

- MAD

**UDSKRIFT**  
**AF**  
**SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG**

---

**KENDELSE**

Afsagt den 29. august 2018

**H-37-15**

O.W. Supply & Trading A/S under konkurs  
(advokat Michala Roepstorff og advokat Peter Bang)  
mod  
ING Bank N.V.  
(advokat Birgitte Frølund og advokat Jakob Tingskov)

og

**H-38-15**

O.W. Bunker & Trading A/S under konkurs  
(advokat Michala Roepstorff og advokat Peter Bang)  
mod  
ING Bank N.V.  
(advokat Birgitte Frølund og advokat Jakob Tingskov)

## **Sagens baggrund**

ING Bank N.V. ydede i fællesskab med en række andre banker finansiering til driften af O.W. Bunker-koncernen, herunder de danske koncernselskaber O.W. Bunker & Trading A/S og O.W. Supply & Trading A/S. Finansieringen blev stillet til rådighed gennem en international kreditaftale mod sikkerhed i blandt andet de enkelte koncernselskabers udestående fordringer.

De danske koncernselskaber O.W. Bunker & Trading A/S og O.W. Supply & Trading A/S er efterfølgende blevet taget under konkursbehandling, og konkursboerne søger nu at ekstingvere og/eller omstøde sikkerhederne stillet af disse selskaber til ING Bank N.V., således at selskabernes udestående fordringer i stedet skal tilgå konkursboerne.

Denne kendelse drejer sig om, hvorvidt dansk eller engelsk ret skal anvendes ved afgørelsen af, om konkursboerne kan ekstingvere sikkerheder stillet af selskaberne, idet spørgsmålet herom er udskilt til særskilt behandling og afgørelse, jf. retsplejelovens § 253. Parterne er enige om, at spørgsmålet om omstødelse skal pådømmes efter dansk ret.

## **Parternes påstande**

*Sag H-37-15*

O.W. Supply & Trading A/S under konkurs har nedlagt påstand om, at dansk ret finder anvendelse ved pådømmelse af tvisten i H-37-17 mellem O.W. Supply & Trading A/S under konkurs og ING Bank N.V. om gyldighed af ING Bank N.V.'s sikkerheder, herunder om der er tale om overdragelse til eje eller til sikkerhed, og om betingelserne for ekstinktion er opfyldt.

ING Bank N.V. har nedlagt følgende påstande:

1. Engelsk ret skal anvendes ved fastlæggelsen af indholdet og karakteren af ING Bank N.V.'s rettigheder i henhold til English Omnibus Security Agreement, herunder spørgsmålet om ejendomsretten til de transporterede fordringer.
2. Tvisten mellem O.W. Supply & Trading A/S under konkurs og ING Bank N.V. vedrørende O.W. Supply & Trading A/S under konkurs mulighed for at ekstinkvere eller på anden måde tilsidesætte ING Bank N.V.'s rettigheder - med det indhold rettighederne har i henhold til den lov som Sø- & Handelsretten jf. påstand 1 har fundet anvendelig - skal bedømmes efter engelsk ret.

*Sag H-38-15*

Parterne har nedlagt tilsvarende påstande i sag H-38-15.

## **Oplysninger i sagen**

*Sagens parter*

O.W. Bunker & Trading A/S under konkurs og O.W. Supply & Trading A/S under konkurs (herefter henholdsvis OWBT og OWST) var en del af O.W. Bunker-koncernen, hvis formål var transport og handel, herunder køb og salg af olieprodukter, navnlig brændstof til skibe kaldet "bunkers". Koncernens ultimative moderselskab var OW Bunker A/S. Den 7. november 2014 blev OWBT, OWST og OW Bunker A/S taget under konkursbehandling på baggrund af selskabernes egne konkursbegæring. Koncernen bestod på daværende tidspunkt af 57 danske og udenlandske selskaber, hvoraf en række af de øvrige danske koncernselskaber tillige er taget under konkursbehandling.

OWBT var moderselskab til OWST. Begge selskaber havde hjemsted i Nørresundby, hvor de fleste medarbejdere var ansat, og hvor de tillige udførte arbejde for koncernens udenlandske selskaber. Selskaberne havde kunder i hele verden.

ING Bank N.V. (herefter ING) er en hollandsk bank, der er specialiseret inden for international finansiering af globale handelsselskaber.

#### *Finansiering af O.W. Bunker-koncernen*

#### Kreditaftalen

O.W. Bunker-koncernen indgik den 19. december 2013 en international kreditaftale "USD 700,000,000 Multicurrency Revolving Borrowing Base Facilities Agreement" med et syndikat af finansierende banker. Med aftalen fik koncernen stillet en kommitteret kreditfacilitet på 700.000.000 USD til rådighed.

Kreditaftalen omfattede 17 af O.W. Bunker-koncernens selskaber, herunder OWBT som låntager og garantistiller og OWST som garantistiller. OWBT og OWST var de eneste danske koncernselskaber, som var part i aftalen. Banksyndikatet bestod af 13 finansierende banker fra ni forskellige lande, herunder ING samt to danske banker, henholdsvis Nordea Bank A/S og Danske Bank A/S. ING varetog de finansierende bankers interesser som "Security Agent" og var ansvarlig for koncernselskabernes sikkerhedsstillelse.

Kreditaftalen er i henhold til aftalens pkt. 45 underlagt engelsk ret. Det fremgår af bilag 2 til kreditaftalen, at ING forud for indgåelsen af aftalen fik udarbejdet en juridisk vurdering af advokatfirmaet Gorrissen Federspiel om blandt andet lovvalg og håndhævelse af udenlandske domme efter dansk ret. Der er alene fremlagt et udkast hertil i sagen.

På tidspunktet for selskabernes konkurs havde koncernen gjort brug af en kredit på 652.520.530,10 USD i henhold til kreditaftalen.

#### Sikkerhedsstillelse

Som led i indgåelsen af kreditaftalen stillede koncernselskaberne en række sikkerheder over for ING gennem to aftaler: "English Omnibus Security Agreement" (også omtalt som EOSA) og "Security Agreement Pledge of Certain Bank Accounts". Aftalerne blev indgået den 19. december 2013, dvs. samme dag som kreditaftalen.

Aftalen "English Omnibus Security Agreement" blev indgået mellem ING og 16 af koncernselskaberne omfattet af kreditaftalen, herunder OWBT og OWST som de eneste danske koncernselskaber. I henhold til aftalens pkt. 2 fik ING sikkerhed i henholdsvis koncerninterne mellemregninger, eksisterende og fremtidige kundefordringer fra oliesalg, forsikringsretigheder, kurtage tilgodehavender samt virksomhedspant i de anførte fordringer. Aftalen var i henhold til aftalens pkt. 20 underlagt engelsk ret.

Som bilag 4-7 til aftalen var der udarbejdet meddelelser til koncernselskabernes debitorer om overdragelsen af koncernens fordringer, herunder en særskilt meddelelse for så vidt angår de danske koncernselskabers kunder i bilag 5. Det fremgår af bilag 5, del 2, at fordringerne skulle betales til ING, og at meddelelsen var underlagt engelsk ret. Det fremgår af bilag 3 til aftalen, at OWBT's og OWST's daværende kunder var hjemmehørende forskellige steder i hele verden. Bilaget specificerer ikke, hvilket af de danske koncernselskaber de enkelte fordringer tilkom.

Aftalen "Security Agreement Pledge of Certain Bank Accounts" blev indgået mellem ING og 7 af koncernselskaberne omfattet af aftalen "English Omnibus Security Agreement", herunder OWBT og OWST som de eneste danske koncernselskaber. Med aftalen blev der oprettet to bankkonti i ING til de enkelte koncernselskaber, henholdsvis en blokeret bankkonto (Blocked Collection Account) og en spejlet bankkonto (Mirrored Account). Det fremgår af aftalens pkt. 7 blandt andet, at ingen danske koncernselskaber måtte hæve beløb fra den blokerede bankkonto uden forudgående accept fra ING. OWBT måtte imidlertid uden forudgående accept fra ING hæve beløb fra den spejlede bankkonto op til det beløb, der indestod på den blokerede bankkonto på det pågældende tidspunkt. Såfremt et beløb blev hævet fra den spejlede bankkonto, ville den blokerede bankkonto blive nedskrevet med tilsvarende værdi med henblik på beregning af koncernens kreditfacilitet. Aftalen var i henhold til pkt. 17 underlagt hollandsk ret. Som bilag 3 til aftalen var der udarbejdet en meddelelse til koncernselskabernes bank. Meddelelsen var ligeledes underlagt hollandsk ret.

Da OWBT og OWST blev taget under konkursbehandling, havde selskaberne udestående fordringer for henholdsvis ca. 100.000.000 USD og 10.000.000 USD. De udestående fordringer vedrører kunder i flere lande.

#### Orientering om overdragelse

Der er under sagen fremlagt en generel meddelelse om overdragelse af fordringer til ING af 19. december 2013 rettet mod OWBT's og OWST's kunder. Det fremgår heraf, at betaling af udestående fakturaer skulle ske til ING på to nærmere angivne kontonumre, der efter det oplyste tilhørte selskabernes blokerede bankkonti. Meddelelsen var vedlagt en bekræftelsesformular, der skulle returneres til ING. Både meddelelsen og bekræftelsesformularen var underlagt engelsk ret.

Der er tillige fremlagt et udateret brev til O.W. Bunker-koncernens kunder, som orienterede om den indgåede kreditaftale. Brevet var bl.a. vedhæftet meddelelsen til de danske koncernselskabers kunder.

Der er endvidere fremlagt en notifikation af 19. december 2013 om overdragelse af selskabernes koncerninterne mellemregninger vedlagt bekræftelsesformular samt notifikation til Jefferis Bache Ltd. af samme dato om overdragelse af OWBT's og OWST's kurtage tilgodehavender. Notifikationerne var begge underlagt engelsk ret.

#### *Drøftelser om finansieringen af O.W. Bunker-koncernen forud for indgåelse af kreditaftalen*

OWBT og ING indgik i april 2013 en rammeaftale vedrørende de overordnede rammer for kreditaftalen. I henhold til rammeaftalen skulle koncernens salgskontrakter fremadrettet reguleres af engelsk ret. Rammeaftalen var tillige underlagt engelsk ret.

Ved en e-mail af 19. juni 2013 fra Kent Larsen fra OWBT til advokat Jens Hyldahl Bjerregaard fra advokatfirmaet Kromann Reumert spurgte Kent Larsen om, hvordan bankerne kunne opnå sikkerhed i de danske koncernselskabers tilgodehavender uden at betale stempel for fordringspant, og om den foreslåede ordning med transport i tilgodehavenderne var gyldig i

Danmark. Ved en e-mail af 24. juni 2013 vejledte advokat Jens Hyldahl Bjerregaard om sikringsakterne ved fordringspant og transport i fordringer.

Ved en e-mail af 2. december 2013 fra R.M. Pikét fra ING til en medarbejder hos advokatfirmaet Gorrissen Federspiel opsummerede R.M. Pikét indholdet af drøftelser mellem ING og advokatfirmaet Gorrissen Federspiel om koncernselskabernes sikkerhedsstillelser i tilfælde af konkurs og den foreslåede sikringsakt. Det fremgår heraf blandt andet:

“... Thanks for the call earlier this evening. I would like to summarize as follows what we have discussed and what we see should be the solution for obtaining perfect pledge over accounts receivable and bank accounts of the Danish main entity Bunker & Trading A/S (and potentially other Danish OWB entities, should they have the same MO) – hereafter called "Danish Receivables".

The envisaged English law governed assignment of receivables, in combination with a one-time notice to the debtor is creating perfect pledge over such receivables. The notice should make reference to the fact that the debtor needs to pay to certain collection accounts in order to be released from its payment obligation, as such creating the impression that the collection accounts are controlled by (in this case) ING as Security Agent.

...

In case of a bankruptcy, it is for the Danish courts however relevant to prove that the bank taking the pledge has taken full control over the entire incoming flow. If the bank cannot prove that it has taken this control, pledge/assignment over receivables outstanding at the moment of bankruptcy can be disputed by Danish court, although governed by English law and perfectly pledged/assigned. This is why Nordic banks and lawyers have indicated that ING should take a certain level of control over receivables (sufficiently covered as described above) and the collection account. For the purpose of taking control over the collection account, we have discussed the following structure, which should satisfy all concerns of Nordic banks and lawyers;

ING will open (an) extra collection account(s) for and in the name of OW Bunker & Trading A/S (presumably a USD account will be sufficient, which I assume from now on). All Danish Receivables must be paid onto this account – hereafter "Restricted Collection Account". The Restricted Collection Account will be placed under control of OWB and ING jointly; payment instructions require authorized signatures from both. All funds entered on this account, must stay on the account for a certain minimum period of times (assume 3 calendar days) before they can be released to OWB for any transfer at OWB's discretion (e.g. to other collection accounts, to ancillary accounts, to external accounts etc).

The Restricted Collection Account will be within the main Collection Accounts structure at ING, and will have a direct link to another USD collection account ("Mirror Collection Account") of OW Bunker & Trading A/S within the structure. These accounts will have a balance and interest compensation amongst each other; each amount in

credit on the Restricted Collection Accounts, allows the Mirror Collection Account to be in debit up to the same amount, irrespective of the overall balance of the collection accounts structure, and interest will be charged over the aggregated and netted amount of the two accounts. This system of communicating vessels ensures that the extra collection account has no negative cash flow and no negative interest effects for OWB. It does bring some extra admin burden for OWB (and ING). ...”

Ved en e-mail af 11. december 2013 fra Alice Vinten fra advokatfirmaet Clifford Chance til blandt andet Kristine Sachmann fra advokatfirmaet Kromann Reumert redegjorde Alice Vinten for sikrings-akten for OWST's sikkerhedsstillelser. Det fremgår heraf blandt andet:

“... As a result of discussions between OWB and ING, we know understand that O.W. Supply & Trading will need to have a secured blocked collection account with ING into which its Supply Receivables need to be paid. This is needed from a Danish perfection perspective but also so that OWB can draw from a related Mirrored Account – OW Supply cannot draw as it is not a Borrower. This will therefore necessitate OW Supply joining as a party to the Dutch Accounts Security. We do not imagine this will have a knock-on effect for other corporate approvals (but will check), but this will have an impact on the current Danish resolutions. As these are now signed, but do not stretch far enough to shoehorn this document into a catch-all, please liaise with your Danish counsel to have supplemental resolutions prepared.

We were wondering if we really would need to have a whole new set of resolutions signed or whether we could discuss with the company about just swapping a page of the existing resolutions to include this additional security document for OW Bunker Supply & Trading? ...”

Der er endvidere fremlagt udkast til juridisk vurdering udarbejdet af advokatfirmaet Gorrissen Federspiel for ING, hvoraf fremgår blandt andet:

“... 3. Opinion

[...]

- (h) The choice of English law as the governing law of the Credit Agreement and the Omnibus Security Agreement and the choice of Dutch law as the governing law of the Accounts Pledge are valid under Danish law. English law and Dutch law, as applicable, would accordingly be applied by the Danish courts to agreements such as the Credit Agreement, the Accounts Pledge and the Omnibus Security Agreement, which under Danish law have been validly subjected to English law and Dutch law respectively, except to the extent that [...] (ii) there are mandatory provisions of Danish law which must be applied to the transaction covered by such agreement irrespective of the law otherwise applicable to such agreement [...] Moreover, any property law aspects of the Opinion Documents are exempt from the scope of the Rome Convention, cf. Article 1(1) thereof.

[...]



#### 4. Qualifications

The foregoing opinions are subject to the following qualifications:

- (a) the binding effect or enforceability of the obligations of the parties under the Opinion Documents may be limited by liquidation, insolvency, bankruptcy, suspension of payment or other laws affecting creditors' rights in general;"

#### *Øvrige oplysninger*

Der er fremlagt ordrebekræftelse dateret 20. oktober 2014 fra OWBT til kunden Colonial Navigation Co. Inc. vedlagt OWBT's handelsbetingelser, hvoraf fremgår, at salget var underlagt engelsk ret.

I årsregnskaber for 2013 for henholdsvis OWBT og OWST blev selskabernes kundefordringer medtaget som aktiver. I note 24 til årsregnskabet for OWBT fremgår det bl.a.: "Trade receivables are pledged as collateral for debt in the Groups bank credit facility entered in December 2013."

#### **Forklaringer**

Der er under sagen afgivet partsforklaring af Herman Veerbeek samt vidneforklaringer af Kent Larsen, Lone Just Jespersgaard, Claus Erik Mortensen og advokat Jakob Bernhoft.

Herman Veerbeek, der er ansat i ING, har forklaret blandt andet, at han er advokat og bankrådgiver med 25 års erfaring hovedsageligt inden for insolvensret. Han har været ansat i ING i 15 år, hvor han arbejder med långivning og insolvensspørgsmål.

Han var ikke involveret i indgåelsen af kreditaftalen med O.W.-koncernen. Han blev først involveret i sagen, efter at koncernselskaberne var taget under konkursbehandling. På daværende tidspunkt var der omtrent 1.300.000.000 USD i udstående kundefordringer i koncernen verden over, der var omfattet af kreditaftalen. Han er dog blevet bekendt med, at der blev lavet en del research forud for aftalen, og at der blev indhentet en "Legal Opinion" fra advokatfirmaet Gorrissen Federspiel, ligesom der blev foretaget en due diligence.

Kreditaftalen med O.W.-koncernen blev udformet som en såkaldt "borrowing base credit facility". Denne finansieringsform adskiller sig fra almindelige lån på flere punkter og er designet til hurtigt voksende selskaber. "Borrowing base credit facility" har et fluktuerende kreditmaksimum, hvorefter selskabets kreditmaksimum forøges ved øget vækst. Finansieringsformen indebærer en lavere kreditrisiko for banken, hvilket medfører, at banken kan tilbyde kreditten billigere end et almindeligt banklån. Kreditrisikoen afhænger af den sikkerhed, som selskabet stiller over for banken, for eksempel sikkerhed i olie eller de mere dynamiske simple fordringer. Ved store internationale kreditaftaler vil banker ikke løbe den finansielle risiko alene, hvorfor aftalerne indgås i såkaldte syndikater. ING, der fungerede som "Security Agent", har mere end 30 års erfaring med denne form for kreditaftaler og er på nuværende tidspunkt involveret i mere end 50 tilsvarende aftaler, herunder som ansvarlig bank. "Borrowing base credit facility" er således også normal bankpraksis for ING.

ING drøftede fordelene ved "borrowing base credit facility" med O.W.-koncernen, og det blev besluttet at vælge denne løsning. Af parternes rammeaftale fremgik visse grundlæggende forudsætninger for kreditaftalen, herunder beskrivelser af sikkerhedsstillelser samt bestemmelser om lovvalg og værneting. ING undersøgte, om der var nationale præceptive regler og efterspurgte en juridisk vurdering (Legal Opinion). I hele perioden frem til indgåelsen af kreditaftalen indgik ING i forhandlinger med O.W.-koncernen og foretog inspektioner mv.

Kreditaftalen blev indgået som en syndikataftale med flere finansierende banker, og derfor blev engelsk ret valgt, da alle parterne på markedet kender engelsk ret og Loan Market Associations standardbetingelser (LMA). Næsten alle internationale kreditaftaler indgås efter standardbetingelserne LMA, da parterne kender de risici, der er forbundet hermed. Herved sikres det også, at det er muligt at sælge kravet til andre kreditinstitutter i for eksempel USA.

ING fik udarbejdet en juridisk vurdering vedrørende forholdene i Danmark af advokatfirmaet Gorrissen Federspiel. Den juridiske vurdering skulle bruges i forbindelse med indgåelsen af kreditaftalen, og kunne tillige anvendes ved et eventuelt videresalg af fordringen mod

O.W.-koncernen. Der var ikke noget overraskende i indholdet af den juridiske vurdering. Den indeholdt en bemærkning om, at der kunne være visse nationale præceptive bestemmelser, men dette blev håndteret ved at ændre strukturen for indbetalinger af fordringerne og gav således ikke anledning til at anmode om en uddybende udtalelse i tilfælde af konkurs. På baggrund af indholdet af den juridiske vurdering er ING derfor forundret over denne retssags problematik. Han har ikke været involveret i beslutningen om ikke at fremlægge den endelige juridiske vurdering i denne sag.

