

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Konkursrettslige begrensninger på partsautonomien i internasjonal voldgift

Særlig med sikte på avtaleklausuler som forfordeler kreditorer

Kandidatnummer: 201

Leveringsfrist: 1.6.2014

Antall ord: 39 822



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling .....	1
1.2	Samspeilet mellom konkurs og voldgift .....	3
1.3	Domstolskontroll med voldgiftsdommer .....	6
1.4	Rammene for avhandlingen .....	9
1.4.1	De ulike avtalemekanismene .....	9
1.4.2	Tilgrensningen til finansmarkedet .....	10
1.4.3	Øvrige avgrensninger .....	15
1.5	Betydningen av lovvalsreglene .....	16
1.6	Rettskildebruk og metode .....	19
1.7	Oversikt over den videre fremstillingen.....	20
<b>2</b>	<b>GJENSTAND FOR VOLDGIFT</b> .....	<b>22</b>
2.1	Innledning .....	22
2.2	Grunnkravet om fri rådighet .....	23
2.2.1	En begrensning på partsautonomien.....	23
2.2.2	Skillet mellom dispositive og indispositive rettsforhold .....	24
2.2.3	Offentlige interesser og hensynet til tredjeparter .....	26
2.2.4	Avveining mot hensynet til voldgift.....	27
2.3	Forholdet mellom voldgiftsmessighet og ordre public .....	28
2.4	Voldgiftsmessighet av ulike tvister ved konkursbehandling .....	29
2.4.1	Presentasjon av de ulike typer tvister .....	29
2.4.2	Er konkursboet bundet av voldgiftsavtalen? .....	30
2.4.3	Hvilke tvister kan være gjenstand for voldgiftsbehandling? .....	32
2.5	Konklusjon.....	45
<b>3</b>	<b>ORDRE PUBLIC</b> .....	<b>46</b>
3.1	En begrensning på partsautonomien .....	46
3.2	Høy terskel for anvendelse.....	46
3.3	Internasjonale kilder – nasjonalt innhold.....	47

3.4	Krenkelse av fundamentale prinsipper.....	48
3.5	Anvendelse av ordre public-forbeholdet i konkrete tilfeller.....	50
<b>4</b>	<b>«EARLY TERMINATION» - HEVING I KONKURS.....</b>	<b>52</b>
4.1	Innledning .....	52
4.2	Heving ved konkurs etter norsk rett.....	53
4.2.1	Innledning.....	53
4.2.2	Boet er ikke bundet av avtale om heving i konkurs .....	53
4.2.3	Heving i konkurs etter dekningslovens regler .....	54
4.2.4	Heving før konkurs. Omstøtelse.....	57
4.3	Hensynene bak reglene om heving ved konkurs.....	57
4.3.1	Innledning.....	57
4.3.2	Begrunnelsen for dekningslovens preseptivitet.....	58
4.3.3	Hensynene bak inntredelsesretten .....	58
4.3.4	Formålet med regler om omstøtelse .....	60
4.3.5	Det gjennomgående hensyn: Beskyttelse av kreditorer og likebehandling.....	61
4.4	Voldgiftsdom som opprettholder en early termination-klausul i konkurs ved avtale om varekjøp.....	61
4.4.1	Problemstillingen.....	61
4.4.2	Situasjonsbeskrivelse.....	62
4.4.3	Utgangspunktet: Voldgiftsdommen er endelig og bindende .....	63
4.4.4	Insolvensrettslige hensyn kan omfattes av ordre public.....	63
4.4.5	Avveining av hensynene.....	68
4.4.6	Konklusjon .....	73
4.5	Voldgiftsdom som opprettholder en early termination-klausul i en låneavtale.....	74
4.5.1	Problemstilling .....	74
4.5.2	Situasjonsbeskrivelse.....	74
4.5.3	Innsigelser mot voldgiftsdommen som tvangsgrunnlag.....	76
4.5.4	Utgangspunkt: Voldgiftsdommen skal tvangsfullbyrdes .....	77
4.5.5	Resultatet av voldgiftsdommen krenker likebehandlingsprinsippet.....	77
4.5.6	Er ordre public riktig tilnærming? .....	79
4.5.7	Likevel plass til ordre public i særlige tilfeller?.....	82
4.5.8	Konklusjon .....	84

<b>5</b>	<b>«SET OFF» I KONSERNFORHOLD .....</b>	<b>85</b>
5.1	Innledning .....	85
5.2	Norsk rett om motregning i konkurs .....	87
5.2.1	Utgangspunkt: Krav om gjensidighet for motregning .....	87
5.2.2	Adgang til å fravike gjensidighetsvilkåret gjennom avtale? .....	88
5.2.3	Konklusjon .....	93
5.3	Hensynene bak motregningsretten i konkurs .....	94
5.4	Voldgiftsdom som opprettholder avtale om multilateral motregning i konkurs.....	96
5.4.1	Problemstilling .....	96
5.4.2	Situasjonsbeskrivelse.....	97
5.4.3	Utgangspunktet for ordre public-vurderingen .....	99
5.4.4	Voldgiftsdommen krenker prinsippet om likebehandling av kreditorer .....	99
5.4.5	Avveining av hensynene.....	101
5.4.6	Panterettslig innfallsvinkel .....	107
5.4.7	Konklusjon .....	109
<b>6</b>	<b>«WALKAWAY»-KLAUSULER I KONKURS .....</b>	<b>110</b>
6.1	Problemstilling .....	110
6.2	Situasjonsbeskrivelse .....	111
6.3	Ordre public-vurdering .....	112
6.3.1	Utgangspunktet.....	112
6.3.2	Norsk rett: Walkaway-klausuler er ikke tillatt .....	112
6.3.3	Tilfeller med rene walkaway-klausuler .....	113
6.3.4	Tilfeller med avregning til underkurs .....	115
6.4	Konklusjon.....	116
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>117</b>
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>119</b>
	<b>LOVGIVNING .....</b>	<b>128</b>
	Norske lover .....	128
	Utenlandske lover.....	129
	EU-forordninger .....	129

EU-direktiver.....	130
<b>KONVENSJONER.....</b>	<b>130</b>
<b>FORARBEIDER .....</b>	<b>131</b>
Norges offentlige utredninger .....	131
Odelstingsproposisjoner .....	131
Innstilling til Stortinget .....	132
Nordiske forarbeider .....	132
<b>RAPPORTER OG OFFENTLIGE DOKUMENTER.....</b>	<b>132</b>
<b>DOMMER.....</b>	<b>133</b>
Norsk rettsstiene .....	133
Andre norske dommer.....	133
Avgjørelser fra EU-domstolen .....	133
Danske avgjørelser .....	134
Svenske avgjørelser.....	134
Engelske avgjørelser .....	134
Amerikanske avgjørelser.....	134
Franske avgjørelser .....	134
Tyske avgjørelser .....	135
Australske avgjørelser.....	135
Voldgiftsavgjørelser .....	135
<b>NETTSIDER.....</b>	<b>135</b>
<b>PUBLIKASJONER APA-PROSJEKTET.....</b>	<b>136</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

I omtrent alle konkursbo vil det foreligge en eller flere kontrakter som konkursskyldneren har inngått før han går konkurs, men som ikke er helt oppfylt fra noen av sidene. Når en skyldner tas under konkursbehandling, har han ikke nok midler til å dekke alle kreditorenes krav fullt ut. Skyldnerens usikrede kreditorer risikerer bare å få dekket deler av kravene sine, eller i verste fall, ingenting. De fleste kreditorer er derfor opptatt av å sikre seg mot den annen parts konkurs. Avhandlingen tar utgangspunkt i ulike avtalemekanismer som kan gi et dekningsprivilegium i konkurs, og derved redusere risikoen for tap.<sup>1</sup>

I internrettslige kontrakter vil partene ofte ikke kunne oppnå det ønskede resultatet om tapsbegrensning, fordi konkursreglene i stor utstrekning er preseptoriske i norsk rett, og kontraktklausulene dermed ikke kan gjøres gjeldende mot et konkursbo. Partene til en internasjonal kontrakt har imidlertid frihet til å underlegge kontraktsforholdet en utenlandsk rett. Den utenlandske retten kan i større grad en norsk rett tillate at partenes avtalevilkår gjøres gjeldende i konkurs. Denne friheten til å velge bakgrunnsretten blir i internasjonal privatrett omtalt som «partsautonomi», og er et grunnleggende prinsipp for lovvalget som er internasjonalt anerkjent.<sup>2</sup> I tillegg kan partene utelukke alminnelig domstolsbehandling av tvister mellom dem ved å innta en voldgiftsklausul i kontrakten. Når partene avtaler voldgift avskjæres som utgangspunkt adgangen til å benytte de alminnelige domstoler. Partsautonomien står særlig sterkt ved voldgift. Problemstillingen i denne avhandlingen er om partene til en internasjonal kontrakt unngår anvendelse av norske konkursrettslige regler, ved å underlegge avtalen utenlandsk rett og bestemme voldgift som middel for tvisteløsning.

Hovedformålet med avhandlingen er å undersøke grensene for partsautonomien i internasjonale kommersielle kontrakter som er undergitt voldgift, hvor den ene av partene blir tatt under konkursbehandling. Med partsautonomi menes i denne sammenheng to ting: For det første siktes det til den alminnelig anerkjente lovvalgsregel som gir partene mulighet til å velge den

---

<sup>1</sup> Se nærmere om de aktuelle avtaleklausulene under punkt 1.4.1.

<sup>2</sup> Cordero-Moss (1999) s.52 og 53.

materielle retten som skal regulere kontrakten.<sup>3</sup> Videre er det også ment å omfatte partenes kompetanse til å binde seg til en voldgiftsavtale.<sup>4</sup> Partsautonomi må ikke forveksles med den internrettslige avtalefriheten, som noen ganger blir betegnet «partsautonomi».<sup>5</sup> Avhandlingen er skrevet som en del av prosjektet *Arbitration and Party Autonomy* (APA) ved Institutt for Privatrett, Universitetet i Oslo,<sup>6</sup> som kartlegger rekkevidden av partenes autonomi i forskjellige internasjonale kommersielle forhold som ikke er rent kontraktsrettslige.<sup>7</sup>

Når partene har avtalt at tvister mellom dem skal løses ved voldgift, og i tillegg valgt en fremmed rett til å regulere avtaleforholdet seg i mellom, er det en utbredt oppfatning at partene har løsrevet seg fullstendig fra alminnelig domstolsbehandling og anvendelse av en annen nasjonal rett. Denne oppfatningen må ses på bakgrunn av partsautonomiens sentrale rolle i internasjonal kommersiell voldgift.<sup>8</sup> Det kan imidlertid reises spørsmål om hvor langt tanken om den altomfattende partsautonomien rekker, spesielt når en av partene er insolvent og blir tatt under konkursbehandling. Partsautonomien er ikke absolutt. Det gjelder grenser for partsautonomien ut fra hensynet til avtalepartene selv, samfunnet og i noen grad ulike tredjemengrupper, slik som kreditorer.<sup>9</sup>

Partsautonomien som lovvalgsregel er begrenset på flere nivåer, men i en voldgiftssammenheng er det først og fremst det tilfellet at anvendelsen av en annen stats lovgivning er i strid med fundamentale prinsipper i domstollandets rettssystem (*ordre public*) som er interessant.<sup>10</sup> Det er i hovedsak denne begrensingen på partsautonomien som skal undersøkes i avhandlingen. Selve adgangen til voldgiftsbehandling er heller ikke absolutt. Det er ikke alle tvister partene kan overlate til en voldgiftsrett å behandle. Det ligger en generell begrensning i at for-

---

<sup>3</sup> Partsautonomi er hovedregelen for lovvalg i kontraktsrettslige spørsmål i norsk rett, jf. Cordero-Moss (2013) s.204.

<sup>4</sup> Woxholth (2013) s.39 og 40. Se også Kröll (2009), som på s.346 kaller det sistnevnte for *prosessuell partsautonomi*.

<sup>5</sup> Jf. Cordero-Moss (2013) s.56 og 205.

<sup>6</sup> Se <http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/apa/> for nærmere informasjon om prosjektet.

<sup>7</sup> Se <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/> for en liste over publikasjonene i prosjektet, og hvilke rettsområder som er undersøkt.

<sup>8</sup> Cordero-Moss (2013) s.56.

<sup>9</sup> Woxholth (2013) forordet.

<sup>10</sup> Woxholth (2013) s.41. Se også Cordero-Moss (2009) s.365 og 366. Se kapittel 3-6.

holdet etter sin art må kunne voldgis. Dette spørsmålet om «voldgiftsmessighet» utgjør også en begrensning på partsautonomien som vil bli behandlet i avhandlingen.<sup>11</sup> Dersom voldgiftsretten ikke tar høyde for disse begrensningene på partsautonomien risikerer man at en voldgiftsdom som gir virkning til partenes valg, blir underkjent eller nektet tvangsfullbyrdet av nasjonale domstoler.<sup>12</sup>

## 1.2 Samspillet mellom konkurs og voldgift

Insolvensbehandling og voldgift er to vidt forskjellige rettslige ordninger, og det kan være problematisk å balansere de underliggende formålene og hensynene som trekker i hver sin retning.<sup>13</sup> Konkurs har som hovedformål å være en ordnet avvikling av det konkursrammede selskapet, og gi skyldnerens kreditorer dekning gjennom et samlet beslag av skyldnerens formue som fordeles forholdsmessig mellom kreditorene. Den sentraliserte gjeldsforfølgningen innebærer at det ikke er adgang til enkeltforfølgelse av krav mot skyldneren etter at konkurs er åpnet. Konkursboet kan ta beslag i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden», jf. dekningsloven § 2-2. I tillegg har boet spesielle virkemidler i reglene om omstøtelse og inntreden i skyldnerens kontrakter for å maksimere verdien av boet, slik at kreditorene skal sikres best mulig dekning.

Det er et grunnleggende prinsipp i konkursbehandlingen at skyldnerens tilgjengelige verdier skal fordeles likt mellom kreditorene. Det gjøres imidlertid en rekke unntak fra likebehandlingsprinsippet, blant annet for kreditorer med sikkerhetsrett, for massekrav og prioriterte fordringer, som alle dekkes før de uprioriterte fordringene. Men en kreditor kan ikke gjennom avtale betinge seg en fortrinnsrett i konkurs til fortrengsel for de øvrige kreditorene, uten at det er adgang til det etter konkursretten.

---

<sup>11</sup> Se kapittel 2. «Voldgiftsmessighet» er ikke et etablert begrep i Norge. På engelsk brukes uttrykket «arbitrability» og motsetningen «non-arbitrability», og i Sverige benyttes «skiljedomsräddighet», jf. Prop 1998/99:35. På norsk har vi ikke noe tilsvarende begrep. Voldgiftsloven bruker uttrykket «gjenstand for voldgift» og «kan avgjøres ved voldgift», jf. § 9. Disse uttrykkene gir ikke alltid like god flyt i språket, og på bakgrunn av begrepsbruken i de andre landene vil jeg tidvis benytte meg av begrepet «voldgiftsmessighet» i denne avhandlingen.

<sup>12</sup> Cordero-Moss (2013) s.59. Se punkt 1.3 om domstolskontroll med voldgiftsdommer.

<sup>13</sup> Markert (2009) s.217 og 218.



I tillegg preges konkursretten av at reglene i konkursloven og dekningsloven for det meste er preceptoriske, og at det er en høy grad av offentlig kontroll med prosessen. Konkurslovgivningen etterlater ikke mye rom for partsautonomi, og det er derfor ikke utenkelig at noen av de overnevnte aspektene ved konkursretten kan få betydning for voldgiftsprosessen, og komme inn som en begrensning på partsautonomien i voldgift.

Voldgift på sin side er en privat konfliktløsningsmekanisme som har sitt grunnlag i avtale mellom partene. Denne formen for tvisteløsning nyter bred juridisk anerkjennelse, og det er en internasjonal konsensus i favør av voldgift.<sup>14</sup> I Norge reguleres voldgiftsinstituttet av voldgiftsloven, som også gir uttrykk for en svært positiv innstilling til voldgift.<sup>15</sup> Loven bygger på FN-organet UNCITRALs modellov om internasjonal kommersiell voldgift, og New York-konvensjonen om anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av utenlandske voldgiftsdommer.

Voldgift er styrt av prinsippet om partsautonomi ettersom partene i utstrakt grad kan regulere selve prosessen og definerer omfanget av voldgiftsrettens myndighet.<sup>16</sup> Det er voldgiftsavtalen mellom partene som danner grunnlaget for voldgiftsrettens kompetanse, og voldgiftsretten må som utgangspunkt anvende de rettsregler som partene har valgt for de materielle tvistespørsmål.<sup>17</sup> Det er den fremtredende rollen til partsautonomien i voldgift som leder partene til å anta at lovvalget deres skal være avgjørende for voldgiftsretten, uten noen form for begrensning.<sup>18</sup> Dette står i stor kontrast til den fellesskapstanken som råder i konkursretten.

---

<sup>14</sup> Se Born (2009) s.63. New York-konvensjonen og de mange voldgiftsvennlige nasjonale lover gir uttrykk for denne «pro-arbitration»-holdningen.

<sup>15</sup> Loven gjelder for både norske og utenlandske parter, men er stedlig begrenset til saker som finner sted i Norge, jf. voldgiftsloven § 1 første ledd. Kapittel 10 om anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommer gjelder også for utenlandske voldgiftsdommer, jf. § 1 fjerde ledd.

<sup>16</sup> Se voldgiftsloven §§12 og 13 om partenes mulighet til å avtale voldgiftsrettens sammensetning, og voldgiftsloven §§ 21 og 22 om valg av sete og saksbehandlingsregler. Partene står svært fritt innenfor rammen av voldgiftslovens ufravikelige regler og enkelte grunnleggende prinsipper om rettssikkerhet.

<sup>17</sup> Jf. voldgiftsloven § 31 første ledd som kodifiserer den anerkjente lovvalgsregelen om partsautonomi.

<sup>18</sup> Cordero-Moss (2013) s.56.

Det er mange grunner til at partene velger voldgift som tvisteløsningsmekanisme,<sup>19</sup> men for mange er det en motivasjon å få avgjort en tvist med endelig virkning.<sup>20</sup> En voldgiftsdom kan i utgangspunktet ikke påankes, verken ved å bringes inn for de alminnelige domstolene eller ved anke til en ny voldgiftsrett.<sup>21</sup> Et særtrekk ved voldgift er at en voldgiftsdom er rettskraftig på samme måte som en alminnelig dom, hvilket vil si at den er endelig og har bindende virkning for partene.

At voldgiftsdommer har rettskraftvirkninger fremgår ikke direkte av voldgiftsloven, men må følge implisitt av voldgiftsloven §§ 45-47 om at voldgiftsdommer skal anerkjennes.<sup>22</sup> Å gi anerkjennelse til en voldgiftsavgjørelse vil si å gi avgjørelsen rettskraft.<sup>23</sup> Tidligere fremgikk det direkte av tvistemålsloven § 464 annet ledd at voldgiftsdommer og forlik inngått for voldgiftsretten har virkning som rettskraftig dom. Rettsstillingen er ikke ment forandret under voldgiftsloven, men det burde kommet klarere frem under arbeidet med den nye voldgiftsloven.<sup>24</sup> At voldgiftsavgjørelser har rettskraftvirkninger er et anerkjent prinsipp i de fleste lands rettssystemer,<sup>25</sup> og må sies å være et sikkert rettsprinsipp i Norge også.

Normalt vil det ikke oppstå noen konflikt mellom voldgift og konkurs, ettersom det er et grunnleggende utgangspunkt at en voldgiftsdom bare er bindende for partene i saken.<sup>26</sup> Voldgiftsdommen får dermed ikke virkning overfor partenes kreditorer, herunder et eventuelt konkursbo. Det må imidlertid tas forbehold for det tilfellet at konkursboet er part i en voldgiftsak. Voldgiftsdommen vil da være rettslig bindende for boet, og får dermed virkning for kreditorfellesskapet. Det kan også tenkes at voldgiftsdommen mellom partene har rent *faktiske* konsekvenser for kreditorerne som tilsier at partsautonomien må begrenses.<sup>27</sup>

---

<sup>19</sup> Se Ot.prp.nr.27 (2003-2004) kapittel 3 om grunner til å velge voldgift. Se også Born (2009) s.71 flg. som gir en utførlig gjennomgang av formålene med voldgift.

<sup>20</sup> NOU 2001:33 s.71.

<sup>21</sup> Partene kan avtale at det skal være adgang til å anke, men det gjøres svært sjelden, jf. Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.44 og 91.

<sup>22</sup> Jf. NOU 2001:33 s.79 hvor det forutsettes at voldgiftsdommer skal anerkjennes og fullbyrdes på samme måte som en rettskraftig dom. Se også Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.74.

<sup>23</sup> Robberstad (2006) s.93 med videre henvisninger.

<sup>24</sup> Jf. Robberstad (2006) s.94 og Woxholth (2013) s.783 og 784.

<sup>25</sup> Jf. NOU 2001:33 s.79 hvor det står at «utgangspunktet i de fleste lands rettssystemer er at en voldgiftsavgjørelse er endelig». Se også Fouchard, Gaillard, Goldman (1999) s.778-779.

<sup>26</sup> Rettskraftens subjektive side.

<sup>27</sup> Se punkt 4.5 i kapittel 4.

En av de store fordelene med internasjonal voldgift som tvisteløsningsmekanisme er at det er lett å få anerkjent og tvangfullbyrdet en voldgiftsdom verden over gjennom New York-konvensjonen. Hensynet til effektiv fullbyrdelse av voldgiftsdommer er et av hovedformålene med New York-konvensjonen.<sup>28</sup> Voldgiftsloven kapittel 10, som gjennomfører New York-konvensjonen, fastslår at norske domstoler skal anerkjenne og tvangfullbyrde voldgiftsdommer «uavhengig av hvilket land den er avsagt i».<sup>29</sup> Dersom den tapende parten ikke oppfyller voldgiftsdommen frivillig, kan dermed den vinnende parten bruke voldgiftsdommen for å tvangfullbyrde sitt krav med myndighetenes hjelp.<sup>30</sup> Gjennomføringen av tvangfullbyrdelsen skjer etter reglene i tvangfullbyrdesloven, jf. voldgiftsloven § 45 tredje ledd.<sup>31</sup>

I en situasjon hvor det er konflikt mellom konkursrettslige hensyn og partenes ønske om voldgift, vil formålene bak voldgiftsinstituttet om endelige voldgiftsdommer som effektivt skal gis virkning verden over, utgjøre tungtveiende hensyn mot å begrense partsautonomien. I samme retning trekker hensynet til partenes forutberegnelighet og tillit til voldgiftsinstituttet, som også er hensyn som ligger bak voldgiftsinstituttet.<sup>32</sup>

### 1.3 Domstolskontroll med voldgiftsdommer

Til tross for den positive holdningen til voldgift åpner de fleste nasjonale voldgiftslover, inkludert den norske, for en begrenset domstolskontroll med voldgiftsdommer. Det samme gjør UNCITRALs modelllov og New York-konvensjonen.<sup>33</sup> Domstolskontroll er nødvendig for å sikre at voldgiftsprosessen ivaretar grunnleggende rettssikkerhetshensyn. Det er i samfunnets

---

<sup>28</sup> Kronke m.fl.(2010) s.367.

<sup>29</sup> Se voldgiftsloven § 45 første ledd. Norske domstoler er forpliktet til å anerkjenne og tvangfullbyrde alle utenlandske voldgiftsdommer, uansett om de er avsagt i et land som har ratifisert New York-konvensjonen eller i et land som har tilsvarende regler som sikrer anerkjennelse og fullbyrdelse av norske voldgiftsdommer. Det er med andre ord ikke et krav om resiprositet.

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.17.

<sup>31</sup> Det følger spesifikt av tvangfullbyrdesloven at voldgiftsdommer, både norske og utenlandske, er et alminnelig tvangsgrunnlag, jf. § 4-1 annet ledd bokstav d og f.

<sup>32</sup> Innst.O.nr.51 (2003-2004) s.3.

<sup>33</sup> Se UNCITRAL-modelllov art.34 og 36, og New York-konvensjonen art.V.

interesse å sikre at voldgift skjer på en forsvarlig måte, ettersom en voldgiftsdom er gitt rettslig status som en vanlig dom.<sup>34</sup>

I de fleste tilfeller vil partene akseptere voldgiftsdommen, og det blir ikke spørsmål om domstolskontroll. For tilfeller hvor den tapende parten vil bestride voldgiftsdommen, kan domstolskontrollen innledes på to måter. Dersom voldgiftsdommen er avsagt i Norge, kan parten angripe gyldigheten av dommen for de norske domstoler, jf. voldgiftsloven § 42 jf. § 1 første ledd.<sup>35</sup> Dersom en voldgiftsdom søkes tvangsfullbyrdet eller anerkjent i Norge, kan den tapende parten fremme innsigelser mot tvangsfullbyrdelsen etter voldgiftsloven § 46. Mulighetene for å øve kontroll over voldgiftsdommen er meget begrenset.<sup>36</sup> Det fremgår blant annet av EU-domstolens uttalelser i *Eco Swiss*-dommen:

«it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be *limited in scope* and that annulment of or refusal to recognise an award should be possible only in *exceptional circumstances*.» (mine kursiveringer)<sup>37</sup>

Det er en grunntanke i internasjonal voldgift at domstolene ikke skal fungere som en anke-domstol og overprøve voldgiftsdommens materielle innhold ved domstolskontrollen. Domstolene har ikke kompetanse til å sette til side voldgiftsdommer på grunn av feil ved rettsanvendelsen eller bevisbedømmelsen.<sup>38</sup> Det er kun de grunnlagene som er opplistet i voldgiftsloven §§ 43 og 46, som kan påberopes for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte tvangsfullbyrdelse.

---

<sup>34</sup> Se Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.17-18.

<sup>35</sup> Norske domstoler kan ikke prøve gyldigheten av voldgiftsdommer avsagt i utlandet.

<sup>36</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.75.

<sup>37</sup> Sak C-126/97 (*Eco Swiss*) avsnitt 35.

<sup>38</sup> Jf. NOU 2001:33 s.76 og Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.74. Også hvor domstolene vurderer om dommen er i strid med ordre public, kan de i utgangspunktet ikke overprøve voldgiftsavgjørelsens materielle innhold, se nedenfor under punkt 3.4.

I likhet med modelloven er ugyldighetsgrunnene i voldgiftsloven i hovedsak de samme som grunnene som hindrer tvangsfullbyrdelse.<sup>39</sup> Denne harmoniseringen er tilsiktet for å unngå situasjoner der en gyldig voldgiftsavgjørelse ikke kan fullbyrdes, eller situasjoner der det blir spørsmål om å fullbyrde en ugyldig avgjørelse.<sup>40</sup> Både ugyldighetsgrunnene og grunnlagene for innsigelser mot tvangsfullbyrdelsen skiller mellom relative og absolutte innsigelser. De relative innsigelsene må påberopes av partene for at domstolen skal kunne ta stilling til dem, mens de absolutte innsigelsene skal domstolene håndheve av eget tiltak.<sup>41</sup>

Det er de absolutte innsigelsene mot voldgiftsdommer som er av interesse i denne avhandlingen. De omfatter at tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift etter norsk rett, og at voldgiftsdommen «virker støtende på rettsordenen (ordre public)».<sup>42</sup> Tvister som partene ikke har fri rådighet over må behandles ved de alminnelige domstoler, og kan ikke være gjenstand for voldgift.<sup>43</sup> Har voldgiftsretten likevel avsagt dom i en slik sak, vil voldgiftsdommen ikke bli anerkjent. Likeledes, dersom voldgiftsdommen innebærer en betydelig krenkelse av fundamentale prinsipper eller verdier i norsk rett, vil ikke domstolene opprettholde voldgiftsdommen dersom resultatet vil være støtende på rettsordenen.

Tesen i denne avhandlingen er at det innenfor norsk konkursrett finnes prinsipper som beskytter så viktige interesser at de kan legge begrensninger på partenes autonomi i voldgift. Det kan være tilfellet for prinsippet om den sentraliserte forfølgelsen av kravene, som gjerne innebærer at tvister skal avgjøres av en domstol med eksklusiv jurisdiksjon over tvister i konkurs. Dette står i direkte motstrid til partenes avtale om å henvise tvister som skriver seg fra deres rettsforhold til voldgift.

---

<sup>39</sup> Se modelloven art.34 og 36. UNCITRAL valgte bevisst å harmonisere vilkårene for ugyldighet og for å nekte tvangsfullbyrdelse, og brukte de samme vilkårene for forhold som er til hinder for tvangsfullbyrdelse etter New York-konvensjonen art.V, jf. Cordero-Moss (2013) II s.8 med videre henvisninger til UNCITRAL sine kommentarer til modelloven.

<sup>40</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.75.

<sup>41</sup> Forutsatt at det er reist sak om voldgiftsdommens ugyldighet eller søksmål om tvangsfullbyrdelse. En voldgiftsdom blir ikke automatisk ugyldig, selv om den er i strid med absolutte ugyldighetsgrunner, jf. Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.76. Ugyldighetssøksmålet må anlegges innen tre måneder fra den dag parten mottar dommen, jf. voldgiftsloven § 44 første ledd.

<sup>42</sup> Jf. henholdsvis §§ 43 og 46 annet ledd bokstav a og b.

<sup>43</sup> Jf. voldgiftsloven § 9 første ledd.

I mange rettssystemer betraktes også visse grunnleggende prinsipper i insolvensretten som ordre public.<sup>44</sup> Reglene som sikrer verdien av boet og prinsippet om likebehandling av kreditorer kan ha en slik karakter. En voldgiftsdom som ikke tar hensyn til slike konkursrettslige prinsipper i norsk rett risikerer å bli underkjent eller nektet tvangsfullbyrdet fordi den krenker ordre public.

## **1.4 Rammene for avhandlingen**

### **1.4.1 De ulike avtalemekanismene**

Objektet for avhandlingen er ulike avtalemekanismer som partene bruker for de facto å skaffe seg en bedre posisjon enn andre kreditorer i en konkurs. Jeg behandler ikke pant eller andre beslektede sikkerhetsrettigheter, som for eksempel tilbakeholdsrett eller eiendomsforbehold.<sup>45</sup>

Jeg tar for meg avtaleklausuler som gir partene rett til å heve kontrakten dersom den andre parten blir insolvent, ofte betegnet «early termination»-klausuler. Slike generelle insolvensklausuler er som den store hovedregel ikke tillatt etter norsk konkurslovgivning, jf. dekningsloven § 7-3 annet ledd. Videre ser jeg på det tilfellet at partene har avtalt en rett til «set off» i konkurs med et krav som tilhører et annet selskap i samme konsern. En avtalt motregningsrett som fraviker gjensidighetsvilkåret i dekningsloven § 8-1 vil som utgangspunkt ikke stå seg overfor et konkursbo etter norsk rett. Avhandlingen vil undersøke om en voldgiftsdom som stadfester disse klausulene kan underkjennes eller nektes fullbyrdet fordi den innebærer en så betydelig krenkelse av konkursrettslige prinsipper at den strider mot ordre public.

Avslutningsvis vil jeg også se på en voldgiftsdom som stadfester en såkalt «walkaway»-klausul overfor et konkursbo. Walkaway-klausuler kan forekomme som en del av en «close-out netting»-avtale. Close-out netting (sluttavregning) er også en avtalemekanisme som har som formål å redusere risikoen for et økonomisk tap hvis den ene parten blir insolvent, og er mye brukt i finansmarkedet. Close-out nettingavtaler innebærer at når en forhåndsavtalt situa-

---

<sup>44</sup> Baizeau (2009) s.100.

<sup>45</sup> For en drøftelse av begrensningene på partsautonomien i voldgift ved panteavtaler vises det til Siri Hafelds avhandling ved APA-prosjektet: «Avtaler om pant med implikasjoner for kreditorerne: Lovvalg og voldgift» (2011).

sjon inntreer (i dette tilfellet at parten blir insolvent eller det åpnes konkurs), kan den andre parten heve alle utestående kontrakter mellom partene, beregne det utestående for hver kontrakt, for deretter å gjøre opp forpliktelsene ved motregning, slik at man står igjen med en netto betalingsforpliktelse for den ene parten. En walkaway-klausul går ut på at den solvente parten ikke behøver å betale nettobeløpet til skyldneren ved dets konkursbo, selv om sluttavregningen viser at boet har beløpet til gode. En slik klausul kan virke svært urimelig overfor konkursboet og kreditorene, og det er derfor aktuelt å vurdere om en voldgiftsdom som stadfester en slik avtaleklausul vil bli anerkjent etter norsk rett.

#### **1.4.2 Tilgrensningen til finansmarkedet**

Ordre public-regelen gir anvisning til en konkret vurdering av om resultatet fra voldgiftsdommen strider mot fundamentale prinsipper. Det kan således ikke gjøres abstrakte vurderinger, og for å få til en fruktbar drøftelse av ordre public er det nødvendig å analysere konkrete eksempler hvor de aktuelle avtaleklausulene er benyttet.

De eksemplene jeg presenterer i tilknytning til early termination og set-off vil i utgangspunktet være innenfor kommersiell handel med varer. Avtaleklausulene som behandles i avhandlingen vil imidlertid ha en sterk tilknytning til finanssektoren. Early termination-klausuler har sin opprinnelse i finansielle kontrakter, og motregning i ulike former er en viktig mekanisme som er svært mye brukt i finansmarkedet. Close-out nettingavtaler er i seg selv en særlig finansavtaleklausul, og blir en slags hybrid mellom early termination- og set-off-klausulene. For finansmarkedet finnes det særregler som gir utstrakt adgang til å gjøre gjeldende avtaleklausuler om heving og motregning i konkurs.

Det følger av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 og verdipapirhandelloven § 14-2 at motregningsavtaler kan gjøres gjeldende i konkurs uavhengig av dekningslovens begrensninger i §§ 7-3 og 8-1.<sup>46</sup> Bestemmelsene sikter imidlertid ikke bare til motregning i tradisjonell forstand, og er i hovedsak beregnet på avregningsavtaler av ulik karakter, slik som close-out net-

---

<sup>46</sup> Lov om finansiell sikkerhetsstillelse gjennomfører EU-direktiv 2002/47/EF om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.

ting.<sup>47</sup> Early termination-klausuler omfattes også av bestemmelsene, ettersom det er et avgjørende trekk ved close-out netting at alle kontrakter mellom partene termineres ved den ene partens insolvens.

Bestemmelsen om sluttavregning i verdipapirhandelloven gjelder bare for visse finansielle instrumenter, jf. § 14-1 jf. § 2-2 femte ledd. Det er i hovedsak handel med bankderivater, varederivater, kredittderivater og de mer spesielle derivatkontrakter nevnt i § 2-2 femte ledd nr.5, samt handel med valuta. Det er en rekke derivater som fortsatt faller utenfor, blant annet alle derivater relatert til aksjer, obligasjoner og andre omsettelige verdipapir.<sup>48</sup> Det kan likevel være grunnlag for early termination og netting i konkurs for de aktører som har en sikkerhetsrett etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Partene kan skriftlig avtale at bankinnskudd og finansielle instrumenter kan stilles som sikkerhet for forpliktelser til å betale penger eller levere finansielle instrumenter. Det følger av lovens § 6 at *alle* forpliktelser og krav som omfattes av avtalen kan sluttavregnes uten hensyn til dekningsloven §§ 7-3 og 8-1.<sup>49</sup>

Reglene i verdipapirhandelloven og lov om finansiell sikkerhetsstillelse innebærer at konkursboet må respektere en early termination-klausul, og at det er adgang til å avtale motregning uten hensyn til om de alminnelige motregningsvilkårene foreligger. Det fremgår imidlertid eksplisitt av forarbeidene at reglene ikke var ment å omfatte motregningsavtaler mellom flere enn to parter, såkalt multilateral netting.<sup>50</sup>

Det kan være grunn til å spørre om denne utvidede adgangen til å gjøre gjeldende avtaleklausuler i konkurs kan overføres til andre kontraktsområder, når early termination-klausuler eller motregningsavtaler brukes der. Særreguleringen for finansmarkedet er basert på spesielle og strukturelle hensyn som gjør seg gjeldende på dette området, og som reflekterer finansmarkedenes viktige samfunnsmessige rolle.<sup>51</sup> Det er derfor ikke sikkert at reglene er egnet for en analogi til andre kontraktsområder.

Reglene i verdipapirhandelloven og lov om finansiell sikkerhetsstillelse ble utarbeidet etter påtrykk fra bransjen selv, og en del av bakgrunnen for særreguleringen var at det var usikkert

---

<sup>47</sup> I norsk rett likestilles som hovedregel en avregningsavtale med enhver annen avtale om motregning mellom partene, jf. Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.49. Det finnes i hovedsak tre ulike typer avregningsavtaler: payment netting (betalingsavregning), netting by novation (fornyelsesnetting) og close-out netting (sluttavregning).

<sup>48</sup> Bergo (2008) s.348.

<sup>49</sup> Bestemmelsen gir en videre adgang til netting enn verdipapirhandelloven, som bare hjemler netting av kontraktene, se Bergo (2008) s.350.

<sup>50</sup> Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.136 og 140. Spørsmålet om det er adgang til multilateral netting i konkurs må vurderes i forhold til alminnelige konkursrettslige regler i dekningsloven.

<sup>51</sup> Myklebust (2011) s.21 og 23.



om close-out nettingavtaler ville stå seg overfor et konkursbo etter de alminnelige reglene i dekningsloven.<sup>52</sup> For det første var man usikre på om dekningsloven § 8-1 ville være til hinder for avtalt motregningsrett.<sup>53</sup> Videre var det uenighet omkring boets rett til «cherry picking» etter dekningsloven § 7-1 gikk på bekostning av motregningsretten, hvilket ville uthule virkningene av en nettingavtale.<sup>54</sup> Utover anvendelsesområdet til bestemmelsene i verdipapirhandelloven og lov om finansiell sikkerhetsstillelse er det fremdeles uenighet hvorvidt boet har rett til «cherry picking» på bekostning av motregningsretten.<sup>55</sup>

For derivatkontrakter og valutahandel ville en slik rett til «cherry picking» gi særlig uheldige utslag. Dekningslovens regler ikke er utarbeidet med henblikk på slike kontrakter, hvor det typisk er mange motstående avtaler mellom partene. Den rollen som verdipapirforetak og oppgjørssentraler spiller i gjennomføringen av disse transaksjonene gjør dette til en ekstremt praktisk situasjon.<sup>56</sup> En oppgjørssentral, eller clearingsentral, bidrar til å sikre mot kreditt- og oppgjørssisiko ved å tre inn som part og garantere for oppfyllelse av avtaler som gjelder handel med eller lån av finansielle instrumenter.<sup>57</sup> For clearingsentraler vil det være helt avgjørende at det er adgang til å avregne alle de motstående kontraktene med en part i tilfelle av konkurs. I tillegg er det karakteristisk for derivatkontrakter at de normalt vil gi tap for en part og en tilsvarende gevinst for den annen part.<sup>58</sup> Boets adgang til å selv velge hvilke kontrakter det vil tre inn i, vil kunne sette boet i en særskilt gunstig posisjon overfor medkontrahenten.<sup>59</sup>

Usikkerheten rundt regelverket skapte en vanskelig situasjon for norske aktører som var involvert i internasjonal handel med finansielle instrumenter, og det viktigste argumentet for en vid adgang til sluttavregning i konkurs var at de fleste andre land tillater det. Strengere norske

---

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.51.

<sup>53</sup> Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.49.

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.49 og Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.131. «Cherry picking» vil si den rett boet har til å tre inn i gunstige kontrakter, og overlate dårlige kontrakter til dividende, jf. dekningsloven § 7-1 første ledd.

<sup>55</sup> Se Bergo (2008) s.347 og 348, som mener at inntredelsesretten ikke bør avskjære motregning for den solvente part, mens motsatt hos Andenæs (2009) s.231 og 232, som vektlegger boets rett til inntreden.

<sup>56</sup> Bechmann m.fl.(2002) s.741.

<sup>57</sup> NOU 1999:29 punkt 7.6.1.

<sup>58</sup> Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.132 og 135.

<sup>59</sup> Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.135.

regler ville utgjøre en byrde og kostnad for norske aktører.<sup>60</sup> Et annet særtrekk ved handel med finansielle instrumenter er at det er ustrakt brukt av internasjonale standardavtaler, som skal gjelde for alle transaksjoner mellom partene. Et eksempel på en mye brukt avtale er ISDA Master Agreement.<sup>61</sup> Det er derfor viktig for aktørene at de internasjonale standardavtalene kan legges til grunn i hver av partenes jurisdiksjon.<sup>62</sup>

Close-out netting har mange fordeler idet partenes likviditetsbehov, kostnader og risiko ved oppgjør blir redusert til nettoposisjoner.<sup>63</sup> For finansinstitusjoner og verdipapirforetak er det en fordel at kravet til kapitaldekning kan baseres på nettoeksponeringen.<sup>64</sup> ISDA har anslått at netting kan redusere kredittrisikoen med 40-60 prosent. Manglende anledning til netting medfører høyere risiko, som vil måtte kompenseres med økte sikkerhetsnivåer, og dermed høyere kostnader for kundene i form av økt rentenivå.<sup>65</sup> Netting kan også redusere systemrisikoen ved at den samlede risikoen i et marked reduseres.<sup>66</sup> Med tanke på at den daglige eksponeringen i finansmarkedene overgår hele verdens brutto nasjonal produkt, blir det klart hvor fundamental og avgjørende netting, og den tilhørende reduksjonen av risiko, er for verdensøkonomien.<sup>67</sup>

På andre kontraktsområder som ved varehandel eller tjenesteytende næringer, gjør ikke nødvendigvis slike systembetraktninger seg gjeldende. Det kan ofte bero på en tilfeldighet at det er oppstått flere motstående posisjoner mellom partene, som gir mulighet for motregning. Et eksempel er der snekkeren du har hyret for å bygge en garasje, bulker bilen din på vei hjem etter endt arbeid. Skulle snekkeren gå konkurs kan erstatningskravet motregnes i den betaling han har krav på, med den følge at man får full dekning for sitt krav. En så tilfeldige sikkerhetsretten kan være vanskelig å begrunne reelt i konkurs. Selv for kontraktsforhold hvor det ikke

---

<sup>60</sup> Bechmann m.fl.(2002) s.741.

