

AVTALER OM PANT MED IMPLIKASJONER FOR KREDITORENE: LOVVALG OG VOLDGIFT



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 216
Leveringsfrist: 01.06.11

Til sammen 35 232 ord

30.05.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling for avhandlingen	1
1.2	Foreløpige avgrensninger	3
1.3	Avhandlingens rettskildebruk og metode	5
1.4	Oversikt over den videre fremstillingen	6
<u>2</u>	<u>LOVVALG FOR KONFLIKTER MELLOM AVTALEPANT OG KREDITORBESLAG: PARTSAUTONOMI?</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	Kort om internasjonal privatrett	9
2.3	Lovvalg for konflikten mellom avtalepanthaveren og utleggstakeren	11
2.3.1	Innledning	11
2.3.2	Hovedregel: Lex rei sitae	11
2.3.3	Grenseoverskridende panteobjekter: Opprinnelig eller ny lex situs?	15
2.3.4	Den individualiserende metode som korrektiv	18
2.3.5	Om partenes lovvalg kan gjøres gjeldende overfor utleggstakeren	20
2.3.5.1	Innledning	20
2.3.5.2	Kort om partsautonomien	20
2.3.5.3	Hensyn som gjør seg gjeldende	21
2.3.5.4	Konklusjon: Les situs er eksklusiv	22
2.4	Lovvalg for konflikten mellom avtalepanthaveren og konkursboet	23
2.4.1	Innledning	23
2.4.2	Hovedregel: Lex fori concursus	24
2.4.3	Særlig om forholdet til situsregelen	28
2.4.4	Rom for lovvalgsfrihet?	30

2.4.4.1	Hensyn som gjør seg gjeldende	30
2.4.4.2	Konklusjon: Lovvalgsreglene er ufravikelige	30
2.5	Øvrige begrensninger i partsautonomien	31
2.5.1	Innledning	31
2.5.2	Internasjonalt preseptoriske regler	31
2.5.3	Ordre public-reservasjonen	33
2.6	Oppsummering og veien videre	34
3	<u>FORHOLD SOM BEGRENSER VIRKNINGENE AV VOLDGIFTSDOMMEN OVERFOR KREDITORENE</u>	36
3.1	Innledning	36
3.2	Kort om voldgift som alternativ form for tvisteløsning i internasjonale forhold	38
3.3	Voldgiftsdommens rettslige status	40
3.3.1	Utgangspunkt: Voldgiftsdommen er endelig og bindende	40
3.3.2	Gyldighet og fullbyrdelse	42
3.3.2.1	Ugyldighetsgrunner og forhold som er til hinder for anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse	43
3.3.3	Særskilt om ordre public-reservasjonen	46
3.3.3.1	Innledning	46
3.3.3.2	Nærmere om vurderingstemaet	48
3.3.3.3	De konkrete forholdene er avgjørende	50
3.3.3.4	Betydningen av lovvalgsreglene i ordre public-vurderingen	51
3.4	Om de utvalgte typetilfellene	51
3.5	Voldgiftsdom som opprettholder avtale om generalpant	53
3.5.1	Situasjonsbeskrivelse	53
3.5.2	Resultatet av at voldgiftsretten anvendte engelsk rett fremfor norsk rett	53
3.5.3	Kommer ordre public-reservasjonen til anvendelse?	56
3.5.3.1	Prinsipper som begrunner bestemmelsene i norsk rett	56
3.5.3.2	Den konkrete vurderingen	58

3.5.3.3	Konklusjon	62
3.5.4	Oppsummering og veien videre	63
3.6	Voldgiftsdom på generalpant: Bindende for utleggstakeren?	63
3.6.1	Innledning	63
3.6.2	Om voldgiftsdommen har rettskraftsvirkninger for S	64
3.6.3	Konklusjon	68
3.7	Voldgiftsdom på generalpant: Er hensynet til utleggstakeren relevant i ordre public-vurderingen?	68
3.7.1	Innledning	68
3.7.2	Resultatet av at voldgiftsretten ikke tok hensyn til den egentlig anvendbare retten	69
3.7.3	Om det er rom for å anvende ordre public-reservasjonen	70
3.7.3.1	Innebærer tvangsfullbyrdelse at B får dekning før S?	70
3.7.3.2	Konklusjon	72
3.7.4	Veien videre	73
3.8	Voldgiftsdom på salgspant i varer ment for videresalg hvor pantsetteren går konkurs	73
3.8.1	Presentasjon av typetilfellet	73
3.8.2	Om boet må respektere voldgiftsdommen	74
3.8.3	Konklusjon: Voldgiftsdommen er ikke bindende for konkursboet	77
3.9	Voldgiftsdom på salgspant hvor konkursboet var part i saken	78
3.9.1	Presentasjon av typetilfellet	78
3.9.2	Resultatet av at voldgiftsretten la partenes lovvalg til grunn	79
3.9.3	Om domstolene kan sette avgjørelsen til side som ugyldig	81
3.9.3.1	Hvilke bakenforliggende prinsipper begrunner reglene i norsk rett?	82
3.9.3.2	Den konkrete vurderingen	84
3.9.3.3	Konklusjon	86
3.9.4	Oppsummering	86
3.10	Voldgiftsdom på panterett som er omstøtelig i norsk rett	87
3.10.1	Innledning	87

3.10.2	Situasjonsbeskrivelse	87
3.10.3	Utfallet av tvisten mellom B og S etter norsk rett	88
3.10.4	Begjæring om tvangsfullbyrdelse overfor konkursboet: Egentlig et spørsmål om ordre public?	90
3.10.4.1	Innledning	90
3.10.4.2	Presentasjon av ulike syn i internasjonal praksis og teori	91
3.10.4.3	Løsningen etter norsk rett	95
3.10.4.4	Konklusjon	98
3.10.5	Subsidiært: Er det rom for å anvende ordre public-reservasjonen?	99
3.11	Resultatet av analysene – sammenfatninger	101
4	<u>AVHANDLINGENS KONKLUSJONER</u>	103
5	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	104
5.1	Litteratur	104
5.2	Norske rettskilder	111
5.3	Utenlandske rettskilder	115
5.4	Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder	115

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling for avhandlingen

Tema for avhandlingen kommer til uttrykk i oppgavens tittelen: «Avtaler om pant med implikasjoner for kreditorene: Lovvalg og voldgift». Oppgaven er skrevet som en del av forskningsprosjektet *Arbitration and Party Autonomy* (APA-prosjektet) ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.¹ Avhandlingens hovedformål er å undersøke grensene for partenes lovvalg i internasjonale kontrakter som er undergitt voldgift, der avtalen har implikasjoner for kreditorene. Problemstillingen er om partene kan unngå anvendelse av norske regler om rettsvern ved å underlegge panteavtalen utenlandsk rett og bestemme voldgift som middel for tvisteløsning.

Med ”partene” siktes i denne avhandlingen til pantsetteren og panthaveren. Begge opptrer i næringsvirksomhet. Pantsetteren er et norsk selskap, og panthaveren er en utenlandsk bank som erverver pant ved avtale. Det kan tenkes at pantsetterens kreditorer, som enten er en utleggstaker eller konkursbo, tar beslag i de samme formuesgodene som er avtalepantsatt til fordel for banken. Hvor panthaveren og pantsetterens kreditorer utleder kolliderende rett, foreligger det en såkalt *dobbelt suksessjonskonflikt*.² Spørsmålet er om panthaverens erverv står seg overfor

¹ Nærmere informasjon om APA-prosjektet finnes på prosjektets hjemmeside <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/> (avlest 30.05.2011). Prosjektets formål er å kartlegge rekkevidden av partsautonomien i internasjonale forhold som ikke er rent kontraktsrettslige.

² Med dobbelt suksessjonskonflikt menes en konflikt mellom avhenderens *suksessorer*, dvs. mellom to rettighetshavere som utleder kolliderende rett i samme formuesgjenstand. Jf. blant annet Falkanger (2007) s. 470 flg. Vil fra tid til annen også bli omtalt som en *tredjepersonskonflikt* i denne avhandlingen. For øvrig er også såkalte *hjemmelsmannskonflikter* - som er konflikter mellom en suksessor og avhenderens hjemmelsmann - en tredjepersonskonflikt, se Falkanger (2007) s. 470 flg. Disse behandles ikke i oppgaven.

kreditorbeslaget. Utgangspunktet etter norsk rett er prinsippet om først i tid best i rett.³ Pantaveren må imidlertid etablere *rettsvern* for å være beskyttet mot at pantsetterens kreditorer fortrenger hans rett (*ekstinksjon*).⁴ Hvilke krav som stilles til sikringsakten, er blant annet avhengig av hvilket formuesgode partene utleder kolliderende rett i.

Utleggstakeren og konkursboet omtales i fellesskap som *kreditor(ene)*. Nettopp fordi disse ikke har noen kontraktsmessig tilknytning til partene, vil de fra tid til annen også bli omtalt som *tredjeperson*.⁵ *Utleggspant* er panterett stiftet med bistand fra namsmyndighetene, som er en form for tvungen gjeldsinndrivelse.⁶ *Konkurs* er et juridisk begrep som beskriver det å ta samlet beslag i alle eiendelene til skyldneren. Det grunnleggende vilkår for å innlede konkursbehandling, er at skyldneren er insolvent, jf. Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1989 nr. 58 ("konkursloven" eller "kkl.") §§ 60 og 61. For øvrig er konkursboet ansett som tredjeperson i norsk rett, og er derfor et eget rettssubjekt.⁷

Rettighetskollisjonen har internasjonal tilknytning. Det må derfor avklares hvilke av de involverte lands rett som kommer til anvendelse. Dette beror på domstolslandets *lovvalgsregler (lex fori)*.⁸ Partene har imidlertid underlagt panteavtalen et annet lands rett enn den materielle bakgrunnsretten som lovvalgsreglene utpeker. Kan lovvalgsklausulen gjøres gjeldende overfor kreditorene? Problemstillingen er om det er rom for *partsautonomi* med hensyn til lovvalg for det underliggende rettslige spørsmålet. Med *partsautonomi* menes i denne sammenheng partenes frihet til selv å bestemme hvilket lands rett konflikten med kreditorene, herunder spørsmålet om rettsvern, skal reguleres av.⁹

Det er ikke uvanlig at avtaler om pant inneholder en *voldgiftsklausul*. Dette innebærer at tvister knyttet til kontrakten ikke løses av alminnelige domstoler, men av et

³ Se Falkanger (2007) s. 479. En variant av prinsippet om at ingen kan overføre bedre rett til et formuesgode enn han selv har, jf. Lilleholt (1999) s. 15.

⁴ Jf. eksempelvis Lilleholt (1999) på s. 14-17.

⁵ Det karakteristiske med tredjeperson er at han er «utenforstående», jf. Falkanger (2007) på s. 469.

⁶ Jf. pl. § 5-1 første ledd og Brækhus (2005) på s. 33-34.

⁷ Se blant annet Huser (1995) på s. 315 og LG-1994-730.

⁸ Se for øvrig avsnitt 2.2.

⁹ Se for øvrig avsnitt 2.3.5.2. Også omtalt som *lovvalgsfrihet*, *rettsvalgsfrihet* eller *partshenviing* i denne avhandlingen.

utenomrettslig tribunal.¹⁰ Voldgiftsbehandling er gjennomgående en partsstyrt prosess, og voldgiftsavgjørelsen har virkning som en rettskraftig dom. Den kan også kreves anerkjent og tvangsfullbyrdet i store deler av verden.¹¹ Avhandlingen vil undersøke om en voldgiftsdom som legger partenes lovvalg til grunn, innebærer at den utenlandske panthaveren oppnår et mer omfattende rettsvern overfor kreditorene enn hva som følger av norsk rett. Ettersom voldgiftsinstituttet i stor grad er fundert på og avhengig av partenes vilje, er mange av den oppfatning at partsautonomien er tilnærmet absolutt. Det foreligger imidlertid begrensninger i lovvalgsfriheten overfor pantsetterens kreditorer også i denne sammenheng, og det er altså disse som skal undersøkes.

1.2 Foreløpige avgrensninger

Avhandlingens tema er omfattende, og det er derfor nødvendig å foreta noen avgrensninger. For det første behandles ikke spørsmål om *jurisdiksjon* og *verneting*.¹² Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på sammenhengen mellom disse spørsmålene og rettsvalgsreglene, som består i at norske lovvalgsregler bare kommer til anvendelse om saken anlegges for norske domstoler, som i tillegg må ha jurisdiksjon.¹³

For det andre vil jeg utelukkende behandle avtaler om *pant* i *alminnelig løøsøre*.¹⁴ En panterett er en særrett til å søke dekning for et krav i bestemte formuesgoder.¹⁵ Med

¹⁰ Mer om dette i del 3, avsnitt 3.2.

¹¹ Norge er tilsluttet den såkalte New York-konvensjonen av 1958 (heretter "New York- konvensjonen" eller "konvensjonen"). Denne forplikter medlemslandene å anerkjenne og fullbyrde internasjonale voldgiftsavgjørelser fra andre stater som er tilsluttet konvensjonen. Konvensjonen trådte i kraft 7. juni 1959, og er tiltrådt av over 140 land, jf. *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 17.

¹² Hvor en sak har internasjonal tilknytning, må norske domstoler ha jurisdiksjon for å kunne behandle denne. Reglene for internasjonale verneting finnes i lov om mekling og rettergang i sivile saker av 17. juni 2005 nr. 90 ("tvisteloven" eller "tvL.") § 4-3 og i Luganokonvensjonen, jf. lov av 9. juni 2009 nr. 79 ("luganoloven"), jf. også tvL. § 4-8.

¹³ Se Konow (2006) på s. 30. Det forutsettes at norske domstoler har jurisdiksjon.

¹⁴ Det er altså løøsøre som er *sikringsobjektet* eller *panteobjektet* – det formuesgodet som det stiftes panterett i.

¹⁵ Jf. legaldefinisjonen i lov om pant av 8. februar 1980 nr. 2 (heretter "panteloven" eller "pL.") § 1-1 første ledd.

alminnelig løsøre siktes det til fysiske ting som ikke er fast eiendom, og som ikke kan registreres i et realregister.¹⁶ Fordringer, immaterielle rettigheter og andre formuesgoder som ikke har karakter av en fysisk gjenstand faller utenfor løsørebegrepet slik det brukes her.¹⁷ Bakgrunnen for denne avgrensningen er at realkreditt i løsøre reiser vanskelige lovvalgsspørsmål. I tillegg opererer ulike rettsystem med forskjellige materielle regler på området, slik at spørsmålet er så vel praktisk som viktig.

For det tredje vil bare konflikter mellom *avtalepant* og *kreditorbeslag* behandles. Reglene om løsningen av konflikter mellom kolliderende rettsstiftelser i samme formuesgode behandles i tredjepersonvernretten.¹⁸ Både situasjoner hvor pantsetterens enkeltfølgende kreditorer tar utlegg, og tilfeller der pantsetteren går konkurs, vil behandles.¹⁹ Det avgrenses altså mot andre ervervsgrunnlag, blant annet arv og gave, og øvrige konflikts- og partskonstellasjoner.²⁰

På området for dynamisk tingsrett er det ikke forholdet mellom kontraktspartene som er relevant, men forholdet mellom parter som *ikke* har noen kontraktsmessig tilknytning til hverandre, og som utleder kolliderende rett i det samme formuesgode.²¹ Det er altså ikke kontraktsrettslige spørsmål som står sentralt i denne avhandlingen, men konflikten mellom panthaveren og pantsetterens kreditorer.

¹⁶ Et *realregister* er et rettighetsregister som er «ordnet etter de formuesgoder som rettigheten gjelder», jf. pl. § 1-1 fjerde ledd.

¹⁷ Se Innst. O. nr. 19 (1979-1980) s. 13, jf. s. 25 og 26. Se også Lilleholt (1999) s. 21.

¹⁸ Også kjent som dynamisk tingsrett, som er den juridiske læren om forholdet mellom konkurrerende rettighetshavere, se eksempelvis Falkanger (2007) s. 467.

¹⁹ Samlet omtalt som *kreditorbeslag*. Spørsmålet om panthaveren har rettsvern overfor pantsetterens kreditorer og spørsmålet om kreditorekstinksjon, er to sider av samme sak.

²⁰ Tredjepersonvernretten omfatter et mangfold av rettighetskollisjoner i ulike formuesgoder, og en behandling av samtlige vil sprengte avhandlingens ramme. Særlig er det viktig å merke seg at både godtroerverv og hjemmelmannskonflikter faller utenfor avhandlingens ramme.

²¹ Falkanger uttaler at det som er karakteristisk for den dynamiske tingsretten er at den «vedrører rettighetsendringer og forholdet til tredjeperson», se Falkanger (2007) s. 467.

Jeg behandler heller ikke spørsmålet om tvisten kan være gjenstand for voldgiftsbehandling, eller spørsmålet om voldgiftsretten er bundet av partenes lovvalgsklausul.²² Nærmere avgrensninger foretas underveis i avhandlingen.

1.3 Avhandlingens rettskildebruk og metode

Det er rettsstilstanden i norsk rett som skal undersøkes i denne avhandlingen.²³

Problemstillingen har opphav i og involverer flere rettsområder, både dynamisk tingsrett, internasjonal privatrett, voldgiftsrett og prosessrett. Rettskildebildet er med andre ord omfattende. Fordi hensynet til rettsenhet særlig har fått betydning for utformingen av norsk lovvalgsrett, og fordi voldgiftslovens regler om anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse i stor grad bygger på New York- konvensjonen, er rettskildebildet også noe utradisjonelt. Som vi skal se, vil så vel utenlandske som internasjonale rettskildefaktorer tillegges større vekt enn normalt når innholdet i norsk rett skal fastlegges i denne sammenheng.²⁴

Avhandlingens problemstilling er praktisk utformet. Jeg har derfor funnet det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i konkrete typetilfeller for å illustrere teoretiske poeng. Disse er konstruerte, men det er hentet inspirasjon både fra rettspraksis og juridisk teori.

²² Partene må ha fri rådighet over tvistegjenstanden for at den skal kunne voldgis, jf. lov om voldgift av 14. mai 2004 nr. 25 ("voldgiftsloven" eller "vogl.") § 9. Se for øvrig note 151 og note 152, jf. del 3.

²³ Det legges derfor gjennomgående til grunn at saken anlegges for det norske domstolsapparatet og at lø søregjenstandene befinner seg i Norge, slik at norske lovvalgsregler kommer til anvendelse og tvangsinn drivelse nødvendiggj ør bistand fra norske myndigheter.

²⁴ Hvor det finnes få klare holdepunkter for lovvalgs vurderingen i norsk internasjonal privatrett, er det naturlig å trekke inn utenlandsk rett. Dette underbygges av fagets internasjonale karakter, jf. Konow (2006) på s. 237. Se Gaarder (2000) på s. 87: «..er det klart at utenlandske rettskilder bør spille større rolle i den internasjonale privatrett enn det som er vanlig i norsk rett». Jf. også Cordes (1999) på s. 50. I tolkningen av forhold som er til hinder for anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom, er rettspraksis og teori i tilknytning til New York-konvensjonen relevant, jf. *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) s. 246.

Flere av spørsmålene som avhandlingens tema reiser, har fortsatt ikke vært behandlet av norske domstoler og er heller ikke lov- eller konvensjonsregulert. Rettstilstanden er altså uklar. Særlig for lovvalgsspørsmålene er rettskildematerialet magert og vanskelig tilgjengelig.²⁵ I en viss grad bærer noen drøftelser derfor preg av normative vurderinger. I mangel av andre rettskildemessige holdepunkter vil reelle hensyn tillegges større vekt enn hva som ellers er vanlig. At avhandlingens problemstilling nødvendiggjør undersøkelse og samordning av flere rettsområder, skaper også visse utfordringer.

For øvrig nøyer jeg meg med å vise til del 2 og 3 i avhandlingen, hvor det fortløpende vil knyttes enkelte kommentarer til rettskilde- og metodebruken.

1.4 Oversikt over den videre fremstillingen

I del 1 i avhandlingen vil lovvalsreglene for rettighetskonflikter mellom pantlåneren og pantsetterens kreditorer behandles. Deretter vil spørsmålet om partsautonomi vurderes: Har partene lovvalgsfrihet for spørsmålet om rettsvern overfor kreditorene? Jeg behandler konflikten med henholdsvis utleggstakeren og konkursboet hver for seg.

Det sentrale tema i avhandlingen er å analysere forhold som kan begrense virkningene av voldgiftsdommen - som bygger på partenes lovvalg - overfor kreditorene. Først ved å kartlegge grensene for partenes lovvalg i internasjonal voldgift, vil man finne de egentlige begrensningene i partsautonomien i denne sammenheng. Dette behandles i del 3.

Avhandlingens konklusjoner fremsettes i del 4.

²⁵ Se blant annet Gaarder (2000) på s. 69, hvor det uttales at «..i mindre grad enn det som gjelder for andre rettsdisipliner er den internasjonale privatrett utviklet gjennom lovgivning og rettspraksis».

2 Lovvalg for konflikter mellom avtalepant og kreditorbeslag: Partsautonomi?

2.1 Innledning

De materielle reglene om rettsvern som ulike land opererer med, kan variere i større eller mindre grad. For spørsmålet om den utenlandske pantaverens erverv står seg overfor pantsetterens kreditorer, kan det derfor få avgjørende betydning hvilke av de impliserte staters rett som kommer til anvendelse. I denne delen av avhandlingen behandles for det første de norske lovvalgsreglene for rettighetskonflikten mellom pantsetterens kreditorer og pantaveren. For det andre vil det vurderes om disse lovvalgsreglene kan fravikes i en avtale mellom pantsetteren og pantaveren med virkning for kreditorene. Også øvrige begrensninger i partsautonomien vil kort omtales.

Som nevnt innledningsvis, vil jeg utelukkende behandle konflikter mellom avtalepant og kreditorbeslag i ordinært løløre. Den dynamiske tingsretten omfatter imidlertid langt flere rettighetskollisjoner enn denne. Det er viktig å merke seg at lovvalgsreglene ikke nødvendigvis er sammenfallende for alle kollisjonene.²⁶ Av fremstillingsmessige årsaker omtales rettssubjektene tidvis som A, B og S. A er et norsk selskap som pantsetter alminnelig løløre til et utenlandsk bank B, som altså erverver pant på avtalemessig grunnlag. I fellesskap benevnes disse som ”partene”. S er As kreditor – det være seg utleggstaker eller konkursbo - som tar beslag i det samme formuesgode. B og S utleder kolliderende rett i løløregjenstanden, og det oppstår en dobbeltsuksjonskonflikt.²⁷

²⁶ Se avsnitt 1.1 og 1.2 for en nærmere redegjørelse for de avgrensninger som er foretatt. Jeg viser også til Konow (2006) på s. 39 og s. 401 flg.

²⁷ For øvrig nøyer jeg meg med å vise til avsnitt 1.1 og 1.2.

Hvorvidt det foreligger partsautonomi, vil bero på om domstolslandets internasjonale privatrett aksepterer lovvalgsfrihet for det underliggende rettsspørsmålet.²⁸ En avtale om pant består både av kontraktsrettslige og tingsrettslige elementer, og dette kan gi opphav til en rekke lovvalgsspørsmål knyttet til ulike materielle problemstillinger.²⁹ For spørsmål av kontraktsrettslig art foreligger det i alminnelighet lovvalgsfrihet.³⁰ Som vi skal se, stiller dette seg annerledes for rettsvernsspørsmålets vedkommende. Dette angår ikke forholdet mellom partene, men forholdet overfor kreditorene. Spørsmålet om Bs panterett står seg overfor S, er derfor et tingsrettslig spørsmål. Det foreligger altså en sentral distinksjon mellom forholdet inter partes og forholdet vis-à-vis tredjeperson, hvor det er sistnevnte som er tema i denne avhandlingen.³¹

Med *tingsrettslig* menes i korthet rettsforholdene som angår «de materielle ting, bortsett fra den rent kontraktsrettslige side».³² I teorien er det uttalt at tingsstatuttet omfatter «rettsforhold om stiftelse, overgang og opphør av rettigheter vedrørende materielle ting», men at det må avgrenses mot rent kontraktsrettslige spørsmål.³³ I motsetning til obligatoriske rettigheter, som bare angår kontraktspartene, har tinglige rettigheter beskyttelse mot alle. Nordisk rettsvitenskap har beveget seg bort fra å opprettholde et skarp skille mellom obligatoriske og tinglige rettigheter, og ser nokså pragmatisk på sontringen. Det er imidlertid klart at rettighetskollisjoner i samme formuesgode er et forhold som må kategoriseres som tingsrettslig fordi dette angår forholdet til tredjeperson. Konow uttaler at «etter dette skiller det seg ut et kjerneområde innen panteretten som i alle fall må karakteriseres som tingsrettslig. [...] spørsmål om rettsvern og prioritet i forhold til enkeltforfølgende kreditorer og konkursbo, vil klart være av tingsrettslig karakter.»³⁴ Også i dansk rett er en konflikt mellom konkurrerende rettighetshavere ansett som tingsrettslig.³⁵ For øvrig viser jeg til Kinander (2003).

²⁸ Konow (2006) på s. 240.

²⁹ Se Konow (2006) på s. 235.

³⁰ For en nærmere omtale av kontraktsrettslige lovvalgsregler og partsautonomien, se avsnitt. 2.3.5.2.

³¹ Konow uttaler treffende at «Et kjennetegn ved kontraktspant er at denne typen sikkerhetsrettighet består dels av klassiske avtalerettslige elementer, og i tillegg har man avtalen om sikkerhet som gir virkninger av tingsrettslig karakter», se Konow (2006) s. 28. Ettersom lovvalgsreglene ikke nødvendigvis er sammenfallende, må man kvalifisere det underliggende rettslige forhold for å avgjøre hvilken som kommer til anvendelse.

³² Jf. Falkanger (2007) på s. 31, som viser til Brækhus & Hærem.

³³ Cordes (199) på s. 446.

³⁴ Se Konow (2006) s. 308. Jeg viser også til s. 266-290 for en nærmere redegjørelse for kvalifikasjonsproblematikken.

³⁵ Jf. Bang-Pedersen (2002) på s. 443: «En tingsrettslig konflikt foreligger, hvor flere personer, som har afledt deres ret fra tredjemand, hævder at have tinglige rettigheder, som er inbyrdes uforenelige»

2.2 Kort om internasjonal privatrett

Lovvalgsreglene³⁶ tilhører rettsdisiplinen internasjonal privatrett, som – til tross for et noe misvisende navn – er en del av det nasjonale rettssystemet til hvert enkelt land.³⁷

Det privatrettslige forholdet må ha tilstrekkelig internasjonal tilknytning for at lovvalgsreglene skal komme til anvendelse. Hvilken grad av tilknytning som kreves, kan fra tid til annen være tvilsomt.³⁸ Det er domstolslandets internasjonale privatrett (*lex fori*) som avgjør lovvalgsspørsmålet.³⁹ Den materielle retten som utpekes av rettsvalgsreglene, omtales som *lex causae*, *bakgrunnsretten* eller *den anvendelige retten*.⁴⁰ De norske rettsvalgsreglene er i all hovedsak ulovfestet.⁴¹ Så vel juridisk teori som rettspraksis har vært viktige bidragsytere for utviklingen av internasjonal privatrett.⁴² Til tross for at ulike staters internasjonale privatrett i liten grad er harmonisert, foreligger det i en viss utstrekning også konvensjonsbaserte lovvalgsregler.⁴³

³⁶ Lovvalgsspørsmålet er prejudisielt, og reglene er av formell karakter, jf. hhv. Gaarder (2000) på s. 20 og Cordes (1999) på s. 29. Undertiden også benevnt som *rettsvalgsregler*, se bla. Cordes (1999) s. 23. Av hensyn til variert språkbruk, vil denne avhandlingen benytte begrepene om hverandre. Se også Konow (2006) på s. 40-41. I engelsk terminologi er dette kjent som spørsmålet om *choice of law*.

³⁷ Konow uttaler at «Reglene om lovvalg er ikke internasjonale, men nasjonale. Det er domstolslandets rett som avgjør om dets eget lands regler eller fremmed rett skal legges til grunn. Man kan gjerne si det slik at det er saksforholdet som internasjonalt, ikke rettsreglene», jf. Konow (2006) s. 40. Se også Gaarder (2000) på s. 36.

³⁸ Jeg nøyter meg med å vise til Konow (2006) på s. 31 flg., da det vil føre for langt å behandle dette nærmere.

³⁹ Se blant annet Gaarder (2000) s. 56 og s. 73. Se også Moss (2010) II, på s. 295.

⁴⁰ Jf. for eksempel Moss (2007) IV på s. 679.

⁴¹ Jf. Moss (2007) IV på s. 679 og Cordes (1999) s. 47. I en viss grad er lovvalgsspørsmål lovregulert, se blant annet lov om mellomfolkeleg-privatrettslege regler for lausøyrekjøp av 3. april 1964 nr. 1 ("kjøpslovvalgsloven") og lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111.

⁴² Jf. blant annet Cordes (1999) på s. 23 og s. 47 flg.. Se også Gaarder (2000) på s. 69 flg.

⁴³ Jf. blant annet Roma-konvensjonen (Roma I), som bare gjelder for kontraktsrettslige forpliktelser. Se også for eksempel lov om veksler av 27. mai 1932 nr. 2 § 79 første ledd og lov om chekker av 27. mai 1932 nr. 3 § 58 første ledd, som er et resultat av internasjonale konvensjoner inngått i Genève i 1930 og 1931, jf. Gaarder (2000) på s. 38.

Det er *tilknytningsmomenter* eller *tilknytningsfaktorer* – faktiske omstendigheter - som avgjør lovvalgsspørsmålet.⁴⁴ Den tradisjonelle lære går ut på at retten i det landet som forholdet etter en helhetsvurdering har sterkest eller nærest tilknytning til, er *lex causae*.⁴⁵ I dommen inntatt i HR-2011-809-A uttalte førstvoterende at:

«Utgangspunktet for lovvalget er – *der det ikke finnes lov, sedvane eller andre fastere regler* som regulerer spørsmålet – å finne frem til den stat som saken etter en totalbedømmelse har *sin sterkeste eller nærmeste tilknytning til* (”Irma Mignon-formelen”)» (mine kursiveringer).⁴⁶

Dersom det finnes faste lovvalgsregler på et rettsområde, anvendes altså disse fremfor nærhetsprinsippet. Selv om den individualiserende metode gir rom for fleksible løsninger, er vurderingen utpreget skjønnsmessig og rettstilstanden derfor ofte uklar og upresis.⁴⁷ Fordelen med faste lovvalgsregler er blant annet at behovet for forutberegnelighet fremmes.⁴⁸ Hvorvidt det rettslige forholdet kan subsumeres under den aktuelle lovvalgsregelen, beror på tolkning av det underliggende materielle spørsmålet i saken.⁴⁹

⁴⁴ Jf. blant annet Gaarder (2000) på s. 85

⁴⁵ Kjent som *Irma Mignon-formelen*, jf. Rt. 1923 II s. 59. Også omtalt som *den individualiserende metode* eller *nærhetsprinsippet*, se Gaarder (2000) på s. 92 og Cordes (1999) på s. 76-77.

⁴⁶ Se avsnitt 29. Uttalelsen bygger på den såkalte *Bokhandleren i Kabul-dommen*, jf. Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 23.

⁴⁷ I HR-2011-809-A uttalte retten at «Etter ”Irma Mignon-formelen” er lovvalget ikke låst til forhåndsbestemte og faste tilknytningsmomenter. Et rettsvalg basert på tilknytning bygger på en konkret analyse og elastisk vurdering av det enkelte tilfellet.», jf. avsnitt 50.

⁴⁸ Jf. Cordes (1999) på s. 77. Se også Konow (2006) på s. 264, som uttaler at faste lovvalgsregler også er å foretrekke for panterettslige problemstillinger.

⁴⁹ Se Cordes (1999) på s. 83 flg. Også omtalt som *kvalifikasjon*. Med kvalifikasjon menes «å analysere den foreliggende sak med sikte på å finne hvilken type rettslig problemstilling man står overfor for på den måte å finne ut hvilken lovvalgsregel forholdet skal subsumeres under», jf. Konow (2006) på s. 266. Kvalifikasjonen skal som hovedregel skje etter domstolslandets rett (*lex fori*), jf. eksempelvis Cordes (1999) på s. 92 og Konow (2006) på s. 272. Se også Rt. 1995 s. 1415, på s. 1419.

Som vi skal se, har det utviklet seg mer eller mindre faste lovvalgsregler for spørsmål knyttet til rettighetskollisjoner i alminnelig løssøre mellom en avtalepanthaver og pantsetterens kreditorer. Det foreligger med andre ord bestemte tilknytningsfaktorer som avgjør hvilke av de involverte lands rett som kommer til anvendelse. Et annet spørsmål er om en lovvalgsavtale mellom pantsetteren og panthaveren kan påberopes overfor kreditorene, og på samme tid sette de alminnelige lovvalgsreglene ute av spill.

2.3 Lovvalg for konflikten mellom avtalepanthaveren og utleggstakeren

2.3.1 Innledning

Anta at et norsk selskap A låner et betydelig pengebeløp av en engelsk bank B. Som sikkerhet erverver B panterrett i alle formuesgodene som A til enhver tid eier – såkalt *generalpant*.⁵⁰ En annen kreditor S tar deretter utlegg i As maskiner. Det oppstår tvist mellom den utenlandske avtalepanthaveren og den norske kreditoren om hvem som har best prioritet. Hva sier norsk internasjonal privatrett om lovvalget for konflikten mellom B og S?

Såkalt *floating charge* er tillatt etter engelsk rett og har på nærmere bestemte vilkår vern mot etterfølgende kreditorbeslag. I norsk rett er det derimot oppstilt et forbud mot generalpant, og panteretten står seg heller ikke overfor pantsetterens kreditorer. Det vil redegjøres nærmere for de materielle bestemmelsene i engelsk og norsk rett i del 3 i avhandlingen, jf. særlig avsnitt 3.5.2 og 3.7.1.

Det legges foreløpig til grunn at løssøregjenstandene hele tiden befinner seg i Norge. Lovvalg for panteobjekter som forflyttes fra et land til et annet, reiser særskilte spørsmål og behandles i avsnitt 2.3.3 nedenfor. Videre forutsettes det at A og B ikke har foretatt noe lovvalg. Spørsmålet om partenes lovvalgsfrihet i relasjon til konkurrerende kreditorer, vurderes i avsnitt 2.3.5.

2.3.2 Hovedregel: *Lex rei sitae*

Hovedregelen med hensyn til lovvalg for tingsrettslige spørsmål knyttet til ordinært løssøre, er at retten i det landet hvor tingen befinner seg, er *lex causae*.⁵¹ Det er med

⁵⁰ Jf. pl. § 1-3 første ledd. Kjent som *floating charge* i engelsk rett.

