmål i tillegg. Prinsippet om *lex fori concursus* medfører at det er den stats lov hvor insolvensbehandling er åpnet, som gjelder for hele insolvensbehandlingen. De materielle spørsmålene som oppstår dersom Norge eventuelt anerkjenner utenlandske insolvensbehandlinger, vil dermed være avhengig av hva som er gjeldende materielle regler i staten der insolvensbehandling ble åpnet. Således vil svaret på hvilke konkrete eiendeler det utenlandske konkursboet eventuelt skal få råderett over bero på hva som følger av insolvensretten i det landet insolvensbehandlingen er åpnet. Dette skal jeg naturlig nok ikke ta opp. Andenæs har foreslått at dette lovfestes i en ny § 175 i konkursloven, og at bestemmelsen skal lyde: *«En utenlandsk insolvensbehandling som anerkjennes i Norge har samme virkninger i Norge som etter lovgivningen i den stat der insolvensbehandlingen er åpnet, med mindre annet er bestemt.»*²¹ En tilsvarende bestemmelse finnes for EU-statene i EUs konkursforordning art. 17 nr 1, mens modelloven ikke sier noe om det.

I den videre fremstillingen forutsettes det at det er åpnet insolvensbehandling i utlandet, og at det ikke kan åpnes en selvstendig norsk konkurs. Det er også en naturlig forutsetning at debitor med eiendeler i Norge ikke stiller disse til disposisjon for det utenlandske konkursboet frivillig. At debitor stiller midler til disposisjon for konkursboet frivillig skjer nokså ofte, men det er ikke ved frivillighet at grenseoverskridende insolvensbehandling er problematiske.

1.5 Rettskildebildet og metode

Jeg har skrevet en rettsdogmatisk oppgave der jeg gjør bruk av alminnelig juridisk metode for å avklare hva som er gjeldende rett.²² Til tross for behovet for å regulere norsk internasjonal insolvensrett, finnes det som nevnt ingen lovbestemmelser om norsk internasjonal insolvensrett. Generelt fremkommer de prosessuelle reglene for insolvensbehandlinger i Norge i konkursloven, men loven inneholder altså ikke bestemmelser om utenlandske konkursbos mulighet til å råde over eiendeler i Norge. Rettstilstanden rundt spørsmålet har lenge vært uklar. Uklarheten er understreket i forarbeidene til konkursloven der det kommer

21 Andenæs s. 109.

22 Også kjent som de lege lata.

frem at «Hvor det er inngått overenskomst etter kkl. § 137, kan spørsmålet være regulert i overenskomstene (...). Hvor det ikke foreligger slik overenskomst, kan det være noe tvilsomt hvilke virkninger en utenlandsk konkurs har for så vidt gjelder skyldnerens eiendeler i Norge. Konkursen fører ikke uten videre til at eiendelene går inn i det utenlandske konkursbo.», jf s.243.²³ (Min understreking).

Som en følge av manglende lovregulering av norsk internasjonal insolvensrett er verken spørsmålet om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling eller spørsmålet om adgangen til å åpne underkonkurs lovregulert. Derfor blir rettspraksis, litteratur og reelle hensyn de viktigste rettskildene. Det finnes imidlertid lite rettspraksis om norsk internasjonal insolvensrett. Under spørsmålet om anerkjennelse av utenlandske insolvensbehandlinger vil en ny kjennelse i Rt-2013-556 stå sentralt. Dette er den eneste kjennelsen i Høyesterett som tar opp problemstillingen om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. Det finnes noen eldre Høyesterettsdommer og to nyere tingrettsdommer for spørsmålet om det er adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett. Med tanke på den høye graden av internasjonalisering i dagens samfunn kan det virke motstridende at det er så lite rettspraksis om norsk internasjonal insolvensrett. Huser forklarer mangelen av rettspraksis med at «Det kan tenkes at debitorer under gjeldsforhandling eller konkurs i utlandet sjelden har ubeheftede verdier i Norge, at det ikke er kjent at de har eiendeler her, at debitor frivillig stiller disse til disposisjon for kreditorene eller at de utenlandske myndigheter eller kreditorene av en eller annen grunn ikke følger disse sakene opp.»²⁴

Det er også skrevet relativt lite i juridisk teori om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling, og om muligheten til å åpne underkonkurs. De mest interessante, og omfattende, teoretiske fremstillingene er i mine øyne Andenæs' utredning om forslag til reform av norsk internasjonal insolvensrett fra 2010, og deler av boken Internasjonale konkurser med særlig fordypning i bankinsolvens fra 2014 av Hans Fredrik Marthinussen mfl.²⁵

23 Henvissningen til kkl § 137 er en henvisning til den gamle konkursloven av 1863. Det kommer frem i NOU 1972: 20 s 243 at § 161 i konkursloven av 1984 avløser reglene i den gamle konkursloven § 137 og den gamle akkordloven av 1899 § 46.

24 Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs bind 2*, Bergen 1988 s. 460 («Huser»).

25 Hans Fredrik Marthinussen mfl., *Internasjonale konkurser med særlig fordypning i bankinsolvens*, Latvia 2014 («Marthinussen mfl.»)

2 Anerkjenner norsk rett utenlandsk insolvensbehandling?

2.1 Innledning

En måte et utenlandsk konkursbo kan få råderett over eiendeler i Norge, er dersom norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. I spørsmålet om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling er det flere prosessuelle spørsmål av interesse. Mikael Mellqvist har i sitt forslag til reform av svensk internasjonal insolvensrett²⁶ systematisert viktige, aktuelle spørsmål vedrørende anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling i Sverige.²⁷ Høyesterett har anvendt Mellqvists systematisering, og den er således også relevant i norsk rett.²⁸

Det første spørsmålet er om et utenlandsk konkursbo *«(...) har partsevne slik at det kan opptre i søksmål for norske domstoler, med andre ord i hvilken utstrekning boet skal respekteres som eget rettssubjekt i Norge.»*²⁹ Det neste spørsmålet *«(...) er i hvilken utstrekning åpning av insolvensbehandling i utlandet har konsekvenser for debtors råderett over aktiva i Norge, eller hvilken beslagsvirkning åpning av insolvensbehandling skal få her.»*³⁰ Dette er i praksis et spørsmål om norsk rett erkjenner at utenlandske konkursbo skal ha rett til å beslaglegge eiendeler i Norge. Det siste spørsmålet *«(...) er om den utenlandske beslutningen om insolvensbehandling hindrer at det innledes enkeltforfølgning eller kollektiv forfølgning mot debtors aktiva i Norge, såkalt hindringsvirkning.»*³¹ For at et utenlandsk konkursbo skal ha mulighet til å råde over eiendeler i Norge, må alle de tre spørsmålene besvares bekreftende.

26 Mikael Mellqvist laget et forslag til reform av svensk internasjonal insolvensrett i utredningen «Internasjonell insolvens - en diskussionspromemoria» fra oktober 2006 i Ds 2007:6 («Mellqvist»).

27 Mellqvist s. 70.

28 Høyesterett anvendte den samme systematikken i Rt-2013-556 jf. punkt 41.

29 Rt-2013-556 punkt 42.

30 Rt-2013-556 punkt 43.

31 Rt-2013-556 punkt 44.

Det første spørsmålet, om et utenlandsk konkursbo har partsevne, er ikke problematisk. Det skal jeg derfor ikke bruke tid på. I norsk rett er det klart at utenlandske konkursbo har partsevne for norske domstoler.³² Det andre og det tredje spørsmålet beror på om, og i hvor høy grad, norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. For at et utenlandsk konkursbo skal få råderett over eiendeler i Norge, er det utenlandske konkursboet både avhengig av at norsk rett erkjenner at de kan beslaglegge eiendeler i Norge, og at adgangen til kollektiv forfølgelse og enkeltforfølgelse av debtors eiendeler i Norge avskjæres. I Rt-2013-556 var det spørsmål om hindringsvirkning som stod sentralt. Under punkt 2.3 skal jeg foreta en analyse av kjennelsen.

2.2 Det tradisjonelle synet

Som nevnt innledningsvis, finnes det ingen lovregler som tar stilling til om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. I konkursloven § 161 er det imidlertid hjemmel for at Norge kan inngå avtale med andre stater om at insolvensbehandling i den ene staten også skal gis virkning i den andre. Det har lenge vært, og er fortsatt, uenighet i teorien om hvordan konkursloven § 161 skal tolkes. Uenigheten går ut på om det kan trekkes antitetiske slutninger³³ fra bestemmelsen. En antitese av konkursloven § 161 vil medføre at insolvensbehandling som åpnes i en stat som Norge ikke har avtale med, ikke får direkte virkning i Norge. Brækhus har tatt til orde for en slik tolkning.³⁴ Huser mener imidlertid at konkursloven §161 ikke kan tolkes antitetisk, men at territorialprinsippet og praktiske hensyn må medføre at *«Utgangspunktet må ganske sikkert være at åpning av gjeldsforhandling eller konkurs i utlandet ikke uten videre straks får direkte rettsvirkninger for debtors eiendeler i Norge.»*³⁵ Wiker og Ro uttrykker at konkursloven § 161 er en *«fullmaktsbestemmelse som gir hjemmel til å inngå avtaler med andre land om at gjeldsforhandling, akkord og konkurs i ett land skal gis virkning også i andre land.»*³⁶ Dersom bestemmelsen kun er en fullmaktsbestemmelse, vil det ikke være rom for å trekke de antitetiske slutninger Brækhus gjør.