<sup>61</sup> ISDA (*The International Swaps and Derivatives Association*) er en internasjonal handelsorganisasjon for deltakere i derivatmarkedet. For mer informasjon, se: [www.isda.org](http://www.isda.org).

<sup>62</sup> NOU 1999:29 punkt 7.6.2.

<sup>63</sup> Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.130 og Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.46.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.130.

<sup>65</sup> Bechmann m.fl.(2002) s.741.

<sup>66</sup> NOU 1999:29 s.109-110.

<sup>67</sup> Wood(2007) s.8.

er tilfeldig at det oppstår motstående posisjoner, kan det være grunn til å være forsiktig med å overføre betraktninger fra finansmarkedsområdet.

Det er fremhevet i forarbeidene at de særlige sluttavregningsbestemmelsene ikke er forenelig med hensynet til de øvrige kreditorene.<sup>68</sup> Særreguleringen må anses som unntak fra likebehandlingsprinsippet, ettersom en reduksjon av kredittrisikoen for en kreditorgruppe, går på bekostning av en annen kreditorgruppe.<sup>69</sup> Markeringen av hensynet til kreditorene viser at lovgiver anser prinsippet om likebehandling som svært viktig, selv om hensynet til medkontrahenten veide tyngst for finansmarkedet. Det kan tilsi at reglene som gir adgang til early termination og motregningsavtaler i konkurs for finansmarkedet ikke har overføringsverdi til andre kontraktstyper og rettsområder, hvor disse særlige hensynene ikke gjør seg gjeldende.

Dertil kan det nevnes at reglene om sluttavregning og de hensynene som begrunner dem er under debatt. I en artikkel i *Dagens Næringsliv*, fremhever Harvard-professoren Mark Roe at å endre konkursreglene, slik at finansnæringen ikke står i en særstilling, kan hindre nye finanskriser.<sup>70</sup> Hvis man fjerner fordelene i konkurs vil finansmarkedene bli nødt til å erkjenne risikoen for motpartens økonomiske sammenbrudd, og aktørene vil ha grunn til å finne tryggere finansieringskanaler, og mulighetene for å unngå finansielle kriser ville vært større. Dagens finanskontrakter og den tilhørende lovgivningen gjør det mulig å avslutte forretninger med konkurstruede parter veldig brått, hvilket gjør det umulig for bedriften å komme seg ut av konkurs. I følge Roe må myndighetenes arbeid for å gjøre finanssystemene tryggere videreutvikles gjennom konkursretten.<sup>71</sup> Den fremsatte kritikken gir grunn til å være ekstra forsiktig med å overføre reglene ukritisk til andre kontraktsområder.

---

<sup>68</sup> Se Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.51, og Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.135 og 138. Se også Ot.prp.nr.53 (2000-2001) s.39 og Ot.prp.nr.34 (2006-2007) s.155.

<sup>69</sup> Ot.prp.nr.34 (2006-2007) s.155.

<sup>70</sup> Roe (2014) s.43. Disse synspunktene er utdypet i hans artikkel «The Derivates Market's Payment Priorities as Financial Crisis Accelerator»(2011).

<sup>71</sup> Roe poengterer at det ikke er nok at endringene skjer på det avtalerettslige planet (for eksempel gjennom ISDAs avtaleverk), fordi mange aktører bare vil la være å bruke disse avtalevilkårene fordi det ikke er i tråd med deres egne interesser.

Lovgiver har vært tilbakeholden med å gi reglene større anvendelsesområde av hensyn til likebehandling av kreditorer, selv om bransjen selv har trykket på for at reglene skal gjelde derivater generelt.<sup>72</sup> Lovgiver har regulert positivt hvilke finansielle kontraktstyper som skal være omfattet av nettingsadgangen i konkurs, og det synes derfor ikke å være grunnlag for analogi til transaksjoner med andre finansielle instrumenter. Det er da desto mindre grunn til at reglene skal få anvendelse på helt andre kontraktsområder. Finansnæringen er et spesielt marked, og som vi har sett gjør det seg gjeldende spesielle hensyn som begrunner at man gjør unntak fra utgangspunktet om likedeling mellom kreditorer i konkurs. På andre kontraktsområder må man falle tilbake på «at det etter de alminnelige konkursrettslige regler er et grunnleggende prinsipp at det i størst mulig grad skal foretas en likedeling mellom boets kreditorer».<sup>73</sup>

Man kunne tenke seg at spørsmålet om ordre public ikke blir særlig praktisk når det på ett område finnes regler som tillater at de aktuelle avtaleklausulene gjøres gjeldende i konkurs. Som det ovenstående viser er det imidlertid ikke grunn til å overføre de særlige reglene for close-out netting i konkurs til andre kontraktsområder. Det bekrefter at hensynet til likebehandling av kreditorer veier tungt i andre sektorer, og befester bildet av at likebehandlingsprinsippet i konkurs er et svært viktig prinsipp.<sup>74</sup> Det er derfor grunn til å analysere hvorvidt en voldgiftsdom som håndhever slike klausuler på andre områder er i strid med ordre public, fordi resultatet av voldgiftsdommen krenker prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs. Som vi skal se eksempler på kan det selv innenfor finanssektoren være grunn til å vurdere spørsmålet om ordre public.<sup>75</sup>

### 1.4.3 Øvrige avgrensninger

Avhandlingen er ikke ment å være en uttømmende redegjørelse for de mange problemstillinger som reiser seg i krysningpunktet mellom voldgift og insolvensbehandling. Det er mye som kunne vært skrevet omkring dette emnet, og det er nødvendig å foreta flere avgrensninger for å ikke overskride omfanget av avhandlingen. For enkelhets skyld tar jeg bare for meg kon-

---

<sup>72</sup> Ot.prp.nr.34 (2006-2007) s.155 om utvidelse av nettingadgangen til å omfatte kredittderivater og derivater nevnt i verdipapirhandelloven § 2-2 femte ledd nr.5.

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.135.

<sup>74</sup> Se punkt 4.3.5 og 4.4.4.

<sup>75</sup> Se kapittel 6.

kursbehandling. Det kan imidlertid ikke utelukkes at vurderingene kan ha relevans for andre typer insolvensbehandling.

Avhandlingen vil undersøke rettstilstanden i norsk rett, og det forutsettes at konkursbehandlingen finner sted i Norge. Avhandlingen tar ikke sikte på å behandle spørsmål vedrørende norsk internasjonal insolvensrett, som spørsmålet om anerkjennelse av utenlandsk konkursbehandling. Konkursens implikasjoner på voldgiftsprosessen og voldgiftsdommen vil bli undersøkt fra de norske domstolers ståsted, når de utfører sin kontrollerende rolle overfor voldgiftsinstituttet.

Ettersom både konkurs og voldgift er prosesser som varer over en viss tid kan man tenke seg ulike konstellasjoner med tanke på krysningspunkter i tid. Dersom voldgiftsbehandlingen er påbegynt, men den ene parten går konkurs i løpet av prosessen, aktualiserer det blant annet spørsmål om voldgiftsprosessen skal stanses, enten midlertidig eller endelig, og om boet kan tre inn i den påbegynte behandlingen.<sup>76</sup> Dette vil ikke bli behandlet i avhandlingen. Jeg tar i utgangspunktet for meg den situasjonen at en av partene går konkurs, og at det deretter oppstår tvist mellom den solvente medkontrahenten og konkursboet, som leder til en voldgiftsbehandling og en voldgiftsdom mot boet. Jeg vil også komme inn på situasjonen hvor det foreligger en voldgiftsdom før den ene parten går konkurs, og spørsmålet om tvangsfullbyrdelse av denne.

## 1.5 Betydningen av lovvalgsreglene

Selv om avhandlingen omhandler internasjonale kontraktsforhold som aktualiserer spørsmålet om lovvalg, vil lovvalget komme i bakgrunnen når man skal vurdere spørsmålet om ordre public og hvilke tvister som kan behandles ved voldgift. Det er ikke omtvistet at norske domstoler skal bruke norsk rett i sin vurdering av om en tvist kan voldgis eller om en voldgiftsdom er i strid med ordre public.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Det følger av konkursloven § 155 første jf. tvisteloven § 16-16 første ledd bokstav c, at voldgiftssaken stanses når den ene parten går konkurs. Videre fremgår det av § 155 annet punktum at boet kan bli trukket inn som part i en pågående voldgiftssak.

<sup>77</sup> Se nærmere om dette i punkt 2.1 og 3.3.

Selve lovvalget for den underliggende tvisten i voldgiftsretten, er ikke så interessant for avhandlingens problemstilling. Det er ikke tilstrekkelig for å statuere ordre public-strid at voldgiftsretten har sett bort fra spesifikke lovvalgsregler som begrenser partsautonomien på området.<sup>78</sup> Jeg vil for fullstendigheten skyld knytte noen bemerkninger til lovvalget når voldgiftsretten behandler en tvist med konkursrettslige implikasjoner.

Utgangspunktet er at partenes lovvalg skal legges til grunn av voldgiftsretten som *lex causae*.<sup>79</sup> Partenes mulighet til å foreta et lovvalg er, til tross for sin allmenne anerkjennelse, en lovvalgsregel som ikke er løsrevet fra det rettssystemet den har sin hjemmel i.<sup>80</sup> For voldgift som finner sted i Norge skal voldgiftsretten anvende norske lovvalgsregler, jf. voldgiftsloven § 31 annet ledd. Den internasjonale privatretten som regelen tilhører bestemmer forutsetningene for å utøve partsautonomi og partsautonomiens anvendelsesområde. Den bestemmer blant annet om partsautonomien skal utelukkes av spesifikke lovvalgsregler på et rettsområde, hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske og skal anvendes til tross for partenes lovvalg,<sup>81</sup> og om partsautonomien er begrenset av fundamentale prinsipper (ordre public). Voldgiftsretten må forholde seg til norsk internasjonal privatrett når den skal finne bakgrunnsretten, og er dermed ikke helt løsrevet fra det nasjonale rettssystemet som mange tror.<sup>82</sup>

Partsautonomien gjelder bare innenfor kontraktsrettens område.<sup>83</sup> Partenes lovvalg er ikke nødvendigvis avgjørende for spørsmål som har implikasjoner utover det bilaterale forholdet mellom partene, ettersom rettssystemene ofte opererer med ufravikelige lovvalgsregler på disse områdene.<sup>84</sup> Det er ulike lovvalgsregler for ulike rettsområder, og kravet må innordnes under et rettsområde for å finne ut hvilken lovvalgsregel som skal anvendes.<sup>85</sup> Både panteret-

---

<sup>78</sup> Se nærmere om ordre public i kapittel 3.

<sup>79</sup> I internasjonal privatrettslige terminologi blir ofte bakgrunnsretten betegnet «*lex causae*».

<sup>80</sup> Cordero-Moss (2013) s.61.

<sup>81</sup> Internasjonalt preseptoriske regler er særlig viktige nasjonale preseptoriske regler som skal anvendes selv om rettsforholdet er underlagt et annet lands rett, jf. Cordero-Moss (2013) s.16. Det er ikke det samme som ordre public.

<sup>82</sup> Cordero-Moss (2013) s.56.

<sup>83</sup> Cordero-Moss (2013) s.250.

<sup>84</sup> Cordero-Moss (2013) s.57.

<sup>85</sup> I internasjonal privatrett kalles det for kvalifikasjon når man subsumerer et rettsforhold under et rettsområde.

ten og insolvensretten operer med egne lovvalgsregler, henholdsvis *lex rei sitae* og *lex concursus*. Det skal ikke gjøres noe forsøk på å peke på situasjoner hvor partenes lovvalgsfrihet må vike for lovvalgsregelen for insolvens eller pant. Formålet er bare å vise at det finnes slike spesifikke lovvalgsregler som får betydning i en voldgiftsprosess.

Lovvalget er ikke nødvendigvis sammenfallende for alle spørsmål som kan oppstå i relasjon til konkursbehandlingen, og må vurderes konkret. I forbindelse med konkurs kan det oppstå panterettslige spørsmål som skal behandles etter den særskilte lovvalgsregelen på dette området. Hovedregelen for lovvalget i tingsrettslige spørsmål knyttet til løsøre er at det er retten i landet hvor tingen befinner seg som skal anvendes. Denne ulovfestede lovvalgsregelen er kjent som *lex rei sitae*, og står sterkt i norsk rettstradisjon.<sup>86</sup>

Med unntak av den såkalte nordiske konkursskonvensjonen finnes det ingen norsk regulering for lovvalgsspørsmålet ved konkurs.<sup>87</sup> Temaet er i svært liten grad behandlet i rettspraksis og teori. Likevel synes det å gjelde en sedvanerettslig, ulovfestet lovvalgsregel om at *lex fori concursus* er hovedregelen med hensyn til lovvalg i konkursrettslig sammenheng: det er konkursåpningslandets rett som kommer til anvendelse.<sup>88</sup> Dersom konkurs åpnes i Norge, skal den norske domstol altså anvende norske insolvensregler på konkursrettslige tvister. Også internasjonalt har *lex concursus* bred oppslutning. Det kan vises til EU forordningen om grensoverskridende konkurs, som i art.4 kodifiserer lovvalgsregelen om *lex fori concursus*.<sup>89</sup> Det må også nevnes at Mads Henry Andenæs har utarbeidet en utredning om hvordan Norge bør regulere internasjonale insolvensrettslige spørsmål, hvor han også tar opp lovvalgsproblema-

---

<sup>86</sup> Se Konow (2006) s.306 flg. for en nærmere redegjørelse for situs-regelen.

<sup>87</sup> Konvensjonen mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs, av 7.november 1933, er inngått mellom de nordiske landene for å regulere den gjensidige anerkjennelsen av konkurs åpnet i ett av landene.

<sup>88</sup> Konow (2006) s.476. Se også Huser (1988) s.466.

<sup>89</sup> Forordning 1346/2000 EF. I tillegg inneholder forordningen en rekke andre lovvalgsregler for spesifikke situasjoner i relasjon til konkursbehandlingen, se art.5 til 15.

tikken.<sup>90</sup> Hovedtendensen i utredningen er at Norge burde bygge på de løsninger EU har kommet frem til i konkursforordningen.<sup>91</sup>

## 1.6 Rettskildebruk og metode

Temaet for avhandlingen ligger på grensen mellom flere rettslige disipliner: tingsrett, konkursrett, avtale- og obligasjonsrett, internasjonal privatrett og voldgift. I tillegg fordrer de avtaleklausulene jeg skal behandle at det trekkes inn elementer fra finansmarkedsretten. Rettskildebildet er dermed nokså omfattende. Utfordringen er å se sammenhengen mellom grunnprinsipper og utgangspunkter fra de ulike disiplinene av vesensforskjellig karakter.<sup>92</sup> I det følgende vil jeg kort redegjør for noen særtrekk ved rettskildebruken i avhandlingen. For øvrig vil jeg fortløpende knytte kommentarer til rettskilde- og metodebruken gjennom avhandlingen.

Det er norsk rett og den norske voldgiftsloven som er utgangspunktet for fremstillingen. Etersom voldgiftsloven baserer seg på modelloven og New York-konvensjonen vil ordlyden i disse internasjonale instrumentene være av betydning for forståelsen av den norske loven. Den internasjonale privatretten og voldgiftsretten er rettsområder hvor hensynet til rettsenhet og forutberegnelighet står sentralt.<sup>93</sup> For å få et enhetlig system og et effektivt voldgiftsinstitutt, hvor partene kan forutberegne sin rettsstilling, er det ønskelig å legge en viss vekt på rettspraksis fra modellovland og land som er tilsluttet New York-konvensjonen, om forståelsen av ordre public og grensene for hva som kan voldgis.<sup>94</sup> Det vil også være grunn til å ta i betraktning EU-retten og rettspraksis fra EU-domstolen om ordre public.<sup>95</sup> EU-domstolen har ved flere anledninger tolket ordre public i forbindelse med sine internasjonalprivatrettslige

---

<sup>90</sup> *Norsk internasjonal insolvensrett* (2010). Utredningen har vært på høring, men er fortsatt under behandling.

<sup>91</sup> Enten ved å gjøre konkursforordningen til en del av norsk rett gjennom en gjensidig forpliktende avtale med EU, eller ved å vedta lovbestemmelser i konkursloven om norsk internasjonal insolvensrett som svarer til forordningen.

<sup>92</sup> Krüger (1969) s.57.

<sup>93</sup> Jf. Cordero-Moss (2013) kapittel 1.2.

<sup>94</sup> Cordero-Moss (2013) s.165.

<sup>95</sup> Se Cordero-Moss kapittel 1 punkt 1.5 for en grundig redegjørelse av EU-internasjonal privatretts betydning i norsk rett.



instrumenter,<sup>96</sup> og Høyesterett har i de senere årene uttalt en målsetting om rettsenhet med EUs internasjonal privatrett.<sup>97</sup> Generelt kan det bemerkes at utenlandske og internasjonale rettskilder vil bli tillagt større vekt enn normalt ved fastleggelsen av norsk rett i denne avhandlingen. I tillegg til at internasjonale kilder kommer inn gjennom voldgiftsrettens internasjonale tilknytning, er det er mangelen på norske kilder omkring de spørsmål som avhandlingen behandler, som begrunner det internasjonale rettskildegrunnlaget. Temaet «voldgift og konkurs» er sparsomt behandlet i norsk juridisk litteratur, og det er lite rettspraksis å se til.

Ved enkelte anledninger vil det bli vist til voldgiftspraksis. Generelt må det bemerkes at voldgiftsdommer ikke har så stor vekt som rettskildefaktor.<sup>98</sup> Det kan imidlertid være nyttig å trekke frem som eksempler.

De konkrete situasjonene som fremsettes som grunnlag for ordre public-vurderingene er konstruert, men både rettspraksis og juridisk teori har tjent som inspirasjon. Ordre public-normen er redegjort for i det vide og brede på et generelt plan i juridisk litteratur, men få ser ut til å ha tatt skrittet videre og utført en mer konkret drøftelse basert på eksempler som viser hvilke tilfeller som rammes av ordre public og ikke.<sup>99</sup> Det har gjort utformingen av drøftelsene utfordrende. Ordre public-drøftelsene nødvendiggjør normative vurderinger og formålsbetraktninger, og det vil bli lagt stor vekt på reelle hensyn.

## 1.7 Oversikt over den videre fremstillingen

Avhandlingen vil undersøke myten om den altomfattende partsautonomien, og drøfte om konkursrettslige prinsipper utgjør en begrensning på partsautonomien i voldgift. Spørsmålet om hvilke konkursrettslige tvister som kan voldgis vil bli behandlet i kapittel 2. Som kapitte-

---

<sup>96</sup> Disse utgjør Brussel I forordningen (tidligere Brusselkonvensjonen) og Roma I og II-forordningene.

<sup>97</sup> Se Rt.2009 s.1537 avsnitt 34: «I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.» og Rt.2011 s.531 avsnitt 46, hvor Høyesterett påpeker at den aktuelle lovvalgsregelen bør anvendes i norsk rett, selv om forordningen ikke er direkte bindende for Norge. Det ble begrunnet med hensynet til rettsenhet med EU.

<sup>98</sup> Eckhoff (2001) s.163.

<sup>99</sup> APA-prosjektet har tatt fatt på dette arbeidet.

let vil vise er det ikke alle typer konkursrettslige tvister som kan overlates til voldgiftsretten å behandle, selv om voldgiftsmessighet er utgangspunktet.

Hovedfokuset i avhandlingen vil være å undersøke om en voldgiftsdom som stadfester en avtaleklausul som gir et fortrinn i konkurs, kan nektes anerkjennelse fordi den er i strid med ordre public. Denne problemstillingen vil bli behandlet i kapittel 3-6. I kapittel 3 vil jeg redegjøre for rammene og innholdet av ordre public-begrensningen, og legge opp føringen for de videre drøftelsene av konkrete eksempler. I kapittel 4 behandler jeg early termination-klausuler, og drøfter om en voldgiftsdom er i strid med ordre public i relasjon til to ulike situasjoner som omhandler slike klausuler. Kapittel 5 tar for seg set off-klausuler som gir en utvidet rett til motregning i konkurs. Spørsmålet er om en voldgiftsdom som opprettholder en avtale om motregning med datterselskapets krav i konkurs er i strid med ordre public. Til sist i kapittel 6 drøfter jeg ordre public-strid av en voldgiftsdom som opprettholder en «walkaway»-klausul i en finanskontrakt. Det er imidlertid viktig å påpeke at avhandlingen tar for seg de marginale tilfellene – utgangspunktet er at partsautonomien råder i internasjonal kommersiell voldgift.

## 2 Gjenstand for voldgift

### 2.1 Innledning

Partsauteonomi omfatter også partenes kompetanse til å kunne unnta deres mellomværende fra de nasjonale domstolars jurisdiksjon ved å innta en voldgiftsklausul i kontrakten.<sup>100</sup> Selv om partene tror at de har kommet seg unna det nasjonale rettssystemet når de har valgt voldgift som tvisteløsningsmekanisme, kan de bli overrasket.<sup>101</sup> Det er ikke alltid slik at domstolenes kompetanse er utelukket når det er avtalt voldgift mellom partene, og den ene parten går konkurs. Det nasjonale rettssystemet trekker opp grenser for partsautonomien, og hvilke tvister som kan vær gjenstand for voldgift er en slik grense.<sup>102</sup> Voldgiftsmessighet går ut på å avgjøre hvilke typer tvister som kan henvises til voldgift, og hvilke som hører til de nasjonale domstoler å avgjøre.<sup>103</sup>

Nødvendigheten av å vurdere om tvisten kan voldgis aktualiseres på flere stadier. Voldgiftsretten må selv vurdere om den har kompetanse til å behandle saken, når en tvist blir forelagt dem.<sup>104</sup> At tvisten ikke kan voldgis blir en begrensning på voldgiftsrettens jurisdiksjon. Situasjonen kan også være at en av partene anlegger søksmål for de alminnelige domstoler, til tross for at det er inngått en voldgiftsavtale mellom partene. Domstolen må da vurdere om tvisten kan voldgis, eller om den faller innenfor deres eksklusive jurisdiksjon. En slik vurdering kan også komme i etterkant av en avsagt voldgiftsdom. En voldgiftsdom kan kjennes ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet dersom tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift, jf. voldgiftsloven §§ 43 annet ledd bokstav a og 46 annet ledd bokstav a. I det følgende vil spørsmålet om voldgiftsmessighet blir vurdert ut fra ståstedet til norske domstoler. Grensene for hvilke tvister som

---

<sup>100</sup> Cordero-Moss (2009) s.372.

<sup>101</sup> Domstolene har i utgangspunktet ikke jurisdiksjon over en tvist når partene har avtalt voldgift seg i mellom, jf. voldgiftsloven § 7 første ledd. At domstolene skal avvise saken er også nedfelt i New York-konvensjonen art.II nr.3 og UNCITRAL modellov art.8 (1).

<sup>102</sup> For en grundigere gjennomgang av voldgiftsmessighet kan det vises til APA-avhandlingen til Ulrik Tetzschner, «Grenser for hva som kan være gjenstand for voldgift: Internasjonale utviklingstrekk og forholdet til ordre public» (2011).

<sup>103</sup> Redfern og Hunter (2009) s.123.

<sup>104</sup> Jf. voldgiftsloven § 18 første ledd.

kan voldgis vil være de samme, uavhengig av hvilket ståsted man tar for voldgiftsmessighetsvurderingen.

Domstolene vil anvende norsk rett for å avgjøre om tvisten kan voldgis. Det følger av forarbeidene til voldgiftsloven at domstolen på eget initiativ skal prøve «hvorvidt tvisten i det hele tatt kan avgjøres ved voldgift etter *norsk rett*» (min kursivering).<sup>105</sup> For domstolskontrollen med en allerede avsagt voldgiftsdom, fremgår lovvalget av lovteksten: domstolene kan sette til side en voldgiftsdom eller nekte anerkjennelse og fullbyrding dersom «tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift etter *norsk rett*» (min kursivering), jf. §§ 43 og 46 annet ledd bokstav a.<sup>106</sup> Det er altså norske begrensninger på hva partene kan bringe for voldgiftsretten som er avgjørende for vurderingen.<sup>107</sup>

Voldgiftsmessighet av tvister mot en insolvent motpart eller dets konkursbo er et omfattende tema. Det kan oppstå et vell av ulike tvistespørsmål under en konkursbehandling, og spørsmålet om tvisten kan voldgis avhenger av hva det tvistes om. Før jeg går nærmere inn på og vurderer hvorvidt ulike typer tvister i konkurs kan behandles av en voldgift, vil jeg redegjøre for kravet til voldgiftsmessighet generelt. Redegjørelsen vil danne bakgrunnstepp for hvordan man skal foreta drøftelsen av voldgiftsmessighet av tvister ved konkurs, og hvilke hensyn som vil være relevante å trekke inn.

## 2.2 Grunnkravet om fri rådighet

### 2.2.1 En begrensning på partsautonomien

Det følger av voldgiftslovens § 9 første ledd at det bare er tvister som er underlagt partenes frie rådighet som kan være gjenstand for voldgift.<sup>108</sup> I tillegg kan begrensninger i adgangen til

---

<sup>105</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.90.

<sup>106</sup> Bestemmelsene er i samsvar med modelloven art.34 (2)(b)(i) og art.36 (2)(b)(i) og New York-konvensjonen art. V (2)(a), som også viser til «the law of this State» og «the law of that country».

<sup>107</sup> Anvendelsen av norsk rett etter voldgiftsloven § 46 kan bli begrenset hvis tvisten ikke har betydelig tilknytning til norsk rett. Se nærmere i punkt 2.3.

<sup>108</sup> En annen forutsetning er at det bare er retts tvister som kan avgjøres ved voldgift, jfr. ordlyden «rettsforhold» i voldgiftsloven § 9 første ledd. Det betyr at kravene til søksmålgjenstand og søksmålsituasjon i tvisteloven § 1-3 må være oppfylt.

voldgift følge av særlover, men det er svært sjelden at det foreligger eksplisitte bestemmelser som uttrykkelig forbyr voldgiftsbehandling.

Bakgrunnen for et krav om voldgiftsmessighet er at man ikke fullt ut stoler på voldgift fordi det er en privat tvisteløsningsmekanisme. Enkelte tvister anses som så vesentlige, enten for samfunnet, partene selv eller tredjemenn, at en rettslig avgjørelse bør treffes av nasjonale domstoler for å sikre at det blir en forsvarlig prosess med mest mulig korrekt rettsanvendelse.<sup>109</sup>

Et tilsvarende krav om «arbitrability» finnes i de fleste staters voldgiftslovgivning, og gjelder generelt i internasjonal voldgift.<sup>110</sup> Det kommer til uttrykk i New York-konvensjonen og modelloven i betingelsen om «capable of settlement by arbitration».<sup>111</sup> Det er imidlertid opp til hver enkelt stat å bestemme innholdet i kravet, jf. New York-konvensjonen art.V (2)(a), som refererer til «the law of that country», og tilsvarende i modelloven art.34 og 36 (2)(b)(i).<sup>112</sup> Hver stat avgjør hvilke type tvister som kan voldgis basert på sitt eget politiske, sosiale og økonomiske syn. Det finnes heller ingen universal modell for å avgjøre om en sak er voldgiftsmessig, kriteriene varierer fra stat til stat.<sup>113</sup>

### **2.2.2 Skillet mellom dispositive og indispositive rettsforhold**

Utgangspunktet for voldgiftsmessighetsvurderingen etter norsk rett er om den aktuelle tvisten gjelder et rettsforhold som partene fritt kan råde over, jf. voldgiftsloven § 9 første ledd. Det må altså skilles mellom krav undergitt fri rådighet (dispositive krav) og krav som ikke er undergitt fri rådighet (indispositive krav). Rettsforhold som partene ikke har fri rådighet over må behandles av de alminnelige domstolene. Skillet mellom dispositive og indispositive rettsforhold er godt innarbeidet i norsk prosessrett, og de grenser som er trukket opp etter tvistemålsloven og tvisteloven vil også gjelde ved voldgift.<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> Juul og Thommesen (2008) s.50.

<sup>110</sup> Fouchard, Gailard, Goldman (1999) s.312 flg.

<sup>111</sup> Jf. New York-konvensjon art.II (1) og art.V (2)(a) og modelloven art.34 (2)(b)(i) og art.36 (1)(b)(i).

<sup>112</sup> «that country» vil da si det landet hvor voldgiftsdommen søkes fullbyrdet.

<sup>113</sup> Lazić (1998) s.139.

<sup>114</sup> jf. Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s. 33. Dette skillet har vært gjenstand for omfattende drøftelse i litteraturen, det kan vises til Schei m.fl. (2013) s. 400 flg., og Skoghøy (2010) s.527 flg.

Det fremheves i forarbeidene at det er karakteren av rettstvisten som er avgjørende for voldgiftsmessigheten.<sup>115</sup> Vurderingen knytter seg til den kategorien av tvist man står overfor, og ikke til hver enkelt sak slik som ved ordre public-vurderingen. Utgangspunktet for vurderingen av om et krav er underlagt fri rådighet, er om partene kan disponere over kravet utenfor prosess.<sup>116</sup> Krav partene fritt kan inngå avtale om vil som hovedregel være underlagt fri rådighet, typisk saker om formuerettslige forhold.<sup>117</sup> I motsatt ende har man straffesaker, som er et klassisk eksempel på en type tvister som ikke kan voldgis. Andre eksempler på saker som ikke kan avgjøres ved voldgift er krav på skilsmisse, separasjon, nedstamning, dødsformodning og mortifikasjon.<sup>118</sup>

Utover de klassiske eksemplene er det vanskelig å avgjøre den faktiske rekkevidden av hvilke type tvister som kan voldgis.<sup>119</sup> Vurderingen må videre bero på en tolkning av de regler som gjelder for den aktuelle typen tvister, og særlig om det knytter seg offentlige interesser til dem. Som det er uttalt i forarbeidene:

«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.»<sup>120</sup>

Generelt kan det sies at det faktum at det gjelder ufravikelige regler på et rettsområde, ikke er ensbetydende med at en tvist ikke kan voldgis.<sup>121</sup> Det er hensynene og formålene med regelen som begrunner at en tvist ikke er voldgiftsmessig. Den enkelte lovbestemmelse må tolkes for å avgjøre om lovgiver har ment at denne typen tvister skal forbeholdes nasjonal domstolsbehandling. Har regelen et slikt formål vil det normalt være til hinder for voldgift.<sup>122</sup> Tolkes

---

<sup>115</sup> Jf. Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.31.

<sup>116</sup> Se NOU 2001:33 s.51, jf. Schei m.fl. (2013) s.401.

<sup>117</sup> Berg m.fl. (2006) s.123 og NOU 2001:33 s.51.

<sup>118</sup> NOU 2001:33 s.51.

<sup>119</sup> Lazić (1998) s.139.

<sup>120</sup> Jf. NOU 2001:33 s.39.

<sup>121</sup> NOU 2001:33 s.51.

<sup>122</sup> NOU 2001:33 s.51.

bestemmelsen som en regel om hva den materielle avgjørelsen skal gå ut på, kan saken behandles ved voldgift.<sup>123</sup> Tilsvarende vil det ikke utelukke voldgift dersom det foreligger regler om tvunget verneting eller særlig prosessform.<sup>124</sup> Skal voldgift i slike tilfeller være utelukket, må det være fordi de offentlige interesser i en betryggende rettergang tilsier at tvisten avgjøres ved de alminnelige domstoler.<sup>125</sup>

### 2.2.3 Offentlige interesser og hensynet til tredjeparter

Ut fra rettspraksis tilknyttet land som har sluttet seg til New York-konvensjonen har det utpekt seg noen gjennomgående faktorer eller hensyn ved voldgiftsmessighetsvurderingen.<sup>126</sup> Born omtaler disse kjernefaktorene:

«These include the "public values" or "public interests" at issue, the extent to which arbitral procedures (as distinguished from judicial or administrative procedures) are suited to resolution of (*sic*) the dispute, whether such disputes involve unacceptable, systemic disparities of the bargaining power between the parties, *the effect of a decision on third party rights*, the ability of an arbitral tribunal to grant legislative-mandated relief and (most generally) legislative intent.» (min kursivering)<sup>127</sup>

I denne avhandlingen, hvor det er koblingen mellom voldgift og konkursretten som er interessant, vil det være særlig aktuelt å se på hvordan hensynet til tredjeparter kan spille inn i voldgiftsmessighetsvurderingen.<sup>128</sup> Når en av partene i et avtaleforhold går konkurs blir forholdet til kreditorene aktualisert fordi det skal foretas et generaloppgjør der konkursdebitors verdier skal fordeles mellom alle kreditorer i boet. Utgangspunktet er at en voldgiftsdom kun vil ha virkning mellom partene, men det kan tenkes at avgjørelsen får virkning for tredjeparter like-

---

<sup>123</sup> NOU 2001:33 s.51.

<sup>124</sup> Jf. NOU 2001:33 s.51, hvor det vises til Rt.1995 s.1585 som gjaldt adgangen til å voldgi tvist som ellers ville høre under skjønn. Det samme standpunktet er fremhevet i internasjonal teori, se Lazić (1998) s.140.

<sup>125</sup> NOU 2001:33 s.51 som viser til Schei (1998) s.1161.

<sup>126</sup> Born (2009) s.789.

<sup>127</sup> Born (2009) s.789-790. Se også Lazić (1998) s.137, som trekker frem at saker hvor avgjørelsen kan ha virkning på en tredjeparts rettigheter ofte anses «non-arbitrable».

<sup>128</sup> De øvrige hensynene vil ikke bli behandlet nærmere i denne avhandlingen. Jeg nøyer meg med å vise til Tetzschner (2011) s.45 flg.

vel, enten juridisk ved at konkursboet er part i saken eller at dommen får rent faktiske konsekvenser for kreditorene. For at kreditorenes interesser skal bli tilstrekkelig ivaretatt, kan det være påkrevd at tvisten løses ved nasjonale domstoler. Konkursretten aktualiserer også offentlige interesser mer generelt, ettersom det er et rettsområde preget av preseptorisk lovgivning av prosessuelle spørsmål knyttet til konkursbehandlingen.

#### **2.2.4 Avveining mot hensynet til voldgift**

Virkningene av at en tvist ikke kan voldgis er for det første at partene er avskåret fra å benytte voldgift som tvisteløsningsmekanisme, til tross for partenes avtale om dette.<sup>129</sup> For det andre er voldgiftsmessighet en forutsetning for voldgiftsrettens myndighet og voldgiftsdommens gyldighet. Den videre konsekvensen av manglende voldgiftsmessighet er at de nasjonale domstolene får kompetanse til å behandle tvisten på bekostning av voldgiftsretten.

En for vid adgang for norske domstoler til å gripe inn i partenes valg av voldgift, vil motarbeide noen av de sentrale hensynene som ligger til grunn for voldgiftsinstituttet, herunder partenes ønske om en skreddersydd prosess og valg av dommere, samt hensynet til en endelig avgjørelse. Dersom domstolskontrollen med voldgift blir for vidtgående vil det svekke voldgiftsinstituttet som en attraktiv ordning for å løse tvister.<sup>130</sup>

På bakgrunn av den favoriserende holdningen som råder når det gjelder voldgift, kan det legges til grunn at hensynet til voldgiftsinstituttet vil veie tungt i avveiningen mot de offentlige interesser som gjør seg gjeldende. Ettersom «non-arbitrability» er et unntak fra utgangspunktet om stater skal anerkjenne voldgiftsavtaler, jf. art. II i New York-konvensjonen, kan det tas til ordre for at grensene for hva som ikke kan voldgis skal tolkes snevert.<sup>131</sup> Med mindre det foreligger klare holdepunkter for at lovgiver har ment å unnta den aktuelle typen rettsvister fra voldgiftsbehandling, vil hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt vinne frem slik at tvisten kan voldgis.

---

<sup>129</sup> Fra denne synsvinkelen kan man si at det er en gyldighetsbetingelse for selve avtalen om voldgift at den aktuelle saken er av en slik art at den etter norsk rett kan voldgis, jf. Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.31.

<sup>130</sup> Cordero-Moss (1999) s.59.

<sup>131</sup> Born (2009) s.790. I amerikansk teori og rettspraksis har det endog utviklet seg et prinsipp om at tolkningsvil skal komme voldgift til gode, se Youssef (2009) på s.58.



Nasjonale domstoler må løse spørsmålet om voldgiftsmessighet på bakgrunn av formålsbe-  
traktninger bak det bestemte området, veid opp mot de konkurrerende hensynene som ligger  
bak voldgiftsinstituttet slik de fremgår av New York-konvensjonen og den norske voldgifts-  
loven.<sup>132</sup>

### 2.3 Forholdet mellom voldgiftsmessighet og ordre public

Ettersom avhandlingen både behandler voldgiftsmessighet og ordre public er det på sin plass å  
si noe om forholdet mellom dem. Både kravet til voldgiftsmessighet og ordre public-  
reservasjonen gir uttrykk for at visse nasjonale verdier ikke kan undergraves av partene gjen-  
nom partsautonomien. I internasjonal teori er det hevdet at spørsmålet om hvorvidt en viss  
type tvist er voldgiftsmessig, i hovedsak er et spørsmål om ordre public.<sup>133</sup> Berg uttaler at: «It  
is generally accepted that arbitrability forms part of the general concept of public policy and  
that therefore Article V (2) (a) can be deemed superfluous.»<sup>134</sup>

Selv om voldgiftsmessighet og ordre public henger nært sammen og har til dels overlappende  
anvendelsesområde, er det ingen automatikk i at en tvist som ikke er voldgiftsmessig er i strid  
med ordre public, og omvendt. En tvist som etter sin art burde vært avgjort av nasjonale dom-  
stoler, kan ha et resultat som ikke har så avvikende karakter at den kan sies å være uforenelige  
med norsk rettsorden.<sup>135</sup> Og selv om en tvist forutsetter anvendelse av regler som bygger på  
prinsipper av ordre public-karakter, slik tilfellet vil være i konkursretten, kan tvisten likevel  
være voldgiftsmessig.

Voldgiftsmessighet og ordre public utgjør de to separate begrensninger på partsautonomien  
etter både voldgiftsloven, modelloven og New York-konvensjonen. Ordre public og vold-  
giftsmessighet er i tillegg to forskjellige konsepter med forskjellig formål. En begrensning på  
adgangen til å avtale voldgift har som formål å bevare de nasjonale domstolers jurisdiksjon  
over enkelte typer tvister. Voldgiftsmessighetsvurderingen blir en abstrakt og generell vurde-

---

<sup>132</sup> Born (2009) s.788. Se også Redfern og Hunter (2009) s.124. At hensynet til voldgiftsinstituttet er av betyd-  
ning for vurderingen av hvilke saker som kan voldgis er også fremhevet av Juul og Thommesen (2008) s.53.

<sup>133</sup> Redfern og Hunter (2009) s.124.

<sup>134</sup> Berg (1981) s.360 med videre henvisninger, som på side 368 hevder at voldgiftsmessighet som et separat  
grunnlag for å rette innsigelser mot voldgiftsdommer, er rent historisk.

<sup>135</sup> Juul og Thommesen (2008) s.63.

ring av om en type tvist potensielt involverer så tungtveiende offentlige hensyn at den ikke kan underlegges voldgift, uavhengig om den konkrete saken vil innebære en krenkelse av disse hensyn.<sup>136</sup> Ordre public på sin side er en mekanisme som skal beskytte fundamentale rettsprinsipper i en rettsstat. Ordre public fordrer at det har skjedd en faktisk krenkelse av slike fundamentale prinsipper, og at krenkelsen er så betydelig at anvendelsen av fremmed rett eller anerkjennelsen av en fremmed rettsavgjørelse ikke kan godtas.<sup>137</sup>

Voldgiftsmessighet og ordre public glir mer over i hverandre når tvisten ikke har noen tilknytning til Norge, utover at voldgiftsdommen søkes tvangsfullbyrdet her eller at voldgiftsretten har sete her. Voldgiftsmessighetsregelen er ment for å forbeholde nasjonale domstolers jurisdiksjon over visse type tvister som involverer sterke offentlige hensyn og hvor partenes frie rådighet er begrenset.<sup>138</sup> Dette formålet slår ikke til hvis tvisten ikke har tilknytning til Norge, fordi de nasjonale domstoler ikke ville hatt jurisdiksjon over tvisten i fraværet av en voldgiftsavtale.<sup>139</sup> Da blir det ikke riktig å bruke norsk voldgiftsmessighet som en absolutt skranke for norske domstolers kontroll med voldgiftsdommen. I slike situasjoner burde voldgiftsmessighetsskranken bare brukes for å unngå uakseptable resultater av voldgiftsdommen.<sup>140</sup> Da blir man overlatt til en vurdering av om det vil stride mot viktige prinsipper, slik at voldgiftsmessighetsvurderingen faller sammen med ordre public.<sup>141</sup>

## **2.4 Voldgiftsmessighet av ulike tvister ved konkursbehandling**

### **2.4.1 Presentasjon av de ulike typer tvister**

Det er i voldgiftsinstituttets natur å være privat og legge opp til stor frihet for partene, mens konkursinstituttet er preget av offentlige interesser og kollektive prosedyrer.<sup>142</sup> Når prosessene har så ulike bakenforliggende motiver oppstår det lett vanskelige spørsmål vedrørende adgangen til å voldgi et krav som er knyttet til en konkursbehandling. Det er ikke meningen å gi noen uttømmende fremstilling av hvilke konkursrettslige tvister som kan behandles ved vold-

---

<sup>136</sup> Såkalt *a priori*-vurdering, se Cordero-Moss (1999) s.294.

<sup>137</sup> En *a posteriori*-vurdering.

<sup>138</sup> Cordero-Moss (2013) II s.19.

<sup>139</sup> Cordero-Moss (2013) II s.19.

<sup>140</sup> For en nærmere analyse at spørsmålet, se Cordero-Moss (2001).

<sup>141</sup> Cordero-Moss (2013) II s.20.

<sup>142</sup> Redfern og Hunter (2009) s.129.

gift. Selv innenfor konkursretten kan det være snakk om et utall tvistesporsmål, og for ikke å sprengre avhandlingens ramme er det derfor nødvendig å konsentrere seg om et utvalg av tvistetypene.