⁵¹ Jf. Gaarder (2000) på s. 285, Cordes (1999) på s. 452-453, Moss (2010) II på s. 317, Konow (2006) på s. 265 og s. 306, RG-1958-646, RG-1963-528 og RG-1972-207.

andre ord gjenstandens beliggenhet som er den relevante tilknytningsfaktoren, og lovvalgsregelen er kjent som *lex rei sitae*.⁵² I rettslitteraturen er det uttalt at:

«Det er *lex rei sitae* som er hovedregelen ved tredjemannskonflikter i internasjonale forhold som måtte oppstå i forbindelse med eiendomsforbehold eller annen pantesikkerhet i løsøre gjenstander».⁵³

Situsregelen er ikke lovfestet eller konvensjonsregulert, men anses som sikker sedvanerett utviklet i juridisk teori.⁵⁴ Den står også sterkt i nordisk, angloamerikansk og tysk rettstradisjon.⁵⁵ I dansk teori er det uttalt at:

«Regelen om, at tinglige rettigheter over løsøre er undergivet *lex rei sitae*, har været fremherskende så længe og er fremført af så mange, at det kan være vanskelig overhovedet at forestille sig en anden regel».⁵⁶

Selv om rettslitteraturen kan ha en betydelig overbevisnings- eller argumentasjonsverdi, anses normalt ikke juridisk teori for å være en tungtveiende rettskildedefaktor.⁵⁷ Rettsvitenskapen har likevel fungert som en viktig bidragsyter for utviklingen av internasjonal privatrett, og det er flere eksempler på at domstolene har anvendt lovvalgsregler som har opphav i teorien.⁵⁸ Årsaken til dette er at mange lovvalgsspørsmål verken er løst ved lov, konvensjon eller rettspraksis, slik at rettskildematerialet gjennomgående er svært magert på dette området.⁵⁹ Av hensynet til rettsenhet er det imidlertid vel så viktig at situsregelen harmonerer med andre

⁵² Jf. blant annet Gaarder (2000) på s. 27. Også omtalt som *lex situs* eller *situsregelen*.

⁵³ Konow (2006) på s. 463.

⁵⁴ Se Cordes (1999) på s. 453. Regelen har sin opprinnelse i lovvalgsspørsmål for fast eiendom, jf. Konow (2006) på s. 307.

⁵⁵ Jf. Konow (2006) på s. 307 med henvisninger. For øvrig tar Konow også opp spørsmålet om situsregelen bør opprettholdes i dag, se s. 317 flg.

⁵⁶ Bang-Pedersen (2002) på s. 486. Se også Philip (1976) på s. 392 og s. 401.

⁵⁷ Jf. Andenæs (2009) II på s. 118-119. Andenæs hevder blant annet at juridisk teori i utgangspunktet ikke har «noen selvstendig rettskildemessig betydning».

⁵⁸ Vanligvis anvender domstolene imidlertid teorien som argumentasjon for sitt eget standpunkt, og Andenæs uttaler at det er vanskelig «å se noen egenverdi i at rettsavgjørelser er i samsvar med rettslitteraturens syn», jf. Andenæs (2009) II på s. 118-119.

⁵⁹ Jf. Konow (2006) på s. 232, Cordes (1999) på s. 49.

rettsystemers lovvalgsrett.⁶⁰ Dette styrker også partenes mulighet for å kunne forutberegne sin rettslige stilling, ved at de ikke risikerer at ulike lands internasjonale privatrett utpeker forskjellig bakgrunnsrett.⁶¹ I tillegg kan ensartede lovvalgsregler forhindre forumshopping.⁶²

Flere hensyn begrunner situsregelen. Allerede på 1800-tallet ble det fremholdt at «den som vil erverve en rettighet over løsøre gjenstanden frivillig har begitt seg av gårde til det sted der tingen er, og dermed frivillig underkaster seg rettsreglene på det sted der tingen befinner seg».⁶³ Tradisjonelt begrunnes situsregelen i statssuverenitetshensynet: Staten er suveren innenfor sitt territorium, og en naturlig følge av dette er at retten i landet hvor tingen er, må legges til grunn.⁶⁴ Staten har videre kontroll over formuesgoder som befinner seg på dens territorium. Det er særlig hvor det er aktuelt å utøve tvang, eksempelvis ved tvangssalg av et panteobjekt, at dette er sentralt.⁶⁵ På samme tid har dette landet vanligvis sterkest tilknytning til en eventuell konflikt.⁶⁶ *Lex rei sitae* kan derfor betraktes som en forlengelse eller utkrystallisering av *Irma Mignon*-formelen. Senere tendenser har gått i retning av å begrunne *lex situs* i praktiske og rettstekniske hensyn.⁶⁷ Ved å oppstille tingens beliggenhet som et fast tilknytningskriterium, har både partene og tredjemenn mulighet til å forutberegne sin

⁶⁰ Jf. blant annet HR-2011-809-A i avsnitt 46: «...forordningens lovvalgsregel bør anvendes i norsk internasjonal privatrett ut fra hensynet til behovet for rettsenhet med EU». Også Konow viser til at hensynet til ensartede lovvalgsregler står sentralt ved fastleggelsen av norsk lovvalgsrett, fordi dette letter og fremmer den internasjonale samhandelen, jf. Konow (2006) s. 238. Videre fremholdes det at hensynet til uniformitet er «et meget tungtveiende hensyn når det skal foretas et rettsvalg», se side 238. Se også Cordes (1999) på s. 49-50.

⁶¹ Jf. Moss (2010) II på s. 296 : «For å forhindre en slik uforutsigbarhet ved lovvalget legges det stor vekt på harmonisering av den internasjonale privatretten».

⁶² Jf. Konow (2006) på s. 292.

⁶³ Konow (2006) på s. 311, som redegjør for Savignys betydning for utviklingen av situsregelen i Europa.

⁶⁴ Jf. blant annet Konow (2006) på s. 313, som viser til Gjelsvik.

⁶⁵ Særlig Konow mener at denne begrunnelsen har mye for seg, se Konow (2006) s. 316. For øvrig har også landet hvor tingen er eksklusivt vernet, såkalt *forum rei sitae*, jf. Moss (2010) II på s. 299-300.

⁶⁶ Se Cordes (1999) på s. 450 og Gaarder (2000) på s. 283-284. Jf også Konow (2006) på s. 464: «Et hovedsiktemål ved lovvalgsreglene er nettopp at lovvalgsregelen presumptivt skal utpeke det lands rett der forholdet samlet sett har sin nærmeste tilknytning».

⁶⁷ Gaarder/Lundgaard uttaler blant annet at «*lex rei sitae* er den mest praktiske regel», jf. Gaarder (2000) s. 284. Se også Cordes (1999) på s. 450.

rettslige stilling.⁶⁸ At situsregelen har oppslutning i store deler av verden, er i seg selv en begrunnelse for at regelen bør legges til grunn også i norsk internasjonal privatrett.⁶⁹ Det samme er hensynet til omsetningslivet og det forhold at lovvalgsregelen stort sett er i samsvar med de berørte staters forventning.⁷⁰ Konow fremholder også at *lex rei sitae* i de fleste tilfeller vil innebære at man kommer til et godt resultat – blant annet fordi rettighetskollisjonen vanligvis oppstår i det landet hvor løsøreobjekten er.⁷¹

I eksempelet beskrevet innledningsvis, er panteobjektet hele tiden i Norge, slik at norsk rett er den anvendbare retten i henhold til *lex situs*.

Selv hvor Bs panterrett har vern mot utlegget til S etter norsk rett, må panteretten også være gyldig stiftet mellom A og B for at den skal stå seg vis-à-vis tredjeperson. Spørsmålet om gyldighet inter partes løses ikke nødvendigvis av de samme lovvalgsreglene som rettsvernsspørsmålet, selv om pantegjenstanden hele tiden befinner seg i samme land. Det er blant annet uklart om det er *lex situs* eller kontraktsrettslige lovvalgsregler som kommer til anvendelse.⁷² Lovvalget må vurderes konkret for de ulike sidene av forholdet. Dette illustrerer samtidig den sentrale sontringen i panteretten hva gjelder forholdet mellom partene og forholdet vis-à-vis tredjeperson.

Fordi situsregelen nyter bred anerkjennelse og oppslutning internasjonalt, vil lovvalgsreglene i de fleste land utpeke norsk rett i dette tilfellet. Det kan imidlertid tenkes at en annen stats internasjonale privatrett *ikke* utpeker norsk rett som *lex causae*, selv om tingen hele tiden befinner seg her. Det er som nevnt domstolslandets rettsvalgsregler som avgjør spørsmålet om lovvalg (*lex fori*). Dette kan i så fall kan oppmuntre til såkalt ”forum-shopping”: Som ledd i en strategi for å unngå norsk rett kan B forsøke å anlegge saken mot S ved et annet lands domstoler fremfor det norske domstolsapparatet. Her kan imidlertid spørsmål knyttet til verneting og jurisdiksjon oppstå. Den utenlandske panthaveren må også tvangsinn drive kravet i Norge, fordi gjenstandene som kreditoren har sikkerhet i, befinner seg her. Inndrivelsesprosessen

⁶⁸ Jf. Konow (2006) på s. 313. I forhold til tredjepersonskonflikter er det et særlig behov for en lovvalgsregel der tilknytningsmomentet lett lar seg konstantere, og dette er fremhevet som en sentral begrunnelse for *lex situs*.

⁶⁹ Jf. Konow (2006) på s. 291 flg. og s. 311. Ensartede lovvalgsregler fremmer hensynet til uniformitet.

⁷⁰ Konow (2006) på s. 313.

⁷¹ Konow (2006) på s. 317.

⁷² jf. blant annet Konow (2006) på s. 470 og 307, Cordes (1999) på s. 446-447 og s. 451 flg.

reguleres alltid av de prosessuelle reglene i *lex fori*.⁷³ Dette må særlig ses i sammenheng med at tvangsbruk bare kan utøves etter lokale regler og bare av myndighetene i landet hvor tingen er. Jeg nøyer meg med å vise til del 3 i avhandlingen, hvor dette vil behandles nærmere.

Hvordan skal *lex situs* forstås hvor panteobjektet forflyttes fra et land til et annet? Er det retten i landet hvor tingen befinner seg på stiftelsestidspunktet eller på tidspunktet for rettighetskonflikten, som er avgjørende for lovvalget?

2.3.3 Grenseoverskridende panteobjekter: Opprinnelig eller ny *lex situs*?

En norsk kjøper A og en dansk selger B inngår avtale om kjøp av et parti sykler ment for videresalg. B forbeholder seg eiendomsretten til varene inntil A har betalt kjøpesummen. Syklene sendes deretter til Norge. Kjøperen misligholder sine betalingsforpliktelser etter avtalen. B viser til eiendomsforbeholdet og krever syklene tilbakelevert. I mellomtiden har imidlertid en norsk kreditor S tatt utlegg i syklene. Det oppstår tvist mellom selgeren og utleggstakeren. Spørsmålet er hvilke av de involverte lands rett denne skal løses på grunnlag av – norsk eller dansk?

Eiendomsforbehold i varer ment for videresalg har på nærmere bestemte vilkår rettsvern mot erververens kreditorer etter dansk rett. I norsk rett er det derimot oppstilt et forbud mot salgspant i slike tilfeller, og rettsstiftelsen står seg derfor ikke mot etterfølgende kreditorbeslag.⁷⁴ Hvilket lands rett som kommer til anvendelse, får derfor avgjørende betydning for utfallet av tvisten mellom B og S.

Vi har her en situasjon hvor panteobjektet er flyttet fra et rettsystem til et annet. Dette reiser særskilte spørsmål i relasjon til situsregelen. Syklene befant seg i Danmark på tidspunktet for eiendomsforbeholdet, men er i Norge når konflikten mellom B og S oppstår. Er det opprinnelig eller ny *lex rei sitae* som skal legges til grunn?

⁷³ Se for eksempel Gaarder (2000) på s. 19: «Når det gjelder prosessuelle spørsmål, er det på det rene at norsk domstol anvender norsk rett». Se også s. 287.

⁷⁴ Avtaler om eiendomsforbehold reguleres av reglene om salgspant i norsk rett, jf. pl. § 3-22. Det følger av pl. § 3-15 annet ledd at det ikke kan stiftes salgspant i varer bestemt for videresalg. For en nærmere omtale av de materielle reglene i norsk og dansk rett, nøyer jeg meg for øvrig med å vise til del 3, avsnitt 3.9.2 i avhandlingen.

Spørsmålet er behandlet i norsk underrettspraksis. I saken gjengitt i RG-1958-646, tok en tysk leverandør eiendomsforbehold i salgsvarene. Disse ble deretter sendt til en norsk importør, som en tid senere gikk konkurs. Spørsmålet var om eiendomsforbeholdet kunne gjøres gjeldende overfor boet, og skifteretten vurderte om tysk eller norsk rett kom til anvendelse. Hovedregelen er at retten i landet hvor tingen opprinnelig befant seg, er *lex causae*, uavhengig av om denne i ettertid flyttes til et annet land. Retten kom imidlertid til at dette ikke kan gjelde ubetinget, og at det er reglene i landet hvor tingen er på tidspunktet for tredjepersonskonflikten, som avgjør rettsvernsspørsmålet. Det ble blant annet uttalt at:

«Hovedregelen etter norsk internasjonal privatrett er jo at loven i det land der tingen befant seg da den tinglige rett ble stiftet skal gjelde, selv om tingen senere kommer til et annet land. Fra denne hovedregel gjøres det imidlertid unntagelser i visse relasjoner. Selv om eiendomsretten til en ting er gyldig stiftet i ett land, kan det meget vel tenkes at denne eiendomsrett ikke kan anerkjennes i et annet land i alle kollisjonstilfelle der. I nærværende tilfelle kolliderer Hügels eiendomsrett med de interesser Gusters konkursbo har. Det er med andre ord spørsmål om Hügels eiendomsrett nyter rettsvern overfor konkursboet. Spørsmålet må besvares benektende. *Rettsvernreglene avgjøres av hva som er rett i det land tingene befinner seg.* En viser herom til Gjelsvik: *Millomfolkeleg Privatrett*, 2. utgåve, side 192, 3. avsnitt. Samme syn har Francis Hagerup: *Konkurs og Akkordforhandling*, 4. utg., side 401, 4. linje ovenfra flg.» (min kursivering).⁷⁵

Det er også verdt å merke seg at skifteretten skiller mellom lovvalg for spørsmålet om panterettens gyldighet – som i utgangspunktet bare angår forholdet mellom kjøper og selger – og lovvalsreglene for konflikten vis-à-vis konkursboet. Dette illustrerer at lovvalget for de ulike sidene av samme panteforhold ikke nødvendigvis er sammenfallende, men må vurderes konkret. Også lovvalget for spørsmålet om panterettens gyldighet inter partes reiser særskilte problem for det tilfelle at panteobjektet forflyttes fra et land til et annet. Dette faller imidlertid på siden av avhandlingen.⁷⁶

⁷⁵ Se s. 649. Konflikten var mellom selgeren og kjøperens konkursbo. Det samme må imidlertid gjelde overfor enkeltforfølgende kreditorer. For øvrig viser jeg til avsnitt 2.4.3 om forholdet mellom *lex rei sitae* og *lex concursus* – som er den alminnelige lovvalsregelen for konkursinstituttet.

⁷⁶ Jeg nøyer meg med å vise til Konow (2006) på s. 470-474.

I kjennelsen inntatt i RG-1963-528, var spørsmålet om et tysk eiendomsforbehold kunne gjøres gjeldende overfor en norsk omsetningsserverver. Også her ble ny *lex situs* anvendt.⁷⁷ Oppfatningen har støtte i juridisk teori, hvor det fremholdes at spørsmålet om salgspanthaverens rettsvern overfor kreditorene må avgjøres av retten i det landet hvor tingen er på kollisjonstidspunktet, uavhengig av om den tidligere befant seg i et annet land.⁷⁸ Lundgaard ser ut til å begrunne dette med at et utenlandsk eiendomsforbehold ikke bør gis et mer vidtgående rettsvern enn et tilsvarende norsk.⁷⁹

Det er interessant å merke seg at Cordes mfl. omtaler dette som en hjemmelmannskonflikt, og ikke som en dobbeltsuksjonskonflikt.⁸⁰ Årsaken til dette er trolig at selgeren anses for å være kjøperens hjemmelmann, fordi han har forbeholdt seg eiendomsretten til varene. I norsk rett er et slikt forbehold derimot ansett som en sikkerhetsrett, slik at selgeren er panthaver og dermed kjøperens suksessor. Dette innebærer imidlertid ingen realitetsforskjell, og vi finner begge variantene i teorien.

Det er etter dette klart at den danske selgeren ikke lenger er beskyttet av rettsvernsreglene i landet der tingen befant seg da eiendomsforbeholdet ble etablert. Varene er i Norge på tidspunktet for konflikten mellom B og S, slik at norsk rett kommer til anvendelse. Vil situsregelen imidlertid gjelde absolutt? Eller kan det tenkes rom for å modifisere hovedregelen i noen tilfeller?

⁷⁷ Jf. s. 152: «Lagmannsretten tar som utgangspunkt at rettsvirkningene av eiendomsforbeholdet blir å bedømme etter norsk rett uten hensyn til hvilket lands rett som ellers skal legges til grunn i kontraktsforholdet mellom Bakke og Rustand». Til inntekt for sitt standpunkt viser retten blant annet til oppfatningen i dansk teori. Det ble også lagt vekt på at den tyske selgeren var kjent med at varene skulle innføres til Norge, og dermed hadde så vel oppfordring som mulighet til å sikre sine interesser i samsvar med norsk rett. For øvrig viser jeg også til voldgiftsavgjørelsen inntatt i RG-1972-207, hvor retten kom til at spørsmålet om godtroerverv avgjøres etter retten i landet hvor tingen er når den avgjørende transaksjonen blir foretatt. Det ble uttalt at situsregelen er den «absolutte hovedregel i norsk rett, og at det må foreligge helt særegne omstendigheter for å fravike den», se s. 211.

⁷⁸ Jf. blant annet Cordes (1999) på s. 461-462, Gaarder (2000) på s. 288 og Konow (2006) på s. 463.

⁷⁹ Se Gaarder (2000) s. 288.

⁸⁰ Jf. Cordes (1999) s. 460 flg.

2.3.4 Den individualiserende metode som korrektiv

Lex situs gir ikke nødvendigvis den beste løsningen i alle situasjoner. Anta for eksempel at løsøreobjekten blir sendt til et tredje land for reparasjon, og at konflikten mellom B og S oppstår i denne perioden. I henhold til situsregelen vil den materielle retten i dette landet komme til anvendelse, til tross for at panteobjektet helt tilfeldig befinner seg der bare for en kort periode. Det kan da tenkes at Irma Mignon-formelen kan brukes som et overordnet korrektiv: Om Norge er det landet som har sterkest tilknytning til saken, må norsk rett legges til grunn. Til støtte for dette uttaler blant annet Konow at:

«Det at den aktuelle løsøreobjekten tilfeldigvis befinner seg i utlandet idet kollisjonsspørsmålet kommer opp, bør etter mitt syn ikke lede til at den ene av partene i konflikten får en tilfeldig fordel ved at fremmed rett plutselig skal legges til grunn».⁸¹

For øvrig viser jeg også til voldgiftsavgjørelsen inntatt i RG-1972-207. Retten uttalte at situsregelen er «den absolutte hovedregel i norsk rett, og at det *må foreligge helt særegne omstendigheter for å fravike den*» (min kursivering).⁸² Det kan altså tenkes situasjoner hvor situsregelen kan fravikes, men retten går ikke nærmere inn på hvilke det siktes til. I teorien er det blant annet vist til tilfeller hvor alle de impliserte partene er av samme nasjonalitet, men tingen befinner seg i et annet land. Den materielle retten i landet hvor partene er fra, vil fortsatt komme til anvendelse.⁸³ Om det blir nødvendig å

⁸¹ Se Konow (2006) s. 35. Det må imidlertid understrekes at dette uttales i relasjon til spørsmålet om hvor sterk internasjonal tilknytning som kreves for at lovvalgsreglene skal komme til anvendelse. Konow kommer til at det ikke er et spørsmål om lovvalg hvor begge partene er norske, men tingen helt tilfeldig befinner seg i utlandet når det oppstår konflikt mellom dem. Selv om partene i tredjepersonskonflikten er fra ulike land, slik at saken har internasjonal tilknytning, mener jeg at de samme hensyn gjør seg gjeldende hvor tingen helt tilfeldig befinner seg i et tredje land på tidspunktet for rettighetskollisjonen. Som nevnt, må det anses som en målsetting at lovvalgsreglene utpeker retten i det landet som forholdet har nærmest tilknytning til.

⁸² På s. 211.

⁸³ Se Cordes (1999) på s. 455. Til støtte for dette vises det til bruk av den individualiserende metode som korrektiv til situsregelen.

tvangsinndrive kravet, kan derimot bare myndighetene i landet hvor tingen befinner seg, utøve makt.

Konow går nærmere inn på spørsmålet om nærhetsprinsippet i noen tilfeller kan anvendes som et overordnet korrektiv hvor panteobjektet opprinnelig befant seg i et annet land. Hvor det på forhånd er klart at løsøreobjektet skal sendes ut av landet, har pantaveren en klar oppfordring til å etablere rettsvern i henhold til importlandets rett. Det kan tenkes at det ikke er mulig å etablere rettsvern etter mottakerstatens rett før tingen faktisk er ankommet. Hvor en utenforstående tredjeperson pretenderer å ha kolliderende rett i gjenstandene på tidspunktet *for innførselen* av denne, oppstår spørsmålet om hvem av partene som bør beskyttes. Konow viser til at løsningen etter andre lands lovvalgsregler ikke er sammenfallende, og at spørsmålet ikke er avklart for norsk retts vedkommende. Hennes anbefaling er imidlertid at den utenlandske pantaveren må gis en viss tid til å bringe rettsvernet i stand i samsvar med importlandets rett, og at pantaveren er beskyttet etter reglene i avsenderstaten i dette tidsrommet.⁸⁴ Konow fremholder at det vil være naturlig å «kople inn den individualiserende metode for på den måte å kunne treffe et best mulig lovvalg», og at det er i valget mellom opprinnelig eller ny *lex situs* at denne fungerer som et korrektiv.⁸⁵

Hvor det på forhånd ikke er klart at panteobjektet skal flyttes til et annet land, har heller ikke pantaveren noen oppfordring til å etablere rettsvern i samsvar med reglene i dette landet. Her har både den utenlandske pantaveren og eventuelle tredjepersoner i landet hvor tingen flyttes til, beskyttelsesverdige interesser. Også her argumenterer Konow for å anvende Irma Mignon-formelen som et korrektiv i valget mellom opprinnelig eller ny *lex situs*. Lovvalget vil bero på om forholdet har sterkest tilknytning til avsender- eller mottakerlandet.⁸⁶

⁸⁴ Konow (2006) på s. 469. Også Lundgaard slutter seg til dette i relasjon til spørsmålet om godtroerverv, jf. Gaarder (2000) s. 290. De samme hensyn gjør seg imidlertid gjeldende for konflikten med pantsetterens kreditorer.

⁸⁵ Se Konow (2006) s. 469.

⁸⁶ Jf. Konow (2006) s. 477. For øvrig redegjør Konow utførlig for lovvalgsreglene i andre land.

Det kan altså forekomme situasjoner hvor situsregelen bør fravikes. Det er særlig aktuelt å bruke den individualiserende metode som et korrektiv i valg av gammel eller ny situs når konflikten mellom rettighetshaverne oppstår på innførselsstadiet. Et annet spørsmål er hvilken betydning en lovvalgsavtale mellom A og B har for situsregelens vedkommende: Må den i så fall vike?

2.3.5 Om partenes lovvalg kan gjøres gjeldende overfor utleggstakeren

2.3.5.1 Innledning

Anta nå at A og B foretar et lovvalg til fordel for utenlandsk rett, til tross for at *lex rei sitae* utpeker norsk rett som den anvendbare retten. Bs panterett står seg overfor kreditorene til A etter den materielle retten som partene har valgt, men ikke etter norsk rett. Spørsmålet er om lovvalgs klausulen kan påberopes overfor S, slik at rettighetskollisjonen må løses på grunnlag av utenlandsk rett, eller om situsregelen er eksklusiv i denne sammenheng.

2.3.5.2 Kort om partsautonomien

Som nevnt innledningsvis, innebærer partsautonomi at partene har frihet til selv å bestemme hvilket lands rett som skal komme til anvendelse. Rettsvalgsregelen er blant annet lovfestet i kjøpslovvalgsloven § 3.⁸⁷ For øvrig anses partsautonomi som hovedregelen med hensyn til lovvalg for kontraktsrettslige spørsmål.⁸⁸ At det foreligger preseptoriske bestemmelser, er ikke alene tilstrekkelig til å utelukke lovvalgsfrihet.⁸⁹ En avtale om lovvalg innebærer imidlertid at partenes mellomværende underlegges de preseptoriske reglene i den valgte retten. Det er flere fordeler ved at partene selv kan

⁸⁷ Det følger av § 2 første ledd bokstav d at loven ikke gjelder for «spørsmål om kva verknad kjøpet har for andre enn partane (kjøpar og seljar)». Lovvalgsregelen følger også av Roma-konvensjonen art. 1.

⁸⁸ Jf. blant annet Alvik (2009) s. 47, Moss (2007) IV s. 680. Se også s. 681 flg., hvor Moss diskuterer partsautonomiens rettskildegrunnlag, og argumenterer for at lovvalgsregelen er et alminnelig prinsipp i norsk rett. Jf. Gaarder (2000) s. 231 flg.

⁸⁹ Jf. blant annet Gaarder (2000) på s. 233-236 og Konow (2006) på s. 333. Det er her som ellers domstolslandets internasjonale privatrett som avgjør om en partshenvielse kan være tilknytningspunkt. Se også Konow (2006) på s. 35-36.

bestemme hvilket lands rett som skal komme til anvendelse. Blant annet vil de ha mulighet til å forutberegne sin rettslige stilling. I internasjonale forhold har partene også behov for handlefrihet.⁹⁰ Partsautonomien gjelder imidlertid ikke absolutt. Blant annet der norsk internasjonal privatrett opererer med ufravikelige lovvalgsregler, vil partenes henvisning til et annet lands rett ikke være relevant.⁹¹

2.3.5.3 Hensyn som gjør seg gjeldende

I nasjonale forhold kan reglene om kreditorvern- og ekstinksjon ikke fravikes til skade for kreditorene. Lilleholt uttaler at:

«Reglane om kreditorvern kan *ikkje fråvikast til skade for kreditor i avtale mellom debitor og den tredjeperson som har ein konkurrerande rett*. Debitor vil normalt ikkje ha motførestellingar mot å favorisere medkontrahenten, og avtalefridom på dette området ville derfor vera farleg for kreditorane» (min kursivering).⁹²

Om lovvalgsklausulen kan gjøres gjeldende overfor kreditorene, vil partene med enkelthet kunne omgå disse begrensningene hvor forholdet har internasjonal tilknytning - ved å utpeke fordelaktig utenlandsk rett fremfor norsk rett. De vil i så fall på samme tid oppnå en utvidet materiell kontraktsfrihet. Dette tilsier at det ikke er rom for partsautonomi med hensyn til lovvalg på dette området.

Kontraktspartene vil naturligvis av flere årsaker kunne se seg tjent med selv å bestemme hvilket lands rett som skal regulere potensielle rettighetskonflikter med kreditorene. Lovvalgsfrihet vil blant annet fremme behovet for forutberegnelighet: Hvor det nærmere innholdet i lovvalgsreglene er usikkert, kan partene gjennom en lovvalgsavtale oppnå avklaring.⁹³ Også behovet for handlefrihet i forhold som er internasjonale, tilsier at partene bør innrømmes en viss frihet med hensyn til lovvalget. Videre vil de

⁹⁰ Jf. Konow (2006) på s. 333.

⁹¹ Se for eksempel Cordes (1999) på s. 342-343.

⁹² Jf. Lilleholt (1999) på s. 171.

⁹³ Jf. Konow (2006) på s. 333. For en alminnelig behandling av hensynet til forutberegnelighet, viser jeg også til Konow (2006) på s. 293 flg.

materielle reglene i ulike land vil ofte variere. Ved at partene selv kan bestemme bakgrunnsretten, gis de mulighet til å konstruere et fordelaktig arrangement.

For det tilfelle at det oppstår tvist med pantsetterens kreditorer, vil det imidlertid være betenkelig om partene kan bestemme bakgrunnsretten for løsningen av denne:

Kreditorenes vern i den egentlig anvendbare retten vil i så fall kunne svekkes i større eller mindre grad. Disse er heller ikke part i lovvalgsavtalen, og har derfor ingen mulighet for å påvirke utformingen av avtalen eller ivareta sine interesser på andre måter. Rettstilstanden kan bli så vel usikker som tilfeldig for kreditorenes vedkommende. Dette tilsier at situsregelen ikke kan fravikes med virkning for kreditorene i en lovvalgsavtale mellom A og B. Også hensynet til et oversiktlig og velfungerende kredittliv tilsier at partene ikke har lovvalgsfrihet i denne sammenheng.⁹⁴

2.3.5.4 Konklusjon: Les situs er eksklusiv

Det ovenstående tilsier at lovvalgsavtalen mellom A og B ikke kan påberopes overfor S. Konflikten mellom avtalepantet og utlegget må løses på grunnlag av retten i det landet hvor panteobjektet befinner seg på tidspunktet for rettighetskollisjonen. Lex situs fungerer altså som en internasjonal begrensning for at partene kan unngå anvendelse av den egentlig anvendbare retten. Lovvalgsregelen er eksklusiv, og Konow oppsummerer slik:

«Av de stater som jeg har undersøkt lovvalgsreglene til, finner man altså *ingen eksempler* på at det aksepteres at partenes lovvalgsavtale kan gjøres gjeldende overfor tredjemenn. En så entydig oppfatning internasjonalt av at situsregelen er preseptorisk i forhold til tredjemenn, må få betydning for hvordan regelen skal forstås etter norsk rett. Selv om partene har et forståelig behov for å kunne forutberegne sin rettsstilling vis-à-vis tredjemenn, *må regelen også i norsk internasjonal privatrett være at situsregelen ikke kan fravikes når det er tale om tredjemannskonflikter*» (mine kursiveringer).⁹⁵

⁹⁴ Jf. Konow (2006) på s. 332.

⁹⁵ Konow (2006) på s. 488.

Også Moss fremholder at partenes lovvalg ikke har noen innvirkning på tredjepersons rettslige stilling, da dette faller utenfor partsautonomiens rekkevidde.⁹⁶ Lovvalget for løsningen av konflikten mellom B og S må altså løses uten å ta lovvalgsklausulen i betraktning.⁹⁷

Et annet spørsmål er om partene har lovvalgsfrihet med hensyn til forhold som bare angår dem, og ikke en utenforstående kreditor. Konow uttaler blant annet at «I forholdet mellom panthaver og pantsetter kunne det tenkes være rom for at partene selv kan avtale etter hvilket lands rett deres mellomværende skal bedømmes».⁹⁸ Moss fremholder at det foreligger partsautonomi med hensyn til lovvalg for de delene av avtalen som bare har obligatoriske virkninger mellom partene.⁹⁹

2.4 Lovvalg for konflikten mellom avtalepanthaveren og konkursboet

2.4.1 Innledning

En utenlandsk bank B har lånt en betydelig sum penger til et norsk selskap A. Det viser seg etter hvert at As økonomiske stilling er svært svak. A går derfor med på å avtalepantsette varelageret til sikkerhet for lånet. Banken tinglyser umiddelbart panteretten på skyldnerens blad i Løsøreregisteret. Noen få dager senere går A konkurs, og konkurs åpnes i Norge.¹⁰⁰ Boet (S) anlegger søksmål om omstøtelse av Bs panterett. Hva sier norsk internasjonal privatrett om lovvalget for spørsmålet om omstøtelse?

⁹⁶ Se blant annet Moss (2010) II s. 317 og s. 320, Moss (2007) III på s. 4,7 og 13.

⁹⁷ Se for øvrig Philip (1976) på s. 388 flg.: Også i dansk rett er lovvalgsreglene eksklusive i forhold til tredjepersoner.

⁹⁸ Konow (2006) på s. 315-316. Jf. også s. 487-488: Enkelte stater opererer med begrenset partsautonomi for de rent kontraktrettslige spørsmålene knyttet til en panterett.

⁹⁹ Moss (2010) II på s. 317.

¹⁰⁰ Det ligger på siden av denne avhandlingen å redegjøre for norsk konkursjurisdiksjon, og jeg nøyer meg med å vise til blant annet Huser (1988) på s. 441 flg. Jurisdiksjon er imidlertid en nødvendig forutsetning for lovvalgsspørsmålets vedkommende. Det legges derfor til grunn at vilkårene for å åpne konkurs i Norge er oppfylt. Når det først er innledet insolvensbehandling i Norge, virker denne universelt i den forstand at også midler som skyldneren har i andre land inngår i generalbeslaget etter dekl. § 2-2. Noe annet er derimot spørsmålet om øvrige stater vil anerkjenne en norsk konkurs, slik at universaliteten ikke bare er tilsynelatende, men også reell.

Etter norsk rett kan pant for eldre gjeld omstøtes i medhold av lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 (”dekningsloven” eller ”deknl.”) § 5-7.¹⁰¹ Det legges til grunn at rettssystemet i landet hvor B har forretningssted, ikke opererer med tilsvarende bestemmelser. Lovvalget får derfor avgjørende betydning for utfallet av tvisten.¹⁰²

As varelager kan enten være lokalisert i Norge eller i et annet land. Det legges foreløpig til grunn at panteobjektene befinner seg i boåpningslandet. Forholdet mellom konkursrettslige lovvalgsregler og *lex situs* behandles nedenfor i avsnitt 2.4.3. Videre forutsettes det at A og B ikke har inngått noen lovvalgsavtale, og spørsmålet om partsautonomi vurderes særskilt i avsnitt 2.4.4.

2.4.2 Hovedregel: *Lex fori concursus*

En konkursbehandling kan fra tid til annen omfatte rettslige eller faktiske forhold med tilknytning til flere stater enn boåpningslandet, deriblant hvor skyldneren driver virksomhet eller har verdier i utlandet.¹⁰³ Under slike omstendigheter aktualiseres lovvalgproblematikken: Hvilke av de impliserte staters rett skal komme til anvendelse? Mange spørsmål av ulik karakter kan oppstå i relasjon til konkursbehandlingen. Lovvalget er ikke nødvendigvis sammenfallende for disse, men må vurderes konkret. Med unntak av den såkalte nordiske konkurskonvensjonen,¹⁰⁴ finnes det ingen norsk regulering på området. Temaet er heller ikke i nevneverdig grad behandlet av domstolene eller i juridisk teori.¹⁰⁵ Høsten 2009 begynte imidlertid et arbeid med å vurdere hvordan Norge bør regulere internasjonale insolvensrettslige spørsmål, og det er nettopp den usikre rettsstilstanden som er bakgrunnen for dette:

«Justisdepartementet ønsker en utredning av norsk internasjonal insolvensrett, og at det utarbeides et forslag til lovregulering. Bakgrunnen for oppdraget er at norsk

¹⁰¹ Bestemmelsen behandles i avsnitt 3.10.3.

¹⁰² For en nærmere behandling av de materielle reglene nøyer jeg meg med å vise til del 3 i avhandlingen, jf. avsnitt 3.10.

¹⁰³ Ofte benevnt som *internasjonal konkursrett*, *internasjonal insolvensrett* eller *grenseoverskridende konkurs*. Kjent som *cross border insolvency* i internasjonal rett.