32 Lov 1 januar 2008 om mekling og rettergang i sivile tvister («tvisteloven») § 2-1 første ledd bokstav e.

33 En antitetisk slutning er en motsetningslutning. Tilfeller som faller utenfor ordlyden løses motsatt av det lovteksten gir anvisning på.

34 Brækhus s. 93.

35 Huser s. 460.

36 Håvard Viker og Knut Ro, *Konkursloven Kommentartutgave*, Oslo 2003 s. 593 («Viker og Ro»).

I forarbeidene til konkursloven § 161 står det som nevnt i punkt 1.5, at dersom det ikke foreligger en avtale om gjensidig anerkjennelse av insolvensbehandling med en fremmed stat «(...) kan det være noe tvilsomt hvilke virkninger en utenlandsk konkurs har for så vidt gjelder skyldnerens eiendeler i Norge. Konkursen fører ikke uten videre til at eiendelene går inn i det utenlandske konkursbo.»³⁷ Uttalelsene i forarbeidene bidrar ikke til å avklare spørsmålet om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling, men uttrykker kun at det er usikkert.

Andenæs oppsummerer i sin utredning det han mener er det tradisjonelle synet på norsk retts anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling, med å skrive at «*Utgangspunktet i norsk rett er etter vanlig oppfatning at insolvensbehandling åpnet i utlandet ikke uten videre får virkning for skyldneren eiendeler i Norge.*»³⁸

Til tross for uenigheten om hvorvidt det kan trekkes antitetiske slutninger fra konkursloven § 161, mener teoretikerne at insolvensbehandling i utlandet ikke får automatiske rettsvirkninger i Norge. De tar dermed til orde for at norsk rett i utgangspunktet ikke anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling på ulovfestet grunnlag.

Utgangspunktet ble forkludret av Rt-1996-556. I saken anla en norsk selger søksmål for Oslo tingrett. Den norske selgeren saksøkte en italiensk kjøper og krevde betaling for en leveranse som var blitt foretatt mellom dem. Spørsmålet i saken var om den norske domstolen hadde kompetanse til å pådømme betalingskravet. Kjøperen var i Italia pålagt å stanse sine betalinger i forbindelse med tvangsavvikling av et insolvent statlig konsern. Den italienske kjøperen henviste til betalingsstansen da han påstod at Oslo tingrett måtte avvise søksmålet. Kjøperen fikk medhold med 3 mot 2 stemmer, og søksmålet ble avvist.

Avvisningen av søksmålet kan på den ene siden tolkes som en anerkjennelse av den italienske insolvensbehandlingen fordi det er det den i realiteten innebærer. På den andre siden er resultatet i saken ikke basert på en drøftelse av om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling, men at saken ikke har verneting i Norge.³⁹ Prejudikatverdien av anerkjennelsesspørsmålet er derfor begrenset. Andenæs kritiserer dommen og mener det var feil av retten å avvise søksmålet i Norge med henvisning til at konkursrettslige spørsmål faller utenfor Luganokonvensjonen og derfor skal behandles i konkursstaten.⁴⁰ Han påpeker at det i

³⁷ NOU 1972: 20 s. 243.

³⁸ Andenæs s. 16.

³⁹ Andenæs s. 17.

⁴⁰ Andenæs s. 17.

saken er snakk om en alminnelig kreditor som anlegger søksmål i Norge, og at vernetingsregler i norsk rett. Dersom de norske vernetingsreglene medfører at søksmålet hører under norsk domstol, ville spørsmålet for norske domstoler ha blitt om norsk rett anerkjenner den italienske insolvensbehandlingen. På grunn av at kjennelsen er avgjort med begrunnelse i slutninger fra Luganokonvensjonen som ikke er logiske, mener jeg den ikke har betydning for spørsmålet om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. At kjennelsen ikke har betydning for anerkjennesspørsmålet, understrekes i mine øyne av at den ikke ble tatt opp av Høyesterett i Rt-2013-556.

2.3 Rt-2013-556

Den første og hittil eneste kjennelsen fra Høyesterett der spørsmål om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling har blitt satt på spissen, ble avsagt den 22. april 2013 i Rt-2013-556. Kjennelsen førte til at gjeldende rett er at norsk rett ikke anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. I det følgende skal jeg foreta en analyse av Rt-2013-556. Først kommer jeg til å redegjøre for sakens parter og trekke frem de problemstillingene som er relevante for oppgaven min. Videre vil jeg gjengi sakens faktum og gjennomgå Høyesteretts votum. Til sist skal jeg kritisere kjennelsen og kommentere dens rekkevidde.

2.3.1 Sakens parter og relevante problemstillinger

Tvisten stod mellom Arrow Seismic Invest II («Arrow») og Factorias Vulcano S.A. («Vulcano»). Arrow var et britisk selskap og datterselskap av Arrow Seismic ASA, som var en del av det norske konsernet Petroleum Geo-Services ASA («PGS»). Vulcano var et spansk verft. Vulcano inngikk avtaler med flere av PGS' datterselskaper om skipsbygging. Sakens hovedproblemstilling var om et gyldig etablert utleggspant kunne omstøtes etter dekningsloven §§ 5-8 eller 5-9 med grunnlag i en utenlandsk insolvensbehandling. For å besvare spørsmålet om det er grunnlag for omstøtelse, måtte Høyesterett ta stilling til om den spanske insolvensbehandlingen skulle anerkjennes og gis hindringsvirkning i Norge. Det er denne vurderingen som er relevant for min oppgave.

2.3.2 Faktum

Den 8. januar 2010 fikk Arrow norsk voldgiftsdom på at Vulcano pliktet å betale dem 39 658 000 euro, pluss renter og saksomkostninger. Beløpet var et oppgjør etter kansellering av kontrakter om å bygge skip. Senere fikk Arrow vite at Vulcano hadde solgt skip til en kjøper i Bergen. Salgskontraktene medførte at Arrow hadde eiendeler i Norge i form av fordringer. Arrow begjærte dermed utlegg i Vulcanos fordringer, og namsmannen i Bergen besluttet at det skulle tas utlegg. Deretter begjærte Vulcano selv åpning av insolvensbehandling i Spania, som spanske domstoler innvilget. Vulcanos administrasjonsbo fremsatte begjæring for Bergen tingrett om at den spanske insolvensåpningen ble anerkjent, og at namsmannens beslutninger om utlegg ikke fikk virkning.

I kjennelse avsagt 15. februar 2012,⁴¹ kom Bergen tingrett til at det var tungtveiende reelle hensyn som talte for at utenlandsk insolvensbehandling skulle anerkjennes i norsk rett, og at disse reelle hensyn ble avgjørende fremfor det noe usikre standpunktet som kom frem i juridisk teori. Tingretten viste til Andenæs' utredning og fremhevet insolvensbehandlingens formål som det viktigste hensyn for avgjørelsen. Tingretten mente imidlertid at selv om utenlandsk insolvensbehandling skulle anerkjennes i norsk rett, kunne ikke virkningen av den bli at en etterfølgende spansk insolvensbehandling førte til at namsmannens utlegg skulle oppheves. Retten stadfestet dermed namsmannens beslutninger og kom til at utleggene bestod selv om den spanske insolvensbehandlingen ble anerkjent i Norge.

Vulcano anket tingrettens kjennelse til lagmannsretten som forkastet anken.⁴² Vulcano anket deretter videre til Høyesterett over lovanvendelsen og saksbehandlingen. Ankeutvalget besluttet at anken over lovtolkningen skulle fremmes.

2.3.3 Høyesteretts votum

Høyesterett kom enstemmig til at anken måtte forkastes. Innledningsvis påpekte Høyesterett at saken måtte løses på bakgrunn av norsk internasjonal insolvensrett, og at det ikke finnes skrevne rettskilder.

Vulcano anførte at når en domstol åpner insolvensbehandling, er det en statusendrende statsakt, som etablerer et nytt rettsfaktum som må legges til grunn. Til dette svarte Høyesterett

⁴¹ Bergen tingrett TBERG-2011-154472.