Kapittelet vil ta for seg fire ulike typer tvister. Jeg vil for det første se på tvister om boets krav på tredjemann. Slike krav vil som hovedregel være voldgiftsmessige. I tillegg vil jeg behandle spørsmålet om voldgiftsmessighet av en tvist hvor det er uenigheten om konkursboet har rett til å tre inn i den uoppfylte kontrakten, eller om medkontrahenten har rett til å heve, for eksempel på grunn av en early termination-klausul.<sup>143</sup> Slike tvister har både konkursrettslige og kontraktsrettslige aspekter som gjør voldgiftsmessighetsvurderingen vanskelig. Deretter vil jeg drøfte om tvister vedrørende en fordring som er anmeldt i boet kan behandles ved voldgift. Tingretten er tillagt særlig kompetanse som «konkursrett» for slike tvister, og det kan påvirke voldgiftsmessighetsvurderingen. Til sist vil jeg behandle tvister vedrørende separatistrett i konkurs, hvor partene ikke nødvendigvis har fri rådighet.

#### **2.4.2 Er konkursboet bundet av voldgiftsavtalen?**

I tilknytning til temaet om hvilke tvister som er gjenstand for voldgift vil jeg behandle spørsmålet om voldgiftsavtalen er bindende for boet, ettersom konkursboet i utgangspunktet ikke er part til avtalen. Etter norsk rett er dette egentlig ikke et spørsmål om voldgiftsmessighet, men det er nærliggende å redegjøre for spørsmålet fordi det henger nært sammen med voldgiftsmessighet.

I internasjonal litteratur om voldgiftsmessighet trekkes det et skille mellom såkalt objektiv og subjektiv «arbitrability».<sup>144</sup> Objektiv «arbitrability» omhandler hvilke type tvister som kan voldgis, mens subjektiv «arbitrability» går på hvilke parter som er bundet av voldgiftsavtalen. Subjektiv «arbitrability» omhandler hvorvidt en person eller selskap er forhindret fra å anlegge sak for voldgiftsretten på grunn av sin status eller funksjon.<sup>145</sup> Dette har nær sammenheng med partenes rettslige handleevne, som er en egen innsigelse mot voldgiftsdommer,<sup>146</sup> og jeg har vanskeligheter med å se poenget i et skille mellom objektiv og subjektiv voldgiftsmessighet.

Spørsmålet om boet er bundet av voldgiftsavtalen mellom to parter har ikke fått noen klar løsning i norsk lov, verken i voldgiftsloven eller i lovene som gjelder ved konkurs. Det frem-

---

<sup>143</sup> Dette tilsvarer den situasjonen jeg ser på i kapittel 4 punkt 4.4 vedrørende ordre public.

<sup>144</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman (1999) s.313. Se også Mantilla-Serrano (1995) s.69, og Lazić (1998) s.146, hvor disse begrepene blir brukt.

<sup>145</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman (1999) s.313.

<sup>146</sup> Se voldgiftsloven §§ 43 og 46 første ledd bokstav a, og tilsvarende i New York-konvensjonen art. V (1)(a).

går av voldgiftsloven § 10 annet ledd at voldgiftsavtalen følger med ved overdragelsen av det rettsforhold som omfattes av voldgiftsavtalen. Det er noe usikkert hvorvidt denne bestemmelsen direkte omfatter universalsuksesjon også.<sup>147</sup> Uavhengig om man anser § 10 annet ledd som direkte anvendelig, må hovedregelen være at voldgiftsavtalen binder suksessorne også ved en universalsuksesjon.<sup>148</sup> For tilfellet hvor en part blir tatt under konkursbehandling, er denne hovedregelen også blitt slått fast i forarbeidene til konkursloven.<sup>149</sup> Løsningen fremgår også forutsetningsvis av konkursloven § 155 tredje punktum, som sier at skyldnerens voldgiftsavtaler ikke er bindende i saker etter konkursloven § 145 første ledd hvor tingretten er gitt enekompetanse. Bestemmelsen sier da motsetningsvis at det rettslige utgangspunktet er at skyldnerens voldgiftsavtaler er bindende for boet.

I forarbeidene til konkursloven ble det drøftet hvorvidt boet skulle være bundet av skyldnerens tidligere voldgiftsavtaler, da Utvalget var usikker på hvilken løsning man skulle velge.<sup>150</sup> Det pekes på at det kan være i konkursboets interesse å konsentrere saksbehandlingen ved tingretten, i tillegg til at «det kan hevdes at konkursboet ikke bør avskjæres fra å benytte de garantier som rettergangsreglene gir for god behandling og riktig bedømmelse.» Hensynet til medkontrahentens forventninger ble imidlertid ansett å veie tyngre, og løsningen ble dermed at boet er bundet av voldgiftsavtalen. Til støtte for denne løsningen fremheves at de hensyn som var bestemmende for inngåelsen av voldgiftsavtalen fremdeles vil være gjeldende for medkontrahenten, selv om motparten er gått konkurs. Slike hensyn vil blant annet være behovet for en effektiv avklaring, lite publisitet og dommere med særlig sakkyndighet. Videre påpeker forarbeidene det sentrale poeng at «voldgiftsavtaler ofte inngår som en del av et større avtalekompleks, og dette taler for at man bør være forsiktig med å gripe inn i samspillet mellom avtalens enkelte regler.»<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> Se Woxholth s.341 og 343, hvor han argumenterer for at § 10 annet ledd ikke omfatter universalsuksesjon, men at de tanker og prinsipper som bestemmelsen bygger på stort sett vil gjøre seg gjeldene ved universalsuksesjon, slik at bestemmelsen kan brukes analogisk.

<sup>148</sup> Jf. Woxholth (2013) s.344.

<sup>149</sup> NOU 1972:20 s.236.

<sup>150</sup> NOU 1972:20 s.236.

<sup>151</sup> Jf. NOU 1972:20 s.236.

Det må også nevnes at dersom konkursboet benytter seg av retten etter dekningsloven § 7-3 første ledd, og trer inn i en kontrakt skyldneren har sluttet før konkurs som inneholder en voldgiftsklausul, er denne like bindende for boet som resten av avtalen.<sup>152</sup> Det innebærer en plikt til å oppfylle en eventuell voldgiftsdom som en masseforpliktelse.<sup>153</sup>

Konklusjonen er altså at voldgiftsavtalen ikke påvirkes av at den ene parten går konkurs og at voldgiftsavtalen er bindende for boet, selv om det ikke er påbegynt noen voldgiftssak før konkursåpningen.<sup>154</sup> Selv om boet i utgangspunktet er bundet av skyldnerens voldgiftsavtale, er det ikke nødvendigvis slik at tvisten mellom boet og den solvente medkontrahenten kan løses ved voldgift.

### **2.4.3 Hvilke tvister kan være gjenstand for voldgiftsbehandling?**

#### **2.4.3.1 Rådigheten over tvisteforholdet - Rettskildebildet**

Utgangspunktet for den videre vurderingen om en tvist kan voldgis, er om partene har fri rådighet over rettsforholdet i tvisten, jf. voldgiftsloven § 9 første ledd. Det beror på en tolkning av de aktuelle konkursrettslige reglene, og om det er knyttet så sterke offentlige hensyn til rettsforholdet at det nødvendiggjør begrensninger i partenes adgang til å råde over saken.<sup>155</sup> I denne sammenheng er det særlig hensynet til tredjeparts rettigheter, her kreditorfellesskapet, som vil være av betydning for voldgiftsmessighetsvurderingen.

Spørsmålet om adgangen til å voldgi ulike konkursrettslige tvister er omtrent ikke behandlet i norsk rettspraksis, og problemstillingen er heller ikke drøftet noe mer inngående i forarbeidene. I norsk rettslitteratur er det svært få som har behandlet spørsmålet om voldgiftsmessighet ved konkurs.<sup>156</sup> Som oftest er problemstillingen kun behandlet i relasjon til spørsmålet om hvem som er bundet av voldgiftsavtalen. Rettskildebildet er altså svært spinkelt, og etterlater mye til en konkret vurdering av tvistetyper basert på ordlyden og reelle hensyn.

---

<sup>152</sup> Wiker og Ro (2003) s.573.

<sup>153</sup> NOU 1972:20 s.237.

<sup>154</sup> Teorien tar også dette som utgangspunkt, se Woxholth (2013) s.345, Mæland (1988) s.88 og Wiker og Ro (2003) s.574.

<sup>155</sup> NOU 2001:32 B s.707.

<sup>156</sup> Se Woxholth (2013) som er inne på problemstillingen på s.230-231.

#### 2.4.3.2 Rene konkursrettslige tvister er ikke voldgiftsmessige

Det blir ofte sagt at konkursrettslige tvister faller utenfor voldgiftsrettens kompetanse på grunn av konkursrettens offentligrettslige karakter, og dermed at slike typer tvister ikke er voldgiftsmessige.<sup>157</sup> Det er uomtvistet i internasjonal litteratur at de rene konkursspørsmålene, det vil si konkursbehandlingen som sådan, ikke er gjenstand for voldgift.<sup>158</sup> Dette gjelder for eksempel oppnevning av bobestyrer, åpning og avslutning av konkurs, men også den fysiske innkrevingen og fordelingen av aktiva.<sup>159</sup> Også tvister om omstøtelse blir ansett for å være unntatt fra voldgiftsbehandling.<sup>160</sup>

Spørsmålet blir fort vanskeligere når man tar for seg tvister om formuesrettigheter i konkurs, hvor det er et stort islett av kontraktsrett. Det er slike typer tvister som vil bli behandlet i det følgende. Hovedregelen er at formuerettslige forhold er dispositive, og utgangspunktet er at tvister om slike rettsforhold er gjenstand for voldgift. Tvister som oppstår i relasjon til et kontraktsforhold mellom partene, kan bli ansett som «konkursrettslig» når konkurs er åpnet hos den ene partene.<sup>161</sup> Men det faktum at en av partene er tatt under konkursbehandling er ikke i seg selv tilstrekkelig for å si at tvisten ikke kan voldgis. Hvert krav som kan oppstå i forbindelse med konkursbehandlingen må bli behandlet separat når det kommer til voldgiftsmessighetsvurderingen.<sup>162</sup>

#### 2.4.3.3 Boets krav mot en tredjepart

En av bostyrers sentrale oppgaver er i henhold til konkursloven § 85 første ledd nr. 2 å inndrive boets utestående krav, hvilket er en form for realisering av boets økonomiske verdier.<sup>163</sup> Dersom boet ikke får inndrevet fordringen må boet gå til rettslig tvangsinn drivelse. Motparten kan ha ulike innvendinger mot kravet, for eksempel at kravet kan motregnes, at kravet allere-

---

<sup>157</sup> Lazić (1998) s.42.

<sup>158</sup> Liebscher (2009) s.166, Lazić (1998) s.155 og 156, og Born (2009) s.809. Se også Mantilla-Serrano (1995) s.69 hvor han skriver at «The arbitrators were never requested to rule upon issues directly concerning the insolvency proceedings (i.e. ‘core issues’)».

<sup>159</sup> Lazić (1998) s. 154 og 155.

<sup>160</sup> Woxholth (2013) s.231.

<sup>161</sup> Lazić (1998) s.157.

<sup>162</sup> Liebscher (2009) s.166.

<sup>163</sup> Moe (2007) s.225.

de er betalt eller innvendinger til beløpets størrelse. Slike tvister vil kunne bli behandlet av en voldgiftsrett, da hovedregelen er at formuerettslige forhold er dispositive. Tvisten og tvistespørsmålene vil i hovedsak være av kontraktsrettslig art, og den eneste konkursrettslige implikasjonen er at det er et konkursbo som er kreditor. At tvisten reiser spørsmål knyttet til konkurslovgivningen, innebærer ikke i seg selv at tvisten ikke kan voldgis.<sup>164</sup> Til støtte for dette syn kan det nevnes at forarbeidene til konkursloven § 145 første ledd fremholder at tingrettens eksklusive domsmyndighet etter bestemmelsen, ikke omfatter de tilfeller hvor boet reiser søksmål mot skyldneren eller tredjemenn.<sup>165</sup> På denne bakgrunn er konklusjonen at tvister om boets krav mot en tredjemann er voldgiftsmessige, og boet er derfor nødt til å bringe saken inn for en voldgiftsrett i henhold til konkursskyldnerens avtale, dersom de ønsker å få tvisten prøvd rettslig.

#### 2.4.3.4 Rett til inntreden i konkursskyldnerens kontrakter

Etter norsk rett har konkursboet i utgangspunktet en rett til å tre inn i konkursskyldnerens uoppfylte, gjensidige kontrakter, jf. dekningsloven § 7-3 første ledd. Når boet trer inn i kontrakten blir boet forpliktet under hele kontrakten, herunder til å respektere voldgiftsavtalen.<sup>166</sup> At boet trer inn i kontrakten vil kunne ha betydning for spørsmålet om voldgiftsmessigheten,<sup>167</sup> men det innebærer ingen automatikk i at tvister rundt boets rett til inntreden er voldgiftsmessige. Om partenes rådighet er begrenset for slike tvister beror på en tolkning av dekningslovens regler om boets rett til inntreden.

Det faktum at det er konkursrettslige regler som må anvendes for å løse tvisten, er ikke tilstrekkelig til å si at tvisten ikke kan behandles ved voldgift.<sup>168</sup> Det avgjørende for spørsmålet blir karakteren av inntredelsesretten. Boets rett til inntreden i kontrakten er en mekanisme som er særskilt for konkurs, og som er begrunnet i hensynet til en praktisk og økonomisk avvikling av boet. Bestemmelsen har preg av å være en slags beslagsrett som skal sikre best mu-

---

<sup>164</sup> Born (2009) s.809, og Schei (1998) s.1160 om den gamle tvistemålsloven § 452, som også oppstilte et krav om fri rådighet for at tvisten kunne voldgis.

<sup>165</sup> Jf. NOU 1972:20 s.224 og 236.

<sup>166</sup> NOU 1972:20 s.237. Det er opp til boet om det vil benytte adgangen til å tre inn i kontrakten, og det stilles ingen formkrav, jf. Andenæs (2009) s.212 og 219.

<sup>167</sup> Særlig for tvister om anmeldte fordringer, jf. punkt 2.4.3.5 nedenfor.

<sup>168</sup> Schei (1998) s.1160.

lig dekning for kreditorfellesskapet. Det tilsier at det konkursrettslige aspektet er så fremtredende at tvisten bør behandles for nasjonale domstoler. Vilkårene for inntredelsesretten er imidlertid av mer kontraktsrettslig art.

For det første må det foreligge en avtale å tre inn i. Dette beror i stor grad på avtaletolkning, og slike tvistesporsmål er av formuerettslig karakter, og dermed voldgiftsmessige. Videre er boets rett til å tre inn avskåret dersom konkursskyldneren har misligholdt kontrakten og misligholdet ikke står i direkte sammenheng med insolvensen. I slike tilfeller har medkontrahten hevingsretten i behold, og vil avskjære boets rett til å tre inn. Dette må også betraktes som et rent kontraktsrettslig spørsmål som omfattes av voldgiftsrettens kompetanse.

I følge dekningsloven § 7-3 annet ledd første punktum kan ikke boets inntredelsesrett avskjære «den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art».<sup>169</sup> I forarbeidene heter det at insolvensen i visse tilfeller kan være «en relevant bristende forutsetning».<sup>170</sup> Selv om selve bestemmelsen er en spesialregel for konkursretten, er vurderingstemaet om bristende forutsetninger et velkjent tema i kontraktsretten. Hvorvidt «avtalens art» tilsier at insolvensen er en opphørsgrunn er etter min mening i hovedsak en vurdering med kontraktsrettslig karakter, og som voldgiftsretten som utgangspunkt vil være kompetent til å avgjøre.

Videre er det også et vilkår at kontraktsmotparten får avklaring i tide. Det fremgår av dekningsloven § 7-3 første ledd tredje punktum, at den annen part kan kreve at konkursboet uten ugrunnet opphold tar stilling til om det vil benytte sin rett til å tre inn. Tvister omkring denne interpellasjonsretten kan heller ikke sies å berøre så viktige offentlige interesser at slike saker bør være avskåret fra voldgiftsbehandling.

Tvisten kan også omhandle betydningen av at partene har avtalt en hevingsrett ved konkurs, og hvilken virkning denne får for konkursboet. Selv om det følger av dekningsloven § 7-3 annet ledd at partenes avtaler om heving ved konkurs ikke er bindende for boet, vil en slik tvist i utgangspunktet omhandle kontraktsrettslige spørsmål. Når konkursboet er part i vold-

---

<sup>169</sup> For en nærmere redegjørelse for hva som ligger i denne bestemmelsen, se punkt 4.2.3.

<sup>170</sup> NOU 1972:20 s.313.



giftstvisten om virkningen av hevingsklausulen i konkurs, vil tvisten være dispositiv. Voldgiftsretten er underlagt partenes instruksjoner, og når boet er part i saken vil de ha instruksjonsmyndighet over voldgiftsretten. Hensynet til kreditorene i boet vil dermed være tilstrekkelig ivare tatt gjennom boets partsstilling. Resultatet av voldgiftsdommen kan imidlertid krenke kreditorfellesskapets interesser på en slik måte at voldgiftsdommen må nektes anerkjennelse fordi den strider mot ordre public.<sup>171</sup> Selv om dekningslovens § 7-3 annet ledd bygger på hensynet til beskyttelse av kreditorer i konkurs, som kan ha ordre public-karakter, er det ikke tilstrekkelig til å si at alle tvister om virkningen hevingsklausuler eller early termination-klausuler i konkurs skal unntas voldgiftsbehandling.

En voldgiftsrett vil være like egnet som en domstol til å bedømme tvister om boets rett til inntreden. Hensynet til voldgiftsinstituttet tilsier at grensene for å avskjære voldgiftsbehandling skal være snevre. Som det ovenstående viser, vil det ikke være knyttet så sterke offentlige interesser til tvister vedrørende boets rett til inntreden at det bør begrense partenes frie rådhets over tvisten. Etter min mening vil dermed slike tvister være voldgiftsmessige.

#### 2.4.3.5 Anmeldte fordringer i boet

Spørsmålet om voldgiftsmessighet blir mer problematisk når det er tvist om et krav en kreditor har mot konkursskyldneren som anmeldes i boet. En konsekvens av at det åpnes konkurs, er at usikrede krav mot konkursskyldneren bare kan forfølges ved å anmelde kravet i boet. Formålet med å ekskludere enkeltforfølgning er at de usikrede kreditorene skal bli behandlet i en felles prosess, hvor de får dekning *pro rata*.<sup>172</sup> Situasjonen i dette avsnittet er at en ordinær, usikret kreditor anmelder sin fordring i boet, men at bobestyreren bestrider denne, jf. konkursloven § 114 første ledd. Problemstillingen er om denne kreditoren, i henhold til voldgiftsavtalen med skyldneren, kan bringe tvisten for en voldgiftsrett, eller om han må godta tingrettens jurisdiksjon over slike tvister. Siden slike usikrede krav, og behandlingen av disse, er i selve kjernen av konkursbehandlingen kan de betraktes som typiske konkurssaker som skal være unntatt fra voldgift.

---

<sup>171</sup> Jf. punkt 4.4 nedenfor.

<sup>172</sup> Lazić (1998) s.235.

Twister vedrørende anmeldte fordringer i boet omfattes av tingrettens eksklusive kompetanse som «konkursrett», jf. konkursloven § 145 første ledd nr. 3.<sup>173</sup> Kompetansen etter bestemmelsen omfatter spørsmål om godkjenning av fordringen som dividendeberettiget, og spørsmål om dens størrelse og prioritet. I dette eksempelet er det snakk om en tvist om godkjenning av fordringen, og tilfellet faller inn under tingrettens særlige jurisdiksjon etter bestemmelsen.

Det er ingen automatikk i at en type tvist ikke kan voldgis fordi det finnes eksklusive verne-tingsregler.<sup>174</sup> At visse type twister er underlagt en «konkursdomstols» eksklusive jurisdiksjonen kan imidlertid være et viktig moment i vurderingen av om partene har fri rådighet over rettsforholdet.<sup>175</sup> Det fremgår av forarbeidene til voldgiftsloven at «Utgangspunktet må være at hvis formålet med regelen må oppfattes å være at avgjørelsen skal legges til et bestemt organ, vil den være til hinder for voldgift».<sup>176</sup>

Konkursloven § 155 bidrar til at konkursloven § 145 første ledd får en sentral rolle i vurderingen av voldgiftsmessigheten av slike krav. Det følger nemlig av konkursloven § 155 tredje punktum, at konkursskyldnerens voldgiftsavtaler ikke er bindende for konkursboet i saker som er nevnt i konkursloven § 145 første ledd. Hvorvidt en tvist om et bestridt krav anmeldt i konkursboet er voldgiftsmessig, må bero på en tolkning av konkursloven § 155. Ordlyden synes å gi klart uttrykk for at slike twister ikke er voldgiftsmessige ettersom det står at skyldnerens voldgiftsavtaler «ikke er bindende» i saker etter konkursloven § 145 første ledd.<sup>177</sup>

Det må presiseres at konkursloven § 155 bare omhandler de tilfeller hvor boet ikke trer inn i en avtale som inneholder en voldgiftsklausul. Velger boet å tre inn i avtalen, vil boet også være bundet av voldgiftsklausulen.<sup>178</sup> Twister om anmeldte fordringer som skriver seg fra et kontraktsforhold hvor boet har trådt inn, vil dermed være gjenstand for voldgift.<sup>179</sup>

---

<sup>173</sup> Bestemmelsen knytter seg til prøvelsesreglene i konkursloven § 114, jf. NOU 1972:20 s.224.

<sup>174</sup> Jf. NOU 2001:33 s.51.

<sup>175</sup> Dette momentet er særlig fremhevet i internasjonal litteratur, se Lazić (1998) s.146, 159 og 203.

<sup>176</sup> NOU 2001:33 s.51.

<sup>177</sup> I NOU 1972:20 s.237 uttrykker Utvalget tvil om prosessuelle regler som § 155 jf. § 145 første ledd kan danne grunnlag for å si at en tvist ikke kan behandles ved voldgift, men vil ikke utdype det nærmere.

<sup>178</sup> NOU 1972:20 s.237 og Wiker og Ro (2003) s.573.

<sup>179</sup> Det fremgår også av LG-1994-730 behandlet nedenfor.

Konkursloven § 155 tredje punktum i.f. inneholder en reservasjon for det tilfelle at noe «annet følger av overenskomst med fremmed stat», slik at det kan gjelde utvidet plikt til å respektere inngått voldgiftsavtale selv om saken faller inn under konkursloven § 145 første ledd.<sup>180</sup> New York-konvensjonen åpner for at statene unntar enkelte typer tvister fra voldgift, men det er opp til statene selv å avgjøre grensene for hva som kan voldgis. Henvisning til internasjonal rett viser tilbake til norsk rett, og gir derfor ikke ytterligere veiledning til vurderingen.

Det er svært få eksempler fra rettspraksis på at norske domstoler har behandlet spørsmålet om hvilke saker som kan være gjenstand for voldgift, og enda færre i tilknytning til konkursrettslige spørsmål. Det er imidlertid to kjennelser som kan ha relevans for spørsmålet her. I kjennelsen inntatt i Rt.1993 s.1304 ønsket kreditoren å bruke de anmeldte fordringene i et motsøksmål i en erstatningssak som boet hadde anlagt mot ham. Kjæremålsutvalget kom til at konkurslovens § 145 første ledd nr.3 var til hinder for at fordringene ble gjort gjeldende ved motsøksmål i den andre saken.<sup>181</sup> Kjæremålsutvalgets vurdering kan tyde på at tingrettens kompetanse etter § 145 første ledd nr.3 er eksklusiv, slik at den hindrer at det reises selvstendig sak om anmeldte konkursfordringer for andre domstoler enn tingretten som «konkursrett». Kjennelsen omhandler imidlertid ikke voldgift, så løsningen er usikker.

Spørsmålet om betydningen av en voldgiftsklausul for en tvist mot et konkursbo var oppe i en kjennelse fra Gulating lagmannsrett.<sup>182</sup> Saken gjaldt et krav fra en leverandør på betaling fra et verft, for utførte reparasjoner på et skip verftet hadde under bygging. Leverandøren innledet sak for de alminnelige domstoler, til tross for at den opprinnelige kontrakten inneholdt en voldgiftsklausul. Verftet, som hadde gått konkurs, påstod saken avvist etter konkursloven § 145. Retten viste til to mulige grunnlag for avvisning, og det er uklart hvilken av grunnlagene retten legger til grunn for sin konklusjon om å avvise søksmålet. For det første påpekte retten at dersom konkursboet trådte inn i den opprinnelige kontrakten ville det være bundet av voldgiftsklausulen. Saken måtte da avvises fra de alminnelige domstoler, ettersom tvisten falt inn under voldgiftsklausulen. Videre skriver lagmannsretten: «For det tilfelle at boet ikke er bun-

---

<sup>180</sup> Wiker og Ro (2003) s.575.

<sup>181</sup> Bestemmelsen var imidlertid ikke til hinder for at motkravene kan brukes som innsigelser mot hovedkravet.

<sup>182</sup> LG-1994-730.

det av voldgiftsavtalen, vil krav som gjelder dividende ect. høre under skifteretten etter konkursloven § 145, første ledd, nr.3». Som det fremgikk av punkt 2.4.2 er konkursboet som utgangspunkt bundet av skyldnerens voldgiftsavtaler, det gjelder ikke bare ved inntreden i en kontrakt. Det kan virke som lagmannsretten ikke har sett dette poenget, og det er dermed usikkert hvorvidt man kan slutte fra dommen at når boet ikke trer inn i en kontrakt, er tvister om anmeldte fordringer unntatt fra voldgiftsbehandling på grunn av tingrettens eksklusive kompetanse etter konkursloven § 145 første ledd. Når det i tillegg er uklart hvilket avvisningsgrunnlag retten bygger på, svekker det dommens betydning som rettskilde.

En nylig dom avsagt av *Østre Landsret* i Danmark har likhetstrekk med den situasjonen som behandles her, ettersom faktum i saken var at kreditoren hadde anmeldt sin fordring i boet, men bobestyreren bestred fordringen.<sup>183</sup> Dansk konkurslovgivning har en tilsvarende lovbestemmelse som angir skifteretten som enekompetent til å behandle krav som reises mot konkursboet av en kreditor.<sup>184</sup> Spørsmålet i saken var om fordringsprøvelsen i konkursboet skulle utsettes, med henvisning til at det var anlagt en voldgiftssak om samme fordring. Retten konkluderte med at fordringsprøvelsen for skifteretten måtte avvende utfallet av voldgiftsbehandling. Det underliggende spørsmålet i saken gjaldt kravets berettigelse, da konkursboet hevdet at konkursskyldneren hadde et tilgodehavende på kreditoren. Det mente retten var uavhengig av konkursrettslige forhold, og det var derfor ikke grunn til å nekte voldgiftsrettens kompetanse til å avgjøre denne tvisten. Den samme løsningen vil antagelig følge av norsk rett. Kompetansen etter konkursloven § 145 første ledd nr.3 omfatter selve godkjennelsen av kravet som dividendeberettiget. Spørsmålet om et krav eksisterer, for eksempel om det foreligger en gyldig avtale som grunnlag for kravet eller om boet kan motregne,<sup>185</sup> vil være obligatoriske spørsmål som voldgiftsretten vil ha kompetanse til å prøve. Det er også i litteraturen hevdet at spørsmål om fordringens eksistens ikke omfattes av tingrettens eksklusive kompetanse.<sup>186</sup> Den danske dommen tas imidlertid til inntekt for at konkursboet generelt må respektere vold-

---

<sup>183</sup> U.2013.2238Ø

<sup>184</sup> Konkursloven § 242, stk.1.

<sup>185</sup> Boets motregningsrett følger de alminnelige motregningsregler, og reguleres ikke av dekningsloven kapittel 8, jf. Sæbø (2003) s.422.

<sup>186</sup> Se Wiker og Ro (2003) s.549.

giftsbehandling av anmeldte fordringer.<sup>187</sup> Etter min mening er det å legge for mye i dommen, når den uttrykkelig angår spørsmålet om «kravets berettigelse».

I mangel av mer omfattende rettspraksis som gir retningslinjer for løsningen av spørsmålet, beror vurderingen av voldgiftsmessighet på om hensynene bak den preseptoriske reguleringen gjør voldgiftsbehandling uakseptabel.<sup>188</sup> Hensynene som ligger bak prøvelsesreglene i konkursloven kan tale for at tvister om anmeldte fordringer ikke kan behandles ved voldgift. Når en anmeldt fordring bestrides skal bobestyreren innberette forholdet til tingretten, jf. konkursloven § 114 annet ledd første punktum. Tingretten gir deretter anmelderen frist til å reise sak, men unnlater kreditoren å reise sak er det *uansett* tingretten som avgjør om fordringen skal godkjennes, jf. konkursloven § 114 annet ledd annet punktum.<sup>189</sup> Det er med andre ord ikke opp til kreditoren og boet hvordan uenigheten om fordringen skal løses. Formålet med regelen er altså at avgjørelsen skal legges til tingretten, og det taler for at slike tvister ikke er underlagt fri rådighet og dermed ikke kan voldgis.<sup>190</sup>

Det må nevnes at bobestyreren kan, med tingrettens samtykke, inngå vernetings- og voldgifts-avtaler for tvister nevnt i § 145 første ledd nr.3, jf. konkursloven § 145 tredje ledd. Tingrettens enekompetanse etter dette alternativet er med andre ord ikke absolutt.<sup>191</sup> Når lovgiver har funnet å gi boet en slik mulighet til å underlegge slike tvister voldgiftsbehandling, taler det for at slike typer tvister er voldgiftsmessige. Det kan imidlertid trekke i motsatt retning også. Når det finnes en bestemmelse som på visse vilkår åpner for voldgiftsbehandling av anmeldte fordringer, kan man slutte at det ellers ikke skal være adgang til voldgiftsbehandling av slike krav. Denne forståelsen styrkes av at boets adgang til å avtale voldgiftsbehandling krever tingrettens samtykke.

---

<sup>187</sup> Se Schradieck (2013).

<sup>188</sup> Juul og Thommasen (2008) s.63.

<sup>189</sup> Tingretten skal opplyse til anmelderen om at bobestyrerens innstilling eller anmelderens innsigelse vil bli lagt til grunn dersom tvist ikke reises innen fristen.

<sup>190</sup> Jf. NOU 2001:33 s.51.

<sup>191</sup> Ut over disse tilfellene har boet ikke adgang til å avtale annet vernetings eller voldgift. Tvister etter § 145 første ledd nr.1 og 2 bør alltid behandles av tingretten, jf. NOU 1972:20 s.225.

Det er flere reelle hensyn som ligger til grunn for den sentraliserte forfølgelsen, og som taler for at tvister om anmeldte fordringer ikke er voldgiftsmessige:

«The principle underlying such a jurisdictional framework is to ensure consolidation of all disputes related to the debtor's property in single proceedings in order to adjudicate the bankruptcy case in a speedy and expeditious manner, unimpeded by uncoordinated proceedings in other areas.»<sup>192</sup>

I følge forarbeidene til konkursloven § 155 kan det være særlige hensyn som gjør at boet ikke skal behøve å være bundet av skyldnerens voldgiftsavtale for tvister etter konkursloven § 145 første ledd.<sup>193</sup> Forarbeidene viser til at voldgift ofte vil være betydelig dyrere enn behandling etter konkurslovens regler, og den dekning den anmeldte fordringen får er ofte ganske liten.<sup>194</sup> Kompetanse for andre domstoler (herunder voldgiftsrett) kan føre til at boet tvinges til å forsvare seg for mange domstoler med spill av sine begrensede midler og ressurser.<sup>195</sup>

Hensynet til et sentralisert forum for å beslutte alle tvister som involverer konkursboet eller konkursskyldneren, må veies mot konkursskyldnerens eksisterende forpliktelse til å løse tvisten ved voldgift.<sup>196</sup> Det fremgår av forarbeidene til konkursloven at «utgangspunktet bør være at voldgiftsavtalene respekteres».<sup>197</sup> Det er viktig at formålet med voldgift ikke blir undergravet ved at tvister unntas voldgiftsbehandling. Mange av de hensyn som ligger bak en avtale om voldgift, vil fremdeles gjøre seg gjeldende i konkurs. De fleste land anlegger en snever forståelse av hvilke tvister som ikke kan voldgis for ikke å motarbeide formålet med voldgift.<sup>198</sup>

Selv om voldgiftsmessighet bør være utgangspunktet, fremstår det etter min mening som at tvister om godkjenning av anmeldte fordringer, deres størrelse og prioritet ikke er underlagt

---

<sup>192</sup> Lazić (1998) s.159.

<sup>193</sup> NOU 1972:20 s.236.

<sup>194</sup> NOU 1972:20 s.236 og 237.

<sup>195</sup> NOU 1972:20 s.224.

<sup>196</sup> Born (2009) s.810.

<sup>197</sup> Jf. NOU 1972:20 s.236.

<sup>198</sup> Born (2009) s.810.

partenes frie rådighet, og dermed ikke er voldgiftsmessige.<sup>199</sup> Det må legges avgjørende vekt på ordlyden i konkursloven § 155 som fremholder at boet ikke er bundet av voldgiftsavtaler for slike tvister, og at konkursloven § 114 synes å legge avgjørelsen av spørsmålet til tingretten. Tvister om anmeldte fordringer kan ikke boet og kreditoren råde over, og dermed kan de heller ikke bringe slike tvister for en voldgiftsrett.

#### 2.4.3.6 Tvist om separatistrett i konkurs

Begrepet separatistrett innebærer at man har en særrett til dekning i et bestemt formuesgode i konkurs.<sup>200</sup> Det kan være ulike grunnlag for denne særretten, for eksempel eiendomsrett eller panterett.<sup>201</sup> Det finnes, så vidt meg bekjent, ingen eksempler fra norsk rettspraksis der norske domstoler har behandlet spørsmålet om voldgiftsmessigheten av en tvist vedrørende en separatistrett i konkurs. I våre naboland har imidlertid dette spørsmålet havnet for domstolene ved et par anledninger, i tillegg til at litteraturen har tatt opp problemstillingen. Det kan derfor være grunn til å se til Sverige og Danmark for å avgjøre spørsmålet om en slik type tvist kan voldgis etter norsk rett.

Hovedregelen i svensk rett er at konkursboet er bundet av voldgiftsavtalen. Det gjelder for eksempel i obligasjonsrettslige spørsmål, selv om de kan ha tingsrettslig betydning.<sup>202</sup> I svensk rett er det imidlertid lagt til grunn at en tvist som gjelder et spørsmål om rettsvern eller separatistrett (sakrättsligt skydd) i konkurs ikke kan voldgis, fordi den er unndratt fri rådighet.<sup>203</sup> Det fremgår av dommen NJA 2003 s.3, hvor *Högsta domstolen* i Sverige uttalte at:

«Sålunda är det en etablerad uppfattning att övriga konkursborgenärer inte är bundna av gäldenärens skiljeavtal såvitt gäller sakrättsliga frågor, såsom separationsrätt, förmånsrätt och återvinning i konkurs»<sup>204</sup>

---

<sup>199</sup> Den samme løsning synes å følge av svensk rett, se Lindskog (2005) s.173 og 247.

<sup>200</sup> Sæbø (1996) s.123.

<sup>201</sup> Panteloven § 1-1 (1) gir en definisjon av panterett: «Med panterett menes en særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere bestemte formuesgoder (pantet).»

<sup>202</sup> Lindskog (2005) s.236.

<sup>203</sup> Heuman (1999) s.159. Se også Lindskog (2005) s.236.

<sup>204</sup> NJA 2003 s.3 på s.7. Se også NJA 1993 s.641 på s.644 og NJA 1931 s.647.

I danske rett er også utgangspunktet at konkursboet ikke er bundet av skyldnerens voldgifts-avtale hvis tvisten dreier seg om anerkjennelse av tingsrettslige spørsmål.<sup>205</sup> I den danske dommen U.1972.138/2 blir det av dansk høyesterett slått fast at en parts kreditorer, herunder dets konkursbo, ikke er forpliktet til å tåle voldgiftsbehandling av spørsmål om man ved salget har tatt forbehold om eiendomsrett som kan begrunne en separatistrett i konkurs.<sup>206</sup> Retten tar likevel forbehold for at kreditorene må finne seg i voldgiftsbehandling «i et vist omfang», og viser til tvister om mangler ved ytelsene.

Ut fra svensk og dansk rettspraksis kan man trekke den slutning at tvister om separatistrett i konkurs som hovedregel ikke er omfattet av partenes frie rådighet,<sup>207</sup> og må behandles ved de alminnelige domstoler. Det er hensynet til vern av de andre kreditorene som er bakgrunnen for at slike tvister ikke er voldgiftsmessige.<sup>208</sup> Det er gode grunner for at en tilsvarende løsning gjelder etter norsk rett, særlig når det ikke foreligger norsk rettspraksis eller litteratur på området. For at kreditoren skal få en særlig dekningsrett i konkurs, må de preseptoriske vilkårene for vern i konkurs være oppfylt. De aktuelle bestemmelsene skal beskytte de øvrige kreditorene mot kreditorskadelige disposisjoner, og kan ikke fravikes i avtale.<sup>209</sup> Dersom konkursboet måtte respektere skyldneren og medkontrahentens avtale om voldgift for tvister om separatistrett i konkurs, vil det kunne være til ugunst for de øvrige kreditorene og avskjære boet fra å benytte seg av de rettssikkerhetsgarantier for en forsvarlig saksbehandling som prosessreglene gir. En voldgiftsrett kan altså ikke avgjøre tvister om rettsforhold som skal ha virkning for tredjepart. De obligasjonsrettslige aspektene, som om panteavtalen er gyldig eller tolkningen av denne, kan imidlertid behandles ved voldgift.<sup>210</sup>

De offentlige interessene knyttet til vern av tredjemenn er imidlertid ikke så sterke at tvister om separatistrett i konkurs er avskåret fra voldgiftsbehandling dersom konkursboet og tred-

---

<sup>205</sup> Juul og Thommesen (2008) s.58.

<sup>206</sup> Dette er også bekreftet i den senere dommen U1983.311H.

<sup>207</sup> I Sverige er kravet til voldgiftsmessighet formulert slik at det kun er spørsmål som partene fritt kan inngå forlik om som kan voldgis, jf. § 1 i Lag om skiljeförfarande. Det er litt annerledes enn den norske og danske voldgiftsloven som snakker om «fri rådighet», men uten at det synes å innebære noen realitetsforskjell.

<sup>208</sup> Se NJA 1993 s.641 på side 644.

<sup>209</sup> Lilleholt (1999) s.171.

<sup>210</sup> Se Lindskog (2005) s.236.



jemann avtaler det. Dette er løsningen i Sverige og Danmark, og må også anses å være løsningen etter norsk rett.<sup>211</sup> Til dette kan det påpekes at tvister mellom et konkursbo og en som hevder separatistrett i konkursen, behandles for de alminnelige domstoler som saker underlagt fri rådighet. I forholdet mellom boet og parten vil kravet være formuerettslige, og dermed omfattet av deres frie rådighet.<sup>212</sup> Selv om det også her vil være en risiko for at resultatet av avgjørelsen vil være i strid med den preseptoriske beskyttelsen av kreditorene, kan ikke det alene være nok til at tvisten ikke kan voldgis. Det er alltid en risiko for at domstolen kommer til galt resultat, det kan skje ved de alminnelige domstoler også.<sup>213</sup> Slike typer tvister er i sin natur ikke forbeholdt alminnelig domstolsbehandling, men av hensyn til de øvrige kreditorene må konkursboet samtykke i voldgiftsbehandlingen, og kan derfor ikke være bundet av skyldnerens forhåndsavtaler om voldgift.

Dersom konkursboet trer inn i en kontrakt med en voldgiftsklausul, må det antas at de har gitt slikt samtykke til voldgiftsbehandling av en eventuell tvist om separatistrett som skriver seg fra dette rettsforholdet.<sup>214</sup> Forarbeidene til konkursloven forutsetter at boet ved inntreden også blir forpliktet etter voldgiftsavtalen.<sup>215</sup> Svensk og dansk litteratur synes også å legge denne oppfatningen til grunn.<sup>216</sup> Ønsker ikke boet en potensiell voldgiftsbehandling, må boet unnlate å tre inn i avtalen.

Konklusjonen er altså at tvister vedrørende separatistrett i konkurs i utgangspunktet ikke er voldgiftsmessige, dersom det er spørsmål om konkursboet må respektere voldgiftsavtalen som skyldneren har inngått før konkurs. Slike tvister kan imidlertid voldgis dersom det er avtalt mellom boet og den som hevder separatistrett.

---

<sup>211</sup> Heuman (1999) s.158 jf. NJA 1993 s. 641, og Juul og Thommasen (2008) s.59.

<sup>212</sup> I norsk juridisk litteratur som behandler spørsmålet om saker med og uten fri rådighet er tvister som separatistrett i konkurs ikke nevnt, se Skoghøy (2010) s.527 flg. og Schei (2013) s.400 flg.

<sup>213</sup> Riktignok er mulighetene for overprøvelse mindre ved voldgift, men hensynet til beskyttelse av boet og kreditorene ivaretas gjennom ordre public-begrensningen dersom voldgiftsdommen åpenbart krenker de konkursrettslige prinsipper som skal verne kreditorene.

<sup>214</sup> Se Woxholth (2013) s.231, som synes å ha en annen oppfatning.

<sup>215</sup> NOU 1972:20 s.237.

<sup>216</sup> Juul og Thommasen (2008) s.59 og Heuman (1999) s.103.

## 2.5 Konklusjon

Etter norsk rett er det i stor utstrekning adgang til å benytte seg av voldgift, selv om den ene parten går konkurs. Det må imidlertid tas forbehold for tvister vedrørende anmeldte fordringer og til en viss grad tvister om separatistrett i konkurs. Skulle voldgiftsretten ta en slik tvist under behandling, selv om tvisten ikke kan voldgis etter norsk rett, kan dette brukes som en ugyldighetsgrunn etter voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav a eller som grunnlag for å nekte tvangsfullbyrdelse jf. § 46 annet ledd bokstav a.