¹⁰⁴ Mellom de nordiske land er det inngått en konvensjon om gjensidig anerkjennelse av konkurs åpnet i en av de kontraherende stater, jf. Konvensjonen mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs, av 7. november 1933 (”nordisk konkurskonvensjon”). Konvensjonen regulerer også lovvalgsspørsmålet, og er den eneste Norge er tilsluttet på området.

¹⁰⁵ Konow uttaler blant annet at «verken norsk rettspraksis eller juridisk litteratur kan sies å ha løst denne type lovvalgsspørsmål», jf. Konow (2006) s. 490.

rett mangler en god regulering av insolvensbehandlinger som berører flere stater. I tillegg har norsk utenrikshandel økt betydelig i løpet av de siste årene, og det antas å bli økende behov for en regulering av slike insolvensbehandlinger».¹⁰⁶

Utredningen inneholder to hovedelementer. For det første foreslås det å gjøre EUs konkursforordning til en del av norsk rett gjennom en gjensidig forpliktende avtale med EU.¹⁰⁷ For det andre fremlegges et ukast til alminnelige lovbestemmelser om norsk internasjonal insolvensrett, som foreslås inntatt som en del av konkursloven.¹⁰⁸ Selv om det fortsatt ikke er klart om forslagene vil bli gjennomført, vil det i en viss grad hentes rettskildemessig inspirasjon fra utredningen. Årsaken til dette er at den inneholder uttalelser om gjeldende rett, og at forslagene bygger på EUs konkursforordning. Som vi skal se, bør norsk internasjonal privatrett velge tilsvarende løsning som medlemslandene hvor rettstilstanden ikke er avklart.

Det synes å være en utbredt enighet i norsk teori om at *lex fori concursus* er hovedregelen med hensyn til lovvalg i konkursrettslig sammenheng: Det er konkursåpningslandets rett som kommer til anvendelse. Huser uttaler blant annet at:

«For den norske konkursbehandling må norske rettsregler komme til anvendelse, hva enten det gjelder prosessuelle eller materielle rettsspørsmål. Norsk rett avgjør således for eksempel hva som inngår i boets masse, og omstøtelse vil kunne finne sted i henhold til norske regler».¹⁰⁹

Også internasjonalt har *lex concursus* bred oppslutning.¹¹⁰ EU har regulert lovvalg for spørsmål som oppstår ved grenseoverskridende konkurs.¹¹¹ Hovedregelen er at

¹⁰⁶ Jf. Utredning om norsk internasjonal insolvensrett ("utredningen"). Denne er nylig ferdig på høring, og stort sett alle høringsinstansene var positive.

¹⁰⁷ Konkursforordningen behandles nærmere nedenfor.

¹⁰⁸ Norge har mange viktige handelsforbindelser utenfor EU. Utredningen kommer derfor til at det foreligger et behov for alminnelige jurisdiksjons- og lovvalgsregler.

¹⁰⁹ Huser (1988) s. 466. Også Konow fremholder at hovedregelen er *lex concursus* for problemstillinger av *konkursrettslig art*, jf. Konow (2006) s. 476.

¹¹⁰ Se blant annet Bogdan (1984) på s. 94.

konkursåpningslandets rett regulerer alle forhold ved insolvensbehandlingen.¹¹² Norge er ikke bundet av forordningen, men det er altså fremsatt forslag om å implementere denne i norsk rett gjennom en gjensidig forpliktende avtale med unionen. Konow uttaler for øvrig at:

«I den grad løsningen er uklar etter norsk rett, tilsier hensynet til enhetlige lovvalgsregler med et så viktig område som EU, at vi i norsk internasjonal privatrett bør velge den tilsvarende regel hvis ikke det er gode grunner for en annen løsning».¹¹³

I den såkalte *Bokhandleren i Kabul-dommen* inntatt i Rt. 2009 s. 1537, ble det også fremholdt at hensynet til rettsenhet taler for å legge vekt på EU-landenes løsning av lovvalgsspørsmål, såfremt det ikke er avvikende lovregulering i norsk rett.¹¹⁴ Endelig opererer den nordiske konkurskonvensjonen med *lex fori concursus* som hovedregel.¹¹⁵

På denne bakgrunn må *lex fori concursus* anses som hovedregelen med hensyn til lovvalg i norsk internasjonal insolvensrett. Om konkurs er åpnet i Norge, innebærer dette at alle sider ved insolvensbehandlingen i utgangspunktet skal reguleres av norsk rett.¹¹⁶ I likhet med *lex situs* kan lovvalgsregelen anses som en form for presisering av

¹¹¹ Jf. Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 av 29. mai 2000 om konkurs ("EUs konkursforordning", "konkursforordningen"). Denne er i utgangspunktet bindende for alle medlemslandene, med unntak av Danmark som har tatt forbehold. For en nærmere behandling av forordningen, nøyer jeg meg med å vise til fremstillingen i Virgos/Garcimartin (2004), Fletcher (2005), Israël (2005) og Moss/Fletcher/Isaacs (2009).

¹¹² Jf. art. 4.

¹¹³ Se s. 491. Se også Moss (2010) II som fremholder at det bør legges stor vekt på harmonisering av den internasjonale privatretten for å forhindre uforutsigbarhet, jf. s. 296.

¹¹⁴ Se premiss 34. Jeg viser også til Konow (2006) på s. 292, hvor det argumenteres for at enhetsbetraktninger tilsier at man bør falle ned på det resultat som i størst mulig grad harmonerer med andre lands løsninger.

¹¹⁵ Jf. art. 1.

¹¹⁶ Det er særlig bestemmelsene i dekningsloven som er aktuelle, hvor blant annet spørsmålet om boets beslagsrett, omstøtelse og fordelingen av bomassen mellom fordringshaverne kan nevnes. Prosessuelle spørsmål vil i hovedsak reguleres av konkursloven. Dette er for øvrig i samsvar med det anerkjente

den individualiserende metode: Konkursrettslige forhold formodes å ha sterkest tilknytning til landet hvor insolvensbehandlingen er innledet. Flere hensyn begrunner *lex concursus*. I utredningen er det treffende uttalt at:

«Medlemsstatenes domstoler har best forutsetninger for å anvende sine egne materielle og prosessuelle insolvensrettslige regler. Slik kan man unngå at kostnadene ved bobehandlingene øker fordi domstolene må bruke ressurser på å sette seg inn i andre medlemsstaters regulering. Skyldnerens kreditorer vil også ha bedre grunnlag for å forutberegne sin rettsstilling, og likebehandling sikres ved at alle skyldnerens kreditorer som utgangspunkt må forholde seg til de samme insolvensrettslige reglene. Det er også et alminnelig akseptert prinsipp i den internasjonale insolvensrett at *lex concursus* som hovedregel får anvendelse.»¹¹⁷

I eksempelet beskrevet innledningsvis er konkurs åpnet i Norge. Omstøtelseskravet må derfor bedømmes etter norske rettsregler, jf. dekl. kap. 5. Denne oppfatningen har støtte i så vel norsk som skandinavisk internasjonal-privatrettslig litteratur.¹¹⁸ Også i henhold til EUs konkursforordning og den nordiske konkursskonvensjonen vil boåpningslandets rett regulere spørsmål om omstøtelse.¹¹⁹

prinsippet om at domstolslandet alltid anvender prosessreglene i *lex fori*, jf. for eksempel Gaarder (2000) s. 19.

¹¹⁷ Se s. 37 i utredningen. Selv om disse uttalelsene knytter seg til konkursforordningens hovedregel, vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende i norsk internasjonal insolvensrett. For øvrig peker Konow på fordelene med at alle krav avgjøres etter konkursåpningslandets rett, se Konow (2006) s. 489.

¹¹⁸ Se blant annet Konow (2006) på s. 491, som særlig henviser til Bogdan til støtte for sitt syn. Konow karakteriserer for øvrig omstøtelse som et *konkurstypisk* spørsmål fordi problemstillingen bare er aktuell i forbindelse med insolvensbehandling, og er knyttet til konkursens hovedformål om å beskytte kreditorenes interesser.

¹¹⁹ Jf. henholdsvis art. 4, annet ledd bokstav m og art. 1. Som påpekt innledningsvis, er det foreslått at lovvalgsbestemmelsene i EUs konkursforordning skal gjøres til en del av norsk rett. Dette gjelder også lovvalget for spørsmålet om omstøtelse. Jeg viser også til utredningen s. 39 og s. 42. For øvrig foreslås det en alminnelig regel om at omstøtelseskrav løses av *lex concursus*, se utkast til § 171 på side 82 i utredningen.

Det har foreløpig blitt lagt til grunn at panteobjektet hele tiden befinner seg i landet hvor konkurs er åpnet, slik at også situsregelen utpeker norsk rett som den anvendbare retten. Dette kan derimot stille seg annerledes om tingen er i utlandet, eller om den opprinnelig var i et annet land da panteretten ble stiftet, men senere befinner seg i konkursåpningslandet. Det kan altså forekomme situasjoner hvor lex situs utpeker en annen bakgrunnsrett enn lex concursus. Hvordan løses i så fall lovvalget?

For spørsmålet om omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld vil derimot lex concursus komme til anvendelse uavhengig av om panteobjektet befinner seg i et annet land. Jeg viser blant annet til utredningen side 39, hvor det presiseres at lex concursus regulerer omstøtelse av pant, og ikke lex situs. Også Konow fremholder at omstøtelseskrav reguleres av konkursåpningslandets rett.¹²⁰ Hvor vi er utenfor omstøtelsestilfellene og over i spørsmålet om panteretten har rettsvern overfor konkursboet, vil, som vi skal se, dette imidlertid stille seg annerledes.

2.4.3 Særlig om forholdet til situsregelen

Anta at en dansk selger B har tatt eiendomsforbehold i varene, og at disse fortsatt befinner seg i Danmark når den norske kjøperen A går konkurs. Insolvensbehandlingen innledes i Norge, og B krever separatistrett i varene. Situsregelen utpeker dansk rett som lex causae. I henhold til lex fori concursus vil derimot norske rettsregler komme til anvendelse. Etter dansk rett har selgeren vern mot konkursboet, mens eiendomsforbeholdet ikke står seg etter norsk rett. Lovvalget får derfor avgjørende betydning for utfallet av tvisten. Hvordan er forholdet mellom disse lovvalgsreglene?

Også her er rettstilstanden uklar i norsk internasjonal privatrett. I avgjørelsen gjengitt i RG-1958-646 – hvor spørsmålet nettopp var om selgerens eiendomsforbehold sto seg overfor konkursboet – uttalte skifteretten at det er rettsvernsreglene i landet hvor tingen befinner seg, som kommer til anvendelse.¹²¹ I denne saken var imidlertid panteobjektet i konkursåpningslandet på tidspunktet for rettighetskonflikten. Forholdet mellom lex rei sitae og lex concursus ble trolig av den årsak ikke problematisert nærmere.

¹²⁰ Jf. Konow (2006) s. 491.

¹²¹ På s. 649.

I rettsvitenskapen synes oppfatningen å være at det er *lex situs*, og ikke *lex concursus*, som avgjør lovvalget.¹²²

Den nordiske konkurskonvensjonen regulerer forholdet mellom hovedregelen om *lex concursus* og *lex rei sitae*. Det følger av art. 5 at «spørsmål om panthaveres rett til under konkursen å søke dekning av pantet avgjøres etter loven i *den stat hvor pantet finnes ved konkursens åpning*» (min kursivering), jf. første ledd. Dette er i samsvar med EUs konkursforordning, og forslaget om reform av norsk internasjonal insolvensrett.¹²³ I utredningen uttales det at «hvis løsøretingen befinner seg i for eksempel Danmark eller Sverige, og det er tale om en norsk konkurs, vil kjøperens rettsvern altså normalt bli bedømt etter dansk eller svensk rett, ikke etter norsk rett i egenskap av *lex concursus*.»¹²⁴ Hvor panteobjektet befinner seg i et annet land enn konkursåpningslandet, beror rettsvernsspørsmålet altså på reglene i *lex situs*, uavhengig av om reguleringen er avvikende i *lex concursus*. Begrunnelsen kan blant annet søkes i behovet for klarhet med hensyn til hvilket lands rett som skal legges til grunn. Dette må anses som sentralt for kredittgiveren og på samme tid også for et velfungerende omsetningsliv. Det er grunn til å anta at panthaveren har gode grunner for å innrette seg i tillit til at sikkerhetsretten reguleres av *lex situs*, og en eventuell grenseoverskridende konkurs bør ikke påvirke dette.

I lys av det ovenstående taler de beste grunner etter mitt syn for at *situs*regelen avgjør lovvalget, og ikke *lex concursus*. Ettersom varene befinner seg i Danmark på

¹²² Jf. blant annet Cordes (1999) på s. 461: «Om eiendomsforbeholdet har rettsvern overfor erververens kreditorer, bedømmes etter tingsstatuttet. Her vil det være retten i den stat der tingen befinner seg når rettsvernet blir påberopt.» For øvrig viser jeg til Konow (2006) på s. 462 flg. og Gaarder (2000) på s. 287, hvor det fremholdes at *situs*regelen kommer til anvendelse for spørsmålet om panteretten står seg overfor konkursboet. Det må imidlertid understrekes at heller ikke her problematiseres forholdet til *lex concursus*, i alle fall ikke uttrykkelig.

¹²³ Jf. art. 5 og art. 7 i EUs konkursforordning, som begge opererer med *lex situs*. For norsk retts vedkommende anses eiendomsforbehold som salgspant, slik at reglen i art. 7 strengt tatt er overflødig.

¹²⁴ Jf. s. 77. Det fremholdes også at «de beste grunner taler trolig for å bygge på den også i norsk rett», se s. 78.

tidspunktet for boåpningen, vil altså dansk rett regulere spørsmålet om eiendomsforbeholdet har rettsvern overfor kjøperens konkursbo eller ikke.

Noe annet er om eiendomsforbeholdet ble stiftet da varene befant seg i Danmark, men er i Norge når konkurs åpnes. I så fall vil *lex situs* på tidspunktet for rettighetskonflikten være avgjørende, slik at norsk rett kommer til anvendelse. I en slik situasjon er det ikke nødvendig å skille mellom *situs*regelen og *lex concursus*. Jeg nøyer meg med å vise til avsnitt 2.3.3, hvor lovvalgsspørsmålet for panteobjekter som krysser landegrensene er behandlet.

2.4.4 Rom for lovvalgsfrihet?

2.4.4.1 Hensyn som gjør seg gjeldende

Blant annet av hensyn til forutberegnelighet og behovet for fleksibilitet vil partene forståelig nok se seg tjent med selv å bestemme hvilket lands rett som skal regulere forholdet vis-à-vis den enes konkursbo. Insolvensbehandlingen involverer imidlertid en rekke øvrige kreditorer. Om reglene som partene har valgt, gir kredittgiveren større vern overfor boet enn hva bakgrunnsretten tilsier, vil det naturligvis være betenkelig å godta partshenvisningen på bekostning av kreditorfelleskapets interesser. Dette vil favorisere kreditoren på bekostning av de øvrige. Også hensynet til enhetlig behandling av samtlige krav tilsier at lovvalgsfriheten bør være begrenset.¹²⁵ For øvrig gjør de samme hensyn som beskrevet ovenfor i avsnitt 2.3.5.3 seg gjeldende.

2.4.4.2 Konklusjon: Lovvalgsreglene er ufravikelige

En lovvalgsavtale mellom A og B kan ikke påberopes overfor As konkursbo. Lovvalgsreglene – både *lex concursus* og *lex situs* – er ufravikelige i denne sammenheng. Cordes mfl. uttaler blant annet:

«Tilsvarende gjelder for regler som er gitt for å beskytte kreditorer under en konkurs (f.eks dekningsloven § 7-3). Slike lovbestemmelser kan ikke fravikes ved en lovvalgsavtale».¹²⁶

For øvrig nøyer jeg meg med å vise til avsnitt 2.3.5.4.

¹²⁵ Se blant annet Konow (2006) på s. 298.

¹²⁶ Se Cordes (1999) s. 345.

2.5 Øvrige begrensninger i partsautonomien

2.5.1 Innledning

Anta at A og B vedtar et lovvalg til fordel for dansk rett. Panteobjektet befinner seg hele tiden i Danmark. Lex situs utpeker reglene i dette landet som bakgrunnsrett også om konkurs åpnes i et annen stat. Partenes lovvalgsavtale er derfor strengt tatt unødvendig.¹²⁷ Andre begrensninger kan fortsatt være til hinder for at forholdet utelukkende reguleres av dansk rett. Samtidig innebærer dette at heller ikke partenes lovvalgsavtale kan opprettholdes fullt ut. For det første er noen bestemmelser i nasjonal rett ansett som så grunnleggende at de får anvendelse selv hvor norsk internasjonal privatrett utpeker fremmed rett som *lex causae* (*internasjonalt preseptoriske regler*). For det andre vil de utenlandske rettsreglene ikke blir lagt til grunn om dette vil føre til et resultat som er i strid med norsk rettsorden (*ordre public*).

Begrensningene gjør seg gjeldende helt uavhengig av partenes lovvalgsklausul, og faller derfor strengt tatt på siden av oppgavens tema. For sammenhengens skyld omtales begrensningene likevel kort.

2.5.2 Internasjonalt preseptoriske regler

Bestemmelser i norsk rett som anses som internasjonalt preseptoriske, kommer altså til anvendelse selv hvor norske lovvalgsregler utpeker et annet lands rett som *lex causae*.¹²⁸ Med unntak av noen få spredte lovbestemmelser foreligger det ingen regulering av hvilke regler som har status som internasjonalt preseptoriske.¹²⁹ Grensedragningen er med andre ord overlatt til domstolenes skjønn, basert på en tolkning av den aktuelle regel. I korthet må bestemmelsen ivareta så tungtveiende

¹²⁷ Som vi har sett, er imidlertid lovvalgsreglenes nærmere innhold ofte uklart. Partene kan derfor se seg tjent med uttrykkelig å fastslå hvilket lands rett som skal komme til anvendelse.

¹²⁸ Også omtalt som *inngrepsnormer* og *internasjonalt direkte anvendelige lover*, jf. eksempelvis Rt. 2002 s. 180, Rt. 2009 s. 1537, Moss (2007) IV s. 702 flg. Kjent som *overriding mandatory rules* i internasjonal rett.

¹²⁹ Jf. blant annet lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56 § 3 og lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34 § 3.

hensyn at den bør gis direkte anvendelse.¹³⁰ Det er ikke tilstrekkelig at bestemmelsen er preseptorisk.¹³¹ Domstolene bør også være tilbakeholdne med å klassifisere en nasjonal regel som internasjonalt preseptorisk.¹³²

Det må erkjennes at det vanskelig kan fastslås hvilke bestemmelser i pante- og konkursretten som er internasjonalt preseptoriske.¹³³ Moss fremholder imidlertid at «Another overriding interest is the protection of the security of rights and *of third parties*, such as in the fields of incorporation of legal entities, *insolvency and property*» (mine kursiveringer).¹³⁴ Det kan altså tenkes at noen regler på disse områdene kommer direkte til anvendelse, uavhengig av *lex situs* eller *lex concursus* og partenes lovvalgsavtale. Av hensyn til avhandlingen omfang, vil det føre for langt å gå nærmere inn på denne grensedragningen.¹³⁵

For sammenhengens skyld må det nevnes at Roma-konvensjonen har bestemmelser om internasjonalt preseptoriske regler i art. 9:

«1. Overordnede præceptive bestemmelser er bestemmelser, hvis overholdelse at et land anses for at være så avgjørende for beskyttelsen af dets offentlige interesser, som f.eks. dets politiske, sociale og økonomiske struktur, at bestemmelsene finder anvendelse på alle forhold, der falder ind under deres anvendelsesområde, uansett hvilken lov der i øvrig skal anvendes på aftalen i henhold til denne forordning.

2. Intet i denne forordning begrænser anvendelsen af overordnede præceptive bestemmelser i domstolslandets lov.»

¹³⁰ Se Cordes (1999) på s. 345: «Det vil si om de interesser som bestemmelsen skal beskytte, anses som så tungtveiende at regelen må gis internasjonal gjennomslagskraft.»

¹³¹ Moss (2007) III, på s. 19. Moss (2007) IV på s. 702 flg.

¹³² Moss (2010) II på s. 709: «Domstolene bør tolke normen om internasjonalt preseptoriske regler restriktivt, for på den måten å unngå at forutsigbarhet i lovvalget undergraves ved at norsk rett hyppig griper inn til fortrenghet for bakgrunnsretten. Også lovgiveren bør være tilbakeholden med å gi internasjonalt preseptoriske regler.»

¹³³ I litteraturen er det blant annet uttalt at «Det hersker stor usikkerhet om hvilke regler som kan anses å ha internasjonalt preseptorisk karakter», jf. Moss (2007) IV på s. 703.

¹³⁴ Moss (2007) III s. 21-22.

¹³⁵ Jeg nøyer meg med å vise til blant annet Moss (1999) hvor spørsmålet om hvilke regler som kan anses som internasjonalt preseptoriske er nærmere behandlet.

Konvensjonen gjelder bare for kontraktsrettslige forpliktelser, jf. art. 1. Norge er ikke bundet av denne, men har en tilsvarende regulering av lovvalg for kontraktsrettslige spørsmål.¹³⁶ Lovvalg utenfor kontraktsforhold ventes regulert av en egen forordning – den såkalte Roma II.¹³⁷

2.5.3 Ordre public-reservasjonen

Ordre public er en ytterligere begrensning i partsautonomien. Anvendelsen av fremmed rett må vike dersom resultatet av dette vil være uforenelig med fundamentale rettsprinsipper i domstolslandets rettsystem.¹³⁸ Reservasjonen er ulovfestet, men kommer blant annet til syne i kjøpslovvalgsloven § 5.¹³⁹ I dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1537 uttalte retten at «Et «ordre public»-forbehold er et forbehold om at den fremmede retten må vike dersom anvendelsen av fremmed rett vil føre til et resultat som *strider sterkt* med vår rettsfølelse» (min kursivering).¹⁴⁰ Reservasjonen må med andre ord anvendes med forsiktighet, og er forbeholdt de mest graverende tilfellene.¹⁴¹ Hvilke rettslige prinsipper som er tilstrekkelig fundamentale til at de er beskyttet av ordre public-reservasjonen, beror på en sammensatt og konkret vurdering.¹⁴² I teorien er det imidlertid fremholdt at reglene om beskyttelse av kreditorer ved insolvens, vanligvis anses som fundamentale i et rettssystem.¹⁴³

¹³⁶ Jf. eksempelvis Moss (2007) IV s. 680.

¹³⁷ Jf. Moss (2007) IV s. 679-680.

¹³⁸ HR-2011-809-A, avsnitt 52: «Det følger av bokhandlerdommen avsnitt 37 at et "ordre public"-forbehold er et forbehold om at fremmed rett må vike dersom anvendelsen av den fremmede retten vil føre til et resultat som strider sterkt mot vår rettsfølelse.»

¹³⁹ Jf. Rt. 2009 s. 1537, Cordes (1999) på s. 165, Gaarder (2000) på s. 101. Også omtalt som *public policy* i internasjonal rett. Moss uttaler at ordre public må anses som «et ulovfestet prinsipp som gjelder i alle rettsområder», jf. Moss (2007) IV s. 710.

¹⁴⁰ Jf. avsnitt 37. Se også HR-2011-809-A avsnitt 52, som viser til *Bokhandleren i Kabul-dommen*.

¹⁴¹ Se også Konow (2006) på s. 232 og Moss (2007) IV på s. 710.

¹⁴² Jf. Moss (2007) IV s. 711. Moss viser også til at innholdet i ordre public-reservasjonen kan variere med tiden og fra land til land, og at den derfor må tolkes dynamisk. Hvor sterk tilknytning saken har til Norge, kan for øvrig få betydning for ordre public-vurderingen, og Lundgaard uttaler at «er tilknytningen svak, kan man være mer tilbøyelig til å anerkjenne en fremmed regel, selv om den ikke er i samsvar med våre etiske og sosiale prinsipper» jf. Gaarder (2000) s. 108.

¹⁴³ Se Moss (2007) IV på s.712. Det kan tenkes at disse bestemmelsene også er internasjonalt preseptoriske.

Både vurderingen av hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske, og ordre public-forbeholdet baserer seg på verdivurderinger, men har på samme tid forskjellige funksjoner. Nasjonale bestemmelser som gis direkte anvendelse fungerer positivt, mens forhold som utelukker utenlandsk rett virker negativt.¹⁴⁴ Fra tid til annen er derfor internasjonalt preseptoriske regler omtalt som positiv ordre public.¹⁴⁵

En voldgiftsdom som virker støtende på rettsordenen, må settes til side som ugyldig eller nektes anerkjent og tvangsfullbyrdet.¹⁴⁶ Selv om ordre public-reservasjonen her anvendes i en annen sammenheng, tolkes den på samme måte som begrensningen i anvendelsen av fremmed rett. Brudd med internasjonalt preseptoriske regler er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å statuere ordre public-strid. De hensyn som fører til at en bestemmelse gis direkte anvendelse, kan imidlertid tilsi at en voldgiftsdom som krenker disse, står i fare for å virke støtende på rettsordenen. Det kan derfor være en sammenheng mellom internasjonalt preseptoriske regler og ordre public-reservasjonen. For øvrig nøyer jeg meg med å vise til del 3 i avhandlingen, hvor ordre public-reservasjonen i relasjon til anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommer behandles nærmere.

2.6 Oppsummering og veien videre

Hvor lovvalgsreglene utpeker norsk rett som bakgrunnsrett, kan partene ikke unngå anvendelse av norske regler om rettsvern ved å underlegge kontrakten utenlandsk rett. Situsregelen og lex concursus er eksklusive i denne sammenheng. Lovvalgsklausulen får derfor ingen virkning overfor kreditorene – det være seg utleggstakere eller konkursbo.

I panterettslige forhold har vi sett at det foreligger en grunnleggende distinksjon mellom spørsmålet om gyldighet inter partes og spørsmålet om rettsvern vis-à-vis kreditorene. Lovvalget er ikke nødvendigvis sammenfallende, men må vurderes konkret for de ulike sidene av det panterettslige forholdet. Det kan heller ikke slutes at lex rei sitae er absolutt i ethvert henseende, selv ikke hvor spørsmålet er av tingsrettslig art.

¹⁴⁴ Berg (1981) s. 360: «In general, public policy is a traditional ground for the refusal of enforcement of foreign arbitral awards and foreign judgments, as well as for the refusal to apply a foreign law».

¹⁴⁵ Se for eksempel Gaarder (2000) på s. 105, Moss (2007) IV på s. 713-715.

¹⁴⁶ Jf. vogl. §§ 43 annet ledd bokstav b og 46 annet ledd bokstav b.

For det tilfelle at pantsetteren går konkurs, vil spørsmålet om rettsvern bero på den materielle retten i landet hvor tingen befinner seg. Situsregelen går foran boåpningslandet rett. Dersom panteobjektet befinner seg i staten hvor insolvensbehandlingen er innledet, er lovvalget uansett sammenfallende for disse, slik at det ikke er nødvendig å skille mellom dem. For øvrig reguleres spørsmål om omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld alltid av *lex fori concursus*.

Lovvalsreglene fungerer altså som en skranke for partenes mulighet til å bestemme bakgrunnsretten for løsningen av konflikten med pantsetterens kreditorer. Den beskyttelse disse har i den anvendbare retten, blir derfor ivaretatt. Selv om lovvalsreglene er ufravelige, kan det tenkes at voldgiftsretten håndhever partenes rettsvalg og avsier en dom som dermed ikke tar hensyn til den egentlig anvendbare retten. Hvilken virkning har denne for pantsetterens kreditorer?

3 Forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor kreditorene

3.1 Innledning

En utenlandsk bank B får pant i alle formuesgodene som A til enhver tid eier. Generalpant er i strid med norsk rett.¹⁴⁷ Det foretas derfor et lovvalg til fordel for engelsk rett, hvor slik avtale er tillatt. Partene avtaler også voldgift som middel for tvisteløsning. A misligholder flere avdrag, og B får voldgiftsdom på realisasjon av flere av eiendelene til A. Selskapet slås konkurs, og konkursbehandling innledes i Norge før noen av objektene er realisert. B krever særrett til dekning i eiendelene. Boet motsetter seg dette fordi avtalen om generalpant ikke kan gjøres gjeldende overfor pantsetterens konkursbo etter norsk rett, som er den egentlig anvendbare retten. Vil voldgiftsdommen allikevel føre til at bankens panterett står seg i boet? I så fall innebærer lovvalget til fordel for engelsk rett i kombinasjon med voldgiftsklausulen at partene unngår anvendelse av norske, preseptoriske regler om rettsvern.

I nasjonale rettsforhold beskyttes kreditorenes interesser av en rekke ufravikelige bestemmelser. Blant annet behøver ikke en utleggstaker å respektere eldre panteretter som ikke har rettsvern. Videre vil insolvensrettslige bestemmelser i vid utstrekning sikre likebehandling av kreditorene i konkursrettslig sammenheng. En avtale mellom to parter som er i strid med disse reglene, får ingen virkning overfor kreditorene.¹⁴⁸ Hvor konflikten med en kreditor har internasjonal tilknytning, fungerer situsregelen og lex concursus som en skranke for partenes frihet til å bestemme bakgrunnsretten for løsningen av denne, fordi lovvalgsreglene ikke kan fravikes. Det kan imidlertid tenkes

¹⁴⁷ Jf. pl. § 1-3 første ledd.

¹⁴⁸ Falkanger uttaler at «I det interne forhold er det betydelig rom for deklarasjonelle regler; i forhold til tredjemann dominerer de preseptoriske regler. [...] Men når vi kommer til tredjemannsrelasjonene, er det klarligvis slik at partene ikke kan gis frihet til å regulere forholdet seg i mellom med konsekvenser for tredjemann», jf. Falkanger (2008) på s. 19.

at voldgiftsretten ikke tar hensyn til bestemmelser i den egentlig anvendbare retten, slik at disse begrensningene tilsynelatende omgås. Noen er av den oppfatning at nasjonale lovvalgsregler ikke er relevant i internasjonal voldgiftsrettslig sammenheng:

Voldgiftsribunalets eksistens er priggitt partenes vilje, og det er derfor opp til dem å avgjøre hvilket lands rettsregler tvisten skal løses på grunnlag av.¹⁴⁹ En voldgiftsavgjørelse som kun følger partenes vilje, kan på samme tid innebære at det vern kreditorene har i den materielle bakgrunnsretten som lovvalgsreglene utpeker, svekkes i større eller mindre grad. Det foreligger imidlertid begrensninger i partsautonomien også i internasjonal voldgift, som kan føre til at voldgiftsavgjørelsen ikke får noen virkning for kreditorene. Lovvalgshriheten er altså ikke absolutt.

Denne delen av avhandlingen skal forsøke å kartlegge forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor pantsetterens kreditorer. Det er med andre ord forhold som er til hinder for at dommen innebærer at partene kan unngå norske rettsvernsregler, som skal analyseres. Det vil blant annet vurderes om, og eventuelt i hvilken utstrekning rettslige prinsipper i pante- og insolvensretten kan legitimere anvendelse av ordre public-reservasjonen. Videre vil begrensningene som følger av retts- og tvangskraftens subjektive rekkevidde, behandles. Av fremstillingmessige årsaker tas det utgangspunkt i konkrete typetilfeller.¹⁵⁰ Innledningsvis vil det imidlertid redegjøres kort for voldgiftsinstituttet og for voldgiftsavgjørelsens rettslige status, da dette utgjør nødvendig bakgrunnskunnskap for typetilfellenes vedkommende.

For ikke å sprengre avhandlingens ramme må det naturlig nok foretas en del avgrensninger mot emner som i og for seg er av interesse for denne delen av oppgaven. Både spørsmålet om tvisten kan være gjenstand for voldgiftsbehandling, og spørsmålet om voldgiftsretten kan fravike partenes lovvalgsklausul, vil ikke behandles nærmere.¹⁵¹

¹⁴⁹ Jf. blant annet Alvik (2009) på s. 47.

¹⁵⁰ Dette er blant annet nødvendig for å kunne konkretisere innholdet i ordre public-reservasjonen. Se for øvrig avsnitt 3.4.

¹⁵¹ Begge er forhold som kan begrense partsautonomien i internasjonal voldgift. For en nærmere omtale av disse problemstillingene, nøyer jeg meg med å vise til Moss (2005), Moss (2009) s. 368-369, *Voldgiftsloven Kommentarutgave* (2007) på s. 76-86, *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 122-129.

Det forutsettes at tvisten kan voldgis, og at voldgiftsretten legger partenes lovvalg til grunn. Først ved å undersøke forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor kreditorene, kan man finne de egentlige grensene for partenes lovvalg.

3.2 Kort om voldgift som alternativ form for tvisteløsning i internasjonale forhold

Dersom partene har fri rådighet over tvistegjenstanden, kan de avtale *voldgift* som middel for tvisteløsning fremfor alminnelig domstolsbehandling.¹⁵² Voldgift er en form for privat rettergang med lang historisk forankring.¹⁵³ I norsk rett reguleres voldgiftsinstituttet i hovedsak av voldgiftsloven, som bygger på den såkalte UNCITRAL Model Law (heretter ”modelloven”).¹⁵⁴ Voldgiftsbegrepet er ikke legaldefinert. Det følger av lovmotivene at det sentrale ved voldgift er at «partene overlater til en tredjeperson å avgjøre en tvist i et rettsforhold, og at avgjørelsen er endelig og uangripelig».¹⁵⁵ Tvisteløsningsmekanismen har sitt utspring i det grunnleggende prinsipp om avtalesfrihet i privatrettslige forhold.¹⁵⁶ Rettsystemet har imidlertid tatt et langt steg videre ved å gi voldgiftsavgjørelsen retts- og tvangskraftsvirkninger på lik linje med en alminnelig dom. Voldgiftsbehandlingen kan gjennomføres enten ved at partene på eget initiativ utpeker voldgiftspanelet, eller i

¹⁵² Se NOU 2001:33 s. 39, pkt. 5.2: «I kravet om at partene må ha fri rådighet over tvisten, ligger at det ikke må være så betydelige offentlige interesser i avgjørelsen at det av disse grunner ikke kan aksepteres voldgift.[...] I tillegg til dette inneholder enkelte særlover begrensninger i adgangen til å avtale voldgift.» Se også Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 12 og 31.

¹⁵³ Jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 21. For en nærmere redegjørelse for utviklingen av voldgiftsinstituttet, vises det til *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 14 flg. Se også NOU 2001:33 s. 32-33.

¹⁵⁴ UNCITRAL er et FN-organ som ble etablert i 1966. Organet befatter seg med internasjonal handelsrett og har som formål å fremme harmonisering. Reguleringen av voldgift ble omfattet på 1970-tallet, og ”UNCITRAL Arbitration Rules” ble utarbeidet i 1976. Disse reglene har i stor grad blitt internasjonalt akseptert og har blant annet dannet mønster for den norske voldgiftsloven – som har fått status som såkalt modellov. For en nærmere redegjørelse vises det blant annet til NOU 2001:33 på s. 44 flg. og *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 16-18 med videre henvisninger.

¹⁵⁵ Jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 28-29. Se også NOU 2001:33 s. 24 og 53-54.

