

Omstøtelsesregler på kollisjonskurs

Hvilke begrensninger setter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 for adgangen til omstøtelse etter dekningsloven § 5-7?

Kandidatnummer: 202

Antall ord: 8390



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	4
1.1. Oppgavens tema og aktualitet.....	4
1.2. Premisser og forutsetninger for oppgaven.....	6
1.2.1. Avgrensning og valg av oppgavestruktur	6
1.2.2. Metodeproblematikk.....	6
1.3. Rettskildebildet.....	8
1.3.1. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 og deknl. § 5-7	8
1.3.2. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/47/EF.....	9
1.3.3. Juridisk teori.....	10
2. Omstøtelse etter dekningsloven § 5-7.....	11
2.1. Omstøtelse.....	11
2.1.1. Hva innebærer omstøtelse?.....	11
2.1.2. Hvem kan kreve omstøtelse?.....	12
2.1.3. Den legislative begrunnelsen for omstøtelsesreglene.....	13
2.2. Dekningsloven.....	13
2.2.1. Dekningsloven kapittel 5.....	14
2.3. Dekningsloven § 5-7.....	14
2.3.1. Må ikke være «ekstraordinær».....	15
2.3.2. «Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse...».....	16
2.3.3. «...som skyldneren har foretatt...».....	16
2.3.4. «...senere enn tre måneder før fristdagen...».....	16
2.3.5. § Deknl § 5-7 første ledd bokstav a.....	16
2.3.6. § Deknl § 5-7 første ledd bokstav b.....	17
2.3.7. Om forholdet mellom deknl. § 5-7 første ledd bokstav a og b.....	18
2.3.8. Omstøtelsesadgangene i deknl. § 5-7 i kort.....	18
3. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5.....	19
3.1. Formål og legislativ bakgrunn for lov om finansielle sikkerhetsstillelse.....	19
3.2. Virkeområde.....	19
3.3. Nærmere om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5.....	20

3.3.1. «En sikkerhetsstillelse...»	20
3.3.2. «...alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt...»	21
4. Hvilke begrensninger setter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 for adgangen til omstøtelse etter dekningsloven § 5-7.....	22
4.1. Er det nødvendig med unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav b, om man forutsetter unntak fra bokstav a?	22
4.2. Gir loven unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav b?	24
4.3. Gir loven unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a?.....	26
5. Rettstilstanden	30
Litteraturliste	31

1. Innledning

1.1. Oppgavens tema og aktualitet

Når Stortinget vedtar en lov, er det presumtivt ikke bare med det formål at den skal fungere godt overfor de rettssubjekter og det rettsområde loven regulerer. Som en forlengelse av dette bør den også ha et godt samspill med andre lover og/eller regelsett - såvel eldre lover på samme rettsområde, som lover på tilstøtende rettsområder, som særlover helt eller delvis innenfor dens ramme, som internasjonal rett som Norge må anses seg bundet av.

Dette er ingen enkel oppgave. Lettere blir det ikke når vi vet at lover vedtas i et stort og stadig økende tempo. Dersom du blar opp midt inne i 2017-utgivelsen av den norske lovsamlingen, vil du ha foran deg en lov vedtatt ikke lenger tilbake enn like før årtusenskiftet. Også kompleksiteten i lovverket øker, i takt med at samfunnet vårt selv blir mer komplekst og kontinuerlig avler frem nye områder som krever eller i det minste er egnet for rettslig regulering. Vi ser samtidig at lovgiver stadig pålegges plikter som følge av internasjonalt samarbeid og internasjonale forpliktelser. Som eksempel kan nevnes lovendringer eller vedtak av helt nye lover for å ivareta Norges plikter etter EØS-samarbeidet.

Det er med andre ord ikke underlig at oppstår uklarhet i hvordan enkelte lover og bestemmelser griper inn i hverandre. Dette kan også skje med bestemmelser som er *ment* å gripe inn i hverandre, hvor eksempelvis rekkevidden av dette eller enkelte elementer i samspillet ikke er klart.