Selv om tvisten anses for å være voldgiftsmessig, og dermed hindrer boet i å anlegge søksmål for alminnelige domstoler, kan insolvensretten utgjøre en begrensning på partsautonomien innenfor rammen av ordre public-innsigelsen. Mindre restriksjoner på hvilke type tvister som kan voldgis, kan nødvendiggjøre og lede til en mer grundig kontroll av voldgiftsdommen i etterkant gjennom ordre public-innsigelsen.<sup>217</sup> Formålet med de påfølgende kapitlene er å analysere hvorvidt insolvensretten og dens underliggende prinsipper er bindende for voldgiftsretten på en slik måte at voldgiftsdommen risikerer å bli kjent ugyldig eller nektet tvangsfullbyrdet dersom den ikke tar hensyn til disse prinsippene.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> Lazić (1998) s.307, 316 og 318, hvor hun trekker denne slutningen på bakgrunn av den kjente amerikanske avgjørelsen *Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth* (1985) og en gjennomgang av fransk rettspraksis.

<sup>218</sup> Baizeau (2009) s.98.

## 3 Ordre public

### 3.1 En begrensning på partsautonomien

Partene tror de er unntatt fra annen nasjonal lovgivning når de har inntatt en voldgiftsklausul og en lovvalgklausul til fordel for fremmed rett i kontrakten. I de fleste tilfeller vil dette stemme, men dersom en av partene går konkurs er det ikke nødvendigvis slik at partenes tanke om den absolutte partsautonomien slår til. Noen regler og prinsipper er så viktige at voldgiftsretten ikke kan se bort fra dem, og om de gjør det, kan voldgiftsdommen bli ansett som ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet fordi resultatet er i strid med ordre public. Det grunnleggende hensynet til beskyttelse og likebehandling av kreditorer i konkurs kan ha slik karakter.

Denne delen av avhandlingen skal undersøke i hvilken utstrekning norske konkursrettslige prinsipper kan innebære en begrensning på gyldigheten og håndhevelsen av voldgiftsdommer gjennom ordre public-innsigelsen. Det beror på en konkret og skjønsmessig vurdering om resultatet av voldgiftsdommen er i strid med ordre public, som fordrer en avveining av de hensynene som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken. Det er derfor nødvendig å fremsette konkrete eksempler å drøfte ordre public-innsigelsen opp mot. Først vil jeg knytte noen generelle bemerkninger til ordre public-innsigelsen og redegjøre for hvordan ordre public-vurderingen vil bli foretatt videre.<sup>219</sup>

### 3.2 Høy terskel for anvendelse

Utgangspunktet er at voldgiftsdommer er endelig og bindende for partene, og at de skal anerkjennes og tvangsfullbyrdes i norsk rett uten overprøving fra alminnelige domstoler, jf. voldgiftsloven § 45 første ledd. Ordre public-innsigelsen i voldgiftsloven §§ 43 og 46 utgjør et unntak fra dette utgangspunktet. Reglene har imidlertid meget snevert anvendelsesområde.<sup>220</sup> Ordre public er en sikkerhetsventil som er forbeholdt de mest graverende tilfeller, og skal brukes med stor forsiktighet for ikke å undergrave hensynet til effektiv fullbyrdelse av vold-

---

<sup>219</sup> Ordre public er et omfattende tema, og avhandlingens omfang setter grenser for detaljnivået i fremstillingen. For mer om ordre public, se bl.a. Cordero-Moss (1999) s.300 flg., Cordero-Moss (2013) s.162 flg. og Born (2009) s.2621 flg. og 2827 flg.

<sup>220</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.111. I internasjonal praksis og teori er det også lagt stor vekt på at ordre public har et snevert anvendelsesområde, jf. Born (2009) s.2841, hvor han viser til rettspraksis i mange stater som alle fremhever at den snevre og ekstraordinære karakteren av ordre public.

giftsdommer og partenes behov for forutberegnelighet. Dette viser seg ved at påberopelse av ordre public som en forsvarsmekanisme for den tapende part, sjelden fører frem.<sup>221</sup> Ordre public er likevel et nødvendig korrektiv til den åpenheten man har til fremmede rettsordninger, og har som formål å begrense anerkjennelse av voldgiftsavgjørelser som ville føre til et uakseptabelt resultat som strider mot fundamentale prinsipper i norsk rett.<sup>222</sup>

### 3.3 Internasjonale kilder – nasjonalt innhold

Ordre public er en anerkjent reservasjon i internasjonale forhold, og de fleste lands rettssystemer og internasjonale konvensjoner opererer med et slikt forbehold for å beskytte fundamentale normer og verdier.<sup>223</sup> Som påpekt i punkt 1.6 tilsier hensynet til harmonisering at man bør etterstrebe en enhetlig tolkning av ordre public-regelen i voldgiftsloven §§ 43 og 46 annet ledd b, i tråd med dens internasjonale inspirasjonskilder New York-konvensjonen og UNCITRALs modelllov.<sup>224</sup> Etersom europeisk internasjonal privatrett skal tillegges vekt i norsk rett, vil også rettspraksis fra EU-domstolen ha betydning for hvordan man skal tolke rammene for ordre public.<sup>225</sup> Forståelse av ordre public må altså baseres på den autonome tolkning av ordre public som er alminnelig anerkjent internasjonalt.

Ordre public kommer inn som en begrensning både på anvendelsen av bakgrunnsretten, og som en begrensning på anerkjennelsen av fremmede rettsavgjørelser. I tillegg til ordre public-bestemmelsene i voldgiftsloven, har vi i Norge lovfestede ordre public-bestemmelser i kjøpslovvalgsloven § 6, Luganokonvensjonen art.34 og i tvisteloven § 19-16 tredje ledd. Ærbarhetskravet i NL 5-1-2 er også ansett som en ordre public-regel.<sup>226</sup> I tillegg har vi ytterligere spredte ordre public-bestemmelser i særlover, samt at ordre public må anses som et ulovfestet prinsipp som begrenser anvendelsen av bakgrunnsretten i norsk rett. Hensynet til harmonisering tilsier at ordre public-begrensningen har det samme innholdet, uavhengig av de ulike sammenhenger.<sup>227</sup>

Selv om rammene for ordre public-innsigelsen er basert på internasjonale kilder, vil innholdet i normen bero på norsk rett. Det innebærer at det er prinsipper og verdier i det norske samfun-

---

<sup>221</sup> Kronke m.fl.(2010) s.365. Se også Berg (1981) s.366. Så vidt meg bekjent finnes det bare ett eksempel i norsk rett på at en voldgiftsdom er i strid med ordre public, og det er RG 1943 s.105 fra Jæren Herredsrett. Også ellers der ordre public blir vurdert i rettspraksis er det svært sjelden at det statueres en krenkelse av ordre public-normen.

<sup>222</sup> Cordero-Moss (2013) s.162.

<sup>223</sup> Se Berg (1981) s.360 og Kronke m.fl.(2010) s.365. På engelsk brukes uttrykket «public policy».

<sup>224</sup> Cordero-Moss (2013) s.164.

<sup>225</sup> Se punkt 1.6, jf. Cordero-Moss (2013) s.164 og 165.

<sup>226</sup> Cordero-Moss (1999) s.132.

<sup>227</sup> Cordero-Moss (2013) s.164. Se også s. 45 og 163.

net som er grunnlaget for den ordre public-vurderingen norske domstoler skal utføre. Høyesterett har flere ganger uttalt seg om innholdet i ordre public-forbeholdet. I Rt.1996 s.1288 fremholder Høyesterett at ordre public-forbeholdet innebærer: «at vi ikke fullbyrder en avgjørelse fra et annet land dersom dette vil stå i sterk motstrid til vår etiske og sosiale oppfatning».<sup>228</sup> I kjennelsen Rt.1999 s.837 sies det at ordre public-strid foreligger når «en anerkjennelse ville stå i strid med grunnleggende rettsgrunnsetninger eller rettssikkerhetsprinsipper».<sup>229</sup>

### 3.4 Krenkelse av fundamentale prinsipper

Det er ikke tilstrekkelig at voldgiftsdommen er i strid med preseptoriske eller internasjonalt preseptoriske bestemmelser i norsk rett for å statuere ordre public-strid.<sup>230</sup> Det er heller ikke av betydning om voldgiftsretten ikke har anvendt lovvalsreglene på korrekt vis, og dermed benyttet uriktig materielle rett på saksforholdet.<sup>231</sup> Det er kun en voldgiftsdom som krenker *fundamentale prinsipper* av materiell og prosessuell karakter i det norske rettssystemet som vil kunne være i strid med ordre public.<sup>232</sup> Ordre public utgjøres ikke av regler, men av de prinsipper og hensyn som ligger under reglene.<sup>233</sup>

De fundamentale prinsippene i vårt samfunn består av tradisjoner, holdninger, normer og verdier, som kan utvikle seg over tid. Ordre public er en vag rettslig standard som må tolkes i lys av den dynamikken som preger denne normen.<sup>234</sup> Det er særlig brudd på etiske og sosiale grunnoppfatninger som kan resultere i anvendelse av ordre public-innsigelsen, men også brudd på rettslige, økonomiske og politiske grunnprinsipper kan være i strid med ordre pub-

---

<sup>228</sup> Dommen s.1291. Kjennelsen omhandlet tvangsfullbyrdelse av svensk skattekrav og gjaldt den alminnelige ordre public-reservasjonen i norsk sivilprosess. Ordre public-forbeholdet etter voldgiftsloven må som sagt tolkes tilsvarende.

<sup>229</sup> Se dommen s.842. Saken gjaldt tvangsfullbyrdelse av en utenlandsk dom etter Luganokonvensjonen og ordre public-reservasjonen etter konvensjonens art.27.

<sup>230</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.111 og NOU 2001:33 s.114.

<sup>231</sup> Jf. Cordero-Moss (2013) s.60. Se også Cordero-Moss (2010) II på s.319 og 320.

<sup>232</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.111 og NOU 2001:33 s.114.

<sup>233</sup> Kolrud m.fl. (2007) s.259.

<sup>234</sup> Cordero-Moss (2013) s.166.

lic.<sup>235</sup> Prinsipper som typisk omtales for å ha orde public-karakter er bekjempelse av svik, korrupsjon, smugling og diskriminering.<sup>236</sup> I EU finnes det noen felleseuropeiske prinsipper som anses som fundamentale for det europeiske samarbeidet. EU domstolen har blant annet slått fast at de europeiske regler om konkurranserett, urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler og bestemmelser som beskytter agenten har preg av ordre public.<sup>237</sup> I teorien er det hevdet at også regler om selskapsrett og beskyttelse av kreditorer ved insolvens kan ha orde public-karakter.<sup>238</sup> Denne avhandlingen skal nettopp undersøke om hensynet til beskyttelse av kreditorene i insolvensretten kan danne grunnlag for ordre public.

Ordre public-reglene inviterer til en vurdering av dommens innhold, men det betyr ikke at bestemmelsene skal fungere som en hjemmel for overprøving av voldgiftsdommen bevisvurdering og rettsanvendelse.<sup>239</sup> Ordre public-forbeholdet gir anvisning på en konkret vurdering av om dommens resultat strider mot fundamentale prinsipper i norsk rettssystem. Ordre public gir bare grunnlag for å nekte anerkjennelse og fullbyrdelse dersom det *konkrete resultatet* av voldgiftsdommen tilsier det. Det er ikke tilstrekkelig at den løsningen som følger av dommen generelt kan lede til en krenkelse av et fundamentalt prinsipp:

«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.» (min kursivering)<sup>240</sup>

Dessuten må resultatet av voldgiftsdommen representere en *betydelig* krenkelse av de fundamentale prinsippene, jf. ordlyden i voldgiftsloven om at voldgiftsdommen skal virke «støtende på rettsordenen». I både Rt.2009 s.1537 og Rt.2011 s.531 formulerer Høyesterett ordre public som «et forbehold om at den fremmede retten må vike dersom anvendelsen av frem-

---

<sup>235</sup> Nielsen (1997) s.64 og Cordero-Moss (1999) s.300-301. Forarbeidene nevner blant annet at tilsidesettelse av rettssikkerhetshensyn kan gi grunnlag for å nekte tvangsfullbyrdelse, se NOU 2001:33 s.78 og Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.75.

<sup>236</sup> Se Cordero-Moss (2013) s.167.

<sup>237</sup> Jf. henholdsvis C-126/97 (Eco Swiss), C-168/05 (Claro) og C-381/98 (Ingmar).

<sup>238</sup> Cordero-Moss (2013) s.167, 275 og 276.

<sup>239</sup> Cordero-Moss (1999) s.307 og 314.

<sup>240</sup> Kronke m.fl.(2010) s.365-366.

med rett vil føre til et resultat som *strider sterkt* med vår rettsfølelse» (mine kursiveringer).<sup>241</sup> For å statuere ordre public-strid må det være en åpenbar krenkelse av fundamentale prinsipper som leder til et uakseptabelt resultat i det enkelte tilfellet.<sup>242</sup> Det er omstendighetene i den enkelte sak som er avgjørende, og det må foretas en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av hvilken virkning resultatet av voldgiftsdommen har. Det sentrale i en ordre public-vurdering er å identifisere de bakenforliggende hensynene på det aktuelle rettsområdet som er krenket, og veie disse mot hensynet til voldgiftsinstituttet. Voldgiftsinstituttet er basert på den grunntanke at voldgiftsdommer skal anerkjennes og tvangsfullbyrdes, og at domstolskontrollen med voldgiftsdommer skal være så begrenset som mulig.<sup>243</sup> Derfor er det bred konsensus om at ordre public-normen skal tolkes svært restriktivt, og bare brukes hvor det er en åpenbar og direkte krenkelse av de mest fundamentale prinsipper.<sup>244</sup> For å statuere ordre public-strid må krenkelsen av de grunnleggende prinsippene og hensynene være så vesentlig at det veier tyngre enn hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt.

### **3.5      Anvendelse av ordre public-forbeholdet i konkrete tilfeller**

Ordre public-reglen i voldgiftsloven er helt generelt formulert, og gir i seg selv lite på grunn av sin skjønnsmessige karakter.<sup>245</sup> For å konkretisere innholdet i ordre public-regelen er det nødvendig analysere konkrete eksempler for vise hvordan vurderingen vil slå ut i forskjellige tilfeller.

Analysen av ordre public i de påfølgende kapitlene er lagt opp med utgangspunkt i konkrete situasjoner, hvor en voldgiftsdom håndhever en avtaleklausul som gir et fortrinn i konkurs som ikke er tillatt etter norsk rett. Problemstillingen er om voldgiftsdommen er i strid med ordre public fordi resultatet krenker fundamentale prinsipper i konkursretten. Eksemplene vil danne grunnlag for en avveining av de hensynene som begrunner at slike avtaleklausuler ikke

---

<sup>241</sup> Se Rt.2009 s.1537 avsnitt 37 og Rt.2011 s.531 avsnitt 52. Begge dommene gjelder lovvalg og ikke anerkjennelse av en utenlandsk dom eller voldgiftsavgjørelse, men ordre public-forbeholdet skal tolkes likt i de to tilfeller.

<sup>242</sup> At krenkelsen må være åpenbar har vært fremhevet av EU-domstolen ved flere anledninger, se f.eks. C-38/98 (Renault) avsnitt 26 og 30.

<sup>243</sup> Jf. punkt 1.3.

<sup>244</sup> Born (2009) s.2843.

<sup>245</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.111.

kan gjøres gjeldende i konkurs etter norsk rett på den ene side, og hensynene til voldgift på den andre siden. Avveiningen vil avhenge av hvordan forholdene i den konkrete saken stiller seg. Jeg vil foreta visse variasjoner i de fremsatte situasjonene for å illustrere at avveiningen av hensynene i ordre public-vurderingen kan slå forskjellig ut.

Det forutsettes at partene i eksemplene har valgt en rett hvor den aktuelle avtaleklausulen er tillatt i konkurs. For vurderingen om en voldgiftsdom er i strid med ordre public er det imidlertid ikke avgjørende å slå fast hvordan den materielle retten er. Voldgiftsretten kan ha misforstått den utenlandske retten og anvendt den feil, slik at voldgiftsdommen feilaktig statuerer en rett etter avtaleklausulen. Det får ingen betydning for ordre public-vurderingen da det sentrale vurderingstemaet vil være om det konkrete resultatet av voldgiftsdommen virker støtende på norsk rettsorden. Domstolen skal ikke overprøve voldgiftsrettens rettsanvendelse. Det samme vil gjelde for voldgiftsrettens feil i anvendelsen av internasjonal privatrett og lovvalgsregler. I de foreliggende situasjonene kan det tenkes at voldgiftsretten skulle anvendt norsk rett som *lex concursus*, for å løse tvisten, men det er uten betydning for ordre public-vurderingen.



## 4 «Early termination» - Heving i konkurs

### 4.1 Innledning

«Early termination»-klausuler innebærer at en kontrakt kan komme til opphør tidligere enn opprinnelig avtalt, dersom visse begivenheter («termination events») finner sted. Early termination-klausuler retter seg ikke mot kontraktsbrudd fra den annen part, men går ut på at kontrakten termineres på grunn av rent objektive begivenheter som inntreffer. I norsk rett blir slike klausuler sett på som hevings-klausuler, selv om heving tradisjonelt er en misligholdsbeføyelse.

Slike klausuler kan formuleres med tanke på alle mulige «termination events», men i denne avhandlingen er det early termination-klausuler som retter seg mot situasjoner hvor det inntreffer ulike insolvensbegivenheter, som skal vurderes. Formålet med early termination-klausuler er å unngå å bli ramme av medkontrahentens konkurs, slik at man må dele de gjenværende midlene med andre kreditorer. Derfor inneholder mange kontrakter en rett til å heve dersom den ene parten blir insolvent. Partene ønsker å utløse hevingsretten på et så tidlig tidspunkt som mulig, og formulerer gjerne early termination-klausulen slik at retten til å terminere kontrakten ikke bare inntreffer ved insolvens eller konkursåpning, men allerede når motparten truer med å bli insolvent. En early termination-klausul kan for eksempel lyde:

«Upon breach of contract, the other Party shall be entitled, but not obliged, to terminate the Contract with immediate effect by giving notice to the defaulting Party.

The Party is deemed to be in breach of his or her obligations when ... the Party concludes a specific agreement with his or her creditors for the postponement of payments, becomes insolvent, engages in debt settlement proceedings of any type, suspends his or her payments, or if his or her estate is placed under public administration as an estate in bankruptcy or otherwise.»<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> Klausulen er inspirert av punkt 13 i «General Terms and Conditions of Business» for Pareto Securities AS, tilgjengelig på <http://www.paretosec.com/download/compliance/GeneralBusinessTerms.pdf>

I dette kapittelet skal jeg drøfte hvorvidt en voldgiftsdom som fastholder en early termination-klausul er i strid med ordre public. Early termination-klausulen kan være i strid med boets rett til å tre inn i kontrakten etter dekningsloven § 7-3, og krenke hensynet til kreditorene i konkurs. Early termination-klausuler er svært vanlige i kommersielle kontrakter, og det kan ikke hevdes kategorisk at alle kontraktklausuler om heving eller «early termination» er i strid med ordre public fordi de krenker konkursrettslige prinsipper. Under særlige omstendigheter kan imidlertid konsekvensene av en voldgiftsdom som opprettholder en slik klausul i en konkurssituasjon, være så betydelige at voldgiftsdommen må kjennes ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet. Jeg vil ta for meg to ulike situasjoner hvor voldgiftsretten håndhever en early termination-klausul i en insolvenssituasjon, og analysere hvorvidt resultatet av voldgiftsdommen innebærer en slik betydelig krenkelse av hensynet til kreditorene.<sup>247</sup>

## **4.2 Heving ved konkurs etter norsk rett**

### **4.2.1 Innledning**

For at det skal være aktuelt å drøfte early termination-klausuler opp mot ordre public er det en nødvendig betingelse at slike klausuler ikke er tillatt i konkurs etter norsk rett. Dersom den solvente parten har adgang til å terminere kontraktsforholdet i konkurs etter norsk rett, kan det vanskelig sies at voldgiftsdommen strider mot fundamentale prinsipper.

Norske domstoler kan imidlertid ikke sette avgjørelsen til side som ugyldig med den begrunnelse at utfallet etter norsk rett ville blitt et annet. Fremstillingen av norsk gjeldende rett på området vil først og fremst tjene som bakgrunn for å identifisere de hensynene som ligger bak reglene, og som kan utgjøre slike fundamentale prinsipper som er relevante i ordre public-vurderingen. Det er gjennom en analyse av de bakenforliggende hensynene, at man kan bedømme hvorvidt insolvensretten utgjør en begrensning på partsautonomien i voldgift.

### **4.2.2 Boet er ikke bundet av avtale om heving i konkurs**

Kapittel 7 i dekningsloven har en rekke regler om skyldnerens kontraktsforpliktelser ved konkurs. Disse reglene gjelder i prinsippet alle kontrakttyper, men det gjelder særregler for kontrakter vedrørende visse finansielle instrumenter, jf. lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6

---

<sup>247</sup> Se punkt 4.4 og 4.5.

og verdipapirhandelloven § 14-2.<sup>248</sup> For slike kontraktstyper vil avtale om early termination ved konkurs stå seg overfor konkursboet.

Konkursboets rettigheter etter dekningsloven kapittel 7 kan ikke fravikes ved avtale, jf. dekningsloven § 7-1 hvor det står at «Reglene i dette kapittel kommer bare til anvendelse når ikke annet følger av andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart». Det fremgår av forarbeidene til dekningsloven at reglene i kapittel 7 er ment å være preseptoriske:

«I forbeholdet for det som "følger av... vedkommende rettsforholds egenart" ligger også at reglene i dette kapittel i prinsippet er preseptoriske: det er ikke nok at en avvikende løsning følger av vedkommende kontrakt, den må følge av kontrakttypens egenart. At reglene er preseptoriske betyr her bare at partenes eventuelle boer ikke er bundet av kontraktklausuler som gir boene en dårligere stilling enn de etter reglene skal ha. ... At regler av den art det her gjelder, ikke bør kunne fravikes til skade for boet, må være klart.»<sup>249</sup>

Prinsippet om at boets rettigheter ikke kan begrenses i partenes avtale, fremkommer også av dekningsloven § 7-3 annet ledd annet punktum, som lyder: «Avtalebestemmelse som gir den annen part en videre adgang til å heve på grunn av skyldnerens insolvens, er ikke bindende for boet». Etter norske regler er det altså boet uvedkommende om skyldneren har undertegnet en kontrakt som direkte eller indirekte ville gi boet en dårligere stilling enn lovens alminnelige regler. Boet kan holde seg til dekningslovens regler, og er ubundet av en early termination-klausul.<sup>250</sup>

### 4.2.3 Heving i konkurs etter dekningslovens regler

Etter norsk rett vil altså en early termination-klausul ikke stå seg overfor et konkursbo. Dekningsloven kapittel 7 har imidlertid regler som åpner for at en kontraktspart kan heve en kontrakt i konkurs. Skulle kontraktsparten ha rett til å heve etter dekningslovens regler vil resulta-

---

<sup>248</sup> Jf. punkt 1.4.2.

<sup>249</sup> NOU 1972:20 s.310. Se også Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s.180.

<sup>250</sup> Jf. Andenæs(2009) s.211. Se også Tjaum(1996) s.381 og 382, som konkluderer med det samme hva gjelder ISDA-avtalens early termination-klausul ved konkurs.

tet bli det samme som om kontraktklausulen ble lagt til grunn, og det vil ikke være nødvendig å vurdere ordre public-strid videre.

Spørsmålet om den annen part kan heve avtalen hvis det åpnes insolvensbehandling hos skyldnere, er regulert i dekningsloven § 7 -7. En forutsetning for den annen parts hevingsrett er at boet ikke trer inn i avtalen. I norsk konkursrett henger kreditors hevingsrett nøye sammen med boets rett til å tre inn i avtalen. Dersom boet trer inn i avtalen, fratar man den andre parten hevingsretten.<sup>251</sup> Konkursboet har som hovedregel rett til å tre inn i de gjensidige tyngende avtaler skyldneren har sluttet som er helt eller delvis uoppfylt på konkurstidspunktet, jf. dekningsloven § 7-3 første ledd første punktum.<sup>252</sup> Boet står i utgangspunktet fritt til å videreføre de kontrakter det vurderer som gunstige, og overlate de øvrige til alminnelig dividende-dekning. Denne valgretten omtales gjerne som boets rett til «cherry picking».<sup>253</sup>

Boets rett til å tre inn betyr at boet kan kreve avtalen gjennomført mot den annen parts vilje, med boet som berettiget og bomassen som ansvarlig for oppfyllelsen av skyldnerens forpliktelse.<sup>254</sup> Sett fra kreditorens side er boets rett til å tre inn i kontrakten en slags tvungen gjeldsovertakelse.<sup>255</sup> Ønsker konkursboet å tre inn, må den tre inn i hele avtalen, og blir berettiget og forpliktet på avtalens vilkår, jf. dekningsloven § 7-4 første ledd første punktum.

Unntakene fra denne hovedregelen er så mange at det i praksis ikke er tale om en hovedregel.<sup>256</sup> Regelen om boets rett til inntreden er utformet generelt for alle kontraktstyper, men i mange tilfeller vil rettsforholdet mellom partene og hensynet til medkontrahenten tilsi at det

---

<sup>251</sup> Jf. Andenæs (2009) s.209

<sup>252</sup> Det er en forutsetning at det foreligger en gyldig avtale å tre inn i, se Andenæs (2009) s.213. Boet kan ikke tre inn i en avtale dersom den er hevet før konkurs.

<sup>253</sup> Begrepet «cherry picking» benyttes også ofte i sammenheng med synspunktet om at boets rett til inntreden hindrer den solvente parts motregning av fordring som skriver seg fra slik avtale, se Bergo (2008) s.347 og Bechmann m.fl.(2002) s.742. Som påpekt i punkt 1.4.2 er det omstridt om § 7-3 gir boet en slik rett på bekostning av de alminnelige motregningsregler.

<sup>254</sup> Andenæs(2009) s.212. Den annen parts fordring transformeres til en massefordring på boet, jf. dekningsloven.§ 7-4 første ledd annet punktum.

<sup>255</sup> Andenæs(2009) s.212.

<sup>256</sup> NOU 1972:20 s.313 og Andenæs (2009) s.212. Brækhus uttaler sågar at «unntagelsene er så mange og viktige at man uten vanskelighet kunne ha valgt det motsatte utgangspunkt», Brækhus (1970) s.164.

bør være adgang til å heve kontrakten.<sup>257</sup> Det er derfor utformet et unntak om at avtalens art kan hindre boets rett til inntreden, jf. dekningsloven § 7-3 annet ledd første setning. I forarbeidene heter det at for noen kontraktstyper vil insolvensen være en relevant bristende forutsetning.<sup>258</sup> Typiske eksempler er kredittavtaler, garantiavtaler og avtaler om stiftelse av et ansvarlig selskap, eller hvor avtalen forutsetter personlig oppfyllelse fra skyldneren. Vurderingen av om insolvensen er opphørsgrunn etter avtalens art må bero på en tolkning av avtalen og de rettsregler som gjelder for kontraktstypen.<sup>259</sup> Det er imidlertid vanskelig å komme unna en skjønnsmessig vurdering, hvor hensynet til medkontrahenten står sentralt.<sup>260</sup>

Det er også gjort unntak for boets inntredelsesrett dersom det foreligger mislighold fra skyldnerens side som ikke står i direkte sammenheng med insolvensen, jf. dekningsloven § 7-7 annet ledd. I praksis vil dette være mest aktuelt ved andre former for mislighold enn betalingsmislighold.<sup>261</sup>

Som det ovenstående viser har den solvente parten en viss adgang til å fri seg fra avtaleforholdet når motparten går konkurs, til tross for at en early termination-klausul ikke er bindende for boet. For at ordre public-spørsmålet skal komme på spissen i de situasjonene som drøftes nedenfor, må det forutsettes at kontrakten i disse situasjonene ikke kan heves i konkurs etter dekningslovens regler.

---

<sup>257</sup> Krüger mente at utgangspunktet burde være at medkontrahenten kunne betinge seg hevingsrett i konkurs, fordi han anså at hensynet til medkontrahenten normalt måtte veie tyngre enn hensynet til boet, jf. Krüger (1969) s.67 flg.

<sup>258</sup> NOU 1972:20 s.313.

<sup>259</sup> Det er en viss uenighet i teorien om hevingsklausuler kan tillegges betydning ved tolkningen av avtalens art, se Andenæs (2009) s.211-212 og Nazarian (2012) s.104 som anfører at det er liten grunn til å legge vekt på kontraktspraksis, og motsatt Sandvik (1985) s.89-90.

<sup>260</sup> For en nærmere redegjørelse av regelen, vises det til Brækhus (1970) s.164 flg., Andenæs (2009) s.215 flg. og Nazarian (2012) s.107 flg.

<sup>261</sup> Andenæs (2009) s.201.

#### **4.2.4 Heving før konkurs. Omstøtelse**

For å sikre boets inntredelsesrett, har medkontrahenten bare en begrenset hevingsadgang etter at konkurs er åpnet.<sup>262</sup> Dette vernet av boets interesser er ikke nødvendigvis tilstrekkelig overfor den oppmerksomme kreditor som hever avtalen like før konkurs. Som utgangspunkt må boet respektere heving foretatt før konkurs.<sup>263</sup> Situasjonen i punkt 4.5 er nettopp at en kreditor bruker en early termination-klausul til å heve en låneavtale med en skyldner i økonomiske vanskeligheter før konkurs inntreffer.

I slike tilfeller kommer reglene om omstøtelse inn.<sup>264</sup> Omstøtelsesreglene gir boet mulighet til å reversere kreditorskadelige disposisjoner foretatt i tiden før boåpning, til tross for at rettsvern er etablert. Gjennom omstøtelsesreglene kan konkursboet hindre at kreditorene blir forfordelt i konkursen. I de fleste tilfeller vil omstøtelsesreglene dermed innebære at det ikke vil være i strid ordre public å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom basert på en early termination-klausul. Som vi skal se i punkt 4.5, kan det tenkes spesielle situasjoner hvor omstøtelsesreglene ikke er tilstrekkelige, og hvor det kan være aktuelt å se hen til ordre public.

### **4.3 Hensynene bak reglene om heving ved konkurs**

#### **4.3.1 Innledning**

For å vurdere om en voldgiftsdom er i strid med ordre public må det tas utgangspunkt i hensynene som begrunner de aktuelle konkursreglene i norsk rett. Det er hensynene som ligger bak bestemmelsene, og ikke de materielle bestemmelsene i seg selv, som i tilfelle beskyttes av ordre public. Det er derfor sentralt for den videre ordre public-vurderingen å identifisere hvilke hensyn som ligger bak de ovenstående konkursrettslige reglene som påvirker partenes adgang til å heve en kontrakt i konkurs.

---

<sup>262</sup> Nazarian (2001) s.541.

<sup>263</sup> NOU 1972:20 s.320.

<sup>264</sup> Dekningsloven kapittel 5. De mest aktuelle omstøtelsesreglene vil være dekningsloven § 5-5 om omstøtelse av ekstraordinær betaling (dersom skyldneren oppfyller frivillig) og § 5-8 om omstøtelse av utleggspant. I alle tilfeller vil den alminnelige subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9 kunne komme inn. Se videre punkt 4.5.6.3.

### 4.3.2 Begrunnelsen for dekningslovens preseptivitet

Utgangspunktet etter norsk rett er at hevingsretten i konkurs må ligge innenfor de rammer som lovgiver har oppstilt. Forarbeidene peker på de betenkeligheter som gjør seg gjeldende ved å tillate at partene inngår avtaler som har virkning ved konkurs:

«På kontraktstiden vil den enkelte avtalepart vanligvis betrakte sin egen insolvens som en meget fjern mulighet, han vil iallfall ikke føle seg kallet til å ivareta sitt eventuelle konkursbos interesse. Risikoen for at motparten blir insolvent og går konkurs vil langt lettere bli tatt i betraktning; begge parter vil av den grunn ofte finne det naturlig at det blir tatt inn visse klausuler om insolvenssituasjonen i kontraktsformularer av forskjellig type. At klausulene blir temmelig ensidig til ugunst for boet, ligger i hele situasjonen. Boene er så å si uvedkommende tredjemenn som ingen av partene ønsker å beskytte. En naturlig konsekvens av dette er at avtalen for så vidt bare binder partene, ikke tredjemand, boet.»<sup>265</sup>

Reglene i kapittel 7 er preseptoriske av hensyn til boet og kreditorfellesskapet. Boet har behov for beskyttelse for å kunne foreta en rasjonell bobehandling.<sup>266</sup> Dersom en avtale om hevingsrett ved konkurs var bindende for boet, ville det gjort et stort skår i inntredelsesretten, og slike avtaleklausuler må derfor fra et rent praktisk synspunkt erklæres uforbindende for boet.<sup>267</sup> I dekningsloven har man foretatt en avveining av boets og motpartens interesser, og det er derfor ikke ønskelig at man skal kunne avtale seg bort fra dette.<sup>268</sup>

### 4.3.3 Hensynene bak inntredelsesretten

Formålet med boets inntredelsesrett etter § 7-3 første ledd er også i første rekke å beskytte boet og kreditorene. I følge forarbeidene skal inntredelsesretten ivareta hensynet til rasjonell og praktisk bobehandling.<sup>269</sup> Boets oppgave er å avvikle virksomheten til skyldneren. Dette arbeidet ville blitt mye vanskeligere om alle kontrakter ble avsluttet på dagen, for eksempel leieavtale til lokale eller maskiner. Forarbeidene viser bare til hensynet til rasjonell avvikling

---

<sup>265</sup> NOU 1972:20 s.310.

<sup>266</sup> NOU 1972:20 s.311.

<sup>267</sup> NOU 1972:20 s.311.

<sup>268</sup> Nazarian (2012) s.62.

<sup>269</sup> Se NOU 1972:20 s.311.

av boet, men det er klart at også hensynet til en økonomisk lønnsom avvikling kan begrunne inntredelsesretten.<sup>270</sup> Reglene gir boet mulighet til å utnytte de verdier som ligger i skyldnerens kontraktportefølje,<sup>271</sup> og kan oppnå en gevinst ved inntreden som kan komme kreditorfellesskapet til gode.<sup>272</sup>

Utøvelse av inntredelsesrett kan fra denne synsvinkelen sees som en form for beslag, til tross for at bestemmelsen er plassert i dekningslovens kapittel 7 om skyldnerens kontraktmessige forpliktelser.<sup>273</sup> Ved utøvelse av inntredelsesretten kan man se det slik at boet tar beslag i skyldnerens uoppfylte kontrakter for å bringe inn midler til fordeling på kreditorene, i likhet med andre rettigheter eller eiendeler tilhørende skyldneren.<sup>274</sup> Brækhus fremholder at:

«Debitors gode kontrakter kan representere en viktig del av hans aktiva; hvis alle kontrakter automatisk falt bort som følge av konkursen, ville det å slå debitor konkurs bli enda mer betenkelig fra et kreditorsynspunkt enn det allerede er.»<sup>275</sup>

Klausuler som gir rett til å terminere kontrakten ved konkurs virker dermed som private beslagsforbud som begrenser kreditorfellesskapets dekningsmuligheter.<sup>276</sup> Det vil være veldig uheldig for kreditorfellesskapet om det skulle vært fri adgang for kontrahentene til å sette slike begrensninger for boet gjennom avtale.<sup>277</sup>

---

<sup>270</sup> Nazarian (2012) s.92.

<sup>271</sup> Andenæs (2009) s.210

<sup>272</sup> Tjaum (1996) s.362-363. Boken er skrevet om swap-avtaler, som er en type derivatavtale, hvor det å oppnå gevinst gjennom inntreden i avtalen potensielt kan ha stor verdi. Argumentet må likevel kunne ha relevans for andre avtaletyper.

<sup>273</sup> Konkurslovens første del omhandler hva som er gjenstand for kreditorenes beslagsrett. Som Tjaum (1996) på s.363 uttrykker det: «Reglene om bobehandlingens innvirkning på skyldnerens kontraktmessige forpliktelser må kunne sies å ha ett ben i hver leir».

<sup>274</sup> Nazarian (2012) s.93.

<sup>275</sup> Brækhus (1970) s.163.

<sup>276</sup> Brækhus (1970) s.170-171.

<sup>277</sup> Jf. Brækhus (1970) s.171.



#### 4.3.4 Formålet med regler om omstøtelse

Omstøtelsesreglens hovedformål er å beskytte kreditorene mot skadegjørende disposisjoner fra skyldnerens side.<sup>278</sup> Omstøtelsesreglene skal motvirke at boet tappes for aktiva forut for den formelle boåpningen, enten i form av boforringende disposisjoner eller i form av forfordeling av kreditorer.<sup>279</sup> Omstøtelsesreglene skal også forhindre at tilfeldigheter avgjør hvem som får dekning i den siste perioden før konkurs.<sup>280</sup> For å sikre prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs er det nødvendig å kunne gripe inn i disposisjoner foretatt før konkursåpningen, ettersom kampen om skyldnerens midler starter før den formelle konkursåpningen begynner.<sup>281</sup>

En del av omstøtelsesreglene skal ramme transaksjoner som etter sitt innhold er eller antas å være illojale overfor kreditorene.<sup>282</sup> Slike disposisjoner vil i særlig grad krenke hensynet til de øvrige kreditorer og den likedeling som dekningslovens regler søker å fremme.<sup>283</sup> Omstøtelse er en så viktig side ved konkursinstituttet at det er nær sammenheng mellom omstøtelsesreglens formål og selve konkursinstituttets formål.<sup>284</sup> Andenæs fremholder at:

«De likhets- og effektivitetshensyn som konkursinstituttet bygger på, tilsier at det må være adgang til å sette strek over disposisjoner før boåpningen som står i sammenheng med insolvensen og har eller kan antas å ha et illojalt preg overfor de øvrige fordringshavere.»<sup>285</sup>

---

<sup>278</sup> NOU 1972:20 s.281.

<sup>279</sup> Andenæs (2009) s.286.

<sup>280</sup> Nazarian (2012) s.143.

<sup>281</sup> Nazarian (2012) s.142.

<sup>282</sup> NOU 1972:20 s.281.

<sup>283</sup> Dette hensynet gjør seg særlig gjeldende for den alminnelige subjektive omstøtelsesregel i dekningsloven § 5-9.

<sup>284</sup> Andenæs (2009) s.286.

<sup>285</sup> Andenæs (2009) s.286.

### **4.3.5 Det gjennomgående hensyn: Beskyttelse av kreditorer og likebehandling**

Som det ovenstående viser er det flere begrunnelser og hensyn som danner bakgrunnen for de norske reglene som beskytter boet fra medkontrahentens ønske om å heve kontrakten før eller i konkurs. Det er likevel et fellestrekk som utpeker seg: Alle reglene er av en slik karakter at de først og fremst tar sikte på å sikre kreditorfelleskapets interesser. Både reglene om beslagsretten, rettsvern, omstøtelse og boets rett til å tre inn i skyldnerens avtaler er med på å sikre best mulig dekning for kreditorfelleskapet og fordele midlene blant kreditorene på en rettferdig måte.<sup>286</sup> Det er et grunnleggende hensyn for konkursinstituttet at skyldnerens midler skal fordeles rettferdig mellom kreditorene, slik at det ikke oppstår tilfeldige og urimelige forskjeller mellom kreditorene. Konkurs er basert på den grunntanke at alle kreditorer skal bære sin forholdsmessige del av tapet dersom det ikke er nok midler til å dekke alle krav fullt ut.<sup>287</sup> Fra denne grunntanken kan man også utlede et prinsipp om likebehandling av kreditorene i konkurs, som innebærer at ingen usikret kreditor i konkurs skal få et uberettiget fortrinn til dekning i konkurs på bekostning av de andre kreditorene.

Det er altså hensynet til kreditorfelleskapet, som manifesterer seg i prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs, som utpeker seg som det fremtredende hensynet bak konkursreglene.<sup>288</sup> Hensynet til kreditorfelleskapet og prinsippet om likebehandling vil stå sentralt i de påfølgende drøftelsene av om en voldgiftsdom er i strid med ordre public.

## **4.4 Voldgiftsdom som opprettholder en early termination-klausul i konkurs ved avtale om varekjøp**

### **4.4.1 Problemstillingen**

Problemstillingen som skal analyseres i det følgende eksempel er om en voldgiftsdom som opprettholder en early termination-klausul overfor et konkursbo kan kjennes ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet fordi den er i strid med ordre public. Utgangspunktet for vurderingen er voldgiftsloven §§ 43 og 46 annet ledd, hvor det heter at voldgiftsdommen må «virke støtende på rettsordenen». Om voldgiftsdommen er støtende på rettsordenen beror på en konkret

---

<sup>286</sup> Huser (1987) s.34.

<sup>287</sup> Andenæs (2009) s.11. Se også Brækhus (1991) s.7.

<sup>288</sup> NOU 1993:16 s.58.

avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende. For å kunne avveie hensynene må det tas utgangspunkt i en konkret situasjon som kan danne basis for ordre public-drøftelsen.

#### 4.4.2 Situasjonsbeskrivelse

Det norske selskapet Datacomp AS inngår en avtale om levering av dataprogramvare til det tyske selskapet Heidel Tech. Kjøpesummen er 1 million EUR, som skal betales ved levering. Datacomp skal spesialtilpasse programvaren til Heidels virksomhet, og levering blir satt til fem måneder etter avtaleinngåelsen. I kontrakten er det inntatt en «early termination»-klausul, som gir hver av partene rett til å heve avtalen dersom den andre parten blir insolvent. Partene bestemmer at avtalen skal reguleres av tysk rett, og avtalen inneholder også en voldgiftsklausul.

Datacomp blir insolvent like før leveringstidspunktet, og konkurs blir åpnet i Norge etter norske konkursrettslige regler. Kontrakten er ved konkursåpningen uoppfylt fra begge sider. I mellomtiden har Heidel blitt kjøpt opp av et annet firma som allerede har et programvaresystem som de vil implementere hos Heidel. Heidel ønsker derfor å heve avtalen etter «early termination»-klausulen, og sender melding om dette til Datacomps konkursbo. Boet ønsker imidlertid å tre inn i avtalen med Heidel, ettersom det kun gjenstår noen justeringer før programvaren er klar til levering. Datacomp har ingen andre vesentlige verdier, og betalingen fra Heidel er av avgjørende betydning for dekningen til de øvrige kreditorene. Boet hevder at Heidel ikke har adgang til å heve avtalen fordi det er i strid med norsk konkurslovgivning. Det oppstår tvist mellom boet og Heidel.