¹⁵⁶ Se blant annet Ristvedt/Nisja (2005) på s. 5.

tilknytning til eller med assistanse fra en voldgiftsinstitusjon på lokalt, nasjonalt eller internasjonalt nivå – henholdsvis ad hoc eller institusjonell voldgift.¹⁵⁷ Oslo Handelskammer tilbyr voldgift i Norge, mens det internasjonalt finnes en rekke institusjoner, blant annet International Chamber of Commerce (ICC) International Court of Arbitration og The London Court of International Arbitration (LCIA).¹⁵⁸

Det er flere årsaker til at voldgift kan fremstå som det mest hensiktsmessige organ for tvisteløsning. Forarbeidene viser blant annet til fordelene med at partene selv kan bestemme rettens sammensetning.¹⁵⁹ De kan dermed velge dommere som har særlige faglige kvalifikasjoner, eller som partene har særlig tillit til. Voldgiftsbehandlingen er gjennomgående en partsstyrt prosess, slik at partene i stor grad kan bestemme gjennomføringen av denne. Dette gir rom for fleksibilitet med hensyn til saksbehandlingen. I tillegg blir voldgiftssaker vanligvis bare behandlet i én instans, noe som vil være kostnadseffektivt og tidsbesparende.¹⁶⁰ Lovmotivene har også vist til diskresjonshensynet som en grunn for å velge voldgift fremfor alminnelig tvisteløsning. Ved utarbeidelsen av tvisteloven ble det lagt vekt på å utforme reglene slik at tradisjonell rettergang fremstår som et konkurransedyktig og godt alternativ til voldgift.¹⁶¹

Også hvor et kommersielt kontraktsforhold har internasjonal tilknytning, kan partene bestemme voldgift som tvisteløsningsmetode. På den måten kan partene hindre at saken omfattes av en nasjonal domstols jurisdiksjon hvor man kanskje ikke kjenner

¹⁵⁷ Jf. NOU 2001:33, s. 38, pkt. 4.2.

¹⁵⁸ De fleste voldgiftssaker blir behandlet som ad hoc-voldgift, jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 22.

¹⁵⁹ Jf. NOU 2001:33, kap. 3 s. 36 flg. og Ot.prp.nr. 27 på s. 14 flg. Se for øvrig *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på side 23-29.

¹⁶⁰ På den annen side kan dette også reise særlige betenkeligheter, fordi behandling i flere instanser vil gi større grad av sikkerhet for et materielt riktig resultat, jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 26. For øvrig må én-instansordningen ses i sammenheng med muligheten for å angripe voldgiftsdommen gjennom ugyldighetssøksmål, jf. vogl. kap. 9.

¹⁶¹ Jf. blant annet Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 44.

prosessreglene, ved at den heller blir behandlet av et nøytralt, utenomrettslig tribunal.¹⁶² Det internasjonale systemet for retts- og tvangskraft er også bedre utbygd for voldgiftsdommer enn for ordinære domstolsavgjørelser, og det er særlig New York-konvensjonen som har bidratt til dette.¹⁶³ Voldgiftsloven gjelder i utgangspunktet bare for voldgift som finner sted i Norge, men ”uten hensyn til om partene er norske eller utenlandske”.¹⁶⁴ Kapittel 10 kommer derimot til anvendelse også for utenlandske voldgiftsdommer.¹⁶⁵

Fordi voldgiftsloven. kap. 10 om anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer gjelder uavhengig av hvilket land avgjørelsen er avsagt i, skiller jeg ikke mellom nasjonale og internasjonale voldgiftsdommer i denne sammenheng.

3.3 Voldgiftsdommens rettslige status

3.3.1 Utgangspunkt: Voldgiftsdommen er endelig og bindende

Det følger ikke uttrykkelig av voldgiftsloven, men det er uomtvistet at en voldgiftsdom har rettskraftsvirkninger på lik linje med alminnelige domstolsavgjørelser; den er endelig og bindende.¹⁶⁶ For øvrig følger dette også implisitt av vogl. §§ 45-47 om anerkjennelse av voldgiftsdommer: Rettskraftsregelen må anses som innbakt i begrepet

¹⁶² Berg uttaler blant annet at «Behovet for voldgift gjør seg særlig gjeldende i internasjonale forhold. Partene vil gjerne foretrekke at tvisten skal avgjøres av en voldgiftsrett som de kan være med å bestemme sammensetningen av behandlingsreglene for, typisk voldgiftsspråket.», jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 29.

¹⁶³ Jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 29. Flere av Norges viktigste handelspartnere, blant annet USA, Russland og Kina, har tiltrådt New York-konvensjonen, men ikke Luganokonvensjonen.

¹⁶⁴ Jf. vogl. § 1 første ledd.

¹⁶⁵ Jf. vogl. § 1 fjerde ledd. Av kap. 10 følger det at utenlandske voldgiftsdommer skal anerkjennes og tvangsfullbyrdes på lik linje med en nasjonal voldgiftsdom. Se for øvrig avsnitt 3.3 nedenfor.

¹⁶⁶ Jf. blant annet Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 17-18 og NOU 2001:33 på s. 47 og 71. Se også *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 55. Dette fremkom tidligere direkte av lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 (”tvistemålsloven” eller ”tvml.”) § 464 annet ledd. Schei mfl. uttaler at en rettskraftig dom innebærer «en endelig og bindende normering av det krav som var tvistegjenstand», jf. *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) s. 845. Se også Rt. 1983 s. 461 på s. 465: «Jeg finner det klart at rettskraftsreglene også gjelder for voldgiftsdommer..».

”anerkjennelse”.¹⁶⁷ I internasjonal teori omtales voldgiftsdommens bindende virkning som *res judicata*.¹⁶⁸ Med mindre partene har avtalt annet, kan dommen altså ikke påankes eller angripes med andre rettsmidler.¹⁶⁹ Et av hovedformålene med voldgiftsbehandling er nettopp rask og effektiv behandling av tvisten i én instans.¹⁷⁰ At avgjørelsen har rettskraftsvirkninger, er også et anerkjent prinsipp i de fleste lands rettssystemer, og det følger av lovmotivene at «utgangspunktet i de fleste lands rettssystemer er at en voldgiftsavgjørelse er endelig».¹⁷¹

De ordinære domstolene har i utgangspunktet ingen befatning med eller kompetanse i voldgiftssaken.¹⁷² Domstolene må avvise et krav som er avgjort ved voldgift, eller hvor det foreligger bindende avtale om voldgift, og en av partene motsetter seg alminnelig domstolsbehandling.¹⁷³ Dette er såkalte absolutte prosessforutsetninger som domstolene må håndheve av eget tiltak.¹⁷⁴

Spørsmålet om hva som er rettskraftig avgjort, og hvilke rettssubjekter avgjørelsen er bindende for – henholdsvis objektiv og subjektiv rettskraft – kan naturligvis oppstå også

¹⁶⁷ Jf. Robberstad (2006) på s. 93, som også viser til at dette er alminnelig akseptert i folkeretten. Se også *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) på s. 848. For øvrig vises det til tvl. §§ 19-14 til 19-15 om rettskraft, som altså gjelder tilsvarende for voldgiftsdommer. Det er viktig å merke seg at en voldgiftsdom normalt ikke kan påankes, slik at rettskraften inntreer umiddelbart. Norge er også folkerettslig forpliktet til å anerkjenne voldgiftsdommer avsagt i land som er tilsluttet New York- konvensjonen, jf. art. III. Fordi vogl. kap. 10 ikke skiller mellom nasjonale og internasjonale voldgiftsdommer, er det imidlertid ikke nødvendig å gå veien om konvensjonen.

¹⁶⁸ Jf. eksempelvis Kronke (2010) på s. 106 og Juul (2003) på s. 249.

¹⁶⁹ Såkalt *formell* rettskraft, jf. *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) s. 841. Partene kan derimot avtale en ankerett til en ny voldgiftsrett, jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 44.

¹⁷⁰ Se NOU 2001:33 avsnitt 3.2.3 samt del 2, kapittel 3.

¹⁷¹ Jf. NOU 2001:33 s. 79. Jf. eksempelvis Kronke (2010) på s. 106 og Juul (2003) på s. 249.

¹⁷² Forholdet til de alminnelige domstoler er regulert i voldgiftsloven kapittel 2, se særlig § 6.

¹⁷³ Den *negative rettskraftsvirkningen* eller *avvisningsfunksjonen*, jf. Robberstad (2009) på s. 315.

¹⁷⁴ Jf. blant annet vogl. §§ 6 og 7. Se også Robberstad (2006) på s. 93. Hvor partene har avtalt voldgift som middel for tvisteløsning, omfattes altså ikke saken av domstolenes jurisdiksjon.

for voldgiftsdommers vedkommende.¹⁷⁵ Dette reguleres altså av de alminnelige reglene som gjelder for domstolsavgjørelser, jf. tvl. §§ 19-14 til 19-15. Hovedregelen er at bare de krav som retten har tatt stilling til og som kommer til uttrykk i domsslutningen, er rettskraftig avgjort.¹⁷⁶ Voldgiftsdommen er som det klare utgangspunkt bare bindende for partene i saken.¹⁷⁷

Spørsmålet om hvem voldgiftsdommen kan kreves *tvangsfullbyrdet* overfor – såkalt subjektiv tvangskraft – må i utgangspunktet holdes adskilt fra reglene om subjektiv rettskraft, selv om disse ofte er sammenfallende. Jeg nøyer meg med å vise til analysene av de ulike typetilfellene, hvor dette vil behandles nærmere.

3.3.2 Gyldighet og fullbyrdelse

Norske domstoler er forpliktet til å anerkjenne og tvangsfullbyrde voldgiftsdommer, uavhengig av hvilket land de er avsagt i.¹⁷⁸ For at dommen skal kunne tvangsfullbyrdes

¹⁷⁵ Dette omtales ofte som de *materielle virkningene* av rettskraften, jf. *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) på s. 841-842. Dette reguleres av tvl. § 19-15. Om det i en ny sak blir nødvendig å ta prejudisielt standpunkt til det samme kravet, skal det som er rettskraftig avgjort «legges til grunn uten noen ny realitetsbehandling», jf. *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) på s. 845. Dette er kjent som *positiv rettskraft* eller *prejudisialfunksjonen*.

¹⁷⁶ Jf. blant annet Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) på s. 441. Hva som er rettskraftig avgjort, beror på tolkning, og det er naturlig å ta utgangspunkt i domsslutningen. Hva som er ett krav, og hva som er to ulike krav, er et spørsmål om identifikasjon. Dette kan fra tid til annen volde tvil, og objektiv rettskraft utgjør et omfattende problemkompleks. Jeg nøyer meg derfor med å vise til Robberstad (2006) på s. 139-205 med henvisninger til praksis og teori. Se også NOU 2001:32A på s. 897 flg. og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) på s. 440 flg.

¹⁷⁷ Dette følger direkte av tvl. § 19-15 første ledd. Se blant annet Gunleiksrud (1995) og Aasland (1988) for en nærmere redegjørelse for rettskraftens subjektive grenser. Se også Robberstad (2006) på s. 227-263, NOU 2001:32A på s. 897 flg. og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) på s. 440 flg. Det følger av forarbeidene at «det er ikke tilsiktet å foreta noen endring av den subjektive rettskraftens rekkevidde», slik at teori og praksis fra før tvisteloven fortsatt er relevant, jf. NOU 2001:32A på s. 897. For øvrig vil spørsmålet om den subjektive rettskraftens rekkevidde overfor pantsetterens kreditorer behandles nærmere i avsnitt 3.6 og 3.8.

¹⁷⁸ Jf. vgl. kap 10. Norge er i kraft av New York-konvensjonen også folkerettslig forpliktet til å anerkjenne og tvangsfullbyrde voldgiftsdommer avsagt i land som er tilsluttet konvensjonen, jf. art. III. For øvrig følger det av lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86 (”tvangsfullbyrdelsesloven” eller ”tvfbl.”) § 4-1 annet ledd bokstav d og f at voldgiftsdommen er et alminnelig tvangsgrunnlag.

med bistand fra offentlige organ, må den imidlertid pålegge noen en plikt til å foreta, unnlate eller tåle en handling.¹⁷⁹ Gjennomføringen av tvangsfullbyrdelsen skjer i så fall etter bestemmelsene i tvangsfullbyrdelsesloven, med mindre noe annet følger av vogl. kap. 10.¹⁸⁰ Såkalte fastsettelsesdommer kan naturligvis ikke fullbyrdes med tvang, men domstolene er altså forpliktet til å anerkjenne disse.¹⁸¹

New York- konvensjonens hovedformål er å effektivisere og forenkle den rettslige reguleringen for håndhevelse av internasjonale voldgiftsavgjørelser.¹⁸² Voldgiftsloven kap. 10 gjennomfører Norges forpliktelser etter konvensjonen. Bestemmelsene gjelder for alle voldgiftsdommer uavhengig av hvilket land de er avsagt i, og forholdene som er til hinder for anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse, er i samsvar med art. V i konvensjonen. Det ble imidlertid verken ansett som ønskelig eller mulig å foreta noen harmonisering av de prosessuelle reglene i tilknytning til dette.¹⁸³ Hvordan selve prosessen med anerkjennelse og fullbyrdelse skal skje, er altså i utgangspunktet overlatt til de enkelte konvensjonsstatene.¹⁸⁴

3.3.2.1 Ugyldighetsgrunner og forhold som er til hinder for anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse

Hvor partene avtaler voldgift som middel for tvisteløsning, omfattes ikke saken av de alminnelige domstolenes jurisdiksjon. Domstolene har imidlertid fortsatt behov for å kunne utøve en viss rettslig kontroll med voldgiftsavgjørelsen, blant annet for å ivareta grunnleggende rettssikkerhetshensyn. Det må balanseres mellom partsautonomi som

¹⁷⁹ En såkalt tvangsfullbyrdelsesdom, jf .tvf. § 19-14 første ledd hvor definisjonen kommer til uttrykk. Se Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) på s. 103: «Dersom en voldgiftsdom skal gi grunnlag for tvangsfullbyrding, må den i slutningen gi et pålegg til saksøkte om en ytelse, handling eller unnlattelse. Det må med andre ord dreie seg om en fullbyrdingsdom (Wyller s 258).»

¹⁸⁰ Jf. vogl. § 45 siste ledd og tvfbl. § 4-2 siste ledd. Se også New York-konvensjonen art. III: Domstolene må anerkjenne og tvangsfullbyrde voldgiftsdommer «in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon». Hvor en voldgiftsdom søkes tvangsfullbyrdet i Norge, er det altså prosessuelle bestemmelser i norsk rett som regulerer gjennomføringen.

¹⁸¹ Med fastsettelsesdom menes dom for at «et rettsforhold eller en rettigheter er til eller ikke er til», jf. Robberstad (2009) på s. 41. At domstolene må anerkjenne denne, innebærer at de må gi den virkning som en rettskraftig dom, se over i avsnitt 3.3.1.

¹⁸² Berg (1981) på s. 4.

¹⁸³ Berg (1981) på s. 235-236.

¹⁸⁴ Born (2009) på s. 2707-2708.

grunnleggende hensyn i internasjonal voldgift på den ene siden og behovet for domstolskontroll på den annen.¹⁸⁵ I lovmotivene er det uttalt at:

«Et hovedpoeng med voldgiftsbehandling er raskt å få en avgjørelse med samme virkning som en rettskraftig dom. Skal det oppnås, må adgangen til å få satt en voldgiftsavgjørelse til side gjennom en etterfølgende, og kanskje langvarig prosess for de alminnelige domstoler, være meget snever. Men det kan forekomme situasjoner som tilsier at en voldgiftsdom ikke bør bli stående som en rettskraftig avgjørelse av en tvist. At en voldgiftsdom anerkjennes på linje med en rettskraftig dom av de ordinære domstoler, tilsier at det må stilles krav blant annet til rettssikkerhet ved behandlingen.»¹⁸⁶

Voldgiftsavgjørelsen kan bare angripes ved at den tapende part anlegger ugyldighetssøksmål for de alminnelige domstolene eller fremmer innsigelse i forbindelse med søksmål om tvangsfullbyrdelse reist av den vinnende part.¹⁸⁷ I motsatt fall får domstolene overhodet ikke befatning med voldgiftssaken. Som vi så ovenfor, er adgangen til å sette avgjørelsen til side meget begrenset, og domstolene har uansett ikke kompetanse til å overprøve voldgiftsdommens materielle innhold, det være seg bevisbedømmelsen eller rettsanvendelsen.¹⁸⁸

Det følger av forarbeidene at ugyldighetsgrunnene må ses i sammenheng med de forhold som er til hinder for tvangsfullbyrdelse av voldgiftsavgjørelser, og at:

¹⁸⁵ Se blant annet NOU 2001:33 s. 78, pkt. 8.11: «Adgangen til å sette til side voldgiftsavgjørelser må ivareta både behovet for en endelig løsning av tvisten på en effektiv måte og kravet til rettssikkerhet».

¹⁸⁶ Jf. NOU 2001:33 s. 78, pkt. 8.11.

¹⁸⁷ Dette følger av voldgiftsloven §§ 42 og 45.

¹⁸⁸ Jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 75 og NOU 2001:33 s. 76. Også hvor domstolene vurderer om dommen er i strid med ordre public, kan de i utgangspunktet ikke overprøve voldgiftsavgjørelsens materielle innhold. Fordi reservasjonen foreskriver en vurdering av resultatet av at dommen opprettholdes som virksom, kan dette imidlertid i en viss grad være nødvendig. Jeg viser til analysene av de ulike typetilfellene, hvor dette vil behandles nærmere.

«det er en åpenbar fordel at de grunner som medfører ugyldighet, samsvarer med de grunner som hindrer tvangsfullbyrdelse. I motsatt fall vil en få situasjoner der en gyldig voldgiftsavgjørelse ikke kan fullbyrdes, eller situasjoner der det blir spørsmål om å fullbyrde en ugyldig avgjørelse.»¹⁸⁹

Ugyldighetsgrunnene er uttømmende regulert av vogl. § 43, som i hovedsak viderefører de opphevede ugyldighetsreglene i tvistemålsloven kap. 32.¹⁹⁰ Bestemmelsene er i samsvar med modelloven,¹⁹¹ som igjen bygger på de grunnene som etter New York-konvensjonen er til hinder for tvangsfullbyrdelse.¹⁹² Domstolene behandler ugyldighetssøksmålet etter de alminnelige reglene i tvisteloven.¹⁹³ De såkalte relative ugyldighetsgrunnene følger av vogl. § 43 første ledd. Dette er grunner som må påberopes av partene.¹⁹⁴ Det er imidlertid fortsatt opp til domstolenes skjønn om ugyldighet statueres eller ikke.¹⁹⁵ Annet ledd oppstiller de absolutte ugyldighetsgrunnene. Disse må domstolene håndheve av eget tiltak, forutsatt at en av partene har reist sak om voldgiftsdommens gyldighet eller søksmål om tvangsfullbyrdelse.¹⁹⁶

¹⁸⁹ Se NOU 2001:33 på s. 76, se også Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 75 og 110. Likheten mellom ugyldighetsgrunnene og forhold som er til hinder for anerkjennelse og fullbyrdelse er altså tilsiktet, og de skal i størst mulig grad tolkes likt.

¹⁹⁰ Det følger av vogl. § 42 at ugyldighetsgrunnene i § 43 er uttømmende, jf. ordlyden «bare». Dette er også klart forutsatt i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) på s. 75. Ugyldighetssøksmålet må anlegges innen tre måneder fra den dag parten mottar dommen, jf. vogl. § 44 første ledd. Såfremt den vinnende begjærer voldgiftsdommen tvangsfullbyrdet etter utløpet av denne fristen, kan imidlertid den andre parten fortsatt gjøre ugyldighetsinnsigelser gjeldende, jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 333.

¹⁹¹ Se modelloven art. 34 (1).

¹⁹² Jf. New York-konvensjonen art. V og *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 249.

¹⁹³ Jf. vogl. § 6 tredje ledd, siste punktum.

¹⁹⁴ Jf. blant annet *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 317.

¹⁹⁵ Jf. ordlyden «kan», som tilsier at adgangen er fakultativ. Jf. også *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 250.

¹⁹⁶ Jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 326. Ugyldighetsgrunnene får altså ikke virkning av seg selv.

Forhold som er til hinder for anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer, er uttømmende regulert av vogl. § 46.¹⁹⁷ Bestemmelsene er i samsvar med modelloven,¹⁹⁸ som på sin side er basert på grunnene i New York-konvensjonen som er til hinder for tvangsfullbyrdelse.¹⁹⁹ Også denne skiller mellom forhold som må påberopes av en av partene, og grunner som retten har plikt til å vurdere ex officio, jf. henholdsvis første og annet ledd.

3.3.3 Særskilt om ordre public-reservasjonen

3.3.3.1 Innledning

Som vi har sett ovenfor i del 2, vil utenlandsk rett ikke komme til anvendelse hvor resultatet av dette virker støtende på rettsordenen, selv hvor norske lovvalgsregler utpeker dette landets rett som lex causae.²⁰⁰ Ordre public-strid er også til hinder for at en nasjonal eller internasjonal voldgiftsdom kan opprettholdes som gyldig eller anerkjennes og tvangsfullbyrdes. Her fungerer altså reservasjonen i en annen sammenheng. Vurderingen av hva som virker støtende, er imidlertid sammenfallende.

I internasjonal teori er det uttalt at:

«Public policy is never argued at all but when other points fail. [...]When one looks at the available case law on Article V, it is striking how often defendants invoke the public policy defense to resist enforcement of an arbitral award. However, it is also a defense which, in the majority of cases, fail.»²⁰¹

¹⁹⁷ Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 113, jf. NOU 2001:33 på s. 117.

¹⁹⁸ Se art. 35 og art. 36.

¹⁹⁹ Jf. art. V.

²⁰⁰ Jf. avsnitt 2.5.3.

²⁰¹ Kronke (2010) på s. 365.

Voldgiftsdommer som «virker støtende på rettsordenen», kan settes til side som ugyldig eller nektes anerkjent og tvangsfullbyrdet av domstolene.²⁰² Ordre public-forbeholdet er en anerkjent reservasjon i internasjonale forhold, og de fleste lands rettssystemer opererer med et tilsvarende forbehold for å beskytte fundamentale normer og verdier.²⁰³ Det er imidlertid innholdet i norsk ordre public som skal undersøkes i denne sammenheng.

I motsetning til voldgiftsloven henviser modelloven og New York-konvensjonen uttrykkelig til den nasjonale ordre public i domstolslandet.²⁰⁴ Det er imidlertid ikke omtvistet at det er norsk ordre public som er relevant i vurderingen etter vogl. §§ 43 og 46 annet ledd bokstav b.²⁰⁵ Noe annet er at internasjonale rettskilder fortsatt kan være relevant i tolkningen av norsk ordre public, jf. blant annet *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 250.

Dersom en av partene bringer voldgiftsavgjørelsen inn til etterfølgende behandling ved de alminnelige domstolene, må retten av eget tiltak undersøke om resultatet er i strid med ordre public.²⁰⁶ I korthet vil en voldgiftsdom som krenker fundamentale prinsipper av materiell eller prosessuell karakter i rettsystemet hvor søksmålet er anlagt, være i strid med ordre public.²⁰⁷ Forbeholdet er en sikkerhetsventil, som forhindrer disse dommene fra å bli virksomme i domstolslandet. Ordre public-reservasjonen utgjør imidlertid et meget snevert unntak, som må anvendes med stor varsomhet.²⁰⁸ For ikke å risikere at hovedregelen om at voldgiftsavgjørelser har virkning som en rettskraftig dom uthules av domstolene, bør bruken av reservasjonen begrenses til de mest graverende

²⁰² Jf. henholdsvis vogl. §§ 43 annet ledd bokstav b og § 46 annet ledd bokstav b. Bestemmelsene bygger på modelloven art. 36 første ledd og New York-konvensjonen art. V annet ledd bokstav b, og har likhetstrekk med den tidligere bestemmelsen i tvml. § 467 nr. 4 om at voldgiftsdommen ikke må stride mot lov eller ærbarhet, jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 327 som henviser til Oslo tingretts dom 3. mai 2002.

²⁰³ Jf. Berg (1981) på s. 360, Kronke (2010) på s. 365.

²⁰⁴ Jf. ordlyden i New York-konvensjonen art. V ”..of that country”, og modelloven art. 36 “...of this State”.

²⁰⁵ Jf. blant annet *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 259, som henviser til Ot.prp. nr. 27 på s. 11 og Binder s. 275.

²⁰⁶ Ordre public er en såkalt absolutt ugyldighetsgrunn, se over i avsnitt 3.3.2.1.

²⁰⁷ Jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 111. For en nærmere redegjørelse for vurderingstemaet, viser jeg til avsnitt 3.3.3.2 straks nedenfor.

²⁰⁸ Jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 111.

tilfellene.²⁰⁹ Det grunnleggende hensynet til effektivitet og partenes behov for å kunne forutberegne sin rettslige stilling, er tungtveiende hensyn mot å la reservasjonen komme til anvendelse. Til tross for dette er det altså behov for en viss form for domstolskontroll med voldgiftsavgjørelser.

Forarbeidene nevner blant annet at tilsidesettelse av rettssikkerhetshensyn i en del tilfeller kan gi grunnlag for å motsette seg tvangsfullbyrdelse.²¹⁰ Også der voldgiftsavgjørelsen bygger på svik, bestikkelser eller diskriminering, kan ordre public-reservasjonen tenkes anvendt.²¹¹ Det samme gjelder om noen dømmes til å gjøre noe som er forbudt i lov, eller om avgjørelsen bygger på en uriktig forståelse av konkurranselovgivningen.²¹²

3.3.3.2 Nærmere om vurderingstemaet

Selv om vurderingstemaet er uformet noe ulikt i vogl. §§ 43 og 46 annet ledd bokstav b, innebærer dette ingen realitetsforskjell.²¹³ Det er derfor ikke grunn til å skille mellom ordre public-vurderingen i relasjon til ugyldighet eller forhold som er til hinder for anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse.

Voldgiftsdommen må *virke støtende* på rettsordenen for at ordre public-reservasjonen skal komme til anvendelse. Ut i fra ordlyden er det altså hvordan voldgiftsavgjørelsens

²⁰⁹ Dette er også i tråd med New York-konvensjonens hovedformål om å effektivisere fullbyrdelsen av voldgiftsdommer.

²¹⁰ Jf. NOU 2001:33 på s. 78 og Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 75.

²¹¹ Jf. *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 260.

²¹² Jf. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 238.

²¹³ Jf. blant annet *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 343 og *Voldgiftsloven Kommentartutgaven* (2007) på s. 278. Lovmotivene viser også til at avvik mellom ugyldighetsgrunnene og forhold som er til hinder for tvangsfullbyrdelse kan føre til «situasjoner der en gyldig voldgiftsavgjørelse ikke kan fullbyrdes, eller situasjoner der det blir spørsmål om å fullbyrde en ugyldig avgjørelse», jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 75 og NOU 2001:33 s. 98.

virksomheter vil oppleves i det landet hvor den vil bli virksom, som utgjør det sentrale vurderingstemaet.²¹⁴ I internasjonal teori er det uttalt at:

«An enforcing court should not determine whether the entire award violates public policy, but must only consider whether *the enforcement itself* would produce a result that violates public policy.» (mine kursiveringer).²¹⁵

Hvilke resultater som virker støtende, kan variere i takt med samfunnsutviklingen for øvrig. Forbeholdet er en rettslig standard som må tolkes dynamisk.²¹⁶ Det følger av forarbeidene at reservasjonen retter seg mot voldgiftsavgjørelser hvor fundamentale rettsprinsipper av materiell eller prosessuell karakter er tilsidesatt.²¹⁷ I avgjørelsen inntatt i Rt. 1999 s. 837 uttalte kjæremålsutvalget at ordre public-strid innebærer at «anerkjennelse ville stå i strid med grunnleggende rettsgrunnsetninger eller rettssikkerhetsprinsipper».²¹⁸ I Rt. 1996 s. 1288 ble det fremholdt at «vi ikke fullbyrder en avgjørelse fra et annet land dersom dette vil stå i sterk motstrid til vår etiske og sosiale oppfatning».²¹⁹ I teorien er det blant annet uttalt at:

«Ordre public is a rather vague concept which includes the fundamental principles of a legal system as well as the basic moral, economic and social principles of that society...»²²⁰

Vurderingstemaet er altså utformet noe ulikt både i praksis og i rettslitteraturen. Dette innebærer imidlertid ingen realitetsforskjell. Det sentrale er at det er grunnleggende rettsprinsipper og verdier i domstolslandets rett som omfattes av ordre public-reservasjonen.

²¹⁴ Se blant annet Moss (2010) II, s. 320: «...må resultatet av regelbruddet være så alvorlig at fundamentale prinsipper i systemet må anses *krenket*» (mine kursiveringer). Domstolene kan her som ellers ikke overprøve det materielle innholdet i voldgiftsdommen, se ovenfor i avsnitt 3.3.2.1.

²¹⁵ Kronke (2010) på s. 365-366.

²¹⁶ Jf. Moss (2007) IV på s. 711 flg. Se også Kronke (2010) på s. 367 flg.

²¹⁷ Jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 111.

²¹⁸ På s. 842. Avgjørelsen gjaldt Luganokonvensjonen art. 27, men ordre public-reservasjonen i voldgiftsloven må tolkes på tilsvarende vis.

²¹⁹ Se s. 1291. Også denne avgjørelsen gjaldt Luganokonvensjonen art. 27.

²²⁰ Jf. Moss (1999) s. 300-301.

Det er ikke tilstrekkelig at voldgiftsdommen er i strid med preseptoriske eller internasjonalt preseptoriske bestemmelser i norsk rett.²²¹ Resultatet av at dommen blir opprettholdt som gyldig eller tvangsfullbyrdet, må stride mot de bakenforliggende prinsippene som begrunner reglene, og disse må videre anses som fundamentale i det norske rettsystemet for at ordre public-reservasjonen skal komme til anvendelse.²²²

Som påpekt i avsnitt 2.5.3 ovenfor, kan det tenkes at de hensyn som fører til at en bestemmelse gis direkte anvendelse, på samme tid tilsi at en voldgiftsdom som krenker disse står i fare for å virke støtende på rettsordenen. Det kan derfor være en sammenheng mellom internasjonalt preseptoriske regler og ordre public-reservasjonen, og det er naturlig at ordre public-vurderingen tar utgangspunkt i materiell rett.²²³

3.3.3.3 De konkrete forholdene er avgjørende

Ordre public-reservasjonens utforming gir anvisning på en konkret vurdering. Det er forholdene i den enkelte sak som er avgjørende, og det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av de utslagene voldgiftsdommen vil medføre. Det er overlatt til nasjonale domstoler å bestemme hvor den nærmere grensen går. Det vil være vanskelig – om ikke umulig – å fastslå på generelt grunnlag hva som er i strid med reservasjonen. Moss uttaler at:

«Hvilke regler som har slik karakter, og når utfallet er så støtende, er et spørsmål om skjønn, og det er vanskelig å angi et kategorisering som gjelder i alle systemer og uavhengig av tidsperioden.»²²⁴

For å kunne konkretisere innholdet i reservasjonen er det derfor nødvendig å ta utgangspunkt i konkrete eksempler, se nedenfor i avsnitt 3.4 hvor disse vil presenteres.

²²¹ Jf. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) på s. 111, NOU 2001:33 på s. 114.

²²² Se *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 259.

²²³ *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 327.

²²⁴ Moss (2010) II, s. 320.

3.3.3.4 Betydningen av lovvalgsreglene i ordre public-vurderingen

Ordre public-strid kan ikke statueres alene fordi voldgiftsretten ikke har anvendt lovvalgsreglene på korrekt vis.²²⁵ Dette kan på samme tid derimot innebære at fundamentale rettsprinsipper i den egentlig anvendbare retten er krenket – noe som i så fall kan legitimere anvendelse av reservasjonen. Lovvalgsreglene får derfor en bakenforliggende betydning i ordre public-vurderingen.

Enkelte av de interessene som bestemmelser i tings- og insolvensretten ivaretar, kan være blant de fundamentale prinsippene som omfattes av ordre public-reservasjonen. En korrekt anvendelse av lovvalgsreglene sikrer ivaretagelse av disse hensynene ved behandlingen av tvisten. Til tross for at voldgiftsretten dømmer i henhold til bakgrunnsretten partene har valgt, innebærer ikke dette at lovvalgsfriheten i voldgiftsrettslig sammenheng er absolutt. Om ordre public-strid statueres av domstolene, vil dommen settes til side som ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet. Dette innebærer derfor at lovvalgs klausulen ikke får noen realitet.²²⁶

Avhandlingen analyserer begrensningene i lovvalgsfriheten i internasjonal voldgift overfor pantsetterens kreditorer. Det er altså konflikten mellom avtalepant og kreditorbeslag som står sentral. Kreditorerne har ingen kontraktsmessig tilknytning til forholdet mellom partene og kan derfor naturligvis ikke uten videre bli bundet av en voldgiftsdom mellom dem. Når det skal undersøkes om hensynet til kreditorerne kan være relevant i og for utfallet av ordre public-vurderingen, skaper dette visse komplikasjoner. Jeg nøyer meg med å vise til analysen av de utvalgte typetilfellene for en nærmere behandling av dette.

3.4 Om de utvalgte typetilfellene

Det er nødvendig å foreta et utvalg av konflikter mellom avtalepanthaveren og pantsetterens kreditorer, da det naturligvis ikke er mulig å behandle enhver konfliktsituasjon som kan tenkes å oppstå innenfor rammene av oppgaven. Eksemplene

²²⁵ Se blant annet Moss (2010) II på s. 319.

²²⁶ Jf. Moss (2009) på s. 366.

er konstruerte, men det er hentet inspirasjon fra så vel intern som utenlandsk praksis og teori. Et poeng har vært å utforme typetilfellene med sikte på å illustrere at det er flere forhold som kan begrense virkningene av voldgiftsdommen overfor pantsetterens kreditorer.

Fordi bestemmelsene i vogl. kap. 10 kommer til anvendelse uavhengig av om voldgiftsdommen er nasjonal eller internasjonal, er det ikke nødvendig å skille mellom dette i avhandlingen. I alle tilfeller forutsettes det imidlertid at tvangsfullbyrdelse krever bistand fra norske myndigheter. Hvor spørsmålet om avgjørelsens gyldighet behandles, legges det derimot til grunn at voldgiftsretten hadde sete i Norge, slik at ugyldighetssøksmålet må reises for norske domstoler. Årsaken til dette er at det er norsk rett som undersøkes i denne oppgaven.

Avtalen om pant mellom A og B er i strid med norsk rett og kan i alle tilfeller ikke gjøres gjeldende overfor kreditorene. Dette er bakgrunnen for at partene foretar et lovvalg til fordel for et annet lands rett. Voldgiftsretten håndhever partenes arrangement. Spørsmålet er om voldgiftsdommen, eller en anerkjennelse og fullbyrdelse av denne, fører til at Bs panterett allikevel står seg til fortrensel for S. Som vi skal se, er det ulike måter å tilnærme seg dette spørsmålet på – alt avhengig av den konkrete situasjonen. Et poeng er, som nevnt, nettopp å illustrere ulike innfallvinkler. I en viss utstrekning vil også sammenhengen mellom disse vurderes.