Han er ikke bekendt med e-mail af 19. juni 2013 fra Kent Larsen fra OWBT til advokat Jens Hyldahl Bjerregaard fra advokatfirmaet Kromann Reumert, e-mail af 2. december 2013 fra R.M. Piket fra ING til blandt andet advokatfirmaet Gorrissen Federspiel og e-mail af 11. december 2013 fra Alice Vinten fra Clifford Chance til Iben Skorstengaard og Kristine Sachmann fra advokatfirmaet Kromann Reumert, da han først blev involveret i sagen efterfølgende. Han er dog ikke overrasket over indholdet i disse e-mails, da de efter hans opfattelser alene omhandler de sikringsakter, der blev iværksat med de to bankkonti som følge af den juridiske vurdering fra advokatfirmaet Gorrissen Federspiel.

Såfremt kreditaftalens bestemmelse om lovvalg ikke respekteres, vil det påvirke danske selskabers mulighed for at indgå sådanne internationale kreditaftaler, da der herved opstår usikkerhed omkring aftalerne og bankernes risici. Bankerne har behov for at kunne stole på det vedtagne lovvalg. Han er bekendt med, at et norsk datterselskab i O.W.-koncernen har udfordret det engelske lovvalg, hvilket viser, at der er to forskellige retninger inden for international privat ret – den norske og den europæiske. Han anser sagen for at angå kontraktsret og ikke insolvensret.

Kent Larsen har forklaret blandt andet, at han er uddannet som statsautoriseret revisor. I februar 2012 blev han ansat i OWBT, hvor han havde ansvaret for finansiering og allokering heraf til de enkelte driftsenheder. I den sidste måned op til selskabets konkurs var han CFO.

Forud for indgåelsen af kreditaftalen med ING overvejede OWBT forskellige finansieringsmodeller, herunder en traditionel låneaftale med deres eksisterende bank, Nordea Bank.

OWBT valgte at indgå en såkaldt "borrowing base credit facility" kreditaftale med ING, da denne finansieringsform var mere fleksibel, havde en bedre rente og et højere kreditmaksimum.

Før kreditaftalen blev indgået, blev O.W.-koncernen enige med ING om en rammeaftale. Det blev besluttet, at koncernen skulle stille sikkerhed over for ING i koncernens udestående fordringer. I den forbindelse blev det i foråret 2013 drøftet med ING, om der skulle etableres et fordringspant i Danmark, men da man foretrak en løsning, der kunne virke globalt, valgte de i stedet den engelske model. I den forbindelse drøftede de også om den valgte sikringsakt efter engelske model ville kunne opretholdes i Danmark. Konklusionen på drøftelserne blev, at det ikke var nødvendigt at etablere et dansk fordringspant, og at sikringsakten skulle foretages efter engelsk model som i de øvrige jurisdiktioner. Omkostningerne forbundet med fordringspant som sikringsakt spillede ikke ind i beslutningen, da denne løsning alene var "plan B". Hans spørgsmål i e-mailen af 19. juni 2013 til advokat Jens Hyldahl Bjerregaard er formentlig taget fra rammeaftalen.

Koncernens handelsbetingelser var underlagt engelsk ret. Når koncernen leverede til den danske stat, var salget dog hverken underlagt de maritime regler eller engelsk ret. Tillige blev de fleste OWST fordringer ikke pantsat med betydning for koncernens kreditfacilitet, da der var en overvejende sandsynlighed for, at disse fordringer ikke var underlagt engelsk ret.

Han, advokatfirmaet Kromann Reumert og en hollandske advokat med speciale i engelsk ret deltog for O.W.-koncernen i et møde med ING i Holland sent i forhandlingsforløbet. Under mødet kom det frem, at den foreslåede sikringsakt muligvis ikke var gyldig efter dansk ret. Derfor skrev R.M. Pikét fra ING e-mailen af 2. december 2013, og sikringsakten blev justeret, herunder processen for indbetaling af fordringerne. Før justeringen af sikringsakten stillede Nordea Bank, som OWBT havde beholdt som bankforbindelse, og som tillige indgik i kreditaftalens syndikat, tillige spørgsmålstejn ved gyldigheden af den valgte sikringsakt i Danmark, hvilket ING afviste. Han har ikke set den juridiske vurdering fra advokatfirmaet Gorrisen Federspiel, og OWBT blev ikke bedt om at forholde sig til vurderingen.

I årsregnskabet for OWBT blev udestående fordringer medtaget som aktiver, da OWBT ikke havde solgt fordringerne og fortsat havde risikoen for, at tilgodehavenderne ikke blev betalt.

Lone Just Jespersgaard har forklaret blandt andet, at hun er bankuddannet, og at hun bl.a. har en HD i finansiel rådgivning. Efter 12 års ansættelse i Danske Bank blev hun i 2003 ansat i OWBT, hvor hun i den sidste del af perioden op til konkursdekretet var regnskabschef med ansvar for blandt andet selskabets bogføring og finansielle handler.

Hun var ikke involveret i indgåelsen af kreditaftalen med ING og havde ingen løbende kontakt med ING. Hun var derimod ansvarlig for selskabets fakturering og bogføring, herunder for størstedelen af selskaberne i koncernen, hvilket efter indgåelsen af kreditaftalen med ING indebar bogføring på en ekstern bankkonto og en finansbankkonto, så der var spejling imellem de to konti. Bogføringen blev foretaget på denne måde, uanset hvilket selskab fakturaen blev udstedt på vegne af. Såfremt fakturaen var udstedt på vegne af et koncernforbundet selskab, blev fakturaen "udlignet" i dette selskabs bogføring. Faktureringen blev straks bogført, når OWBT modtog besked om, at den pågældende kunde havde betalt fakturaen. Systemet gjorde endvidere, at det var muligt at bogføre i relation til stort set alle selskaber i koncernen. Hun foretog derimod ingen tilbagemeldinger til ING. Ansvar for, at de udstedte fakturaer opfyldte betingelserne i kreditaftalen herunder med hensyn til denunciation, lå ikke i hendes afdeling.

Før OWBT indgik kreditaftalen med ING, blev bogføringen foretaget, når selskabet modtog adviseringer om fremtidige indbetalinger. Det var ikke muligt efter indgåelsen af kreditaftalen, da selskabet ikke længere modtog sådanne adviseringer.

Claus Erik Mortensen har forklaret blandt andet, at han er uddannet inden for shippingbranchen. Han blev ansat i OWBT i 1983, hvor han var afdelingsleder i kvalitetsafdelingen. Afdelingen håndterede blandt andet kvalitetskrav fra kunder og handelsbetingelser for salg af bunkerolie og indkasserede – efter at være blevet adviseret af bogholderiet – overforfaldne fordringer for alle selskaber i koncernen.

Bunkerolien var meget dyr på daværende tidspunkt, så bogholderiet var meget opmærksom på at indkassere forfaldne fordringer. OWBT sendte automatisk betalingspåmindelser på forfaldsdatoen og rykkere tre dage efter forfaldsdatoen. Syv dage efter forfaldsdato blev kravet håndteret af hans afdeling, der i samarbejde med den pågældende forhandler håndterede indkassering. Han orienterede ikke ING om betalingsmisligholdelser.

Han var ikke involveret i indgåelsen af kreditaftalen. Hans afdeling blev imidlertid anmodet om at opdatere selskabets handelsbetingelser, da ING krævede, at lovvalgsbestemmelsen i handelsbetingelserne blev ændret fra dansk ret til engelsk ret. Hans afdeling opdaterede tilige andre bestemmelser i handelsbetingelserne i den forbindelse. De opdaterede handelsbetingelser trådte i kraft ultimo 2013.

Advokat Jakob Bernhoff har forklaret blandt andet, at han er advokat og partner i advokatfirmaet Kromann Reumert, hvor han rådgiver banker mv. om bl.a. finansiering og sikkerhed.

Advokat Jens Hyldahl Bjerregaard fra samme advokatfirma rådgav OWBT om selskabsretlige spørgsmål. Da drøftelserne om en kreditaftale mellem O.W.-koncernen og ING var udmundet i en rammeaftale, blev han involveret i sagen i efteråret 2013. Han rådgav OWBT om dansk ret. Clifford Chance rådgav om engelsk ret, da rammeaftalen og kreditaftalen var underlagt engelsk ret. Rammeaftalen omfattede ikke fordringspant, og han drøftede ikke fordringspant med OWBT. Advokat Jens Hyldahl Bjerregaard havde tidligere rådgivet OWBT om fordringspant.

Det er normal praksis, at der indhentes en juridisk vurdering i sådanne sager. Advokatfirmaet Kromann Reumert blev dog ikke bedt om at lave en sådan juridisk vurdering, da der er udviklet en praksis i Europa, hvorefter den juridiske vurdering om sikringsakter udarbejdes af advokater for de finansierende banker. Advokatfirmaet Kromann Reumert fik ikke forevist den endelige juridiske vurdering, som ING fik udarbejdet hos advokatfirmaet Gorrissen Federspiel, hvilket også er normal praksis, da disse kan indeholde forretningshemmeligheder. Det afhænger endvidere af sagen og den konkrete finansierende bank, om den juridiske vurdering indeholder et afsnit om, hvorvidt et lovvalg i en kreditaftale vil blive respekteret i

forbindelse med en konkursbehandling. Han formoder, at den juridiske vurdering i denne sag indeholder et sådant element, men han har ikke set den.

Han forholdt sig ikke til, om fordringerne, der blev stillet som sikkerhed over for ING, var overdraget til eje eller sikkerhed efter engelsk ret. Såfremt fordringerne skulle anses for overdraget til eje, skulle de ikke medtages i selskabets balance, men det beror på en konkret vurdering af, hvorvidt risikoen ved fordringer blev overdraget. Sådant en vurdering foretog advokatfirmaet Kromann Reumert ikke.

### **Parternes synspunkter**

Parterne har til støtte for sine synspunkter hver især fremlagt juridiske responsa fra henholdsvis dr. jur. Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og dr. jur. Kristina Siig.

For OWBT og OWST er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med processkrifterne af 29. maj 2018. OWBT og OWST har i processkrifterne anført samme anbringender til støtte for deres påstand i sagerne. Af OWBT's processkrift i sagen mellem OWBT og ING fremgår blandt andet:

""...

#### **4.1 Indledning**

Det gøres overordnet gældende, (i) at Romkonventionen ikke finder anvendelse på tvisten, da den er tingsretlig og ikke kontraktretlig, (ii) at den danske internationale privatret derfor skal fastlægge lovvalget for denne tvist, (iii) at lovvalget ifølge principperne i den danske internationale privatret er dansk ret og (iv) at overdragelsen i medfør af EO-SA var en overdragelse til sikkerhed og ikke til eje.

#### **4.2 Romkonventionens anvendelighed**

Konkursboet gør gældende, at Romkonventionen ikke finder anvendelse på tingsretlige spørgsmål, herunder spørgsmålet om iagttagelse af sikringsakt og ekstinktion.

Konkursboet støtter i første omgang sit anbringende på ordlyden af Romkonventionen, herunder forståelsen af et kontraktretligt kontra et tingsretligt forhold. Dernæst støttes Konkursboets anbringende på dansk retspraksis, dansk litteratur samt EU-retlige rapporter og litteratur om spørgsmålet, jf. nedenfor.

#### 4.2.1 Romkonventionens art. 1 (anvendelsesområde)

##### 4.2.1.1 Ordlyden af art. 1

Romkonventionens anvendelsesområde er fastsat i konventionens art. 1, stk. 1 [...]:

"(...) Bestemmelserne i denne konvention finder anvendelse på kontraktlige forpligtelser i alle situationer, hvor der skal foretages et valg mellem lovene i forskellige lande. (...)"

Anvendelsesområdet er derved klart begrænset til "kontraktlige forpligtelser", og konventionen finder derfor ikke anvendelse på tingsretlige forhold mellem konkurrerende rettighedshavere.

##### 4.2.1.2 Kontraktretligt kontra tingsretligt forhold

Det gøres gældende, at efter dansk ret henhører en ekstinktionskonflikt mellem en pantsætters aftaleerhverver(e) (her ING) og pantsætterens retsforfølgende kreditor(er) (her Konkursboet) under tingsretten og ikke under kontraktretten.

ING anfører i Processkrift A [...] bl.a., at "(...) *et konkursbo betragtes som en videreførelse af det konkursramte selskab, og ikke som en retsforfølgende kreditor (..) tvisten i denne sag udspringer af en kontrakt imellem to parter og vedrører dermed kontraktretlige forpligtelser i konventionens forstand (..)*"

Konkursboet er uenig i ING's udlægning. I dansk ret er et konkursbo et selvstændigt retssubjekt i forhold til skyldneren - et konkursbo er således ikke en (automatisk) videreførelse af skyldneren.

Konkursboet er ikke indtrådt i aftalekomplekset mellem ING og OWBT, jf. konkurslovens § 55, stk. 1, og Konkursboet er derved ikke part i hverken Kreditaftalen eller Sikkerhedsdokumenterne. Konkursboet er således ikke part i det kontraktforhold i henhold til hvilket, de i sagen omtvistede sikkerheder er stillet, jf. konkurslovens § 56, stk. 1 modsætningsvist.

Konkursboet anses følgelig som tredjemand - og ikke kontraktpart - i forhold til vurdering af sikkerhedernes gyldighed overfor Konkursboet. Derfor er spørgsmålet om sikkerhedernes gyldighed ikke et kontraktretligt, men et tingsretligt forhold.

Opfattelsen af, at et konkursbo er en tredjemand - også i forhold til Romkonventionen - er ikke en opfattelse, som alene findes i Danmark. International litteratur støtter, at konkursboer anses som tredjemand. I *Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations under the Rome I Regulation, The International and Comparative Law Quarterly, vol. 60* (2011), s. 46 [...] behandler forfatteren Trevor C. Hartley det daværende udkast til Rom I-forordningen, der i art. 13, stk. 3 indeholdt en bestemmelse om det tingsretlige lovvalg ved overdragelse af fordringer. Forfatteren anfører om begrebet "third parties" i udkastet:

"(...) The meaning of 'third parties' has already been discussed. It was suggested that attaching creditors and liquidators should be regarded



as third parties only to the extent to which they claim overriding rights. (...)"

Ekstinktion er en "overriding right".

At konkursboer er omfattet af begrebet "tredjemænd" underbygges desuden af Ferrari og Leible i *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* (2011). På s. 234f [...] anfører forfatterne, at de ikke mener, at Romkonventionen eller Rom I-forordningen omfatter tingsretlige konflikter med tredjemænd, og det fremgår af deres begrundelse, at konkursboer er omfattet af begrebet tredjemænd:

"(...) The Rome I Regulation has not changed that conclusion. The genesis of the instrument and the wording of Article 27 (2) clearly prove that this issue was left outside the scope of the Regulation. Recital 38 cannot be invoked against this conclusion. As has been explained, this recital only refers to the "proprietary effects" - if any - between the assignor and the assignee, and does not prejudge any solution against third parties, including general creditors of the assignor and the assignee. [...] Under the current text, neither the conflict between the assignee and the creditors or insolvency administrator of the assignor, nor the conflict between two or more assignees of the same claim are within the scope of the Regulation; both aspects are left to the Private International Law rule (or rules) of each Member State. (...)"

(Konkursboets fremhævning)

I afgørelsen *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v An Feng Steel Co. Limited & Others* (2001) [...] anfører den engelske domstol følgende om den hollandske afgørelse *Brandsma v Hansa Chemie* [...]:

"(...) The Dutch Supreme Court held that article 12 applied to govern the requirements necessary in order to transfer a debt, in a way having effect against third parties (as the liquidator was apparently viewed as being). (...)"

(Konkursboets fremhævning)

Moss anfører i Moss 1 pkt. 24ff [...], at nærværende tvist er kontraktretlig, fordi der er en kontraktretlig relation mellem overdrageren, der nu er under konkurs, og erhververen. Denne holdning strider mod den grundlæggende sondring mellem kontrakt- og tingsret i dansk ret. At denne sondring ikke er kendt i engelsk ret underbygges i Siig 1 s. 7 [...]:

"(...) I lande, så som fx England, hvor der ikke er forskel på betingelserne for at fratage overdrageren sin betalingslegitimation og betingelserne for kreditorbeskyttelse, giver en sådan sondring dog ingen mening (hvilket også bliver tydeligt ved en gennemlæsning af Gabriel Moss QC's notat, særligt punkt 61-66). (...)"

At en rettighed er gyldig inter-partes fratager efter dansk ret ikke forpligtelsen til at iagttage en sikringsakt, såfremt rettigheden skal kunne opretholdes overfor den anden parts

retsfølgende kreditorer. Formålet med en sikringsakt er jo netop, at den skal sikre en rettighedshaver mod at blive mødt med ekstinktion fra en ikke-aftalepart, det vil sige en tredjemand.

Som Rammeskow udtaler i Rammeskow II [...]:

"(...) Derimod er foretagelse af denunciation ikke en betingelse for, at pantsætning er gyldig i inter partes-forholdet mellem pantsætter og panttager. De danske regler om denunciation er således ikke kontraktretlige regler, men derimod regler, der alene regulerer forholdet til pantsætterens kreditorer (andre tredjemænd). Følgelig falder disse regler uden for Romkonventionens anvendelsesområde (...)"

#### 4.2.2 Romkonventionens art. 12

At konventionen ikke finder anvendelse på tingsretlige forhold ved fordringsoverdragelse, underbygges yderligere af ordlyden af art. 12, der netop omhandler fordringsoverdragelse. Art. 12, stk. 1 er formuleret således [...]:

"Stk. 1. Overdragerens og erhververens indbyrdes forpligtelser i henhold til en aftale om overdragelse af en fordring mod en anden person (»skyldneren«) er undergivet den lov, som i henhold til denne konvention skal anvendes på aftalen mellem overdrageren og erhververen."

Art. 12, stk. 1 regulerer lovvalget ved fordringsoverdragelse specifikt *i det indbyrdes forhold mellem overdrageren (her OWBT forud for konkursen) og erhververen (her ING)*, og bestemmelsen angiver ikke også at regulere forholdet mellem erhververen og overdragerens retsfølgende kreditorer (Konkursboet).

Konventionens art. 12, stk. 2 er formuleret således [...]:

"Stk. 2. Den lov, som finder anvendelse på den overdragne fordring, afgør spørgsmål om fordringens overdragelighed, forholdet mellem erhververen og skyldneren, betingelserne for, at overdragelsen kan gøres gældende mod skyldneren, samt spørgsmål om, hvorvidt skyldneren er blevet frigjort for sine forpligtelser."

I art. 12, stk. 2 opremses hvilke forhold, der reguleres af den overdragne fordrings lov, herunder fordringens overdragelighed og forholdet til fordringens skyldner. De opremsede forhold nævner ikke forholdet til overdragerens kreditorer (her Konkursboet) - det vil sige tredjemand.

Konkursboets anbringende om, at Romkonventionen ikke finder anvendelse i foreliggende tvist understøttes af Rammeskow III, hvor Rammeskow [...] lægger vægt på konventionens formuleringer:

"(...) *Romkonventionen*

Danmark har tiltrådt Romkonventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (herefter "Romkonventionen").

Romkonventionens hovedprincip er partsautonomi, dvs. at parterne kan vedtage, hvilket lands lov der skal gælde i deres indbyrdes retsforhold. Romkonventionen regulerer imidlertid ikke det tingsretlige lovvalg vedrørende simple fordringer, dvs. spørgsmålet om hvorvidt en pantnavers sikkerhed i en simpel fordring kan ekstingveres eksempelvis af pantsætters konkursbo. Det følger allerede af Romkonventionens artikel 1, at Romkonventionens anvendelsesområde er begrænset til "kontraktlige forpligtelser", dvs. at Romkonventionen ikke regulerer spørgsmål om sikringsakt, ekstinktion eller andre tingsretlige spørgsmål. Dette følger i øvrigt også modsætningsvis af Romkonventionens artikel 12(2), der i relation til overdragelse af fordringer eksplicit begrænser konventionens anvendelsesområde til spørgsmålet om "fordringens overdragelighed, forholdet mellem erhververen og skyldneren, betingelserne for, at overdragelsen kan gøres gældende mod skyldneren, samt spørgsmål om, hvorvidt skyldneren er blevet frigjort for sine forpligtelser". Spørgsmålet om, hvorvidt en overdragelse (pantsætning) kan gøres gældende over for overdragerens konkursbo, omfattes således ikke. (...)"

(Konkursboets fremhævninger)

I Rammeskov II [...] udtaler Rammeskov følgende i relation til, at Romkonventionens anvendelsesområde for fastlæggelse af lovvalg er begrænset til kontraktretlige forpligtelser - dvs. inter-partes forholdet - og ikke forholdet til tredjemand:

"(...) Selv om den nye Rom I-forordning ikke gælder Danmark, kan det nævnes, det her anførte harmonerer med forordningens præambel nr. 38, hvori det anføres, at forordningen omfatter ejendomsretlige aspekter af en overdragelse i forholdet mellem overdrageren og erhververen (...). Forordningen regulerer med andre ord forholdet mellem kontraktens parter, uanset om dette i nogle lande så som England opfattes som værende delvis tingsretligt, men forordningen regulerer ikke forholdet til andre så som en parts kreditorer og konkursbo. Tilsvarende gælder Romkonventionen. (...)"