⁴² Gulating lagmannsrett LG-2012-71076.

at de «(...) kan ikke se at synspunktet om «konstitutivt rettsfaktum» besvarer spørsmålet om insolvensbehandlingen i annen stat har hindringsvirkning her.»⁴³

Videre forklarte Høyesterett den grunnleggende konflikten mellom konkursens universalitet og territorialprinsippet. Høyesterett påpekte at man i praksis har forsøkt å komme frem til kompromisser mellom prinsippene, men at erfaring viser at «(...) statene er skeptiske til å sende aktiva ut av landet uten sikkerhet for at de lokale kreditorer får sitt.»⁴⁴ I den forbindelse skrev også Høyesterett at «Et viktig hensyn mot å anerkjenne utenlandske insolvensboer er i så måte den sentrale rollen skattemyndighetene og skattekravene spiller i mange boer.»⁴⁵

Høyesterett skrev deretter at både inngåelse av den nordiske konkurskonvensjonen og Luganokonvensjonen krevde lovendring.⁴⁶ I innstillingen som lå til grunn for Odelstingsproposisjonen til den nordiske konkurskonvensjonen kommer det frem på side 1 at: «Den enkelte stats doms- og eksekusjonsmyndighet er begrenset til dens eget territorium. Stillingen er derfor nu den at uten særlig hjemmel i lov eller internasjonal overenskomst, har en konkurs som er åpnet i en stat, bare virkning for den formue som skyldneren har innenfor denne stats område. Formue som finnes i andre stater, kan ikke kreves inndratt i konkursboet. Skyldneren kan ikke hindres i å råde over den. Hans kreditorer kan gjennom separatforfølgning søke dekning i den. (...) Her i landet er det således antatt i teori og rettspraksis at en utenlandsk konkurs ikke hindrer særforfølgning fra skyldnerens kreditorer i den formue han måtte ha her (...).» Høyesterett påpekte at Luganokonvensjonen gjelder anerkjennelse av utenlandske rettsavgjørelser, men at konkurs er uttrykkelig unntatt konvensjonens virkeområde.⁴⁷

Høyesterett skrev videre at både eldre og nyere teori har lagt til grunn at utenlandsk insolvensbehandling ikke uten videre får direkte virkning for debtors eiendeler i Norge, og viser til Hagerup, Brækhus, Huser og Andenæs.⁴⁸

43 Rt-2013-556 punkt 46.

44 Rt-2013-556 punkt 49.

45 Rt-2013-556 punkt 49.

46 Rt-2013-556 punkt 56.

47 Rt-2013-556 punkt 56.

48 Brækhus s. 93, Huser s. 460, Andenæs s. 16 og Francis Hagerup, *Konkurs og Akkordforhandling*, 4. utgave, Oslo 1932 s. 386 («Hagerup»).

Høyesterett kom etter en gjennomgang til at «(...) de tradisjonelle rettskildene (ikke) gir holdepunkter for å akseptere at insolvensbehandling i utlandet har hindringsvirkning for debtors eiendeler i Norge.»⁴⁹

Vulcano gjorde gjeldende at norsk rett kan akseptere at utenlandsk insolvensbehandling har hindringsvirkning på grunnlag av reelle hensyn. Voterende dommer påpekte i den forbindelse at «Den løsning som eventuelt etableres må etter mitt syn i så fall være generell. På et område som dette står forutberegnelighet sentralt. Det vil derfor være uheldig om løsningen må baseres på vurderingsbestemte løsninger, der det vil kunne være betydelige usikkerhet rundt resultatet.»⁵⁰ Høyesterett uttrykte videre at det er vanskelig å ta stilling til hvilke former for insolvensbehandling som eventuelt skal gi hindringsvirkning på bakgrunn av én sak. Det samme gjelder om det er snakk om å ilegge hindringsvirkning for åpning av insolvensbehandling i noen stater, eller i alle stater.

Høyesterett støttet Vulcano i at det er en internasjonal trend som går i retning av å akseptere utenlandsk insolvensbehandling, men mente at «(...) dette gjøres primært gjennom gjensidig bebyrdende overenskomster eller forordninger.»⁵¹ EUs konkursforordning ble brukt som eksempel da den kun har virkning mellom EU-land.

I tillegg påpekte Høyesterett at de fleste av Norges viktigste handelspartnere ikke har vedtatt lovgivning etter mønster fra UNCITRALs modellov, samt at mange land med lignende rettsordninger som i Norge har valgt å ikke uten videre akseptere hindringsvirkning.

Til slutt viste Høyesterett til kjennelsen inntatt i Rt-2004-1018. I kjennelsen som «(...) gjaldt norske domstolers internasjonale kompetanse ved omstøtelse i konkurs, kom Høyesterett til at konkursloven § 145 annet ledd ikke er en bestemmelse om internasjonal domsmyndighet. I avsnitt 47 uttales at:

«Spørsmålet om internasjonal kompetanse for norske domstoler forutsetter en avveining av kryssende interesser som naturlig ligger til lovgiver. I en slik avveining vil inngå om Norge bør etablere ensidig kompetanseutvidelse eller bygge på internasjonalt samarbeid. Som det vil ha fremgått, legger jeg til grunn at en slik vurdering ikke er foretatt ved lovendringen i

49 Rt-2013-556 punkt 60.

50 Rt-2013-556 punkt 60.

51 Rt-2013-556 punkt 62.

1999. På dette området er det etter min mening beskjedden foranledning for domstolene til å gå foran i rettsutviklingen.»

Etter mitt syn har problemstillingen i denne kjennelsen flere likhetstrekk med vår sak, og de samme hensyn gjør seg langt på vei gjeldende her.»⁵²

Til dette tilføyde Høyesterett at både Andenæs og Mellqvist i sine forslag til reform til det norske og svenske justisdepartementet, mente at det er nødvendig å ta inn forslag til omfattende lovregulering.⁵³

Til sist konkluderte Høyesterett enstemmig at: *«Lagmannsretten har kommet til at spansk insolvensbehandling ikke har hindringsvirkning i norsk rett, og at utlegg tatt i debitors norske aktiva dermed ikke kan omstøtes. Dette gir slik jeg ser det uttrykk for en riktig generell rettslig forståelse. Vulcano har gjort gjeldende at dekningsloven §§ 5-8 og 5-9 etter sin ordlyd må forstås slik at de også gjelder utenlandske boer, og at bestemmelsen ikke kan tolkes innskrenkende. Etter mitt syn er dette en forfeilet problemstilling. Dersom den utenlandske insolvensbehandlingen ikke hindrer enkeltforfølgelse mot debitors aktiva i Norge, kan den heller ikke gi grunnlag for å omstøte utlegg som kreditor har fått før åpning av den utenlandske insolvensbehandlingen.»⁵⁴*

2.3.4 Oppsummering av begrunnelsen i Rt-2013-556

Resultatet i Rt-2013-556 var at et gyldig etablert utleggspant ikke kunne omstøtes etter dekningsloven §§ 5-8 eller 5-9 med grunnlag i en utenlandsk insolvensbehandling. Den spanske insolvensbehandlingen ble ikke anerkjent i Norge. I avgjørelsen la Høyesterett vesentlig vekt på juridisk teori. De vektla også det at Luganokonvensjonen uttrykkelig unntar konkurs fra sitt virkeområde. I tillegg ble det vektlagt at i land som anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling, skjer anerkjennelsen på grunnlag av gjensidige overenskomster eller direktiver (slik som EUs konkursforordning). Videre mente Høyesterett at det på insolvensrettens område er beskjedden foranledning for domstolene til å gå foran i rettsutviklingen.

⁵² Rt-2013-556 punkt 64 og 65.

⁵³ Rt-2013-556 punkt 65.

⁵⁴ Rt-2013-556 punkt 66.

2.3.5 Kritikk til begrunnelsen i Rt-2013-556

Til tross for at jeg ikke er uenig i resultatet i kjennelsen, er jeg kritisk til Høyesteretts begrunnelse i saken.

For det første er jeg kritisk til at Høyesterett la vesentlig vekt på uttalelser i teorien som ikke er godt nok begrunnet. Brækhus tolker konkursloven § 161 antitetisk uten å ha støtte for det, Huser uttrykker at utgangspunktet «*ganske sikkert*» må være at åpning av insolvensbehandling i utlandet ikke får direkte virkninger i norsk rett, og han baserer løsningen på «*territorialprinsippet*» og «*praktiske hensyn*» uten å utdype.⁵⁵ Om vekten av juridisk teori som primært rettsgrunnlag skriver Nils Nygaard at «*Rettsoppfatning i litteraturen vil normalt ikke bli tillagt selvstendig vekt som primær rettsheimel, men det kan vera eit vesentleg bidrag til grunnlaget for regelen.*»⁵⁶ Lars Olav Viset henviser til Nygaard og poengterer i den forbindelse at «*Hvorvidt man bør følge standpunkter i juridisk teori, må da bero på argumentasjonsverdien, herunder hvorvidt standpunktene er velbegrunnede og fremkommer etter en fornuftig avveining av relevante reelle hensyn.*»⁵⁷ At det ikke er et klart og velbegrunnet standpunkt i teorien, understrekes i mine øyne av at Andenæs i sin utredning til Justisdepartementet skriver eksplisitt at det er vanskelig å si noe sikkert om hva Høyesterett vil gjøre dersom de prinsipielt må ta stilling til om insolvensbehandling åpnet i utlandet, skal få virkning for skyldnerens eiendeler i Norge.⁵⁸ Dette skrev Andenæs før kjennelsen i Rt-2013-556. Mangelen på en inngående drøftelse av reelle hensyn i litteraturen medfører at «*(...) Høyesterett selv hadde foranledning til å foreta en mer eksplisitt fremheving og avveining av reelle hensyn når problemstillingen først ble tatt opp til avklaring.*»⁵⁹ Det kanskje viktigste hensynet som taler for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling, er formålet om lik og best mulig dekning til kreditorer. Når Høyesterett ikke konkret tar stilling til dette formålet, er det vanskelig å bli helt overbevist av argumentasjonen.

Videre er jeg kritisk til at Høyesterett vektla at i andre land som anerkjenner utenlandske insolvensbehandlinger, skjer anerkjennelsen primært på grunnlag av gjensidige overenskomster eller direktiver (slik som EUs konkursforordning). Grunnen til at jeg er

55 Huser s. 460.

56 Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave Bergen 2004 s. 105 («Nygaard»).