I avsnitt 3.5 til 3.7 analyseres avtaler om *generalpant*. Jeg ser først på en situasjon hvor det ikke foreligger noen tredjepersonskonflikt, men der panteavtalen er ugyldig etter norsk rett. Dette er nødvendig blant annet for å illustrere betydningen av hensynet til kreditorene i ordre public-vurderingen. I de to neste avsnitt oppstår det derimot konflikt mellom panthaveren og utleggstakeren. I avsnitt 3.8 og 3.9 vurderes avtaler om *salgspant i løsøre ment for videresalg* som får implikasjoner for pantsetterens konkursbo. Til sist i avsnitt 3.10 vil situasjonen der B har fått voldgiftsdom på realisasjon av en panterett som er *omstøtelig* etter norsk rett, analyseres.

3.5 Voldgiftsdom som opprettholder avtale om generalpant

3.5.1 Situasjonsbeskrivelse

Anta at et norsk selskap A låner et betydelig pengebeløp av en engelsk bank B. Som sikkerhet erverver B panterrett i alle formuesgodene som A til enhver tid eier – såkalt generalpant. For å unngå restriksjonene i adgangen til å pantsette etter norsk rett bestemmer partene at låneavtalen skal reguleres av engelsk rett. Kontrakten inneholder også en voldgiftsklausul.

Det forutsettes at alle formuesgodene til A befinner seg i Norge. Hvilke lovvalsregler – og derfor hvilket lands rett – som gjelder for de ulike spørsmålene som kan oppstå i tilknytning til panteretten, må vurderes konkret. Som vi har sett er situsregelen preseptorisk hvor det oppstår konflikt med en tredjeperson som pretenderer å ha rett i de samme formuesgodene. Ut over dette kommer ikke *lex situs* nødvendigvis til anvendelse i alle relasjoner, deriblant hvor de underliggende spørsmålene er av kontraktsrettslig art. Jeg vil komme nærmere tilbake til betydningen av lovvalsreglene i avsnitt 3.5.3.2 nedenfor. Poenget er at partenes avtale om generalpant er i strid med norsk rett. Spørsmålet er om partene kan unngå anvendelse av norske preseptoriske bestemmelser ved å underlegge kontrakten engelsk rett og avtale voldgift som middel for tvisteløsning. I denne sammenheng kan ordre *public-reservasjonen* utgjøre en begrensning, og det er innholdet i denne som skal konkretiseres. Det forutsettes at det ikke foreligger noen aktuell konflikt med tredjeperson.

A misligholder flere avdrag, og det oppstår konflikt mellom partene om Bs panterrett. A hevder at denne ikke kan gjøres gjeldende fordi den er i strid med norsk pantelovgivning. B bringer saken inn til voldgiftsretten, som legger partenes lovvalg og dermed engelsk rett til grunn for løsningen av tvisten. B får fastsettelsesdom på generalpant. A anlegger ugyldighetssøksmål ved norske domstoler med påstand om at voldgiftsavgjørelsen er i strid med ordre *public*.²²⁷

3.5.2 Resultatet av at voldgiftsretten anvendte engelsk rett fremfor norsk rett

Generalpant er en panterrett i alle formuesgodene som pantsetteren til enhver tid eier, jf. ordlyden «alt det noen eier eller kommer til å eie» i pl. § 1-3 første ledd. Ved etablering av såkalt *floating charge* etter engelsk rett, er det ikke nødvendig å individualisere de

²²⁷ Det legges til grunn at voldgiftsretten hadde sete i Norge. A reiser derfor ugyldighetssøksmål ved norske domstoler etter vogl. kap. 9.

enkelte objektene som inngår i pantet: Det er adgang til å underpantsette alle formuesgodene som man til enhver tid eier, under ett.²²⁸ Ordningen reguleres i hovedsak av Companies Act 1985 og Insolvency Act 1986.²²⁹

I norsk rett er det derimot oppstilt et forbud mot at pantedeblitor i en og samme avtale behefter alle formuesgodene han til enhver tid eier, til fordel for en kreditor.²³⁰ Dette følger av pl. § 1-3 første ledd: «Panterett kan ikke rettsgyldig heftes under ett på alt det noen eier eller kommer til å eie». Bestemmelsen viderefører forbudet i panteloven av 1857 og kan ikke fravikes i avtale mellom partene.²³¹ Det oppstilles altså en materiell begrensning for hva det kan stiftes panterett i.²³²

Panteloven gir imidlertid en meget omfattende adgang – særlig for næringsdrivende – til å avtalepantsette sine formuesgoder. Falkanger uttaler at «Gjennom en serie pantsettelse kan likevel en næringsdrivende behefte praktisk talt alle sine verdier, herunder også verdier som han får i fremtiden».²³³

Avtalepant kan bare stiftes hvor det er lovhjemmel for det, jf. pl. § 1-2 annet ledd. Ved siden av dette såkalte panterettslige legalitetsprinsipp, er forbudet mot generalpant strengt tatt overflødig: Ingen lov gir hjemmel for etablering av pant i alle formuesgodene som pantsetteren til enhver tid eier. Som en naturlig videreføring av forbudet i pl. § 1-3 første ledd foreligger det også visse ulovfestede krav til individualisering av panteobjektet.²³⁴ Er avtalen om pant mellom A og B ugyldig, slik at banken ikke kan gjøre den gjeldende overfor A? Eller har begrensningene bare karakter

²²⁸ Se Konow (2006) på s. 85, som viser til Dickson mfl., ”Security on Movable Property” på s. 192. Det er kun registrerte selskaper som kan benytte seg av *floating charge*.

²²⁹ For en mer fullstendig behandling av reglene om *floating charge* i engelsk rett, nøyer jeg meg med å vise til Konow (2006) på s. 85-89. Det legges til grunn at partene har stiftet panteretten i samsvar med bestemmelsene som regulerer dette i engelsk rett.

²³⁰ Bestemmelsen gjelder også for utlegg og generalpant, jf. ordlyden og Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) på s. 334.

²³¹ Jf. pl. § 1-2 første ledd sammenholdt med § 1-3 første ledd.

²³² Falkanger (2008) på s. 24.

²³³ Se Falkanger (2008) på s. 25.

²³⁴ Jf. *Panteloven* (2003), s. 66.

av rettsvernsregler – dvs. at pantsettelsen er virkningsløs vis-à-vis tredjepersoner som pretenderer å ha kolliderende rett?

Også i denne sammenheng må spørsmålet om panteretten er gyldig inter partes holdes adskilt fra spørsmålet om panteretten har rettsvern. Sistnevnte gjelder forholdet mellom panthaveren og andre erververe av rett i tingen, mens gyldighetsspørsmålet bare angår forholdet mellom pantsetter og panthaver. En panterett kan være gyldig selv om rettsvern ikke er etablert.²³⁵

En naturlig forståelse av ordlyden «rettsgyldig» tilsier at bestemmelsene i pl. §1-2 annet ledd og pl. § 1-3 første ledd oppstiller gyldighetsvilkår, og ikke bare rettsvernsregler.

Dette støttes også av uttalelser i lovmotivene:

«Etter bestemmelsen i første ledd er det forbudt å etablere et såkalt generalpant, dvs et pant i alt det panteieren eier eller kommer til å eie. [.....] Det innledende forbud i pantel § 1-3 første ledd er å anse som et *gyldighetsvilkår* (Sandvik, Krüger og Giertsen s 64)» (min kursivering).²³⁶

Spørsmålet har ikke vært behandlet av Høyesterett, men i dommen inntatt i RG-1997-1269 kom retten til at kravet om lovhjemmel for avtalepant er en gyldighetsbetingelse. I juridisk teori er oppfatningen den samme. Skoghøy uttaler blant annet at pantavtaler som ikke har lovhjemmel, er ugyldig i forholdet mellom partene. Videre at de begrensningene som forbudet i pl. § 1-3 første ledd oppstiller, ikke bare er rettsvernsregler, men også gyldighetsvilkår.²³⁷ Brækhus og Sandvik m.fl. slutter seg til dette.²³⁸ En panterett som omfatter alt skyldneren til enhver tid eier, må etter dette anses som ugyldig og derfor virkningsløs mellom partene. Dette avviker altså markant fra engelsk rett, hvor det gyldig kan etableres *floating charge*.

²³⁵ Jf. Sandvik (1982) på s. 175. Ingen lov gir imidlertid hjemmel for å etablere panterett som det *ikke er mulig* å oppnå rettsvern for. Det kan derfor være en sammenheng mellom spørsmålet om gyldighet og spørsmålet om rettsvern, jf. Brækhus (2005) på s. 48.

²³⁶ Se Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) på s. 334.

²³⁷ Jf. *Panteloven* (2003) på henholdsvis s. 63 og 67.

²³⁸ Jf. Brækhus (2005) på s. 29 og 48. Sandvik (1982) på s. 64: «Lovens ordlyd etterlater ingen tvil om at en slik avtale vil være ugyldig også i forholdet mellom partene.»

Dersom voldgiftsretten hadde anvendt norsk rett i sin behandling av tvisten, ville B ikke ha fått fastsettelsesdom på generalpant. At voldgiftspanelet løste denne på grunnlag av engelsk rett, har derfor fått avgjørende betydning for utfallet av saken.

3.5.3 Kommer ordre public-reservasjonen til anvendelse?

Vil norske domstoler anerkjenne en voldgiftsdom som stadfester en panterett som er gyldig stiftet etter engelsk rett, men som ikke er tillatt etter norsk rett?

Domstolene er i utgangspunktet forpliktet til å anerkjenne voldgiftsdommen uten å overprøve det materielle innholdet i denne. De kan ikke sette avgjørelsen til side som ugyldig alene fordi voldgiftsretten ikke tok hensyn til lovvalgsreglene, eller fordi utfallet etter norsk rett ville ha blitt et annet. Det må påvises at voldgiftsdommen «virker støtende på rettsordenen», jf. vogl. § 43 annet ledd bokstav b. Problemstillingen er om avgjørelsen setter til side fundamentale prinsipper av materiell karakter. Det tas derfor utgangspunkt i hensynene som begrunner reglene i norsk rett – da det er disse, og ikke de materielle bestemmelsene som sådan, som eventuelt beskyttes av ordre public-reservasjonen. Deretter må det vurderes om opprettholdelse av voldgiftsdommen innebærer at disse hensynene blir tilsidesatt. Dette beror på en konkret vurdering.

3.5.3.1 Prinsipper som begrunner bestemmelsene i norsk rett

Panterett er en særrett til å søke dekning for et krav i et eller flere bestemte formuesgoder som tilhører skyldneren.²³⁹ Pantsetteren kan ved avtale gi en kreditor et dekningsprivilegium.²⁴⁰ I forhold til kreditorer som ikke har realkreditt, oppnår panthaveren en fortrinnsstilling på bekostning av disse: Desto mer av debtors aktiva som er pantsatt, jo svakere er øvrige kreditors dekningsmulighet. En avtale om pant får altså virkninger for disse.²⁴¹ Av hensyn til kreditorene og personalkreditten, har

²³⁹ Jf. legaldefinisjonen som følger av pl. § 1-1.

²⁴⁰ Skoghøy (2008) på s. 23

²⁴¹ Dette er imidlertid betinget av rettsvern er etablert.

lovgiver derfor funnet behov for å begrense pantsettelsesadgangen.²⁴² Forbudet mot generalpant og kravet om lovhjemmel utgjør slike tiltak, og Arnholm uttaler at:

«...tankemessig er generalpant en ren urimelighet. Skulle en slik panterett ha vern mot pantsetterens kreditorer, ville den jo i realiteten bety at han ved avtale kunne skape et konkursprivilegium for en enkelt kreditor – noe som må være lovgivningens sak å avgjøre.»²⁴³

Det vil være en ulempe for pantsetterens kreditorer om alle eiendelene er utenfor rekkevidde. Generalpant kan også føre til såkalte ”null-bo” ved konkurs: Om alle debtors aktiva er pantsatt, blir det ingen midler til fordeling mellom de øvrige kreditorene i konkursboet, og ikke engang midler til dekning av omkostningene ved å åpne en konkurs. Begrensninger i adgangen til å pantsette vil derfor tilføre konkursboene mer kapital.²⁴⁴ Flere av de samme hensyn begrunner det panterettslige legalitetsprinsipp i pl. § 1-2. Forarbeidene har særlig fremhevet behovet for regulering av og begrensninger i omfanget av pantsettelsesadgangen.²⁴⁵

Til tross for at lovgiver har funnet behov for å begrense adgangen til å pantsette, gir panteloven altså i realiteten en meget omfattende pantsettelsesadgang, jf. avsnitt 3.5.2 over. Kravet om lovhjemmel og forbudet mot generalpant er ikke til hinder for at en skyldner faktisk kan behefte det meste han eier til fortregning for usikrede kreditorer gjennom en serie av pantsettelser. Dette gjelder særlig hvor vedkommende opptre i næringsvirksomhet, jf. blant annet pl. §§ 3-4 til 3-13 om tingsinnbegrepspant.

Hensynet til øvrige fordringshavere er altså den hovedsakelige begrunnelse for at generalpant ikke er tillatt etter norsk rett, og forbudet skal først og fremst ivareta kreditorenes interesser.²⁴⁶ Dette er bare relevant for rettsvernsspørsmålets

²⁴² Jf. Ot. prp.nr. 39 (1977-1978) s. 12: «*Hovedhensynet* når det gjelder omfanget av den alminnelige adgangen til pantsetting, er virkningen for skyldnernes øvrige kreditorer og for personalkreditten generelt» (min kursivering). Se også Sandvik (1982) s. 172.

²⁴³ Se Arnholm (1962) på s. 14.

²⁴⁴ Jf. Brækhus (2005) på s. 240.

²⁴⁵ Ot.prp.nr. 39 (1977-1978) s. 12.

²⁴⁶ Se også Moss (2010) II på s. 321, hvor det uttales at bestemmelser i tingsretten regelmessig har tredjemannsvern som hovedhensyn.

vedkommende, og kan derimot ikke anføres som en begrunnelse for at avtalen er ugyldig *mellom partene*. Ugyldighetsvirkningene må først og fremst begrunnes av hensynet til pantsetteren selv. Restriksjoner i adgangen til å pantsette vil motvirke at pantdebitoren behefter alle sine eiendeler og dermed risikerer å påta seg en for stor gjeldsbyrde.²⁴⁷ Ved at avtalepant bare kan etableres på de måter som panteloven gir anvisning på, bidrar dette også til å skape oversikt og orden i kredittlivet, slik at dette kan fungere tilfredsstillende.²⁴⁸ Et oversiktlig kredittsystem vil samtidig kunne forebygge potensielle prioritetskonflikter.²⁴⁹

3.5.3.2 Den konkrete vurderingen

Resultatet av at voldgiftsdommen anerkjennes, er at Bs generalpant opprettholdes som gyldig overfor A til tross for at panteretten er i strid med norsk rett. Vurderingstemaet er om dette vil «stride sterkt med vår rettsfølelse».²⁵⁰ Spørsmålet har verken vært behandlet i nasjonal eller internasjonal rettspraksis, og heller ikke i nevneverdig grad i juridisk teori. Moss uttaler imidlertid at:

«Hvis dette er kriteriene som er utslagsgivende for å gi reglene potensiell ordre public-karakter, er det flere rettsområder som kan ha regler med slik karakter: For eksempel har bestemmelser innenfor *tingsrett*, *panterett*, arbeidsrett og forsikringsrett enten *tredjemannsvern* eller beskyttelse av den svakere part som hovedhensyn [.....].

En voldgiftsdom som følger partenes lovvalg og dermed *tilsidesetter nasjonale regler som verner tredjemann*, [.....] risikerer å være uvirksom fordi utfallet

²⁴⁷ Jf. Konow (2006) på s. 595. Se også Sandvik (1982) på s. 136, som uttaler at «Hensynet til debitor selv tilsa en nærmere avgrensning og presisering for å avverge misbruk.»

²⁴⁸ Jf. Konow (2006) s. 595.

²⁴⁹ Konow (2006) s. 595-596.

²⁵⁰ Jf. *Bokhandleren i Kabul-dommen* inntatt i Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 37. Som nevnt, er vurderingstemaet oppstilt noe ulikt både i rettspraksis og i litteraturen. Dette innebærer imidlertid ingen realitetsforskjell.

støter mot fundamentale prinsipper i domstolenes system.» (mine kursiveringer).²⁵¹

Som vi har sett ovenfor, er det hensynet til pantsetterens kreditorer som begrunner at avtalen om generalpant ikke har rettsvern. Det er imidlertid ingen aktuell konflikt med kreditorene på tidspunktet for ugyldighetssøksmålet. Det vern disse har etter materielle bestemmelser i norsk rett blir derfor heller ikke krenket i dette tilfellet.

Om konflikt med andre rettighetshavere oppstår på et senere tidspunkt, vil ikke voldgiftsdommen – eller at domstolene opprettholder denne som gyldig – nødvendigvis føre til at B står sterkere overfor etterfølgende kreditorer enn hva som følger av norsk rett. Her kan prosessuelle bestemmelser om retts- og tvangskraftens subjektive rekkevidde begrense dommens gjennomslagskraft overfor disse. At voldgiftsdommen opprettholdes som gyldig *overfor A*, innebærer altså ikke uten videre at B faktisk oppnår en særrett til dekning i bestemte objekt *på bekostning av etterfølgende utleggstakere eller konkursbo*.²⁵² Jeg nøyer meg med å vise til påfølgende avsnitt, hvor dette vil behandles nærmere. Poenget er at det ikke er *hensynet til kreditorvern* som kan legitimere bruk av ordre public-reservasjonen i dette tilfellet.

At avtalen om generalpant er ugyldig mellom partene, begrunnes heller ikke av hensynet til kreditorene, men skal ivareta andre interesser. Det er uansett et viktig poeng at hensynet til kreditorene dermed ikke er relevant i ordre public-vurderingen. Dette illustrerer at det ikke er tilstrekkelig at de norske bestemmelsene i prinsippet ivaretar fundamentale hensyn, så lenge disse etter en konkret vurdering ikke er tilsidesatt.

Det er hensynet til pantsetteren og behovet for et oversiktlig og velfungerende kredittsystem som begrunner at avtalen om generalpant er ugyldig inter partes. Hensynet til debitor selv er imidlertid lite fremtredende der pantsetteren opptrer i næringsvirksomhet.²⁵³ Den omfattende adgangen til å pantsette som panteloven *faktisk*

²⁵¹ Moss (2009) på s. 367.

²⁵² Jeg viser til at spørsmålet om panterettens gyldighet inter partes og spørsmålet om rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag må holdes adskilt fra hverandre. At panteretten opprettholdes som gyldig overfor A, innebærer ikke nødvendigvis at den på samme tid har rettsvern mot kreditorbeslag.

²⁵³ Jf. Konow (2006) på s. 596

åpner for, innebærer at det vanskelig kan stride sterkt med vår rettsfølelse at en fastsettelsesdom på generalpant opprettholdes som gyldig overfor A: Gjennom en serie pantsettelser har likevel en næringsdrivende i realiteten mulighet til å behefte alle sine verdier.²⁵⁴ Voldgiftsdommen har derfor samme virkning for skyldneren som om han enkeltvis har pantsatt sine eiendeler til B. Heller ikke hensynet til et oversiktlig kredittliv er etter min mening tilstrekkelig fundamentalt til at det er beskyttet av ordre public-reservasjonen i denne sammenheng. Til støtte for dette viser jeg til Konow, som fremholder:

«Når partene har avtalt en sikkerhet etter et annet lands rett enn norsk rett og har fått dom i utlandet som stadfester denne sikkerhetsretten, *vil det være søkt å hindre inndrivelse i Norge med den begrunnelse at dette skaper uorden i det norske systemet, i alle fall når de norske regler det henvises til, i hovedsak er gitt av hensyn til tredjemannsinteresser* som i denne forbindelse forutsettes *ikke er skadelidende* når den utenlandske dommen gjennomføres i forhold til den norske parten.» (mine kursiveringer).²⁵⁵

Norsk rett er heller ikke nødvendigvis bakgrunnsretten for gyldighetsspørsmålets vedkommende. Rettsvitenskapen synes å være av den oppfatning at dette er et kontraktsrettslig spørsmål, og at det derfor er rom for partsautonomi med hensyn til lovvalget.²⁵⁶ I så fall ville også norske domstoler ha vurdert spørsmålet om gyldighet etter engelsk rett om saken i første omgang ble forelagt dem, hvor avtale om *floating charge* er tillatt.²⁵⁷ Dette tilsier at en voldgiftsdom med samme innhold ikke virker

²⁵⁴ Se Falkanger (2008) på s. 25, og blant annet pl. §§ 3-4 til 3-13 om tingsinnbegrepspant.

²⁵⁵ Konow (2006) på s. 594 flg.

²⁵⁶ Se blant annet Cordes (1999) s. 446-447, Moss (2010) II s. 317. Konow uttaler at «I og med at jeg går inn for *lex causae* som et alternativ til *situsregelen*, ligger det i dette en aksept av at partenes lovvalgsavtale indirekte også kan få innflytelse på spørsmålet om hvilket lands rett spørsmålet om panterettens gyldighet skal bedømmes etter. Det er imidlertid grunn til å understreke at dette er svært usikkert de lege lata.» se s. 394-396.

²⁵⁷ Det kan imidlertid tenkes at domstolene motsetter seg anvendelse av engelsk rett om dette virker støtende på rettsordenen. Som vi har sett, er ordre public-reservasjonen også aktuell i relasjon til lovvalgsspørsmålet. Denne vurderingen tilsvarer ordre public-vurderingen knyttet til spørsmålet om

støtende på rettsordenen. Hensynet til harmoni i rettsystemet underbygger dette, og Konow uttaler at:

«Dette synspunktet vil også ha betydning i inndrivelsesomgangen der pantaveren ønsker å fullbyrde en utenlandsk dom i Norge, og der den utenlandske dommen bygger på en type panterett eller liknende sikkerhetsrett som man ikke har etter norsk rett. Der sikkerhetsretten er gyldig stiftet etter det lands rett som partenes kontraktsforhold for øvrig står under, og forutsatt at inndrivelsen kan gjennomføres uten å krenke tredjemanns interesser og i tråd med norske prosessregler, bør etter min mening den utenlandske dom fullbyrdes "as is", altså uten ny realitetsprøvelse.» (mine kursiveringer).²⁵⁸

Endelig er ordre public-reservasjonen en sikkerhetsventil som er forbeholdt de mest graverende tilfellene, og det skal *«svært meget til* for at ordre publicregelen får anvendelse» (min kursivering).²⁵⁹ Hensynet til at voldgiftsdommer er endelige og effektivitetshensynet utgjør her som ellers tungtveiende moment mot å la reservasjonen komme til anvendelse. I samme retning trekker partenes behov for forutberegnelighet. Det er også god grunn til å anta at den utenlandske pantaveren har innrettet seg i tillit til at avtalen om generalpant reguleres av engelsk rett, og at en voldgiftsdom som stadfester panteretten, kan håndheves i Norge. Disse betraktningene må etter mitt syn tillegges utslagsgivende vekt.

På bakgrunn av det ovenstående virker ikke voldgiftsdommen støtende på rettsordenen i dette konkrete tilfellet.

anerkjennelse av voldgiftsdommer. Noen bestemmelser i norsk rett ivaretar så grunnleggende verdier at de også gis direkte anvendelse, selv hvor norske lovvalsregler utpeker fremmed rett som *lex causae*. Konow uttaler imidlertid at «Pantelovens bestemmelser er altså etter mitt syn ikke internasjonalt preseptoriske i forholdet mellom pantsetter og pantaver», se Konow (2006) s. 598.

²⁵⁸ Konow (2006) på s. 598.

²⁵⁹ Rt. 1996 s. 1288 på s. 1291.

3.5.3.3 Konklusjon

Situasjoner som denne omfattes etter mitt syn ikke av ordre public-reservasjonen, og voldgiftsdommen kan ikke settes til side som ugyldig med hjemmel i vogl. § 43 annet ledd bokstav b. Ved å underlegge kontrakten engelsk rett og avtale voldgift som middel for tvisteløsning, har partene unngått anvendelse av preseptoriske bestemmelser i norsk panterett.

Som vi har sett, er ikke norsk rett nødvendigvis *lex causae* for spørsmålet om gyldighet inter partes. Det er imidlertid uklart om det foreligger partsautonomi med hensyn til lovvalg i denne sammenheng. For det tilfelle at norsk rett er bakgrunnsretten, er både lovvalgs- og voldgiftsklausulen nødvendig for å unngå anvendelse av norsk rett. Om partene ikke hadde foretatt et lovvalg til fordel for engelsk rett, ville voldgiftsretten lagt norske rett til grunn for de materielle tvistespørsmålene.²⁶⁰ Uten voldgiftsklausulen ville saken mellom A og B vært omfattet av de alminnelige domstolenes jurisdiksjon, som ikke tar partenes lovvalg i betraktning der det ikke foreligger partsautonomi.

I nasjonale forhold begrenses partenes avtalefrihet av preseptoriske bestemmelser, mens eksklusive lovvalgsregler er en begrensning for partenes mulighet til å bestemme bakgrunnsretten om forholdet har internasjonal tilknytning. Ved at partene valgte engelsk rett i kombinasjon med å avtale voldgift som tvisteløsningsmiddel, har de på samme tid oppnådd en utvidet kontrakts- og lovvalgsfrihet i dette tilfellet.

Ordre public-vurderingen er avhengig av de konkrete forholdene i den enkelte sak, og det er ikke mulig på forhånd å angi hvilke tilfeller som omfattes av reservasjonen. Til tross for at ordre public-strid ikke kan statueres i denne situasjonen, kan dette stille seg annerledes i øvrige saker av tilsvarende karakter – alt avhengig av de konkrete forholdene. Spørsmålet er heller ikke behandlet av norske domstoler, slik at løsningen er usikker.²⁶¹ Domstolsapparatet vil for øvrig ikke få befatning med voldgiftsdommen med mindre en av partene bringer denne inn til etterfølgende behandling.

²⁶⁰ Jf. vogl. § 31 annet ledd.

²⁶¹ Jeg har heller ikke funnet eksempler på at dette spørsmålet er behandlet i utenlandsk praksis.

3.5.4 Oppsummering og veien videre

I dette tilfellet forelå det ingen aktuell konflikt med pantsetterens kreditorer. Hensynet til kreditorvern kan derfor ikke statuere ordre public-strid. Det sentrale temaet i avhandlingen er nettopp spørsmålet om partsautonomiens rekkevidde i internasjonal voldgift hvor en kreditor gjør gjeldende konkurrerende rett i det samme formuesgodet.

I avsnitt 3.6 og 3.7 vil det tas utgangspunkt i avtalen om generalpant mellom A og B, slik denne er beskrevet ovenfor. Til forskjell fra forrige eksempel, foreligger det nå en aktuell konflikt med utleggstaker S.

3.6 Voldgiftsdom på generalpant: Bindende for utleggstakeren?

3.6.1 Innledning

Det vises til eksempelet i avsnitt 3.5.1. Anta nå at en annen kreditor S i tiden etter voldgiftsdommen tar utlegg i As maskiner og registrerer panteretten på første prioritet i Løsøreregisteret.²⁶² Når S er i ferd med å realisere maskinene ved tvangssalg, hevder B at hans fordring skal dekkes før kravet til S, og viser til fastsettelsesdommen på generalpant.²⁶³

Det legges til grunn at B har fastsettelsesdom på panterett på første prioritet i alle formuesgodene til A, og dermed også i maskinene.²⁶⁴ Disse er de eneste midlene A eier, og verdien av maskinene er ikke tilstrekkelig til å dekke både Bs og S` krav fullt ut. Prioriteten er derfor avgjørende for hvem som får full dekning, og det foreligger en prioritetskonflikt mellom

²⁶² Maskiner inngår i driftstilbehøret til den næringsdrivende. Utleggspant i disse reguleres av pl. § 5-4, som henviser til pl. § 3-4. S har etablert rettsvern i henhold til pl. § 5-4 første ledd. Panteloven gir imidlertid ikke i seg selv hjemmel for utleggspant, men bare regler om rettsvern. Beslagsretten følger her som ellers av dekl. § 2-2, jf. *Panteloven* (2003) på s. 454.

²⁶³ Jf. det såkalte dekningsprinsippet, som blant annet kommer til uttrykk i tvangsfullbyrdsloven § 8-16. Dette behandles nærmere i avsnitt 3.7.

²⁶⁴ *Floating charge* har på nærmere bestemte vilkår rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag etter engelsk rett. For en mer detaljert behandling av reglene om rettsvern og prioritet, viser jeg til Konow (2006) på s. 86-87.

utlegget og generalpantet – såkalt dobbeltsuksjonskonflikt.²⁶⁵ Har voldgiftsdommen noen betydning for løsningen av denne?

Utgangspunktet for konflikten mellom avtalepantet og kreditorbeslaget etter norsk rett er prinsippet om *først i tid best i rett*.²⁶⁶ Dette innebærer at den panteretten som først ble påheftet, har best prioritet.²⁶⁷ Reglene om rettsvern modifierer imidlertid hovedregelen. Avtalepanthaveren må gjennomføre en bestemt sikringsakt for å være beskyttet mot kreditorekstinksjon.²⁶⁸ Avtalen om generalpant har ikke rettsvern etter norsk rett og kan derfor ikke gjøres gjeldende overfor dekningsøkende kreditorer.²⁶⁹ S har derimot tinglyst utlegget, og er beskyttet mot eldre rettstiftelser som savner rettsvern.²⁷⁰ Utleggstakeren har altså krav på dekning før B etter norsk rett. Den utenlandske panthaveren har imidlertid en voldgiftsdom som bygger på engelsk rett, hvor *floating charge* på nærmere bestemte vilkår har rettsvern. Innebærer denne at B allikevel er beskyttet mot prioritetsekstinksjon, slik at han har krav på dekning før S? Spørsmålet er om dommen er bindende for S eller ikke.

3.6.2 Om voldgiftsdommen har rettskraftsvirkninger for S

Forhold som er til hinder for å anerkjenne voldgiftsdommen *overfor A*, er uttømmende regulert i vogl. § 46 og New York- konvensjonen art. V.²⁷¹ Om det samme kravet bringes inn for domstolene, eller en ny sak mellom A og B kommer opp, må saken som

²⁶⁵ For en generell behandling av prioritetskonflikter, vises det til Skoghøy (2008) på s. 224 flg.

²⁶⁶ Jf. pl. § 1-13 hvor dette kommer til uttrykk. Også omtalt som *køprinsippet*, jf. Lilleholt (1999) på s. 166. Se blant annet *Panteloven* (2003) på s. 155, som viser til Rådsegn 8 s. 60 og Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 98.

²⁶⁷ Med «påheftet» siktes det til stiftelsestidspunktet for panteretten, jf. *Panteloven* (2003) på s. 155.

²⁶⁸ Jf. Skoghøy (2008) på s. 225. Dette følger også direkte av pl. § 1-13. Hvorvidt S kjente til eller burde ha kjent til Bs rett, har ingen betydning: God tro er ikke et vilkår for kreditorekstinksjon, jf. for eksempel Lilleholt (1999) s. 168.

²⁶⁹ Jf. pl. § 1-3 første ledd.

²⁷⁰ Utleggstakeren har samtidig uten videre vern mot etterfølgende kreditorbeslag og avtaleerververe som ikke er i god tro. Tinglysning i Løsøreregisteret gir imidlertid ikke vern mot godtroerverv, jf. pl. § 1-2 fjerde ledd.

²⁷¹ Jf. *Voldgiftsloven Kommentartutgave* (2007) på s. 268: «Å gi anerkjennelse til en voldgiftsavgjørelse betyr å gi avgjørelsen rettskraft.»

hovedregel enten avvises eller voldgiftsdommen legges uprøvd til grunn.²⁷² Et grunnleggende prinsipp i voldgift er nettopp at voldgiftsdommen skal ha virkning som en rettskraftig dom. Avgjørelsen kan altså ikke settes til side som ugyldig eller nektes anerkjent alene fordi den er i strid med norsk rett. Den må virke støtende på rettsordenen om ordre public-reservasjonen skal komme til anvendelse. Det vises til vurderingen i avsnitt 3.5 ovenfor. Spørsmålet her er derimot om voldgiftsdommen er *bindende for S*, som ikke var part i voldgiftssaken. En voldgiftsdom kan naturligvis ikke kreves anerkjent overfor enhver, med vogl. § 46 som den eneste begrensning. Rettskraftsvirkningene retter seg i hovedsak mot partene i saken. En nærmere avgrensning av rettskraftens rekkevidde overfor andre, kan etter mitt syn ikke komme i konflikt med Norges forpliktelser etter New York-konvensjonen.

Hvorvidt voldgiftsdommen er bindende for S, er et spørsmål om subjektiv rettskraft.²⁷³ Det kan tenkes at de involverte land opererer med ulike bestemmelser om voldgiftsdommers rettskraftsvirkninger, slik at lovvalgsspørsmålet aktualiseres. Som nevnt, er det domstolslandets rett (*lex fori*) som kommer til anvendelse for spørsmål av prosessuell karakter.²⁷⁴ Norsk rett er derfor bakgrunnsretten.

Så lenge spørsmålet kommer opp for norske domstoler, må dette gjelde uavhengig av om voldgiftsdommen er avsagt i Norge eller i utlandet. Det er altså mottakerlandets regler om rettskraft som er avgjørende, selv hvor opphavslandet opererer med avvikende regler.²⁷⁵ I internasjonal teori er det fremholdt at:

«The authorities in the country where the arbitral award is relied upon determine on the basis of their *lex fori* whether and to what extent *res judicata* (and therefore award recognition) extends to a person who is, or appears to be, different from the award

²⁷² Jf. tvl. § 19-15 annet ledd, henholdsvis den *negative* og *positive* siden av rettskraftsvirkningene. Også omtalt som *avvisningsfunksjonen* og *prejudisialfunksjonen*, jf. avsnitt 3.3.1.

²⁷³ Jf. avsnitt 3.3.1.

²⁷⁴ At prosessuelle spørsmål reguleres av *lex fori*, er også i samsvar med allment aksepterte prinsipper i den internasjonale privatrett, jf. Gaarder (2000) s. 19, Fletcher (2005) s. 399. Også New York-konvensjonen art. III overlater prosessuelle spørsmål knyttet til gjennomføringen av anerkjennelsen av dommen til søksmålslandet rett.

²⁷⁵ Som tidligere nevnt skiller ikke vogl. kap. 10 mellom nasjonale og internasjonale eller utenlandske voldgiftsdommer. Om voldgiftsdommen er avsagt i et land som er tilsluttet New York-konvensjonen, bestemmes altså den subjektive rettskraftsvirkningen av nasjonale regler i søksmålslandet. Se også henvisningen i New York-konvensjonen art. III.

creditor or the award debtor. For example, the authorities will make this determination: [.....] where enforcement is sought against an official receiver if insolvency proceedings were commenced against the respondent prior to the rendering of the arbitral award...»²⁷⁶

Et annet spørsmål er om det foreligger partsautonomi med hensyn til lovvalg for spørsmål knyttet til rettskraftsvirkningene: Kan partene bestemme at et annet rettsystem enn domstolslandets rett skal komme til anvendelse i denne sammenheng? Kan lovvalget i så fall også påberopes overfor utleggstakeren? Det vil føre for langt å gå nærmere inn på dette. Poenget her er at partene har underlagt avtalen om pant utenlandsk rett. De prosessuelle spørsmålene knyttet til voldgiftsdommens subjektive rettskraft, omfattes ikke av denne lovvalgsavtalen og må derfor løses av norsk internasjonal privatrett. Tvangsfullbyrdelse er for øvrig i alle tilfeller et spørsmål for nasjonal rett.