Konkursboet reiser sak for voldgiftsrett hvor de nedlegger påstand om at Heidel skal betale 1 million EUR til boet som vederlag for leveransen. Konkursboet mener det er norsk rett som skal anvendes på tvisten mellom partene, med den konsekvens at boet har rett til å tre inn i kontrakten og avskjære Heidels mulighet til å heve. Voldgiftsretten legger imidlertid partenes lovvalg til grunn for løsningen av tvisten, og stadfester Heidels rett etter kontrakten til å heve avtalen på grunn av insolvensen. Voldgiftsdommen frifinner altså Heidel for påstanden om betaling.

Det er indikasjoner i litteraturen på at det er adgang til å heve uoppfylte kontrakter i konkurs etter tysk rett, se Nazarian (2004) s.161, som viser til en avgjørelse av BGH avsagt 11. november 1993. Hun skriver videre at løsningen i dommen ble videreført i den tyske konkursloven, *Insolvenzordnung* (InsO) vom 5. Oktober 1994, etter grundig debatt. Ved undersøkelse av en engelsk oversettelse av InsO kan jeg ikke se at det står noe om hevingsadgang i konkurs. Tvert i mot synes lovens § 103 å gi boet inntredelsesrett i uoppfylte kontrakter. Som

påpekt i punkt 3.5 er det ikke avgjørende for ordre public-vurderingen hvordan tysk rett virkelig er, så lenge voldgiftsretten har kommet til det resultat at Heidel har rett til å terminere kontrakten etter early termination-klausulen. Det er resultatet av voldgiftsdommen som er interessant i en ordre public-vurdering.

Boet anlegger ugyldighetssøksmål ved norske domstoler hvor de hevder at voldgiftsavgjørelsen er i strid med ordre public fordi den krenker boets rettsstilling etter norsk konkursrett, og frarøver de øvrige kreditorene for dekning.<sup>289</sup>

#### **4.4.3 Utgangspunktet: Voldgiftsdommen er endelig og bindende**

Problemstillingen er om voldgiftsdommen i favør av Heidel skal kjennes ugyldig etter voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav b. Vurderingstemaet er om resultatet av å anerkjenne voldgiftsdommen vil «stride sterkt med vår rettsfølelse».<sup>290</sup> Utgangspunktet er at voldgiftsdommer er endelig og bindende for partene, og skal anerkjennes og tvangsfullbyrdes av nasjonale domstoler. Dette er grunntanken bak et effektivt voldgiftsinstitutt, og er tungtveiende argumenter mot at ordre public-innsigelsen skal komme til anvendelse. Resultatet av voldgiftsdommen må innebære en så betydelig krenkelse av beslagsretten og prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs, at det må gjøres unntak fra utgangspunktet om at voldgiftsdommer er endelig og bindende.

#### **4.4.4 Insolvensrettslige hensyn kan omfattes av ordre public**

Resultatet av at voldgiftsdommen anerkjennes er at Heidels hevingsrett etter early termination-klausul opprettholdes overfor boet, til tross for at det er i strid med norsk rett.<sup>291</sup> Voldgiftsdommen innebærer en krenkelse av hensynet til kreditorer i konkurs fordi virkningene av dommen begrenser boets rett til inntreden i kontrakten, og går på bekostning av kreditorenes dekningsmuligheter.

Spørsmålet om en voldgiftsdom som stadfester en early termination-klausul i konkurs må settes til side som ugyldig på grunn av ordre public-strid har ikke vært behandlet av norske domstoler. Det eksisterer heller ikke norsk rettspraksis som mer generelt tar opp spørsmålet

---

<sup>289</sup> Det legges til grunn at voldgiftsretten hadde sete i Norge. Boet reiser derfor ugyldighetssøksmål ved norske domstoler etter voldgiftsloven kapittel 9.

<sup>290</sup> Jf. formuleringen i Rt.2011 s.531 avsnitt 52, jf. Rt.2009 s.1537.

<sup>291</sup> Det forutsettes at denne situasjonen er i strid med norsk rett. For øvrig vises til redegjørelsen for norsk rett på området i punkt 4.2.

om konkursrettslige prinsipper er beskyttet av ordre public. Det er imidlertid uttalelser i norsk juridisk litteratur som påpeker at insolvensretten utgjør ett av rettsområdene som kan aktualisere ordre public, fordi reglene har som formål å verne tredjepersoner (kreditorfelleskapet).<sup>292</sup> Cordero-Moss presiserer at hensynet til å sikre likebehandling av kreditorene i konkurs for å unngå en urettmessig begunstigelse av en kreditor på bekostning av kreditorfelleskapet, må anses som et fundamentalt prinsipp:<sup>293</sup>

«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.»<sup>294</sup>

Også Konow fremholder at konkursrettslige regler som beskytter kreditorene kan ha ordre public-karakter:

«verdier som fair konkurranse mellom næringsdrivende og hensyn til kreditor beskyttelse ved insolvens kan være aktuelle samfunnsmessige verdier som ordre public-regelen vil kunne verne.»<sup>295</sup>

I internasjonal litteratur anses også de sentrale begrensningene i partsautonomien på insolvensrettens område for å være beskyttet av ordre public, herunder prinsippet om likebehandling av kreditorene.<sup>296</sup> Lazić skriver for eksempel at:

«some provisions of insolvency laws may have to be observed in order to ensure validity of the award. These are provisions intended to preserve basic principles of insolvency

---

<sup>292</sup> Cordero-Moss (2013) s.60, 167 og 275. Se også Cordero-Moss (2008) s.35, Cordero-Moss (2010) I s.475 og Cordero-Moss (2009) s.366 og 367.

<sup>293</sup> Se Cordero-Moss (2010) I s.474 og 475, Cordero-Moss (2010) II s.321, Cordero-Moss (2009) s.363, Cordero-Moss (2008) s.35 og Cordero-Moss (2007) s.712.

<sup>294</sup> Cordero-Moss (2010) s.475.

<sup>295</sup> Konow (2012) note 23.

<sup>296</sup> Se Lazić (1998) s.305, Kröll (2011) s.222 og 223, Mantilla-Serrano (1995) s.70 og Baizaeu (2009) s.102.

law, such as the principle of ‘equal treatment of creditors’ (*par conditio creditorum*), violation of which may be considered as contrary to public policy.»<sup>297</sup>

Disse uttalelsene fra teorien er i stor grad basert på utenlandsk rettspraksis som har behandlet spørsmålet om gyldigheten av eller fullbyrdelsen av voldgiftsdommer som går på tvers av konkursretten i den relevante jurisdiksjonen.<sup>298</sup> I Frankrike har prinsippet om likebehandling av kreditorer blitt betraktet som et anliggende for ordre public.<sup>299</sup> Det fremgår av fransk rettspraksis at en voldgiftsdom ikke kan dømme en insolvent skyldner til å betale, uten å risikere at dommen blir kjent ugyldig fordi den strider mot ordre public da den bryter med likebehandlingsprinsippet.<sup>300</sup> Den aktuelle franske rettspraksisen retter seg mot den delen av likebehandlingsprinsippet som går på suspensjon av kreditorenes enkeltforfølgelse. I redegjørelsen for de aktuelle hensynene har jeg fokusert på den delen av likebehandlingsprinsippet som innebærer at ingen kreditor skal få en fortrinnsrett i konkurs på bekostning av de andre kreditorenes dekningsmulighet. Det underliggende resultatet er imidlertid det samme: de øvrige kreditorene skal vernes mot at deres posisjon i konkurs blir forringet av en annen kreditor som forsøker å snike til seg bedre rett. Rettspraksisen fra Frankrike viser at hensynet til kreditorer i konkurs er et viktig og relevant hensyn i en ordre public-vurdering.

Det finnes også holdepunkter for å si at den delen av likebehandlingsprinsippet som omhandler at ingen kreditor skal kunne få en uberettiget sikkerhetsrett fremfor andre kreditorer gjennom voldgiftsdommen, omfattes av ordre public. I forbindelse med en redegjørelse for hvilke sentrale konkursrettslige begrensninger som kan utgjøre ordre public, uttaler Kröll:

«Furthermore, no creditor should be entitled to obtain additional securities such as bank guarantees for his claim making fulfilment of a pre-existing debt more likely».<sup>301</sup>

---

<sup>297</sup> Lazić (1998) s.305.

<sup>298</sup> Den utenlandske rettspraksisen som trekkes frem i avhandlingen er ikke ment å være en uttømmende redegjørelse for rettspraksis om spørsmålet om ordre public og konkurs. Det finnes flere avgjørelser både for og i mot ordre public-strid. Det kan vises til Cordero-Moss (2008) s.35, Rosell og Prager (2001), Kröll (2011), Lazić (1998) s.305 flg. og Kronke m.fl.(2010) s.378 flg. med henvisning til videre rettspraksis.

<sup>299</sup> Mantilla-Serrano (1995) s.70. Se nærmere om de aktuelle franske dommene i punkt 4.5.5 nedenfor.

<sup>300</sup> Rosell og Prager (2001) s.422

<sup>301</sup> Kröll (2011) s.223.

Til inntekt for dette kan det vises til en voldgiftsavgjørelse fra 1990.<sup>302</sup> Voldgiftsretten fant at en dom som gir en kreditor bankgaranti for kravet ikke var i strid med prinsippet om suspensjon av enkeltforfølgning, men avviste likevel kravet om en bankgaranti. Voldgiftsretten fant at et slikt krav ville stride mot prinsippet om likebehandling av kreditorene. Det blir fremhevet i dommen at konkursbehandlingen bør ta sikte på å ivareta rettighetene til alle kreditorer, og sikre at ikke noen kreditorer får rettigheter til skade for andre kreditorer eller massene. Voldgiftsretten mente at å tilkjenne kreditoren en form for garanti, ville hjelpe denne kreditoren på bekostning av andre, slik at prinsippet om likebehandling mellom usikrede kreditorer ikke blir respektert, og det vil være i strid med ordre public.<sup>303</sup> Voldgiftsretten sier videre at prinsippet om likestilling mellom usikrede kreditorer er et prinsipp om rettferdighet, og derfor universelt anerkjent i konkursrett. Denne dommen er nærmere de hensynene jeg har presentert i punkt 4.3, og underbygger at også slike hensyn kan omfattes av ordre public.

Til støtte for mange av sine uttalelser om at insolvensrett kan utgjøre ordre public viser Cordero-Moss til en avgjørelse av *United States Court of Appeals*, som gjaldt spørsmålet om fullbyrdelse av en voldgiftsdom avsagt i London som påla en svensk, insolvent part å betale en sum penger.<sup>304</sup> Den svenske parten var under konkursbehandling i Sverige. Domstolen fant at «in light of Salen's bankruptcy, [the] enforcement would conflict with the public policy of ensuring equitable and orderly distribution of local assets of a foreign bankrupt.» Videre uttaler domstolen at:

«Any distribution of Salen's limited assets is likely to affect other creditors, not parties to the proceeding, who obeyed the Swedish court's stay and sought relief only in the bankruptcy proceeding. By attaching Salen's local assets after its declaration of bankruptcy, Victrix attempted to secure a 'captive fund' to satisfy the anticipated arbitration award.»

---

<sup>302</sup> Voldgiftsavgjørelse fra ICC, *Société Casa v Société Cambior*, Case No. 6697, 26. desember 1990.

<sup>303</sup> Voldgiftsdommen belager seg på ordre public etter retten i Luxemburg.

<sup>304</sup> *Salen Dry Cargo AB v. Victrix Steamship Co.* i (1990) Yearbook Commercial Arbitration XV, s.534 flg.

Den amerikanske domstolen ville altså ikke fullbyrde voldgiftsdommen som påla betaling, for å forhindre at en kreditor fikk en fortrinnsrett i konkurs, på bekostning av de andre kreditorenes dekningsmuligheter.<sup>305</sup> Dommen er et eksempel på at insolvensretten er relevant i en ordre public-vurdering.

Det må påpekes at *Salen Dry Cargo*-saken omhandlet betydningen av en utenlandsk insolvensprosess for fullbyrdelse av en voldgiftsdom i USA. I denne sammenheng er det grunn til å trekke frem Rt.2013 s.556, hvor Høyesterett kom til at utenlandsk konkursbehandling ikke hindret enkeltforfølging eller fellesforfølging av debitorens aktiva i Norge.<sup>306</sup> Det kan derfor tenkes at saksforholdet i *Salen Dry Cargo*-saken ville fått et annet utfall i Norge. Henvisningen til den amerikanske dommen er ikke ment som et argument for at man i norsk rett bør anerkjenne utenlandske konkursbehandlinger, men kun for å vise at andre stater legger stor vekt på likebehandlingsprinsippet i en ordre public-vurdering av en voldgiftsdom. I *Salen Dry Cargo*-saken anså domstolen likebehandlingsprinsippet som så viktig at de nektet å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom som stred mot prinsippet, selv når konkursbehandlingen ikke en gang fant sted i deres eget land. I vårt eksempel hvor det er snakk om konkursbehandling i Norge, kan det tenkes at ordre public-dimensjonen blir enda sterkere.<sup>307</sup>

Samlet viser både litteratur og utenlandsk rettspraksis at hensynet til kreditorene i konkurs er et viktig hensyn som kan være beskyttet av ordre public. Den samlede beslagleggelsen av skyldnerens aktiva, og dertil forholdsmessig deling mellom kreditorene, må anses som bærebjelken i konkursinstituttet. At prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs anses som et viktig prinsipp i norsk rett bekreftes av at skyldneren er pålagt en viss straffesanksjonert plikt til å påse at kreditorene får lik dekning.<sup>308</sup>

---

<sup>305</sup> Cordero-Moss (2010) I s.475.

<sup>306</sup> Selve spørsmålet i saken var om utleggspant som var gyldig stiftet etter norsk rett kunne omstøtes etter dekningsloven med grunnlag i en utenlandsk insolvensbehandling. I denne saken var tvangsgrunnlaget for kravet til og med en voldgiftsdom.

<sup>307</sup> Se Gaarder og Lundgaard (2000) s.107-108, som fremholder at tvistens tilknytning til Norge kan være av betydning for ordre public-vurderingen.

<sup>308</sup> Straffeloven § 282: «Med bøter 2 eller fengsel 3 inntil 2 år straffes en skyldner som forsettlig eller grovt uaktsomt gir en fordringshaver oppgjør eller sikkerhet, dersom skyldneren er, blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent 4 ved handlingen, og derved forringer fordringshavernes dekningsutsikt i betydelig grad.»



Selv om hensynet til beskyttelse av kreditorfelleskapets dekningsmuligheter og prinsippet om likedeling er to grunnleggende hensyn i konkursretten er det ingen automatikk i at en krenkelse av disse hensynene innebærer en krenkelse av ordre public. Det er viktig å minne om at ordre public-reservasjonen er en sikkerhetsventil som er forbeholdt de mest alvorlige tilfellene, og det skal «*svært meget* til for at ordre publicregelen får anvendelse» (min kursivering).<sup>309</sup> På denne bakgrunn vil hensynet til voldgiftsinstituttet som oftest veie tyngst. Dersom hensynet til voldgift skal settes til side må det være fordi hensynet til kreditorene i det konkrete tilfellet må veie tyngre. I det følgende vil jeg foreta en konkret avveining av hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet, mot hensynet til et effektivt og forutberegnelig voldgiftsinstitutt i situasjonen mellom Heidel og Datacomps konkursbo. Jeg vil innimellom foreta små variasjoner i situasjonen for å vise at vektingen av hensynene kan slå ulikt ut i ulike tilfeller.

#### **4.4.5 Avveining av hensynene**

##### **4.4.5.1 Betydningen av heving for kreditorene**

I den foreliggende situasjonen ønsker konkursboet å tre inn i avtalen med Heidel, ettersom programvaren er klar til levering og de dermed vil kunne nyttiggjøre seg betalingen for leveransen til gunst for de øvrige kreditorene. Når Heidel gis adgang til å terminere kontrakten innebærer det at boet blir fratatt et aktivum de kan ta beslag i, jf. dekningsloven § 2-2.<sup>310</sup> Dette går på bekostning av kreditorene ved at deres dekningsmulighet blir svekket når den avtalte kjøpesummen ikke tilfaller boet.

I situasjonsbeskrivelsen fremgår det at betalingen fra Heidel var avgjørende for kreditorfelleskapets dekningsmuligheter, da boet ikke hadde andre store verdier som kunne fordeles mellom kreditorene. Ettersom programvaren skulle spesialtilpasses vil det være vanskelig for boet å selge denne videre til andre. Resultatet av voldgiftsdommen er at kreditorene ikke får noe til dekning for sine krav mot Datacomp, mens Heidel er skadesløs. I et slikt tilfelle hvor kreditorenes dekningsmuligheter blir betydelig forringet vil antagelig hensynet til kreditorene veie

---

<sup>309</sup> Jf. Rt.1996 s.1288 på side 1291.

<sup>310</sup> En fordring vil være et formuesgode som omfattes av beslagsretten, jf. Andenæs (2009) s.89.

tyngre enn hensynet til voldgift.<sup>311</sup> Beløpets størrelse er et moment i seg selv som kan gjøre utslag i avveiningen.<sup>312</sup> Jo større beløpet er, både absolutt og sett i forhold til selskapets øvrige verdier, jo mer blir kreditorenes dekningsmuligheter påvirket av voldgiftsdommen. I denne situasjonen er konsekvensen av voldgiftsdommen at boet blir fratatt verdier til 1 million EUR, hvilket tilsvarer ca 8 millioner NOK. I eksempelet må det sies å være et betydelig beløp, som også trekker i retning av at hensynet til kreditorene vil veie tungt.

Det kan tenkes at det ville vært vurdert på en annen måte dersom betalingen fra Heidel ikke var avgjørende for dekningen til kreditorfellesskapet. La oss ta som eksempel at det i boet inngikk andre verdier som skulle fordeles mellom de usikrede kreditorene, og at fordringen på Heidel var svært liten. Det er ikke en like betydelig krenkelse av hensynet til kreditorene dersom boet blir fratatt en mindre fordring på f.eks. 1000 EUR, og i tillegg har noen andre verdier som kan gå til dekning for kreditorene.<sup>313</sup> I et slikt tilfelle vil man antagelig falle ned på at hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt vil veie tyngre, og at voldgiftsdommen blir stående.

Vi kan også se for oss at det i tillegg til Heidel bare er én annen kreditor i Datacomps konkursbo, og at denne har en bankgaranti som sikrer deler av dens krav mot Datacomp. For den overskytende delen vil kreditoren være en usikret kreditor. Når denne kreditoren får dekning gjennom bankgarantien for deler av sitt krav, kan det hevdes at hensynet til kreditoren ikke i like stor grad blir krenket gjennom en anerkjennelse av voldgiftsdommen. Når kreditorenes utsikter til dekning for sine krav ikke blir betydelig forringet av voldgiftsdommen vil hensynet til voldgift veie tyngre enn hensynet til kreditorene.

---

<sup>311</sup> Det er et vilkår etter straffeloven § 282 at kreditorbegunstigelsen «forringer fordringshavernes dekningsutsikt i betydelig grad». Det må derfor også være relevant for en ordre public-vurdering i hvilken grad den omtvistede fordringen er avgjørende for kreditorenes dekningsmuligheter.

<sup>312</sup> Det bekreftes av Rt.1985 s.779, hvor et beløp på kr 962.000 ble ansett som «betydelig» i relasjon til straffeloven § 282 både absolutt og i forhold til underbalansen, som var på kr 5,2 millioner.

<sup>313</sup> Relevansen av dette momentet styrkes av at en skyldner ikke kan straffes for kreditorbegunstigelse etter straffeloven § 282 ved å betale småposter, jf. Andenæs (2008) s.456.

#### 4.4.5.2 Motivet for heving

Som det fremgår av faktum er bakgrunnen for at Heidel ønsker å heve kontrakten at de ikke lenger trenger den programvaren som Datacomp tilbyr fordi de er blitt kjøpt opp av et annet firma som har et annet system. Heving skjer ikke med det spesifikke formål å skaffe seg dekning i konkurs, og har i utgangspunktet ikke karakter av omgåelse av konkursreglene. Det taler mot at hensynet til kreditorene er krenket på en slik måte at hensynet til en endelig voldgiftsdom må vike. På en annen side har early termination-klausulen karakter av omgåelse i seg selv. Heidel bruker ordlyden i kontraktklausulen til å komme seg ut av kontrakten av helt andre hensyn enn at kontraktsparten ikke kan oppfylle kontrakten som avtalt. Selv om Heidel heving ikke direkte er motivert av å få en fordel i konkurs, er det ikke nødvendigvis beskyttelsesverdig.

Bakgrunnen for at Heidel ønsker å heve kontrakten er relevant i vurderingen av om det vil være i strid med ordre public å anerkjenne dommen. I den forbindelse kan det vises til *Salen Dry Cargo*-saken som ble redegjort for ovenfor, hvor en voldgiftsdom ble nektet anerkjent fordi den var i strid med ordre public.<sup>314</sup> Her uttalte den amerikanske domstolen at «We will not aid Victrix's effort to *evade* the writ of the Swedish bankruptcy court» (min kursivering). Det er lettere å si at det er i sterkt i strid med vår rettsfølelse dersom early termination-klausulen, og selve termineringen av kontrakten, har preg av illojalitet og omgåelse av de konkursrettslige reglene som skal sikre boet og likebehandling av kreditorene.

#### 4.4.5.3 Beskyttelse av boet

Hensynet til rasjonell avvikling av boet er et annet hensyn som begrunner boets rett til inntreden i skyldnerens uoppfylte kontrakter. Dette hensynet gjør seg først og fremst gjeldende der skyldneren er realdebitor. I den foreliggende situasjonen med Heidel og Datacomp gjør ikke dette hensynet seg gjeldende. Her er det først og fremst boets interesse av den økonomiske verdien av kontrakten som begrunner boets ønske om å tre inn i kontrakten. Verdien ligger i at programvaren er klar til levering, slik at boet må yte minimalt med innsats for å få betalingen som kan komme kreditorfellesskapet til gode. Det er i teorien hevdet at der boets inntredelsesrett er begrunnet i økonomiske hensyn, er det ikke like stor grunn til å nekte avtalt heving i

---

<sup>314</sup> *Salen Dry Cargo AB v. Victrix Steamship Co.* (1990)

konkurs.<sup>315</sup> Resultatet av voldgiftsdommen som håndhever early termination-klausulen mot konkursboet vil imidlertid fremdeles utgjøre en krenkelse av hensynet til kreditorene og prinsippet om likebehandling. Selv om hensynet til rasjonell avvikling ikke gjør seg gjeldende her, må hensynet til kreditorene avveies mot andre hensyn.

Dersom boet ikke kan avvikles på en god og forsvarlig måte som følge av voldgiftsdommen, kan det få betydning for ordre public-vurderingen. Vi kan se for oss at situasjonen gjaldt en leieavtale til Datacomps kontorlokaler, og at voldgiftsdommen opprettholdt en early termination-klausul som hevet leiekontrakten for kontorlokalet med umiddelbar virkning. Det ville medført at konkursboet ikke fikk tid til å foreta en fornuftig avvikling av virksomheten fordi de ikke hadde tilgang til lokalene. Tilsvarende kan man tenke seg dersom avtalen gjaldt levering av strøm, lisens til programvare eller internett til Datacomp. Slike kontrakter kan være avgjørende for at boet kan avvikles på en ordnet måte. Etter min mening er dette tilfeller hvor hensynet til bobestyrerens mulighet for rasjonell avvikling av boet blir krenket på en slik måte at det må veie tyngre enn hensynet til voldgift. På den annen siden kan man se for seg at avtalen gikk ut på å levere pinner eller mineralvann til den konkursrammede bedriften. Dette er ikke kontrakter som er helt avgjørende for at bobestyreren kan foreta en forsvarlig og rasjonell avvikling av boet, og hensynet til boet blir ikke krenket i like stor grad. Da vil hensynet til voldgift og hensynet til motpartens forutberegnelighet veie tyngre.

#### 4.4.5.4 Medkontrahentens behov for å heve

Formålet med early termination-klausuler er å verne seg mot tap når medkontrahenten går konkurs, og i visse tilfeller kan motparten ha et særlig behov for et slikt vern. Dekningsloven åpner i stor grad for en mulighet til å heve avtalen i konkurs av hensyn til medkontrahenten.<sup>316</sup> Mitt eksempel er forutsatt å være i strid med norsk rett, og Heidel har dermed ikke har adgang til å heve basert på unntakene etter dekningsloven § 7-3 annet ledd. Medkontrahentens interesser kan imidlertid også bli skadelidende i avtaler som *ikke* er unntatt inntreden etter sin art. De samme hensynene som ligger bak begrensningen på inntredelsesretten vil kunne være relevant i en ordre public-vurdering. Dersom den konkrete situasjonen er slik at medkontrahent-

---

<sup>315</sup> Nazarian (2004) s.165.

<sup>316</sup> Som nevnt i punkt 4.2.3 gjør loven unntak fra boets rett til inntreden der det følger av «avtalens art», jf. dekningsloven § 7-3 annet ledd, og som nevnt anses unntakene å være betydelige.

ten har et legitimt behov for å benytte seg av early termination-klausulen, vil det, sammen med hensynet til voldgift, tale for at voldgiftsdommen som opprettholder early termination-klausulen bør bli stående.

I dette eksempelet kan det imidlertid ikke sies at hensynet til Heidels behov for å heve er tungtveiende nok. Når boet vil tre inn i avtalen vil formålet med early termination-klausulen falle bort, fordi boet blir forpliktet på avtalens vilkår, jf. dekningsloven § 7-4 første ledd. Datacomps konkursbo ønsker å tre inn i avtalen med Heidelberg, og det må forutsettes at de kan levere en kontraktsmessig ytelse til rett tid, ettersom programvaren er nesten klar til levering. Heidelberg har tatt en risiko ved å inngå avtalen med Datacomp, og når det så viser seg at Heidelberg ikke trenger kontrakten lenger, er det ingen grunn til å gi selskapet et særlig vern fordi det nå er Datacomps konkursbo som skal oppfylle.<sup>317</sup> Datacomps kreditorer har på sin side krav på best mulig dekning av sine krav. Hvis konkursåpning medførte at boet ikke kunne nyttiggjøre seg de verdiene skyldnerens uoppfylte kontrakter kan utgjøre, ville det være svært uheldig sett fra kreditorfellesskapets side.<sup>318</sup> I denne situasjonen må hensynet til kreditorene veie tyngre enn hensynet til Heidels interesse i å heve.

Det kan tenkes andre tilfeller hvor Heidelberg vil ha et beskyttelsesverdig behov for å heve kontrakten med Datacomp. For eksempel dersom det gjenstod mye teknisk arbeid som Datacomp ikke kan utføre ordentlig fordi de har nedbemannet og mistet nøkkelpersonell. I en slik situasjon er det en mulighet for at Heidelberg ikke får en ytelse av samme kvalitet som forutsatt når boet nå trer inn i avtalen. Det vil være et moment som, sammen med hensynet til voldgift, tilsier at voldgiftsdommen som håndhever early termination-klausulen bør bli stående. I vektingen mot hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet vil det være avgjørende hvor mye avvik det er fra opprinnelig kontraktsmessig ytelse. Som vi så ovenfor er det et tungtveiende moment at resultatet av voldgiftsdommen fratrar kreditorene fullstendig for dekningsmuligheter. Dersom Heidelberg i utgangspunktet får programvaren de har krav på etter avtalen, bare med noen mindre avvik, kan det hende at dette hensynet ikke vil veie så tungt satt opp mot den betydelige forringelsen av dekningsutsikter kreditorene får. På en annen side, dersom Heidelberg får en programvare som langt fra svarer til det som er forutsatt i avtalen, vil det etter

---

<sup>317</sup> Nazarian (2012) s.92.

<sup>318</sup> Nazarian (2012) s.92 og Brækhus (1970) s.163.

min mening veie tyngre enn hensynet til kreditorene når man ser det i sammenheng med hensynet til voldgift.

Vi kan også se for oss at det som en del av avtalen var en serviceordning hvor Datacomp forpliktet seg til å foreta service og oppgradering på programvaren i fremtiden. Langsiktige avtaler er nevnt i forarbeidene som en type avtaler hvor boet vil kunne nektes inntreden, selv om det virker som forarbeidene konkluderer med at boet i utgangspunktet har rett til å tre inn.<sup>319</sup> Det er en mulighet for at boet ikke vil kunne oppfylle servicen på en tilfredsstillende måte. En slik serviceordning vil være en stor og komplisert forpliktelse for boet. For Heidel kan det være upraktisk og føles utrygt å skulle forholde seg til at boet trer inn i en slik serviceavtale. I en slik situasjon vil hensynet til Heidel og hensynet til voldgift, veie tyngre enn kreditorenes interesse i å få inn kjøpesummen i boet. Lengden på avtalen vil spille inn i avveiningen. Det er mindre belastende for Heidel å forholde seg til en avtale som har kort varighet, for eksempel dersom det bare var avtalt at Datacomp skulle utføre service og rettelser i én måned etter implementering. Her vil ikke hensynet til Heidel veie like tungt.

#### **4.4.6 Konklusjon**

I den foreliggende situasjonen, hvor Datacomps kreditorers dekningsmulighet blir betydelig forringet og Heidel ikke har noe beskyttelsesverdig behov for å heve kontrakten, vil hensynet til kreditorene veie tyngre enn hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt. Det grunnleggende prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs er krenket på en slik måte at det er i sterkt strid med vår rettsfølelse. Voldgiftsdommen som opprettholder Heidels rett til å heve kontrakten etter early termination-klausulen må dermed settes til side som ugyldig etter voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav b.

I denne konkrete situasjonen kan partene dermed ikke unngå anvendelse av norsk konkursrett ved å foreta et lovvalg til fordel for tysk rett og avtale voldgift som tvisteløsning. Ordre public vil i dette tilfellet være et forhold som begrenser virkningene av voldgiftsdommen, og samtidig utgjøre en begrensning på partsautonomien i internasjonal voldgift.

---

<sup>319</sup> NOU 1972:20 s.313.

Det må bemerkes at resultatet beror på svært skjønsmessige vurderinger knyttet til de konkrete forholdene i saken. Løsningen er usikker, da spørsmålet ikke er behandlet av norske domstoler. Som jeg har gitt noen eksempler på underveis kan det tenkes at løsningen blir en annen i lignende saksforhold, for eksempel der den solvente parten har et legitimt behov for å heve eller at virkningene av voldgiftsdommen ikke påvirker kreditorenes dekningsmuligheter i betydelig grad. Motsatt kan det fremheves at hensynet til voldgift antagelig må vike dersom det er kontrakter som er helt avgjørende for en praktisk og rasjonell avvikling av boet, eller hvis situasjonen har preg av omgåelse og svikaktige motiver. Alt avhenger av de konkrete forholdene.

## **4.5 Voldgiftsdom som opprettholder en early termination-klausul i en låneavtale**

### **4.5.1 Problemstilling**

Som fremholdt i punkt 4.2.4 må et konkursbo respektere heving som finner sted før skyldneren går konkurs. Konkursboet og kreditorene har imidlertid en viss beskyttelse i omstøtelsesreglene, og kan omstøte virkningen av hevingen. I det følgende skal det analyseres om en voldgiftsdom som opprettholder en early termination-klausul overfor en skyldner i økonomiske vanskeligheter kan nektes tvangsfullbyrdet fordi den er i strid med ordre public. Til tross for at konkursboet ikke er part i tvisten og at omstøtelsesreglene kan motvirke at kreditoren får en fordel i en fremtidig konkurs, kan det tenkes at ordre public-reservasjonen kan komme til anvendelse i ekstraordinære tilfeller.

### **4.5.2 Situasjonsbeskrivelse**

Det norske selskapet Blink er et nyoppstartet selskap hvor forretningsideen er å utvikle og drifte en «app», hvor brukeren skal kunne knytte nye bekjenskaper gjennom små videosnutter.<sup>320</sup> For å komme i gang trenger Blink mer kapital enn det de har i tilgjengelig egenkapital og det de har fått i lån fra Innovasjon Norge. Blink låner derfor 1 million pund fra det engels-

---

<sup>320</sup> En «app» er en forkortelse for Application Software og er en fellesbetegnelse for små dataprogrammer som er beregnet for å fungere på smarttelefoner og nettbrett.

ke investeringsfondet Future, som fatter interesse for den norske forretningsideen.<sup>321</sup> Låneavtalen er underlagt engelsk rett, og inneholder en voldgiftsklausul. I låneavtalen mellom partene er det inntatt en early termination-klausul som innebærer at Future kan kreve umiddelbar nedbetaling av hovedstolen dersom Blink

«concludes a specific agreement with his or her creditors for the postponement of payments, becomes insolvent, engages in debt settlement proceedings of any type, suspends his or her payments, or if his or her estate is placed under public administration as an estate in bankruptcy or otherwise.»

I starten går Blink veldig bra, men etter hvert mister brukerne interessen og Blink taper inntekter. Blink klarer med et nødsrik å betale renter og avdrag til sine kreditorer i april 2014. Blink ser seg nødt til å inngå en avtale med Innovasjon Norge om betalingsutsettelse, for å gi rom for videre drift. Dette kommer Future for øre, og Future sender melding til Blink om at de ønsker å heve lånekontrakten med umiddelbar virkning på grunn av Blinks økonomiske problemer. Blink hevder Future ikke kan heve avtalen fordi Blink ikke har misligholdt betaling av renter og avdrag til Future, i tillegg til at å betale tilbake lånet vil innebære at selskapet går konkurs. Future står på sitt og viser til ordlyden i kontrakten hvor avtale om betalingsutsettelse med en kreditor er et forhold som utløser rett til å heve låneavtalen.

Future reiser sak for voldgiftsretten i England, hvor de nedlegger påstand om at Blink skal betale 1 million pund. Voldgiftsretten legger partenes lovvalg til grunn for løsningen av tvisten, og stadfester Futures rett etter kontrakten til å heve avtalen. Voldgiftsdommen pålegger Blink å betale 1 million pund til Future. Future vil tvangsfullbyrde voldgiftsdommen i Norge hvor Blink har sine verdier, og fremsetter begjæring om utlegg til namsmannen, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1.<sup>322</sup>

---

<sup>321</sup> Avtalen innebærer en kanalisering av kapital til Blinks investeringsprosjekt, og rettsforholdet er som sådan innenfor finanssektoren, men de særlige hensynene ved handel med finansielle instrumenter (punkt 1.4.2) gjør seg ikke gjeldende her.

<sup>322</sup> Voldgiftsdommen er et alminnelig tvangsgrunnlag jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 annet ledd bokstav f. Det forutsettes at de materielle, personelle og formelle vilkårene for tvangskraft er oppfylt, jf. tvangsfullbyrdelsesloven §§ 4-4, 4-7 og 4-17.



### 4.5.3 Innsigelser mot voldgiftsdommen som tvangsgrunnlag

I tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 er det inntatt regler om hvilke innvendinger som kan fremmes mot tvangsgrunnlaget. Tidligere var det en viss tvil om tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 supplerte voldgiftsloven § 46, som lister opp ulike innsigelser som kan rettes mot tvangsfullbyrdelsen av en voldgiftsavgjørelse. Rettstilstanden er nå avklart av Høyesterett gjennom Rt.2011 s.986, hvor ankeutvalget konkluderer med: «at voldgiftsloven kapittel 10 uttømmende regulerer adgangen til å fremsette innvendinger mot en voldgiftsavgjørelse under tvangsfullbyrdelsen».<sup>323</sup> Det støttes også av de spesielle motivene til endringer i tvangsfullbyrdelsesloven i forarbeidene til voldgiftsloven: «Innsigelsesgrunnene i § 4-2 for øvrig kan ikke gjøres gjeldende mot en voldgiftsdom».<sup>324</sup> Denne løsningen er i tråd med den alminnelige anerkjente tolkningen av New York-konvensjonen og UNCITRAL modelloven.

Dette må også gjelde dersom det er snakk om innvendinger på stadiet for tvangsdekning (tvangssalg). Dersom Future har fått utleggspant i et formuesgode på grunnlag av voldgiftsdommen, kan de begjære tvangsdekning.<sup>325</sup> Blinks innvendinger mot voldgiftsdommen, som det underliggende grunnlaget for utleggspantet, må skje innenfor rammen av voldgiftsloven § 46, selv om det etter § 4-2 tredje ledd tilsynelatende skulle være adgang til å fremsette innvendinger av enhver art mot utleggspantet, og mot grunnlaget for utleggspantet.<sup>326</sup>

Under tvangsinndrivelsesprosessen innvender Blink at fullbyrdelsen av voldgiftsdommen må nektes fordi fullbyrdelsen vil virke støtende på rettsordenen, jf. voldgiftsloven § 46 annet ledd bokstav b. Blink hevder at fullbyrdelsen av voldgiftsdommen vil innebære en krenkelse av prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs som ikke kan godtas etter norsk rett.

---

<sup>323</sup> Dommens avsnitt 25.

<sup>324</sup> Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s.115.

<sup>325</sup> Reglene for gjennomføringen av tvangsdekning er forskjellige for ulike formuesgoder, og reguleres nærmere i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 8-12. Det er en ventefrist på to uker fra skyldneren har fått underretning om utlegget til tvangsdekning kan begjæres, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-19 første ledd første punktum.

<sup>326</sup> Falkanger m.fl. (2008) s.189. Bestemmelsen lyder: «Mot et særlig tvangsgrunnlag eller et krav som er fastsatt i et særlig tvangsgrunnlag, kan det fremsettes enhver innvending som kunne ha vært satt fram under et søksmål.»

#### 4.5.4 Utgangspunkt: Voldgiftsdommen skal tvangsfullbyrdes

Innledningsvis må det sies at det *ikke* er i strid med norsk rett å heve en låneavtale basert på en early termination-klausul når begge parter er solvente. Partene har i utgangspunktet full avtalefrihet for rettsforholdet seg i mellom.<sup>327</sup> Å få dom på og gå til tvangsinn drivelse av et betalingskrav, vil i utgangspunktet heller ikke krenke norsk konkursrettslige prinsipper, selv om man er klar over at skyldneren er eller vil bli insolvent.<sup>328</sup> Norsk lovgivning går ut på at en kreditor kan gå på med tvangsfullbyrdelse for å skaffe seg dekning, og den fordel Future skaffer seg ved å komme først i kappløpet om Blink sine midler, betraktes i utgangspunktet ikke som urettmessig.<sup>329</sup> Utgangspunktet må derfor være at voldgiftsdommen som stadfester Futures rett til å heve låneavtalen og pålegger Blink å betale tilbake lånet, må anerkjennes og fullbyrdes i Norge.

#### 4.5.5 Resultatet av voldgiftsdommen krenker likebehandlingsprinsippet

Ved å se nærmere på resultatet av å fullbyrde voldgiftsdommen kan det likevel tenkes at dommen kan anses for å være i strid med ordre public. I denne sammenheng kan det fremheves at å dømme en insolvent skyldner til å betale, har vært ansett for å stride mot ordre public i Frankrike, fordi det krenker prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs.

Den tidligste dommen som omtaler prinsippet om likebehandling av kreditorer i forbindelse med anerkjennelse av voldgiftsdommer er den såkalte Thinet-dommen.<sup>330</sup> I denne saken la *Cour de Cassation* til grunn at prinsippet om suspensjon av individuelle søksmål («la suspension des poursuites individuelles») er en del av den internasjonale ordre public.<sup>331</sup> *Cour de Cassation* fant at voldgiftsdommens karakter av å være et påbud om betaling krenket prinsippet om suspensjon av kreditorens enkeltforfølgelse, og annullerte dermed voldgiftsdommen. I Saret-dommen bekreftet *Cour de Cassation* løsningen i Thinet-dommen, som var blitt kritisert

---

<sup>327</sup> Early termination-klausulen kan vurderes etter § 36, men det vil neppe være et problem i dette tilfellet.

<sup>328</sup> Andenæs (2008) s.456.

<sup>329</sup> Andenæs (2008) s.456.

<sup>330</sup> *Société Thinet v. Labrely  s-qualites*, *Cour de Cassation (1re chambre civile)*, 8. mars 1988, Nå 86-12.015.

<sup>331</sup> Frankrike skiller mellom nasjonal og internasjonal ordre public, hvor det sistnevnte tilsvarer ordre public-normen etter norsk rett.

for å være for formell og rigid.<sup>332</sup> Voldgiftsdommen i saken dømte selskapet Saret til å betale erstatning til selskapet SBBM som følge av et kontraktsbrudd, til tross for at Saret hadde vært gjenstand for rettslig insolvensbehandling.<sup>333</sup> *Cour de Cassation* fastslo at prinsippet om «l'égaleité des créanciers dans la masse» (prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs) er ordre public og opphevet dommen. Dommen forsterker dermed aksepten for at konkursrettslige prinsipper kan omfattes av ordre public. I en nyere dom fra *Cour de Cassation* konkluderte retten igjen med at å beordre en insolvent part til å betale et beløp til en individuell kreditor er i strid med ordre public fordi det bryter med prinsippet om suspensjon av kreditorens enkeltforfølgelse.<sup>334</sup> Dommen slår fast at rettsforfølgningen må utsettes til kravet er meldt i boet, og at den aktuelle rettsinstansen må så begrense behandlingen til å gjelde verifikasjon av kravets eksistens og størrelse. Den gjennomgående holdningen i fransk rettspraksis er altså at en voldgiftsdom ikke kan beordre en debitor til å betale fordi det bryter med likebehandlingsprinsippet.

I tvisten mellom Blink og Future var ikke konkurs åpnet mens voldgiftssaken pågikk, så voldgiftsretten hadde ikke noen foranledning til å ta hensyn til konkursrettslige prinsipper i sin avgjørelse som påla Blink å betale. Det kan likevel tenkes at fullbyrdelsen av dommen må nektes fordi fullbyrdelsen i denne konkrete situasjonen vil innebære en krenkelse av ordre public. Blink hevder at dersom voldgiftsdommen på betaling blir tvangsfullbyrdet mot selskapet, vil de bli insolvente og gå konkurs.<sup>335</sup> Dersom voldgiftsdommen tvangsfullbyrdes mot Blink, vil resultatet være at Future få full dekning for sitt krav mot Blink, rett før selskapet går konkurs. Resultatet av voldgiftsdommen vil dermed i utgangspunktet krenke prinsippet om

---

<sup>332</sup> *Société Saret v. SBBM, Cour de Cassation (1<sup>re</sup> chambre civile)*, 4. januar 1992, N° 90-12.569. For kritikken av Thinet-saken, se Ancel (1989).