(Konkursboets fremhævning)

ING anfører i duplikken [...] at "*Med det aktuelle fravær af en eksplicit bestemmelse i Romkonventionen (og Rom I forordningen) om lovvalg i forholdet mellem erhververen af en fordring og overdragerens retsforfølgende kreditorer, fortolkes artikel 12 udvidende (..)*". Konkursboet bestrider, at der - henset til dansk retspraksis og litteratur, jf. afsnit 4.2.4 og 4.2.5 nedenfor - er grundlag for en sådan fortolkning (hvis retten måtte finde, at Romkonventionen finder anvendelse).

4.2.2.1 Norges Høyesteretts dom af 28. juni 2017 i sagen Bergen Bunkers AS ctr. ING  
Til støtte for, at konventionens artikel 12 ikke finder anvendelse, henvises til dom af 28. juni 2017 fra Norges Høyesterett [...] i en sag anlagt af et af de andre OW-Bunker selskaber (også i konkurs), det norske selskab Bergen Bunker AS, mod ING med påstand om, at de sikkerheder, som Bergen Bunker AS stillede overfor ING til sikkerhed for Kreditaftalen ikke gyldigt kunne opretholdes overfor det norske konkursbo.  
Høyesterett fastslog, at lovvalget om sikkerhedernes gyldighed overfor Bergen Bunker-konkursboet måtte afgøres efter overdragers domicillov, norsk ret.

I dommen lagde Høyesterett i første række vægt på den EU-retlige regulering af tvisten, det vil sige Rom-regimet. I afgørelsens pkt. 79 anføres herom [...]:

"(79) Partene er enige om at EU's forordning av 17. juni 2008 om lovvalg i kontraktsforhold (Roma I) ikke løser tredjemandskonflikter, jf. artikel 14 nr. 1, og det er jeg enig i."

Det fremgår altså, at både det norske konkursbo og ING er enige om, at Rom I-forordningen ikke finder anvendelse på tredjemandskonflikter. Det fremgår videre, at Høyesteretts dommere er enige i denne vurdering.

Norges Høyesterett stadfæstede dermed Borgarting Lagmannsretts dom i samme sag, hvor Borgarting Lagmannsrett udtalte følgende i sin afgørelse af lovvalget [...]:

"(...) Norge er ikke bundet av forordningen. 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. (...)

(...) Dersom der ikke finnes noen fast regel om lovvalget - heller ikke i EU-retten - er man imidlertid henvist til å falle tilbake på en mer skjønsmessig vurdering av hvilket land saken etter en totalbedømmelse har nærmest tilknytning til. (...)

(...) Etter lagmannsrettens syn trekker forarbeidene til Roma I-forordningen klart i retning av at forordningens artikkel 14 [svarende til artikkel 12 i Romkonventionen] ikke er ment å regulere lovvalget ved tvister om gyldighet og retssvern for pant i enkle fordringer. (...)"

(Konkursboets fremhævnin

Domstolen lagde således vægt på forarbejderne til Rom I-forordningen, og kom følgelig frem til, at Rom I-forordningens art. 14, som svarer til konventionens art. 12, ikke fandt anvendelse.

#### 4.2.3 *Dansk retspraksis om Romkonventionens anvendelse*

Der findes alene én trykt dansk afgørelse om det tingsretlige lovvalg ved overdragelse af simple fordringer, U 1990.540V. Ligesom i nærværende sag omhandlede afgørelsen forholdet mellem erhververen og overdragerens konkursbo. I foreliggende sag angår tvisten også - efter INGs ændrede opfattelse af, at transporterne i de omtvistede fordringer er stillet til eje - om ING har ejendomsretten til fordringerne og dermed at disse ikke indgår i konkursmassen. [...]

Ved afgørelsen af lovvalget skulle skifteretten og senere Vestre Landsret i første omgang tage stilling til Romkonventionens anvendelighed. Skifteretten udtalte følgende om Romkonventionen [...]:

"(...) Idet det må antages, at bestemmelserne i (Romkonventionen) alene finder anvendelse på aftale om parternes indbyrdes forpligtelser, men ikke på forholdet til tredje mand, findes bestemmelserne i

konventionens artikel 12 ikke at kunne finde anvendelse, hvor der opstår spørgsmål om at træffe afgørelse i forhold til den ene aftaleparters konkursbo. (...)"

I ankesagen tiltrådte Vestre Landsret enstemmigt skifterettens afgørelse om, at Romkonventionen ikke fandt anvendelse, herunder skifterettens begrundelse.

Det er Konkursboets opfattelse, at dommen har en særdeles stærk præjudikatværdi for nærværende sag, *da* afgørelsen er klart begrundet, *da* Vestre Landsrets afgørelse er enstemmig, *da* begge domstole er nået samme resultat med samme begrundelse, og *da* der ikke ses andre danske afgørelser - med andet resultat - vedrørende spørgsmålet om lovvalg for pådømmelse af gyldigheden af rettigheder over simple fordringer overfor pantsætters konkursbo.

Rammeskow anfører følgende om U 1990.540V [...]:

"(...) I dansk retspraksis er det fastslået, at Romkonventionen ikke finder anvendelse på spørgsmålet om, hvorvidt en pantsætning af en simpel fordring kan ekstingveres af pantsætterens konkursbo, jf. U 1990.540V, hvor landsretten eksplicit anfører, at Romkonventionen ikke regulerer dette spørgsmål. (...)"

ING anfører i processkrift A [...], at den danske opfattelse af et konkursbo som en tredjemand ikke findes i andre medlemsstater, og at afgørelsen i U 1990.540V "(...) på dette punkt fejlagtigt afviser anvendelse af Romkonventionen (...)". ING henviser i den forbindelse til Moss 1 [...]. Konkursboet bestrider ING's opfattelse, hvilket støttes af ovennævnte citater [...] Rammeskow II samt dansk litteratur [...].

Der henvises til Konkursboets bemærkninger ovenfor, hvorefter et konkursbo anses som tredjemand i forhold til tingsretlige konflikter over skyldnerens aktiver. Såvel skifteretten som Vestre Landsret har korrekt fastslået, at Romkonventionen alene finder anvendelse på parternes indbyrdes forpligtelser.

#### 4.2.4 Dansk litteratur om Romkonventionens anvendelse

Der er bred enighed i dansk litteratur om, at Romkonventionen ikke finder anvendelse på tingsretlige konflikter. Dette dokumenteres blandt andet ved følgende:

Af Karnovs note 1 [...] til konventionens art. 1 fremgår:

"(...) Konventionens lovvalgsregler finder anvendelse på aftaleparternes indbyrdes forpligtelser, men ikke på forholdet til tredjemand, jf. U 1990 540V. (...)"

På samme måde anføres det i Karnovs note 50 [...] til konventionens art. 12, stk. 2:

"(...) For alle fordringer gælder, at art. 12 ikke angår erhververens beskyttelse over for tredjemand, jf. art. 1, stk. 1. (...)"

Samme opfattelse har Joseph Lookofsky og Ketilbjørn Hertz (*International privatret på formuerettens område* (2015), s. 131) [...], der i indledningen til et kapitel om det tingsretlige lovvalg anfører, at Romkonventionen ikke finder anvendelse.

Lennart Lyngé Andersen og Erik Werlauff fremfører samme standpunkt i U 2002B.1 [...]:

"(...) I retsforholdet til en parts kreditorer, dvs. i det tinglige forhold, er der ikke aftalefrihed, og her gælder lovvalgskonventionen ikke. (...)"

Med lovvalgskonventionen henviser forfatterne til Romkonventionen. Samme resultat fremfører forfatterne i *Kreditretten* (2014), s. 108 [...], hvilket begrundes i, at konventionen kun finder anvendelse på kontraktlige forhold.

Rammeskow anfører i artikel U 2002B.140 [...] som respons til førnævnte artikel i U 2002B.1 [...]:

"(...) Forfatterne (s. 2) konstaterer med rette, at lovvalget m.h.t. den tinglige beskyttelse af erhververens ret mod overdragerens (eksportørens) kreditorer og aftaleerhververe ikke er omfattet af Romkonventionen, jf. herved U1990.540V. Det skal dog i den sammenhæng nævnes, at en hollandsk domstol har antaget det modsatte. (...)"

Holdningen om konventionens anvendelsesområde deles tillige af Peter Arnt Nielsen, som på s. 526 i *International privat- og procesret* (1997) [...] anfører, at Romkonventionens art. 12 ikke anvendes i forholdet til tredjemand. I *International Handelsret* (2015) [...] skriver Arnt Nielsen følgende om konventionens anvendelsesområde:

"Af udtrykket "kontraktlige forpligtelser" fremgår, at konventionen kun vedrører det obligationsretlige forhold mellem parterne, mens det tingsretlige forhold til tredjemand falder uden for."

I *Fomueretlige emner* af Palle Bo Madsen m.fl. (2017), anfører forfatterne følgende på s. 527 [...] vedrørende det tingsretlige lovvalg ved overdragelse af simple fordringer:

"(...) Hverken kontraktstatuttet, jf. ROM art. 12, stk. 1, eller fordringsstatuttet, jf. ROM art. 12, stk. 2, kommer ifølge dansk ret i betragtning. Spørgsmålet om det tingsretlige tilknytningsmoment ved overdragelse af simple fordringer er dog internationalt meget omstridt og må betegnes som uafklaret i europæisk ret. (...)"

Spørgsmålet om Romkonventionens rækkevidde er også behandlet i et lovforarbejde. I betænkningen om virksomhedspant fra 2005 overvejede det af Justitsministeriet nedsatte udvalg, hvorvidt der var behov for at ændre reglerne om dansk international privatret i forbindelse med indførelsen af virksomhedspant. Ved beskrivelsen af gældende dansk international privatret anføres det på s. 210 [...], at "*Den gældende konvention behandler ikke spørgsmålet om lovvalg ved afgørelse af konflikter med tredjemand, dvs. tinglige konflikter [...]*". Det anføres dernæst, at det på tidspunktet for betænkningen overvejedes at ændre konventionens indholdsmæssige bestemmelser med henblik herpå. Dette skete ikke.

I Rammeskow I [...] skriver Rammeskow følgende om opfattelsen af Romkonventionens uanvendelighed på tingsretligt lovvalg ved fordringsoverdragelse:

"(...) I dansk teori er der endvidere enighed herom, jf. Peter Arnt Nielsen: *International handelsret* (3. udg.), s. 129, og samme i Karnov-note til Romkonventionens artikel 1, Lennart Lyngge Andersen & Erik Werlauff U 2002B s. 2, Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen U 2002B s. 141, Joseph Lookofsky & Ketilbjørn Hertz: *International privatret* (5. udg.), s. 71, og Morten M. Fogt i Palle Bo Madsen (ed.): *Formueretlige emner* (8. udg.), s. 527. (...)"

Konkursboet har ikke konstateret danske forfattere, der mener, at Romkonventionen finder anvendelse i forholdet til tredjemand udover Siig, som i konklusionen i det af ING fremlagte bilag Siig 1 [...] anfører:

" - at det under hensyntagen til de gennemsnitlige interesser for parterne i international handel, herunder hensynet til forudberegnelighed og retsenhed, er mest hensigtsmæssigt at anse Romkonvention for også at regulere forholdet til parternes kreditorer"

Det afvises, at Siigs ovennævnte betragtninger medfører, at der kan ske en udvidende fortolkning, så Romkonventionens anvendelsesområde kan udstrækkes til retlighedskonflikter overfor tredjemand. Det vil kræve klar lovhjemmel og denne foreligger ikke og ses heller ikke at komme til at foreligge, jf. Konkursboets bemærkninger nedenfor .... Sammenfattende må det konstateres, at den brede opfattelse i dansk litteratur er, at Romkonventionen ikke finder anvendelse på tingsretlige tvister.

#### 4.2.5 EU-retlig litteratur samt hensynet til uniform retsanvendelse i EU

ING gør gældende, at Romkonventionens art. 18 om harmoniseret fortolkning af konventionen fører til, at konventionen i Danmark finder anvendelse på tingsretlige konflikter. I processkrift II af 27. april 2016 ad udskillelsspørgsmålet anfører ING [...], at "*Det bærende element i sagsøgtens argumentation er, at retten skal vurdere Romkonventionens anvendelse på kontraktlige forpligtelser på basis af en fælles-europæisk forståelse af konventionens anvendelsesområde.*".

Konkursboet bestrider, at art. 18 har betydning for pådømmelse af nærværende sag, idet anvendelse af art. 18 forudsætter, at Romkonventionen overhovedet er anvendelig på konflikten, og Konkursboet bestrider konventionens anvendelighed.

Til støtte herfor skal side 3 [...] i Rammeskow I fremhæves. Af notatet fremgår:

"(...) Romkonventionens artikel 18 fastlægger et princip om det ønskelige i ensartet fortolkning af Romkonventionen i de forskellige lande, men dette princip kan ikke anvendes i nærværende sag, hvor der er tale om en uensartet europæisk praksis. Man kan i øvrigt stille spørgsmålstegn ved, om Romkonventionens artikel 18 overhovedet kan tillægges betydning ved fortolkningen af Romkonventionens artikel 1, da sidstnævnte bestemmelse definerer konventionens anvendel-

sesområde og dermed også om Romkonventionens artikel 18 overhovedet finder anvendelse.

Konklusionen er, at det efter dansk ret klart må antages, at det tingsretlige lovvalg vedrørende simple fordringer ikke reguleres af Romkonventionen. (...)"

Konkursboet bestrider desuden, at der eksisterer en fælleseuropæisk fortolkning af Romkonventionens anvendelighed på tingsretlige konflikter.

Det forhold, at enkelte udenlandske domme, herunder Brandsma v. Hansa Chemie [...] har fundet, at Romkonventionens art. 12 er anvendelig på lovvalget i en tingsretlig konflikt, er ikke udtryk for en fælles europæisk fortolkning, jf. nærmere nedenfor.

Den manglende fælleseuropæiske fortolkning underbygges allerede af, at Europa-Kommissionen har fundet det nødvendigt at udarbejde en række rapporter om spørgsmålet. Blandt disse rapporter er en grønbog udarbejdet af Europa-Kommissionen i 2003 om omdannelse af Romkonventionen. I grønbogens pkt. 3.2.13.2 [...] anføres følgende om uenigheden blandt medlemsstaterne:

"(...) Men eftersom hverken konventionen eller konkursforordningen indeholder lovvalgsregler, der eksplicit omhandler spørgsmålet om, hvorvidt overdragelsen af fordringen kan gøres gældende over for tredjemand, følger hver medlemsstat her sine egne regler, og de afgørelser, der træffes, varierer meget fra den ene domstol til den anden. At der er tale om markante forskelle, skyldes ikke mindst, at domstolene i nogle medlemsstater finder, at selv om konventionen ikke indeholder nogen eksplicit bestemmelse herom, indeholder den dog implicite regler på området. (...)"

(Konkursboets fremhævning)

Det fremgår således, at der blandt EU's medlemsstater er udbredt uenighed om konventionens rækkevidde på dette punkt. Uenigheden blandt medlemsstaterne deles dog ikke af Europa-Kommissionen, hvis holdning er klar, jf. nedenfor.

Derudover kan nævnes rapporten udarbejdet af British Institute of International and Comparative Law på vegne af Europa-Kommissionen (herefter "BIICL-rapporten"), hvor det på s. 12ff [...] fremgår, at 14 undersøgte EU/EØS-lande har fem forskellige tilgange til det tingsretlige lovvalg ved overdragelse af simple fordringer. På rapportens side 16 [...] anføres:

"(...) Apart from the current heterogeneous legal landscape and the lack of consensus regarding a uniform conflict of laws solution on third-party effects of assignment, the current Art. 14 Rome I Regulation gives rise to further doubts. (...)"

At medlemsstaterne fortolker konventionens anvendelsesområde forskelligt underbygges desuden af, at der i Rom I-forordningens art. 27, stk. 2 er givet hjemmel til udarbejdelse af en rapport om det tingsretlige forhold ved overdragelse af simple fordringer (effektiviteten overfor tredjemand af overdragelse af en fordring). Det ville være overflødigt at ind-



sætte en sådan bestemmelse, hvis forholdet var klart og uniformt reguleret på tværs af EU.

Hjemlen i art. 27, stk. 2 er udmøntet i en rapport af Europa-Kommissionen af 29. september 2016 (COM (2016) 626 final). Denne rapport fastslår på side 4 [...], at der mangler et vigtigt element i den eksisterende forordning (Rom I-forordningen) om hvilken lov, der regulerer effektiviteten af en overdragelse af en fordring overfor tredjeparter. Rapporten belyser yderligere den manglende uniforme fortolkning af Romkonventionen og Rom I-forordningen blandt medlemsstaterne. På rapportens side 7 [...] fremgår:

"(...) Med hensyn til at fastslå, hvilken lov der finder anvendelse på tredjepartsaspekter af overdragelse, viser undersøgelsen imidlertid, at der er flere forskellige tilgange i medlemsstaterne. (...)"

I rapporten nævnes herefter de vidt forskellige tilgange i medlemsstaterne [...]. På s. 9 [...] understreges det yderligere, at der ikke er harmoniserede regler på området i EU:

"(...) Endvidere forøger manglen på harmoniserede lovvalgsregler og så det antal love i den materielle ret, der potentielt kan gælde for mobilisering af gældsfordringer som sikkerhed (...)"

(Konkursboets fremhævning)

I relation til Romkonventionens anvendelighed har Europa-Kommissionen den 12. marts 2018 offentliggjort et forslag til fælleseuropæisk regulering af det tingsretlige lovvalg ved overdragelse af fordringer ("*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims*") (Com(2018) 96 final) [...].

Som baggrund for forslaget anfører Kommissionen, at de nuværende fælleseuropæiske regler - Rom I-forordningen, henholdsvis Romkonventionen for Danmarks vedkommende - alene regulerer lovvalget for de *obligationsretlige* aspekter af fordringsoverdragelse. På side 5 fremgår således [...]:

"Currently, uniform Union conflict of laws rules determine the law applicable to the *contractual obligations* of transactions in claims and securities."

(Kommissionens fremhævning)

På samme side anfører Kommissionen videre, at de nuværende regler ikke regulerer det *tingsretlige* lovvalg ved fordringsoverdragelse [...]:

"However, no uniform Union conflict of laws rules have been adopted on the law applicable to the proprietary effects of assignments of claims. This proposed Regulation aims at filling this gap."

På forslagets side 9 [...] understreges forholdet yderligere:

"In contrast, there are no conflict of laws rules at Union level with regard to the *proprietary elements* of the assignment of claims"

(Kommissionens fremhævnings)

Det bemærkes, at den nævnte rapport er den nyeste rapport fra Europa-Kommissionen på området. Hvor der således tidligere har været uenighed blandt nogle af medlemsstaterne om Romkonventionens anvendelighed på tingsretlige tvister, må det efter nævnte rapport være klarlagt, at den fælleseuropæiske forståelse er, at Romkonventionen ikke finder anvendelse på disse tvister.

At Romkonventionen ikke finder anvendelse understøttes tillige af Giuliano/Lagarde-rapporten, som ING har henvist til i sit svarskrift. Af rapportens bemærkninger til Romkonventionens artikel 1 [...] fremgår det:

"(...) Da denne konvention kun gælder den lov, der finder anvendelse på kontraktlige forpligtelser, er det for det første klart, at tinglige retigheder [...] ikke falder ind under konventionens bestemmelser. Dette var udtrykkeligt tilkendegivet i en artikel i det oprindelige udkast. Men gruppen skønnede, at det var overflødigt at gentage denne præcisering i den nuværende tekst (...)"

(Konkursboets fremhævnings)

Det fastslås således i rapporten, at Romkonventionen alene regulerer retsforholdet mellem aftaleparter og dermed ikke aftaleparters kreditorer.

Det må sammenfattende konstateres, at der er uenighed blandt medlemsstaterne om Romkonventionens anvendelighed på tingsretlige tvister. Det må dernæst konstateres, at der i dag - og særligt efter offentliggørelsen i marts 2018 af Europa-Kommissionens forslag til indførelse af en fælleseuropæisk regulering af spørgsmålet - eksisterer en overordnet fællesretlig forståelse om, at konventionen ikke finder anvendelse på tingsretlige tvister, og at det vil kræve indførelse af en ny regulering, hvis dette skal ske.