57 Marthinussen mfl. s. 92-93.

58 Andenæs s. 16.

59 Marthinussen mfl. s. 93.

kritisk til dette, er fordi jeg mener at begrunnelsen for å ikke anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling bør være basert på rettskildemessige argumenter. Jeg mener at det er et svakt argument å påpeke at andre land stort sett anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling via direktiver og gjensidige avtaler. For at målet om harmonisering av regler om grenseoverskridende insolvensbehandlinger skal nås, kan ikke statene være passive å unngå ensidig anerkjennelse av utenlandske insolvensbehandlinger fordi andre stater ikke ensidig anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. Det blir en ond sirkel, og for å harmonisere rettsutviklingen må statene også ta selvstendig ansvar for å endre sine nasjonale regler. Jeg er altså enig med Andenæs i at det er et poeng at «(...) hvis Norge ensidig anerkjenner insolvensbehandling åpnet i utlandet, vil det være lettere å få insolvensbehandling åpnet i Norge anerkjent i utlandet.»⁶⁰ Særlig når Høyesterett selv poengterer at den internasjonale trenden går i retning av å akseptere insolvensbehandling i andre stater,⁶¹ er jeg skeptisk til Høyesteretts argumentasjon på dette punkt. Det er også et poeng i denne sammenhengen at blant annet USA og Storbritannia har implementert modelloven uten å foreta en tosidighetsreservasjon. Det vil si at USA og Storbritannia på visse vilkår åpner for å anerkjenne insolvensbehandling i stater som ikke har implementert modelloven. Dette gjelder selv om USA og Storbritannia ikke får garanti for at den utenlandske staten vil anerkjenne amerikansk og britisk insolvensbehandling.

I tillegg er jeg kritisk til Høyesteretts håndtering av Vulcanos anførsel om at når en domstol åpner insolvensbehandling, er det en statusendrende statsakt som etablerer et nytt rettsfaktum som medfører at debtors aktiva går inn i boet. Til dette uttaler Høyesterett at etablering av et nytt rettsfaktum ikke besvarer spørsmålet om insolvensbehandlingen i annen stat har hindringsvirkning i Norge, uten å gi noen nærmere forklaring. Jeg synes det er vanskelig å forstå hvorfor Høyesterett mener etablering av et nytt rettsfaktum ikke besvarer spørsmålet i saken. Et rettsfaktum er et faktisk forhold som direkte og umiddelbart har rettslige følger. Et eksempel er at ekteskap inngått i utlandet, vil bli anerkjent i Norge dersom ekteskapet er formelt gyldig etter stiftelseslandets rett.⁶² Andenæs har tatt til orde for et liknende standpunkt hva gjelder anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling når han skriver at: «Norge anerkjenner mange utenlandske rettsdannelser som skapes ved den utenlandske stats myndighetshandlinger, for eksempel utenlandske selskaper og andre upersonlige

60 Andenæs s. 85.

61 Rt-2013-556 punkt 62.

62 Ot.prp. nr. 100 (2005-2006) s. 11.

*rettssubjekter med karakter av juridiske personer. En insolvensbehandling er en privatrettslig rettsdannelse med privatrettslige formål, og hører naturlig hjemme i samme kategori.»*⁶³ I dansk rett har teoretikerne også tatt til orde for at utenlandsk insolvensbehandling har virkning som et konstitutivt rettsfaktum.⁶⁴ Jeg mener Høyesterett burde forklart hvorfor etablering av et nytt rettsfaktum ikke besvarer spørsmålet om insolvensbehandlingen i Spania har hindringsvirkning i Norge, fremfor å avfeie anførselen som irrelevant.

Til tross for at jeg er kritisk til Høyesteretts begrunnelse i Rt-2013-556, er jeg som nevnt ikke uenig i resultatet. I likhet med Høyesterett mener jeg at forutberegnelighet står sentralt, og at det er *«(...) uheldig om løsningen må baseres på vurderingsbestemte løsninger, der det vil kunne være betydelig usikkerhet om resultatet.»*⁶⁵ Viset påpeker flere ulemper ved å anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling på ulovfestet grunnlag, som jeg er enig i: *«Må den utenlandske konkursen være opprettet på grunnlag av et bestemt jurisdiksjonskriterium, for eksempel «hovedforretningssted» som i norsk rett? I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om hvordan vi skal forholde oss til såkalte «positive jurisdiksjonskonflikter», det vil si hvor flere stater søker anerkjennelse i Norge. I tillegg kan det oppstå spørsmål om lovvalg. Slike spørsmål fordrer at det foretas koherente og grunnleggende avveininger, som det i norsk rett ikke er tradisjon for å overlate til ulovfestet rett.»*⁶⁶

I mine øyne er hensynet til forutberegnelighet det viktigste argumentet mot anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling på ulovfestet grunnlag. På bakgrunn av hensynet til forutberegnelighet og de konkrete ulempene Viset påpeker, mener jeg spørsmålet om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling ikke er egnet til å løses i ulovfestet rett. Jeg vil også poengtere at jeg oppfatter premissene i dommen slik at Høyesterett egentlig ikke er negative til at utenlandsk insolvensbehandling anerkjennes, men at de mener at det er en oppgave for lovgiver å ta stilling til spørsmålet.

63 Andenæs s. 85.

64 Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, *Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten*, København 2002 s. 401.

65 Rt-2013-556 punkt 60.

66 Marthinussen mfl. s. 94.

2.3.6 Rekkevidden av Rt-2013-556

Kjennelsen i Rt-2013-556 er helt avgjørende for spørsmålet om utenlandsk insolvensbehandling anerkjennes i norsk rett. Derfor er det også interessant å vurdere rekkevidden av kjennelsen.

Til tross for at Høyesterett oppstiller spørsmål om «(...) insolvensbehandling åpnet i Spania er til hinder for at debtors aktiva i Norge kan være gjenstand for enkeltforfølgning her»,⁶⁷ vurderes det generelt om utenlandsk insolvensbehandling anerkjennes og gis hindringsvirkning i Norge. Dette kommer blant annet frem i uttalelsene «(...) hvilken virkning insolvensbehandling i utlandet skal ha for debitor eiendeler i Norge» og «(...) spørsmålet om insolvensbehandlingen i annen stat har hindringsvirkning her» i punkt 46. Dommens rekkevidde er dermed ikke begrenset til å kun gjelde spansk insolvensbehandling.

I den aktuelle saken ble namsmannens beslutning om å ta utlegg i Vulcanos fordringer fattet før Vulcano ble tatt under insolvensbehandling. Det er således en etterfølgende insolvensbehandling som vurderes om skal anerkjennes. I dommen fra Bergen tingrett kommer tingretten til at utenlandsk insolvensbehandling anerkjennes i Norge, men at virkningen ikke kan bli at en etterfølgende insolvensbehandling medfører at utleggene oppheves. Høyesterett foretar imidlertid ikke et slikt eksplisitt skille mellom anerkjennelse og virkningen av anerkjennelse. Høyesterett vurderer samlet om utenlandsk insolvensbehandling anerkjennes og gis hindringsvirkning i Norge. Om utlegg er tatt før eller etter den utenlandske insolvensbehandlingen ble åpnet, er dermed ikke relevant i Høyesteretts vurdering. Dommens rekkevidde er således ikke begrenset til å gjelde spørsmål om anerkjennelse av etterfølgende utenlandsk insolvensbehandling, men gjelder generelt for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling.

Videre kommer det frem i dommens punkt 59 at det er «omtvistet» om det er adgang til å opprette underkonkurs i norsk rett. I tillegg uttrykte Høyesterett eksplisitt at siden det ikke er en aktuell problemstilling i saken, tar de ikke stilling til om det er adgang til å åpne underkonkurs. Spørsmålet om det i norsk rett er adgang til å åpne underkonkurs blir behandlet i del 3 i oppgaven.

⁶⁷ Rt-2013-556 punkt 44.

2.4 Gjeldende rett

I Rt-2013-556 tok Høyesterett stilling til om en spansk insolvensbehandling skulle ha hindringsvirkning i Norge og kom til at den ikke har det. Høyesterett konkluderte med at utenlandsk insolvensbehandling ikke anerkjennes i norsk rett, og dette må legges til grunn som gjeldende rett. Et utenlandsk konkursbo har således ikke mulighet til å råde over eiendeler i Norge via anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling.

3 Er det adgang i norsk rett til å åpne underkonkurs?

3.1 Innledning

En annen måte et utenlandsk konkursbo kan få råderett over eiendeler i Norge, er dersom det i norsk rett er adgang til å åpne underkonkurs.⁶⁸ En underkonkurs er når en norsk domstol åpner en begrenset konkurs på begjæring av et utenlandsk konkursbo. Underkonkurs opprettes for å assistere et utenlandsk konkursbo og beslaglegge de av debitors eiendeler som er i Norge. Det er ikke snakk om en selvstendig norsk konkurs. Dekningslovens vilkår for å åpne konkurs er ikke oppfylt. Formålet med å åpne underkonkurs er «(...) å hindre debitors disposisjoner over hans eiendeler i Norge og enkeltkreditorenes forfølgning til skade for andre kreditorer.»⁶⁹ For at formålet med opprettelse av underkonkurs skal varetas, og for at det skal være et effektivt middel, må eventuell åpning av underkonkurs både ha beslagsvirkning og hindringsvirkning som beskrevet i punkt 2.1. Ifølge Viset vil «En mulighet for det utenlandske konkursboet til å begjære underkonkurs i Norge (...) innebære en løsning som plasserer seg midt mellom full anerkjennelse og ingen anerkjennelse av den utenlandske konkursen.»⁷⁰ Dersom norsk rett tillater åpning av underkonkurs, er det en delvis anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling.