<sup>333</sup> Saret ble tatt under *règlement judiciaire* (en form for restrukturering) i 1985, og SBBMs søksmål til voldgiftsretten ble inngitt i 1986. I 1987 forelå det en godkjent gjeldsordning, og voldgiftsdommen ble avsagt i 1988.

<sup>334</sup> *Société MJA v. Société International Company For Commercial Exchanges Income, Cour de Cassation (1<sup>re</sup> Chambre Civile)*, 6. mai 2009, N°08-10-281.

<sup>335</sup> Det forutsettes at dette medfører riktighet, og slik at Blink kan føre bevis for at de med overvekt av sannsynlighet vil bli insolvente og gå konkurs dersom kravet tvangsfullbyrdes.

likebehandling av kreditorer i konkurs. Enkeltforfølgning resulterer i en forfordeling som fra kreditorfellesskapets synspunkt er uheldig.<sup>336</sup>

#### 4.5.6 Er ordre public riktig tilnærming?

##### 4.5.6.1 Fullbyrdelsen må følge prosessuelle mekanismer i fullbyrdeslandet

I internasjonal juridisk litteratur er det hevdet at ordre public ikke er riktig innfallsvinkel i de tilfeller hvor en voldgiftsdom pålegger en skyldner å betale en sum penger i en insolvenssituasjon.<sup>337</sup> Det fremholdes at det ikke er et spørsmål om ordre public, fordi det er de prosessuelle regler i konkurslovgivningen i landet hvor man forsøker å fullbyrde voldgiftsdommen, som avgjør hvorvidt konkursbehandlingen oppstiller restriksjoner på partens mulighet til faktisk å innkrevet summen voldgiftsdommen gir krav på. Dette er ikke et anliggende for New York-konvensjonen, jf. art.III som sier at voldgiftsdommen skal anerkjennes og fullbyrdes «in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon».<sup>338</sup> Fullbyrdelse og anerkjennelse av voldgiftsdommen innebærer ikke nødvendigvis at parten får en fordel i konkurs sammenlignet med andre kreditorer. Det er ikke New York-konvensjonens formål at man ved å anerkjenne og fullbyrde en voldgiftsdom skal kunne gi denne kreditoren alt, og etterlate de øvrige kreditorene med ingenting.<sup>339</sup> Denne løsningen er også fulgt i internasjonal rettspraksis, se for eksempel en tysk avgjørelse hvor *OLG Brandenburg* avviste ordre public-innsigelsen fordi erklæring av at voldgiftsdommen kunne fullbyrdes ikke innebar tvangsfullbyrdelse som sådan.<sup>340</sup> Tvangsfullbyrdelse av voldgiftsavgjørelsen var underlagt lokal konkurslovgivning om fordeling av konkursskyldnerens midler.

##### 4.5.6.2 Begjæring av oppbud

Det er flere mekanismer i norsk rett som hindrer forfordeling av kreditorer i konkurs, og som dermed kan gjøre ordre public overflødig. Dersom Blink mener at tilbakebetalingen av lånet vil føre til insolvens, kan selskapet begjære oppbud før namsmyndigheten tar stilling til

---

<sup>336</sup> NOU 1972:20 s.73.

<sup>337</sup> Kronke m.fl.(2010) s.378 flg. Se også Kröll (2011) s.218.

<sup>338</sup> Kronke m.fl.(2010) s.379.

<sup>339</sup> Kronke m.fl.(2010) s.381.

<sup>340</sup> *OLG Brandenburg*, 2.september 1999 [8 sch 01/99].

tvangsfullbyrdelsen, jf. konkursloven § 60.<sup>341</sup> Dersom det åpnes konkurs som følge av Blinks oppbudsbejæring vil ikke voldgiftsdommen kunne brukes som tvangsgrunnlag mot konkursboet. Tvangsfullbyrdelse overfor et konkursbo krever et tvangsgrunnlag for tvangsdekning i et formuesgode, f.eks. utleggspant, og at det har rettsvern, jf. tvangsfullbyrdsloven § 4-9. Dette er en følge av at det gjelder et generelt forbud mot enkeltforfølgelse under hele konkurransen.<sup>342</sup> Det fremgår ikke av loven direkte, men må ligge implisitt i at konkurransen innebærer et generalbeslag til fordel for samtlige kreditorer.<sup>343</sup> Futures krav på betaling av lånet vil dermed være et usikret krav som må meldes i Blinks konkursbo. Future vil da få dividendedekning på linje med Blinks øvrige kreditorer. Voldgiftsdommen vil imidlertid tjene som et håndfast bevis på kravet mot Blink.

Dersom Future har fått utleggspant før det åpnes konkurs hos Blink, vil det som hovedregel stå seg overfor konkursboet, jf. tvangsfullbyrdsloven § 4-9. Det ligger imidlertid en begrensning i at utleggspantet må ha oppnådd rettsvern forut for konkursåpningen, til slik tid at pantet ikke kan omstøtes.<sup>344</sup> Selv om utlegget er uomstøtelig vil tvangsdekning være hindret av forbudet mot å gjennomføre tvangsdekning i de første 6 månedene av konkurs, jf. konkursloven § 117 tredje ledd jf. § 17 annet ledd.<sup>345</sup>

Åpning av konkurs vil altså avskjære Futures muligheter for enkeltforfølgning av kravet med voldgiftsdommen i hånd, og er en alternativ måte for Blink å hindre at voldgiftsdommen tvangsfullbyrdes.

---

<sup>341</sup> Blink kan ha en *plikt* til å bejære oppbud, da det i visse tilfeller er straffbart å unnlate å bejære konkurs, jf. straffeloven § 287.

<sup>342</sup> Huser (1988) s.156.

<sup>343</sup> Huser (1988) s.156. Se også NOU 1972:20 s.74, hvor Utvalget mente at en regel om utleggsforbud i konkurs var så selvfølgelig at den var overflødig.

<sup>344</sup> Sørensen (2013) note 281. Se om omstøtelse nedenfor, 4.5.6.3.

<sup>345</sup> Fristen regnes fra «fristdagen», som er definert i dekningsloven 1-2. Det vil som hovedregel være den dagen konkursbejæringen kom inn til tingretten.

#### 4.5.6.3 Omstøtelse

Omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 er også en del av den prosessuelle konkursordningen som setter grenser for hva en kreditor kan oppnå i skyldnerens konkurs. Dersom Blinks fremtidige konkursbo kan omstøte utleggspantet eller tvangsrealisasjonen kan det hevdes at det ikke vil være behov for å påberope seg ordre public, fordi systemet har mekanismer for å ivareta kreditorens interesser.

Dekningsloven § 5-8 inneholder en særlig omstøtelsesregel for utleggspant: Utleggspant som er stiftet senere enn tre måneder før fristdagen kan omstøtes av konkursboet.<sup>346</sup> Dersom utleggspantet realiseres ved tvangssalg før boåpningen, og Future får dekning av realisasjonssummen, vil det også omfattes av omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-8.<sup>347</sup>

Omstøtelsesregelen for utleggspant i dekningsloven § 5-8 er begrunnet i forholdet mellom enkeltforfølging og fellesforfølging. Bestemmelsen forutsetter at enkeltforfølgende kreditorens adgang til å ta utleggspant bortfaller ved konkursåpningen. Hvis skyldnerens konkurs ikke gis tilbakevirkende kraft for utlegg tatt rett forut for konkurs ville boet i stor grad bli tømt til fordel for kreditorer som av mer eller mindre tilfeldige grunner får utlegg i tide.<sup>348</sup> Hensynet til kreditorene og likebehandlingen av dem blir i denne situasjonen ivaretatt gjennom omstøtelsesreglene.

#### 4.5.6.4 Ikke nødvendig med ordre public-vurdering i de fleste tilfeller

Ved spørsmålet om tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom overfor en skyldner som er i en vanskelig økonomisk situasjon, vil hensynet til kreditorene bli beskyttet av andre mekanismer. Disse mekanismene vil i de aller fleste tilfeller hindre at resultatet av fullbyrdelsen krenker prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs på en slik måte at det er grunnlag for ordre public-strid. Da må man falle tilbake på det grunnleggende utgangspunktet om at voldgiftsdommer skal anerkjennes og tvangsfullbyrdes.

---

<sup>346</sup> Se Andenæs (2009) s.348 flg. for en nærmere redegjørelse for bestemmelsen.

<sup>347</sup> Andenæs (2009) s.349. Se også Sæbø (2010) s.309.

<sup>348</sup> Andenæs (2009) s.348.

#### 4.5.7 Likevel plass til ordre public i særlige tilfeller?

Cordero-Moss tar til orde for at det er rom for ordre public selv om virkningene av voldgiftsdommen hindres av andre mekanismer i samfunnet:

«Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved hensiktsmessigheten av å anerkjenne en voldgiftsdom under forutsetning av at resultatet som dommen vil oppnå, senere vil hindres av prosessuelle eller andre mekanismer i rettssystemet.»<sup>349</sup>

Videre fremholder hun at det hverken prosessøkonomisk eller ut fra forutberegnelighetshensyn synes hensiktsmessig å anerkjenne og fullbyrde en voldgiftsdom, hvor fullbyrdelsen senere vil være forhindret fordi dommen ikke innfrir vilkårene for fullbyrdelse av domskonklusjonen.<sup>350</sup> De samme betraktninger kan overføres til en situasjon hvor virkningene av voldgiftsdommen vil forhindres av omstøtelsesreglene. Det vil være mer hensiktsmessig å nekte anerkjennelse av dommen allerede på fullbyrdesstadiet, og dermed sette en stopper for de ulemper og kostnader som følger med at verdier må overføres mellom partene som en kasteball.

På en annen side er det viktig å minne om at voldgiftsloven § 46 annet ledd skal tolkes restriktivt i tråd med hovedformålet om å legge forholdene til rette for voldgift, ved å begrense domstolens adgang til å sensurere voldgiftsdommer.<sup>351</sup> Etter min mening er det først og fremst plass for en ordre public-vurdering dersom det i helt spesielle tilfeller er klart at de prosessuelle mekanismene for fullbyrdelse, som skal verne kreditorene og sikre likebehandling i konkurs, ikke strekker til. Det kan for eksempel tenkes at innen boet rekker å fremme omstøtelseskrav så er verdiene brukt opp, overført til andre eller gjemt bort. I verste fall kan man tenke seg at kreditorselskapet i seg selv oppløses.

La oss ta som eksempel at Future har fått utleggspant som følge av voldgiftsdommen, og begjærer tvangsdekning for namsmannen. Resultatet av voldgiftsdommen er at Future får fullt oppgjør for sitt krav gjennom et tvangssalg, med den konsekvens at Blink vil gå konkurs in-

---

<sup>349</sup> Cordero-Moss (2013) s.276.

<sup>350</sup> Cordero-Moss (2013) s.276.

<sup>351</sup> Kolrud m.fl.(2007) s.271.

nen svært kort tid. Som påpekt tidligere vil Futures tvangsinndrivelse i utgangspunktet ikke være urettmessig. For å sikre de andre kreditorenes interesser kan Blinks eventuelle konkursbo kreve omstøtelse av den realisasjonssummen som tilfaller Future ved tvangssalget. Omstøtelsen vil i utgangspunktet avverge at fullbyrdelsen krenker prinsippet om likebehandling av kreditorer, og dermed medføre at voldgiftsdommen skal anerkjennes og fullbyrdes.

Blink fremmer imidlertid ordre public-innsigelse mot tvangsfullbyrdelsen, og fører bevis for at det er overvekt av sannsynlighet for at Future vil bli oppløst så fort de har fått pengene. Boet vil da sitte igjen med et omstøtelseskrav mot Future som de med all sannsynlighet ikke vil få dekket. Boet vil ha et svare strev med å få tilbake pengene, og den rettslige prosessen som må følge for å tvangsinndrive tilbakeføringskravet vil kreve både tid og penger av boet. Dersom det i tillegg forutsettes at det som følge av tvangsfullbyrdelsen ikke vil være noen andre verdier igjen i boet til de usikrede kreditorene, vil kreditorenes dekningsmuligheter være betydelig forringet gjennom fullbyrdelsen. Vil norske namsmyndigheter eller en dommer tvangsfullbyrde en voldgiftsdom dersom det er klart at kreditorene ikke vil få noe i konkurs som følge av deres tvangsfullbyrdelse?

Etter min mening kan det være grunnlag for å nekte tvangsfullbyrdelse på grunnlag av ordre public i en slik situasjon, forutsatt at det er klart at Blink vil gå konkurs og at omstøtelse ikke vil være til hjelp. Det må presiseres at utgangspunktet er at voldgiftsdommen skal tvangsfullbyrdes overfor Blink. Det vil bare være i helt ekstraordinære tilfeller hvor de konkrete forholdene tilsier at tvangsfullbyrdelsen fremstår utilbørlig, at det kan være grunnlag for å nekte fullbyrdelsen.

En mulig løsning er å anvende ordre public-reservasjonen kun på den delen av dommen som ikke kan bli operativ på grunn av omstøtelsesreglene, mens de øvrige deler av dommen blir anerkjent.<sup>352</sup> Voldgiftsdommen vil da anerkjennes for den delen som stadfester Future sin rett til å terminere kontrakten etter early termination-klausulen, men den vil ikke anerkjennes for den delen som går ut på at Blink dømmes til tilbakebetaling av lånebeløpet. Denne løsningen synes å være i tråd med den franske rettspraksisen som er redegjort for.

---

<sup>352</sup> Cordero-Moss (2013) s.276.



#### **4.5.8 Konklusjon**

I den konkrete situasjonen som er beskrevet i punkt 4.5.2, vil tvangfullbyrdelse av en voldgiftsdom ikke være i strid med ordre public. Voldgiftsdommen kan dermed ikke nektes tvangfullbyrdet av norske namsmyndigheter eller domstoler. I slike tilfeller vil hensynet til kreditorene og likebehandling av dem bli ivaretatt av andre prosessuelle mekanismer dersom skyldneren blir tatt under konkursbehandling. Særlig vil omstøtelsesreglene forhindre at tvangfullbyrdelse av dommen krenker fundamentale konkursrettslige prinsipper. Fra denne synsvinkelen kan omstøtelsesreglene betraktes som en form for begrensning på partenes autonomi i internasjonal voldgift. Disposisjoner som har skjedd forutfor konkurs kan omstøtes, til tross for at disposisjonen har skjedd på grunnlag av en avsagt voldgiftsdom. Partene vil dermed ikke oppnå en absolutt partsautonomi, som er uhindret av det nasjonale rettssystemet.

## 5 «Set off» i konsernforhold

### 5.1 Innledning

Motregning er betegnelsen på den prosess som utføres når et krav avregnes mot en forpliktelse, slik at kravet og forpliktelsen faller bort så langt de i størrelse dekker hverandre.<sup>353</sup> I tillegg til å være en lettvinnt oppgjørsmåte for partene, kan motregning også brukes som en form for sikkerhet ettersom partene kan frigjøre seg selv gjennom motregning, og unngå risikoen forbundet med inndrivelse av et krav.<sup>354</sup> Særlig når den ene avtaleparten går konkurs innebærer motregning en svært god sikkerhet for kreditoren. I stedet for å motta dividende for sitt krav på konkursskyldneren, kan den parten som utøver motregning gjøre fradrag for det fulle beløpet av kravet i sin gjeld.<sup>355</sup>

Vilkårene for motregning i konkurs svarer i hovedsak til de alminnelige vilkårene for tvungen motregning mellom to solvente parter. Partene til en kontrakt kan imidlertid se seg tjent med å avtalefeste en rett til motregning som er videre enn det som gjelder etter de alminnelige ulovfestede reglene om motregning. Det er uproblematisk når begge parter er solvente og nyter full avtalefrihet. Dersom den ene avtaleparten går konkurs setter dekningsloven visse grenser for adgangen til å motregne.

Er motregningsretten avskåret ved preseptorisk lov, kan man ikke betinge seg motregningsrett ved avtale i et internrettslig forhold. Partene til en internasjonal kontrakt har imidlertid frihet til å foreta et lovvalg til fordel for en utenlandsk rett som tillater motregning i konkurs i større utstrekning enn norsk rett. Problemstillingen i det følgende er om partene til en internasjonal kontrakt kan unngå de grensene som dekningsloven setter for muligheten til å motregne i konkurs, dersom de underlegger kontrakten utenlandsk rett og avtaler voldgift som tvisteløsningsmekanisme.

---

<sup>353</sup> Sæbø (2003) s.14. Det kravet som tilhører den som krever motregning blir i det følgende kalt «motkrav» eller «motfordring», mens den annen parts krav vil bli kalt «hovedkrav» eller «hovedfordring».

<sup>354</sup> Fountoulakis (2011) s.11.

<sup>355</sup> Motregningsretten etter dekningsloven gir en rett til å benytte motfordringen til motregning «med dens fulle beløp», jf. dekningsloven § 8-1 første ledd.

Med utvidet motregningsrett menes avtaler som fraviker de alminnelige vilkår for motregning, det være seg gjensidighetsvilkåret, komputabilitetsvilkåret eller vilkåret om oppgjørsmodne fordringer.<sup>356</sup> I det følgende vil jeg imidlertid fokusere på det tilfellet at partene fraviker gjensidighetsvilkåret ved å avtale at det kan motregnes med krav som tilhører et annet selskap i samme konsern, for eksempel et datterselskap.<sup>357</sup> Det er altså snakk om motregning hvor hovedkravet og motkravet ikke består mellom de samme rettssubjekter. Ettersom det forutsettes at motregningsavtalen består mellom flere parter, vil jeg tidvis benytte meg av begrepet multilateral motregning.

Problemstillingen som skal analyseres er om en voldgiftsdom som opprettholder en motregningsrett med krav tilhørende et annet selskap i samme konsern overfor et konkursbo, kan kjennes ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet fordi den er i strid med ordre public. Det beror på en konkret helhetsvurdering av det enkelte tilfellet, hvor det må foretas en avveining av de relevante hensynene.

Denne drøftelsen kunne også vært gjort med utgangspunkt i en motregningsrett hvor et av de andre vilkårene er fraveket, men av hensyn til avhandlingens omfang har jeg valgt kun å ta for meg fravikelse av gjensidighetsvilkåret. Det er ikke utenkelig at flere av resonnementene presentert nedenfor vil kunne ha overføringsverdi ved en drøftelse av ordre public knyttet til de andre vilkårene for motregning. Av litteraturen på området virker det imidlertid som at det er større aksept for å fravike vilkårene om komputabilitet og vilkåret om oppgjørsmodne fordringer, enn gjensidighetsvilkåret.<sup>358</sup>

Før selve ordre public-drøftelsen i punkt 5.4, vil jeg redegjøre for de relevante norske rettsreglene om motregning i konkurs, og undersøke hvorvidt avtaler om motregning som fraviker gjensidighetsvilkåret står seg overfor et konkursbo etter norsk rett.

---

<sup>356</sup> Se Tjaum (1996) s.399 flg. for en drøftelse av betydningen av avtalt motregningsrett som fraviker komputabilitetsvilkåret i konkurs ved handel med valuta- og renteswaper. Drøftelsen dreier seg om en rett til å motregne med fordringer i forskjellige valutaer.

<sup>357</sup> Motregning på tvers av konsernstrukturen reiser også selskapsrettslige spørsmål som ikke vil bli omtalt videre. Hvert selskap i konsernet er et selvstendig rettssubjekt, og det må påses at motregningen ikke innebærer en forfordeling av et av selskapene som er i strid med reglene i selskapsretten.

<sup>358</sup> Se Tjaum (1996) s.399 flg. om komputabilitetskravet.

## 5.2 Norsk rett om motregning i konkurs

### 5.2.1 Utgangspunkt: Krav om gjensidighet for motregning

Gjeldende norsk rett gir i vid utstrekning en rett til å motregne i konkurs. Reglene om motregningsrett i konkurs er regulert i dekningsloven §§ 8-1 til 8-6. Hovedregelen for motregning i konkurs fremgår av dekningsloven § 8-1 første ledd:

«Den som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren som kan meldes i boet, kan benytte den til motregning med dens fulle beløp overfor en fordring som da tilkommer skyldneren, men som inngår i boet.»

Utenfor konkurs er motregningsrett normalt betinget av at motfordringen og hovedfordringen består mellom samme parter, det såkalte gjensidighetsvilkåret. Det samme gjelder ved motregning overfor skyldnerens konkursbo, jf. ordlyden i dekningsloven § 8-1 første ledd. Det er sikker norsk rett at mor- og datterselskaper er selvstendige rettssubjekter som ikke kan identifiseres med hverandre på en slik måte at det oppstår gjensidighet i en motregningssituasjon. Det følger av Rt.2006 s.1361, hvor Høyesterett i avsnitt 33 sier: «...er gjensidighetsvilkåret ikke oppfylt da mor- og datterselskap er to selvstendige rettssubjekter som ikke kan identifiseres med hverandre i denne relasjon».<sup>359</sup>

Det kan tenkes at gjensidighet kan dannes ved at selskapene garanterer for hverandre, slik at man indirekte får multilateral motregning. Jeg går ikke nærmere inn på det eller hvorvidt en slik ordning vil stå seg overfor et konkursbo, men nøyer meg med å vise til Sæbø (2003) s.53-55, kapittel 8.4 og s.487.

Innenfor rammene av dekningsloven § 8-1 første ledd kan en avtale om motregning danne grunnlag for motregning i konkurs.<sup>360</sup> Spørsmålet her er imidlertid om en avtalt motregningsrett må anerkjennes overfor et konkursbo utover de rammer som trekkes opp i dekningsloven § 8-1 første ledd. Konkursboets plikt til å respektere en utvidet motregningsrett som har sitt grunnlag i avtale mellom partene, krever en nærmere begrunnelse.<sup>361</sup>

---

<sup>359</sup> Se også Rt.1997 s.21.

<sup>360</sup> Sæbø (2003) s.237. At en avtale kan gi grunnlag for motregning i konkurs innenfor dekningslovens rammer er også forutsatt i rettspraksis, se Rt.1983 s.910 på side 914, hvor tvisten bare synes å dreie seg om det var en avtalt motregningsrett eller panterrett i egen gjeld. Se også RG 1995 s.185.

<sup>361</sup> Sæbø (2003) s.236. Sæbø skriver på s.232-233 at det må påvises et rettslig grunnlag for at tredjeperson skal være forpliktet til å respektere motregningsrett som er forankret i en avtale som tredjeperson ikke er part i.

## 5.2.2 Adgang til å fravike gjensidighetsvilkåret gjennom avtale?

### 5.2.2.1 Ikke adgang til å avtale en bedre rett til motregning i konkurs

Dekningsloven § 8-1 annet ledd første punktum innebærer at konkursboet ikke plikter å respekttere avtaler mellom skyldneren og den solvente part som gir en bedre motregningsrett i konkurs enn utenfor konkurs.<sup>362</sup> En avtale om multilateral motregning som bare skal gjelde i konkurs er dermed ikke tillatt etter norsk rett. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at avtalt motregningsrett kan gjøres gjeldende overfor skyldnerens konkursbo så langt avtalen gir motregningsrett overfor den solvente debitor.<sup>363</sup>

Det er etter norsk rett ikke klart hvorvidt det er tillatt å motregne i konkurs basert på en avtalt rett til motregning som er videre enn den alminnelige motregningsretten.<sup>364</sup> Spørsmålet er her om det etter avtale er adgang til å motregne i konkurs med krav tilhørende et annet selskap i samme konsern.

### 5.2.2.2 Dekningslovens ufravikelighet

Hvorvidt det er tillatt å motregne med krav tilhørende tredjeperson basert på avtale vil i første rekke bero på om man anser dekningsloven § 8-1 for å være preseptorisk og uttømmende. Det fremgår ikke av ordlyden i dekningsloven om kapittel 8 eller enkelte av bestemmelsene i kapittel 8, er preseptoriske. Dekningsloven inneholder heller ingen generell ufravikelighetsregel.

Forarbeidene til dekningsloven drøfter ikke hvorvidt kapittel 8 eller loven generelt er ufravikelig, men spørsmålet tas opp blant annet i relasjon til kapittel 7. Forarbeidene slår fast at reglene i kapittel 7 om skyldnerens kontraktsforpliktelse er preseptoriske av hensyn til beskyttelse av boet og kreditorene.<sup>365</sup> Partene er normalt ikke opptatt av å beskytte konkursboets

---

<sup>362</sup> Sæbø (2003) s.458. Bestemmelsen lyder: «Motregning kan ikke skje dersom motregning på grunn av fordringens beskaffenhet ville være utelukket selv om skyldneren var solvent». Bestemmelsen var ment som en uttrykkelig lovregulering for å endre den tidligere praksis om at banker hadde rett til å motregne overfor et konkursbos krav på innskudd i banken, selv om banken utenfor konkurs var avskåret fra slik motregning, jf. NOU 1972:20 s.330.

<sup>363</sup> Sæbø (2003) s.459.

<sup>364</sup> Sæbø (2003) s.428.

<sup>365</sup> NOU 1972:20 s.310. Se punkt 4.3.2.

interesser når de inngår avtaler, men inntar ofte ensidige insolvensklausuler for å beskytte seg selv mot motpartens konkurs. I følge forarbeidene er den naturlige konsekvens av dette at avtaleklausulene ikke er bindende for boet.<sup>366</sup>

Hensynet til beskyttelse av boet kan også tas til inntekt for at kapittel 8 er preseptorisk, slik at de vilkår som beskytter boet ikke kan tilsidesettes ved avtale. Enkelte av bestemmelsene i kapittel 8 er også av Høyesterett tolket som ufravikelige.<sup>367</sup> I det følgende skal det undersøkes hvorvidt man kan fravike kravet til gjensidighet i dekningsloven § 8-1 første ledd.

### 5.2.2.3 Tause forarbeider

Forarbeidene til dekningsloven behandler ikke spørsmålet om gjensidighetskravet kan fravikes gjennom en avtale om multilateral motregning. Forarbeidene inneholder heller ingen generelle uttalelser om betydningen av avtalte utvidelser av motregningsretten i konkurs. Det er imidlertid en gjennomgående skepsis til en for vid motregningsrett i konkurs i utredningen.<sup>368</sup> Det kan tilsi at gjensidighetskravet ikke kan fravikes. Likevel opprettholdes en vid motregningsrett ved konkurs med den begrunnelse at motregning står sterkt i den alminnelige rettsbevisstheten. Forarbeidene fremholder at «Kjernen i reglene er at den motregningsrett som gjelder mellom solvente parter, opprettholdes selv om den enes bo kommer under konkurs eller akkordforhandling».<sup>369</sup> Forarbeidene gir dermed ikke et entydig svar på muligheten til å fravike gjensidighetsvilkåret i konkurs ved avtale.

---

<sup>366</sup> NOU 1972:20 s.310.

<sup>367</sup> Se Rt.2001 s.1155, hvor det på side 1161 slås fast at prinsippet om full dekning i dekningsloven § 8-7 ikke kan fravikes ved avtale. Se også Rt.1983 s.910, som i utgangspunktet gjaldt spørsmålet om det var pant eller avtalt motregning. Den ikke uttalte forutsetningen i dommen er at man ikke kan motregne med krav som nevnt i dekningsloven § 8-4, selv om motregningen er avtalebasert.

<sup>368</sup> Se NOU 1972:20 s.328, og s.330 hvor det står: «Det er tvilsomt nok om man i konkurs fullt ut skal opprettholde den vide adgang til motregning som består mellom solvente personer».

<sup>369</sup> NOU 1972:20 s.328 og 329.

#### 5.2.2.4 Rettspraksis om spørsmålet

Spørsmålet om adgangen til å motregne i konkurs med krav tilhørende tredjeperson har heller ikke fått noen klar løsning i rettspraksis. Rt.1887 s.750 er et sjeldent eksempel på at en avtalebaseret motregningsrett som fraviker gjensidighetsvilkåret kan gjøres gjeldende overfor tredjeperson.<sup>370</sup> Dommen er gammel, og det er en litt annen motregningskonstellasjon enn det som er til behandling her, så etter mitt syn gir ikke Rt.1887 s.750 et tilstrekkelig grunnlag for å si at man etter gjeldende rett kan motregne i konkurs når hovedkrav og motkrav ikke består mellom de samme parter.

I kjennelsen Rt.2006 s.1361 var saksforholdet at det var foretatt motregning overfor konkurs-skyldneren med et motkrav som tilhørte et datterselskap av debitoren for hovedkravet. Saken gjaldt om motregningen kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-6.<sup>371</sup> Ettersom gjensidighetskravet ikke var oppfylt hadde skifteretten som førstinstans tatt opp spørsmålet om motregningen som var gjennomført var tillatt fordi den var avtalt mellom partene. Skifteretten skilte mellom et særskilt samtykke til å motregne i et spesielt tilfelle, og en generell forhåndsavtale om motregning. I denne saken var det bare gitt et særskilt samtykke til å motregne som en oppgjørsmåte for et aksjekjøp på et tidspunkt der konkursdebitoren allerede var insolvent. Den avtalte motregningen innebar en fordel for kreditoren som fikk dekning for sitt krav, uten å gi noen fordel for skyldneren. Skifteretten konkluderte med at konkursboet ville vært ubundet av denne avtalen dersom den avtale motregningsretten ble påberopt overfor konkursboet under bobehandlingen, og dermed at disposisjonen kunne omstøtes. Kjæremålsutvalget sluttet seg til skifterettens oppfatning, og uttalte at det gir uttrykk for riktig lovtolkning «at en avtalt motregning med et motkrav som debitor for hovedkravet ... ikke er kreditor for, kan omstøtes».<sup>372</sup>

Det kan dermed slutes fra kjennelsen at det ikke er adgang til å motregne i konkurs med et krav som tilhører en tredjepart, når motregningsretten er basert på et særskilt samtykke fra en insolvent skyldner. Spørsmålet er om det samme gjelder for generelle forhåndsavtaler om

---

<sup>370</sup> Partene hadde avtalt at B kunne motregne et krav på As sønn C, i As krav mot B. Spørsmålet var om B kunne motregne med grunnlag i avtalen overfor As dødsbo.

<sup>371</sup> Det aktuelle vilkåret for omstøtelsen var her om «motregning under bobehandlingen ville vært utelukket etter § 8-1 annet ledd».

<sup>372</sup> Se dommens avsnitt 37.

motregning som fraviker gjensidighetsvilkåret. Kjæremålsutvalget trakk også frem skillet mellom avtalt motregningsrett i det enkelte tilfellet og forhåndsavtaler om motregningsrett, uten at de gikk nærmere inn på om forhåndsavtaler kommer i en annen stilling.<sup>373</sup> Om ikke det kan tolkes antitetisk, betyr det i hvert fall at det ikke er noen automatikk i at samme løsning gjelder for forhåndsavtaler. Skifterettens begrunnelse for at forhåndsavtaler om motregning kan godtas i konkurs, er at slike avtaler kan ha en kredittskapende effekt. I forarbeidene er kredittskaping også fremhevet som en av de få rasjonelle grunner for å tillate motregning i konkurs.<sup>374</sup> Det kan tilsi at en forhåndsavtale om multilateral motregning vil kunne så seg i konkurs dersom den anses å ha vært kredittskapende.

Når det er sagt, kan man ikke overse at kjæremålsutvalget eksplisitt lar være å gi noen uttalelse om hvorvidt forhåndsavtaler kommer i en annen stilling enn et særskilt samtykke til motregning. Det er derfor begrenset hva som kan trekkes ut fra dommen, annet enn at det er et relevant moment hvorvidt den avtalte motregningen er kredittskapende. Det foreligger altså intet klart prejudikat for at det er tillatt å motregne med krav tilhørende tredjeperson basert på avtale i konkurs.

#### 5.2.2.5 Delte meninger i teorien

I juridisk teori er meningene delte om hvorvidt det kan motregnes overfor et konkursbo i en situasjon hvor man fraviker gjensidighetsvilkåret i avtale. Enkelte teoretikere fremhever dekningslovens ufravikelighet, og mener det ikke er rom for avtalt motregningsrett i konkurs. Bergo hevder at den «svært klare konklusjon må være at de solvente parter ikke ved avtale kan tilsidesette lovens motregningsvilkår»,<sup>375</sup> fordi lovens primære formål er å beskytte kreditorenes interesser.<sup>376</sup> Huser anfører at «ved avtale kan partene utvide eller begrense denne motregningsadgangen. Kommer noen av partene under gjeldsforhandling eller bobehandling vil imidlertid reglene i kap. 8 sette visse preseptoriske rammer for den annens motregningsad-

---

<sup>373</sup> Se dommens avsnitt 38.

<sup>374</sup> NOU 1972:20 s.328.

<sup>375</sup> Bergo (1996) s.62.

<sup>376</sup> Bergo (1996) s.59.



gang». <sup>377</sup> Selv om det ikke angis hvilke preseptoriske rammer det siktes til, gir uttalelsen uttrykk for en generell forutsetning om at preseptivitet er utgangspunktet. <sup>378</sup>

Enkelte teoretikere har særskilt tatt opp problemstillingen om motregning i konkurs med et krav tilhørende en tredjeperson. Tjaum tar avstand fra avtalebaserte unntak fra gjensidighetsvilkåret i en konkurssituasjon, og forankrer det i at gjensidighetsvilkåret kommer uttrykkelig frem i § 8-1 første ledd. <sup>379</sup> På denne bakgrunn må Tjaum forstås dithen at han mener at dekningsloven § 8-1 første ledd er preseptorisk. Lilleholt har også vært innom problemstillingen med motregning i konkurs i en trepartskonstellasjon. <sup>380</sup> Lilleholt er avvisende til anerkjennelse av avtalt motregningsrett i konkurs med krav mot tredjeperson:

«Reglane i dekningslova ligg på det preseptoriske planet; utanom dei rammene som lova trekkjer opp, skal ikkje debitor ved avtale kunne gje nokre av kreditorane betre dekningsrett. Utan omsyn til korleis ein best skal karakterisere avtaler om motregning i topartsforhold, bør ein avtale om rett for banken til å motrekne med krav mot tredjemann berre gjevast kreditorvern innan panterettslege rammer.» (uthevet i original) <sup>381</sup>

Sæbø på sin side argumenterer for at en avtalt motregningsrett som fraviker dekningsloven § 8-1 første ledd som hovedregel vil stå seg overfor et konkursbo. <sup>382</sup> Sæbø viser til at avtalt motregningsrett bør anses som og behandles på lik linje med avtaler om innhold og oppgjør av hovedkravet. Slike avtaler må tredjepart som hovedregel respektere, og da hevder Sæbø at det prinsipielt ikke er noen grunn til at partene ikke skal kunne avtale en rett til å motregne som går lenger enn reglene i dekningsloven § 8-1 første ledd. <sup>383</sup> Hensynet til likebehandling

---

<sup>377</sup> Huser (1992) s.399.

<sup>378</sup> Bergo (1996) s.61.

<sup>379</sup> Tjaum (1996) s.402 og 477.

<sup>380</sup> Lilleholt (1994) s.140-145. Artikkelen omhandler riktignok bankers motregningsrett vedrørende konsern-kontoer, men synspunktene har relevans utenfor disse tilfellene også.

<sup>381</sup> Lilleholt (1994) på s.143.

<sup>382</sup> Sæbø (2003) kapittel 10, se særlig s.237, 238 og 239.

<sup>383</sup> Sæbø (2003) s.238 og 239. Sæbø hevder at dette må følge av dekningsloven § 2-2.

av kreditorer i konkurs hevder Sæbø er tilstrekkelig vernet gjennom omstøtelsesreglene.<sup>384</sup> Dersom skyldneren krenker de øvrige kreditorene gjennom kreditorskadelige disposisjoner, herunder å gi en avtalepart avtalt motregningsrett, kan det omstøtes.<sup>385</sup>

Sæbø påpeker at denne hovedregelen ikke gjelder uten unntak.<sup>386</sup> Han legger til grunn at en avtale om utvidet motregningsrett bare omfatter avtaler med hovedkravets skyldner. En part kan ikke med virkning for den annen parts konkursbo betinge seg rett til å motregne i konkursskyldnerens krav på tredjeperson. En slik avtale vil bli å bruke tredjepersons gjeld som sikkerhet for sitt krav, og en slik sikkerhetsstillelse mener Sæbø må følge reglene om pantsettelse.<sup>387</sup> Det kan dermed synes som at den rådende holdningen i teorien er at en avtalt motregningsrett med et krav som tilhører en tredjepart ikke vil stå seg overfor et konkursbo.

### 5.2.3 Konklusjon

Etter min mening taler de beste grunner for at avtalt motregningsrett med krav tilhørende et selskap i samme konsern ikke er tillatt i konkurs etter norsk rett. Ordlyden i dekningsloven § 8-1 første ledd gir klart uttrykk for at det skal være gjensidighet mellom innehaverne av kravene. Konkursretten er et rettsområde med sterke offentlige interesser, hvor lovgiver har avveid de motstridende hensynene gjennom loven, og da er det ikke ønskelig at partene skal kunne fravike dette til skade for kreditorfellesskapet. Når det ikke er andre rettskilder som med styrke gir sin tilslutning til den motsatte løsningen, er det tilforlatelig å falle tilbake på at hovedformålet med dekningsloven er å beskytte kreditorenes interesser. Da er det «naturlig utgangspunkt at fordringshavers motregningsrett overfor boet i alle fall *ikke bør utvides* i forhold til motregningsretten mellom solvente parter» (min kursivering).<sup>388</sup>

---

<sup>384</sup> Som fremhevet i punkt 4.5.7 kan omstøtelsesreglene i enkelte tilfeller vises seg ikke å være tilstrekkelig for å verne kreditorfellesskapet.

<sup>385</sup> Se Sæbø (2003) kapittel 21.3 om omstøtelse av avtalt motregningsrett.

<sup>386</sup> Se s.240. Her påpeker han at enkelte bestemmelser i kapittel 8 ikke kan fravikes ved avtale, herunder § 8-4, jf. Rt.1983 s.910.

<sup>387</sup> Se panteloven §§ 4-4 og 4-5. En slik dekningsrett vil være betinget av at debitoren for hovedkravet er underrettet om rettsstiftelsen for å få rettsvern overfor et konkursbo, jf. panteloven § 4-5.

<sup>388</sup> Se Andenæs (2009) s.227. Med «motregningsretten mellom solvente parter» menes her den tvungne motregningsretten, og ikke motregning basert på avtale.

Spørsmålet om en avtalt motregningsrett som fraviker gjensidighetsvilkåret er bindende for et konkursbo kan ikke besvares generelt. Som det fremgår av punkt 5.2.1 trenger ikke konkursboet å respektere avtaler som er ment å gi en bedre motregningsrett i konkurs enn utenfor konkurs. Videre kan det slutes fra Rt.2006 s.1361 at et særskilt samtykke til motregning med et krav som tilhører tredjemann rett før konkurs ikke er bindende for boet. Ut over dette er det mer usikkert om og i hvilken utstrekning man kan motregne i konkurs uten hjemmel i dekningsloven kapittel 8.<sup>389</sup>

Den usikre rettstilstanden kan få betydning for ordre public-vurderingen. Dersom man anser avtalt motregning med krav tilhørende tredjeperson som tillatt etter norsk rett, blir det ikke spørsmål om ordre public-strid. Det kan ikke hevdes at voldgiftsdommen krenker fundamentale prinsipper i rettssystemet vårt, når vi tillater en slik ordning. For den videre drøftelsen av om en voldgiftsdom er i strid med ordre public, må det forutsettes at en avtalt motregningsrett med et krav som tilhører et selskap i samme konsern, ikke går klar av norske regler.

### **5.3 Hensynene bak motregningsretten i konkurs**

Det er mange begrunnelser og hensyn som ligger til grunn for den tvungne motregningsretten mellom solvente parter. Disse vil for det meste gjøre seg gjeldende for motregning i konkurs også, samtidig som det ved motregning i konkurs gjør seg gjeldende noen særlige hensyn. Hensynene bak motregningsretten trekker til dels i ulik retning, da det ofte er motstridende interesser involvert. Identifiseringen av alle disse hensynene vil danne grunnlaget for den videre ordre public-drøftelsen.

Motregning er en lettvinnt og praktisk oppgjørsmåte for partene, hvor det ikke blir nødvendig å foreta noen overføring av verdier mellom partene. Det forenklete oppgjøret resulterer i reduserte transaksjonskostnader, og reduserer kostnadene og papirarbeidet med å behandle mangfoldige kontrakter.<sup>390</sup> Motregning reduserer arbeidsmengden og kostnadene til den nettosum som består mellom partene, og fremmer dermed økonomisk effektivitet. Fra et samfunnsmessig ståsted synes motregning derfor svært nyttig.<sup>391</sup>

---

<sup>389</sup> Sæbø (2003) s.428.

<sup>390</sup> Wood (2007) s.8.

<sup>391</sup> Sæbø (2003) s.33.

Mer generelt er motregningsreglene begrunnet i hensynet til rimelighet og rettferdighet. Det synes rimelig at parter som har oppgjørsmodne fordringer på hverandre skal kunne forlange oppgjør gjennom motregning.<sup>392</sup> Hensynet til rimelighet kommer også frem ved konkurs. Det ville virke urimelig om en part skulle måtte innfri hovedkravet til konkursskyldneren, og nøye seg med dividende av motkravet. Motregning kan betraktes som et naturlig forsvar mot den misligholdelse som konkursen gir uttrykk for.<sup>393</sup> Rimelighetshensynet gjør seg først og fremst gjeldende ved motregning med konnekse krav, eller som forarbeidene uttrykker det «motfordringens art gjør den særskilt beskyttelsesverdig».<sup>394</sup> Avhengighetsforholdet mellom partenes ytelser tilsier da at fordringshaveren bør ha motregningsrett.<sup>395</sup>

Hensynet til rimelighet og rettferdighet trekker også i den andre retningen. Innfrielse av hovedkravet ved motregning innebærer at innehaveren av hovedkravet ikke mottar den likviditet han ville mottatt ved betaling.<sup>396</sup> Virkningene av å ikke få kontant oppgjør kan være dramatiske for den det motregnes overfor, dersom han har behov for å disponere over likviditeten til andre formål. Ved konkurs blir dette enda mer synlig, da det kan virke urimelig overfor de andre kreditorer at fordringen ikke tilkommer bomassen på grunn at motregning.