#### 4.2.6 *Hvis retten finder Romkonventionen anvendelig*

##### 4.2.6.1 Romkonventionens art. 4

Såfremt retten måtte finde Romkonventionen anvendelig, gør Konkursboet gældende, at det tingsretlige lovvalg skal afgøres efter konventionens art. 4, hvorefter forholdet underkastes loven i det land, det har sin nærmeste tilknytning til.

Det er Konkursboets klare opfattelse, at forholdet har sin nærmeste tilknytning til Danmark.

For det første er lex concursus i Danmark, hvilket indebærer, at overdragerens konkursbo behandles i Danmark. For det andet var overdrageren, som begge parter afleder ret af, domicileret i Danmark. For det tredje indrettede parterne sig - i forhold til Kreditaftalen og EOSA - på, at dansk ret ville finde anvendelse ved pådømmelse af sikkerhedernes gyldighed overfor retsforfølgende kreditorer [...].

Der henvises, i forhold til det anførte tredje forhold, til, at Konkursboet har konstateret,

- at der i perioden op til indgåelse af Kreditaftalen og Sikkerhedsdokumenterne blev indhentet juridisk rådgivning blandt andet specifikt om sikringsakter i henhold til dansk ret i forhold til de påtænkte sikkerheder,
- at det blev undersøgt, hvordan ING, som erhverver af pant i OWST's/OWBT's udestående fordringer, skulle sikre sig i forhold til iagttagelse af den relevante sikringsakt efter dansk ret, både i forhold til denunciation og rådighedsberøvelse af indbetalinger fra de pantsatte fordringer,
- at systemet med Blocked Accounts og Mirrored Account derfor blev etableret specifikt i forhold til OWST og OWBT, for på den ene side at søge imødegå de danske regler om rådighedsberøvelse af indbetalinger fra de pantsatte fordringer, og på den anden side at give OWBT reel rådighed over det løbende cash-flow fra indbetalingerne på de overtagne fordringer, [...] (Kontopantsætningsaftalen pkt. 7.1-7.2), og
- at sikringsakten med tinglysning af fordringspant, herunder omkostningerne derved, blev undersøgt og fravalgt.

#### 4.2.6.2 Romkonventionens art. 3

Konkursboet bestrider følgelig, at Romkonventionens art. 3 om det aftalte lovvalg finder ikke anvendelse, da det mellem OWBT og ING aftalte lovvalg ikke er bindende i relation til Konkursboet. [...]

#### 4.2.6.3 Anvendelse af dansk rets ufravigelige regler

Måtte retten finde, at Romkonventionen finder anvendelse ved fastlæggelse af det tingsretlige lovvalg, gør Konkursboet gældende, at Romkonventionens artikel 7 om ufravigelige regler tillige finder anvendelse. Konventionens artikel 7 har følgende ordlyd [...]:

"1. Ved anvendelse af loven i et bestemt land i henhold til denne konvention kan ufravigelige regler i loven i et andet land, som forholdet har en nær tilknytning til, tillægges virkning, såfremt og i det omfang disse regler ifølge dette lands ret skal anvendes uden hensyn til, hvilket lands lov der i øvrigt skal anvendes på aftalen. Ved afgørelsen af, om der bør tillægges sådanne ufravigelige regler virkning, skal der tages hensyn til deres art og formål og til følgerne af, at de anvendes eller ikke anvendes.

2. Denne konvention medfører ingen begrænsninger i anvendelsen af regler i domstolslandets lov i tilfælde, hvor disse er ufravigelige uden hensyn til, hvilket lands lov der i øvrigt skal anvendes på aftalen."

Konkursboet gør gældende, at dansk rets regler om ekstinktion og iagttagelse af sikringsakt er ufravigelige regler, og der henvises i den forbindelse til Peter Mortensens værk *Indledning til tingsretten* (2009), hvor forfatteren under overskriften "*Tingsretlige regler er ufravigelige (præceptivitet)*" anfører [...]:

"Mens en række retsregler, der regulerer inter-partes-forholdet mellem A og B, er deklaratoriske i den forstand, at reglerne kan fraviges ved aftale mellem A og B, er udgangspunktet det modsatte for så vidt angår regler, der regulerer aftalers retsvirkning i forhold til tredjemand, dvs. de tingsretlige regler"

(Forfatterens kursivering)

På s. 155 skriver forfatteren videre [...]:

"Tingsretlige regler, der regulerer tredjemands retsstilling, må således antages at være præceptive, selv om reglerne ikke er fastsat ved eller i henhold til lov, men følger af almindelige retsgrundsætninger"

(Forfatterens kursivering)

At tingsretlige regler er ufravigelige underbygges videre af Bent Iversen m.fl. i *Panteret* (2015), hvor der i kapitlet om tingsretlig sikkerhed anføres [...]:

"Parterne er nemlig her på et præceptivt plan afskåret fra ved deres blotte aftale at bestemme tredjemands rettigheder og pligter"

Konkursboet gør således gældende, at dansk rets regler om ekstinktion og iagttagelse af sikringsakt er ufravigelige regler, som - i tilfælde af Romkonventionens anvendelighed i øvrigt - skal anvendes på tvisten, jf. konventionens art. 7.

#### 4.2.7 Opsummering vedrørende Romkonventionens anvendelse

Konkursboet gør opsummerende gældende, at Romkonventionen ikke finder anvendelse på tingsretlige spørgsmål, herunder spørgsmålet om ekstinktion, som denne sag vedrører.

Konkursboets opfattelse støttes af konventionens formuleringer, idet både art. 1, art. 12, stk. 1 og art. 12, stk. 2 formuleringsmæssigt er afgrænsede til tvister, der ikke omhandler tingsretlige forhold mellem konkurrerende rettighedshavere.

Konkursboet bestrider, at konventionens anvendelse kan afgøres på baggrund af art. 18 om harmoniseret fortolkning, allerede fordi denne bestemmelse kun er anvendelig, når konventionen finder anvendelse. Måtte retten finde, at konventionen finder anvendelse, gør Konkursboet gældende, at der ikke tidligere har eksisteret en harmoniseret fortolkning af Romkonventionens anvendelighed. Idet der henvises til Europa-Kommissionens seneste forslag på området gør Konkursboet gældende, at der i dag eksisterer en fælles-europæisk forståelse, og at denne forståelse er, at Romkonventionen ikke er anvendelig på tingsretlige konflikter.

I Danmark er der ligeledes udbredt enighed i litteraturen om, at Romkonventionen ikke finder anvendelse i en situation som den foreliggende. Denne opfattelse understøttes tillige af den enlige danske afgørelse på området, U 1990.540V, hvor både skifteretten og Vestre Landsret fandt, at Romkonventionen ikke fandt anvendelse på en tingsretlig tvist

mellem en overdragers konkursbo i Danmark og en tysk erhverver. Afgørelsen har særdeles stor præjudikatværdi for nærværende sag.

Konkursboet gør gældende, at hvis retten finder Romkonventionen anvendelig, skal lovvalget afgøres efter art. 4 om nærmeste tilknytning, og at dette fører til anvendelse af dansk ret.

Konkursboet gør endelig gældende, at selv hvis retten finder, at Romkonventionen udpeger engelsk ret som lovvalg, følger det af Romkonventionens art. 7, at dansk rets ufravigelige regler om ekstinktion og iagttagelse af sikringsakt skal anvendes på denne del af tvisten.

### 4.3 Anvendelse af dansk international privatret

Konkursboet gør gældende, at dansk international privatret skal afgøre lovvalgsspørgsmålet, og at dette fører til overdragers domicillov - dvs. dansk ret - som lovvalg.

Udgangspunktet for lovvalg i dansk international privatret er lex situs-princippet, som indebærer, at et forhold reguleres af loven i det land, hvor det omtvistede aktiv befinder sig. Da simple fordringer imidlertid ikke kan siges at have en fysisk tilstedeværelse, giver dette lovvalgsprincip ikke mening ved det tingsretlige lovvalg for overdragelse af simple fordringer. Parterne er enige om, at lex situs-princippet ikke finder anvendelse, og at lovvalget derfor må fastsættes ved anvendelse af et andet princip.

I den forbindelse gør Konkursboet gældende, at lovvalget i overensstemmelse med dansk retspraksis og litteratur skal fastsættes efter princippet om overdragers domicillov.

Herunder behandles i første omgang spørgsmålet om, hvorvidt den lovvalgsaftale parterne indgik inden konkursen, er afgørende for det tingsretlige lovvalg. Herefter behandles spørgsmålet om, hvilket tingsretligt lovvalgsprincip, der regulerer nærværende tvist.

#### 4.3.6 *Det aftalte lovvalg*

Da Konkursboet ikke er indtrådt i aftalekomplekset mellem ING og OWBT, er Konkursboet ikke bundet af det deri aftalte lovvalg i relation til nærværende ekstinktionstvist. [...]

Det er i dansk retspraksis gentagne gange slået fast, at lovvalgsaftaler indgået inter partes inden konkursen ikke er bindende i relation til ekstinktions- og gyldighedsbetingelser i forhold til overdragerens efterfølgende konkursbo. Konkursboet henviser i den forbindelse til U 1981.1046/2V [...], U 1982.1038V [...], U 1983.311H [...], U 1984.8H [...] og U 1992.373/2 [...]. Fælles for de fem afgørelser er, at parterne inden konkursen havde indgået gyldig lovvalgsaftale om anvendelse af udenlandsk ret, men at domstolene fandt, at lovvalgsaftalerne ikke bandt de efterfølgende konkursboer ved afgørelse af ekstinktionstvister - altså om modparten kunne opnå udlevering fra konkursboet. Ekstinktionstvisterne måtte afgøres efter dansk ret.

Om retspraksis på området anfører professor Hans Viggo Godsk Pedersen sammenfattende i sin artikel *Nyere domspraksis om kreditkonsignation* (2001) [...]:

"Det må siges at ligge fast i praksis, at udenlandske ejendomsforbehold, der er gyldige i forholdet mellem parterne, ved konkurs kun skal anerkendes, hvis de særlige betingelser, der i dansk ret stilles i relation til kreditorerne, er opfyldte."

Også i forhold til værneting er det i retspraksis slået fast, at værnetingsaftaler indgået inden konkursen ikke kan gøres gældende i relation til insolvensretlige tvister mod det efterfølgende konkursbo, jf. U 2017.1940Ø [...]. I sagen U 1975.1031HKK [...] blev en værnetingsaftale tilsidesat, da tvisten drejede sig om konkursretlige forhold, herunder tvist om ejendomsforbeholdets gyldighed overfor kreditorerne.

Synspunktet underbygges af Rammeskow i Rammeskow III [...]:

"Hvis man fulgte Moss' argumenter, ville konsekvensen blive, at samtlige dansk rets regler om sikringsakter kunne sættes ud af krav ved en *inter partes* lovvalgsaftale, hvilket selvsagt ville indebære betydelige risici for kreditorbesvigelser etc. Eksempelvis kunne skyldner overdrage en dansk fast ejendom til en erhverver efter en (eventuelt antedateret) købsaftale, som parterne undergiver loven i et land, som giver en erhverver beskyttelse uden iagttagelse af sikringsakt. Selv om erhververens adkomst ikke blev tinglyst inden skyldnerens konkurs, ville konkursboet efter Moss' argumentation skulle respektere overdragelsen, fordi erhververen i henhold til den af parterne valgte lovgivning måtte anses for at være blevet ejer inden konkursen. Et sådan resultat er naturligvis åbenbart forkert."

Samme sted fortsætter Rammeskow [...]:

"Moss' argumentation illustrerer med al tydelighed, hvorfor to parters lovvalg ikke tillige kan regulere forholdet til parternes kreditorer (eller andre tredjemand), dvs. hvorfor der er forskel på det kontraktretlige og tingsretlige lovvalg."

Til støtte for, at det aftalte lovvalg ikke finder anvendelse i forhold til Konkursboet, henvises til den ovenfor under pkt. 4.2.1.2 og pkt. 4.2.2.1, hvori Norges Høyesterett i dommen anfører følgende om det aftalte lovvalg [...]:

"Hvis - som siste alternativ - kravets rett legges til grunn, vil partene ha herredømme over lovvalget. Dette er den klare hovedregel i interpartes-forholdet mellom pantsetter og panthaver og mellom debitor cessus og pantsetter. Men regelen innbyr til såkalt forum shopping hvis den skal anvendes i tredjemannstvister, typisk mellom pantsetters konkursbo og panthaveren - som her. Dette vil kunne være i strid med de sentrale hensyn til preseptivitet, notoritet, likebehandling og effektivitet under insolvensbehandling. Partsautonomien bør ikke påvirke gyldigheten og rettsvernet i form av bindende lovvalg. Dette mener jeg må være utslagsgivende."

(Konkursboets understregning)

#### 4.3.2 Dansk retspraksis

Konkursboet gør gældende, at den enlige danske afgørelse på området U 1990.540V [...] er udtryk for brug af princippet om overdragere domicillov.

I afgørelsen havde det tyske selskab Engel Kellerbau GmbH ("Engel") fået transport fra det danske selskab Jydsk Tegl i bankgarantier udstedt af tyske banker. Jydsk Tegl blev efterfølgende erklæret konkurs, hvorefter Engel i henhold til de transporterede bankgarantier anmeldte et separatistkrav i boet. Engel henviste til, at sikringsakten for transporten var gyldigt prioritetsrettet i henhold til tysk ret. Konkursboet afviste dette med henvisning til, at transporten ikke var blevet gyldigt denuncieret som påkrævet efter dansk ret. Det afgørende spørgsmål i sagen var herefter, hvilket lands lov, der skulle finde afgørelse af tvisten.

Efter at have afvist Romkonventionens anvendelse på spørgsmålet, udtalte Vestre Landsret følgende om lovvalget i medfør af dansk international privatret [...]:

"(...) De i sagen omhandlede tyske bankgarantier, med hensyn til hvilke appellanten vil hævde en separatiststilling i konkursboet, er stillet over for (Jydsk Tegl), der drev virksomhed fra Danmark, og som har transporteret en del af sikkerheden til appellanten. Herefter findes spørgsmålet om betingelserne for, at denne transport kan gøres gældende mod selskabets kreditorer, at måtte afgøres efter dansk ret. (...)"

Konkursboet gør gældende, at afgørelsen er udtryk for anvendelse af overdragere domicillov som lovvalget ved overdragelse af simple fordringer.

Dette støttes endvidere i Rammeskov II [...]; "*med andre ord en klar anvendelse af overdragere loven*".

ING gør i duplikken gældende, at afgørelsen i U 1990.540V "*(...) vedrører en ældre situation som er fuldstændig usammenlignelig med den foreliggende (...)*" [...]. I processkrift A [...] anfører ING desuden ved henvisning til Siig I, at afgørelsen ikke er udtryk for overdragere domicillov, men derimod for brug af den individualiserende metode. ING henviser i den forbindelse til Siig 1, hvor Siig på s. 19 [...] anfører, at afgørelsen bør tillægges "*(...) en meget begrænset præjudikatværdi for den nu verserende sag (...)*". Siig påpeger samtidig, at afgørelsen skal tillægges vægt i sagen i forhold til anvendelse af den individualiserende metode.

Konkursboet bestrider både, at afgørelsen er usammenlignelig med den foreliggende tvist samt at afgørelsen er udtryk for brug af den individualiserende metode. Sagen angår spørgsmålet om separatistret over fordringer, hvilket ING også hævder at have i de omtvistede fordringer, jf. ING's processkrift B, s. 4, "*(..) idet ING som ejer herefter har krav på udlevering heraf, jf. konkurslovens § 82 jf. § 32*" [...].

I relation til det sidste påpeger Konkursboet, at Siig er eneste danske forfatter, der har udlagt afgørelsen som brug af den individualiserende metode, jf. nærmere nedenfor, samt at Siig i øvrigt ikke ses at have behandlet emnet tidligere, herunder ikke i generel forstand modsat de øvrige danske citerede forskere, herunder Rammeskov.

Det er samtidig Konkursboets opfattelse, at der ikke er holdepunkter i Vestre Landsrets begrundelse for, at den individualiserende metode er lagt til grund for afgørelsen.

Landsretten synes således ikke at foretage en helhedsvurdering af sagens tilknytningsmomenter, idet landsretten ikke nævner de forskellige tilknytningsmomenter. Erhververen af bankgarantierne nævnes kun implicit af landsretten, som appellanten, der "(...) vil hævde en separatiststilling i konkursboet", og det nævnes på intet tidspunkt, at der er tale om et tysk selskab, hvilket som tilknytningsmoment ville pege på tysk ret. Der bliver derved slet ikke skelet til erhververens hjemsted.

Det forhold, at landsretten omtaler bankgarantierne som tyske synes at bunde i beskrivelseshensyn, snarere end at have været en normerende faktor ved afgørelsen af lovvalget. Efter at have nævnt de tyske bankgarantier henviser landsretten således ikke til disse ved begrundelsen af lovvalget. Det nævnes blot, at Jydsk Tegl, som transporterede/overdrog bankgarantierne, drev virksomhed i Danmark, og at tvisten *herefter* måtte afgøres efter dansk ret.

Landsretten lægger altså vægt på det forhold, at overdrageren drev virksomhed i Danmark, og følgelig må afgørelsen være udtryk for princippet om overdragets domicillov.

Rammeskow udtaler i Rammeskow II [...]:

"(...) U 1990.540V kan ikke læses som anvendelse af den individualiserende metode. (...) Med al respekt for Siig må man således konstatere, at U 1990.540V ikke meningsfuldt kan læses som en anvendelse af den individualiserende metode. (...)"

I dansk litteratur er afgørelsen tillige udlagt som udtryk for overdragets domicillov. Palle Bo Madsen m.fl. anfører følgende i *Formueretlige emner* (2017), s. 527 [...]:

"(...) Ved U 1990.540V er det i dansk ret antaget, at loven på kreditors domicil gælder, hvilket af flere grunde er den mest overbevisende løsning. (...)"

Forfatterne henviser med formuleringen "kreditors domicil" til overdragerens domicillov. Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff har tidligere argumenteret for, at betalingsstedets lov måtte være afgørende for det tingsretlige lovvalg, jf. herved U 2002B.1 [...]. Forfatterne har dog justeret deres holdning, og anfører følgende om U 1990.540V i *Kreditretten* (2014), s. 114 [...]:

"(...) Gives der *pant i en simpel fordring*, må det antages, at den tinglige beskyttelse af et pant i en fordring, der tilkommer en dansk kreditor (fx en dansk virksomhed), reguleres af dansk ret, jf. princippet om anvendelse af overdragerens lands lov, der er lagt til grund i *UfR 1990.540V*. (...)"

(Forfatternes egen kursivering)

Forfatterne anfører videre på s. 115 i samme værk [...]:



"(...) Se som et udslag af princippet om cedentens [overdragerens] domicillands lovgivning *UfR 1990.540V* om en dansk entreprenør, der gav en tysk underleverandør pant i sit krav mod den tyske bygherre. Da fordringens kreditor (entreprenøren) var dansk domicileret, skulle den tinglige beskyttelse rette sig efter dansk lovgivning, det vil sige gbl. § 31. (...)"

(Forfatterens egen kursivering)

Rammeskov har samme udlægning af afgørelsen i sin artikel i U 2002B.140 [...], hvor han kommenterer Lynge Andersen og E. Werlauffs tidligere holdning om betalingsstedets lov:

"(...) Forfatterens synspunkt har heller ikke støtte i retspraksis, jf. U 1990.540V, der lod den tinglige beskyttelse af en transport i en bankgaranti stillet af en tysk bank over for en dansk overdrager afgøre efter dansk ret, med henvisning til at overdrageren (et dansk aktieselskab) drev virksomhed her (og altså ikke med henvisning til at garantien skulle betales hertil). (...)"

I samme artikel anfører forfatteren følgende:

"(...) Lykkeligvis synes den ovenfor nævnte U 1990.540V da også at måtte fortolkes således, at overdragerens hjemland er afgørende for transporthaverens tinglige beskyttelse, i og med retten lagde vægt på, hvor overdrageren drev sin virksomhed. (...)"

I *International Privatret* (2015) henviser Joseph Lookofsky og Ketilbjørn Hertz på s. 144 [...] til, at afgørelsen i U 1990.540V støtter opfattelsen om overdragerens domicillov.

Det er, som anført ovenfor, Konkursboets opfattelse, at afgørelsen har særdeles stor præjudikatværdi for nærværende sag, og det gøres i den forbindelse gældende, at begge sager omhandler tingsretligt lovvalg ved fordringsoverdragelse i forholdet mellem en erhverver og overdragerens konkursbo. For sammenligningshensyn er det uden betydning, at der i U 1990.540V alene var aftalt værneting og således ikke udtrykkeligt lovvalg, idet afgørelsen omhandler lovvalg.