Kan voldgiftsretten avgjøre at B har panterett på første prioritet med den virkning at S er bundet av dette? Med andre ord: Må voldgiftsdommen mellom A og B legges opprøvd til grunn i en eventuell behandling av tvisten mellom B og S for domstolene?²⁷⁷

De alminnelige reglene om rettskraft gjelder for voldgiftsdommer, og derfor også reglene om *subjektiv* rettskraft.²⁷⁸ Den klare hovedregelen er at dommen bare er bindende for partene i saken, i dette tilfellet A og B.²⁷⁹ Det er den formelle partsstillingen som er avgjørende.²⁸⁰ Flere hensyn begrunner utgangspunktet om at rettskraftsvirkningene begrenses til å omfatte partene. Særlig gjør det kontradiktoriske prinsipp seg gjeldende: Tredjeperson som ikke har hatt anledning til å uttale seg før domsavsigelsen – og dermed ikke mulighet til å øve innflytelse på utfallet av saken – tilsier at denne heller ikke er bundet av dommen.²⁸¹

²⁷⁶ Jf. Kronke (2010) på s. 130-131.

²⁷⁷ Regelen om avledet eller utvidet rettskraft for andre enn partene gjelder bare den positive rettskraftsvirkningen etter § 19-15 annet ledd, jf. *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) s. 845.

²⁷⁸ Jf. avsnitt 3.3.1 ovenfor.

²⁷⁹ Jf. tvl. § 19-15 første ledd, første punktum.

²⁸⁰ Det avgjørende er hvem som er oppført som parter i dommen, ikke hvem som eventuelt har den reelle eller økonomiske interesse i saken, jf. *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) på s. 851 og Robberstad (2006) på s. 323.

²⁸¹ Se Aasland (1988) på s. 215-219, Gunleiksrud (1995) på s. 16. Se også Robberstad (2006) på s. 230, hvor det uttales at det er en grunnsetning i prosessen at «ingen skal dømmes uhørt». I dansk teori er det fremholdt at «En voldgiftskendelse har ingen retskraft i forhold til tredjemand, medmindre denne ved succession, fuldmagt eller på andet grundlag er bundet av afgjørelsen, sml. U1997.251H...», jf. Juul (2003) s. 220.

For øvrig er voldgiftsdommen heller ikke rettskraftig overfor parten selv – i dette tilfellet A - om denne ikke «har fått anledning til å fremstille sitt syn på saken», jf. vogl. §§ 43 første ledd bokstav b og 46 første ledd bokstav b.

Problemstillingen er om rettskraften kan utvides til å omfatte S.²⁸² Nærmere bestemt om utleggstakeren «på grunn av sitt forhold til parten ville være bundet av en tilsvarende avtale om tvistegjenstanden», jf. tvl. § 19-15 første ledd, annet punktum.²⁸³ Det er i dette tilfellet klart at A og B utenfor prosess ikke kan avtale at Bs panterett skal ha bedre prioritet enn utlegget, med bindende virkning for S. Lilleholt uttaler at:

«Reglane om kreditorvern kan ikkje fråvikast til skade for kreditor i avtale mellom debitor og den tredjeperson som har ein konkurrerande rett. Debitor vil normalt ikkje ha motførestellingar mot å favorisere medkontrahenten, og avtalefridom på dette området ville derfor vera farleg for kreditorane.»²⁸⁴

Derfor kan heller ikke rettskraften utvides til å omfatte utleggstakeren. Dommen er ikke bindende for S.

I dette tilfellet ble utlegget tatt etter at voldgiftsdommen ble avsagt, og Schei uttaler at «For rettserverv etter dommen følger begrensningen også av den alminnelige regel om avgrensning av den objektive rettskraften i forhold til etterfølgende rettsstiftende kjensgjerninger..»²⁸⁵

²⁸² Også omtalt som avledet subjektiv rettskraft, se blant annet Rt. 2007 s. 234, avsnitt 65-66.

²⁸³ Jf. *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) på s. 854: «For tredjeperson bør det være uten betydning om partenes rettsforhold i et slikt tilfelle blir normert autonomt ved et rettsforlik eller en vanlig avtale eller heteronomt ved en dom.» Partene kan derimot heller ikke regissere en dom, og dermed få en sterkere stilling vis-à-vis tredjemann enn de kan ved en avtale med tilsvarende innhold.

²⁸⁴ Jf. Lilleholt (1999) på s. 171. Se også Konow (2006) på s. 594, som viser til en upublisert kjennelse av 23. september 1992 fra Eidsivating lagmannsrett til støtte for sitt syn: « En utenlandsk rettsavgjørelse angående forholdet mellom panthaver og pantsetter vil heller ikke ha retts- eller tvangskraftsvirkninger i forhold til tredjemann». Schei mfl. viser til at det er de materielle reglene om virkningen av avtalen overfor tredjeperson på det bestemte rettsområdet som er avgjørende, se *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) s. 854. Det uttales også at de materielle reglene om ekstinktivt erverv begrenser den subjektive rettskraften overfor suksessorne, se s. 855. Reservasjonen for ekstinksjon fulgte tidligere direkte av tvml. § 65 tredje ledd.

²⁸⁵ Se *Tvisteloven Kommentartutgave* (2007) s. 855-856.

3.6.3 Konklusjon

Voldgiftsdommen innebærer ikke at B får bedre prioritet enn hva som følger av norsk rett. Dommen får med andre ord ingen betydning for utfallet av konflikten mellom generalpantet og kreditorbeslaget. I dette tilfellet kan A og B derfor ikke unngå anvendelse av norske bestemmelser om rettsvern ved å foreta et lovvalg til fordel for engelsk rett og innta en voldgiftsklausul i kontrakten. Dette illustrerer at reglene om subjektiv rettskraft begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor utleggstakeren. På samme tid utgjør dette en begrensning i partsautonomien i internasjonal voldgift.

Det er nettopp fordi tredjepersonskonflikten reiser andre typer problemstillinger enn dem som oppstår mellom partene, at man bør være forsiktig med å gi voldgiftsavgjørelsen virkning utover partsrelasjonen. Det er også en forskjell på å slå fast at en voldgiftsdom har rettskraft, og å avgjøre hva rettskraften nærmere bestemt innebærer.

Dersom saken mellom B og S behandles av domstolene, kommer norsk rett til anvendelse, jf. situsregelen. Lovvalgs klausulen til fordel for engelsk rett kan ikke gjøres gjeldende overfor S.²⁸⁶

3.7 Voldgiftsdom på generalpant: Er hensynet til utleggstakeren relevant i ordre public-vurderingen?

3.7.1 Innledning

Det vises til presentasjonen av typetilfellet i avsnitt 3.5.1 og 3.6.1. Anta nå at kreditor S i tiden etter avtalen om generalpant mellom A og B tar utlegg i As maskiner. S registrerer dette på første prioritet i Løsøreregisteret. I mellomtiden har A misligholdt flere avdrag. B viser til generalpantet og krever dekning i maskinene – som er de eneste midlene A eier. Selskapet hevder at S` utlegg er til hinder for dette.²⁸⁷ B bringer saken inn for til voldgiftsretten, som anvender engelsk rett i løsningen av tvisten. B får dom på

²⁸⁶ Det er lagt til grunn at maskinene befinner seg i Norge. Les situs utpeker derfor norsk rett som bakgrunnsrett, og det foreligger ikke partsautonomi med hensyn til lovvalg for konflikten mellom pantaveren og kreditoren, jf. avhandlingens del 2.

²⁸⁷ Det legges til grunn at verdien av maskinene ikke er tilstrekkelig til å dekke både B og S` krav fullt ut.

realisasjon av maskinene, og begjærer denne tvangsfullbyrdet i Norge. Er det rom for å anvende ordre public-reservasjonen, slik at domstolene kan motsette seg fullbyrdelse? Til forskjell fra eksempelet i avsnitt 3.5, foreligger det nå en *konkret konflikt med tredjeperson*. Det sentrale er å undersøke om *hensynet til S* har betydning for utfallet av ordre public-vurderingen.

Også her kan spørsmålet om voldgiftsdommen er bindende for S, reises. Det som skal undersøkes er imidlertid om ordre public-reservasjonen kan utgjøre et *alternativt grunnlag* for at Bs rett ikke står seg overfor S. Dersom voldgiftsdommen er i strid med ordre public, vil den uten videre heller ikke få noen betydning for utleggstakeren. Fordi voldgiftsdommen i så fall ikke kan opprettholdes, er dette et forhold som begrenser partsautonomien i internasjonal voldgift. Poenget er å illustrere at det er flere måter å tilnærme seg spørsmålet om hvilke forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor kreditorene på.

3.7.2 Resultatet av at voldgiftsretten ikke tok hensyn til den egentlig anvendbare retten

A anfører at utlegget er til hinder for at B kan kreve dekning i maskinene.

Voldgiftsretten må derfor prejudisielt ta stilling til om Bs panterrett står seg overfor det yngre kreditorbeslaget, til tross for at S ikke er part i voldgiftssaken.²⁸⁸ Fordi maskinene er i Norge på tidspunktet for rettighetskollisjonen, er norsk rett bakgrunnsretten. Partsautonomi er utelukket i denne sammenheng.²⁸⁹ På tross av dette håndhever voldgiftsretten partenes lovvalgsavtale og anvender engelsk rett når de prejudisielt tar stilling til konflikten mellom B og S. Som vi har sett ovenfor, er *floating charge* tillatt etter engelsk rett, og panteretten har på nærmere bestemte vilkår rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag.²⁹⁰ Avaler om generalpant står seg derimot ikke overfor pantsetterens kreditorene etter norsk rett.²⁹¹ Det har altså fått avgjørende betydning for utfallet av saken mellom A og B at engelsk rett ble lagt til grunn.

²⁸⁸ Med prejudisielt menes at «den rettslige bedømmelse av et forhold [...] er avhengig av hvordan et annet spørsmål bedømmes rettslig sett» jf. Konow (2006) på s. 285.

²⁸⁹ Jf. situsregelen - som i denne sammenheng altså er ufravikelig, jf. del 2.

²⁹⁰ Se i avsnitt 3.6.1.

²⁹¹ S behøver ikke å respektere eldre rettstiftelser i objektene som ikke har rettsvern, jf. pl. § 1-13.

Hvorvidt utleggstakeren var kjent med avtalen om generalpant eller ikke, har ingen betydning. God tro er ikke et vilkår for kreditorekstinksjon.

Et annet spørsmål er om voldgiftsretten burde ha sett bort i fra partenes lovvalgsklausul og heller anvendt den egentlige bakgrunnsretten. Såfremt voldgiftspanelet er bundet av lovvalget, kan dette derimot innebære kompetanseoverskridelse.²⁹² Som tidligere nevnt, vil det føre for langt å gå nærmere inn på dette.²⁹³

3.7.3 Om det er rom for å anvende ordre public-reservasjonen

I avsnitt 3.5 ble det konkludert med at ordre public-reservasjonen ikke kom til anvendelse. Stiller dette seg annerledes hvor det nå foreligger en aktuell konflikt mellom B og S?

Ordre public-reservasjonen foreskriver en vurdering av *virkningene* eller *resultatet* av at dommen tvangsfullbyrdes. For at hensynet til S skal kunne legitimere anvendelse av forbeholdet, er det altså nødvendig at fullbyrdelsen fører til at det vern S har etter norsk rett, faktisk blir krenket. Det må derfor undersøkes hvilken virkning det vil få for S om domstolene etterkommer begjæringen om tvangsfullbyrdelse. Vil dette innebære at Bs rett står seg overfor S, slik at banken har krav på dekning først? I så fall oppnår B et mer omfattende vern enn hva som følger av norsk rett på bekostning av kreditoren.

3.7.3.1 Innebærer tvangsfullbyrdelse at B får dekning før S?

Forhold som er til hinder for at B har krav på tvangsrealisasjon av maskinene i henhold til voldgiftsdommen, er uttømmende regulert av vogl. § 46.²⁹⁴ Det følger av vogl. § 45 siste ledd at selve *gjennomføringen* av tvangsfullbyrdelsen skal skje «etter reglene i tvangsfullbyrdesloven», med mindre annet følger av vogl. kap. 10.²⁹⁵ Også New York- konvensjonen overlater dette til prosessuelle bestemmelser i søksmålslandets rett, jf. art. III:

²⁹² Kompetanseoverskridelse er en relativ ugyldighetsgrunn, jf. vogl. § 43 første ledd, bokstav c.

²⁹³ Jf. avsnitt 3.1. Se også vogl. § 46 første ledd, bokstav c.

²⁹⁴ Bestemmelsen korresponderer altså med New York- konvensjonen art. V. Jf. også henvisningen i tvfbl. § 4-2 fjerde ledd.

²⁹⁵ Som nevnt, er det et anerkjent internasjonalt privatrettslig prinsipp at domstolslandet anvender egne prosessuelle bestemmelser. Dette gjelder i særlig grad for regler om tvangsinn drivelse, som er et så tydelig utslag av offentlig myndighetsutøvelse.

«Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them *in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon*» (mine kursiveringer).²⁹⁶

Det går altså et skille mellom forhold som er til hinder for tvangfullbyrdelse av voldgiftsdommen, og hvordan fullbyrdelsen nærmere bestemt skal gjennomføres og hvilke virkninger dette får.

Tvangssalg av pantebeheftet løsøre som ikke er realregistrert, reguleres av tvangfullbyrdsloven. kap. 8. Det såkalte *dekningsprinsippet* er lovfestet i tvfbl. § 8-16 første ledd:

«Salget kan bare gjennomføres dersom den pris som oppnås dekker alle heftelser *med bedre prioritet* enn saksøkerens krav» (mine kursiveringer).

Spørsmålet om prioritet må avgjøres etter norsk rett, jf. *lex situs*. B kan ikke påberope seg lovvalgsklausulen i avtalen med A overfor kreditoren, da dette spørsmålet ikke omfattes av partsautonomien. Som vi har sett, har utlegget til S bedre prioritet enn Bs generalpant etter norsk rett. Voldgiftsretten tok imidlertid prejudisielt stilling til prioritetskonflikten og kom til motsatt resultat. Innebærer dette at utlegget til S allikevel må vike?

Det kan tenkes flere alternative måter å tilnærme seg dette spørsmålet på. For det første tar voldgiftsretten bare *prejudisielt* stilling til om Bs generalpant står seg overfor utlegget til S. Forholdet kan dermed ikke anses som rettskraftig avgjort.²⁹⁷ For det andre vil reglene om subjektiv rettskraft tilsi at S uansett ikke er bundet av

²⁹⁶ Jf. også Kronke (2010) s. 121: «Examples of some of these procedural issues, which must be resolved under the laws of the country where the award is relied upon, are: [.....] and the prerequisites and other restrictions that apply to such proceedings.»

²⁹⁷ Jf. blant annet NOU 2001: 32 A på s. 38 og Robberstad (2006) på s. 147. Se også Gunleiksrud (1995) på s. 10, som uttaler at «tredjemann aldri vil være bundet av dommen mellom partene i større utstrekning enn partene selv er bundet av dommen».

voldgiftsdommen.²⁹⁸ Selv om vogl. kap. 10 uttømmende regulerer forhold som er til hinder for at voldgiftsdommen kan tvangsfullbyrdes, vil den nærmere gjennomføringen av tvangssalget og fordelingen av salgssummen mellom konkurrerende panthavere bero på søksmålslandets rett.²⁹⁹ At voldgiftsretten prejudisielt tok stilling til utlegget, kan altså ikke innebære at B stilles bedre overfor S enn hva som følger av norsk rett.

Selv om domstolene etterkommer begjæringen om tvangsfullbyrdelse, har B fortsatt ikke krav på dekning av salgssummen før B. Dekningsprinsippet er til hinder for dette. Etter mitt syn er det på samme tid påvist en sammenheng mellom prosessuelle bestemmelser og ordre public-reservasjonen. Nettopp fordi dekningsprinsippet innebærer at det vern S har etter norsk rett ikke svekkes eller bortfaller, kan heller ikke hensynet til utleggstakeren alene legitimere anvendelse av reservasjonen. Ordre public-vurderingen må derfor foretas på tilsvarende måte som i avsnitt 3.5 ovenfor, hvor det ble konkludert med at det ikke er rom for å la reservasjonen komme til anvendelse.³⁰⁰ Dommen, som bygger på at B har pant på beste prioritet, kan uansett ikke tvangsfullbyrdes etter sitt innhold.

Poenget her var å vurdere om hensynet til S kan få betydning for utfallet av ordre public-vurderingen. Om dette overhodet utgjør riktig tilnærming i denne sammenheng, kan imidlertid problematiseres. Dette behandles nærmere i avsnitt 3.10.

3.7.3.2 Konklusjon

Selv om voldgiftsretten prejudisielt tok stilling til konflikten mellom B og S, innebærer ikke tvangsfullbyrdelse av dommen at panthaveren får dekket sitt krav før utleggstakeren. Nasjonale bestemmelser om gjennomføringen av tvangssalget og

²⁹⁸ Rettskraften kan bare utvides til å omfatte S hvor partene utenfor prosess kunne ha bundet utleggstakeren i tilsvarende avtale, jf. tvl. § 19-15 første ledd og avsnitt 3.6.2. Det er klart at A og B ikke i avtale kan avgjøre at B skal ha et mer omfattende vern mot S enn hva som følger av rettsvernsreglene, med den virkning at S er bundet av dette.

²⁹⁹ Jf. vogl. § 45 og New York- konvensjonen art. III.

³⁰⁰ Til tross for at B da hadde fastsettelsesdom på generalpant, er vurderingen av ordre public den samme hvor det foreligger en fullbyrdesdom, jf. ovenfor i avsnitt 3.3.3.2.

fordelingen av kjøpesummen er til hinder for dette. Hensynet til S er derfor ikke tilsidesatt, og heller ikke relevant i ordre public-vurderingen.

3.7.4 Veien videre

Jeg har hittil analysert to situasjoner der en avtale om generalpant mellom partene har fått implikasjoner for utleggstaker S. En voldgiftsdom som håndhever en slik avtale, kan anerkjennes og tvangsfullbyrdes *overfor pantsetteren* uten at ordre public-reservasjonen er til hinder for dette. Dommen innebærer derimot ikke at B får et mer omfattende vern mot S enn hva som følger av norsk rett, fordi virkningene av voldgiftsdommen er begrenset overfor kreditorene. Kan dette stille seg annerledes hvor A går konkurs? Her, som tidligere i denne delen av avhandlingen, er det de forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor boet – og dermed også partsautonomien i internasjonal voldgift - som er sentralt. De ulike eksemplene vil illustrere forskjellige måter å tilnærme seg avhandlingens tema på. I tillegg vil jeg også forsøke å vurdere sammenhengen mellom disse.

3.8 Voldgiftsdom på salgspant i varer ment for videresalg hvor pantsetteren går konkurs

3.8.1 Presentasjon av typetilfellet

To kommersielle parter inngår avtale om kjøp av et parti symaskiner. Selgeren B har forretningssted i Danmark og kjøperen A i Norge. B leverer symaskinene før A har betalt, og yter derfor kreditt. Selgeren forbeholder seg eiendomsretten til varene inntil A har prestert sin del av kontraktsforpliktelsen.³⁰¹ Partene er enige om at A kan videreselge maskinene før han har betalt kjøpesummen. I forsøk på å unngå anvendelse av norsk rett foretar de et lovvalg til fordel for dansk rett og bestemmer at eventuelle tvister skal løses ved voldgiftsbehandling.

³⁰¹ I norsk rett reguleres konstruksjoner om eiendomsforbehold av reglene om salgspant, jf. pl. § 3-22 første ledd og avsnitt 3.5.2. I det følgende vil *eiendomsforbehold*, *panterett* og *salgspant* benyttes om hverandre.

I ettertid påstår A at eiendomsforbeholdet ikke kan gjøres gjeldende fordi konstruksjonen er i strid med norsk rett.³⁰² B bringer saken inn for voldgiftsretten, som legger partenes lovvalg og derfor dansk rett til grunn for løsningen av tvisten. B får fastsettelsesdom på at han har eiendomsforbehold i maskinene. A går så konkurs, og konkurs åpnes i Norge. B viser til voldgiftsdommen og hevder at maskinene ikke inngår i generalbeslaget. Boet (S) på sin side påstår at de ikke er bundet av dommen, og at B ikke har krav på særrett til dekning i symaskinene fordi panteretten ikke har rettsvern etter norsk rett – som i henhold til *lex situs* er den anvendbare retten.

Symaskinene var i Danmark da eiendomsforbeholdet ble stiftet, men befinner seg i Norge på tidspunktet for konkursåpningen. Hvor det oppstår konflikt med konkurrerende rettighetshavere i objektet, er det *lex situs* på tidspunktet for tredjepersonskonflikten som er bakgrunnsretten. Etter norsk internasjonal privatrett må altså spørsmålet om rettsvern løses av norsk rett. I dette eksempelet befinner varene seg i landet hvor insolvensbehandlingen er innledet. Det er derfor ikke nødvendig å problematisere forholdet til *lex concursus*, da også denne lovvagsregelen utpeker norsk rett som *lex causae*. Som vi har sett i del 2, er det ikke rom for partsautonomi hvor det oppstår konflikt med pantsetterens konkursbo. B har imidlertid en fastsettelsesdom som bygger på partenes lovvalg og dermed dansk rett, og som stadfester at han har eiendomsforbehold i maskinene. Kan dette innebære en annen løsning?

For en nærmere behandling av reglene om salgspant i løsøre ment for videresalg, vises det til avsnitt 3.9 nedenfor. Det er her tilstrekkelig å slå fast at eiendomsforbeholdet ikke kan gjøres gjeldende overfor boet etter norsk rett. Spørsmålet som skal vurderes, er om boet er bundet av voldgiftsdommen, slik at B allikevel har krav på særrett til dekning i maskinene.

3.8.2 Om boet må respektere voldgiftsdommen

Utgangspunktet er her som ellers at S kan beslaglegge alt som tilhører A på konkursåpningstidspunktet, jf. dekl. § 2-2. Varene vil derfor uten videre omfattes av generalbeslaget fordi de ikke er utlevert i forkant av konkursen. Bare hvor B har en panterett som har rettsvern og som ikke kan omstøtes, har han separatistrett.³⁰³

Spørsmålet er om voldgiftsdommen allikevel fører til at Bs rett står seg. Dette beror på om avgjørelsen er bindende for S. Det er altså bestemmelsene om subjektiv rettskraft i søksmålslandets rett som avgjør dette spørsmålet, uavhengig av om dommen er nasjonal

³⁰² Det kan ikke avtales salgspant i varer ment for videresalg etter norsk rett, jf. pl. § 3-15 annet ledd.

³⁰³ I motsatt fall har B bare en dividendefordring i boet, jf. dekl. §§ 6-4 og 9-6. Med *dividende* menes fordringer som har krav på forholdsmessig dekning etter sin prioritet i skyldnerens bo, jf. Andenæs (2009) I på s. 392.

eller internasjonal.³⁰⁴ Til forskjell fra eksempelet i avsnitt 3.6 er S nå konkursbo. Rettskraftsvirkningene for konkursbo og utleggstakere er ikke nødvendigvis sammenfallende.

Som nevnt, gjelder de alminnelige reglene om subjektiv rettskraft også for voldgiftsdommer. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i spørsmålet om en tilsvarende ordinær dom er bindende for konkursboet. Hovedregelen er at dommen bare er bindende for partene, jf. tvl. § 19-15 første ledd. Problemstillingen er om boet «ville være bundet av en tilsvarende avtale om tvistegjenstanden». I så fall har dommen rettskraftsvirkninger for S.

De som utleder sin rettslige posisjon fra partene – rettsetterfølgere eller suksessorer – vil som hovedregel være bundet av dommen, og dette gjelder også ved såkalt universalsuksesjon i forhold til konkursbo.³⁰⁵ Det følger av forarbeidene at:

«Partens kreditorer er i utgangspunktet også bundet av en dom mot ham, men rettsvernsreglene kan føre til at også en rettighetsposisjon som bygger på en rettskraftig dom går tapt, f.eks. dersom en dom for en rettighet til en fast eiendom ikke er tinglyst. For tvangskraften er dette kasuistisk kommet til uttrykk i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-9 i forhold til debtors konkursbo.»³⁰⁶

S vil i utgangspunktet være bundet av en dom mot A, men dette gjelder altså ikke absolutt. Flere hensyn tilsier at en dom mot konkursdebitor ikke i alle henseender kan

³⁰⁴ Jf. avsnitt 3.3.1. og avsnitt 3.6.2.

³⁰⁵ Se blant annet Aasland (1988) s. 222-226, Robberstad (2006) på s. 252-253., *Tvisteloven Kommentaarutgave* (2007) på s. 855. Aasland uttaler for øvrig at der rettsserverv skjer *før* søksmålet, vil erververen ikke bli bundet av dommen fordi den ikke har tilbakevirkende kraft i forhold til ham. Hvor ervervet derimot skjer etter dommen, er utgangspunktet at overdrageren ikke kan overføre bedre rett enn han selv har, slik at suksessorene er bundet av avgjørelsen, se Aasland (1988) på henholdsvis s. 222 og s. 223.

³⁰⁶ Jf. NOU 2001:32 A på s. 397-398. Dette må ses i sammenheng med det grunnleggende prinsipp at konkursboet ikke kan erverve bedre rett enn debitoren har, med mindre det er grunnlag for ekstinksjon eller omstøtelse.

være bindende for boets vedkommende. Dette kan i så fall åpne for en omgåelse av så vel rettsvern- som omstøtelsesreglene.³⁰⁷ For øvrig kan heller ikke partene utenfor prosess avtale at en rettsstiftelse uten rettsvern kan gjøres gjeldende overfor boet, slik at dette har støtte i lovens ordlyd.³⁰⁸ Hov uttaler at:

«Likedan må en dom til fordel for, eller overfor, en part som utgangspunkt også være bindende for hans konkursbo. En slik avgjørelse vil altså – igjen med de modifikasjoner som følger av *rettsverns- og omstøtelsesreglene* – sette grenser for hva boet kan disponere over» (min kursiering).³⁰⁹

Også Robberstad viser til at hovedregelen modifiseres blant annet av reglene om kreditorekstinksjon, mens Eckhoff uttaler at spørsmålet om ekstinksjon beror «helt på *de materielle regler* om ekstinksjon» (min kursivering).³¹⁰

Det er etter dette klart at en alminnelig dom for en panterett som mangler rettsvern, ikke er bindende for konkursboet. Dette gjelder også for voldgiftsdommer.³¹¹ I dette tilfellet har forholdet internasjonal tilknytning, slik at lovvalgsspørsmålet aktualiseres: Hvilke av de impliserte lands rett kommer til anvendelse for rettsvernsspørsmålet vedkommende? Fordi varene befinner seg i Norge på tidspunktet for rettighetskollisjonen, er det norsk rett som regulerer spørsmålet om rettsvern. Som vi skal se straks nedenfor, har salgspant i varer ment for videresalg ikke vern overfor konkursboet. At eiendomsforbehold står seg overfor kjøperens kreditorer etter dansk rett, er altså ikke relevant. Voldgiftsdommen er dermed ikke bindende for boet. Dette

³⁰⁷ Jf. Gunleiksrud (1995) på s. 57, som for øvrig bare ser på omstøtelse. De samme hensyn gjør seg imidlertid her gjeldende for spørsmålet om rettsvern.

³⁰⁸ Reglene om rettsvern er preseptoriske.

³⁰⁹ Hov (2007) på s. 515.

³¹⁰ Jf. henholdsvis Robberstad (2006) på s. 249 og Eckhoff (1945) på s. 162. Se også Aasland (1988) på s. 223, som fremholder at dommen ikke vil hindre at suksessoren vinner rett i strid med dommen gjennom ekstinktvt erverv.

³¹¹ Dette illustrerer altså at en voldgiftsdom – enten den er nasjonal eller internasjonal – står i samme stilling som en ordinær dom i dette henseende, og ikke i noen særstilling.

innebærer at B ikke har krav på separatistrett i maskinene, men bare er en uprioritert kreditor som må nøye seg med dividende av kjøpesummen.

3.8.3 Konklusjon: Voldgiftsdommen er ikke bindende for konkursboet

Boet må respektere voldgiftsdommen på lik linje med en alminnelig dom. Om saken mellom B og S behandles ved de alminnelige domstolene, påvirker ikke voldgiftsdommen utfallet av denne fordi den ikke er bindende for S.³¹² Det er videre klart at norsk rett kommer til anvendelse for løsningen av tvisten mellom B og S, jf. *lex situs*. B kan ikke påberope seg lovvalget til fordel for dansk rett overfor boet, da det ikke er rom for partsautonomi i dette henseende.

A og B kan etter dette ikke unngå anvendelse av norske regler om rettsvern. Den utenlandske kreditoren stilles derfor ikke bedre overfor boet enn hva som følger av norsk rett – B innrømmes med andre ord ikke et mer omfattende vern mot kreditorekstinksjon. Dette illustrerer at bestemmelsene om voldgiftsdommens subjektive rettskraft på samme tid fungerer som en begrensning i partsautonomien i internasjonal voldgift.

Om A anlegger søksmål om ugyldighet, må domstolene av eget tiltak vurdere om ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse. Som vi har sett, vil en anerkjennelse av voldgiftsdommen ikke få rettskraftsvirkninger overfor andre enn A i dette tilfellet. Hensynet til S vil derfor ikke krenkes, og er heller ikke et relevant moment i vurderingen av om voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen. Utgangspunktet for ordre public-vurderingen er altså at voldgiftsdommen opprettholder en avtale om pant som ikke er i samsvar med preceptoriske bestemmelser i den egentlig anvendbare retten. Det vises til avsnitt 3.5 ovenfor, hvor en tilsvarende vurdering må foretas her. Såfremt domstolene mot formodning kommer til at det foreligger ordre public-strid, vil dommen settes til side som ugyldig. På samme tid vil den dermed uten videre være virkningsløs overfor konkursboet. I så fall utgjør også ordre public-reservasjonen et forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor kreditorene.

³¹² Som i denne sammenheng betyr at voldgiftsavgjørelsen i saken mellom A og B ikke skal legges uprøvd til grunn i den etterfølgende saken mellom B og S, jf. tvl. § 19-15 annet ledd (den såkalte positive funksjon), men at retten må foreta en ny realitetsprøving.

3.9 Voldgiftsdom på salgspant hvor konkursboet var part i saken

3.9.1 Presentasjon av typetilfellet

Det vises til eksempelet i avsnitt 3.8.1 ovenfor. Anta nå at mens voldgiftssaken *verserer*, går A konkurs og konkurs åpnes i Norge. Boet trekkes inn som part i saken.

Virkingen av voldgiftsavtaler inngått av skyldneren overfor konkursboet reguleres av kkl. § 155. Boet kan på nærmere bestemte vilkår trekkes inn som part i voldgiftssaker som er påbegynt før konkursåpningen.³¹³ Det legges til grunn at vilkårene er oppfylt i dette tilfellet.³¹⁴ Boet får dermed status som part i voldgiftssaken og blir bundet av voldgiftsavgjørelsen.³¹⁵ Situasjonen skiller seg altså fra eksempelet i avsnitt 3.8, hvor konkursboet ikke var bundet av dommen som var avsagt *før* insolvensbehandlingen ble innledet.

S viser til at panteretten ikke har rettsvern etter norsk rett, og hevder at maskinene omfattes av generalbeslaget slik at B bare har krav på dividende av kjøpesummen. B påstår at han har separatistrett i maskinene fordi eiendomsforbeholdet står seg overfor kjøperens konkursbo etter dansk rett.³¹⁶ I sin behandling av saken anvender voldgiftsretten de materielle rettsreglene som partene har valgt, og B får fastsettelsesdom på eiendomsforbeholdet. S bringer voldgiftsdommen inn for de alminnelige domstolene med påstand om at den er ugyldig.³¹⁷ Problemstillingen er om

³¹³ Til illustrasjon, se blant annet voldgiftsavgjørelsen inntatt i RG-1958-360 og RG-1984-782, hvor boet opptrådte som part i voldgiftssakene.

³¹⁴ Det forutsettes blant annet at konkursdebitor er saksøkt, og at voldgiftssaken *verserer* i Norge. I teorien er det imidlertid antatt at det verken er nødvendig eller tilstrekkelig at hovedforhandlingen avholdes i Norge, og at det beror på en konkret vurdering å avgjøre om en sak er å anse som norsk, jf. *Konkursloven kommentarutgave* (2003) på s. 574 og Huser (1988) på s. 170.

³¹⁵ Hvorvidt S formelt blir bundet når det gjelder størrelsen av Bs nettokrav mot boet, kan trolig problematiseres, jf. henvisningen til kkl. § 145 første ledd om saker som eksklusivt hører under skifterettens kompetanse. Se også Huser (1988) på s. 171. Det forutsettes at S er bundet av voldgiftsdommen, og dette problematiseres ikke nærmere.

³¹⁶ S og B utleder kolliderende rett i de samme formuesgodene, og det foreligger en dobbeltsuksjonkonflikt. Fra tid til annen karakteriseres konflikter om salgspant som en hjemmelsmannskonflikt. Man tenker seg da at B fortsatt har eiendomsretten til varene, slik at han er hjemmelsmannen til A, se blant annet Lilleholt (1999) på s. 200. Se også Cordes (1999) på s. 461.

³¹⁷ Det forutsettes at boet har adgang til å reise ugyldighetssøksmål. Voldgiftsretten hadde sete i Norge, slik at søksmål om ugyldighet reguleres av vogl. kap. 9.

avgjørelsen «virker støtende på rettsordenen», og derfor kan settes til side som uvirksom med hjemmel i ordre public-reservasjonen, jf. vogl. § 43 annet ledd bokstav b.

Som allerede nevnt, må spørsmålet om panteretten er gyldig inter partes, og spørsmålet om panteretten har rettsvern overfor etterfølgende kreditorbeslag holdes adskilt fra hverandre. En panterett kan være gyldig mellom partene selv om rettsvern ikke er etablert.³¹⁸ Det legges til grunn at voldgiftsdommen fastsetter at Bs eiendomsforbehold har rettsvern og derfor kan gjøres gjeldende overfor konkursboet. Noe annet er om voldgiftsretten overhodet har kompetanse til å avgjøre spørsmålet om rettsvern med bindende virkning for boet. For å forenkle fremstillingen noe, vil dette ikke behandles nærmere.