Motregning gir full sikkerhet mot manglende betalingsevne hos debitoren, såfremt hovedfordringen er like stor som motfordringen.<sup>397</sup> Sikkerhetsaspektet er spesielt interessant der debitor går konkurs, ettersom kreditoren får dekning krone for krone.<sup>398</sup> Motregning innebærer et dekningsprivilegium som går på bekostning av de andre konkurskreditorene.<sup>399</sup> Unntak fra likebehandlingsprinsippet i form av særlig dekningsrett forutsetter normalt at slik dekningsrett

---

<sup>392</sup> Bergsåker (2012) s.234.

<sup>393</sup> Sæbø (2003) s.426.

<sup>394</sup> NOU 1972:20 s.328. Med konneksitet menes at det er nær sammenheng mellom hovedkravet og motkravet, ofte omtalt slik at kravene springer ut av samme rettsforhold, jf. Sæbø (2003) s.190.

<sup>395</sup> Andenæs (2009) s.227.

<sup>396</sup> Sæbø (2003) s.34.

<sup>397</sup> Bergsåker (2012) s.232.

<sup>398</sup> NOU 1972:20 s.328.

<sup>399</sup> NOU 1972:20 s.328.

anses å virke kredittskapende.<sup>400</sup> I følge forarbeidene er motregningsretten i konkurs best begrunnet dersom den er kredittskapende, men det må påpekes at dekningsloven anerkjenner motregning i konkurs utover de tilfellene hvor det foreligger kredittskapende effekt.<sup>401</sup>

Forarbeidene gir uttrykk for en generell skepsis mot motregning i konkurs. Likevel ble man stående ved å videreføre en vidtrekkende motregningsrett i konkurs. Begrunnelsen for dette var den sterke stillingen til motregning i konkurs i den alminnelige rettsbevissthet, og at en vidtrekkende motregningsrett i konkurs er internasjonalt utbredt.<sup>402</sup> Hovedinnvendingen mot en vidtrekkende motregningsrett i konkurs er hensynet til skyldnerens øvrige kreditorer og prinsippet om likebehandling i konkurs.<sup>403</sup> Prinsippet innebærer at en kreditor ikke gjennom avtale kan betinge seg en fortrinnsrett i konkurs til fortrengsel for de øvrige kreditorene, uten at det er adgang til det etter konkursretten.<sup>404</sup> Som redegjort for i punkt 4.4.4 ovenfor vil hensynet til kreditorene og prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs være viktige hensyn som er relevant i en ordre public-vurdering.

## **5.4 Voldgiftsdom som opprettholder avtale om multilateral motregning i konkurs**

### **5.4.1 Problemstilling**

I det følgende vil jeg analysere om en voldgiftsdom som opprettholder en motregningsrett i konkurs med krav tilhørende et datterselskap, kan kjennes ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet fordi den er i strid med ordre public. Som det ble konkludert med i punkt 5.2.3 vil en slik avtalt motregningsrett med krav tilhørende tredjeperson ikke være tillatt i konkurs etter norsk rett. Det er imidlertid ikke nok at voldgiftsdommen leder til et resultat som ikke er forenelig med norsk rett. Det avgjørende for å statuere ordre public-strid er om resultatet av voldgiftsdommen krenker hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet på en slik måte at det vil stride sterkt mot vår rettsfølelse at voldgiftsdommen legges til grunn.<sup>405</sup> Som i kapittel 4

---

<sup>400</sup> Sæbø (2003) s.425.

<sup>401</sup> NOU 1972:20 s.328.

<sup>402</sup> NOU 1972:20 s.329.

<sup>403</sup> Sæbø (2003) s.423.

<sup>404</sup> Se nærmere om hensynet til kreditorene og prinsippet om likebehandling i punkt 4.3.5 i kapittel 4.

<sup>405</sup> Jf. Rt.2011 s.531 og Rt.2009 s.1537.

vil jeg ta utgangspunkt i en konkret situasjon som danner basis for avveiningen av de aktuelle hensynene.

#### 5.4.2 Situasjonsbeskrivelse

Det norske selskapet Berge Leker AS driver med import og eksport av leketøy. Berge Leker har siden 2001 hatt et nært handelssamarbeid med det tyske selskapet World Wide Toyz (WWT) og dets datterselskap German Toyz (GT). Berge Leker selger leker fra diverse norske produsenter til WWT, som distribuerer disse til sine butikker i Tyskland. Likeledes kjøper Berge Leker leketøy fra GT for videresalg i Norge.

For å regulere samarbeidet seg i mellom har Toyz-selskapene og Berge Leker inngått en «Trading Agreement» som skal gjelde for alle handler mellom det tyske konsernet og Berge Leker. I denne avtalen, som suppleres av mer detaljerte avtaler for de spesifikke handlende, er det inntatt en klausul som gir det tyske konsernet en ustrakt motregningsrett. Klausulen lyder:

«Each member of the Toyz Group has the right to set off payments to Berge Leker against a claim against Berge Leker owned by another member of the Toyz Group».<sup>406</sup>

Avtaleklausulen innebærer en utvidet motregningsrett sammenlignet med alminnelige motregningsregler, ettersom partene har avtalt seg bort fra gjensidighetsvilkåret. Det fremgår av avtaleklausulen at den er ment å gi denne rettigheten også ved konkurs.<sup>407</sup> Trading-avtalen inneholder i tillegg en tvisteløsningsklausul som henviser alle tvister mellom selskapene til voldgift. I trading-avtalen er det også bestemt at alle avtaler mellom selskapene reguleres av belgisk rett.<sup>408</sup>

---

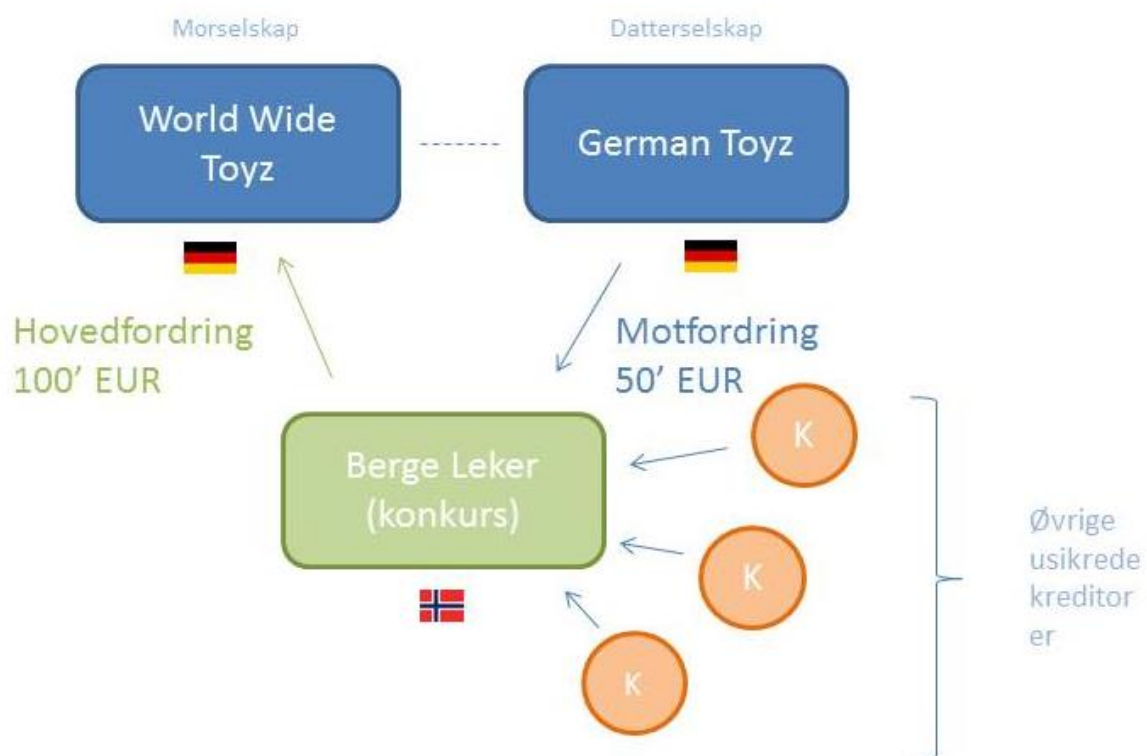
<sup>406</sup> Med «member of the Toyz Group» menes her et av selskapene i det tyske konsernet, henholdsvis morselskapet World Wide Toyz og datterselskapet German Toyz.

<sup>407</sup> Hos Sæbø er det fremholdt at dersom en avtalebasert motregningsrett skal stå seg overfor en tredjeperson må det være klart at motregningsretten skal kunne gjøres gjeldende overfor en tredjeperson også, se Sæbø (2003) s.232.

<sup>408</sup> I Belgia er det tillatt med multilateral motregning og netting i konkurs, se Wood (2007) s.96 og 147, samt Vermylen (2006) s.54 og 58.

Vinteren 2014 får Berge Leker økonomiske problemer. Selskapet har flere utestående fordringer mot seg som de ikke klarer å betale. Berge Leker har en forfalt gjeld til GT pålydende 50 000 EUR, for manglende betaling av vareleveranser. I en siste kraftanstrengelse for å få selskapet på beina igjen, inngår Berge Leker og WWT en avtale om at WWT skal kjøpe et stort parti leker fra Berge Leker for 100 000 EUR. Berge Leker sender varene til Tyskland, men WWT betaler ikke kjøpesummen som forutsatt ved forfallsdagen. Berge Leker går konkurs like etterpå.

Berge Lekers konkursbo vil ta beslag i den utestående fordringen på WWT pålydende 100 000 EUR. WWT på sin side hevder at de, basert på trading-avtalen, kan motregne dette kravet med den fordringen som datterselskapet GT har mot Berge Leker, slik at de bare skal betale 50 000 EUR til boet. Konkursboet protesterer, og mener motregningen representerer en forskjellsbehandling av de usikrede kreditorene som ikke er akseptabel etter norsk rett. Det kommer til tvist mellom boet på ene siden, og Toyz-selskapene på den andre.



Boet bringer tvisten inn for voldgiftsretten med påstand om at WWT skal betale de resterende 50 000 EUR til boet. I sin behandling av saken anvender voldgiftsretten de materielle rettsreg-

lene som partene har valgt, og stadfester Toyz-selskapenes rett til å motregne kravet.<sup>409</sup> Voldgiftsdommen frifinner WWT for kravet om betaling.

Konkursboet anlegger deretter ugyldighetssøksmål for norske domstoler med påstand om at voldgiftsdommen er ugyldig fordi den er i strid med ordre public når den krenker prinsippet om likebehandling av usikrede kreditorer.<sup>410</sup>

### **5.4.3 Utgangspunktet for ordre public-vurderingen**

Problemstillingen er om voldgiftsdommen «virker støtende på rettsordenen», og derfor kan settes til side som ugyldig med hjemmel i ordre public-reservasjonen, jf. voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav b. Utgangspunkt for ordre public-vurderingen er den klare hovedregel om at voldgiftsdommer skal anerkjennes og fullbyrdes, jf. voldgiftsloven § 45 første ledd og New York-konvensjonen art. III. Ordre public beror på en avveining av alle hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, og hvor hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt er et tungtveiende hensyn mot å begrense partsautonomien. Terskelen for å statuere ordre public-strid skal være høy. Med dette som utgangspunkt skal må det vurderes om resultatet av voldgiftsdommen innebære en så betydelig krenkelse av hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet at voldgiftsdommen må kjennes ugyldig.

### **5.4.4 Voldgiftsdommen krenker prinsippet om likebehandling av kreditorer**

Voldgiftsdommen opprettholder Toyz-selskapenes rett til motregning i konkurs med den virkning at konkursboets fordring på WWT er gjort opp, og at GT får full dekning for sitt krav. Konsekvensen er altså at boet blir fratatt midler som reduserer den totale verdien av bomassen og kreditorenes dekningsmuligheter. Voldgiftsdommen krenker likebehandlingsprinsippet ettersom GT får et fortrinn i konkurs bekostning av de andre kreditorene.

En rett til motregning er en sikkerhetsrett i konkurs, og vil som sådan utgjøre et unntak fra prinsippet om likebehandling av kreditorer. Dette kan imidlertid ikke være tilstrekkelig til å si

---

<sup>409</sup> Det kan tenkes at det var *lex concursus*, altså norsk rett, som skulle vært anvendt på tvisten. Som påpekt i punkt 3.5 er det ikke avgjørende for ordre public-vurderingen om voldgiftsretten har anvendt feil rett.

<sup>410</sup> Det forutsettes at voldgiftsretten hadde sete i Norge slik at ugyldighetssøksmål reises ved norske domstoler etter voldgiftsloven kapittel 9.



at motregning *i seg selv* er i strid med ordre public.<sup>411</sup> Det bekreftes av den franske Thinetdommen referert til ovenfor i punkt 4.5.5.<sup>412</sup> Det underliggende spørsmålet var om det kunne motregnes overfor en konkursskyldner. Det kan slutes fra dommen at selve avgjørelsen om å motregne de gjensidige forpliktelsene mellom partene, ikke ble ansett å stride mot prinsippet om suspensjon av individuell kreditorforfølgelse.<sup>413</sup> Det var bare selve formen på dommen, som påla skyldneren å betale, som stred mot ordre public og prinsippet om likebehandling av kreditorene.<sup>414</sup>

I kapittel 4 punkt 4.4.4 trakk jeg frem teori og utenlandsk rettspraksis som har lagt vekt på likebehandlingsprinsippet i en ordre public-vurdering, for å vise at dette er et viktig hensyn som kan utgjøre en begrensning på partsautonomien i voldgift. I forbindelse med spørsmålet om en voldgiftsdom som håndhever multilateral motregning i konkurs er i strid med ordre public, kan det være grunn til å fremheve en engelsk dom som ikke ble nevnt i punkt 4.4.4.<sup>415</sup> I denne saken konkluderte den engelske domstolen med at det multilaterale oppgjørssystemet til IATA, den internasjonale organisasjonen for flyselskaper, var i strid med engelsk *public policy*. Oppgjørssystemet ble ansett som avtalt motregning, og krenket prinsippet om likebehandling og forholdsmessig fordeling blant kreditorene i konkurs.

Dommen er gammel og omhandler ikke voldgift, men så vidt jeg forstår har den ikke mistet sin betydning som et grunnleggende eksempel på at insolvensretten i England kan utgjøre «public policy». Som en konsekvens av dommen ble avtaleverket for IATA endret. I den australske dommen *International Air Transport Association v Ansett Australia Holdings Ltd* (2008), kom flertallet av *High Court* til at disse endringene innebar at ordningen stod seg i konkurs.

Denne dommen viser at prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs er et viktig prinsipp, som etter de konkrete omstendighetene kan utgjøre en begrensning på partsautonomien gjennom ordre public-reservasjonen. Det til tross for at dommen fremhevet at motregningsavtalen var utarbeidet for legitime og gode grunner.

---

<sup>411</sup> Ordre public-strid beror som kjent på en avveining av de relevante hensyn i en konkret situasjon.

<sup>412</sup> *Société Thinet v. Labrely ès-qualites, Cour de Cassation (1re chambre civile)*, 8. Mars 1988, N° 86-12.015.

<sup>413</sup> Jf. Lazić (1998) s.306.

<sup>414</sup> Se også Mantilla-Serrano (1995) s.71: «The set-off that extinguishes an obligation has been found to respect the principle of equal treatment of the creditors».

<sup>415</sup> *British Eagle International Air Lines Ltd. v Compagnie Nationale Air France* (1975).

## 5.4.5 Avveining av hensynene

### 5.4.5.1 Betydelig forringelse av kreditorenes dekningsutsikter

Hvorvidt voldgiftsdommen i mitt eksempel er i strid med ordre public beror på om hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet krenkes på en slik måte at disse hensynene må gis utslagsgivende vekt i avveiningen opp mot andre hensyn som taler for at voldgiftsdommen som stadfester motregningsretten skal bli stående.

Som påpekt under ordre public-drøftelsen av early termination-klausuler er det et viktig moment i avveiningen hvor betydelig svekket kreditorenes dekningsmuligheter blir som følge av at voldgiftsdommen anerkjennes. Jo større forringelse av kreditorenes dekningsmuligheter, jo større grunn er det for av voldgiftsdommen som legger klausulen til grunn virker støtende på rettsordenen. Dersom resultatet av voldgiftsdommen ikke innebærer en vesentlig svekkelse av kreditorenes dekningsmuligheter kan det medføre at hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet ikke er krenket på en slik måte at voldgiftsdommen er i strid med ordre public.

Den dividenden de usikrede kreditorene vil få, og dermed deres dekningsutsikter, er avhengig av hvilke aktiva og passiva som inngår i boet til Berge Leker.<sup>416</sup> Boets fordring på WWT lød opprinnelig på 100 000 EUR, men WWT har betalt de 50 000 EUR som ikke dekkes av motregningsretten til konkursboet. Det betyr altså at selv om motregningsretten fratar boet en del av den fordringen de har krav på, vil det være noen midler i boet som kan fordeles på de øvrige usikrede kreditorene. Det tilsier at kreditorenes interesser ikke blir så kraftig påvirket av voldgiftsdommen at man må fravike utgangspunktet om at voldgiftsdommen er endelig og skal anerkjennes.

Vi kan imidlertid se for oss at fordringen på WWT også var pålydende 50 000 EUR, slik at adgangen til å motregne GTs krav medførte at boet ikke fikk noe. Hvis vi også forutsetter at det ikke er andre verdier i boet som går til dekning for de usikrede kreditorene, må det kunne sies at det foreligger en betydelig forringelse av kreditorenes dekningsmuligheter. Kreditorene vil da ikke få noe, mens GT vil få full dekning for sitt krav. Dette tilsier at dersom de konkrete forholdene i saken er slik at resultatet av voldgiftsdommen er at kreditorene blir berøvet alle muligheter for dekning, vil det kunne innebære at hensynet til kreditorene og likebehand-

---

<sup>416</sup> Gjengedal (1995) note 2.1 til straffeloven § 283a.

lingsprinsippet krenkes på en slik måte at resultatet av voldgiftsdommen er støtende på norsk rettsorden. I et slikt tilfelle vil hensynet til kreditorene veie tyngre enn hensynet til en endelig voldgiftsdom.

De øvrige kreditorenes stilling vil også være et relevant moment i avveiningen. I situasjonsbeskrivelsen fremgår det at Berge Leker hadde flere utestående fordringer mot seg som de ikke klarte å betale. Det forutsettes at disse er usikrede kreditorer som påvirkes av at WWT gjør opp sin forpliktelse gjennom motregning med GTs krav. Dersom de øvrige kreditorene hadde hatt pant for sine krav eller også kunne motregne i konkurs etter dekningsloven § 8-1, ville de ikke blitt berørt av virkningene av voldgiftsdommen. I en slik situasjon vil hensynet til voldgift overgå hensynet til kreditorene. Om det er få eller mange kreditorer kan imidlertid ikke ha betydning.<sup>417</sup> Det vil være tilstrekkelig at resultatet av voldgiftsdommen går utover én kreditor, så fremt krenkelsen er så betydelig at hensynet til voldgift må vike i avveiningen.

Selv om resultatet av voldgiftsdommen som håndhever motregningsretten innebærer en krenkelse av prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs, vil det i denne situasjonen ikke innebære en så betydelig forringelse av kreditorenes dekningsmuligheter at hensynet til kreditorene vil veie tyngre enn hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt.

#### 5.4.5.2 Omgåelseshensikt

Et ytterligere moment i avveiningen er hvorvidt selve motregningen eller foranledningen til motregningen bærer preg av å være en omgåelse av kreditorbeskyttelsen og likebehandlingsprinsippet i konkurs. Dersom det foreligger omgåelseshensikt kan man tenke seg at hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet blir krenket på en slik måte at resultatet av voldgiftsdommen er støtende på norsk rettsorden.

Det fremgår av situasjonsbeskrivelsen at salget til WWT ble gjort i et desperat forsøk på å redde Berge Leker fra konkurs. I lys av det nære handelssamarbeidet mellom partene kan det forutsettes at WWT var innforstått med Berge Lekers økonomiske stillingen, og at handelen var Berge Lekers siste utvei. I denne situasjonen virker det urimelig at WWT ikke betaler kjøpesummen, og gjemmer seg bak den avtalte motregningsretten overfor boet. I en situasjon

---

<sup>417</sup> Se Gjengedal (1995) note 2.1 til straffeloven § 284.

som bærer preg av omgåelse av partenes forutsetninger for inngåelse av kjøpsavtalen, vil ikke hensynet til forutberegnelighet og hensynet til voldgift veie like tungt, sett opp mot hensynet til kreditorene.

I denne sammenheng kan det være relevant å se på hvorfor WWT ikke betalte kjøpesummen ved forfall. Dersom WWT unnlot å betale fordi de ønsket å sikre at datterselskapet GT fikk dekning for sitt krav gjennom motregningen, er det et moment som taler for at hensynet til kreditorene er krenket på en slik måte at voldgiftsdommen ikke bør opprettholdes. Motivet til Toyz-selskapene er her å få et fortrinn i konkurs på bekostning av de øvrige kreditorene til Berge Leker. I et slikt tilfelle vil hensynet til de øvrige kreditorene veie tyngre enn hensynet til å anerkjenne motregningsretten og voldgiftsdommen.

Var situasjonen imidlertid slik at WWT på forfallstidspunktet ikke hadde likviditet til å betale til Berge Leker, er det mindre grunn til å si at hensynet til kreditorene er krenket på en slik måte at det er støtende på rettsordenen, ettersom selve motivet ikke var å skaffe seg eller datterselskapet en fordel i konkurs. På en annen side er det ikke særlig beskyttelsesverdig å unnlate å betale en forpliktelse ved forfall. Likevel vil den manglende omgåelseshensikten trekke i retning av at det ikke vil være støtende på rettsordenen å opprettholde voldgiftsdommen når man tar i betraktning det tungtveiende utgangspunktet om at voldgiftsdommer skal anerkjennes, og at kreditorenes dekningsmuligheter ikke er fullstendig tapt.

Partenes praktisering av motregningsretten kan kaste lys over om det forelå en omgåelseshensikt. Det forutsettes at det har vært vanlig praksis at Toyz-selskapene har benyttet seg av motregningsretten. Det tilsier at motregningen ikke var motivert av å få en fordel i konkurs, men kun var en alminnelig oppgjørsmåte mellom partene. Dersom motregningen har preg av en alminnelig oppgjørsmåte mellom partene er det mindre betenkelig å godta voldgiftsdommen som stadfester denne multilaterale motregningen i konkurs. Var det derimot første gang Toyz-selskapene benyttet seg av den utvidede motregningsretten etter avtalen, trekker det i retning av at motregningen har preg av en omgåelse av kreditorbeskyttelsen, og et forsøk på å skaffe seg en fordel i konkurs.

Slik avtaleforholdet mellom Toyz-selskapene og Berge Leker fremstår, gjelder den utvidede motregningsretten både i og utenfor konkurs. Det tilsier at hensynet til kreditorene ikke blir

krenket i en slik grad at det må gis utslagsgivende vekt i avveiningen. Her kan man falle tilbake på den velkjente rettssetningen om at «kreditor ikke får bedre rett enn skyldneren». Dersom motregningsavtalen bare var ment å gjelde ved konkurs ville det vært mer tvilsomt å opprettholde voldgiftsdommen. Motregningsretten ville da blitt en sikkerhetsrett som ville gitt Toyz-selskapene en bedre rett overfor konkursboet enn overfor Berge Leker selv. Det er et sentralt prinsipp i dekningsloven at den solvente parten ikke skal ha en mer omfattende motregningsrett overfor boet, enn hva han ville hatt overfor den solvente debitor.<sup>418</sup> Dersom klausulen kun var ment for konkurssituasjoner fremstår det som en bevisst omgåelse av likebehandlingsprinsippet, som vil tale for at hensynet til kreditorene er krenket på en slik måte at det vil veie tungt i avveiningen.

I denne situasjonen er det inngått en forhåndsavtale om motregning mellom partene. Selve motregningsavtalen var ikke foranlediget av utsiktene for at Berge Leker skulle gå konkurs, ettersom den ble sluttet lenge før konkurstidspunktet. Som fremhevet i punkt 5.2 er det en viss usikkerhet i norsk rett knyttet til forhåndsavtaler om motregning med et krav som tilhører en tredjepart i konkurs. Selv om det ble konkludert med at slik motregning ikke vil stå seg overfor konkursboet etter norsk rett, kan denne usikkerheten tale for at man ikke vil anse hensynet til kreditorene for å være krenket i en slik betydelig grad at det er grunn til å kjenne voldgiftsdommen i strid med ordre public i slike situasjoner.

Dersom voldgiftsdommen opprettholdt et særskilt samtykke til motregning gitt av Berge Leker etter konkursåpning, kan det tale for at hensynet til kreditorene blir krenket i større utstrekning.<sup>419</sup> Et slikt særskilt samtykke i en insolvenssituasjon tilsier at motivet var å omgå likedelingen i konkurs og skaffe seg en fordel på bekostning av de andre kreditorene. I tillegg må det påpekes at Berge Leker ikke ville hatt rådighet til å gi samtykke til motregning etter konkurs er åpnet, jf. konkursloven § 100. I en slik situasjon vil man kunne tenke seg at hensynet til likebehandling av kreditorer vil veie tyngre enn hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt, særlig dersom hovedkravet er av vesentlig betydning for kreditorenes dekningsmuligheter.

---

<sup>418</sup> Bergo (1996) s.60.

<sup>419</sup> Jf. Rt.2006 s.1361, hvor det særskilte samtykket til motregning ikke var bindende for boet fordi det gav en ensidig fordel til kreditoren.

Til tross for at det kan synes urimelig at WWT unnlater å betale ved forfall, og på den måten setter seg i en motregningsposisjon som selskapet senere utnytter, fremstår ikke den foreliggende situasjonen slik at det foreligger en hensikt i å omgå de konkursrettslige begrensningene og skaffe datterselskapet en fordel ved konkurs. Som det ovenstående viser har det vært vanlig praksis mellom partene at Toyz-selskapene foretar motregning med hverandres krav basert på den forhåndsavtalte motregningsretten. I tillegg gikk Berge Leker konkurs rett etter forfall, så det er ikke slik at WWT har avventet betalingen lenge for å skaffe seg motregningsposisjon i konkurs.

Innenfor voldgiftsretten er det partsautonomien som er utgangspunktet, og begrensninger av denne skal skje innenfor snevre rammer. Når den omtvistede fordringen ikke er helt avgjørende for at kreditorene får en visse dekning av sine krav, og det i tillegg ikke foreligger en klar omgåelseshensikt, må hensynet til voldgiftsinstituttet veie tyngre enn hensynet til kreditorene og likebehandlingsprinsippet. Et ytterligere hensyn er at motregning med krav som tilhører f.eks. et datterselskap ikke er en uvanlig kontraktsregulering, og at motregning i seg selv er en viktig mekanisme i samfunnet. Motregningsrettens sentrale stilling i samfunnet viser seg i forarbeidene til dekningslovens hvor det står: «Den vidtgående motregningsrett i konkurs og akkordforhandling står så vidt sterkt i den alminnelige rettsbevissthet at det synes betenkelig å begrense den vesentlig.»<sup>420</sup> Dette taler med styrke for at voldgiftsdommen bør bli stående.

#### 5.4.5.3 Andre mothensyn: Kredittskaping og konneksitet

Som vist i punkt 5.3 er det flere hensyn som ligger til grunn for å anerkjenne motregning i konkurs, og som kan være relevant å ta i betraktning i ordre public-vurderingen sammen med hensynet til voldgift. I følge forarbeidene er motregningen best begrunnet når den kan sies å være kredittskapende eller hvor motfordringen er særlig beskyttelsesverdig.<sup>421</sup> Hensynet til kredittskaping og hensynet til motpartens berettigede behov for motregning, vil sammen med hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt være en motvekt til hensynet til kreditorene, som trekker i retning av at voldgiftsdommen som håndhever motregningen bør bli stående.

---

<sup>420</sup> NOU 1972:20 s.329.

<sup>421</sup> NOU 1972:20 s.328.

I denne situasjonen vil imidlertid ikke disse hensynene gjøre seg så sterkt gjeldende. Selv om det mellom partene har vært et nært handelssamarbeid, hvor det har vært forutsigbart for partene at de ville komme i motregningsposisjon overfor hverandre, er det ikke grunn til å tro at motregningsavtalen har hatt stor kredittskapende effekt. Motregningsavtalen kan ha hatt en viss effekt på Toyz-selskapenes villighet til å inngå handler med Berge Leker og yte kreditt, men motregningsrettens største funksjon er nok at det er en lettvent oppgjørsmåte for partene. Dessuten, i denne konkrete motregningsposisjonen er den sikkerhet som GT får i WWT sin gjeld mer tilfeldig, ettersom det var GTs krav som oppstod først. Sikringsaspektet gjør seg først gjeldende dersom kreditten er gitt på bakgrunn av den sikkerhet som en allerede eksisterende gjeld gir. Hensynet til kredittskaping gjør seg dermed ikke gjeldende her som et mot-hensyn til prinsippet om kreditorbeskyttelse og likebehandling i konkurs.

Ettersom motregning også er en debitorrettighet ved at det skjer et oppgjør for hovedkravet, vil medkontrahentens interesse i å motregne være aktuelt å ta i betraktning.<sup>422</sup> Synspunktet er gjerne at det ville virke urimelig om kreditoren for motkravet måtte innfri hovedkravet, og nøye seg med dividende av motkravet.<sup>423</sup> Dette er ikke et tungtveiende hensyn. Dividendekrav vil oppleves urimelig for alle kreditorene til skyldneren.<sup>424</sup> Hensynet til rimelighet vil dessuten ikke være like fremtredende her, da kravene ikke består mellom de samme personer. Selv om GT måtte nøye seg med dividende, må ikke selskapet innfri en gjeld samtidig, og når denne sammenheng er brutt vil ikke rimelighetshensynet gjøre seg gjeldende.

Hensynet til medkontrahenten vil stå sterkest ved motregning med krav som springer ut av samme rettsforhold (konnekse krav).<sup>425</sup> I denne situasjonen har hovedkravet og motkravet en viss tilknytning til hverandre, selv om de ikke er typisk konnekse.<sup>426</sup> Det er et nært handelssamarbeid mellom Toyz-selskapene og Berge Leker, og tilknytningen mellom de tre partene viser seg i trading-avtalen som gjelder for alle handler mellom partene. I Rt.1992 s.504 (Factoring Finans) åpner Høyesterett for at krav etter forskjellige kontrakter kan være konnekse, dersom det foreligger et særlig tilknytningsforhold mellom kontraktene. I følge dommen er

---

<sup>422</sup> Sæbø (2003) s.426.

<sup>423</sup> Sæbø (2003) s.426.

<sup>424</sup> Nazarian (2012) s.248.

<sup>425</sup> Andenæs (2009) s.227.

<sup>426</sup> Det klassiske eksempelet på konnekse krav er krav på kjøpesum og erstatningskrav for mangel.

tidspunktet for avtaleinngåelsene og bakgrunnen for kontraktene relevante momenter i vurderingen. I denne situasjonen er avtalene ikke inngått på samme tidspunkt, og de har ikke karakter av å være del av det samme prosjektet. Hovedkravet og motkravet er oppstått i to forskjellige handler, med forskjellige parter. Handlene har ingen øvrig sammenheng, annet enn at de er en del av det løpende forretningsforholdet mellom de tre partene om kjøp og salg av leketøy. Det synes derfor nærliggende å si at det her ikke foreligger konneksitet mellom kravene. Ved motregning med innbyrdes uavhengig fordringer er ikke hensynet til medkontrahtenten like tungtveiende.<sup>427</sup>

Selv om disse hensynene ikke gjør seg gjeldende i den foreliggende situasjonen, kan det tenkes at i en situasjon hvor det er nær sammenheng mellom kravene og det er et element av kredittgiving i rettsforholdet mellom partene, vil ikke voldgiftsdommen som håndhever den multilaterale motregningen være i strid med ordre public. Utenfor konkurs vil det være adgang til å motregne med tredjepersons konnekse krav, selv om den det motregnes overfor ikke samtykker.<sup>428</sup> Det er usikkert om dette også gjelder ved konkurs,<sup>429</sup> men den generelle utvidelsen av tvungen motregning ved konnekse krav, og uenighet i teorien om det også vil gjelde ved konkurs, tilsier at hensynet til kreditorene ikke veier så tungt i slike tilfeller. Selv om resultatet av voldgiftsdommen vil frarøve kreditorene for enhver mulighet til dekning og innebære en forfordeling av en kreditor, kan det samfunnsnyttige hensynet til kredittgiving og den nære sammenhengen mellom kravene være så fremherskende i den konkrete situasjonen, at det veier opp for krenkelse av hensynet til kreditorene. Sammen med hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt taler de for at voldgiftsdommen ikke er i strid med ordre public.

#### **5.4.6 Panterettslig innfallsvinkel**

Motregningen blir en sikkerhetsrett for GT som gir en fordel i konkurs, og dermed rokker ved prinsippet om likebehandling av kreditorer. Det er flere teoretikere som hevder at denne formen for sikkerhet må skje innenfor panterettslige rammer når man er utenfor dekningslovens

---

<sup>427</sup> Andenæs (2009) s.227.

<sup>428</sup> Bergsåker (2012) s.251-252.

<sup>429</sup> Se Sæbø (2003) s.478 flg. for en redegjørelse for spørsmålet.



regler om motregning.<sup>430</sup> Brækhus inntar det standpunkt at det ikke er plass til en kontraktmessig utvidelse av motregningsretten når konkurs er åpnet.<sup>431</sup> Han fremholder at:

«B søker ved motregningsavtalen å forbedre sin kreditorposisjon i forhold til andre kreditorer. Det er et spørsmål om å avtale et dekningsprivilegium for B – derved er vi kommet så nær panteretten at vi ikke lenger kan basere oss på de rente avtalerettslige betraktninger. ... Et annet spørsmål er hvor langt han må finne seg i en kontraktmessig utvidelse av motregningsretten. Det må bedømmes etter *panterettslige synspunkter*.»<sup>432</sup>  
(min kursivering)

En avtale som gir partene rett til å motregne uten hensyn til om vilkårene for motregning er oppfylt, er nært beslektet med avtaler som stifter panterett i hovedkravet.<sup>433</sup> Selv om man ikke vil anerkjenne den avtalte motregningsretten med tredjemanns krav, kan samme løsning følge av pantereglene. Det er vanskelig å argumentere for at voldgiftsdommen som håndhever en multilateral motregningsrett er i strid med ordre public, dersom samme løsning følger av pantereglene.

Panteloven § 4-4 første ledd gir hjemmel for å pantsette enkle pengekrav.<sup>434</sup> Til tross for at partene i dette tilfellet har kalt det en motregningsavtale, kan det like gjerne sies å være en avtale om pant av de enkle pengekravene som inngår i rettsforholdet mellom de tre partene. Det ikke nødvendigvis avgjørende hva partene har kalt avtalen.<sup>435</sup>

For å få virkning i et konkursbo må panteretten ha rettsvern. Rettsvernkravet følger av panteloven § 4-5, og består i at det må gis melding om pantsettelsen til skyldneren etter det pantsatte kravet (debitor cessus). I vår situasjon vil skyldneren være ett av Toyz-selskapene, og når begge disse selskapene er parter til avtalen vil ikke rettsvernkravet volde noen vanskelighe-

---

<sup>430</sup> Se punkt 5.2.2 om norsk rett.

<sup>431</sup> Brækhus (1977) s.73.

<sup>432</sup> Brækhus (1977) s.65. Se også Brækhus (1994) s.155-156.

<sup>433</sup> Sæbø (2003) s.229.

<sup>434</sup> Bestemmelsen lyder: «Enkle pengekrav som noen har mot navngitt skyldner, kan pantsettes. Det samme gjelder enkle pengekrav som noen kommer til å få mot navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold.»

<sup>435</sup> Lilleholt (1994) s.144.

ter. I denne saken vil ikke den norske domstolen behøve å gå veien om ordre public, fordi avtalekonstruksjonen kan betraktes som en panterett med rettsvern i konkurs.

Mot dette er det imidlertid påpekt at motregning blir en *upublisert* sikkerhetsrett.<sup>436</sup> Publisitet er et grunnleggende hensyn for å ha vern mot beslag fra et konkursbo. Det kan imidlertid hevdes at det i mange tilfeller ikke er praktisk å kreve publisitet for det faktum at man er i en motregningsposisjon. Dessuten er det ikke noe øvrig publisitetskrav i tillegg til notifikasjonen for pant i enkle pengekrav. Panteretten godtas selv om kreditorene sjelden vil ha noen glede av den publisitet som følger av notifikasjon.<sup>437</sup>

#### 5.4.7 Konklusjon

Den aktuelle situasjonen som er presentert i punkt 5.4.2 omfattes ikke etter mitt syn av ordre public. I dette konkrete tilfellet vil hensynet til voldgift og motregningsinstituttets sentrale forankring i samfunnet veie tyngre enn hensynet til kreditorenes interesser og prinsippet om likebehandling. Kreditorene får en viss dekning av sine krav, og sammenholdt med den høye terskelen for å anvende ordre public-begrensningen, tilsier det at resultatet av voldgiftsdommen ikke er så støtende på rettsordenen at voldgiftsdommen må kjennes ugyldig. Det pante-rettslige synspunktet underbygger dessuten konklusjonen av ordre public-analysen.

Som jeg har forsøkt å vise gjennom drøftelsen kan avveiningen av hensynene føre til et annet resultat i andre tilfeller. Som en mulig retningslinje kan det fremheves at det er av betydning i hvilken grad resultatet av voldgiftsdommen forringer kreditorenes utsikter til dekning. Videre kan det gis en generell anvisning på at dersom motregningen er ment å omgå kreditorbeskyttelsen og likebehandlingsprinsippet vil det tale for at voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen.

Konklusjonen i denne situasjonen er altså at voldgiftsdommen som håndhever den multilaterale motregningsretten, ikke er i strid med ordre public. Voldgiftsdommen er dermed ikke ugyldig etter voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav b. Gjennom en lovvalgsklausul til fordel for belgisk rett og en voldgiftsavtale har partene unngått anvendelsen av norske konkursrettslige begrensninger. I denne sammenheng utgjør ikke konkursretten en begrensning på partsautonomien i internasjonal voldgift.

---

<sup>436</sup> Wood (2007) s.8.

<sup>437</sup> Lilleholt (1999) s.171.

## 6 «Walkaway»-klausuler i konkurs

### 6.1 Problemstilling

Close-out netting innebærer at alle avtaler mellom partene avsluttes ved den ene partens mislighold, og at det foretas en motregning av de forfalte forpliktelsene som resulterer i nettosum i favør av den ene parten.<sup>438</sup> Det hender at man i en close-out nettingavtale inkluderer en såkalt «walkaway»-klausul. En walkaway-klausul går ut på at den parten som har en nettoforpliktelse etter sluttavregningen, ikke behøver å utbetale denne som følge av at den andre parten har misligholdt eller på annen måte aktualisert sluttavregningen.<sup>439</sup> Det innebærer at den part som er konkurs og dets konkursbo ikke vil ha krav på et eventuelt nettobeløp i vedkommendes favør.<sup>440</sup>

Walkaway-klausuler er ikke tillatt i mange rettssystemer, og er generelt i økende miskreditt internasjonalt.<sup>441</sup> For eksempel inneholdt ISDA Master Agreement fra 1992 to alternativer for oppgjør av nettingen, hvorav den ene innebar walkaway for den ikke-misligholdende part, men dette er fjernet i den nye versjonen av 2002.<sup>442</sup> Det kan imidlertid tenkes noen jurisdiksjoner hvor slike klausuler fortsatt er tillatt.

Nedenfor vil jeg vurdere om en voldgiftsdom, som stadfester en walkaway-klausul i en finanskontrakt mot et konkursbo, er i strid med norsk ordre public fordi dommen krenker hensynet til kreditorene og prinsippet om likebehandling. Som de øvrige ordre public-drøftelsene vil jeg ta utgangspunkt i en konkret situasjon som danner grunnlaget for avveiningen av de relevante hensynene.

---

<sup>438</sup> Se punkt 1.4.1 for mer om close-out netting.

<sup>439</sup> Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.47.

<sup>440</sup> Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s.140.

<sup>441</sup> Bergo (1996) s.24.

<sup>442</sup> Se Field Fisher Waterhouse (2008) s.6.

## 6.2 Situasjonsbeskrivelse

Det norske verdipapirforetaket Parco Securities AS har lenge drevet forretning med det amerikanske investeringsselskapet InvestCorp. Det amerikanske selskapet driver blant annet med handel av derivatinstrumenter på det norske markedet, via Parco Securities. For å regulere samarbeidet seg i mellom har partene inngått en rammeavtale som skal gjelde for alle handler dem i mellom. I denne avtalen er det inntatt en close-out nettingklausul, hvor insolvens og åpning av konkurs er to begivenheter som utløser en rett til close-out netting. Avtalen inneholder videre en klausul om «walkaway» for den solvente part, i det tilfellet at motparten går konkurs. I tillegg inneholder rammeavtalen et lovvalg til fordel for retten på Cayman Island, og en tvisteløsningsklausul som henviser alle tvister mellom partene til voldgiftsbehandling i Norge.

Verdipapirforetaket Parco Securities går plutselig konkurs, og konkurs åpnes i Norge. Det blir gjennomført close-out netting for alle Parcoss handelsforbindelser, herunder for InvestCorp. Sluttavregningen av alle kontraktene mellom Parco og InvestCorp viser et samlet nettobeløp i favør av Parco. Konkursboet til Parco vil ta beslag i den utstående fordringen på InvestCorp jf. dekningsloven § 2-2, og krever selskapet for betaling. InvestCorp viser til rammeavtalen og walkaway-klausulen, og hevder at de ikke skal betale nettobeløpet fordi sluttavregningen var foranlediget av Parcoss konkurs. InvestCorp anfører at det er retten på Cayman Island som regulerer spørsmålet, og at walkaway-klausulen står seg overfor konkursboet etter denne retten. Konkursboet mener imidlertid at walkaway-klausulen er i strid med norsk rett, og hevder seg ubundet av denne delen av avtalen.

Konkursboet bringer tvisten inn for voldgiftsretten i Norge med påstand om at InvestCorp skal betale nettosummen til konkursboet. I sin behandling av saken følger voldgiftsretten partenes lovvalg, og anvender retten på Cayman Island.<sup>443</sup> Voldgiftsretten stadfester InvestCorps rett til «walkaway», og voldgiftsdommen frifinner derfor InvestCorp for kravet om betaling.