Der findes efter Konkursboets opfattelse ikke holdepunkter i hverken skifterettens eller Vestre Landsrets afgørelse for, at et udtrykkeligt aftalt lovvalg ville have ændret udfaldet. Tværtimod procederede erhververen i U 1990.540V på, at en værnetingsaftale indgået mellem erhververen og overdrageren inden konkursen reelt udgjorde en lovvalgsaftale til fordel for tysk ret. Skifteretten afviste, at denne værnetingsaftale var relevant, da aftalen "(...) vedrører parternes forpligtelser i henhold til den indgåede rammeaftale og findes ikke at kunne være bindende for det danske selskabs konkursbo i nærværende sag, der drejer sig om at træffe afgørelse mellem en kreditor, som ønsker at gøre fortrinsrettigheder gældende, og et konkursbos øvrige kreditorer. (...)" [...]. Skifteretten udtalte derved klart, at værnetingsaftalen ikke var bindende for overdragerens konkursbo.

Der er ej heller forhold i Vestre Landsrets afgørelse, som kan begrunde, at den tingsretlige lovvalgstvist skal behandles forskelligt med henvisning til en lovvalgsaftale indgået inden konkursen. I Vestre Landsrets præmisser i den efterfølgende ankesag fremgår, at værnetingsaftalen ikke var bindende for lovvalget i relation til konkursboet uanset om værnetingsaftalen tillige kunne forstås som indeholdende en lovvalgsaftale [...]:

" Uanset om den (...) indgåede værnetingsaftale eventuelt i forholdet mellem disse parter tillige kunne forstås som indeholdende en aftale om lovvalg, findes værnetingsaftalen ikke at kunne binde konkursboet i relation til spørgsmålet, om dansk eller tysk ret skal lægges til grund ved afgørelsen af, om appellanten er separatist i konkursboet"

Det fremgår altså, at værnetingsaftalen - uanset om den tillige skulle forstås som en lovvalgsaftale - ikke var bindende i relation til lovvalgstvisten.

Det er da også antaget i dansk litteratur, at en lovvalgsaftale ikke er bindende i forholdet til en parts kreditorer. Lennert Lynge Andersen og Erik Werlauff skriver herom i U 2002B.1 [...]:

"(...) I retsforholdet til en parts kreditorer, dvs. i det tinglige forhold, er der ikke aftalefrihed, og her gælder lovvalgskonventionen ikke. Her må der nødvendigvis gælde faste og forudsigelige principper. (...)"

Der henvises til Konkursboets bemærkninger ovenfor vedrørende Konkurslovens § 55 og 56, hvorefter Konkursboet ikke er bundet af det i aftalekomplekset aftalte lovvalg, idet Konkursboet ikke er indtrådt i aftalekomplekset.

#### 4.3.3 Dansk litteratur

Konkursboet gør gældende, at der i nyere dansk teori er udbredt enighed om, at tingsretlige konflikter ved overdragelse af simple fordringer skal afgøres efter overdragers domicillov.

Blandt disse forfattere er Torben Svénné Schmidt i *International formueret* (2000), s. 323f [...]. I sin argumentation for overdragers domicillov henviser forfatteren blandt andet til, at dette lovvalgsprincip vil løse vanskelighederne ved overdragelse af større debitorporteføljer:

"(...) valget synes at måtte stå mellem debitorens domicillov og kreditorens (overdragerens) domicillov. I en udførlig diskussion af de forskellige muligheder er Sjur Brækhus nået frem til at anbefale kreditorens domicillov, hvilket jeg kan tilslutte mig. Denne lov vil også løse den praktiske vanskelighed, der kan foreligge ved en samlet overdragelse af en debitorportefølje, hvor debitorerne jo kan bo i flere forskellige lande, medens kreditor (overdrageren) fremtræder som det samlende punkt for de forskellige fordringer."

Rammeskov er en af de få danske forfattere, der har behandlet problemstillingen udførligt. Han støtter anvendelse af overdragers lov, og anfører i artiklen U 2002B.140 [...] tre hovedårsager hertil:

"(...) Jeg kan fuldt ud støtte en anvendelse af overdragerens lov. Denne lovvalgsregel indebærer opnåelse af i hvert fald 3 betragtelige fordele. Ingen af de øvrige alternative lovvalgsregler giver mulighed for samtidig opnåelse af alle disse fordele. For det første medfører anvendelse af overdragerens lov, at overdragerens transporter af flere forskellige fordringer bliver undergivet samme lovgivning, uanset om debitorerne har hjemland i forskellige lande, og uanset om disse iht. deres respektive kontrakter skal betale i forskellige lande. (...) For det andet medfører anvendelse af overdragerens lov, at der i konflikter, som opstår som følge af overdragerens konkurs, typisk vil være sammenfald mellem overdragerens lov og lex concursus (...). (...) For det tredje medfører den udbredte anvendelse af overdragerens lov i andre lande, at hensynet til enhedsbedømmelse taler for også at anvende overdragerens lov i dansk ret. (...)"

(Konkursboets fremhævning)

I 2002 anerkendte Rammeskow dog, at der var divergerende opfattelser i dansk teori om hvilken lovvalgsregel, der burde gælde, og han pointerede derfor, at der herskede en vis usikkerhed om spørgsmålet i dansk ret [...]. Konkursboet påpeger hertil, at der i dag er bred tilslutning til princippet om overdragelsens domicillov, og at der så vidt ses ikke er forfattere - udover Siig i Siig 1 og Siig 2 - der i nyere tid har udtrykt støtte til et andet lovvalgsprincip.

Således eksempelvis Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff, der tidligere var fortalere for brug af betalingsstedets lov, men som nu støtter princippet om overdragelsens domicillov, jf. *Kreditretten* (2014), s. 114f [...].

Palle Bo Madsen m.fl. udtrykker tillige støtte for overdragelsens domicillov og påpeger i den forbindelse, at denne løsning af flere grunde er den mest overbevisende, jf. *Formueretlige Emner* (2017), s. 527 [...]:

"(...) Ved U 1990.540V er det i dansk ret antaget, at loven på kreditors domicil gælder, hvilket af flere grunde er den mest overbevisende løsning. (...)"

I Rammeskow II [...], udtaler Rammeskow, at "*man efter gældende dansk ret skal anvende overdragerens lovgivning på tingsretlige konflikter vedrørende simple fordringer (..)*".

Siig argumenterer i Siig 1 [...] for, at lovvalget ved overdragelse af simple fordringer skal afgøres ved brug af den individualiserende metode. Konkursboet bestrider dette, og det påpeges i den forbindelse, at ingen andre danske forfattere ses at støtte denne opfattelse. Der henvises til bemærkninger anført ovenfor punkt 4.3.2.

Den individualiserende metode vil efter Konkursboets opfattelse være et uforudsigeligt lovvalgsprincip for både overdrager, erhverver og kreditorer ved fordringsoverdragelse, og denne metode er allerede derfor ikke ønskelig ved tingsretligt lovvalg.

#### 4.3.4 *Realhensyn*

Til støtte for anvendelse af overdragers domicillov gøres det gældende, at dette lovvalgsprincip i størst mulig grad tilgodeser de relevante realhensyn.

Overdragers domicillov indebærer således den unikke fordel, at lovvalget vil være sammenfaldende med lex concursus. Herudover er lovvalgsprincippet hensigtsmæssigt ved overdragelse af større debitorporteføljer, da lovvalget vil være ens for alle overdragne fordringer. Dette er af særlig relevans ved overdragelse af fremtidige fordringer mod ukendte debitorer, ligesom det er af særlig relevans ved overdragelser, hvor debitorerne er hjemmehørende i forskellige jurisdiktioner. Begge omstændigheder foreligger i nærværende sag, hvor debitorerne blandt andet er hjemmehørende i Danmark, Norge, Rusland, USA, Australien mv., og hvor overdragelsesaftalen omfattede fremtidige fordringer mod ukendte debitorer.

Også forudsigeligheden for tredjemand sikres bedst ved at benytte overdragerens domicillov. Både aftaleerhververe og kreditorer afleder deres ret fra overdrageren og vil derfor være vidende om, hvor overdrager har hjemsted, og dermed hvilken lov, der finder anvendelse på forholdet.

Fordelene ved anvendelse af overdragers domicillov understøttes af, at dette lovvalgsprincip blev valgt i UNCITRAL's konvention om overdragelse af simple fordringer efter flere års forarbejde med inddragelse af både staters og relevante organisationers høringsvar. Af bemærkningerne til konventionen, som aldrig er trådt i kraft, fremgår følgende om fordelene ved dette lovvalgsprincip (konventionens s. 40f [...]):

"(...) the Convention thereby refers priority conflicts to the law of a single, and easily determinable, jurisdiction. In addition, the main insolvency proceeding with regard to the assignor will most often be opened in this jurisdiction, a result that makes conflicts between secured transactions and insolvency laws easier to address. (...)"

Hertil kommer, at overdragers domicillov er ét blandt tre foreslåede harmoniseringsprincipper i både BIICL-rapporten [...], og i Europa-Kommissionens rapport af 29. september 2016 [...]. Princippet om overdragers domicillov er desuden valgt som foreslået lovvalgsregel i Kommissionens forslag til fælleseuropæisk regulering af 12. marts 2018 [...]:

"Art. 4. 1. Unless otherwise provided for in this Article, the third-party effects of an assignment of claims shall be governed by the law of the country in which the assignor has its habitual residence at the material time"

Fordelene ved anvendelse af overdragers domicillov understreges ligeledes af Rammeskov i Rammeskov I, s. 7 [...]:

"(...) Følgelig vil det i almindelighed være mest hensigtsmæssigt at anvende overdragerens lov frem for fordringens lov, hvis man vil opnå, at porteføljeoverdragelsen bedømmes efter én lovgivning. Anvendelsen af overdragerens lov er således den løsning, som generelt giver virksomhederne (låntagere) de bedste muligheder for international finansiering. Denne antagelse understøttes af, at overdragerens lov er den løsning, som der er klart størst tilslutning til blandt finansielle

virksomheder, jf. undersøgelsen foretaget i 2016 af British Institute of International and Comparative Law, s. 15. (...)"

Rammeskow henviser her til BIICL-rapporten s. 19ff [...], hvoraf fremgår, at overdragers domicillov er det mest støttede lovvalgsprincip blandt de adspurgte aktører med 44% tilslutning.

At de relevante realhensyn taler for anvendelse af overdragers domicillov understreges yderligere af den tidligere omtalte norske Høyesteretts, jf. pkt. 4.2.2.1 ovenfor. I dommen henviser Høyesterett til den norske forfatter Brækhus, som med følgende citat taler for anvendelse af overdragers (cedentens) ret [...]:

"Fordringen er et av kreditors aktiver; det er kreditor som har rett til å disponere over den, f.eks. ved å benytte den til sikkerhetsstillelse. Særlig hvor det spørres om rettsvern i forhold til cedentens konkursbo, er tilknytning til cedentens hjemland sterk. Hvis rettsvernet etableres ved registrering i cedentens hjemland, [...], kan man vanskelig basere seg på annet enn dette lands rett."

Herefter henviser Høyesterett til den norske forfatter Skoghøy, som med følgende citat også taler for anvendelse af overdragers (pantsetters) ret [...]:

"De som har ytet pantsetteren kreditt, har som regel gjort det ut fra de regler som gjelder for kreditorenes beslagsrett i det land hvor pantsetteren bor eller har sitt forretningssted. For pantsetteren gjelder at rettsforholdet mellom ham og pantsetteren normalt må fastlegges på grunnlag av lovgivningen i det land hvor pantsetteren er hjemmehørende, [...]. Han må da være forberedt på at beslagsretten for pantsetters kreditorer blir avgjort på grunnlag av det samme lands rett."

Umiddelbart herefter omtaler den norske Høyesterett fordele og ulemper ved anvendelse af debtors domicillov [...]:

"Tilknytningen til det lands rett som gjelder for debitor cessus, bliver etter min mening ytterligere fjern sammenlignet med pantsetters lands rett. Riktignok kan det - som Brækhus påpeker samme sted - oppstå problemer dersom "notifikasjon [skal] skje i én stat etter de regler som gjelder i en annen stat", men jeg kan vanskelig se at dette hensynet kan sette til side den grunnleggende betraktning at pantsetters lands rett er nærmeste til å avgjøre vilkårene for rettsvern. Dette gjelder desto mer der det foretas samlet pantsettelse av flere fordringer med debitorer i forskjellige land."

Efter gennemgang af fordele og ulemper ved de mulige lovvalgsprincipper, fandt Høyesterett, at tvisten om sikkerhedernes tingsretlige gyldighed skulle afgøres efter pantsetters (overdragers) lands ret.

Den norske forfatter Ida Espolin Johnson har i artiklen *Interlegale rettsvernsregler ved sikkerhetsstillelse av enkle pengekrav* (gengivet i TfR 1990.425 ff) tillige foretaget en udførlig gennemgang af fordele og ulemper ved de mulige lovvalgsprincipper. Efter denne gen-

nemgang anfører forfatteren opsummerende, at princippet om overdragers (cedentens) domicillov tilgodeser flest realhensyn [...]:

"Dette må også være den regel som fører til de beste resultater alt i alt. Det er cedentens aktiva det disponeres over, og det er først og fremst dennes suksessorer som er interessert i å finne ut av forholdene. Tyngdepunktet i et slikt sikkerhetsforhold vil således ligge hos cedenten. For tredjemann må det naturligste og enkleste være å undersøke om rettsvernsreglene i cedentens hjemland er fuldt. Dette lands rettsvernsregler vil også gi cedentens suksessorer rettsvern overfor hans konkursbo (og det vil jo som regel være dette en cesjonar først og fremst er interessert i å oppnå). Videre vil en tredjemannskonflikt oftest komme opp for domstolene i cedentens hjemland, og det vil da være en stor fordel for dommeren å kunne anvende sitt eget lands rett (lex fori) på forholdet. I tillegg kommer at cedentens hjemlandslov er det eneste fornuftige og praktiske tilknytningsmoment i factoringstillfellene (...)"

#### 4.3.4.1 Retspolitiske hensyn

Såfremt retten i nærværende sag måtte komme frem til, at et aftalt lovvalg kan finde anvendelse over for en aftaleparts konkursbo, og at lovvalgsspørsmålet således skal afgøres ud fra andre principper end de i U 1990.540V anvendte, vil dette få en væsentlig præjudiciel værdi for den fremtidige retlige forståelse af lovvalgsspørsmål i denne type tvister.

Måtte en aftaleparts konkursbo skulle respektere det aftalte lovvalg i forhold til tingsretlige konflikter, betyder det, at aftaleparterne kan spekulere i at aftale et "fordelagtigt" lovvalg på bekostning af boets øvrige og ligeværdige kreditorer.

Ligebehandlingen af kreditorer udgør et fundamentalt princip i dansk konkursret, som opretholdes og understøttes af de danske tingsretlige regler. Såfremt en kreditor alene ved et aftalt lovvalg kan tilsidesætte disse retsprincipper over for aftalepartens konkursbo vil dette have vidtrækkende konsekvenser.

I nærværende sag blev fremgangsmåden for sikring af fordringspant under dansk ret og omkostningerne forbundet hermed undersøgt. ING fravalgte at foretage tinglysning af fordringspant, formodentlig af omkostningsmæssige hensyn. Der blev grundet de danske regler etableret en kontostruktur, som skulle søge at give ING rådigheden over indbetalinger fra de overdragne fordringer samtidig med, at OWBT ad anden vej fik reel (direkte) rådighed over likviditeten fra indbetalingerne.

Såfremt et aftalt lovvalg skal respekteres af en aftaleparts konkursbo i en tingsretlig konflikt vil dette bevirke, at erhververen af sikkerheder, her ING, blot ved lovvalget kan "shoppe" efter de mest lempelige retsregler og opnå en særlig beskyttelse og herved stille sig mere fordelagtigt på konkursboets øvrige kreditorers bekostning. Muligheden for at en erhverver kan opnå en særlig fortrinsret er tilgængelig, netop ved iagttagelsen af de etablerede tingsretlige regler for sikringsakter, og denne beskyttelse har erhververen uden lovvalg adgang til.

Der henvises tillige til Rammeskows bemærkninger i Rammeskow II, [...].

#### 4.3.5 *Den individualiserende metode*

Hvis retten på trods af ovenstående når frem til, at lovvalget skal fastslås ved brug af den individualiserende metode, gør Konkursboet gældende, at også dette lovvalgsprincip vil føre til dansk ret som lovvalg.

Nærværende tvist har således sin nærmeste tilknytning til Danmark, hvilket belyses af tre tilknytningsfaktorer. For det første er *lex concursus* i Danmark. For det andet var overdrageren domicileret i Danmark, hvilket er særlig væsentligt, da alle parter i en fordringsoverdragelse afleder ret fra overdrageren. For det tredje havde parterne indrettet sig på, at dansk ret ville finde anvendelse, jf. punkt 4.2.6.1 ovenfor.

Konkursboet bemærker, at der alene er ét tilknytningsmoment, der peger på anvendelse af engelsk ret; det forhold, at ING og OWBT inden konkursen aftalte dette lovvalg. Hertil gøres gældende, at det aftalte lovvalg svækkes som tilknytningsmoment, når ingen af de i sagen relevante aktører er domicileret i England, og når parterne inden konkursen har indrettet sig på et andet lovvalg i forhold til sikring af ING's sikkerheder overfor OWBT's retsforfølgende kreditorer, jf. ovenfor.

Til støtte for, at tvisten har sin nærmeste tilknytning til dansk ret, henviser Konkursboet til den før omtalte dom fra Norges Høyesterett, jf. pkt. 4.2.2.1 ovenfor, hvor Høyesterett fandt frem til norsk ret som lovvalg efter "*en vurdering av hvilken stat saken etter en totalbedømmelse har den sterkeste eller nærmeste tilknytning til*" [...].

#### 4.3.6 *Opsummering vedrørende dansk international privatret*

Konkursboet gør gældende, at lovvalget i overensstemmelse med dansk international privatret fører til dansk ret som overdragere domicillov.

Til støtte herfor gøres gældende, at den primære danske retskilde er afgørelsen i U 1990.540V, der er udtryk for brug af overdragere domicillov. Hertil kommer, at dette lovvalgsprincip nyder bred opbakning i dansk litteratur, herunder særligt i nyere dansk litteratur.

Princippet om overdragere domicillov nyder også opbakning internationalt, og det er både valgt som lovvalgsprincip i UNCITRAL's konventionsudkast for overdragelse af simple fordringer og i Europa-Kommissionens forslag til fælleseuropæisk regulering af området af 12. marts 2018 [...]. Lovvalgsprincippet nyder tillige størst opbakning blandt de adspurgte aktører i BIICL-rapporten med 44% tilslutning.

Den store tilslutning til brug af overdragere domicillov underbygges af de flersidede fordele ved lovvalgsprincippet, herunder at alle relevante parter afleder ret fra overdrageren, at lovvalget er forudsigeligt, at lovvalget er overensstemmende med *lex concursus*, samt at det er praktisk hensigtsmæssigt ved overdragelse af porteføljer og fremtidige fordringer.

### 4.4 **Overdragelse til eje eller til sikkerhed**

De omtvistede fordringer, som lovvalgstvisten omfatter, er alle fordringer, som var udestående på tidspunktet for etablering af fristdagen.

Om overdragelsen i henhold til EOSA skete til sikkerhed eller til eje er blevet en del af lovvalgstvisten på et relativt sent tidspunkt, nemlig da ING ved processkrift B af 10. november 2017 for første gang gør gældende, at overdragelsen i henhold til EOSA ikke er sket til sikkerhed, men til eje, og at ejendomsretten skal gå tilbage til OWBT, når ING er fyldestgjort. ING gør gældende, at ejendomsretten er overgået til ING forud for konkursen, og at Konkursboet skal respektere dette. Dette bestrides i det hele af Konkursboet.

Frem til ING afgav ovennævnte processkrift var der enighed mellem Konkursboet og ING om, at EOSA [...] indebar en overdragelse af fordringer til sikkerhed, og ING har i tidligere processkrifter således gennemgående omtalt OWBT som en pantsætter, overdragelsen som en sikkerhed og aftalen som en pantsætningsaftale. ING har eksempelvis i svarskriftet af 6. november 2015 [...] anført, at

"OW-Koncernen ønskede at benytte sine mange til enhver tid udestående kundetilgodehavender som sikkerhed (...)"

Videre skriver ING i svarskriftet [...], at

"Samme dag indgik OWBT, OWST samt adskillige af OWBT's udenlandske datterselskaber en række sikkerheds- og pantsætningsaftaler. Der blev indgået (i) en sikkerhedsaftale underlagt engelsk ret (English Omnibus Security Agreement), hvorunder blandt andet OWB og OWBT stillede sikkerhed i deres globale kundetilgodehavender (...)"