I teorien er det reist en rekke spørsmål om hvordan og hvor meget lov om finansiell sikkerhetsstillelse¹ § 5 gir unntak fra omstøtelsesadgangene i dekningsloven² § 5-7.

Dekningsloven § 5-7 første ledd leser:

«Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes dersom:

¹ Lov 26. mars 2004 nr. 17 om finansiell sikkerhetsstillelse

² Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaverens dekningsrett (dekningsloven), eller deknl.

a) pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, eller

b) rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt.»

I lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd fremgår blant:

«En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt.»

Denne oppgaven tar for seg å se på forholdet mellom disse to bestemmelsene, og videre gjennom å finne frem til og redegjøre for de viktigste kildene, illustrere følgende problemstilling:

«Hvilke begrensninger setter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 for adgangen til omstøtelse etter dekningsloven § 5-7?»

Det er flere årsaker til hvorfor jeg mener temaet bør belyses. At det forholdet mellom to bestemmelser som er ment å samvirke er uklart, gir i seg selv påskudd til å gjennomgå de tilgjengelige kilder, for å forsøke å bidra til økt klarhet rundt lovverket. Jeg mener også at forutberegnelighet må stå særlig sterkt som hensyn når det kommer til lovregler rundt omstøtelse, som av natur oppleves som inngripende, selv om de er godt begrunnet. Videre behandler norske bostyrere flere tusen konkurser årlig. I det fire første månedene av 2018 alene ble det registrert 1757 konkurser i Norge.³ Med så mange rettslige prosesser, prosesser som er forbundet med store kostnader for det offentlige (også som kreditor) og en betydelig risiko for tap hos private kreditorer gjennom ineffektivitet i bobehandlingen, er viktig at reglene er entydige. Og at de forstås som slik av de involverte.

Uklarhet i regelverket rammer både den debitor som på forhånd ikke kan vite med sikkerhet om en disposisjon vil være omstøtelig, og bostyreren som vanskeligere kan fastslå om boet har et berettiget krav om omstøtelse, samt i en rekke tilfeller tredjemann.

³ <https://www.brreg.no/produkter-og-tjenester/statistikk/konkursregisteret/>

1.2. Premisser og forutsetninger for oppgaven

1.2.1. Avgrensning og valg av oppgavestruktur

Denne oppgaven tar for seg å behandle en relativt konkret problemstilling. Jeg har derfor i stor grad forsøkt å holde meg fra å bevege meg ut i tilstøtende temaer eller spørsmål, som etter mitt syn ikke er formålstjenlig med å belyse denne problemstillingen. Avgrensningen av oppgaven er gjort med et enkelt kriterie for øye: Må eller bør emnet tas inn i oppgaven, for å i mine øyne best belyse spørsmålet oppgaven søker å besvare?

Jeg har valgt å først behandle dekl. § 5-7 og vilkårene for å oppnå omstøtelse etter denne. Videre har jeg sett til lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, for å på tilsvarende vis finne frem til vilkårene for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Vilkaene som trekkes frem her er for så vidt ikke av den problematiske sorten, og hensikten har ikke vært å legge opp til noen utstrakt drøftelse av disse dersom det ikke har betydning for problemstillingen oppgaven reiser.

Jeg beveger meg deretter inn på hvordan lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 setter begrensninger for adgangen til omstøtelse etter dekl. § 5-7. Jeg har hovedsakelig knyttet denne behandlingen opp mot de to alternative bokstavene i dekl. § 5-7 første ledd, og hvordan og under hvilke forhold lov om finansiell sikkerhetsstillelse griper inn disposisjoner som ellers er omstøtelige etter disse.

Avslutningsvis har jeg forsøkt å gi en konsis og samlet vurdering av det jeg har funnet frem til, i form av en skildring av rettstilstanden slik mitt inntrykk er at den foreligger. Dette må nødvendigvis gjøres med en innrømmelse av at det muligens ikke foreligger noe «endelig svar» på problemstillingen. Jeg har allikevel her forsøkt å gi et pedagogisk ryddig og overordnet bilde av mine funn og drøftelser, og på det viset «runde» av oppgaven.