Konkursboet anlegger deretter ugyldighetssøksmål for norske domstoler med påstand om at voldgiftsdommen er ugyldig fordi den strider mot ordre public.

---

<sup>443</sup> Det forutsettes at en «walkaway»-klausul vil stå seg overfor et konkursbo etter retten på Cayman Island, men som nevnt tidligere er det ikke avgjørende for ordre public-vurderingen om dette er tilfellet.

## 6.3 Ordre public-vurdering

### 6.3.1 Utgangspunktet

Problemstillingen er om voldgiftsdommen «virker støtende på rettsordenen», og derfor kan settes til side som ugyldig med hjemmel i ordre public-reservasjonen, jf. voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav b. Ordre public-vurderingen vil i hovedsak følge samme mønster som i de foregående kapitlene. Utgangspunktet er at domstolene er forpliktet til å anerkjenne og fullbyrde en voldgiftsdom uten å prøve det materielle innholdet i denne, og at ordre public har et meget snevert anvendelsesområde.

### 6.3.2 Norsk rett: Walkaway-klausuler er ikke tillatt

For enkelhetsskyld går eksempelet bare ut på handel med «derivater», og det forutsettes i det videre at det er snakk om slike derivater som omfattes av de særlige reglene om motregningsavtaler i verdipapirhandelloven § 14-2.<sup>444</sup> Utgangspunktet er altså at partene i denne situasjon har adgang til å foreta close-out netting ved konkurs etter norsk rett, til tross for at det gir InvestCorp en fordel i konkurs som går på bekostning av de usikrede kreditorene til Parco.

Walkaway-klausuler er imidlertid ikke akseptert etter norsk rett. For tilfeller som faller inn under lov om finansiell sikkerhetsstillelse og verdipapirhandelloven fremgår det av lovreguleringen i disse lovene. I lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 annet ledd siste punktum er det eksplisitt uttalt at: «Den part som skylder det største beløpet *plikter å betale* en nettosum svarende til differansen mellom partenes forpliktelser til den annen part» (min kursivering). Dette er ment å avskjære muligheten for å bruke walkaway-klausuler.<sup>445</sup> Det samme følger av verdipapirhandelloven § 14-2 som viser til at motregningen skal skje til «markedskurs».<sup>446</sup>

Det er ingen grunn til at noe annet skal gjelde utenfor anvendelsesområdet til disse lovene. De aktuelle bestemmelsene er oppstilt som unntak fra dekningslovens normale regler om hva som er tillatt i konkurs. Når unntakene eksplisitt fremhever at walkaway-klausuler ikke er tillatt, må det innebære at det samme gjelder som hovedregel i konkursretten. Videre strider walkaway-klausulene mot hovedprinsippet i dekningsloven § 2-2, om at boet har rett til dekning i ethvert formuesgode som tilkommer skyldneren. Walkaway-klausulen er reelt sett en avtale om et privat beslagsforbud, hvor man fratrar boet verdier skyldneren kunne innkrevet dersom selskapet var solvent.

---

<sup>444</sup> Se punkt 1.4.2 for en nærmere redegjørelse for særreglene for finansmarkedet og hensynene bak dem.

<sup>445</sup> Se Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.47 og 51. Bestemmelsen gjennomfører EU-direktivet 2002/47/EF, som også definerer «close-out netting» slik at det ikke er adgang til å avtale walkaway-klausuler.

<sup>446</sup> Se Ot.prp.nr.29 (1996-1997) som fremhever at formålet med ordlyden er å hindre walkaway-klausuler.

Her kan det ikke gjelde avtalefrihet for kontraktspartene.<sup>447</sup> Dette må medføre at slike klausuler også ellers ikke er tillatt etter norsk rett.<sup>448</sup>

Voldgiftsdommen som stadfester walkaway-klausulen mot Parcos konkursbo er altså i strid med norsk rett, men den kan ikke settes til side som ugyldig på dette grunnlag. Dersom ordre public-innsigelsen skal komme til anvendelse, må voldgiftsdommen krenke fundamentale prinsipper i norsk rett.

I forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse er det fremhevet at walkaway-klausuler ikke er forenelige med hensynet til de øvrige kreditorene i en konkurs.<sup>449</sup> For øvrig vises til kapittel 4 og 5, hvor hensynet til kreditorene og prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs er redegjort for. Her er det fremhevet at prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs er et viktig prinsipp i norsk rett som har potensial til å ha ordre public-karakter. Ordre public-strid beror på en konkret helhetsvurdering av om resultatet av voldgiftsdommen strider sterkt mot vår rettsfølelse.<sup>450</sup>

### **6.3.3 Tilfeller med rene walkaway-klausuler**

Når voldgiftsdommen opprettholder walkaway-klausulen innebærer det at InvestCorp ikke skal betale noe til Parcos konkursbo, selv om Parco hadde til gode nettogevinst etter kontraktene. Det går på bekostning av kreditorfellesskapets dekningsmuligheter, og resultatet av voldgiftsdommen krenker prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs.<sup>451</sup>

Det er et sentralt moment i avveiningen i hvilken grad kreditorenes dekningsmuligheter blir forringet av at voldgiftsdommen håndhever walkaway-klausulen. For illustrasjonens skyld forutsettes det at InvestCorp hadde handlet derivater for betydelig summer, og at nettotapet var stort. Den nettosum som etter sluttavregningen skulle tilfalle Parcos konkursbo forutsettes derfor å være av stor betydning for kreditorenes dekningsmuligheter. Når resultatet av vold-

---

<sup>447</sup> Bergo (1996) s.24.

<sup>448</sup> Se Bergo (1996) s.24 som også fremholder at walkaway-klausuler ikke er tillatt i norsk rett.

<sup>449</sup> Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s.51.

<sup>450</sup> Rt.2011 s.531 avsnitt 52.

<sup>451</sup> Se punkt 4.3.5 og 4.4.4 for mer om likebehandlingsprinsippet og dets potensiale som ordre public-prinsipp.

giftsdommen innebærer en så betydelig forringelse av boets tilgjengelige verdier taler det for at hensynet til kreditorene må veie tungt.

I tillegg virker walkaway-klausulen svært urimelig for de øvrige kreditorene fordi resultatet av sluttavregningen ensidig er i favør av InvestCorp.<sup>452</sup> Denne ensidigheten mangler en rasjonell begrunnelse. Hvorfor skal InvestCorp beholde en gevinst etter derivatkontraktene som i utgangspunktet ikke tilfalt dem? Gjennom close-out nettingmekanismen får InvestCorp dekket sine krav mot Parco fullt ut i konkurs. At InvestCorp kan unnlate å betale nettosummen i favør av Parco kan dermed ikke anses som en form for tapsbegrensning.<sup>453</sup> De særlige hensynene som gjør seg gjeldende for handel med derivater blir ivaretatt av adgangen til close-out netting. Disse hensynene kan vanskelig begrunne adgang til walkaway.

Når InvestCorp ikke trenger å utbetale kontraktgevinsten til boet som følge av voldgiftsdommen innebærer det at de får en uberettiget vinning som de ikke ville fått utenfor konkurssituasjonen. Det synes lite rimelig overfor et konkursbo og de øvrige kreditorene at en part gjennom avtale, ikke bare kan skaffe seg et fortrinn til dekning av sitt krav, men dertil en berikelse som går på bekostning av de andre kreditorene. Konkursboet og kreditorene kan ha behov for beskyttelse fra Parco og InvestCorps misbruk av avtalefriheten til å søke å unndra midler fra konkursbeslaget.<sup>454</sup> En slik krenkelse av kreditorfellesskapets interesser gjennom en avtaleklausul som partene har inngått med det formål å favorisere hverandre i en konkurssituasjon, tilsier at hensynet til kreditorene bør få utslagsgivende vekt sett opp mot hensynet til et effektivt og forutberegnelig voldgiftsinstitutt.

Dessuten er walkaway en uvanlig klausul som ikke blir allment praktisert, og som står i et dårlig lys i bransjen. Early termination og motregningsavtaler på sin side er vanlige kontraktklausuler som har en solid forankring i formueretten generelt. Det påvirker vurderingen av om

---

<sup>452</sup> Bergo (1996) s.24.

<sup>453</sup> Walkaway-klausuler kan ha et rasjonelt formål som kompensasjon for tap, særlig der man ikke er hjulpet av motregningsregler i konkurs, se Wood (2007) s.19.

<sup>454</sup> Vern av en svak part mot misbruk av avtalefriheten er et av hensynene bak avtaleloven § 36, jf. NOU 1979:32 s.39. Boet kan betraktes som en svak part all den tid boet ikke har vært delaktig i avtaleutformingen, i tillegg til at partene som regel ikke har noe ønske om å ivareta boets interesser, jf. NOU 1972:20 s.311.

resultatet av voldgiftsdommen er i strid med ordre public. En walkaway-klausul er en fremmed kontraktklausul, som begrenser hva boet kan ta beslag i på en måte som ikke er naturlig etter norsk kontraktsrett og konkursrett. Det trekker også i retning av at hensynet til likebehandling av kreditorene vil veie så tungt at hensynet til voldgift må vike.

Det er viktig å minne om at utgangspunktet er at voldgiftsdommen skal legges til grunn av norske domstoler. Ordre public-reservasjonen er ment å være en sikkerhetsventil, som kun skal anvendes på de mest alvorlige tilfellene. Selv om terskelen er høy, og hensynet til voldgiftsinstituttet står sterkt, går det en grense. Resultatet av voldgiftsdommen frarøver kreditorene for dekning på en irregulær måte som fremstår som svært urimelig. Etter en samlet vurdering må hensynet til konkursboet og de øvrige kreditorene i dette tilfellet veie tyngre enn hensynet til voldgiftsinstituttet. Voldgiftsdommen må derfor anses å virke støtende på norsk rettsorden.

Det kan tenkes at det ville stilt seg annerledes dersom walkaway-klausulen også gjaldt ved annet mislighold enn konkurs, f.eks. dersom innbetaling av kjøpesummen eller levering av de finansielle instrumentene ikke skjer til rett tid. Dersom det mellom Parco og InvestCorp er avtalt en generell rett til walkaway ved mislighold, kan det tilsi at kreditorenes interesser ikke er krenket på en slik måte at hensynet til voldgift må vike. Det henger sammen med den tradisjonelle læresetningen om at kreditor ikke får bedre rett enn skyldneren.

#### **6.3.4 Tilfeller med avregning til underkurs**

Vi kan imidlertid se for oss en situasjon hvor partene ikke har avtalt en rett til ren «walkaway» ved konkurs, men at avregningen etter close-out nettingklausulen skal skje til en kurs som er langt under markedskurs. Som påpekt ovenfor skal alle relevante kontrakter mellom partene avregnes til «markedskurs», jf. verdipapirhandeloven § 14-2. En slik klausul vil derfor heller ikke være tillatt i konkurs etter norsk rett.

Resultatet av at voldgiftsdommen opprettholder en slik avregningsmekanisme overfor Parcos konkursbo er at bomassen reduseres i tilsvarende omfang, sett i forhold til en avregning til markedskurs. Resultatet av voldgiftsdommen svekker altså kreditorenes dekningsutsikter. Den ytterligere virkningen av voldgiftsdommen er at InvestCorp får en fordel i konkurs ved at nettosummen den skal betale til boet blir mindre.



I et slikt tilfelle blir bomassen redusert, men ikke i en slik grad at boet blir fratatt hele verdien av nettosummen. Avveiningen av hensynene vil blant annet avhenge av hvor stort beløpet er. Er beløpet stort nok kan det i prinsippet utgjøre en så betydelig krenkelse av hensynet til kreditorene, at utgangspunktet om at voldgiftsdommer skal legges til grunn må vike. Dersom vi i dette tilfellet forutsetter at boet får 20 % mindre enn det de skulle hatt om man la til grunn markedskurs, kan det bemerkes at forringelsen av kreditorenes dekningsmuligheter ikke er så betydelige. Sett opp mot det tungtveiende hensynet til et effektivt og pålitelig voldgiftsinstitutt, hvor den klare hovedregelen er at voldgiftsdommer skal anerkjennes uten overprøving, må det konkluderes med at hensynet til kreditorene ikke kan veie så tungt at en voldgiftsdom i et slikt tilfelle er i strid med ordre public. I samme retning trekker close-out nettingens fundamentale stilling i finansmarkedet og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på dette området.<sup>455</sup>

## 6.4 Konklusjon

For situasjonen presentert i 6.2 med en walkaway-klausul er konklusjonen at voldgiftsdommen krenker kreditorenes interesser og prinsippet om likebehandling i konkurs på en slik måte at det virker støtende på rettsordenen. Domstolen må dermed sette avgjørelsen til side som ugyldig etter voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav b. Det er særlig det element av urimelighet som ligger i at boet og kreditorene ikke får noe, mens InvestCorp får full dekning og i tillegg en berikelse, som begrunner dette standpunktet. I tilfeller hvor kreditorenes dekningsutsikter ikke i like betydelig grad blir krenket, hvilket som regel vil være tilfellet ved en avtale om avregning til underkurs, vil hensynet til voldgift fort veie tyngre i ordre public-vurderingen.

Partene har i dette tilfellet ikke lyktes i å unngå anvendelse av norske, preseptoriske regler ved å foreta et lovvalg til fordel for et annet lands rett og avtale voldgift som middel for tvisteløsning. Ordre public utgjør i denne situasjonen en begrensning på partsautonomien i internasjonal voldgift.

---

<sup>455</sup> Se punkt 1.4.2.

## 7 Avsluttende bemerkninger

Det overordnede temaet for avhandlingen er samspillet mellom voldgift og insolvensbehandling, og hvilke uventede begrensninger som kan komme på partenes autonomi i internasjonal voldgift når den ene blir insolvent. Temaet er ikke upraktisk, da arbeidet med et konkursbo regelmessig involverer tvister som omfattes av en voldgiftsavtale.<sup>456</sup> Den globale økonomiske krisen i 2008-2009, har også økt interessen for den innvirkning konkurs har på voldgiftprosessen.<sup>457</sup>

Praktikere er særlig opptatt av hvilke begrensninger som ligger på partenes mulighet til å bringe tvister med konkursrettslige implikasjoner for voldgiftsretten. Avhandlingen har vist at det i ustrakt grad vil være adgang til å avgjøre tvisten ved voldgift selv om medkontrahenten er konkurs, og det er konkursboet som blir motpart. Det er i tråd med den internasjonale trenden i retning av å tillate voldgiftsbehandling i stor utstrekning, selv om tvisten involverer offentlige interesser.<sup>458</sup>

Den nasjonale kontrollen med voldgift synes å ha skiftet fra et spørsmål om hva som kan voldgis, til et spørsmål om ordre public.<sup>459</sup> Som følge av den svært høye terskelen for ordre public og den internasjonale *pro-arbitration* holdningen, vil partene i mange tilfeller unngå de norske konkursrettslige begrensningene som skal beskytte likebehandling av kreditorer i konkurs. Avhandlingen har imidlertid vist at hensynet til kreditorenes interesser og likebehandlingsprinsippet er svært viktige hensyn i norsk og internasjonal rett, som ved særlige omstendigheter kan danne grunnlag for ordre public-strid dersom de er krenket. Det er vanskelig å gi noe klart svar på når norske domstoler vil kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte fullbyrdselsen av den, fordi det avhenger av den konkrete situasjonen. I mange tilfeller vil det ikke være behov for å anvende ordre public, fordi rettssystemet har andre mekanismer som begrenser virkningene av voldgiftsdommen og forhindrer forfordeling av kreditorer. I de tilfeller

---

<sup>456</sup> Se Mantilla-Serrano (1995), hvor han har undersøkt voldgiftssaker ved ICC fra 1989 til 1995, og fant at ca 5 % av dem i en eller annen form var relatert til insolvens (se side 52).

<sup>457</sup> Baizeau, (2009) s.97.

<sup>458</sup> Baron og Liniger (2003) s.53.

<sup>459</sup> Baron og Liniger (2003) s.53.

hvor det er aktuelt å vurdere ordre public er det særlig to momenter som har utpekt seg. Der-  
som resultatet av voldgiftsdommen innebærer en betydelig forringelse av kreditorenes dek-  
ningsmuligheter, og den konkrete situasjonen bærer preg av illojalitet overfor kreditorfelles-  
skapet eller omgåelse av prinsippet om likebehandling, kan det tale for at voldgiftsdommen er  
støtende på rettsordenen.

De siste årenes finanskriser har også aktualisert spørsmålsstillingen om ordre public fordi en  
utpreget adgang til å avtale seg vekk fra vanlige konkursprosesser og ikke sikre kreditorfelles-  
skapet, kan påskynde en dominoeffekt i ekstreme situasjoner som ikke er samfunnstjenlig.  
Som vi så i kjølevannet av finanskrisen i 2008-2009 vil det til syvende og sist være staten og  
skattebetalerne som ender opp med å bære risikoen for at finansnæringen er underlagt særre-  
guleringer som gir dem et fortrinn i konkurs.

Avhandlingen har vist at partsautonomien ikke er helt ubegrenset, selv ikke i kommersielle og  
internasjonale forhold. Likevel er det viktig å få frem at i de aller fleste tilfeller vil ikke ordre  
public innebære noen begrensning på partsautonomien, fordi den bare kommer til anvendelse  
i de mest graverende tilfeller. Partene kan derfor som utgangspunkt oppnå en utvidet kon-  
trakts- og lovvalgsfrihet gjennom valget av utenlandsk rett i kombinasjon med en voldgiftsav-  
tale.

# Litteraturliste

- Alvik, Ivar «Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift», i: *Lov og Rett*. (2009), s. 43-51. (Fra Lovdata)
- Ancel, Pascal «Note - Cour de cassation (1re Ch. civ.) 8 mars 1988 - Société Thinet v. Labrely ès-qualités» i: *Revue de l'Arbitrage*. Issue 3 (1989), s. 473-480. (Fra [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com))
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samelet utgave ved Kjell V. Andorsen. Oslo: Universitetsforlaget, 2008.
- Andenæs, Mads Henry *Konkurs*. 3. utg. Oslo, 2009.
- Baizeau, Domitille «Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law», i: *New Developments in International Commercial Arbitration* (Christoph Müller og Antonio Rigozzi, red.). 2009, s. 97-120.  
Tilgjengelig på:  
[http://www.lalive.ch/data/document/dab\\_Arbitration\\_and\\_Insolvency\\_-\\_Issues\\_of\\_Applicable\\_Law.pdf](http://www.lalive.ch/data/document/dab_Arbitration_and_Insolvency_-_Issues_of_Applicable_Law.pdf) (avlest 27.5.2014)
- Baron, Patrick M. og Stefan Liniger «A Second Look at Arbitrability», i: *Arbitration International*. Volume 19, Issue 1 (2003), s.27-54.  
(Sitert fra [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com))
- Bechmann, Tor m.fl. Tor Bechmann, Knut Bergo, Jan Bjørnsen, Per Anders Sæhle og Kjersti Tøgard Trøbråten, *Verdipapirhandelloven [lov av 1997] kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002.  
Elektronisk utgave tilgjengelig på  
<http://rettsdata.no/direkte?grlink=gBMAN> (avlest 22.5.2014)
- Berg, Albert Jan van den *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1981.

- Berg, Borgar Høgetveit m.fl. Borgar Høgetveit Berg, Øystein Askim, Andreas Meidell, Carsten Riekeles og Eirik Vikanes, *Voldgiftsloven: med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2006.
- Bergo, Knut «Netting av derivatkontrakter», i: *Temahefte utgitt av advokatfirma Wikborg, Rein & Co. Nr.1 (1996)*, s.3-84.
- Bergo, Knut *Børs og verdipapirrett*. Oslo: Cappelen Damm, 2008.
- Bergsåker, Trygve *Pengekravsrett*. 2.utg. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2012.
- Binder, Peter *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. 3. utgave. London: Sweet & Maxwell, 2009.
- Born, Gary *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009.
- Brækhus, Sjur «Avvikling av gjensidig bebyrdende kontrakter hvor den ene kontrahent åpner akkordforhandling eller går konkurs», i: *Jussens Venner*. Serie B, nr. 4 (1969), s. 111-142. (Sisert fra Lovdata)
- Brækhus, Sjur «Avtalt motregning. Bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige fremtidige forpliktelser overfor depositaren», i: *Rett og Humanisme. Festskrift til Kristen Andersen*. (Henning Jakhelln, Birger Stuevold Lassen, Peter Lødrup, Knut S. Selmer, red.). Oslo: Tanum-Norli, 1977, s. 53-76.
- Brækhus, Sjur *Konkursrett – utvalgte emner*. Oslo: Universitetsforlaget, 1970.
- Brækhus, Sjur «Voldgiftspraksis som rettskilde», i: *...den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm*. Universitetsforlaget, 1990, s.447-461. (Sisert fra Lovdata)
- Brækhus, Sjur *Omsetning og kreditt*. Bind 1: *Den personlige gjeldsforfølgning: gjeldseksekusjon, gjeldsforhandling og konkurs*. Oslo: Universitetsforlaget, 1991.

- Brækhus, Sjur                      *Omsetning og kreditt. Bind 2: Pant og annen realsikkerhet. 2. utg.*  
Oslo: Universitetsforlaget, 1994.
- Brækhus, Sjur                      *Omsetning og kreditt. Bind 2: Pant og annen realsikkerhet. 3. utg.*  
ved Borgar Høgtveit Berg. Oslo: Universitetsforlaget, 2005.
- Christoph Liebscher              «Insolvency and Arbitrability», i: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (Loukas A. Mistelis og Stavros L. Brekoulakis, red.). Kluwer Law International, 2009, s. 165-178.
- Cordero-Moss, Giuditta         *International Commercial Arbitration – Party Autonomy and Mandatory Rules.* Oslo: Tano Aschehoug, 1999.
- Cordero-Moss, Giuditta         «National Rules on Arbitrability and the Validity of an International Arbitral Award: The Example of Disputes Regarding Petroleum Investments in Russia», i: *Stockholm Arbitration Report*, (2001) s. 7- 24.  
Tilgjengelig på:  
[http://www.sccinstitute.com/filearchive/2/21339/national\\_rules\\_giuditta.pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/2/21339/national_rules_giuditta.pdf) (Avlest 27.5.2014)
- Cordero-Moss, Giuditta         «Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law Made by the Parties?», i: *Stockholm International Arbitration Review*. (2005:1), s. 1-21.  
Tilgjengelig på:  
<http://folk.uio.no/giudittm/Disregard%20of%20choice%20of%20law.pdf> (Avlest 27.5.2014)
- Cordero-Moss, Giuditta         «Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler», i: *Tidsskrift for rettsvitenskap*. Nr.5 (2007), s. 679-717.
- Cordero-Moss, Giuditta         «International Arbitration and the Quest for the Applicable Law», i: *Global Jurist*. Vol. 8, Issue 3 (Advances), Article 2. (2008), s. 1-42. Tilgjengelig på:  
<http://folk.uio.no/giudittm/Quest%20for%20applicable%20law.pdf>

- f (Avlest 27.5.2014)
- Cordero-Moss, Giuditta «Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift. Et tillegg og et forskningsprosjekt», i: *Lov og Rett.* (2009) s. 361-373.
- Cordero-Moss, Giuditta *International Commercial Law.* Oslo, 2010. (Institutt for privatrett, Skriftserie 185/2010). (I)
- Cordero-Moss, Giuditta «Lovvalgs og jurisdiksjon for kontrakter om salg av fast eiendom – og noen bemerkninger om andre kontrakter med tingsrettslige virkninger», i: *Jussens Venner.* (2010), s. 295-332. (II)
- Cordero-Moss, Giuditta *Internasjonal privatrett - På formuerettens område.* Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Cordero-Moss, Giuditta «International arbitration is not only international», i: *International Commercial Arbitration. Different Forms and their Features* (Giuditta Cordero-Moss, ed.). Cambridge University Press, 2013, s.7-39. (II)
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære.* 5.utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.
- Falkanger, Thor *Introduksjon til panteretten – stiftelse, virkninger og tvangsfullbyrdelse.* 3. opplag (2008). Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Falkanger, Thor m.fl. Thor Flakanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyr-delsesloven. Kommentartutgave.* Bind 1. 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2008.
- Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel, Goldman, Berthold *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration.* Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Fountoulakis, Christina *Set-off Defence in International Commercial Arbitration.* Hart Publishing, 2011.
- Gaarder, Karsten og *Gaarders innføring i internasjonal privatrett.* 3. utg. ved Hans

- Lundgaard, Hans Petter      Petter Lundgaard. Oslo: Universitetsforlaget, 2000.
- Gjengedal, Anstein            *Kommentar til straffeloven § 283 a, i*: Straffeloven kommentarutgave, nettutgave (Magnus Matningsdal og Anders Brathold, red.). Universitetsforlaget, 1995.  
<http://dxp.kommentarutgaver.no/dxp/content/straffeloven/>  
 (avlest 19.5.2014)
- Hagstrøm, Viggo                *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Heuman, Lars                  *Skiljemannarätt*. Norstedts Juridik AB, 1999.
- Huser, Kristian                 *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 1. Bergen, 1987.
- Huser, Kristian                 *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 2. Bergen, 1988.
- Huser, Kristian                 *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 3: *Omstøtelse*, Bergen, 1992.
- Juul, Jakob og Peter          *Voldgiftsret*. 2.utg. København: Forlaget Thomson, 2008.  
 Fauherholdt Thommesen
- Kolrud, Helge Jakob         Helge Jakob Kolrud, Kristin Bjella, Giuditta Cordero-Moss, Anders Ryssdal, *Lov om voldgift: kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Konow, Berte-Elen Reiner-    *Kommentarer til kjøpslovvalgsloven § 6, i*: Norsk lovkommentar, nettutgave (Steiner Tjomsland, Arnfinn Høy-Bårdsen og Aage Thor Falkanger, red.). Gyldendal Rettsdata, 2012.  
<http://rettsdata.no/direkte?grlink=gL19640403z2D1>      (avlest 19.5.2014)
- Konow, Berte-Elen Reiner-    *Løsørepant over landegrenser*. Bergen: Fagbokforlaget, 2006.  
 nertsen
- Kröll, Stefan                    «The «Arbitrability» of Disputes Arising From Commercial Representation», i: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*. (Loukas A. Mistelis og Stavros L. Brekoulakis, red.).



- Kluwer Law International, 2009, s. 317-350.
- Kröll, Stefan «Arbitration and Insolvency – Selected Conflict of Laws Problems», i: *Conflict of Laws in International Arbitration* (Franco Ferrari, Stefan Kröll, eds.). Sellier European Law Publishert, 2011, s.211-253. Tilgjengelig på:  
[http://www.transnational-dispute-management.com/search/get\\_page.asp?v2=download&v1=tv8%2D2%2Darticle21%2Epdf](http://www.transnational-dispute-management.com/search/get_page.asp?v2=download&v1=tv8%2D2%2Darticle21%2Epdf) (Avlest 27.5.2014)
- Kronke, Herbert m.fl., Herbert Kronke, Patricia Nascimento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award. A Global Commentary on the New York Conventio*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- Krüger, Kai «Kontrakt og konkursbeslag», i: *Jussens Venner*. (1969), s. 57-82. (Sitert fra Lovdata)
- Krüger, Kai *Pengekrav*. 2. utg. Universitetsforlaget, 1984.
- Lazić, Vesna *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1998.
- Lew, Julian D.M, m.fl. Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.
- Lilleholt, Kåre «Konsern og Konkurs», i: *Noen sentrale emner innen norsk konsernrett*. (Torvild Aakvaag, Odvar Thorsen, Magnus Aarbakke, Gudmund Knudsen og Kåre Lilleholt). Oslo, 1994, s.117-151.
- Lilleholt, Kåre *Godtruerverv og kreditorvern*. 3.utg. Oslo: Universitetsforlaget, 1999.
- Lindskog, Stefan *Skiljeförfarande. En kommentar*. Norstedts Juridik AB, 2005.

- Mæland, Henry John      *Voldgift*. Bergen: Universitetsforlaget, 1988.
- Magnussen, Mads      «Opphevelse av voldgiftsdommer som strider mot konkurranse-reglene i EU og EØS», i: *Tidsskrift for forretningsjus*. Hefte 2 (2000), s.82-96. (Sisert fra Lovdata)
- Mantilla-Serrano, Fer-      «International Arbitration and Insolvency Proceeding», i:  
nando      *Arb.Int'l.* (1995), s. 51-74. Tilgjengelig på: <http://www.translex.org/126300/> (Avlest 27.5.2014).
- Markert, Lars      «Arbitrating in the financial crisis: Insolvency and public policy versus arbitration and party autonomy – which law governs?», i: *Contemporary Asia Arbitration Journal*. Vol. 2, Issue 2 (November 2009), s. 217-245. (Sisert fra HeinOnline)
- Moe, Ernst      *Praktisk konkurs: bobehandling*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2007.
- Myklebust, Trude      *Innføring i finansmarkedsrett*. Fagbokforlaget, 2011,
- Nazarian, Henriette      «I hvilken grad er boet bundet av heving av kontrakten før konkursåpning?», i: *Lov og Rett*. (2001), s. 541. (Sisert fra Lovdata)
- Nazarian, Henriette      «Bør det være adgang til å avtale heving i konkurs», i: *Fra Drifts-sentralen til Teorifagbygget* (2004) s. 161-171. (Sisert fra Lovdata)
- Nazarian, Henriette og      *Konkursrett*. Oslo: Cappelen Damm akademisk, 2012.  
Anna Nylund
- Nielsen, Peter Arnt      *International privat- og procesret*. København, 1997.
- Pæch, Philip      *Close-out netting, conflict of laws and insolvency* (Mars, 2014).  
Tilgjengelig på SSRN:  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2414400](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2414400) (avlest 27.5.2014)

- Redfern, A og M. Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides; with Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Ristvedt, Per M. og Ola Ø. Nisja «Voldgiftsloven og tvister i forretningsforhold», i: *Tidsskrift for Forretningsjus*. Nr. 1 (2005), s. 1-35. (Fra Gyldendal Rettsdata.no)
- Robberstad, Anne *Rettskraft*. Bergen: Fagbokforlaget, 2006.
- Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Bergen: Fagbokforlaget, 2009.
- Roe, Mark «The Derivates Market's Payment Priorities as Financial Crisis Accelerator», i: *Stanford Law Review*, 3/6/2011.
- Roe, Mark «Ens regler – færre kriser», i: *Dagens Næringsliv*. 4.mars 2014, s. 43.
- Rosell, José og Harvey Prager «International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC», i: *Journal of International Arbitration*. Volume 18, Issue 4 (Kluwer Law International, 2001), side 417-434. (Sisert fra [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com))
- Sæbø, Rune «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs», i: *Lov og Rett*. (1996), s.123-141. (fra Lovdata)
- Sæbø, Rune *Motregning*. Bergen, 2003.
- Sæbø, Rune «Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser», i: *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs*. Gyldendal Akademisk, 2010, s.302-311. (Sisert fra Lovdata)
- Sandvik, Tore *Lærebok i materiell konkurs: utdrag*. Bergen: Universitetsforlaget, 1985.
- Schei, Tore *Twistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13.*

- august nr 6, 1915: med kommentarer*. 2.utgave. Oslo: Tano Aschehoug, 1998.
- Schei, Tore m.fl. Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M.Øie, *Tvisteloven. Kommentanutgave*. 2.utg. Bind I og II. Universitetsforlaget, 2013.
- Schradiack, Peter «High court rules on validity of arbitration agreements regarding bankruptcy estate», 14.11.2013.  
Tilgjengelig på: [www.internationallawoffice.com](http://www.internationallawoffice.com)
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. Universitetsforlaget, 2010.
- Smith, Carsten «Voldgift – domstolenes konkurrent og hjelper», i: *Tidsskrift for rettsvitenskap*. (1993), s. 474-495. (Fra Lovdata)
- Sørensen, Christopher  
Haugli *Kommentarer til tvangsfullbyrdelsesloven § 4-9 i: Norsk lovkommentar, nettutgave* (Steiner Tjomsland, Arnfinn Høy-Bårdsen og Aage Thor Falkanger, red.). Gyldendal Rettsdata, 2012.  
<http://rettsdata.no/direkte?grlink=gL19920626z2D86z2EzA74z2D9> (Avlest 27.5.2014)
- Tjaum, Arne *Valuta- og renteswaper: en rettslig studie*. Oslo: Universitetsforlaget, 1996.
- Vermeylen, Marc «Belgium», i: *Set-Off Law and Practice. An International Handbook* (William Johnston og Thomas Werlen, eds.). Oxford University Press, 2006, s. 49-63.
- Wiker, Håvard og Knut Ro *Konkursloven: kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2003.
- Wood, Philip R. *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing System*. London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Woxholth, Geir *Voldgift*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2013.

Youssef, Karim «The Death of Inarbitrability» i: *Arbitrability. International & Comparative Perspectives*. (Loukas A. Mistelis og Stavros L. Brekoulakis, red.). Kluwer Law International, 2009, s. 47-67.

## Lovgivning

### Norske lover

NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687
Straffeloven	Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (Straffeloven).
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven].
Kjøpslovvalgsloven	Lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp [kjøpslovvalgsloven].
Panteloven	Lov 8. februar 1980 om pant [panteloven].
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
Konkursloven	Lov 8.juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
Tvangsfullbyrdelsesloven	Lov om tvangsfullbyrdelse 26. juni 1992 nr. 86 (tvangsfullbyrdelsesloven).
Lov om finansiell sikkerhetsstillelse	Lov om finansiell sikkerhetsstillelse 26. mars 2004 nr. 17

Voldgiftsloven	Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift.
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Verdipapirhandeloven	Lov om verdipapirhandel 29.juni 2007 nr. 75

## Utenlandske lover

Lag om skiljeförfarande	Lag (1999:116) om skiljeförfarande [Sverige] <a href="http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Lag-1999116-om-skiljeforfar_sfs-1999-116/?bet=1999:116">http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Lag-1999116-om-skiljeforfar_sfs-1999-116/?bet=1999:116</a> (avlest 31.5.2014).
Voldgiftsloven	Lov 2005-06-24 nr. 553 om voldgift (Voldgiftsloven) [Danmark] <a href="http://jura.karnovgroup.dk/document/7000375406/1?versid=197-1-2001">http://jura.karnovgroup.dk/document/7000375406/1?versid=197-1-2001</a> (avlest 30.5.2014).
Konkursloven	Lovbekendtgørelse 2014-01-06 nr. 11 (Konkursloven) [Danmark] <a href="http://jura.karnovgroup.dk/document/7000545958/1?versid=197-1-2001">http://jura.karnovgroup.dk/document/7000545958/1?versid=197-1-2001</a> (avlest 30.5.2014)
Insolvenzordnung (InsO)	Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866) [Tyskland] Engelsk oversettelse fra: <a href="http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso/index.html">http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso/index.html</a> (avlest 30.5.2014)

## EU-forordninger

Konkursforordningen	Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 af 29.maj 2000 om konkurs.
---------------------	---

Brussel I Rådets forordning (EF) nr. 44.2001 af 22.december 2000 om retterens kompetence og om anerkjennelse og fullbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område

Roma I Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr.593/2008 af 17.juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser

Roma II Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr.864/2007 af 11.juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt

## **EU-direktiver**

EU-direktiv 2002/47/EF Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2002/47/EF av 6.juni 2002 om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.

## **Konvensjoner**

Nordisk konkurskonvensjon Konvensjonen mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs, av 7.november 1933 (nordisk konkurskonvensjon)

New York-konvensjonen New York-konvensjonen 1958 om anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av utenlandske voldgiftsavgjørelser: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf)

Luganokonvensjonen Luganokonvensjon 2007 om domsmyndighet i sivile og kommersielle saker, gjennomført i norsk rett ved lov 19.juni 2009 nr. 79 (inntatt som vedlegg til tvisteloven)

Brusselkonvensjonen

Bruxelles-konventionen af 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager av 27.september 1968.

## Forarbeider

### Norges offentlige utredninger

NOU 1972:20

*Gjeldsforhandling og konkurs*

NOU 1979:32

*Formuerettslig lempingsregel*

NOU 1993:16

*Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v*

NOU 1999:29

*Varederivater*

NOU 2001:32 B

*Rett på sak – lov om tvisteløsning (tvisteloven)*

NOU 2001:33

*Voldgift. Lov om voldgift (voldgiftsloven)*

### Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr.50 (1980-1981)

*om A) om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m*

Ot.prp.nr.5 (1982-1983)

*om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)*

Ot.prp.nr.65 (1990-1991)

*om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven)*

Ot.prp.nr.29 (1996-1997)

*om lov om verdipapirhandel*



Ot.prp.nr.53 (2000-2001)	<i>om lov om endringer i lov 19. juni 1997 nr. 79 om verdipapirhandel</i>
Ot.prp.nr.22 (2003-2004)	<i>om lov om finansiell sikkerhetsstillelse</i>
Ot.prp.nr. 27 (2003-2004)	<i>om lov om voldgift</i>
Ot.prp.nr.34 (2006-2007)	<i>om lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) og lov om regulerte markeder (børsloven)</i>

## **Innstilling til Stortinget**

Innst.O.nr.51 (2003-2004) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om voldgift*

## **Nordiske forarbeider**

Prop 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande [Sverige]*

## **Rapporter og offentlige dokumenter**

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

Tilgjengelig på:

[http://www.regjeringen.no/pages/14584765/Utredning\\_Norsk\\_internasjonalt\\_insolvensrett.pdf](http://www.regjeringen.no/pages/14584765/Utredning_Norsk_internasjonalt_insolvensrett.pdf)  
(Avlest 30.5.2014)

Paech, Philipp, «Preliminary draft Report on The need for an international instrument on the enforceability of close-out netting in general and in the context of bank resolution», *UNIDROIT (2011) Study 78C – Doc. 2*. Tilgjengelig på:

<http://www.unidroit.org/english/documents/2011/study78c/s-78c-02-e.pdf> (Avlest 30.5.2014)

UNCITRAL-modelloven om internasjonal kommersiell voldgift: *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*.

[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf). (Avlest 31.5.2014)

# **Dommer**

## **Norsk rettstiende**

Rt.1887 s.750

Rt.1983 s. 910

Rt.1983 s. 461

Rt.1985 s. 779

Rt.1992 s. 504

Rt.1993 s. 1304

Rt.1995 s. 1585

Rt.1996 s. 1288

Rt.1997 s. 21

Rt.1999 s. 837

Rt.2001 s. 1155

Rt.2006 s. 1361

Rt.2009 s. 1537

Rt.2011 s.531

Rt.2011 s. 986

Rt.2013 s. 556

## **Andre norske dommer**

RG 1943 s. 105 (Jæren Herredsrett)

RG 1995 s.185 (Jæren Herredsrett)

LG-1994-730 (Gulating lagmannsrett)

## **Avgjørelser fra EU-domstolen**

C-126/97 (Eco Swiss)

C-38/98 (Renault)

C-381/98 (Ingmar)

C-168/05 (Claro)

## **Danske avgjørelser**

U.1972.138/2

U1983.311H

U.2013.2238Ø

## **Svenske avgjørelser**

NJA 1931 s. 647

NJA 1993 s. 641

NJA 2003 s. 3

## **Engelske avgjørelser**

*British Eagle International Air Lines Ltd. v Compagnie Nationale Air France*, (1975), 1 Weekly Law Reports, s.758.

## **Amerikanske avgjørelser**

*Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

*Salen Dry Cargo AB v. Victrix Streanship Co.* i (1990) Yearbook Commercial Arbitration XV, s. 534 flg.

## **Franske avgjørelser**

*Société Thinet v. Labrely ès-qualites*, Cour de Cassation (Ire chambre civile), 8. Mars 1988, N° 86-12.015. Publisert i *Revue de l'Arbitrage (Rev.Arb)*, volume 1989, issue 3, s. 473-474.

*Société Saret v. SBBM*, Cour de Cassation (Ird chambre civil), 4. Januar 1992, N° 90-12.569. Publisert i *Revenue de l'Arbitrage*, volume 1992, issue 4, side 663.

*Société MJA v. Société International Company For Commercial Exchanges Income*, Cour de Cassation (Ire Chambre Civile), 6. Mai 2009, N°08-10-281. Publisert i *Revenue de l'Arbitrage*, volume 2010, issue 2, side 299-302.

## Tyske avgjørelser

BGH, 11. november 1993. Publisert i *Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (VM) nr. 4 vom 29. Januar 1994, s.171-176

Oberlandesgericht, Brandenburg, 8 Sch 01/99, 2. September 1999. Publisert i *Yearbook Commercial Arbitration* (Albert Jan van den Berg, ed.). Volume XXIX, Volume XXIX (2004), Kluwer Law International 2004, s. 697 – 699.

## Australske avgjørelser

*International Air Transport Association v Ansett Australia Holdings Ltd* [2008] HCA 3.

## Voldgiftsavgjørelser

*Société Casa v Société Cambior, Case No. 6697*, 26. desember 1990, publisert i *Revue de l'Arbitrage*, volume 1992, issue 1, side 135-146.

## Nettsider

Pareto Securities AS. *General Terms and Conditions of Business* (2013). Tilgjengelig på <http://www.paretosec.com/download/compliance/GeneralBusinessTerms.pdf> (avlest 30.5.2014)

Politiet. *Tvangsdekning/-salg. Løsøre*. (2012)  
[https://www.politi.no/tjenester/tvangsfullbyrdelse/tvangsdekning\\_\\_salg/losore/](https://www.politi.no/tjenester/tvangsfullbyrdelse/tvangsdekning__salg/losore/) avlest 25.5.2014

Field Fisher Waterhouse. *Commentary on the ISDA Master Agreements* (2008)  
<http://www.ffw.com/pdf/Commentary-ISDA-master-agreements.pdf> (avlest 23.5.2014)

ISDA (*The International Swaps and Derivatives Association*) [www.isda.org](http://www.isda.org).

## Publikasjoner APA-prosjektet

Siri Hafeld, «Avtaler om pant med implikasjoner for kreditorene: Lovvalg og voldgift» *Avhandling skrevet i rammen av forskningsprosjektet Arbitration and Party Autonomy*, 2011.

Ulrik Tetzschner, «Grenser for hva som kan være gjenstand for voldgift: Internasjonale utviklingstrekk og forholdet til ordre public», *Avhandling skrevet i rammen av forskningsprosjektet Arbitration and Party Autonomy*, 2011.