*(Konkursboets understregning)*

Også i duplikken omtales fakturaerne som pantsat til sikkerhed for kreditten [...]:

"Anvendelsen af overdragers domicillov vil således føre til, at de enslydende fakturaer som er pantsat ved samme dokument (EOSA) til sikkerhed for samme kredit hos ING, vil blive bedømt efter en række forskellige landes love (...)"

*(Konkursboets understregning)*

Selv i processkrift A, hvor ING i vidt omfang henviser til Moss 1, omtales fordringerne som pantsatte [...]:

"Efter engelsk ret er ING utvivlsomt berettiget til at oppebære betalinger af de pantsatte fordringer [...]"

*(Konkursboets understregning)*

ING's nye anbringende i sagen står ikke blot i kontrast til ING's tidligere anbringender, men også til ING's påstand, som fremsat i duplikken med følgende ordlyd [...]:

"Tvisten mellem Konkursboet og ING vedrørende gyldigheden af ING's sikkerheder, herunder spørgsmålet om ekstinktion, skal bedømmes efter engelsk ret"



*(Konkursboets understregning)*

ING har først korrigeret sin påstand ved processkrift D af 23. marts 2018. Når ING's nye anbringende fremsættes så sent i processen efter adskillige processkrifter og efter be-  
rømmelse første gang af delhovedforhandlingen, formoder Konkursboet, at det skyldes,  
at ING ikke tidligere har opfattet overdragelsen som en overdragelse til eje.

Det underbygges yderligere af, at ING ved anke af sagen Bergen Bunkers AS mod ING,  
jf. pkt. 4.2.2.1 [...] fremfører, at overdragelserne er sket til sikkerhed, og altså ikke til eje:

"ING har gennem en sikkerhedsavtale underlagt engelsk rett fått etab-  
lert sikkerhedsretter i Bergen Bunkers AS' utestående kundefordringer  
som sikkerhet for innfrielse av lån på USD 700 000 000 (...)"

*(Konkursboets understregning)*

[...].

I den norske høyesterets dom omtales materien følgelig gennemgående med ord som  
"sikkerhedsavtalen", "pantsettelsen", "pant", "pantsetter" og "panteretten". I ING's påstand  
benævnes forholdet tillige som en overdragelse til sikkerhed:

"Spørgsmålene om sikkerhedsrettens gyldighet og rettsvern skal be-  
dømmes etter engelsk rett"

*(Konkursboets understregning)*

OWBT og OWST har også forud for konkursen anset overdragelsen som sket sikkerhed,  
hvilket bl.a. belyses af selskabernes årsregnskaber for 2013. I OWBT's årsregnskab for  
2013 (s. 55) [...] behandles fordringsoverdragelsen under afsnittet "*Collaterals and security  
for debt*" med angivelse af, at fordringerne er pantsatte. Fordringerne er samtidig medta-  
get som et aktiv i OWST's årsregnskab [...], hvilket yderligere dokumenterer, at fordrin-  
gerne ikke var ejet af ING.

Ved pådømmelse af, om transporterne er sket til sikkerhed eller til eje, må retten også se  
på de reelle forhold omkring transporterne, og ikke hvad OWBT/OWST og ING indbyr-  
des måtte (opfatte at) have aftalt. Der henvises til U 2006.927Ø [...] og U 2007.1184H [...].

De reelle forhold i engagementet mellem OWBT og ING dokumenterer, at fordringerne  
var overdraget til sikkerhed. Lånet ydet ved Kreditaftalen blev først (og isoleret betragtet)  
nedbragt ved de løbende indbetalinger fra de belånte debitorer. Debitorerne vedblev med  
at skulle indbetale til OWBT's konti og ikke ING.

ING gør gældende, at U 1987.766H støtter, at Konkursboet er bundet af det aftalte lov-  
valg i forhold til ekstinktionsspørgsmålet og derfor må respektere, at ejendomsretten,  
som ING påstår, er overgået til ING efter engelsk ret. Dette bestrides. U 1987.766H [...] omhandler en sag, hvor genstanden (som ejendomsretten af kreditor blev gjort gældende i) var taget tilbage forud for konkursen og "*før der var sket indskrænkning i køberselskabets rådhed*" [...]. Med køberselskabet refereres til det selskab, som efterfølgende blev taget

under konkursbehandling. Dette er ikke situationen i den foreliggende tvist, som omhandler fordringer udestående på tidspunktet for konkursen.

ING henviser i processkrift B [...] til, at ING's påståede aftale med OWBT om, at overdragelsen var til eje og ikke til sikkerhed, i medfør af Romkonventionens art. 12 binder Konkursboet. Konkursboet bestrider, at art. 12 finder anvendelse og henviser til afsnit 4.2.2.

Når der sammenfattende henvises til ING's tidligere processkrifter, ING's oplysninger og påstand i den norske sag, jf. pkt. 4.2.2.1 ovenfor, OWST's og OWBT's årsrapporter og de reelle forhold i låneengagementet, står det efter Konkursboets opfattelse klart, at fordringerne blev overdraget til sikkerhed og ikke til eje.

## 5. SAMMENFATNING

Konkursboet gør til støtte for, at lovvalget i nærværende sag er dansk ret følgende hovedanbringender gældende:

- Romkonventionen finder ikke anvendelse på tingsretlige spørgsmål, herunder spørgsmålet om ekstinktion som nærværende sag vedrører.
- Sagsøger er ikke bundet af det mellem OWBT og Konkursboet forud for konkursen aftalte lovvalg, da Konkursboet ikke er part i de aftaler, som sikkerhederne udspringer af, og da Konkursboet ikke er indtrådt i disse aftaler og anses i forhold til den tingsretlige konflikt som en tredjemand.
- Dansk international privatret støtter anvendelse af princippet om overdragets domicillov ved tingsretligt lovvalg for overdragelse af simple fordringer. Lovvalgsprincippet understøttes både af den brede danske litteratur samt af den eneste danske afgørelse på området (U 1990.540V). Lovvalgsprincippet indebærer desuden en række unikke fordele, herunder i forhold til forudsigelighed, retsenhed og praktisk hensigtsmæssighed.
- EOSA-aftalen indebærer en overdragelse af fordringer til sikkerhed og ikke til eje."

For **ING** er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med processkrifterne af 29. maj 2018. ING har i processkrifterne anført samme anbringender til støtte for dens påstand i begge sager. Af ING's processkrift i sagen mellem OWBT og ING fremgår blandt andet:

**"3. AFGØRELSEN AF NÆRVÆRENDE SAG - RESPEKTEN FOR LOVVALGENE I MULTINATIONALE FINANSIERINGSKONSTRUKTIONER - HAR STOR OG PRINCIPIEL BETYDNING FOR INTERNATIONALT ARBEJDENDE DANSKE VIRKSOMHEDERS MULIGHED FOR AT OPNÅ KONKURRENCEDYGTIG FINANSIERING OG FOR STORE BANKERS MULIGHED FOR AT KUNNE TILBYDE SAMME ANBRINGENDER:**

### 3.1. Multinational finansiering forudsætter lovvalg

ING gør overordnet gældende, at en multinational finansieringsaftale som den foreliggende ikke lader sig gennemføre uden et lovvalg.

Udgangspunktet for nærværende sag er den globale kreditfacilitet på USD 700.000.000 som et syndikat af banker i slutningen af 2013 stillede til rådighed for OW-Koncernen [...].

De långivende banker i syndikatet er jf. Kreditaftalens schedule 2:

ABN Amro Bank N.V. hjemhørende i Holland.

Commerzbank AG hjemhørende i Tyskland.

Coöperative Central Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. hjemhørende i Holland.

Credit Agricole (Suisse) S.A. hjemhørende i Schweiz.

Danske Bank hjemhørende i Danmark.

Deutsche Bank AG hjemhørende i Tyskland.

Fifth Third Bank hjemhørende i USA.

ING Bank N.V. hjemhørende i Holland.

NATIXIS hjemhørende i Frankrig.

Nordea Bank Danmark A/S hjemhørende i Danmark.

Société Générale hjemhørende i Frankrig.

Standard Chartered Bank hjemhørende i England.

UBS AG hjemhørende i Schweiz.

Det bemærkes, at kreditorsammensætningen i dag er en anden, idet syndikatbankerne siden Kreditaftalens indgåelse i vidt omfang har overdraget deres fordringer mod OW-Koncernen til andre.

OW-Koncernen havde hovedsæde i Ålborg, men drev virksomhed i hele verden. Koncernen omfattede på verdensplan 57 selskaber [...].

Låntagerne under den globale kreditfacilitet er selskaber i OW-Koncernen hjemmehørende i Danmark, Belgien, Hong Kong, Holland, Singapore, Schweiz, De forenede arabiske emirater, USA, England, Tyskland, Malta, Norge og Panama. Der henvises til Kreditaftalens schedule 1.

Den væsentligste sikkerhedsstillelse for kreditfaciliteten var OW-Koncernen fakturatilgodehavender fra salg af bunkers olie. Koncernen havde kunder over hele verden. Debitorerne i henhold til de fakturatilgodehavender, som blev stillet til sikkerhed for kreditfaciliteten, var således hjemhørende i mere end 100 lande. [...]

Kreditfaciliteten stillet til rådighed for OW-Koncernen og de pantsatte aktiver til sikkerhed herfor involverer således selskaber hjemmehørende i mange lande i meget forskellige dele af verden.

For at kunne håndtere dette særdeles multinationale set-up blev der indgået en række lovvalgsaftaler. Det ville i praksis være umuligt at håndtere en långivning og sikkerhedsstillelse hvor loven i hjemlandet for hver enkelt långiver, låntager og debitor på de pantsatte fordringer skulle respekteres. Ved multinational långivning som i nærværende sag er der behov for ensretning, som gør långivningen og sikkerhedsstillelsen herfor overskuelig og forudsigelig.

Det blev derfor aftalt, at engelsk ret skulle regulere (stort set) alle forhold mellem parterne. Der er således aftalt engelsk ret internt mellem de långivende banker, der er aftalt engelsk ret mellem de långivende banker og de låntagende selskaber i OW-koncernen og der er aftalt engelsk ret mellem OW-Koncernens selskaber og deres kunder / de pantsatte debitorer. Alle forhold i relationen til kreditten og sikkerhedsstillelsen er således undergivet engelsk ret (pantsætningen af de hollandske bankkonti undtaget). Kun ved en sådan konsekvent ensretning af lovvalgene, er det muligt for en stor multinational kreditfacilitet at fungere.

Der henvises i denne sammenhæng også til de fremlagte responsa af professor, dr. jur. Kristina Siig ([...] Siig 1 og Siig 2).

### **3.2. Sagens principielle spørgsmål**

Som der er redegjort for ovenfor, er lovvalg en praktisk forudsætning for multinational finansiering og sikkerhedsstillelse.

Det principielle spørgsmål som Sø- & Handelsretten skal tage stilling til i nærværende sag er, om et sådan i praksis nødvendigt lovvalg skal respekteres af konkursboet efter et dansk selskab som deltog i den multinationale finansieringsaftale, eller om det danske konkursbo kan kræve anvendelsen af dansk ret (dansk international privatret) uden hensyntagen til det før konkursen aftalte lovvalg.

Spørgsmålet kan – i overensstemmelse med de nedlagte påstande – opdeles i 2 delspørgsmål:

1. Hvilket lands ret skal anvendes ved fastlæggelsen af indholdet og karakteren af ING's rettigheder i henhold til EOSA [...], herunder spørgsmålet om ejendomsretten til de transporterede fordringer?
  2. Hvilket lands ret skal anvendes ved afgørelsen af Konkursboets mulighed for at ekstinkvere eller på anden måde tilsidesætte ING's rettigheder (med det indhold rettighederne har i henhold til loven identificeret ved delspørgsmål 1)?
4. **Delspørgsmål 1 - Hvilket lands lov afgør indholdet og karakteren af ING's rettigheder?**



Når ejendomsretten er retsgyldigt overdraget forud for konkursen – i henhold til de regler som utvivlsomt var gældende på det tidspunkt - er konkursboets mulighed for at anfægte overdragelsen begrænset til omstødelse. Der henvises i denne sammenhæng til UfR 1987.766H hvor Højesteret blandt andet fastslog, at parternes forhold frem til konkurstidspunktet skulle bedømmes efter den mellem parterne aftalte lov. Et konkursbo kan ikke kræve anvendelsen af dansk ret med tilbagevirkende kraft på dispositioner som er gennemført forud for konkursen (og som er gyldige i henhold til den dagældende mellem parterne valgte lov). Der er redegjort nærmere for UfR 1987.766H nedenfor og i ING's processkrift C (p. 6).

I relation til Romkonventionen henvises til Rom I-forordningens artikel 14, der svarer til Romkonventionens art. 12. Af Rom I-forordningens præambel fremgår: *"I forbindelse med overdragelse af fordringer bør ordet »forhold« præcisere, at artikel 14, stk. 1, også finder anvendelse på de ejendomsretlige aspekter af en overdragelse i forholdet mellem overdrageren og erhververen i de retssystemer, hvor sådanne aspekter ikke behandles som en del af obligationsretten"*.

Efter art. 14 i Rom I-forordningen (og art. 12 i Romkonventionen) er det således ganske klart, at de ejendomsretlige aspekter af de overdragelser, som har fundet sted forud for konkursen (hvor Romkonventionen utvivlsomt gælder), skal afgøres efter den mellem parterne aftalte lov: Engelsk ret.

Engelsk ret skal således anvendes ved fastlæggelsen af indholdet og karakteren af ING's rettigheder i henhold til EOSA, herunder spørgsmålet om ING's ret overfor konkursboet kan gøres gældende som en ejendomsret eller en sikkerhedsret.

Det bemærkes, at Sø- & Handelsretten har tilkendegivet, at der først ønskes dokumentation for indholdet af engelsk ret, såfremt retten når frem til, at engelsk ret er skal anvendes.

##### **5. Delspørgsmål 2 - Hvilket lands lov skal anvendes ved afgørelsen af Konkursboets mulighed for at ekstinkvere eller på anden måde tilsidesætte ING's rettigheder?**

Det andet delspørgsmål som Sø- & Handelsretten skal tage stilling er, hvilket lands lov som skal anvendes ved afgørelsen af Konkursboets mulighed for at ekstinkvere eller på anden måde tilsidesætte ING's rettigheder (med det indhold rettighederne har i henhold til den ved delspørgsmål 1 identificerede lov).

Dette delspørgsmål kan opdeles i 3 underspørgsmål:

i) Det skal først afgøres, om den foreliggende problemstilling hører under Romkonventionen – som tilsiger at parternes aftalte lovvalg respekteres - eller problemstillingen ikke omfattes af Romkonventionen.

ii) Såfremt Sø- & Handelsretten måtte finde, at problemstillingen ikke omfattes af Romkonventionen, skal den afgøres efter national dansk ret, og der skal i den forbindelse tages stilling til, i hvilket omfang konkursboet er bundet af det før konkursen aftalte lovvalg. Det skal med andre ord afgøres, i hvilket omfang parternes lovvalgsaftale før konkursen binder konkursboet efter national dansk konkursret.

iii) Måtte Sø- & Handelsretten finde, at konkursboet ikke er bundet af parternes lovvalgsaftale før konkursen, skal det afgøres hvilket lands ret der finder anvendelse på tvisten i henhold til dansk international privatret.

## 5.1. Underspørgsmål (i) – finder Romkonventionen anvendelse på den foreliggende problemstilling?

### 5.1.1. Romkonventionens ordlyd

De for tvisten relevante bestemmelser i Romkonventionen er artikel 1, 3, 12 og 18.

Romkonventionens art. 1 fastslår, at "*Bestemmelserne i denne konvention finder anvendelse på kontraktlige forpligtelser i alle situationer, hvor der skal foretages et lovvalg mellem lovene i forskellige lande*" (min understregning).

Det følger af Romkonventionens art. 3 (1) at "*En aftale er underkastet den lov, som parterne har vedtaget.*".

Lovvalget i forhold til overdragelse af fordringer er reguleret i Romkonventionens art. 12 der har følgende ordlyd:

*"Overdragelse af fordringer*

*1. Overdragerens og erhververens indbyrdes forpligtelser i henhold til en aftale om overdragelse af en fordring mod en anden person («skyldneren») er undergivet den lov, som i henhold til denne konvention skal anvendes på aftalen mellem overdrageren og erhververen.*

*2. Den lov, som finder anvendelse på den overdragne fordring, afgør spørgsmål om fordringens overdragelighed, forholdet mellem erhververen og skyldneren, betingelserne for, at overdragelsen kan gøres gældende mod skyldneren, samt spørgsmål om, hvorvidt skyldneren er blevet frigjort for sine forpligtelser."*

Endelig fastslår Romkonventionens art. 18 en pligt til ens fortolkning af konventionen:

*"Ensartet fortolkning*

*Ved fortolkningen og anvendelsen af de foranstående ensartede regler skal der tages hensyn til deres internationale karakter og til det ønskelige i, at der opnås ensartethed ved deres fortolkning og anvendelse. "*

Det bemærkes i denne sammenhæng, at de i sagen omtvistede Intercompany Receivables, Supply Receivables, New Supply Receivables, Insurance Rights og Brokerage Receivables alle er fordringer i art. 12's forstand.

### 5.1.2. Tvisten vedrørende Romkonventionens anvendelighed

Det er ING's opfattelse, at Romkonventionen finder anvendelse når lovvalget skal foretages i nærværende sag, hvilket medfører at parternes lovvalg skal respekteres. Dette bestrides af Konkursboet.

Den centrale tvist mellem parterne i relation til anvendeligheden af Romkonventionen er, om den foreliggende sag omfattes af Romkonventionens artikel 12.

Konkursboet gør gældende, at sagen ikke vedrører "*kontraktretlig forpligtigelser*" men derimod tingsretlige spørgsmål (Konkursboets mulighed for ekstinktion) hvorfor konventionens artikel 12 ikke finder anvendelse.

Det anførte bestrides af ING.

Konkursboets synspunkt er for det første udtryk for en forsimplet og forældet forståelse af Romkonventionens artikel 12.

Romkonventionens artikel 12 anvendes i dag i praksis også til løsning af lovvalgs-spørgsmål i forholdet mellem en erhverver af fordringer og overdragerens konkursbo/retsfølgende kreditorer. Det ligger således fast, at hovedparten af EU-landene foretager lovvalg i en situation som den foreliggende efter reglerne i Romkonventionens artikel 12. Det varierer, om landene anvender Romkonventionens artikel 12, stk. 1, Romkonventionens artikel 12, stk. 2 eller nationale regler med et tilsvarende indhold som Romkonventionens artikel 12, men næsten alle EU-landene følger princippet i artikel 12 (anvender lovvalget inter partes mellem overdrager og erhverver eller lovvalget mellem fordringens kreditor og debitor). [...].

Konkursboets synspunkt bygger for det andet på en national dansk forståelse, hvorefter et konkursbo i mange sammenhænge betragtes som en tredjemand (summen af kreditorer) der har mulighed for at foretage ekstinktion. Denne sondring er en national dansk sondring der ikke genfindes tilsvarende i mange andre EU-lande, og som ikke uden videre kan overføres på Romkonventionen. Tværtimod betragtes et konkursbo i de fleste øvrige EU-lande som en videreførelse af det konkursramte selskab, og konkursboet tillægges ikke egentlige tredjemandsrettigheder. Når et konkursbo betragtes som en videreførelse af det konkursramte selskab, og ikke som en retsfølgende tredjemand (summen af kreditorer), er en tvist mellem konkursboet og en rettighedshaver (panthaver) ikke en tingsretlig tvist men en kontraktretlig tvist (en inter partes tvist), og som sådan uden videre omfattet af Romkonventionens artikel 12.

### **5.1.3. Fortolkningen og anvendelsen af Romkonventionens artikel 12 i de øvrige kontraherende stater**

I 2008 blev Romkonventionen erstattet af Rom I forordningen (Forordning 593/2008). I forbindelse med tilblivelsen af Rom I forordningen indgik det i Kommissionens ønsker, at der skulle rettes op på den manglende regulering af lovvalget i forholdet mellem en erhverver af en fordring og overdragerens retsfølgende kreditorer. Der kunne imidlertid ikke opnås enighed mellem EU-landene, og det endte med, at der ikke blev indsat en ny bestemmelse herom. Det blev derimod besluttet, at Kommissionen skulle undersøge spørgsmålet og fremlægge en redegørelse herom, jf. artikel 27, stk. 2 i Rom I forordningen.