1.2.2. Metodeproblematikk

En utfordring ved arbeidet med denne oppgaven har vært den relative mangelen på mer omfattende kildemateriale. Da sikter jeg spesielt til mangelen på helhetlig eller utførlig behandling av den problemstillingen oppgaven reiser. Ved siden av Kjersti Skog-Hauges spe-

sialoppgave «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse - med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld»⁴ har emnet så langt jeg kan se ikke blitt behandlet utstrakt, men kun begrenset, «stykkvis» eller «i forbifarten». Og oppgaven til Skog-Hauge favner for så vidt også over et videre emne enn bare den konkrete problemstillingen som reises her.

I sin spesialoppgave går Skog-Hauge dypere ned i materien og vilkårene omkring spesielt lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 enn det jeg har til hensikt å gjøre her. I det første er dette tilfellet fordi jeg har til hensikt å gi en mer overordnet og forenklet illustrasjon av teamet, og fordi det ikke er noe som tilsier at rettstilstanden er endret siden ferdigstillelsen av Skog-Hauges oppgave. En lik fremgangsmåte ville dermed presumtvt ikke tilføre emnet noe nytt, da særlig fordi hennes behandling fremstår som både gjennomgående grundig og god, og således ikke innbyr til ny behandling av de samme momenter.

I metodesammenheng har jeg derfor rettet mitt fokus mot å finne frem til de relevante kilder, sette disse i en pedagogisk sammenheng, for så å gjennom disse illustrere problemstillingen oppgaven reiser. Tidvis har jeg penslet inn egne drøftelser eller synspunkter, selv om dette for så vidt ikke har vært noe utstrakt mål i seg selv.

Forholdet mellom lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 og dekl. § 5-7 har ikke, som jeg kan se, blitt behandlet i domstolene. I alle fall ikke i den forstand problemstillingen reises her. Ettersom lov om finansiell sikkerhetsstillelse (vedtatt i 2004) er yngst av de to lovene som utgjør rammene for problemstillingen, og nåværende rettstilstand derfor ikke er spesielt ny, kan man nok i noen grad anta at problemstillingen er lite egnet til å komme foran eller løses i retten. En konsekvens av manglende rettspraksis er at oppgavens behandling mangler «autoriteten» som gjerne henger sammen med utstrakt anvendelse av domsavgjørelser. Det er imidlertid min oppfatning at kildene som er anvendt har vært tilstrekkelige til å i det minste belyse forholdet mellom lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 og dekl. § 5-7, og til å si noe mer eller mindre overbevisende om hvilke «innhugg» lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 gjør i omstøtelsesadgangen etter sistnevnte.

⁴ Kjersti Skog-Hauge, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse - med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld», Spesialoppgave ved UiO 2005, <http://www.konkursradet.no/lov-om-finansiell-sikkerhetsstillelse.5305110-307312.html>

Oppgaven er ikke spesielt omfattende i ord, i alle fall målt opp mot formatets veiledende øvre ordgrense. Dette er til dels en konsekvens av valget av en helt konkret problemstilling innenfor et mindre utpenslet emne, men også til dels av et bevisst valg om å produsere en noe forenklet og praktisk redegjørelse for betydningen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 for anvendelsen av omstøtelsesgrunnlaget i dekl. § 5-7. Formålet har som nevnt foran ikke vært å begi seg ut på en dyptgående drøftelse av de to bestemmelsene, verken hver for seg eller samlet, eller å ta for meg forgreninger i temaet eller tilstøtende emner og problemstillinger.

På tross den konkrete fremgangsmåten jeg ikke stilt noe krav til meg selv om å finne et endelig eller klart definert svar på spørsmålet oppgaven reiser. «To streker under svaret» egner seg som oftest dårlig i juridisk sammenheng, og etter mitt syn spesielt dårlig for emner og temaet som ikke har vært gjenstand for utstrakt behandling tidligere, verken i domstolene eller juridisk teori. Målsetningen min har heller vært å belyse problemstillingen og de konkrete underproblemstillinger så godt jeg har vært i stand til, og til å eventuelt slå fast hva jeg mener at er rettstilstanden. Jeg har forsøkt å ikke strekke kildene eller argumentene lenger enn jeg mener de bør, og jeg har heller ikke vært like bestemt på å falle ned på konkrete konklusjoner som jeg ville vært eksempelvis ved besvarelsen av en praktisk eksamensoppgave, eller som en prosessfullmektig eller dommer kan tenkes å ville vært i tilnærmingen til en konkret rettsprosess.