I norsk rett er det ingen lovregler som regulerer adgangen til å opprette underkonkurs. I det følgende skal jeg gjennomgå øvrige rettskildefaktorer for å ta stilling til om det er adgang til å åpne underkonkurs på ulovfestet grunnlag.

3.2 Rettspraksis

Det finnes lite rettspraksis som berører spørsmålet om adgangen til opprettelse av underkonkurs i norsk rett. Det meste av den er også av eldre dato.

68 Også kalt hjelpekonkurs.

69 Huser s. 462.

70 Marthinussen mfl. s. 96.

3.2.1 Rt-1887-465 jf. Rt-1891-329

Det mest kjente eksempelet på at det har blitt åpnet underkonkurs i Norge, er i en sak som kom opp på slutten av 1800-tallet. I saken hadde en engelsk debitor eiendeler i Norge, og han var under bobehandling i England. I saken var norsk tingrett ikke kompetent til å åpne selvstendig norsk konkurs. Porsgrunn tingrett bestemte, etter begjæring fra det engelske konkursboet, at den engelske konkursen også skulle gjelde debtors midler i Norge. Etter at fordringene som var prioritert i norsk rett var dekket, ble det resterende overskuddet sendt til det engelske konkursboet.

Dommen er et eksempel på opprettelse av underkonkurs i norsk rett. Imidlertid er prejudikatverdien begrenset av at avgjørelsen er gammel, og at tingrettens avgjørelse om å åpne underkonkurs ikke ble anket. Det var andre forhold i saken som ble anket, og som førte til at saken ble fremmet for Høyesterett. I Rt-2013-556 viste Høyesterett til saken og uttalte at *«Dommen er (...) ikke et prejudikat for at ordningen aksepteres etter norsk rett, da skifterettens avgjørelse om å åpne hjelpekonkurs ikke var påanket i den saken.»*⁷¹

3.2.2 Rt-1925-517

En annen omtalt sak i spørsmålet om muligheten til å åpne underkonkurs i norsk rett er kjennelsen Rt-1925-517. I denne saken var debitor en norsk statsborger bosatt i USA. I 1921 ble debitor slått konkurs i USA. I årene etter konkursen var debitor mye på reise og tilbragte en del tid i Norge. I 1923 begjærte det amerikanske konkursboet primært at det skulle åpnes selvstendig norsk konkurs, og subsidiært at det skulle åpnes underkonkurs. Høyesterett mente at det kunne åpnes selvstendig norsk konkurs ettersom debitor hadde flyttet til Norge etter konkursen i USA. Ifølge retten var det derfor unødvendig å gå inn på spørsmålet om det skulle åpnes underkonkurs. I saken ble altså spørsmålet om adgangen til å åpne underkonkurs tatt opp, men spørsmålet ble ikke løst.

Brækhus kritiserer rettsavgjørelsen og skriver at *«(...) ved en domsilkonkurs bør det bare være domisilet ved (den første) konkursåpningen som teller. Reelt sett var det da også bare en*

71 Rt-2013-556 punkt 52.

hjelpeskonkurs det dreiet seg om: Domskonklusjonen gitt ut på at «C.H. 's i Norge beroende midler blir at ta under konkursbehandling ved Oslo skifteret»».^{72 73}

3.2.3 Asker og Bærum tingrett sak 94-485 S

I nyere tid har det også kommet opp spørsmål om adgangen til å åpne underkonkurs i norsk rett. I en sak for Asker og Bærum tingrett fra 1994 ble det begjært åpning av underkonkurs fra konkursboet til et selskap fra Grønland. Underkonkurs ble begjært åpnet for å sikre at et utleggspant ikke fikk rettsvirkninger. Retten bemerket innledningsvis at det måtte tas stilling til om det etter norsk rett var adgang til å åpne underkonkurs etter begjæring fra et utenlandsk konkursbo.

Retten påpekte at adgangen til å åpne underkonkurs ikke er lovregulert, men at Augdahl hevder at rettspraksis gir grunnlag for åpning av underkonkurs i Norge. Videre uttrykte retten at i nyere teori mener Huser at adgangen til å åpne underkonkurs fortsatt står åpen.

Tingretten gikk også gjennom forarbeidene til konkursloven og påpekte at disse trekker i retning av at ordningen med underkonkurs er bortfalt. Imidlertid mente retten også at uttalelsene i forarbeidene må tillegges samme vekt som juridisk teori ettersom de er etterarbeider.

I tillegg påpekte retten at det er et praktisk behov for å åpne underkonkurs i Norge og sier seg enig med Huser i at *«(...) det er liten grunn til å anse en ønskelig ordning som bortfalt, når det ikke finnes klare juridiske holdepunkter for et slikt standpunkt.»*⁷⁴

Retten konkluderte med at det er adgang til å åpne underkonkurs med hjemmel i ulovfestet norsk konkursrett. Kjennelsen har begrenset siden den er fra første instans.

3.2.4 Romsdal tingrett sak 07-143650

Enda en sak om begjæring av åpning av underkonkurs kom opp for Romsdal tingrett i 2007. I saken var det åpnet konkurs i Tyskland (2006) i boet til en tysk mann som senere flyttet til

⁷² Brækhus s. 93-94.

⁷³ En domisilkonkurs er i norsk rett en fysisk persons bopel og en juridisk persons hovedforretningssted/alminnelige verneting.

⁷⁴ Asker og Bærum tingrett sak 94-485 S s. 3.

Norge. Romsdal tingrett mottok begjæring om åpning av underkonkurs til fordel for det tyske konkursboet.

Retten bemerket at siden det ikke er inngått avtale mellom Norge og Tyskland om at konkurs i Tyskland skal ha direkte virkning i Norge, kan det ikke åpnes underkonkurs i medhold av konkursloven § 161. Også i denne saken påpekte retten at spørsmålet måtte løses på bakgrunn av ulovfestet rett.

Romsdal tingrett viste til, og gjenga, begrunnelsen til Asker og Bærum tingrett som ble gjennomgått under punkt 3.2.3. Tingretten bemerket at de var «(...) i det vesentlige og i resultatet enig med Asker og Bærum skifteretts beskrivelse av rettsstilstanden (...)»⁷⁵ og konkluderte med at norsk ulovfestet konkursrett hjemler åpning av underkonkurs på begjæring av et utenlandsk konkursbo.

I likhet med kjennelsen fra Asker og Bærum tingrett, er verdien av kjennelsen fra Romsdal tingrett begrenset fordi den er første instans.

3.2.5 Rt-2013-556

I Rt-2013-556 uttrykte Høyesterett at det er «omtvistet»⁷⁶ om det i norsk rett er adgang til å åpne underkonkurs på begjæring av et utenlandsk konkursbo. Videre uttrykte retten at de ikke tar stilling til om adgangen til å åpne underkonkurs står åpen ettersom det ikke var en aktuell problemstilling i saken. Således bidrar ikke kjennelsen i vurderingen av om det er adgang til å opprette underkonkurs i norsk rett.

3.2.6 Oppsummering av rettspraksis

Etter mitt skjønn finnes det ingen avgjørende rettspraksis i spørsmålet om det er adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett. I en eldre rettsavgjørelse fra Høyesterett ble det faktisk åpnet underkonkurs, men spørsmålet om åpning av underkonkurs var ikke påanket, og den har derfor ikke prejudikatverdi. I en annen sak var åpning av underkonkurs anført subsidiært, men ble ikke tatt stilling til da den primære anførselen i saken førte frem.

75 07-143650KON-ROMS s. 3

76 Rt-2013-556 punkt 59.

I underrettspraksis har retten to ganger, i 1994 og 2007, konkludert med at det på ulovfestet grunnlag er anledning til å åpne underkonkurs i norsk rett. I saken fra 1994 baserte retten seg på en gjennomgang av rettskildene og la blant annet vekt på det praktiske behovet for ordningen med å åpne underkonkurs. I saken fra 2007 ble det henvist til begrunnelsen i dommen fra 1994 og retten sa seg enig i den begrunnelsen. Selv om det finnes to rettsavgjørelser med samme argumentasjon, er den rettskildemessige vekten begrenset fordi de er underrettspraksis. Heller ikke disse sakene avgjør spørsmålet om det er adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett.

I Rt-2013-556 ga Høyesterett kun uttrykk for at adgangen til å åpne underkonkurs er «*omtvistet*», og kjennelsen bidrar dermed heller ikke til å avgjøre spørsmålet. Ettersom spørsmålet om adgang til å åpne underkonkurs ikke var satt på spissen i kjennelsen, ville en uttalelse fra Høyesterett uansett kun fått begrenset rettskildemessig vekt i form av å være et *obiter dictum*.⁷⁷

I praksis er det dermed to underrettsdommer fra nyere tid, 1994 og 2007, samt en eldre Høyesterettsdom uten prejudikatverdi, som støtter at det er grunnlag for å åpne underkonkurs i norsk rett.

3.3 Forarbeider

I forarbeidene til konkursloven er det skrevet om adgangen til å åpne underkonkurs i Norge. På side 244 uttales det at: «*Utvalget kjenner ikke til at ordningen med «underkonkurs» har vært benyttet i den senere tid, og peker på at en anerkjennelse av adgangen til å åpne slik underkonkurs reiser mange spørsmål som det er vanskelig å finne løsning på uten positive regler. Man må etter dette legge til grunn at en utenlandsk konkurs ikke uten videre får slik virkning i Norge, men at dette i tilfelle må avtales med hjemmel i kkl. §137.*»⁷⁸

Uttalelsene i forarbeidene kan tolkes dithen at adgangen som tidligere eksisterte til å åpne underkonkurs, er bortfalt. Det er imidlertid et viktig poeng at den rettskildemessige vekten av uttalelsene svekkes av at de er etterarbeider. Eckhoff skriver at uttalelser i forarbeider om

⁷⁷ *Obiter dictum* er et begrep som brukes for å omtale bemerkninger i dommer og kjennelser som ikke har

betydning for resultatet i saken.