Kommissionens undersøgelser i henhold til art. 27, stk. 2 i Rom I forordningen skete i første omgang ved, at Kommissionen fik udarbejdet en rapport om spørgsmålet hos British Institute of International and Comparative Law [...].

Den 29. september 2016 afgav Kommissionen sin redegørelse i henhold til art. 27, stk. 2 i Rom I forordningen [...] (Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over the right of another person) [...].

Hvorledes lovvalget, i en tvist som den nærværende, foretages i øvrige EU-lande hvor Romkonventionen (nu Rom I forordningen) er gældende, fremgår af rapporten fra British Institut of International and Comparative Law [...] samt af Kommissionens rapport af 29. september 2016 [...].

Disse rapporter viser, at alene Belgien anvender den lov som gælder på overdragerens hjemsted, når virkningen af overdragelsen af en fordring i forholdet til tredjemand skal afgøres (Konkursboets påstand). De øvrige undersøgte EU-lande anvender næsten alle, enten den lov som regulerer kontrakten mellem overdrageren og erhververen eller den lov som gælder for den overtagne fordring (ING's påstand). [...]

Det varierer som nævnt ovenfor, om EU-landene anvender Romkonventionens artikel 12, stk. 1, Romkonventionens artikel 12, stk. 2 eller nationale regler med et tilsvarende indhold som Romkonventionens artikel 12, men de følger princippet i artikel 12 (anvender lovvalget inter partes mellem overdrager og erhverver eller lovvalget mellem fordringens kreditor og debitor).

De forskellige fortolkninger af artikel 12's anvendelighed er nærmere gennemgået i svarskriftet p. 11 ff.

Det ligger således klart, at i næsten alle øvrige EU-lande ville lovvalget i en sag som den foreliggende falde ud til fordel for engelsk ret (som den lov der er aftalt mellem overdrager og erhverver samt den lov der er gældende for fordringen dvs. mellem fordringens kreditor og debitor).

#### **5.1.4. Fortolkning og anvendelsen af Romkonventionens artikel 12 ved de kontraherende staters nationale domstole**

Som gennemgået i bl.a. svarskriftet p. 11 ff. og Moss 1 er Romkonventionens artikel 12 fortolket og anvendt fem gange ved nationale domstole (trykt retspraksis):

- Danske Vestre Landsret  
Ufr. 1990.540V  
Kendelse afsagt den 26. april 1990

Ved dommen fandt Vestre Landsret, at spørgsmålet om overdragelsen af en fordring kan opretholdes overfor overdragerens konkursbo ikke faldt under Romkonventionen.

- Den tyske Højesteret (2 domme)  
BGH, 20 juni 1990, NJW 1991, 637 og BGH, 8 december 1988, NJW 1999, 940

I begge domme fandt den tyske Højesteret, at spørgsmålet om overdragelsen af fordringer kan opretholdes overfor konkurrerende krav i fordringerne er omfattet af Romkonventionens artikel 12, stk. 2 som den lov, der regulerer fordringerne.

- Den hollandske Højesteret

Brandsma vs. Hansa Chemie AG, (16 May 1997, NJ 1998, no. 585)

I dommen fandt den hollandske Højesteret, at spørgsmålet om overdragelsen af fordringer kan opretholdes overfor overdragerens konkursbo er omfattet af Romkonventionens artikel 12, stk. 1 og således følger den lov der er aftalt mellem overdrager og erhverver af fordringerne.

Det fremhæves, at den hollandske Højesteret eksplicit tilsidesatte nationale hollandske principper og fastslog Romkonventionens art. 12 finder anvendelse. Sagen er meget lig problemstillingen i nærværende sag og bør derfor tillægges betydelig vægt.

- Den engelske Court of Appeal

Raiffeisen Zentralbank Österreich vs. Five Star Trading LLC  
([2001] EWCA Civ 68, [2001] QE 825)

I dommen fandt den engelske Court of Appeal at spørgsmålet om overdragelsen af fordringer kan opretholdes overfor konkurrerende krav (udlæg) i fordringerne er omfattet af Romkonventionens artikel 12, stk. 2 som den lov, der regulerer fordringerne.

Dommene fra den tyske Højesteret, den hollandske Højesteret og den engelske Court of Appeal finder alle Romkonventionens artikel 12 anvendelig i situationer med tingsretlige konflikter som er sammenlignelige med nærværende sag.

Dommene er vanskeligt forenelige med den tidligere dom fra Vestre Landsret U 1990.540 V.

Det gøres gældende, at Vestre Landsret dom ikke (længere) kan tillægges betydning ved fastlæggelsen af anvendelsesområdet for Romkonventionens artikel 12. Dommen er næsten 30 år gammel og der er efterfølgende afsagt flere domme på højere niveau som tilsiger en anden fortolkning af artikel 12.

Det forhold, at de efterfølgende domme på højere niveau er afsagt af domstole i andre kontraherende lande, gør dem ikke mindre relevante eller betydningsfulde i Danmark jf. konventionens artikel 18 og de nedenfor anførte protokoller om ens fortolkning og anvendelse af konventionen på tværs af de kontraherende stater.

Det forhold, at fortolkningen ved de udenlandske domstole muligvis bryder med den traditionelle danske forståelse af "tingsret" og "kontraktsret", og dermed fastlægger et andet anvendelsesområde for Romkonventionens artikel 12 end det som umiddelbart er naturligt for en dansk jurist, gør ikke dommene uanvendelige i Danmark. Tværtimod.

Danmark er ved fortolkningen af Romkonventionen forpligtet til at hæve sig over nationale principper og forståelser. Der henvises i denne sammenhæng til konventionens artikel 18 og den Hollandske Højesterets præmisser i Brandsma vs. Hansa Chemie AG, hvor det bl.a. anføres:

*“... in the interpretation and application of the uniform rules, regard must be had to their international character and to the desirability of achieving uniformity in their interpretation and application. This entails that the court, when interpreting and applying Art.12 Rome Convention should not take the substantive arrangement of the assignment in the internal law of his country, with a system of concepts applied therein, as its basic principle”. (min fremhævelse)*

Den Hollandske Højesteret fastslår med andre ord udtrykkeligt, at nationale retsbegreber ("internal law") ikke må blokere for en ens fortolkning og anvendelse af Romkonventionens artikel 12.

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen anfører i sine supplerende udtalelse (Rammeskow II, p. 3), at man ikke kan "...lægge så stor vægt på afgørelser fra andre lande. Man kan blot konstatere, at der ikke er ens retspraksis ...". Dette bestrides. Det er udtrykkeligt og klart fastslået i konventionen og tilhørende protokoller (jf. nærmere nedenfor), at der netop skal lægges stor vægt på domme fra andre lande.

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen synspunkt bygger jf. hans første udtalelse (Rammeskow I, p. 3) på, at "Romkonventionens artikel 18 fastlægger et princip om det ønskelige i ensartet fortolkning af Romkonventionen i de forskellige lande, men dette princip kan ikke anvendes i nærværende sag, hvor der er tale om en uensartet europæisk praksis."

Også dette bestrides. Når bortses fra Vestre Landsrets dom er der i europæiske retspraksis enighed om, at Romkonventionens artikel 12 er anvendelig i situationer med tingsretlige konflikter som er sammenlignelige med nærværende sag. Videre er argumentet ulogisk og cirkulært. Det savner mening, at man ikke skal tilstræbe en ensartet fortolkning fordi der ikke allerede eksisterer en ensartet fortolkning.

ooooo

Det ligger således klart, at der efter Ufr. 1990.540V er afsagt fire nyere domme – inklusive tre Højesteretsdomme – som alle finder Romkonventionens artikel 12 anvendelig i situationer med tingsretlige konflikter som er sammenlignelige med nærværende sag.

#### **5.1.5. Pligt til ens fortolkning og anvendelse af Romkonventionen**

Danmark kan ikke fastlægge sit eget anvendelsesområde for Romkonventionen men er forpligtet til at fortolke og anvende konventionen under hensyntagen til dens internationale karakter og det ønskelige i, at der opnås en ensartet anvendelse af konventionen i de kontraherende lande. Det følger udtrykkeligt af Romkonventionens artikel 18.

Ovenstående blev genbekræftet i 1998 da den første protokol til Romkonventionen (om præjudicielle forelæggelser for De Europæiske Fællesskabers Domstol) blev vedtaget. Af fælleserklæringen ved protokollens vedtagelse fremgår bl.a.:

*"Regeringerne for Kongeriget Belgien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Helleniske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Irland, Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Den Portugisiske Republik og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland -*

...

ønsker at sikre en så effektiv og ensartet gennemførelse som muligt af konventionens bestemmelser, og

tilstræber at undgå, at forskellige fortolkninger af konventionens bestemmelser skal skade dens enhedskarakter –

*er af den opfattelse, at enhver stat, der bliver medlem af De Europæiske Fællesskaber, bør tiltræde denne protokol.”*  
*(min fremhævelse).*

Tilsvarende fremgår det af den anden protokol til Romkonventionen (om tilpasning af De Europæiske Fællesskabers Domstols kompetence) at:

*”DE HØJE KONTRAHERENDE PARTER I TRAKTATEN OM OPRETTELSE AF DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE FÆLLESSKAB,*

...

*SOM TAGER I BETRAGTNING, at det med henblik på en ensartet anvendelse af de regler, der er indført ved Rom-konventionen, er nødvendigt, at der indføres en ordning til sikring af, at de fortolkes ensartet, og at der med henblik herpå bør tillægges Domstolen for De Europæiske Fællesskaber passende beføjelser, selv inden Rom-konventionen er trådt i kraft i alle Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs medlemsstater; ” (min fremhævelse)*

Det er således utvetydigt fastslået, såvel ved Romkonventionens tilblivelse som efterfølgende, at konventionen skal fortolkes og anvendes ens i de kontraherende stater.

Dette indebærer dels, at danske domstole er forpligtet til at tage hensyn til de øvrige EU-landes fortolkning af Romkonventionens artikel 12 (se pkt. 5.1.3 ovenfor), dels at retspraksis fra de øvrige EU-landes domstole om Romkonventionens artikel 12 skal tillægges vægt (se pkt. 5.1.4 ovenfor).

Herudover indebærer ovenstående, at den særegne nationale danske sontring, hvorefter et konkursbo betragtes som en tredjemand (summen af kreditorer) ikke uden videre kan opretholdes i relation til Romkonventionens artikel 12. Se herom bl.a. Moss 2, pkt. 31.

Opretholdes den særegne danske forståelse af konkursboet som tredjemand, vil artikel 12 have et helt andet indhold/anvendelsesområde i Danmark end de øvrige EU-lande, og dette er ikke foreneligt med konventionens artikel 18, hvorefter konventionen skal fortolkes og anvendes ens i alle deltagende lande.

#### **5.1.6. Fortolkningen og anvendelsen af Romkonventionens artikel 12 ved De Europæiske Fællesskabers Domstol**

Det fremhæves, at de ovenfor omtalte højesteretsdomme fra Tyskland og Holland alle er afsagt før protokollerne til Romkonventionen i 1998 gjorde en præjudiciel forelæggelse for De Europæiske Fællesskabers Domstol mulig.

Det nærmere anvendelsesområde for Romkonventionens artikel 12 har således ING bekendt aldrig været forelagt for De Europæiske Fællesskabers Domstol.

Måtte Sø- & Handelsretten ikke være enig med ING i den ovenstående fortolkning af Romkonventionen, vil spørgsmålet om Romkonventionens anvendelsesområde blive begæret forelagt for De Europæiske Fællesskabers Domstol i næste instans.

Ved en forelæggelse for De Europæiske Fællesskabers Domstol må det antages, at domstolen vil tillægge retspraksis i medlemslandene betydelig vægt, herunder navnlig retspraksis fra medlemslandenes højesteretter.

#### **5.1.7. Fortolkningen og anvendelsen af Romkonventionens artikel 12 i den juridiske litteratur**

Om fortolkningen og anvendelsen af Romkonventionens artikel 12 i den juridiske litteratur henvises til [...] Moss 1 og 2 samt Siig 1 og 2.

Det erindres videre, at den Hollandske Højesteret i Brandsma vs. Hansa Chemie AG fastslog:

*“... International case law will benefit from having an end being put to the uncertainty in a manner that is unequivocal and practical, partly in view of the complications that tend to arise in international contracts in general and with international assignments in particular. Viewed from that perspective, it is logical to apply the conflict of laws framework of the Rome Convention to the property law aspects of an international assignment contract and disregard objections of legal theory ...”*

Den hollandske Højesteret anerkender altså, at der findes juridisk litteratur som – tilsvarende Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen – argumenterer for, at Romkonventionens artikel 12 ikke finder anvendelse på tvister som den foreliggende, men tillægger det ikke betydning.

Dette stemmer med det ovenfor anførte, hvorefter den nærmere fastlæggelse af Romkonventionens indhold og grænser foretages af domstolene. Retspraksis fra de øvrige landes domstole er således væsentlig, og den vægter betydeligt tungere end juridisk teori.

Og domstolene – herunder begge de højesteretter som har fået spørgsmålet forelagt – støtter en fortolkning af artikel 12 som medfører, at den (og dermed engelsk ret) finder anvendelse på den foreliggende tvist.

#### **5.1.8. Fremtidig regulering – Europa-Kommissionens forslag af 12. marts 2018**

Konkursboet har i Processkrift 4 om lovvalg henvist til det nyligt offentliggjorte forslag af 12. marts 2018 fra Europa-Kommissionen (COM(2018)96 final) og anført, at det her-

med er klart fastslået, at hverken Rom I forordningen eller Romkonventionen fastsætter lovvalget i forhold til tredjemand.

Hertil bemærkes for det første, at det ikke er Europa-Kommissionens opgave at fortolke og anvende Romkonventionen i praksis. Denne opgave henhører under domstolene, og den nærmere afgrænsning af konventionens anvendelsesområde finder således sted ved domstolene.

Som gennemgået ovenfor har den tyske Højesteret, den hollandske Højesteret og den engelske Court of Appeal alle fundet Romkonventionens artikel 12 anvendelig i situationer som er sammenlignelige med nærværende sag.

Bemærkningerne vedrørende Rom I-forordningens art. 14 (Romkonventionens artikel 12) i Europa-Kommissions forslag af 12. marts 2018 må således forstås mere som tekniske bemærkninger om forslaget's lovgivningsmæssige baggrund og ikke som udtryk for en eksakt gengivelse af gældende ret (konventionens faktiske anvendelsesområde således som den er fastlagt i retspraksis).

Herudover fremhæves det, at der alene er tale om et forslag fra Europa-Kommissionen. Sidste gang der blev fremsat et forslag på dette område fra Europa-Kommissionen kunne der ikke opnås enighed blandt EU-landene, og forslaget blev aldrig vedtaget. Se herom p. 9-10 i Europa-Kommissionens ny forslag. Det er således langt fra sikkert, at Europa-Kommissions forslag bliver vedtaget – og bliver vedtaget i den fremsatte form.

Endelig bemærkes det, at selv hvis forslaget skulle blive vedtaget i den foreliggende form, vil det aldrig finde anvendelse på nærværende sag, idet det alene vedrører fremtidige forhold og har en 18 måneders implementeringsperiode jf. forslaget's art. 14 og 15.

Europa-Kommissionens ikke vedtagne forslag om mulig fremtidig regulering af den foreliggende situation er således uden betydning for nærværende sag. Denne sag skal afgøres efter nugældende ret. Og på nuværende tidspunkt anvendes Romkonventionens artikel 12 til afgørelse af lovvalget i situationer som den foreliggende jf. nærmere ovenfor.

#### **5.1.9.    Anvendelsen af dansk rets ufravigelige regler - Romkonventionens artikel 7**

ING bestrider, at Romkonventionens artikel 7 finder anvendelse på den foreliggende tvist.

Romkonventionens artikel 7 vedrører anvendelsen af ufravigelige udenlandske regler i Danmark. En dansk domstol vil ex officio anvende ufravigelige nationale danske regler. Dette sker uafhængigt af Romkonventionens artikel 7.

ING bestrider, at der er internationalt præceptive regler som forhindrer en lovvalgsaftale, som den, der er aftalt i nærværende sag.

ING bestrider videre, at lovvalgsaftalen strider mod ufravigelige nationale danske regler. Danmark anerkender lovvalgsaftaler, og der er intet grundlag for at tilsidesætte det mellem ING og OWBT aftalte lovvalg for så vidt angår perioden forud for konkursen.

### 5.1.10. Sammenfattende vedrørende Romkonventionen

Sammenfattende gøres det således vedrørende Romkonventionen gældende,

- at Romkonventionen skal fortolkes og anvendes ens i de kontraherende stater jf. Romkonventionens artikel 18 og de efterfølgende protokoller til konventionen,
- at det dermed i høj grad har betydning for anvendelsen af Romkonventionens artikel 12 i Danmark, hvorledes bestemmelsen anvendes og fortolkes i de øvrige kontraherende stater,
- at hovedparten af de øvrige kontraherende stater fortolker Romkonventionens artikel 12 udvidende og finder den anvendelig i situationer som den foreliggende,
- at domstolene i de øvrige kontraherende stater har fortolket Romkonventionens artikel 12 udvidende og fundet den anvendelig i situationer som er sammenlignelig med den som foreligger i nærværende sag,
- at de udenlandske domme er nyere og afsagt på et højere niveau (herunder to Højesteretter) end U 1990.540 V,
- at U 1990.540 V muligt allerede på afsigelsestidspunktet og i hvert fald på nuværende tidspunkt ikke bygger på en korrekt og retvisende fortolkning af Romkonventionen,
- at U 1990.540 V under alle omstændigheder vedrører en situation som er usammenlignelig med nærværende sag, herunder navnlig at sagen vedrørte enkelte fordringer og at sagen kun involverede et enkelt andet land.
- at Danmark ved fortolkningen af Romkonventionen er forpligtet til at hæve sig over nationale principper og forståelser, herunder den traditionelle danske forståelse af begreberne "tingsret" og "kontraktret", idet nationale retsbegreber ikke må blokere for en ens fortolkning og anvendelse af Romkonventionens artikel 12,
- at den traditionelle danske afgrænsning imellem kontraktret og tingsret, herunder den særegne nationale danske sondring, hvorefter et konkursbo betragtes som en tredjemand (summen af kreditorer) ikke kan opretholdes i relation til Romkonventionens artikel 12,
- at Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen begrundelse for at tilsidesætte artikel 18 og ikke tilstræbe en ensartet fortolkning af Romkonventionen (fordi der ikke allerede eksisterer en ensartet fortolkning) er forkert og ulogisk,
- at det nærmere anvendelsesområde for Romkonventionens artikel 12 kan forelægges De Europæiske Fællesskabers Domstol som vil tilstræbe en ensartet fortolkning af bestemmelsen og i den forbindelse tillægge retspraksis fra øvrige medlemslandene betydelig vægt, herunder navnlig retspraksis fra medlemslandenes højesteretter,

- at Romkonventionens artikel 12 og dens forarbejde ikke fortolkes ens i den juridiske litteratur, men at hovedparten af den juridiske litteratur støtter den af ING anførte fortolkning jf. Moss 1 og 2 samt Siig 1 og 2,
- at den juridiske litteratur under alle omstændigheder ikke kan tillægges afgørende vægt ved fastlæggelsen af artikel 12's anvendelsesområde jf. bl.a. den Hollandske Højesteret i Brandsma vs. Hansa Chemie AG,
- at Romkonventionens artikel 12 herefter finder anvendelse på lovvalget i nærværende sag,
- at Romkonventionens artikel 12 fører til anvendelsen af engelsk ret, som den lov der er aftalt mellem ING og OWBT, samt den lov der er gældende for de overdragne fordringer,
- at Romkonventionens artikel 7 ikke finder anvendelse,
- at Europa-Kommissionens forslag (COM(2018)96 final) – hvis det bliver vedtaget i den foreliggende form – kan have betydning for, hvorledes en tvist som den foreliggende afgøres i fremtiden, men forslaget kan ikke tillægges betydning i forhold til nærværende sag, idet (i) forslaget alene regulerer fremtidige forhold og (ii) det er usikkert om forslaget overhovedet bliver vedtaget (i den foreliggende form).

**5.2. Underspørgsmål (ii) – hvis Romkonventionen ikke finder anvendelse, og lovvalget skal afgøres efter dansk ret, er konkursboet da – efter dansk ret – bundet af det før konkursen aftalte lovvalg?**

Måtte Sø- & Handelsretten uanset ovenstående finde, at nærværende sag ikke omfattes af Romkonventionen og dermed skal afgøres efter dansk ret, skal der tages stilling til i hvilket omfang konkursboet er bundet af det før konkursen aftalte lovvalg. Der skal med andre ord tages stilling til, i hvilket omfang konkursboet kan fortrænge den før konkursen gyldigt indgåede aftale om lovvalg.