Konkurs åpnes i Norge mens voldgiftssaken verserer, og symaskinene befinner seg også her. Det følger av lex situs at norsk rett er den anvendbare retten, og det er ikke rom for partsautonomi med hensyn til lovvalg. Voldgiftsretten respekterer imidlertid partenes lovvalgs klausul, og anvender derfor dansk rett. Hvorvidt boet er bundet av lovvalgs klausulen i samme utstrekning som A i denne sammenheng, kan problematiseres. Det er også nærliggende å reise spørsmålet om voldgiftsretten kan og bør fravike lovvalget og heller anvende norsk rett i løsningen av tvisten. Vil dette imidlertid innebære at retten overskrider sin kompetanse, slik at avgjørelsen kan settes til side som ugyldig etter vogl. § 43 første ledd litra c? Av hensyn til avhandlingens ramme, avgrenses det også mot en nærmere behandling av disse spørsmålene. Poenget er at voldgiftspanelet ikke tar hensyn til bestemmelser i den egentlig anvendbare retten.

3.9.2 Resultatet av at voldgiftsretten la partenes lovvalg til grunn

Etter dansk rett er eiendomsforbehold ved salg av løsøre regulert av lov om kreditaftaler av 13. juni 1990 nr. 398. Hvor det avtales eiendomsforbehold, kan selgeren kreve gjenstandene tilbakelevert dersom kjøperen misligholder sine betalingsforpliktelser.³¹⁹ Den formelle eiendomsretten til varene forblir hos selgeren inntil pengedebitor har prestert sin ytelse, til tross for at disse fysisk befinner seg hos kjøperen.³²⁰ Med henvisning til en smidig finansordning har man etter dansk rett valgt å akseptere at det tas eiendomsforbehold i varer som er ment for videresalg. Konstruksjonen kalles konsignasjon, og dersom bestemte gyldighets- og vedtakelsesbetingelser er oppfylt, har avtalen rettsvern i konkurs.³²¹ Arrangementet gir derimot ikke vern mot godtroerverv.³²²

³¹⁸ Det vises blant annet til Falkanger (2008) på s. 18-19 og til Sandvik (1982) på s. 175.

³¹⁹ Dette følger av definisjonen av eiendomsforbehold i § 6.

³²⁰ Etter dansk rett må derfor selgeren anses som kjøperens hjemmelsmann. Eiendomsforbehold har ulik stilling i de forskjellige europeiske land. Det grunnleggende skille går mellom de rettssystem som godtar at den formelle eiendomsretten forblir hos selgeren, og de som omklassifiserer eiendomsforbeholdet til en begrenset rett for avhenderens vedkommende.

³²¹ Utviklet gjennom juridisk teori og praksis, jf. Konow (2006) på s. 105.

Det legges til grunn at eiendomsforbeholdet står seg overfor S etter dansk rett. Voldgiftsretten avsier derfor fastsettelsesdom på at Bs eiendomsforbehold i maskinene kan gjøres gjeldende overfor boet.

Det rettslige utgangspunktet i norsk rett er at konkursboet kan beslaglegge de formuesgoder som ved konkursåpningen «tilhører skyldneren», jf. dekl. § 2-2. Bestemmelsen må imidlertid tolkes innskrenkende for fordringshavere som har etablert panterett, som nettopp gir en særrett til dekning i et bestemt objekt, og som derfor ikke omfattes av generalbeslaget.³²³ Dersom vilkårene for kreditorekstinksjon eller omstøtelse er oppfylt, er beslagsretten derimot mer omfattende enn hva ordlyden tilsier. Dekningsretten må altså suppleres med en rekke lovfestede og ulovfestede regler, og presiseres og avgrenses blant annet i forhold til skyldnerens suksessorer.³²⁴ I forarbeidene uttales det at:

«Den nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene.»³²⁵

Etter norsk rett reguleres avtaler om eiendomsforbehold av reglene om salgspant.³²⁶ Til tross for at eiendomsretten formelt er overført til kjøperen, oppnår selgeren sikkerhet for kjøpesummen ved etablering av pant i varene.³²⁷ B får i realiteten en underpanterett i de solgte gjenstandene. I den forstand er salgspant et unntak fra hovedregelen om at løsøre

³²² Jf. Konow (2006) på s. 105.

³²³ Jf. pl. § 1-1 første ledd og Lilleholt (1999) på s. 166. For å være beskyttet mot ekstinksjon fra boet, må panteretten imidlertid være gyldig mellom partene, og rettsvern må være etablert. I tillegg kan det tenkes at boet kan gjøre omstøtelsesinnsigelser gjeldende etter eksempelvis dekl. § 5-7. For øvrig vises det blant annet til Andenæs (2009) I s. 429 flg. for en nærmere redegjørelse for sikkerhetsretters stilling i konkurs. Se også dekl. §§ 8-14 til 8-17, jf. § 1-6.

³²⁴ Jf. Andenæs (2009) I på s. 89 og 156.

³²⁵ Jf. NOU 1972:20 på s. 255.

³²⁶ Dette følger av pl. § 3-22 første ledd.

³²⁷ Panteretten kan bare tjene som sikkerhet for selgerens krav på kjøpesummen, jf. pl. § 3-14.

må håndpantsettes.³²⁸ Adgangen til å etablere salgspant er imidlertid ikke absolutt, og i denne sammenheng er det begrensningen i pl. § 3-15 annet ledd som er aktuell: «Salgspant kan heller ikke avtales i ting som kjøperen har rett til å selge videre før den er betalt.» Forbudet mot å avtale salgspant i gjenstander ment for videresalg kodifiserer tidligere ulovfestet rett.³²⁹ Det avgjørende er om tingen er overtatt av kjøperen med sikte på videresalg, og at selgeren er eller burde være kjent med dette.³³⁰ Slike konstruksjoner har ikke rettsvern og kan ikke gjøres gjeldende overfor erververs kreditorer – det være seg utleggstakere eller konkursbo.³³¹ Etter norsk rett vil B derfor være en usikret og uprioritert kreditor som bare har krav på dividende av kjøpesummen.³³² Reguleringen avviker altså markant fra den danske.

Om voldgiftspanelet hadde anvendt lovvalgsreglene og derfor norsk rett i sin behandling av saken, ville den ha fått et annet utfall: Eiendomsforbeholdet ville ikke ha stått seg i boet, og B ville heller ikke ha fått fastsettelsesdom på dette.

Vil det forhold at voldgiftsretten ikke tar hensyn til den egentlig anvendbare retten på samme tid føre til at fundamentale prinsipper i norsk rett er krenket, slik at ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse?

3.9.3 Om domstolene kan sette avgjørelsen til side som ugyldig

Det foreligger en voldgiftsdom mot S som fastsetter at Bs eiendomsforbehold i symaskinene står seg i boet, og dommen bygger på en panterett som ikke har rettsvern i konkursåpningslandet. Ved etterfølgende behandling av denne må domstolene

³²⁸ Se pl. § 3-2 sammenholdt med § 3-1.

³²⁹ Dette ble fastslått i den såkalte *Scooterdommen*, Rt. 1963 s. 109, og det følger av forarbeidene at bestemmelsen er ment som en kodifisering av dommen, jf. Rådsegn 8 s. 117. For en mer detaljert fremstilling av overgangen fra eiendomsforbehold til salgspant, vises det blant annet til Falkanger (1987).

³³⁰ Jf. Rt. 1992 s. 438 på s. 442

³³¹ Se *Panteloven* (2003) på s. 322 og Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 122.

³³² B har altså bare krav på forholdsmessig dekning av kjøpesummen i skyldnerens bo, jf. Andenæs (2009) I på s. 391. Det vises også til dekl. kap. 6 og kap. 9 samt til Andenæs (2009) I s. 385 flg. for en nærmere redegjørelse om fordelingen mellom fordringshaverne i boet.

imidlertid ha hjemmel vogl. § 43 for å kunne sette avgjørelsen til side som ugyldig. I denne sammenheng er det innholdet i ordre public-reservasjonen i annet ledd bokstav b som skal undersøkes. Voldgiftsdommen må krenke fundamentale prinsipper i søksmålslandets rettsystem. De tradisjonelle betraktningene i norsk rett om kreditorvern – og ekstinksjon, må derfor rubriseres til et spørsmål om ordre public-strid i denne sammenheng.

3.9.3.1 Hvilke bakenforliggende prinsipper begrunner reglene i norsk rett?

Det er utelukkende de hensyn som begrunner reglene som skulle ha vært anvendt i løsningen av konflikten *mellom B og S*, som behandles. I alminnelighet er det derimot flere hensyn som begrunner forbudet mot salgspant i varer ment for videresalg etter norsk rett, selv om disse ikke gjør seg gjeldende for konflikten mellom avtalepantet og generalbeslaget.³³³

Avtaler om salgspant i løsøre ment for videresalg har altså ikke rettsvern overfor etterfølgende kreditorbeslag etter norsk rett. Flere hensyn begrunner rettsvernsreglene. I korthet foreligger det gode grunner for å kreve en viss ytre markering av tredjepersons rett som vilkår for vern mot kreditorekstinksjon.³³⁴ Hensynet til *notoritet* og *publisitet* er de bærende begrunnelsene for både rettsvernsreglene og for reglene om kreditorekstinksjon.³³⁵ At en rettsstiftelse er notorisk, innebærer at den objektivt sett kan konstanteres, etterprøves og kontrolleres, mens publisitet er en betegnelse for at disposisjonen er tilgjengelig for innsyn fra andre.³³⁶ Dette skal igjen motvirke kreditorsvik: Dersom en rettsstiftelse er etterprøvbart og tilgjengelig, reduseres faren for at debitor vil forsøke å unndra midler fra dekningsretten ved uriktige påstander om pantsettelse. Rettsvernsreglene er ikke betinget av en rimelighetsvurdering i det aktuelle tilfellet, men er absolutte. Det har med andre ord ingen betydning om man ikke har den minste mistanke om kreditorsvik.³³⁷ Rettsvernsreglene kan heller ikke fravikes til skade for kreditor i avtale mellom partene.³³⁸

³³³ Jeg viser blant annet til Falkanger (1987) for en nærmere gjennomgang av de øvrige hensyn.

³³⁴ Jf. Lilleholt (1999) på s. 168.

³³⁵ Som i dette tilfellet bare er to sider av samme sak. Begrepene notoritet og publisitet er bare hjelpebegrep.

³³⁶ Jf. Lilleholt (1996) s. 70.

³³⁷ Brækhus (1998) på s. 45, Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054, Rt. 1998 s. 268, NOU 1972: 20 på s. 281.

³³⁸ Jf. Lilleholt (1999) på s. 171.

Salgspant i varer som *ikke* er ment for videresalg har imidlertid på nærmere bestemte vilkår rettsvern mot kreditorstinksjon, til tross for at verken notoriteten eller publisiteten er bedre ivaretatt i slike situasjoner.³³⁹ Det er derfor ikke disse hensynene som først og fremst begrunner forbudet i pl. § 3-15 annet ledd i denne sammenheng, men det er tale om en avgrensning av pantsettelsesadgangen på lik linje med forbudet mot generalpant og kravet om lovhjemmel for avtalepant. En panterett gir nettopp panthaveren et dekningsprivilegium *på bekostning av de øvrige fordringshaverne*.³⁴⁰ Lovgiver har derfor funnet behov for å regulere og begrense skyldnerens mulighet for å gi kreditoren en slik fortrinnsstilling ved frivillige disposisjoner om pant. Dette vil på samme tid tilføre konkursboet mer kapital og derfor styrke kreditorfellesskapets dekningsmuligheter.³⁴¹ For at avtalepanthaveren skal oppnå en særskilt rett til dekning, er dette altså betinget av at panteretten ligger innenfor de rammer som lovgiver har oppstilt. Rettsvernsreglene fungerer imidlertid også som en skranke for adgangen til å pantsette: Ingen lov gir hjemmel for å etablere panterett som det *ikke er mulig* å oppnå rettsvern for, jf. det panterettslige legalitetsprinsipp i pl. § 1-2 annet ledd.³⁴²

Insolvens hos skyldneren innebærer nettopp at det ikke er tilstrekkelige midler til at alle fordringshaverne får dekket sine krav fullt ut. Konkursbehandlings hovedformål er å «foreta en *likelig deling* mellom kreditorene når det ikke er tilstrekkelig til dekning av

³³⁹ Dette kan stille seg annerledes hvor S er avtaleerverver: Etersom A har besittelsen, har han et ytre skinn av rett som kan gi grunnlag for godtroerverv. Legitimasjonshensynet gjør seg imidlertid ikke gjeldende hvor S er kreditor: Disse kan aldri påberope seg legitimasjon eller god tro som grunnlag for ekstinksjon, jf. blant annet.. Derimot er heller ikke god tro noe vilkår for kreditorstinksjon.

³⁴⁰ Noe annet er at realsikkerhet også virker kredittskapende, slik at tilførsel av kapital kan komme øvrige kreditorer til gode.

³⁴¹ Arnholm uttaler at «Normalt er det jo ikke debtors sak å bestemme om noen av hans kreditorer skal stå bedre enn de andre, og at visse krav må rettsordenen stille om den skal godkjenne en slik ordning. [...] For det første må panteretten være begrenset.», jf. Arnholm (1962) på henholdsvis s. 12 og s. 14. For øvrig nøyer jeg meg med å vise til avsnitt 3.5.3.1, og de kildehenvisningene som er inntatt der.

³⁴² Det vises også til Lilleholt (1999) på s. 172: «Reglane om kreditorvern kan tene andre føremål enn dei som no er nemnde. Viktigast er *den avgrensninga av adgangen til å pantsetje* som følgjer av reglane om rettsvern for kontraktspant» (min kursivering).

alle» (min kursivering).³⁴³ Reglene skal sikre at bomassen fordeles rettferdig, og forhindre at en kreditor utrettmessig forfordes på bekostning av de andre. Pantavernes særstilling er derfor betinget av at pantsettelsen har lovhjemmel, og at rettsvern er etablert.³⁴⁴ I teorien er det oppsummert at:

«Med konkurs menes en prosess hvor insolvent skyldners aktiva under domstol eller annen offentlig myndighets ledelse eller overvåkning beslaglegges, realiseres og fordeles mellom hans fordringshavere. Konkursens hovedformål er å unngå kappløp mellom kreditorene og sørge for at tap som oppstår som følge av skyldnerens insolvens rammer kreditorene likt i forhold til deres respektive fordringer. Dette innebærer konkret at ingen kreditorer skal tilgodeses ved fordelingen på bekostning av andre uten særlig hjemmel i lov (likedelingsprinsippet).»³⁴⁵

Flere motstridende interesser kan gjøre seg gjeldende i en konkursbehandling. Hvordan disse balanseres, er et politisk og sosialt valg som må avgjøres av nasjonal lovgiver. Konkurs er derfor et rettslig område som er regulert av preseptoriske lovbestemmelser, og hvor det ikke foreligger partsautonomi med hensyn til lovvalg for det tilfellet at forholdet har internasjonal tilknytning.

3.9.3.2 Den konkrete vurderingen

Den klare hovedregelen er at voldgiftsavgjørelser er endelige og bindende. Ordre public-reservasjonen er en sikkerhetsventil som må anvendes med stor forsiktighet. Både partenes mulighet for å kunne forutberegne sin rettslige stilling og det grunnleggende formålet om effektivitet er tungveiende hensyn mot å la reservasjonen komme til anvendelse, og disse gjør seg gjeldende her som ellers. Om anerkjennelsen

³⁴³ Jf. Sandvik (1982) på s. 302-303. Lovmotivene uttaler treffende at «...medfører konkurs beslag av skyldnerens hele formue, med sikte på en forholdsmessig fordeling til kreditorene i en situasjon hvor det ikke er nok til alle», se Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) på s. 21.

³⁴⁴ Jf. Sandvik (1982) på s. 302-303 og Arnholm (1962) på s. 15.

³⁴⁵ Jf. Asheim (1996), avsnitt 1.1.

innebærer at fundamentale prinsipper i søksmålslandet rett blir tilsidesatt, må imidlertid ordre public-reservasjonen anvendes for å forhindre dette.

Voldgiftsdommen gir B en særrett til dekning i symaskinene, til tross for at fordringshaveren bare har krav på dividende av kjøpesummen etter norsk rett. Hvorvidt dette virker støtende på rettsordenen, har så vidt meg bekjent ikke vært behandlet i norsk rettspraksis. Uttalelser fra teorien kan imidlertid tas til inntekt for at regler som har til formål å verne tredjeperson – i dette tilfellet S - i prinsippet omfattes av ordre public-reservasjonen:

«En voldgiftsdom som følger partenes lovvalg og dermed tilsidesetter nasjonale regler som verner tredjemann risikerer derfor å være uvirksom fordi utfallet støter mot fundamentale prinsipper i domstolenes system.»³⁴⁶

Konow fremholder også at «...verdier som fair konkurranse mellom næringsdrivende og *hensyn til kreditorbeskyttelse* ved insolvens kan være aktuelle samfunnmessige verdier som ordre public-regelen vil kunne verne.» (min kursivering).³⁴⁷ I internasjonal teori anses de sentrale begrensningene i partsautonomien på insolvensrettens område i alminnelighet for å være beskyttet av ordre public, deriblant prinsippet om likebehandling av kreditorene.³⁴⁸

Det ovenstående tilsier at prinsippene som begrunner reglene i norsk rett som skulle ha blitt anvendt, må anses som fundamentale i rettssystemet. Det er videre klart at en anerkjennelse av voldgiftsdommen vil krenke prinsippet om likebehandling av

³⁴⁶ Moss (2010) II på s. 321. Se også Moss (2009) på s. 367: Hensynet til tredjeperson på tings- og panterettens område må i alminnelighet anses som fundamentalt.

³⁴⁷ Jf. Konow (2008) note 23. Innholdet i ordre public-reservasjonen må forstås på samme måte i relasjon til anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommer.

³⁴⁸ Kröll (2011) , på s. 222-223. Også Moss uttaler flere steder at interessen i å sikre likebehandling av kreditorene når konkurs åpnes, og dermed unngå at noen urettmessig forfordes på bekostning av kreditorfellesskapet, må anses som fundamentale prinsipper. Videre at en krenkelse av disse utgjør ordre public-strid. Se blant annet Moss (2009) s. 363 og s. 366-367, Moss (2010) I på s. 473-475, Moss (2007) IV på s. 712.

kreditorer som tilkommer samme klasse. Til forskjell fra andre uprioriterte fordringshavere slipper B i så fall å nøye seg med dividende, men vil tvert om oppnå en urettmessig særrett til dekning av kjøpesummen i maskinene. Dette går på bekostning av kreditorfellesskapet dekningsmuligheter, som vil reduseres i tilsvarende omfang. Voldgiftsdommen virker derfor støtende på norsk rettsorden.

3.9.3.3 Konklusjon

Voldgiftsdommen krenker fundamentale prinsipper i norsk insolvensrett. Domstolene må derfor sette avgjørelsen til side som ugyldig etter vogl. § 43 annet ledd bokstav b. Dette innebærer at B ikke oppnår separatistrett i symaskinene, men må nøye seg med dividende av kjøpesummen på lik linje med andre uprioriterte fordringshavere. Voldgiftsdommen stiller altså ikke B bedre enn hva som følger av norsk rett. Partene har derfor ikke lyktes i å unngå anvendelse av norske, preseptoriske bestemmelser ved å foreta et lovvalg til fordel for dansk rett og avtale voldgift som middel for tvisteløsning. Ordre public-reservasjonen er i dette tilfellet et forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor As kreditorer, og på samme tid også en begrensning i partsautonomien i internasjonal voldgift.

3.9.4 Oppsummering

I motsetning til i eksempelet i avsnitt 3.8 er konkursboet i dette tilfellet ikke beskyttet av rettskraftsbegrensningene: S opptrer som part i voldgiftssaken, og er derfor i utgangspunktet også bundet av dommen. Som vi har sett, er derimot ordre public-reservasjonen til hinder for at det vern S har etter materielle regler i norsk rett, blir tilsidesatt. Det er videre *hensynet til konkursboet* som legitimerer anvendelse av reservasjonen. Dette illustrerer at tredjepersonvernrettslige hensyn kan ha betydning for utfallet av ordre public-vurderingen.

Jeg vil avslutningsvis se på situasjonen hvor B før konkursåpningen får en voldgiftsdom på realisasjon av As maskiner. Denne bygger på en panterett som er omstøtelig etter norsk rett. Den utenlandske kreditoren krever dommen tvangsfullbyrdet overfor boet.

3.10 Voldgiftsdom på panterett som er omstøtelig i norsk rett

3.10.1 Innledning

Hvorvidt voldgiftsdommen er bindende for konkursboet, ble vurdert i avsnitt 3.8. Spørsmålet er også aktuelt her, men vil ikke behandles nærmere. Det sentrale er å analysere om ordre public *er riktig tilnærming* til spørsmålet om en voldgiftsdom som gir B krav på realisasjon av bestemte panteobjekt, kan tvangsfullbyrdes *overfor konkursboet* når dommen bygger på en panterett som kan omstøtes etter retten i landet hvor insolvensbehandlingen er innledet.

3.10.2 Situasjonsbeskrivelse

Et norsk selskap A låner et betydelig pengebeløp av en utenlandsk bank B. Det viser seg etter hvert at As økonomiske situasjon er svært svak. For å unngå risikoen for å måtte nøye seg med et dividendekrav i boet om A skulle gå konkurs, ser B seg tjent med panterett i skyldnerens varelager til sikkerhet for lånet. A går med på dette, og avtalepantsetter varelageret til fordel for B. Banken tinglyser umiddelbart pantet på skyldnerens blad i Løsøreregisteret.³⁴⁹ Kontrakten inneholder en lovvalgsklausul som gir anvisning på at utenlandsk rett skal regulere alle spørsmål i tilknytning til panteretten. Det forutsettes at sikkerhetsstillelse for eldre gjeld som er foretatt i tiden før boåpningen, ikke er omstøtelig etter den utenlandske retten.³⁵⁰ Partene avtaler også voldgift som middel for tvisteløsning.

Få uker senere blir A insolvent og derfor ikke i stand til å betjene lånet. B får voldgiftsdom på realisasjon av varelagerpantet. Konkurs åpnes i Norge noen dager etter

³⁴⁹ B har derfor etablert rettsvern, jf. pl. § 3-12, og er beskyttet mot kreditorekstinksjon.

³⁵⁰ De fleste land opererer med omstøtelsesregler. Omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld følger i svensk og dansk rett henholdsvis av SK kap. 4, 12 § og DK kap. 8, § 70, jf. Huser (1992) på s. 702 flg. Det kan imidlertid tenkes at noen rettssystem ikke har tilsvarende bestemmelser. Konow uttaler at «Regler om omstøtelse varierer fra stat til stat. Det kan dreie seg om store og prinsipielle avvik, eller forskjeller mer på detaljnivå», jf. Konow (2006) s. 490. Jeg nøyer meg med å legge til grunn at den utenlandske retten som partene har valgt, ikke gir adgang til å omstøte pant for eldre gjeld.

at dommen er avsagt. Det oppstår konflikt mellom den utenlandske banken og konkursboet (S). B viser til voldgiftsdommen og krever separatistrett i varelageret.³⁵¹ S på sin side påstår at panteretten kan omstøtes etter norsk rett, slik at B bare har krav på dividende, og motsetter seg derfor dette. B begjærer tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen ved norske domstoler.³⁵²

Alle formuesgjenstandene som inngår i As varelager, befinner seg i Norge. I henhold til situsregelen utgjør derfor norsk rett bakgrunnsretten for alle "tingsrettslige" spørsmål i tilknytning til panteretten. Denne kan ikke fravikes av partene med virkning for tredjeperson. Norsk rett utgjør derimot ikke nødvendigvis den anvendbare retten på tidspunktet for voldgiftsbehandlingen. Selv om panteobjektene befinner seg i Norge, vil de kontraktsrettslige sidene av forholdet reguleres av kontraktsstatuttet. På dette rettsområdet er hovedregelen med hensyn til lovvalg partsautonomi. Jeg går ikke inn på denne problematikken, men nøyer meg med å vise til del 2 for en nærmere redegjørelse av lovvalgsreglene. Uansett er konkurs åpnet i Norge når spørsmålet om omstøtelse oppstår. Det er derfor norsk rett som er den egentlig anvendbare retten for dette spørsmålet, jf. *lex fori concursus*.

3.10.3 Utfallet av tvisten mellom B og S etter norsk rett

Under voldgiftssaken er konkurs fortsatt ikke åpnet. Voldgiftsretten har derfor ikke noen foranledning til å ta hensyn til insolvensbehandlingen. Det sentrale er imidlertid at det foreligger en voldgiftsdom på tidspunktet for boåpningen som gir B krav på realisasjon av varelagerpantet. Spørsmålet er om B står sterkere overfor S med dommen enn hva han ville ha gjort uten. Det vil først redegjøres for hva utfallet av tvisten mellom B og S ville ha blitt om det ikke forelå noen voldgiftsdom. Konkurs er åpnet i Norge, og det er derfor klart at norsk rett er bakgrunnsretten, jf. *lex concursus*.

Etter norsk rett kan visse transaksjoner som er foretatt i tiden før boåpningen, reverseres av konkursboet, til tross for at rettsvern er etablert. Omstøtelsesadgangen er i hovedsak regulert av deknl. kap. 5. Det sondres mellom objektive og subjektive grunnlag for

³⁵¹ Under konkursbehandlingen er A «uberettiget til å forføyne over boets eiendeler», jf. kkl. § 100 første ledd. Fordi A har mistet retten til å disponere over panteobjektene, må B derfor rette begjæringen om tvangsfullbyrdelse mot konkursboet.

³⁵² Av hensyn til avhandlingens omfang, problematiseres ikke spørsmålet om boet kan opptre som part i den etterfølgende behandlingen for domstolene - og virkningene av dette - nærmere.

omstøtelse.³⁵³ Disposisjoner som innebærer en reduksjon av skyldnerens formuesstilling eller forfordeling av en kreditor, kan på nærmere bestemte vilkår omstøtes. I motsetning til kravet om rettsvern – hvis formål er å skape notoritet og publisitet over debtors disposisjoner – retter omstøtelsesreglene seg mot arrangementer som har rettsvern, men som er kreditorskadelige etter sitt innhold.³⁵⁴

Omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld reguleres av dekl. 5-7.³⁵⁵

Bestemmelsen er objektiv. Omstøtelse er dermed ikke betinget av at en av partene har opptrådt klanderverdig eller for øvrig kan bebreides, eller at sikkerhetsstillelsen er utilbørlig. Alle former for avtalt realsikkerhet omfattes. Utleggspant reguleres særskilt av dekl. § 5-8. Det oppstilles to grunnlag for omstøtelse, hvor «pant stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt», er relevant i dette tilfellet, jf. bokstav a (min kursivering). Omstøtelsesadgangen er i utgangspunktet ubetinget, og fristen er på tre måneder.³⁵⁶ B ervervet varelagerpantet først etter at lånet var utbetalt til A. Gjelden er derfor stiftet før panteretten ble etablert.³⁵⁷ Etter norsk rett kan altså Bs varelagerpant omstøtes av konkursboet. Dette innebærer at den ikke er bindende for boet, slik at B er en uprioritert kreditor.³⁵⁸

Den alminnelige subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 er også en mulig hjemmel for å sette til side varelagerpantet.³⁵⁹ Bestemmelsen supplerer de objektive reglene. Det oppstilles tre omstøtelsesgrunnlag: Utilbørlig kreditorbegunstigelse, utilbørlig

³⁵³ For en fullstendig redegjørelse, vises det blant annet til Andenæs (2009) I på s. 289 flg.

³⁵⁴ Jf. Andenæs (2009) I på s. 285-286.

³⁵⁵ Dekl. § 5-7 avløser den tidligere bestemmelsen i kkl. § 45, jf. Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) på s. 169. Det opereres med en tilsvarende bestemmelse blant annet i dansk og svensk rett, jf. henholdsvis DK § 70 og SK § 12.

³⁵⁶ Jf. Andenæs (2009) I på s. 335. Det forutsettes at B har tinglyst panteretten senere enn tre måneder før fristdagen, se dekl. § 5-10.

³⁵⁷ Det følger av Andenæs (2009) I på s. 336 at gjelden er pådratt ved overgivelsen av midlene til skyldneren. I dette tilfellet mottar A lånet før B erverver panterett, og denne var ikke et vilkår for kreditten.

³⁵⁸ Jf. Andenæs (2009) I på s. 346. Se også § 5-11: Berikelsen B har oppnådd er nettopp panteretten.

³⁵⁹ Også kjent som *actio Pauliana*, som tidligere ble oppstilt på ulovfestet grunnlag, jf. Andenæs (2009) I på s. 352.

unndragelse av eiendeler eller utilbørlig forøkelse av gjeld, jf. første ledd. Et fellesvilkår er at «skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.» Gjenstanden for omstøtelse er «disposisjoner», og omfatter blant annet pantsettelse for eldre gjeld.³⁶⁰ Omstøtelsesfristen er på ti år, jf. siste ledd i dekl. § 5-9.³⁶¹ I dette tilfellet var A økonomiske stilling «svak» på pantsettelsestidspunktet. Sikkerhetsstillelsen innebærer så vel en utilbørlig kreditorbegunstigelse på de øvrige fordringshavernes bekostning, som en utilbørlig unndragelse av eiendeler fra fordringshavernes dekningsrett. De objektive vilkårene er derfor oppfylt. Videre er det klart at B kjente til både den svake økonomiske stillingen til A og de forholdene som gjorde disposisjonen utilbørlig, slik at også det subjektive vilkåret er oppfylt. Varelagerpantet kan etter dette omstøtes i medhold av dekl. § 5-9. B har med andre ord ikke separatistrett, men er en usikret kreditor som bare har et dividendekrav i boet.

Banken har imidlertid en voldgiftsdom på realisasjon av varelagerpantet. Innebærer dommen – eller en tvangsfullbyrdelse av denne - at boet allikevel er avskåret fra å omstøte panteretten?

3.10.4 Begjæring om tvangsfullbyrdelse overfor konkursboet: Egentlig et spørsmål om ordre public?

3.10.4.1 Innledning

Domstolene kan i utgangspunktet ikke nekte å etterkomme begjæringen om tvangsfullbyrdelse alene fordi Bs panterett er omstøtelig etter norsk rett. Dette omfattes ikke av de forhold som er opplistet i vogl. § 46. Den utenlandske kreditoren krever imidlertid ikke fullbyrdelse overfor A, men overfor pantsetterens *konkursbo*. Er ordre public-reservasjonen en aktuell begrensning i denne sammenheng?

³⁶⁰ Jf. Andenæs (2009) I på s. 353.

³⁶¹ Omstøtelsesfristen er med andre ord betydelig lengre enn etter dekl. § 5-5. Til gjengjeld kreves bevis for at det foreligger skyld, og bevisbyrden påhviler konkursboet, jf. NOU 1972:20 på s. 281-282, Huser (1992) på s. 122.

Som vi så ovenfor i avsnitt 3.7, ville fullbyrdelse av voldgiftsdommen *mot A* ikke føre til at utleggstaker S måtte vike prioritet. Reglene om gjennomføringen av tvangssalget, herunder dekningsprinsippet, var til hinder for dette. Det var derfor heller ikke relevant å statuere ordre public-strid av hensyn til S: Ingen fundamentale prinsipper på området for tredjepersonvern ble krenket i det konkrete tilfellet. Dette kan imidlertid stille seg annerledes hvor B søker å tvangsfullbyrde dommen *mot konkursboet*.

3.10.4.2 Presentasjon av ulike syn i internasjonal praksis og teori

Hvor den tapende part går konkurs før voldgiftsdommen er fullbyrdet, og avgjørelsen er i strid med insolvensreglene i konkursåpningslandet, er det ulike oppfatninger i internasjonal praksis og teori om ordre public-reservasjonen er en aktuell begrensning eller ikke. Spørsmålet er bare i begrenset grad behandlet i norsk teori, og ikke vært forelagt domstolene. Det er derfor naturlig å hente inspirasjon fra internasjonale kilder på området.

Noen er av den oppfatning at voldgiftsdommer som ikke tar hensyn til insolvens- og konkursrettslige prinsipper i boåpningslandet rett, kan legitimere anvendelse av ordre public-reservasjonen. Moss uttaler blant annet at:

«Do the same reasons for considering matters relating to insolvency as not subject to the law chosen by the parties constitute a sufficient basis for invoking the defence of public policy to set aside or refuse enforcement of an award that gives effect to the parties` agreement and thus violates the applicable insolvency law?[.....] Granting enforcement of an award would allow *one creditor to obtain a preferential position over the other creditors, and this would be against internal and international public policy*» (mine kursiveringer).³⁶²

Dersom begjæringen om tvangsfullbyrdelse etterkommes, vil dette tilsynelatende føre til at fundamentale insolvensrettslige prinsipper krenkes. Til inntekt for sitt syn viser Moss blant annet til den såkalte *Dry Cargo-saken*.³⁶³ Den vinnende part forsøkte å fullbyrde en voldgiftsdom i USA, til tross for at konkurs var åpnet i Sverige. Retten

³⁶² Moss (2010) I på s. 474-475.

³⁶³ Jf. Salen *Dry Cargo AB v. Victrix Steamship CO*, YCA XV, 534 ff.

kom til at dette ville krenke prinsippet om likebehandling, og motsatte seg fullbyrdelse med hjemmel i ordre public-reservasjonen: Om kravet ble tvangsfullbyrdet i USA, og dermed utenfor konkursåpningslandet, ville dette føre til forfordeling på bekostning av kreditorfellesskapet. Parten ble henvist til å melde sitt krav i konkursboet.³⁶⁴ Også i *Brorostrom Tankers-saken* ble det vurdert om en utenlandsk voldgiftsdom på utbetaling av et pengebeløp var i strid med ordre public fordi konkurs var åpnet i Spania.³⁶⁵ Retten kom her til at mulig konflikt med utenlandske insolvensrettslige regler *ikke* statuerte ordre public-strid. Sakene skiller seg imidlertid fra situasjonen i dette eksempelet, hvor B søker tvangsfullbyrdelse *i konkursåpningslandet og mot konkursboet*. Det kan tenkes at det først og fremst er andre forhold som begrenser virkningene av dommen i denne sammenheng.

Begge de nevnte dommene er for øvrig kritisert i teorien. Hva gjelder *Brorostrom Tankers-saken* er det blant annet fremholdt at «The judgment somewhat misses the point, however. The question of whether a bankruptcy negatively effects the claimant`s ability to collect monies owed under the award *is not an issue covered by the New York Convention*» (min kursivering).³⁶⁶

I internasjonal rettsvitenskap er flere av den oppfatning at dette ikke er et spørsmål om ordre public, fordi det er nasjonale bestemmelser og ikke New York- konvensjonen som regulerer tvangsfullbyrdelse overfor den tapende parts konkursbo. Det er blant annet uttalt at:

«The New York Convention *deals only with the general issue of enforcing foreign awards*. [.....] But the question of whether bankruptcy proceedings put restrictions on a claimant`s ability *to actually collect the monies so awarded is governed by the procedural laws (lex fori) and applicable bankruptcy laws of the enforcing country*. Local law, while generally permitting enforcement of an award, can still *limit the way an award must be enforced*. This principle follows from Article III of the Convention, which provides that the award should be

³⁶⁴ Dommen er også omtalt i Kronke (2010) på s. 380.

³⁶⁵ Jf. *Brorostrom Tankers AB v. Factorias Vulcano SA*, YCA XXX (2005), 591. High Court, Ireland.

³⁶⁶ Se Kronke (2010) s. 378.