⁷⁸ NOU 1972: 20 s. 244.

tidligere rett «(...) bør vel stilles i klasse med annen juridisk litteratur. Slike fremstillinger kan i visse tilfeller ha stor faglig tyngde, f.eks. hvis de skriver seg fra en lovkomité hvor det har sittet flere fremtredende jurister. Men det er ikke grunn til å betrakte dem som spesielt autoritative fordi de er avgitt i forbindelse med forberedelsen av en lov.»⁷⁹ Om etterarbeidssuttalelsen skriver Andenæs at de bygger på en antitese av konkursloven § 161, og at det kan diskuteres om en slik antitese er berettiget.⁸⁰

Ettersom verken rettspraksis eller forarbeider gir noe entydig, klart svar på om det er adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett, blir juridisk teori og reelle hensyn viktige kilder.

3.4 Juridisk teori

I teorien er det imidlertid også delte meninger om det er adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett.

Augdahl er blant de som mener at det er adgang til å åpne underkonkurs. Han skriver at «*Det er tydelig forutsatt i kkl. § 137 at denne konkurs ikke automatisk fører skyldnerens eiendeler her i landet i konkursboet. Men herav følger ikke at den utenlandske konkurs er uten virkning for disse midlene. Allerede før vi fikk kkl. § 137 var det i praksis antatt at utenlandsk konkurs medførte visse virkninger her, og den slik etablerte ordning må fortsatt gjelde i forhold til de land som konvensjonen av 1933 ikke omfatter. Norsk skifterett plikter således på begjæring av det utenlandske konkursbo å ta midlene i forvaring. Men inntil slik begjæring er fremsatt, kan skyldnerens kreditorer eksekvere i hans norske midler, likesom skyldnerens selv rettsgyldig kan disponere over dem. Man kan si at det blir åpnet en norsk «underkonkurs» ved det utenlandske bos begjæring. Men før skyldnerens norske midler stilles til disposisjon for det utenlandske bo, dekker den norske skifterett de fordringer som etter norsk rett er prioriterte i konkurs. De fordringer derimot som er uprioriterte etter norsk rett, må kreditorene melde i det utenlandske bo, som alle kreditorer må det i et «konvensjonsbo».*»⁸¹

Brækhus mener på sin side at det muligens var adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett før 1933, men at adgangen hvertfall ble stengt i 1933. Han begrunner sitt standpunkt med en

⁷⁹ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E. Helgensen Oslo 1997 s. 69 («Eckhoff»).

⁸⁰ Andenæs s. 18.

⁸¹ Per Augdahl, *Forelesninger i konkurs*, Oslo 1952 s. 120-121 («Augdahl»).

antitetisk tolkning av konkursloven 1863 § 137 og konkursloven 1984 § 161.⁸² Videre påpeker Brækhus at økt internasjonalisering vil skape et økt behov for en ordning med underkonkurs, men at «(...) en hjelpekonkurs vil reise mange problemer som krever en positivrettslig løsning; en relativt utførlig lovregulering vil derfor i tilfelle være påkrevet.»⁸³

Huser er uenig med Brækhus. Huser er, som allerede nevnt, negativ til å trekke antitetiske slutninger fra konkursloven § 161. Han mener at adgangen til å åpne underkonkurs i norsk rett trolig fortsatt står åpen.⁸⁴ Huser påpeker at adgangen til å åpne underkonkurs ble opprettet for å dekke et reelt behov for å hindre debitor i å disponere over eiendeler i Norge, samt for å hindre enkeltkreditorens forfølgning til skade for øvrige kreditorer.⁸⁵ Dette reelle behovet eksisterer fortsatt. Jeg mener at behovet faktisk er større etter at Høyesterett i Rt-2013-556 kom til at norsk rett ikke anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling.

I tillegg til å uttrykke at adgangen til å åpne underkonkurs i Norge fortsatt er åpen, mener Huser at hovedtrekkene i ordningen av underkonkurs er klare.⁸⁶ Underkonkurs må begjæres av et utenlandsk konkursbo overfor en norsk tingrett, og det utenlandske boet må godtgjøre sin faktiske og rettslige kompetanse. Videre vil åpning av underkonkurs i én tingrett, utelukke åpning av underkonkurs i andre tingretter. I tillegg påpeker Huser at tingretten både har rett og plikt til å åpne underkonkurs dersom begjæringen som kommer inn, tilfredsstillende vilkårene. På grunn av ordre public⁸⁷ synspunkter må det også kunne oppstilles noen materielle minimumsvilkår slik at den utenlandske lovgivningen som er grunnlag for en konkurs, ikke står i direkte strid med norsk konkursrett.

Den mest grundige gjennomgangen av spørsmålet om det i norsk rett er adgang til å åpne underkonkurs gjøres i Marthinussen mfl. I boken gjennomgår Viset relevant rettspraksis og kommer til at det ikke foreligger noe prejudikat fra Høyesterett om adgangen til å åpne underkonkurs. Viset skriver at «Juridisk teori og reelle hensyn blir derfor viktige kilder ved

82 Brækhus s. 93.

83 Brækhus s. 94.

84 Huser s. 463.

85 Huser s. 462.

86 Huser s. 464 følgende.

87 Ordre public er et prinsipp som medfører at dersom utenlandsk lovgivning som gjøres gjeldende i en stat fører til et resultat som blir støtende i forhold til den nasjonale rettstradisjon, kan den ikke gjøres gjeldende.

avgjørelsen av om en slik adgang følger av gjeldende rett.»⁸⁸ Det påpekes også at verken Brækhus eller konkurslovutvalget foretar en inngående drøftelse av reelle hensyn.⁸⁹ Videre viser Viset til Husers gjennomgang av hovedtrekkene i ordningen med opprettelse av underkonkurs og skriver at fordelene med ordningen med underkonkurs «(...) vis-à-vis automatisk anerkjennelse er at involveringen av en norsk domstol og norske regler i større grad åpner for en pragmatisk, forenklet og behovsbasert bobehandling.»⁹⁰

Viset påpeker også at det er de samme argumentene som gjør seg gjeldende i spørsmålet om åpning av underkonkurs, som i vurderingen av anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling.⁹¹ Hensyn som taler for at det bør være adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett, er hensynet til insolvensbehandlingens formål, likebehandling av kreditorer, insolvensbehandlingens effektivitet samt egenverdien av harmonisering av internasjonal insolvensrett.⁹² Videre uttrykker han at «Når man ikke kan bygge på at utenlandske konkurser har direkte virkning i Norge, og norske domstoler heller ikke har konkursjurisdiksjon, vil hensynet til konkursens formål tale sterkt for en adgang til å åpne underkonkurs i Norge.»⁹³

Viset konkluderer med at «I lys av det store behovet bør de nevnte reelle hensyn veie tyngre enn juridisk teori og forarbeider med mangelfulle prinsipielle premisser. Konsekvensen er at norske domstoler har plikt til å åpne underkonkurs i Norge på de nevnte vilkår.»^{94 95}

Selv om Viset mener norske domstoler har plikt til å åpne underkonkurs med vilkårene Huser oppstiller, erkjenner han at ordningen ikke er problemfri. Ordningen medfører at norske kreditorer med fortrinnsrett blir prioritert, og at det overskytende deretter oversendes konkursboet. Det er ikke i tråd med formålet om likebehandling av kreditorer å favorisere norske kreditorer med fortrinnsrett fremfor utenlandske kreditorer med fortrinnsrett. Imidlertid skriver Viset om dette at «(...) kreditorer (bør) kunne innrette seg etter den

88 Marthinussen mfl. s. 95.

89 Marthinussen mfl. s. 95.

90 Marthinussen mfl. s. 96.

91 Marthinussen mfl. s. 96.

92 Marthinussen mfl. s. 93.

93 Marthinussen mfl. s. 95-96.

94 Marthinussen mfl. s. 96.

95 Med «de nevnte vilkår» siktes det til vilkårene Huser oppstiller for at det skal kunne åpnes underkonkurs.

lovbestemte prioritetsrekkefølgen når lovgivningen for øvrig ikke gir indikasjoner på at andre fordelingsregler kan komme til anvendelse.»⁹⁶

3.5 Reelle hensyn

Til tross for at Viset har en grundig gjennomgang av reelle hensyn, vil jeg tilføye noe som ikke tas opp. Når man praktiserer ordningen med underkonkurs med Husers vilkår, vil det oppstå et tidsintervall mellom tidspunktet for åpningen av utenlandsk insolvensbehandling og tidspunktet for åpningen av norsk underkonkurs. I denne mellomperioden vil det være mulig for debitor å kvitte seg med eiendeler i Norge og således faktisk tappe konkursboet for verdier.

Videre kan det også argumenteres for at det er en lovgiveroppgave å regulere spørsmål om åpning av underkonkurs. Høyesterett har selv uttalt at konkurslovgivningen generelt har en utførlig og uttømmende karakter som gir lite rom for rettsskapende virksomhet fra domstolene.⁹⁷ Dette argumentet ble det lagt stor vekt på da Høyesterett kom til at det ikke var anledning i norsk rett til å anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling på ulovfestet grunnlag.