Et konkursbo skal i udgangspunktet respektere de aftaler, som det konkursramte selskab har indgået forud for konkursen. Dette gælder uanset, om konkursboet indtræder i og viderefører aftalerne, eller konkursboet undlader dette; jf. konkurslovens kapitel 7.

Hvis konkursboet indtræder i og viderefører en aftale, følger det ganske naturligt, at konkursboet i udgangspunktet bliver bundet af aftalens bestemmelser.

Hvis konkursboet derimod undlader at indtræde i og videreføre aftalen, kan det forekomme mindre oplagt, at konkursboet alligevel er bundet af aftalens bestemmelser. Forholdet er imidlertid det, at konkursboets manglende indtræden blot udgør misligholdelse af aftalen jf. konkurslovens § 59. Virkningen af konkursboets misligholdelse af aftalen er således, at konkursboets medkontrahent kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for konkursboet. Konkursboets undladelse af at indtræde medfører derimod ikke, at aftalen betragtes som ikke eksisterende for konkursboet. Aftalen binder fortsat konkursboet som i udgangspunktet må respektere aftalens bestemmelser i for-



bindelse med misligholdelsen, herunder eksempelvis aftalens bestemmelser om vederlag, opsigelsesvarsel, tabsopgørelse og voldgift m.v.

Udgangspunktet om at konkursboet bindes af de aftaler som det konkursramte selskab har indgået forud for konkursen har dog flere modifikationer. Eksempelvis skal konkursboet ikke respektere meget lange opsigelsesvarsler men kan konkursregulere disse, jf. konkurslovens § 61, ligesom konkursboet, uanset modstående kontraktbestemmelser, altid kan opsigte en videreført aftale med én måneds varsel jf. konkurslovens § 55, stk. 3.

Spørgsmålet er således, om det før konkursen aftalte lovvalg er omfattet af hovedreglen, hvorefter aftaler indgået før konkursen fortsat er bindende for konkursboet, eller lovvalg er en af de modifikationer, hvor konkursboet ikke skal respektere den før konkursen indgåede aftale.

Det er ved den ovenfor omtalte højesteretsdom U 1987.766H fastslået, at et før konkursen aftalte lovvalg er omfattet af hovedreglen, det vil sige skal respekteres af konkursboet vedrørende tiden frem til konkursdekretet.

Af Højesterets dom fremgår således:

*"Indstævnte [konkursboet] har principalt støttet sin påstand på, at tilbagetagelsen af varerne kort tid før anpartsselskabets konkurs ikke kan opretholdes, fordi lovvalget i købekontrakten ikke har været bindende for konkursboet. Subsidiært har indstævnte gjort gældende, at tilbagetagelsen kan omstødes efter konkurslovens §§ 67 og 70 eller disse bestemmelsers analogi." (min understregning)*

og

*"Der er mellem parterne enighed om, at tysk ret skulle anvendes på deres indbyrdes forhold, og der er intet grundlag for at frakende tilbagetagelsen af varerne, der foretoges her i landet, før der var sket indskrænkning i køberselskabets rådighed, virkning mellem dem. Efter at selskabet senere var kommet under konkurs, har boet imidlertid kunnet søge tilbagetagelsen omstødt, og omstødelsesspørgsmålet findes at måtte afgøres efter konkurslovens regler. Da tilbagetagelsen, som var sket inden for den i § 67, stk. 1, angivne frist, som også af parterne erkendt, ganske må sidestilles med en betaling med usædvanlige betalingsmidler, og da ejendomsforbeholdet ikke kunne være gjort gældende over for konkursboet, kan tilbagetagelsen omstødes. Højesteret stadfæster derfor dommen." (min understregning)*

Som det fremgår, følger Højesteret ikke konkursboets principale anbringende om, at lovvalget i købekontrakten ikke er bindende for konkursboet. Højesteret accepterer med andre ord, at parternes forhold frem til konkursen skal bedømmes efter den mellem parterne aftalte lov, men tager konkursboets subsidiære anbringende om omstødelse til følge.

Det følger således af Højesterets dom, at et konkursbo (alene) kan anfægte en før konkursen gennemført, og efter parternes lovvalg retsgyldig, disposition via omstødelse. Konkursboet kan ikke kræve anvendelsen af dansk ret med tilbagevirkende kraft på dispositioner som er gennemført forud for konkursen (og som er gyldige i henhold til den dagældende mellem parterne valgte lov).

Konkursboet er således – efter dansk ret – bundet af det før konkursen aftalte lovvalg i relation til dispositioner som er gennemført forud for konkursen. Konkursboets mulighed for at anfægte disse består (alene) i omstødelse.

### **5.3. Underspørgsmål (iii) – lovvalg i henhold til dansk international privatret.**

Måtte Sø- & Handelsretten uanset ovenstående finde, at det mellem parterne før konkursen aftalte lovvalg ikke skal respekteres af Konkursboet, skal Sø- & Handelsretten afgøre hvilket lands ret der da finder anvendelse på tvisten i henhold til dansk international privatret almindelige regler.

#### **5.3.1. Rækkeviden af U 1990.540 V og den individualiserende metode**

Vedrørende dansk international privatrets almindelige regler og anvendelsen heraf på den aktuelle sag henvises indledningsvist til [...] Siig 1 og Siig 2. Det gøres i overensstemmelse hermed gældende, at det hverken i dansk retspraksis eller den danske juridiske litteratur/teori er afgjort, hvordan lovvalget i en kompleks, multilateral tingsretlig konflikt om fordringer som den foreliggende skal foretages.

Den enkeltstående danske retsafgørelse Ufr. 1990.540 V vedrører et simpelt bilateralt lovvalg, og den danske juridiske litteratur vedrører (i alt overvejende grad) også simple bilaterale lovvalg. Ulrik Rammeskow Bang-Pedersens konklusion, hvorefter Ufr. 1990.540 V uden videre er et afgørende præjudikat for også komplekse multilaterale tingsretlige konflikter som den foreliggende, bestrides. De faktiske omstændigheder og retlige hensyn er markant anderledes. Der henvises til bemærkningerne herom i bl.a. duplikken side 6 ff.

Hertil kommer at Ufr. 1990.540 V er næsten 30 år gammel og afsagt (i) før de ovenfor [...] omtalte udenlandske domme, (ii) før det i 1998 blev muligt at foretage præjudicielle forelæggelser for De Europæiske Fællesskabers Domstol og (iii) før arbejdet med Rom I forordningen. Der har således været en væsentlig udvikling på retsområdet efter Ufr. 1990.540 V.

Det er således ING's opfattelse, at Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen overfortolker Vestre Landsrets dom og udstrækker præjudikatværdien af den konkret afgjorte dom for vidt.

ING fastholder, at der ikke i Danmark findes en gennem retspraksis og/eller juridisk litteratur indarbejdet og generelt accepteret lovvalgsregel for situationer som den foreliggende (komplekse multilaterale tingsretlige konflikter). Lovvalget må derfor afgøres ud fra de konkrete omstændigheder i sagen – den individualiserende metode.

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen kritiserer den individualiserende metode som uegnet til tingsretlige lovvalg, men så længe Danmark ikke har lovgivet på området og der ikke foreligger omfattende ensartet retspraksis eller en principiel Højesteretsdom, er det svært at se, med hvilken hjemmel en domstol uden videre skal lægge en fast lovvalgsregel om "overdragerens lov" til grund.

De reelle hensyn i en sag vil kunne tale for at vælge "overdragerens lov", men da er valget heraf netop udtryk for en konkret vurdering af sagens omstændigheder – altså anvendelse af den individualiserende metode.

Der er med andre ord ikke i dansk ret grundlag for at fastslå én fast lovvalgsregel hvorefter tingsretlige konflikter ved multinational finansiering skal afgøres efter "overdragerens lov". Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen er tydeligvis af den opfattelse, at det bør være sådan, men dette synspunkt er ikke knyttet op på lovgivning eller relevant retspraksis og må følgelig betragtes som en mere eller mindre ren "de lege ferenda" betragtning.

ING fastholder på ovennævnte baggrund, at lovvalget i den aktuelle sag skal ske ud fra en konkret vurdering af sagens omstændigheder (den individualiserende metode).

Når professor, dr. jur. Kristina Siig anvender den individualiserende metode og afvejer de konkrete omstændigheder i den foreliggende sag, er konklusionen, at det af parterne aftalte lovvalg giver et væsentligt tilknytningsmoment som ikke opvejes af andre vægtigere momenter. For en mere uddybende redegørelse henvises til [...] Siig I og Siig II.

Realhensyn til forudberegnelighed og retsenhed med de øvrige EU lande taler også for respekt af parternes lovvalg. Det gælder i særlig grad sager som den foreliggende, hvor den aftalestruktur, der skal bedømmes, er transnational og hvor forudsigeligheden skal kunne fungere i mange jurisdiktioner.

En afvejning af sagens konkrete omstændigheder (den individualiserende metode) fører således til, at det mellem ING og OWBT aftalte lovvalg (engelsk ret) bør respekteres.

### 5.3.2. Hensyn ved lovvalg i henhold til dansk international privatret.

ING gør gældende, at Sø- & Handelsretten ved denne principielle afgørelse på grund af dens internationale karakter bør tillægge håndteringen af en tilsvarende problemstilling i andre EU-lande betydelig vægt – også hvis retten måtte finde, at Romkonventionen ikke finder anvendelse.

Som anført ovenfor [...], anvender flest af de undersøgte EU lande den lov som gælder for den overtagne fordring (Luxembourg, Spanien, Polen, Storbritannien, Tyskland og Italien). Modsat anvendes den lov som gælder på overdragerens hjemsted (konkursboets påstand) alene i ét EU-land: Belgien. Det vil således give Danmark en langt større retsenhed med de øvrige EU-lande, hvis Danmark også anvender den lov som gælder for den overtagne fordring på virkningen af overdragelsen i forholdet til tredjemand.

Det fremhæves videre, at denne sag har nærmere tilknytning til Storbritannien (idet der er aftalt anvendelsen af engelsk ret på såvel fakturaer som låne- og sikkerhedsdokumenter) og Holland, hvor de pantsatte fordringer har betalingssted og sikkerhedsagenten ING er hjemhørende, end til Danmark, som blot er hjemsted for 1 af de 9 låntagere og 2 af de 17 pantsættere (garantors). I England og Holland vil lovvalget være henholdsvis den lov som gælder for den overtagne fordring (i den foreliggende sag engelsk ret) og den lov som er gældende mellem overdrager og erhverver (i den foreliggende sag engelsk ret).

Endelig taler realhensyn for anvendelsen af den lov som gælder for den overtagne fordring. Konkursboet gør i replikken (p. 8) gældende, at "*... brugen af overdragere domicillov sikrer den bedst mulige og ensartede behandling af et konkursbo kreditorer.*" samt "*Ydermere bibringer anvendelsen af overdragere domicillov et ensartet lovvalg for alle overtagne fordringer, hvilket i nærværende sag er af særlig relevans...*". Det anførte bestrides. Anvendelsen af overdragere domicillov er netop jf. Kommissionens rapport [...] mindre egnet, når der er tale om "*... joint assignors located in different states...*", da anvendelsen af overdragere domicillov vil føre til, at de enslydende fakturaer som er pantsat i samme dokument (EOSA) til sikkerhed for samme kredit hos ING, vil blive bedømt efter en række forskellige landes love, idet pantsætterne – de enkelte O.W. Bunker datterselskaber – er hjemhørende i forskellige lande. Dette er ikke hensigtsmæssigt. I modsætning hertil vil anvendelsen af den lov som gælder for de overtagne fordringer føre til en ens bedømmelse af alle involverede parter i alle de involverede lande. Konkursboets antagelse, at brugen af overdragere domicillov sikrer "*... den bedst mulige og ensartede behandling...*" er således forkert i sager som den foreliggende, hvor der er pantsættere i mange jurisdiktioner.

Anvendelsen af overdragere domicillov skaber desuden ikke større forudsigelighed end anvendelsen af fordringens lov, ligesom det ikke vil være praktisk, hvis overdragere domicillov fastlægger sikringsakten i finansieringer, hvor der er overdragere i mange forskellige jurisdiktioner. En sådan lovvalgsregel er derfor ikke befordrende for international finansiering.

### 5.3.3. Sammenfattende vedrørende dansk international privatret

Sammenfattende gøres det gældende,

- at U 1990.540 V ikke længere er retvisende,
- at U 1990.540 V under alle omstændigheder vedrører en situation som er usammenlignelig med nærværende sag (de faktiske omstændigheder og retlige hensyn er markant anderledes),
- at der ikke i Danmark findes en gennem lovgivning, retspraksis og/eller juridiske litteratur indarbejdet og generelt accepteret lovvalgsregel for situationer som den foreliggende (komplekse multilaterale tingsretlige konflikter).
- at lovvalget derfor må afgøres ud fra de konkrete omstændigheder i sagen – den individualiserende metode.
- at sagens konkrete omstændigheder (den individualiserende metode) taler for anvendelsen af engelsk ret, idet parternes lovvalg giver et væsentligt tilknytningsmoment til engelsk ret, som ikke opvejes af andre vægtigere momenter,
- at anvendelsen af engelsk ret hverken er kontroversielt eller problematisk, men tværtimod er i overensstemmelse med de løsninger som anvendes i hovedparten af de øvrige EU-lande,
- at Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen vurdering af "overdragerens lov" som gældende dansk ret ikke er knyttet op på lovgivning eller relevant retspraksis og følgelig må betragtes som en mere eller mindre ren "de lege feranda" betragtning.

Herudover fastholdes det, at også realhensyn taler for anvendelsen af fordringens lov. Dette vil give den bedste forudberegnelighed og størst mulige retsenhed med de øvrige EU-lande. Der henvises til bl.a. duplikkens anbringender herom samt til [...] Siig p. 21 (øverst) jf. p. 8-10.

Endelig fastholdes det, at anvendelsen af loven på overdragerens hjemsted (som det gøres gældende af Konkursboet), vil føre til en fragmenteret og uhensigtsmæssig situation, hvor én multinational pantsætningsaftale om enslydende fakturaer til sikkerhed for én kredit vil blive bedømt forskelligt i de respektive pantsættende (datter)selskabers jurisdiktioner.

## 6. SAMMENFATNING

På baggrund af ovenstående gøres det sammenfattende – i overensstemmelse med de indledningsvist opstillede delspørgsmål – gældende:

1) Engelsk ret finder anvendelse ved fastlæggelsen af det nærmere indhold af de rettigheder som Konkursboet under denne sag søger ekstinkveret (ING's rettigheder i henhold til EOSA) og hermed, om ING har ejendomsret til eller sikkerhed i de omstridte fordringer. Det gælder uanset om Sø- & Handelsretten måtte komme frem til, at spørgsmålet om ekstinktion skal afgøres efter dansk ret.

2 (i) Lovvalget for bedømmelsen af Konkursboets mulighed for at ekstinkvere de til ING stillede sikkerhed afgøres af Romkonventionens artikel 12. Artikel 12 fører til anvendelsen af engelsk ret, som den ret der er aftalt mellem ING og OWBT, samt den ret

der er gældende for de overtagne fordringer. En dansk retspraksis, der ikke er i overensstemmelse hermed vil være konventionsstridig.

2 (ii) Såfremt Sø- & Handelsretten måtte finde, at problemstillingen ikke omfattes af Romkonventionen, skal den afgøres efter national dansk ret. Efter national dansk ret er konkursboet bundet af det før konkursen aftalte lovvalg i relation til dispositioner som er gennemført forud for konkursen jf. således U 1987.766H. Konkursboets mulighed for at anfægte disse består (alene) i omstødelse.

2 (iii) Det gøres endelig gældende, at såfremt Sø- & Handelsretten trods ovenstående finder, at konkursboet ikke er bundet af parternes lovvalgsaftale før konkursen, og lovvalget skal afgøres i henhold til dansk international privatret, da findes der ikke i Danmark en gennem lovgivning, retspraksis (U 1990.540 V) eller juridiske litteratur indarbejdet og generelt accepteret lovvalgsregel for en situation som den foreliggende (en kompleks multilaterale tingsretlig konflikt). Lovvalget må derfor afgøres ud fra de konkrete omstændigheder i sagen – den individualiserende metode. Et lovvalg ud fra sagens konkrete omstændigheder taler for anvendelsen af engelsk ret, idet parternes aftalte lovvalg giver et væsentligt tilknytningsmoment som ikke opvejes af andre vægtigere momenter. Realhensyn og hensyn til retsenhed med øvrige EU-lande støtter videre anvendelsen af den af parterne aftalte lov (indbyrdes og for fordringerne): Engelsk ret.

ooooo

Twisten mellem O.W. Supply & Trading A/S under konkurs og ING Bank N.V. vedrørende gyldigheden af ING Bank N.V. sikkerheder, herunder spørgsmålet om ekstinktion, skal således bedømmes efter engelsk ret.”

## **Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat**

ING ydede i fællesskab med en række andre udenlandske og danske banker finansiering til driften af den multinationale O.W. Bunker-koncern. Som led i kreditaftalen indgik parterne en aftale, hvorved bl.a. koncernens udestående og fremtidige kundefordringer hidrørende fra oliesalg blev overdraget til ING. Begge aftaler var underlagt engelsk ret. De danske koncernselskaber OWBT og OWST blev efterfølgende taget under konkursbehandling den 7. november 2014.

Indledningsvis skal retten bemærke, at konkursboerne i relation til den foreliggende tvist er selvstændige retssubjekter og ikke en videreførsel af de oprindelige selskaber. Sagsøgerne kan herefter ikke i forhold til ING anses for kontraktsparter, men derimod som uafhængige tredjemænd.

Det følger af Romkonventionens artikel 1, at dennes anvendelsesområde er begrænset til kontraktretlige forpligtelser og således regulerer forholdet mellem de oprindelige selskaber og ING, og dermed ikke forholdet til konkursboerne. Det fremgår endvidere udtrykkeligt af ordlyden i artikel 12, stk. 1, at denne angår de indbyrdes forpligtelser mellem de oprindelige selskaber og ING, mens artikel 12, stk. 2, heller ikke omtaler forholdet til overdragernes kreditorer.

Retten finder, at der heller ikke ud fra konventionens baggrund og den senere udvikling på området er grundlag for at fortolke Romkonventionen udvidende. Hensynet til parternes gennemsnitlige interesser i international handel, og herunder mulighederne for forudberegnelighed og retsenhed, findes heller ikke uden udtrykkelig hjemmel at kunne føre til andet resultat.

Retten finder herefter, at Romkonventionen ikke regulerer det tingsretlige lovvalg, og at konventionen således ikke finder anvendelse på tvisten i denne sag. Allerede som følge heraf findes artikel 18 også at være uden betydning.

Lovvalget skal herefter afgøres på grundlag af dansk international privatret i øvrigt.

Parterne er enige om, at dette valg ikke skal træffes på grundlag af lex-situs-princippet, hvilket retten kan tiltræde.

OWBT og OWST, som begge var hjemmehørende i Danmark, overdrog en række simple fordringer på kunder fra hele verden til ING i forbindelse med indgåelse af kreditaftalen. Da ING har afledt sin ret fra selskaberne som overdragere, finder retten, at dansk ret må finde anvendelse på afgørelsen af spørgsmålet om konkursboernes mulighed for ekstinktion.

Det af de oprindelige parter aftalte lovvalg, der ikke er tiltrådt af konkursboerne, findes herefter at være uden betydning.

Det, der er anført om lovvalget ovenfor, gælder tillige for den konflikt, som efter konkursens indtræden er opstået mellem konkursboerne og ING om, hvorvidt overdragelserne af de simple fordringer i forhold til konkursboerne er sket til eje eller sikkerhed. Det bemærkes, at spørgsmålet om lovvalg i denne relation ikke ses at have betydning, idet selskaberne nu er under konkursbehandling, og da sikringsakten efter dansk ret er den samme, jf. princippet i gældsbrevslovens § 31.

**Thi bestemmes:**

Dansk ret skal anvendes ved pådømmelsen af, om konkursboerne kan ekstingvere sikkerheder stillet af O.W. Bunker & Trading A/S og O.W. Supply & Trading A/S over for ING Bank N.V., samt om der er sket overdragelse til eje eller til sikkerhed.

Sagen udsat.

Retten hævet.

Mads Bundgaard Larsen

Torben Kuld Hansen

Mette Skov Larsen

Peter Feldvoss Andersen

Kåre Hahn Michelsen

(Sign.)

— — —

**Udskriftens rigtighed bekræftes  
Sø- og Handelsretten, den 29-08-2018**

**Josephine Hansen  
Teamsekretær**