"enforced in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is to be relied upon."» (mine kursiveringer).³⁶⁷

Oppfatningen er altså at New York- konvensjonen ikke regulerer spørsmålet om voldgiftsdommen kan tvangsfullbyrdes i samme utstrekning mot konkursboet som overfor skyldneren selv. Det er som hovedregel bare den som dommen retter seg mot – altså den som pålegges å gjøre, tåle eller unnlate noe – som omfattes av tvangskraften.³⁶⁸ Det er for så vidt ikke noen grunn til å motsette seg tvangsfullbyrdelse overfor skyldneren, og ordre public er i utgangspunktet ingen aktuell begrensning i denne sammenheng. Noe helt annet er hvor mye den vinnende part faktisk vil få dekket av sitt krav i konkurs:

«Accordingly, there is no reason to deny enforcement to such an award. A complete separate issue is what a successful applicant can do with such an award. Bankruptcy laws in most countries provide for a receiver to administer assets and settle debts by distributing whatever assets are available to various creditors according to their priority ranking. In most cases, creditors will get only a fraction of their claims. *As mentioned above, the holder of a Convention award cannot bypass the scheme of debt settlement under applicable bankruptcy law.* If a claimant has successfully obtained an arbitration award ordering a bankrupt defendant to pay, say, USD 100,000, but the bankruptcy receiver has only USD 80,000 in assets and there are three other creditors with aggregate claims of, say, USD 300,000, the award holder cannot, on the basis of the award alone, collect the entire USD 80,000 and leave the other creditors with nothing. *This is not the purpose of Convention.* Rather, once an award is declared enforceable, the actual collection of monies, including questions of how one may collect, how much may be collected, and when the award holder can obtain relief, is governed by the local laws of the enforcing state as per Article III of the Convention. Accordingly, the award holder must stand in the same queue as other creditors of equal ranking.

³⁶⁷ Kronke (2010) på s. 378-379. I tilknytning til spørsmålet om *Violation of Laws as a violation of Public Policy*, behandles også insolvens- og konkursrettslige bestemmelser.

³⁶⁸ Mer om dette i avsnitt 3.10.4.3 nedenfor. Se også New York- konvensjonen art. II.

The bankruptcy receiver will pay out whatever monies he or she has left in accordance with applicable bankruptcy laws. The Convention award does not enable the award holder to obtain preference over other creditors; the recognized award simply establishes that the holder has a valid claim.» (mine kursiveringer).³⁶⁹

Også Berg fremholder at spørsmål knyttet til gjennomføringen av tvangsfullbyrdelsen som ikke er løst i konvensjonen, reguleres av prosessuelle bestemmelser i *lex fori*. Det vises blant annet til situasjoner hvor den tapende part går konkurs før voldgiftsdommen er fullbyrdet.³⁷⁰ Fra praksis er det eksempler på at tvangsfullbyrdelse mot konkursboet ikke anses som et spørsmål om ordre public, men beror på insolvensrettslige regler i konkursåpningslandets rett. Det er blant annet uttalt at «Neither the Convention nor the Arbitration Statute indicate what should be done in the event of the bankruptcy of one of the parties to an arbitration.»³⁷¹ Retten kom til at prosessuelle bestemmelser i søksmålslandets rett regulerer dette spørsmålet.³⁷²

Disse betraktningene gjelder tilsvarende der B har en voldgiftsdom på realisasjon av varelagerpantet. Voldgiftsdommen fastslår at B har en panterett som han har krav på å realisere overfor A, men den avgjør ikke om panteretten kan omstøtes av konkursboet. Dette spørsmålet løses heller ikke av konvensjonen. I den såkalte *BNY Licensing Corp.-dommen* kom retten til at ordre public-reservasjonen ikke var en aktuell hindring for tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen, men at spørsmålet om separatistrett fullt ut reguleres av nasjonale insolvensregler. Voldgiftsdommen innebærer derfor ikke at den vinnende part oppnår en fortrinnsberettiget stilling på kreditorfellesskapets bekostning.³⁷³

³⁶⁹ Kronke (2010) på s.381.

³⁷⁰ Jf. Berg (1981) på s. 240.

³⁷¹ Dom av 4. juni 1974, YCA 1976 Volume 1, pp. 202

³⁷² Se også *OLG Brandenburg*, BB 2001, Anhang 6, YCA XXIX (2004), 697, Brandenburg Court of Appeal, Germany.

³⁷³ Jf. *BNY Licensing Corp. V. Isetan of America*, YCA XXIII (1998 931, US Bankruptcy Court, Southern District of New York, US.

Også New York- konvensjonens overordnede formål – å begrense domstolenes adgang til å sensurere voldgiftsdommer for å fremme internasjonal voldgift– tilsier at ordre public ikke er den riktige tilnærmingen. Det er ikke tale om å overprøve eller kontrollere innholdet i dommen, men å avgjøre virkningene av denne overfor den tapende parts konkursbo.

Som vi så i avsnitt 3.9, ble boet bundet av dommen fordi de *opptrådte som part* i voldgiftssaken. I denne sammenheng ville en anerkjennelse av dommen faktisk krenke fundamentale prinsipper i norsk insolvensrett, slik at ordre public-reservasjonen kom til anvendelse. Her ble derimot voldgiftsdommen avsagt *før* boåpningen, men søkes tvangsfullbyrdet overfor boet.

For øvrig reiser tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom overfor boet mange separate spørsmål. Kronke mfl. fremholder at den riktige fremgangsmåten vil være å (I) anse boet som bundet av voldgiftsklausulen, (II) at krav som er knyttet til kontrakten fortsatt kan voldgis, (III) etterkomme begjæringen om tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen og (IV) vurdere hvor mye kreditoren har krav på av bomassen etter den relevante bakgrunnsretten.³⁷⁴

3.10.4.3 Løsningen etter norsk rett

Etter mitt syn er ordre public-reservasjonen ikke riktig innfallsvinkel til spørsmålet om dommen kan tvangsfullbyrdes overfor pantsetterens konkursbo. S er med andre ord ikke beskyttet av reservasjonen, fordi det først og fremst er prosessuelle bestemmelser i norsk rett som ivaretar boets interesser.

Voldgiftsdommen er et alminnelig tvangsgrunnlag, og innsigelser som kan gjøres gjeldende mot tvangsgrunnlaget som sådan er uttømmende regulert i vogl. kap. 10, jf. også henvisningen i tvfbl. § 4-2 siste ledd. I forarbeidene uttales det imidlertid at:

«§ 4-2 omhandler ikke innvendinger som knytter seg til tvangsgrunnlagets tvangskraft. Departementet har funnet det unødvendig å presisere i loven at det alltid kan reises innvendinger som knytter seg til de materielle, *personlige* eller formelle vilkårene for tvangskraft» (min kursivering).³⁷⁵

³⁷⁴ Jf. Kronke (2010) s. 382.

³⁷⁵ Jf. Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) på s. 105.

Det følger av tvfbl. § 4-7 at «et tvangsgrunnlag er bare tvangsgrunnlag overfor den som i tvangsgrunnlaget er nevnt som forpliktet», med mindre annet følger av §§ 4-8 til 4-11. Bestemmelsen begrenser altså den subjektive tvangskraften. Falkanger uttaler treffende at: «Et tvangsgrunnlag kan naturligvis ikke påberopes av hvem som helst *overfor hvem som helst*» (min kursivering).³⁷⁶

New York- konvensjonen oppstiller for øvrig et vilkår om at voldgiftsavtalen må underskrives av den som kravet retter seg mot, for at voldgiftsdommen skal kunne fullbyrdes overfor denne.³⁷⁷ I kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s. 1449 behandlet kjæremålsutvalget spørsmålet om en voldgiftsdom som var avsagt i California kunne fullbyrdes mot den norske styrelederen, og uttalte at:

«Når New York-konvensjonen har etablert eit strengt krav om underskriving av partane, må det forståast slik at det berre er dei som har underskrive som part som har godteke valdgiftsavtalen. Utvalet er her einig med fleirtalet i lagmannsretten når det blir lagt til grunn at det gjennom denne regelen ikkje er etablert avtale for henne personleg. Det hefter såleis ingen feil ved tolkinga av tvangsfullføringslova § 4-1 andre ledd bokstav f, jf. New York-konvensjonen.»³⁷⁸

Til tross for at en amerikansk domstol hadde avsagt dom for at fullbyrdelse kunne skje overfor styrelederen, kom altså retten til at det klare kravet om skriftlighet etter New York- konvensjonen var til hinder for dette.

Det er etter dette klart at voldgiftsdommen i utgangspunktet bare kan tvangsfullbyrdes *overfor A*, med mindre noen av de forhold som er til hinder for dette etter vogl. § 46 foreligger. Som nevnt, løser verken vogl. eller New York- konvensjonen imidlertid spørsmålet om tvangsfullbyrdelse mot en part som har gått konkurs, og dette må bero på prosessuelle bestemmelser om tvangskraft i søksmålslandet rett.

³⁷⁶ Jf. Falkanger (2000) på s. 29.

³⁷⁷ Jf. art. II. Se også *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) på s. 338.

³⁷⁸ Se avsnitt 20.

Et tvangsgrunnlag overfor en person som senere går konkurs, er også tvangsgrunnlag overfor konkursboet, forutsatt at «kravet har rettsvern», jf. tvfbl. § 4-9.³⁷⁹ Den utenlandske panthaveren har etablert rettsvern i samsvar med norsk rett. En streng ordlydsfortolkning lagt til grunn, tilsier derfor at voldgiftsdommen er tvangsgrunnlag overfor boet selv om panteretten kan omstøtes etter norsk rett. Hvorvidt krav som kan omstøtes står i samme stilling eller ikke, er så vidt meg bekjent ikke behandlet i rettspraksis. Gode grunner tilsier imidlertid at ordlyden må tolkes utvidende, slik at heller ikke krav som er omstøtelige kan tvangsfullbyrdes overfor konkursboet. I motsatt fall vil partene med enkelthet kunne omgå omstøtelsesreglene, noe som vil gå på bekostning av kreditorfellesskapet. I teorien er det uttalt at «et avtalepant og et utleggspant må ha oppnådd rettsvern forut for konkursåpningen, til slik tid at pantet *ikke kan omstøtes* etter bestemmelsene i dekl. kap. 5» (min kursivering).³⁸⁰ Etter mitt syn kan voldgiftsdommen ikke tvangsfullbyrdes overfor boet fordi den bygger på en panterett som kan omstøtes etter norsk rett.

Omstøtelse kan gjennomføres på flere måter. Boet kan blant annet gå aktivt til verks å kreve disposisjonen omstøtt, om nødvendig ved å reise søksmål mot fordringshaveren.³⁸¹ Konkursboet kan også gjøre omstøtelse «gjeldende som innsigelse mot anmeldt fordring eller annet krav mot boet», jf. dekl. § 5-15 annet ledd. I dette tilfellet kan altså S gjøre omstøtelseskravet gjeldende som innsigelse mot tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen, herunder realisasjon av varelagerpantet.

³⁷⁹ Spørsmålet om rettsvern må altså løses av norsk rett, og ikke bakgrunnsretten som partene har valgt. Som vi så ovenfor i avsnitt 3.8, var boet i utgangspunktet bundet av dommen, med mindre panteretten ikke hadde rettsvern eller kunne omstøtes. I denne sammenheng korresponderer altså rettskraftens subjektive utstrekning med den subjektive tvangskraften. Det kan synes som at Berg mfl. kategoriserer spørsmålet om hvem dommen kan fullbyrdes overfor, som et spørsmål om subjektiv rettskraft, se *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 338.

³⁸⁰ Jf. Flock (2008), note 259.

³⁸¹ Se Huser (1992) s. 673, som omtaler dette som en offensiv og aktiv opptreden fra boets side. Strategien er nødvendig hvor boet vil kreve en gjenstand tilbakelevert, eller ikke lykkes med en passiv strategi. For øvrig kan boet også reise omstøtelsessøksmål om panteretten allerede er realisert.

Det er forutsatt at panteretten ikke kan omstøtes etter den materielle retten i landet som partene har valgt. Lovvalget kan derimot ikke gjøres gjeldende overfor konkursboet, jf. *lex concursus*. Det avgjørende er altså at kravet kan omstøtes etter norsk rett, slik at voldgiftsdommen ikke fører til at B oppnår separatistrett.

3.10.4.4 Konklusjon

Selv om vogl. § 46 uttømmende regulerer de forhold som er til hinder for tvangsfullbyrdelse *mot A*, er det reglene om subjektiv tvangskraft i søksmålslandets rett som avgjør om dommen kan fullbyrdelse overfor *As konkursbo*. Det er altså ikke nødvendig å vurdere om ordre public-reservasjonen kommer til anvendelse i dette tilfellet, da dommen uansett ikke kan kreves tvangsfullbyrdet *mot S* fordi panteretten er omstøtelig etter norsk rett. A og B kan derfor ikke unngå anvendelse av norske omstøtelsesregler ved å underlegge kontrakten fordelaktig utenlandsk rett og avtale voldgift som tvisteløsningsmetode.

Fordi rettstilstanden ikke er avklart, behandler jeg spørsmålet om ordre public-strid subsidiært. Det legges til grunn at tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen vil innebære at boet taper sin omstøtelsesrett. Spørsmålet er om fundamentale prinsipper i den egentlig anvendbare retten krenkes, slik at begjæringen om tvangsfullbyrdelse likevel ikke kan etterkommes.

På tilsvarende vis som i avsnitt 3.9, kan man også tenke seg at A går konkurs mens voldgiftssaken verserer, og at boet trer inn som part. Om voldgiftsretten løser tvisten på grunnlag av den utenlandske retten som lovvalgsklausulen utpeker, vil de komme til at varelagerpantet ikke kan omstøtes. Boet er bundet av voldgiftsdommen, og domstolene kan bare motsette seg tvangsfullbyrdelse med hjemmel i vogl. § 46. En fullbyrdelse av dommen vil i realiteten føre til at B oppnår en særrett til dekning i varelageret, til tross for at panteretten kan omstøtes etter norsk rett. Fundamentale prinsipper som begrunner omstøtelsesinstituttet, kan derfor tenkes å bli tilsidesatt. I så fall kan ordre public-reservasjonen utgjøre en begrensning i partsautonomien, jf. straks nedenfor.

Det kan også tenkes at voldgiftsdommen ble tvangsfullbyrdet kort tid før konkursåpningen. Spørsmålet er om boet fortsatt kan kreve omstøtelse fordi B har fått pant for eldre gjeld, med den virkning at B må fralegge seg berikelsen som er oppnådd ved tvangssalget. Det er på det rene at omstøtelse kan skje likevel, i praksis i form av tilbakesøking av penger.

3.10.5 Subsidiært: Er det rom for å anvende ordre public-reservasjonen?

Flere av de hensyn som omstøtelsesreglene skal ivareta, må anses som fundamentale i norsk rett.³⁸² Det følger av forarbeidene at:

«Omstøtelsesreglene har som rettsvernsreglene til formål å beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner fra debtors side. [...]. Omstøtelsesreglene skal på den annen side ramme transaksjoner som etter sitt innhold er eller antas å være illojale overfor kreditorene.

(2) Betaling av eller sikkerhetsstillelse for enkelte gjeldsposter, foretatt på et tidspunkt da debitor er insolvent. Slike disposisjoner vil redusere de øvrige kreditors muligheter for å få dekning, og for så vidt innebære en forfordeling. De vil i mange tilfelle være illojale overfor kreditorene [...].»³⁸³

Omstøtelsesreglenes hovedformål er å motvirke at boet tømmes for midler i tiden før den formelle konkursbehandlingen er innledet. Transaksjoner som forringer skyldnerens formuesstilling eller som innebærer en forfordeling av en av fordringshaverne, kan derfor sette til side.³⁸⁴ Dette begrunnes i hovedsak av hensynet til kreditorfellesskapets interesser. Det er et grunnleggende hensyn at fordelingen av debtors midler mellom fordringshaverne skal være rettferdig, og at kreditorer som tilkommer samme dekningsklasse skal behandles likt i konkurs.³⁸⁵ Det er med andre ord hvor skyldneren ikke har tilstrekkelige midler til å dekke sine forpliktelser fullt ut at disse hensynene først og fremst gjør seg gjeldende. I en slik situasjon vil en disposisjon fra debtors side få betydning for dekningsmuligheten til kreditorene. Det følger av forarbeidene at:

³⁸² Konow uttaler blant annet at: «Videre er reglene om omstøtelse av en slik karakter at de først og fremst tar sikte på å beskytte kreditorenes interesser. Reglene må sies å være knyttet til konkursens hovedformål», jf. Konow (2006) s. 491.

³⁸³ Jf. NOU 1972: 20 på s. 281-282.

³⁸⁴ Jf. Andenæs (2009) I på s. 285.

³⁸⁵ Se avsnitt 3.9.3 med henvisninger. Jf. også Huser (1992) på s. 49: «Slike forringende eller kreditorbegunstigende disposisjoner vil i sin ytterste konsekvens kunne rokke ved selve gjeldsforhandlings- og konkursinstituttene og deres *grunnleggende premis om likebehandling* av kreditorene» (min kursivering).

«Illojale eller presumptivt illojale disposisjoner over debtors formue til skade for hans kreditorer bør i prinsippet ikke opprettholdes når det ved bobehandlingen viser seg at bomassen ikke er tilstrekkelig til dekning av gjelden.»³⁸⁶

Frivillig sikkerhetsstillelse for eldre gjeld vil aldri virke kredittskapende: Den vil ikke tilføre frisk kapital fordi kreditten alt er gitt som en personlig kreditt. Det er derfor grunn til å motarbeide slik sikkerhetsstillelse.³⁸⁷ Pantsettelsen vil innebære en forfordeling av kreditoren, som vil få særrett til dekning i det bestemte panteobjektet uten at han må konkurrere med de øvrige kreditorene om midlene i boet. På samme tid vil disse få tilsvarende mindre til fordeling seg i mellom.³⁸⁸ Om sikkerhetsstillelsen finner sted rett forut for konkursåpningen, er det også en sterk formodning for at arrangementet er illojalt.³⁸⁹ Av hensyn til kreditorfellesskapets interesser, har omstøtelsesregelen i dekn. § 5-7 til formål å forhindre dette.

Den alminnelige subjektive omstøtelsesregel kan betraktes som en erstatningsrettslig regel, og Andenæs uttaler at: «Bak regelen ligger kreditorfellesskapets behov for erstatningsrettslig vern ved utilbørlig atferd fra den annen parts side.»³⁹⁰ Bestemmelsen ivaretar for øvrig de samme hensynene som i alminnelighet begrunner omstøtelsesinstituttet. Oppsummeringsvis skal disse verne om kreditorfellesskapets interesser i de tilfeller hvor skyldneren ikke har midler til å dekke sine forpliktelser fullt ut, ved å beskytte fordringshaverne mot kreditorskadelige disposisjoner. Omstøtelsesreglene vil med andre ord også styrke boets stilling.

En fullbyrdelse av dommen overfor konkursboet, innebærer at B i realiteten oppnår en særrett til dekning i varelageret – til tross for at panteretten er omstøtelig etter norsk rett. Dette vil på samme tid krenke prinsippene som begrunner omstøtelsesreglene.

³⁸⁶ Jf. NOU 1972:20 på s. 283.

³⁸⁷ Jf. Brækhus (1970) på s. 102. Se også NOU 1972:20, på s. 284: «Pantsettelsen virker her som en forfordeling av kreditorene; den tilfører ikke debitor noen ny kapital.»

³⁸⁸ Jf. Huser (1992) på s. 361.

³⁸⁹ Jf. Andenæs (2009) I på s. 335.

³⁹⁰ Andenæs (2009) I på s. 352.

Ettersom disse må anses om fundamentale i det norske rettssystemet, vil derfor dommen virke støtende på rettsordenen.

3.11 Resultatet av analysene – sammenfatninger

Flere forhold kan begrense virkningene av voldgiftsdommen overfor kreditorene. Selv om denne bygger på partenes lovvalg, vil avgjørelsen ikke uten videre føre til at B stilles bedre overfor S enn hva som følger av norsk rett. Fordi S ikke har noen kontraktsmessig tilknytning til forholdet mellom A og B, eller opptre som part i voldgiftssaken mellom partene, er det i hovedsak reglene om subjektiv retts- og tvangskraft som er til hinder for dette. Det er altså ikke dette ordre public-reservasjonen som først og fremst begrenser virkningene av voldgiftsdommen overfor kreditorene. Det er imidlertid påvist en sammenheng mellom dette forbeholdet og prosessuelle bestemmelser i nasjonal rett. Når man vurderer om hensynet til S kan legitimere bruk av ordre public-reservasjonen, må man her som ellers ta utgangspunkt i voldgiftsdommens *virknings* i søksmålslandet. Hvor reglene om subjektiv retts- og tvangskraft nettopp innebærer at det vern S har etter norsk rett ikke svekkes, vil heller ikke hensynet til S bli tilsidesatt. I slike situasjoner er det dermed ikke aktuelt å statuere ordre public-strid av hensyn til pantsetterens kreditorer.

I forholdet mellom A og B kan ordre public-forbeholdet derimot være den eneste begrensningen i partsautonomien i voldgiftsrettslig sammenheng. Det klare utgangspunktet er at domstolene må håndheve voldgiftsdommen overfor A, selv hvor denne bygger på en panterett som er i strid med norsk rett. Bare der dommen på samme tid krenker fundamentale prinsipper i norsk rett, kan domstolene motsette seg dette. Fordi det skal svært mye til før reservasjonen kommer til anvendelse, kan partene i mange tilfeller unngå norske begrensninger i adgangen til å avtalepantsette ved å velge utenlandsk rett og avtale voldgift som tvisteløsningsmiddel. Det sentrale ved en panterett er imidlertid at den representerer *en særrett* til dekning i et bestemt objekt til foretrengsel for øvrige fordringshavere. Selv om domstolene opprettholder voldgiftsdommen overfor A, innebærer dette ikke nødvendigvis at Bs panterett står seg overfor etterfølgende kreditorbeslag. Panteretten har dermed mistet mye av sin funksjon. Det foreligger altså en sentral distinksjon mellom forholdet inter partes og

forholdet vis-à-vis øvrige kreditorer – en distinksjonen som naturligvis ikke kan overses, heller ikke i internasjonal voldgift. Denne får også betydning for partsautonomiens rekkevidde.

4 Avhandlingens konklusjoner

Avhandlingen har vurdert begrensningene i partsautonomien i internasjonal voldgift overfor pantsetterens kreditorer. Der norsk internasjonal privatrett utpeker norsk rett som bakgrunnsrett, kan partene vanskelig unngå anvendelse av reglene om rettsvern i vårt rettssystem. Verken lovvalget til fordel for utenlandsk rett eller voldgiftsklausulen innebærer utvidet materiell kontraktsfrihet eller lovvalgsfrihet i internasjonale panteforhold. Spørsmål knyttet til rettsvern overfor kreditorene faller altså utenfor partsautonomien, også i voldgiftsrettslig sammenheng.

Kreditorenes interesser beskyttes av flere mekanismer. Både materielle bestemmelser i nasjonal rett, prosessuelle bestemmelser om subjektiv retts- og tvangskraft, eksklusive lovvalgsregler og, om enn i en svært begrenset utstrekning, ordre public- reservasjonen kan begrense virkningene av en voldgiftsdom som bygger på partenes lovvalg. Det foreligger også en sammenheng mellom beskyttelsesmekanismene. Til tross for at reglene har ulike funksjoner og opptrer i forskjellige sammenhenger, begrunnes disse gjennomgående av hensynet til kreditorvern.

Avhandlingen har utelukkende behandlet rettighetskollisjoner i alminnelig løssøre, hvor det sentrale spørsmålet har vært om voldgiftsdommen innebærer at avtalepantet står seg overfor etterfølgende kreditorbeslag. Fordi forholdet vis-à-vis tredjepersoner gjennomgående vil falle utenfor partsautonomiens rekkevidde, vil løsningen trolig bli den samme hvor det stiftes pant i andre formuesgoder, eller hvor det foreligger andre parts- og konfliktskonstellasjoner.

5 Kildehenvisninger

5.1 Litteratur

- Alvik, Ivar *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift.*
Lov og Rett, volum 48 nr. 1 s. 43-53, 2009.
- Andenæs, Mads Henry *Konkurs.* 3. utg. Oslo, 2009. (I)
- Andenæs, Mads Henry *Rettskildelære.* 2. utg. Oslo, 2009. (II)
- Arnholm, C. J. *Panteretten.* 3. utg. Oslo, 1962.
- Asheim, Heidi *Norsk konkursjurisdiksjon i et internasjonalt perspektiv.* 1996. Tilgang:
<http://www.konkursradet.no/Artikler/Norsk-konkursjurisdiksjon-i-internasjonalt-perspektiv-76/&sok=Norsk%20konkursjurisdiksjon%20i%20et%20internasjonalt%20perspektiv#soketreff> (avlest 30.05.2011).
- Bang-Pedersen, Ulrik R. *Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten.* København, 2002.

- Berg, Albert Jan van den *The New York Arbitration Convention of 1958.*
Amsterdam, 1981.
- Binder, Peter *International Commercial Arbitration and
Conciliation in UNCITRAL Model Law
Jurisdiction.* 3. utg. London, 2009.
- Bogdan, Michael *Internationell konkurs- och ackordsrätt.* Lund,
1984.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration.* Kluwer
Law International, 2009.
- Brækhus, Sjur *Pant og annen realsikkerhet.* Omsetning og
kreditt 2. 3. utg. ved Borgar Høgetveit Berg.
Oslo, 2005.
- Brækhus, Sjur *Omsetningskollisjoner I og II.* Omsetning og
kreditt 3 og 4. Oslo, 1998.
- Brækhus, Sjur *Konkursrett, utvalgte emner.* Oslo, 1970.
- Cordes, Jørg og Laila Stenseng *Hovedlinjer i internasjonal privatrett.* Oslo,
1999.
- Eckhoff, Torstein *Rettskraft.* Oslo, 1945.

- Falkanger, Thor *Introduksjon til panteretten – stiftelse, virkninger og tvangsfullbyrdelse*. 3. opplag 2008.
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger *Tingsrett*. 6. utg. Oslo, 2007.
- Falkanger, Thor *Tvangsfullbyrdelse*. 2. utg. Oslo, 2000.
- Falkanger *Fra eiendomsforbehold til salgspant – noen refleksjoner i tilknytning til TfR 1933 s. 135 ff. og TfR 1954 s. 189 ff.* Tidsskrift for Rettsvitenskap 1987, s. 214-243. Oslo, 1987.
- Fletcher, Ian F. *Insolvency in private international Law*. 2. utg. Oxford, 2005.
- Flock, Hans *Kommentarer til tvangsfullbyrdelsesloven*. Norsk lovkommentar, note 259. 2008. Tilgang: <http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19920626z2D86> (avlest 30.05.2011).
- Gaarder, Karsten *Gaardes innføring i internasjonal privatrett*. 3. utg. ved Hans Petter Lundgaard. Oslo, 2000.

- Gunleiksrud, Stig *Rettskraftens subjektive grenser i sivile saker.*
Jussens Venner 1995, s. 65-117. Oslo, 1995.
- Hov, Jo *Rettergang.* Bind I. 2. utg. Oslo, 2007.
- Huser, Kristian *Gjeldsforfølgingsrett.* Bergen, 1995.
- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs, omstøtelse.*
Bind 3. Bergen, 1992.
- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs.* Bind 2. Bergen,
1988.
- Israël, Jona *European cross-boarder insolvency
regulation: A study of regulation 1346/2000
on insolvency proceedings in the light of a
paradigm of co-operation and a Comitatus
Europaea.* Antwerpen 2005.
- Juul, Jakob og Thommesen, Peter F. *Voldgiftsret.* 1. utg. København, 2003.
- Kinander, Morten *Sondringen mellom tinglige og obligatoriske
rettigheter.* Tidsskrift for rettsvitenskap, 2003
s. 673-685.
- Konow, Berte-Elen Reinertsen *Kommentarer til kjøpslovvalgloven.* Norsk
lovkommentar, note 23. 2008. Tilgang:

<http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19640403z2D1> (avlest 30.05.2011).

Konow, Berte-Elen Reinertsen

Løspørepant over landegrenser. Bergen, 2006.

Kröll, S.

Arbitration and Insolvency – selected conflict of Law problems. Transnational Dispute Management, 1875-4120. 2011. Tilgang: <http://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=388> (avlest 30.05.2011).

Kronke, Herbert og Otto, Patricia N. D.

Recognition and enforcement of foreign arbitral awards. A global commentary on the New York Convention. Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2010.

Lilleholt, Kåre

Godtruerverv og Kreditorvern. Oslo, 1999.

Lilleholt, Kåre

Legitimasjon, publisitet og notoritet. Jussens Venner 1996, s. 69-. Oslo, 1996.

Moss, Giuditta Cordero

International Commercial Law. Institutt for privatrett, skriftserie 185. 2. utg. Oslo, 2010.

(I)

- Moss, Giuditta Cordero *Lovvalg og jurisdiksjon for kontrakter om salg av fast eiendom – og noen bemerkninger om andre kontrakter med tingsrettslige virkninger.* Jussens Venner 2010, s. 295-322. Oslo, 2010.
(II)
- Moss, Giuditta Cordero *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift.* Lov og Rett, Volum 48 utg. 6, s. 361-373, 2009.
- Moss, Giuditta Cordero *International Arbitration and the Quest for the Applicable Law.* Global Jurist. Volume 8, Issue 3, s. 679-717. 2007. (III)
- Moss, Giuditta Cordero *Lovvalsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler.* Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 118 (2007), s. 679-717. (IV)
- Moss, Giuditta Cordero *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law made by the Parties?* Stockholm Arbitration Report, s. 1-21. Stockholm, 2005.
- Moss, Giuditta Cordero *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules.* Oslo, 1999.

- Moss, Gabriel og Ian F. Fletcher *The EC regulation on insolvency proceedings: A commentary and annotated guide*. 2. utg. Oxford 2009.
- Mæland, Henry John *Voldgift*. 1. utg. Bergen, 1988.
- Philip, Allan *Dansk international privat- og procesret*. 3. utg. København, 1976.
- Ristvedt, Per M og Ola Nisja *Voldgiftsloven og tvister i forretningsforhold*. Tidsskrift for forretningsjus, 2005 s. 3. Oslo, 2005.
- Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Oslo, 2009.
- Robberstad, Anne *Rettskraft*. Bergen, 2006.
- Sandvik, Tore og Kai Krüger *Norsk Panterett*. 2. utg. Bergen, 1982.
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Panterett*. Oslo, 2008.
- Virgos, Manuel og Francisco Garcimartin *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. Haag, 2004.
- Aasland, Gunnar *Rettskraftens subjektive grenser i tvistemål*. Jussens Venner 1988, s. 211-228. Oslo, 1988.

<i>Tvangsfullbyrdelsesloven Kommentartutgave.</i>	Falkanger, Thor ... [et.al.] Bind I, 4. utg. Oslo, 2007.
<i>Voldgiftsloven Kommentartutgave.</i>	Kolrud, Helge Jacob ... [et.al.] Oslo, 2007.
<i>Tvisteloven Kommentartutgave.</i>	Schei, Tore ... [et.al.] Bind I. Oslo, 2007.
<i>Voldgiftsloven med kommentarer.</i>	Berg, Borgar Høgetveit ... [et.al.] Oslo, 2006.
<i>Konkursloven kommentartutgave.</i>	Wiker, Håvard og Knut Ro. Oslo, 2003.
<i>Panteloven.</i>	Skoghøy, Jens Edvin A. Oslo, 2003.

5.2 Norske rettskilder

Norsk lovgivning

1915	Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6 (opphevet)
1932	Lov om vekslar (vekselloven) av 27. mai 1932 nr. 2
1932	Lov om chekker (sjekkloven) av 27. mai 1932 nr. 3

1964	Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (kjøpslovvalgsløven) av 3. april 1964 nr. 1
1980	Lov om pant (panteløven) av 8. februar 1980 nr. 2
1984	Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursløven) av 8. juni 1984 nr. 58
1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsløven) av 8. juni 1984 nr. 59
1992	Lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturløven) av 19. juni 1992 nr. 56
1992	Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesløven) av 26. juni 1992 nr. 86
1992	Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111
2002	Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsløven) av 21. juni 2002 nr. 34
2004	Lov om voldgift (voldgiftsløven) av 14. mai 2004 nr. 25
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteløven) av 17. juni 2005 nr. 90

Norske lovforarbeider

NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
NOU 2001:33	Lov om voldgift
NOU 2001:32A	Rett på sak
Ot.prp.nr. 39 (1977-1978)	Pantelov
Ot.prp.nr. 50 (1980-1981)	Om A) lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.
Ot.prp.nr. 65 (1990-1991)	Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)
Ot.prp.nr. 27 (2003-2004)	Om lov om voldgift
Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)	Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Innst. O. nr. 19 (1979-1980)	Om pantelov
Rådsegn 8 (1970)	Om pant

Norsk rettspraksis

Rt. 1923 II s. 59

Rt. 1963 s. 109

Rt. 1983 s. 461

Rt. 1992 s. 438

Rt. 1995 s. 1415

Rt. 1996 s. 1288

Rt. 1997 s. 1050

Rt. 1998 s. 268

Rt. 1999 s. 837

Rt. 2007 s. 234

Rt. 2009 s. 1537

HR-2011-809-A

RG-1958-360 (Voldgiftsdom)

RG-1958-646 (Oslo skifterett)

RG-1963-528 (Eidsivating lagmannsrett)

RG-1972-207 (Voldgiftsdom)

RG-1984-782 (Vadsø sorenskriverkontor)

LG-1994-730 (Gulating lagmannsrett)

RG-1997-1269 (Borgarting lagmannsrett)

Øvrige norske kilder

Utredning om norsk internasjonal insolvensrett. Tilgang:

http://www.regjeringen.no/pages/14584765/Utredning_Norsk_internasjonal_insolvensrett.pdf

(avlest 30.05.2011).

5.3 Utenlandske rettskilder

Utenlandske lover

Companies Act 1985 (England)

Insolvency Act 1986 (England)

Lov om kreditaftaler av 13. juni 1990 nr. 398 (Danmark)

Lov nr. 298 af 8.6.1977 (Dansk konkurslov, "DK")

Konkurslag av 11.6.1987 (1987:672) (Svensk konkurslov, "SK")

Utenlandske domsavgjørelser

Dom av 4. juni 1974, Yearbook Commercial Arbitration (YCA) 1976 Volume I, pp 202

Salen Dry Cargo AB v. Victrix Steamship CO, YCA 1990 XV, 534 ff.

BNY Licensing Corp. V. Isetan of America, YCA XXIII (1998) 931, US Bankruptcy Court, Southern District of New York, US.

OLG Brandenburg, BB 2001, Anhang 6, YCA XXIX (2004), 697, Brandenburg Court of Appeal, Germany.

Brorostrom Tankers AB v. Factorias Vulcano SA, YCA XXX (2005), 591. High Court, Ireland.

5.4 Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder

Nordisk konkurskonvensjon

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

Haagkonvensjonen om lovvalg ved løsørekjøp	Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods
New York-konvensjonen	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958
Roma-konvensjonen	The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980)
UNCITRAL Moddellov	The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, ferdigstilt i 1985
Luganokonvensjonen	EC EFTA Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters Lugano, 16 September 1988
EUs konkursforordning	Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 af. 29. mai 2000 om konkurs (rfo. 1346/2000)