Imidlertid er det her et poeng at ordningen med å åpne underkonkurs på ulovfestet grunnlag, har klarere og tydeligere vilkår enn spørsmålet om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling på ulovfestet grunnlag.⁹⁸ Det er praktisk mulig å oppstille en regel om åpning av underkonkurs, og retningslinjene er også klare. Til tross for at det generelt sett ikke er stort rom for rettsskapende virksomhet fra domstolenes side vedrørende insolvensrett, er spørsmålet om adgangen til å åpne underkonkurs i mine øyne bedre egnet til å oppstilles på ulovfestet grunnlag enn spørsmålet om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. I tillegg er det viktig å ha i mente at det er uvisst når Norge eventuelt får regulert spørsmålet om utenlandske konkursbos mulighet til å råde over eiendeler i Norge. Det er ikke usannsynlig at det vil bli en tidkrevende prosess. Dermed er det å tillate åpning av underkonkurs sannsynligvis det eneste reelle alternativet til at et utenlandsk konkursbo skal få råderett over eiendeler i Norge per nå. Til tross for at det finnes ulemper ved åpning av

⁹⁶ Marthinussen mfl. s. 96.

⁹⁷ Andenæs s. 19.

⁹⁸ Se vilkårene oppstilt av Huser som beskrevet i punkt 3.4.

underkonkurs i Norge, kan det argumenteres for at det er bedre å åpne underkonkurs på ulovfestet grunnlag, enn å passivt vente på at lovgiver skal ta et standpunkt.

3.6 Harmonisering og konklusjon

Som allerede nevnt gir ikke verken rettspraksis eller forarbeider noe klart svar på om det er adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett. Det er heller ikke enighet i teorien. Videre er ikke reelle hensyn entydige, men i mine øyne er det klar overvekt av hensyn som tilsier at det er adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett.

Hensyn som taler mot at det bør være adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett, er de ulempene som følger av å åpne underkonkurs. I tillegg er hensynet til forutberegnelighet særlig sterkt på insolvensrettens område.

På den andre siden står hensynet til lik og best mulig behandling av kreditorer, effektivitet og harmonisering av internasjonal insolvensrett. I tillegg er det et viktig poeng at det praktisk mulig, og ikke særlig vanskelig, å oppstille en ulovfestet regel om adgang til å åpne underkonkurs. Adgang til åpning av underkonkurs vil også bidra til å avhjelpe et reelt behov for regulering i grenseoverskridende insolvensbehandling, og å sørge for en mer universell insolvensbehandling. Det avgjørende argumentet er imidlertid kombinasjonen av det reelle behovet for regulering og det faktum at det kan ta lang tid før eventuell lovgivning eller traktater er på plass. Særlig etter at Høyesterett har avskåret anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling på ulovfestet grunnlag, er behovet stort. Åpning av underkonkurs er per nå sannsynligvis den eneste reelle muligheten for et utenlandsk konkursbo å få råderett over eiendeler i Norge.

Etter mitt skjønn er konklusjonen dermed at det er adgang til å åpne underkonkurs på ulovfestet grunnlag. Følgen av åpningen av underkonkurs er at både beslags- og hindringsvirkninger inntre. Dermed vil både adgangen til kollektiv forfølgning enkeltforfølgning i Norge være avskåret, og det utenlandske konkursboet vil få råderett over eiendeler i Norge. Hvilke eiendeler i Norge som rent faktisk skal inngå i konkursboet, vil bero på lovgivningen i det landet konkursen er åpnet,⁹⁹ og dette er som nevnt, et materielt spørsmål som jeg ikke skal gå inn på.

⁹⁹ Jf. *lex fori concursus*.

4 Veien videre for lovgiver

I henhold til min konklusjon under punkt 3.6 mener jeg at det er adgang til å åpne underkonkurs på ulovfestet grunnlag. Et utenlandsk konkursbo kan få råderett over eiendeler i Norge dersom det begjærer åpning av underkonkurs i Norge. I punkt 2.4 konkluderte jeg med at gjeldende rett i dag er at norsk rett ikke anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. Til tross for at det i norsk rett, etter mitt skjønn, er anledning til å åpne underkonkurs, mener jeg at det er behov for at lovgiver tar stilling til om utenlandsk insolvensbehandling skal anerkjennes i tillegg.

Hensyn som tilsier at norsk rett burde anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling, er i høy grad sammenfallende med hensyn som taler for åpning av underkonkurs. Det er imidlertid noen praktiske virkninger av at norsk rett ikke anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling som jeg mener er uheldige, og som ordningen med underkonkurs ikke avhjelper. Det ble klarlagt i Rt-2013-556 at utenlandsk insolvensbehandling ikke kan gi «(...) grunnlag for å omstøte utlegg som kreditor har fått før åpningen av den utenlandske insolvensbehandlingen.»¹⁰⁰ Norske konkursbo har derimot mulighet til å kreve omstøtelse av disposisjoner gjort fra tre måneder før fristdagen og opp til ti år før fristdagen.^{101 102} Dette fører til en klar forskjellsbehandling av utenlandske konkursbo. Forskjellsbehandling vil helt klart stride mot formålet om lik og best mulig dekning til kreditorer. Når utenlandske konkursbo blir forskjellsbehandlet, mister også utenlandske selskaper incentiv til å drive handel, kjøp og salg med norske bedrifter. I tillegg vil det være mindre gunstig å investere i Norge enn i stater som anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling. Dette kan også ses i sammenheng med at det er et mål for UNCITRAL å tilrettelegge for harmonisering av handelsretten i verden. Til tross for at en ordning med åpning av underkonkurs vil gi utenlandske konkursbo råderett over eiendeler i Norge, mener jeg det er uheldig at Norge har en annen løsning enn den viktige handelspartnere har.

Videre vil man ved anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling kunne unngå noen av ulempene som følger når det åpnes underkonkurs. Dersom utenlandsk insolvensbehandling

100 Rt-2013-556 punkt 66.

101 Se blant annet dekningsloven §§ 5-8 og 5-9. Det var disse bestemmelsene som var påberopt i Rt-2013-556.

102 Etter dekningsloven § 1-2 første ledd er fristdagen ved konkurs i norsk rett normalt den dagen begjæringen om konkurs som tingretten tok til følge, kom inn til tingretten.

får øyeblikkelige og automatiske virkninger i norsk rett, unngås både formalismen med at det utenlandske konkursboet må begjære underkonkurs og problemet med tidsintervallet der debitor kan kvitte seg med eiendeler i Norge.

I tillegg er det et poeng at det er meningen at den norske konkursen skal ha universell virkning slik at både eiendeler i Norge og i utlandet inngår i det norske konkursboet, jf punkt 1.4. Jeg er enig med Andenæs som skriver at *«Sett i forhold til norsk insolvenslovgivnings krav på anvendelse i utlandet, er det ønskelig at den norske insolvensbehandling også anerkjennes i utlandet, slik enkelte stater gjør uten å være konvensjonsforpliktet til det. Et naturlig motstykke til norsk insolvenslovgivnings krav på anvendelse i utlandet, er at Norge på sin side anerkjenner insolvensbehandling som åpnes i utlandet. Å hevde noe annet er i realiteten ensbetydende med å betrakte insolvensbehandling som åpnes i utlandet med en mistro som ikke blir den norske insolvensbehandling til del.»*¹⁰³

For å avhjelpe ulempene ordningen med underkonkurs medfører, samt å bidra til harmoniseringen av internasjonal insolvensrett, mener jeg altså at lovgiver bør ta stilling til om norsk rett skal anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling.

Dersom lovgiver går inn for at Norge skal anerkjenne utenlandsk insolvensbehandling, må det også avgjøres på hvilken måte anerkjennelsen skal finne sted. Andenæs peker på to mulige måter å gjennomføre anerkjennelsen på.¹⁰⁴ Det første alternativet er at virkningen kan være automatisk og øyeblikkelig slik at når den utenlandske insolvensbehandlingen får virkning i utlandet, får den samtidig virkning i Norge. Et annet alternativ er at anerkjennelsen kan være betinget av en anerkjennelsesprosedyre i Norge. Automatisk og øyeblikkelig virkning ble valgt i den nordiske konkurskonvensjonen, og Andenæs legger til grunn at dette også er å foretrekke i norsk internasjonal insolvensrett.¹⁰⁵ For å avhjelpe problemet med tidsintervallet som oppstår når det åpnes underkonkurs, er jeg enig med Andenæs i at den beste løsningen er å gi utenlandsk insolvensbehandling automatisk og øyeblikkelig virkning i norsk rett.

I oktober 2014 opplyste avdelingsdirektør Tone Ofstad i Justis- og beredskapsdepartementet Lovavdelingen meg per e-post at spørsmål om regulering av norsk internasjonal insolvensrett

103Andenæs s. 85.

104Andenæs s. 85.

105Andenæs s. 86.

har vært på høring, og at det arbeides med en proposisjon.¹⁰⁶ Hun kunne imidlertid ikke gi noen opplysninger om tidspunktet for når proposisjonen fremmes, eller om innholdet i proposisjonen. Det er mulig, og i mine øyne også svært sannsynlig, at proposisjon til Stortinget vil inneholde forslag som vil endre dagens rettstilstand.

Forslaget kan gå ut på at Norge ensidig regulerer spørsmål om norsk internasjonal insolvensrett i norske lovbestemmelser, at Norge inngår traktater med andre land med hjemmel i konkursloven § 161 eller at det både lages lovregler og inngås traktater. En forskjell på metodene er at ved traktat kan anerkjennelse reguleres gjensidig, mens ved lov kan kun Norges anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling reguleres. Norge kan ikke med norske lover påtvinge utenlandske stater å anerkjenne norsk insolvensbehandling.

Andenæs tar i sin utredning til orde for at reguleringen av norsk internasjonal insolvensrett bør gjøres ved å forsøke og inngå en avtale med EU om å gjøre EUs konkursforordning til en del av norsk rett. I tillegg mener Andenæs at det er nødvendig å lage alminnelige regler om norsk internasjonal insolvensrett som skal gjelde mellom Norge og land som ikke dekkes av EUs konkursforordning eller den nordiske konkursskonvensjonen.¹⁰⁷ Ved å følge Andenæs' forslag til regulering av norsk internasjonal insolvensrett vil man få dekket ensidig anerkjennelse i relasjon til alle land i verden, og gjensidig anerkjennelse med en av Norges viktigste handelspartnere, EU. Andenæs mener det ikke er hensiktsmessig for Norge å anvende modelloven som mønster for nasjonal lovgivning. Dette er fordi han mener modelloven er utformet i den anglo-amerikanske rettstradisjon, og at den egner seg best for de stater som bygger på samme rettstradisjon.¹⁰⁸

Imidlertid er det ikke problemfritt å følge Andenæs' forslag, noe han selv påpeker i sin utredning. Andenæs skriver der at en mulig innvending til regulering via traktat med EU er at det i praksis binder Stortingets frihet og at EU-domstolen vil få en ledende rolle ved tolkingen av traktaten på bekostning av norske domstoler.¹⁰⁹

106 E-post korrespondanse mellom oppgavens forfatter og avdelingsdirektør Tone Ofstad i Justis- og beredskapsdepartementet Lovavdelingen av 26.09.2014.

107 Andenæs s. 8.

108 Andenæs s. 68.

109 Andenæs s. 56.

Advokatforeningen har i høringsuttalelse om norsk internasjonal insolvensrett kommentert Andenæs forslag til regulering av norsk internasjonal insolvensrett. Advokatforeningen påpeker at det er behov for å få på plass regler om norsk internasjonal insolvensrett raskt, og at Andenæs forslag om å inngå en gjensidig forpliktende avtale om gjennomføring av EUs konkursforordning vil være både tidkrevende og vanskelig. Videre påpeker Advokatforeningen at inngåelse av avtale med EU innebærer konstitusjonelle og politiske utfordringer. Blant annet vil den overnasjonale myndigheten som tillegges EU-domstolen, være et problem som må utredes nærmere. I tillegg vil det legges begrensninger på Stortingets lovgivningsmakt om Norge tiltrer EUs konkursforordning. Stortinget vil stå friere dersom man går inn for ensidig norsk regulering. Advokatforeningen mener derfor at det er bedre å ta sikte på og regulere norsk internasjonal insolvensrett etter mønster fra UNCITRALs modellov.¹¹⁰

Konkursrådet støtter Andenæs i at Norge bør lage lovregler om grenseoverskridende konkurser. Konkursrådet er også enig med Andenæs i at modelloven har et anglo-amerikansk utgangspunkt. Rådet påpeker at det derfor er mer hensiktsmessig å lage nasjonale regler som er likere utformingen av EUs konkursforordning. Konkursrådet uttaler også at dersom Norge først regulerer norsk internasjonal insolvensrett, er det ikke sikkert at det blir nødvendig å tiltre EUs konkursforordning for at EU-statene skal anerkjenne norsk insolvensbehandling.¹¹¹

Oslo Byfogdembete uttaler at utredningen fra Andenæs fremstår som meget grundig og solid. De støtter Andenæs forslag om både å utforme regler om norsk internasjonal insolvensrett og å forsøke og inngå avtale om tiltredelse av EUs konkursforordning.¹¹²

Jeg mener Norge primært bør fokusere på å lage lovregler om norsk internasjonal insolvensrett, og at inngåelse av avtale med EU eventuelt bør gjøres i andre rekke. Det er viktig at regler om norsk internasjonal insolvensrett kommer på plass relativt hurtig. Jeg tror det kommer til å være en mer tidkrevende prosess å lage en avtale med EU om tiltredelse av EUs konkursforordning, enn det vil være å utforme lovregler. Kombinasjonen av at jeg tror

110 Advokatforeningens høringsuttalelse til Justisdepartementet av 22. mars 2011 om norsk internasjonal insolvensrett.

111 Konkursrådets høringsuttalelse til Justisdepartementet av 1. mars 2011 om norsk internasjonal insolvensrett.

112 Oslo Byfogdembetes høringsuttalelse til Justisdepartementet av 1. mars 2011 om norsk internasjonal insolvensrett.

det kommer til å ta mer tid før avtale med EU er på plass og at det er politiske og konstitusjonelle utfordringer med inngåelse av avtale med EU, er grunnen til at jeg mener lovregler om norsk internasjonal insolvensrett bør prioriteres. I tillegg er det et spennende poeng Konkursrådet kommer med, at lovregler om norsk internasjonal insolvensrett kan føre til at EU-stater anerkjenner norske insolvensbehandlinger uten at Norge tiltrer konkursforordningen.

Det er uten tvil behov for å reformere norsk internasjonal insolvensrett, og det arbeides som nevnt med en proposisjon om hvordan dette skal gjøres. Det blir spennende å se hvilken løsning Stortinget velger.

5 Konklusjon

Gjennom denne oppgaven har jeg tatt for meg utenlandske konkursbos mulighet til å råde over eiendeler i Norge. Gjeldende rett er at utenlandske konkursbo ikke kan få råderett over eiendeler i Norge via anerkjennelsen av utenlandsk insolvensbehandling. Dette følger av at Høyesterett i Rt-2013-556 ikke ville anerkjenne og gi utenlandsk insolvensbehandling hindringsvirkning i norsk rett på ulovfestet grunnlag.

Etter mitt skjønn er det imidlertid adgang til å åpne underkonkurs i norsk rett på begjæring av et utenlandsk konkursbo. Når det åpnes underkonkurs vil både beslags- og hindringsvirkninger inntre. Beslagsvirkningen medfører at den norske underkonkursen kan beslaglegge debtors eiendeler i Norge. Etter at norske kreditorer med fortrinnsrett har blitt prioritert, blir det overskytende oversendt det utenlandske konkursboet. Således får det utenlandske konkursboet råderett over eiendeler i Norge.

Det er likevel et poeng at det ikke foreligger noe prejudikat fra Høyesterett som tillater åpning av underkonkurs på ulovfestet grunnlag. Jeg mener det er adgang til å åpne underkonkurs, men Høyesterett har ikke tatt stilling til det. Således er den eneste sikre muligheten et utenlandsk konkursbo har til å råde over eiendeler i Norge, at debitor frivillig stiller eiendelene til disposisjon.

På grunn av det økte behovet for samarbeid i grenseoverskridende insolvensbehandling er jeg overbevist om at rettsstilstanden vil endre seg. Jeg tror at det i fremtiden vil bli flere sikre muligheter for et utenlandsk konkursbo å få råderett over eiendeler i Norge enn ved at debitor frivillig stiller eiendeler til disposisjon.

Litteraturliste

Lover:

Lov 8. juni 1984 om gjeldsforhandling og konkurs.

Lov 8. juni 1984 om fordringshavernes dekningsrett.

Lov 1. januar 2008 om mekling og rettergang i sivile saker.

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 100 (2005-2006).

NOU 1972: 20.

Rettspraksis:

Rt-1887-465 jf. Rt-1891-329.

Rt-1925-517.

Rt-1996-556.

Rt-2013-556.

Asker og Bærum skifterett sak 94-485 S.

Romsdal tingrett sak 07-143650.

Bøker:

Augdahl, Per, *Forelesninger i konkurs* (Oslo 1952).

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, *Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten*, (København 2002).

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 1*, 3. utgave, 2.opplag, (Oslo 1993).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 1997).

Hagerup, Francis, *Konkurs og Akkordforhandling*, 4.utgave, (Oslo 1932).

Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs bind 2*, (Bergen 1988).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004).

Marthinussen, Hans Fredrik mfl., *Internasjonale konkurser med særlig fordypning i bankinsolvens* (Latvia 2014).

Viker, Håvard og Knut Ro, *Konkursloven Kommentarutgave*, (Oslo 2003).

Konvensjoner:

Konvensjon 7. november 1933 mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs.

Konvensjonen av 16. september 1988 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.

European Union Regulation on Insolvency Proceedings Council Regulation (EC) No 1346/2000.

Annet:

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

Utredning fra Mikael Mellqvist i Ds 2007:6 Internasjonell insolvens – en diskussionspromemoria.

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html> (desember 2014).

The United Nations Commission on International Trade Law model law on cross-border insolvency.

Høringsuttalelse om norsk internasjonal insolvensrett fra Advokatforening av 22. mars 2011.

Høringsuttalelse om norsk internasjonal insolvensrett fra Konkursrådet av 1. mars 2011.

Høringsuttalelse om norsk internasjonal insolvensrett fra Oslo Byfogdembete av 1. mars 2011.