1.3. Rettskildebildet

Her følger en konsis gjennomgang av de rettskildene som har ligget mest sentralt for behandlingen. Hensikten har alene vært å gi en oversikt over rettskildebildet som ligger til grunn i oppgaven, og en konsis redegjørelse for hvordan og hvorfor de enkelte rettskilder er anvendt. Kildene behandles mer utførlig i oppgavens hoveddel.

1.3.1. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 og dekl. § 5-7

Det følger av den valgte problemstillingen at disse to lovbestemmelsene har stått helt sentralt i behandlingen. Problemstillingen knytter seg til å forstå hvordan lov om finansiell sikkerhetsstillelse begrenser anvendelsesområdet til dekl. § 5-7. Således må en forstå såvel vilkårene for omstøtelse etter dekl. § 5-7, vilkårene for anvendelse av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, og rekkevidden av sistnevnte.

Selv om bestemmelsene for så vidt må søkes forstått i lys av sin helhet, knytter temaet seg i hovedsak til helt konkrete ledd i de respektive bestemmelsene. Det er således mot disse at majoriteten av min oppmerksomhet har vært rettet.

Jeg viser da først og fremst til lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd:

«En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt.»

og første ledd i dekl. § 5:

«Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes dersom:

a) pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, eller

b) rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt.»

Også forarbeidene til de to lovbestemmelsene har naturligvis hatt betydning i arbeidet med oppgaven.

1.3.2. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/47/EF⁵

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse ble vedtatt for å gjennomføre direktiv 2002/47/EF (i det følgende hovedsakelig omtalt som *direktivet*) i norsk rett⁶. Direktivet er derfor en viktig

⁵ Direktivet er i skrivende stund tilgjengelig på regjeringens hjemmesider: <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/fin/hdk/2003/0056/ddd/pdfv/171836-direktiv.pdf>

⁶ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 5

tolkningskilde overfor lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5. Det er først og fremst utvalgte deler av direktivets artikkel 8 som har betydning i vurderingen av forholdet mellom lov om finansiell sikkerhetsstillelse og dekn. § 5-7.

1.3.3. Juridisk teori

Som nevnt foran har problemstillingen blitt berørt som en del av hovedoppgaven til Skog-Hauge. Oppgaven er fra 2005, men jeg kan ikke se at det er noe som tilsier at rettstilstanden innenfor temaet skal være forflyttet siden den gang.⁷ For øvrig er emnet sporadisk behandlet, som oftest gjennom en veldig kort og konsis fremstilling av forfatterens syn på konklusjonen, uten at dette er støttet i spesielt bred argumentasjon. Det som foreligger av juridisk teori har allikevel vært en viktig plattform i sammensetningen av denne oppgaven. Kildene fra juridisk teori er henvist til underveis, og er i sin helhet gjengitt i oppgavens litteraturliste.

⁷ Både lov om finansiell sikkerhetsstillelse (vedtatt 2004) og dekningsloven (vedtatt 1984) er eldre enn dette, og de aktuelle bestemmelsene står for det vesentlige uendret siden 2005.

2. Omstøtelse etter dekningsloven § 5-7

2.1. Omstøtelse

Før jeg går inn på dekningsloven og de konkrete omstøtelsesadgangene i deknl. § 5-7 har jeg funnet det hensiktsmessig å i kort redegjøre for omstøtelse generelt. Jeg har hovedsakelig støttet meg til artikkelen «Introduksjon til reglene om omstøtelse» forfattet av Brækhus og Berg til Jussens venner 2014⁸, og «Konkurs» av Mads Henry Andenæs⁹.

2.1.1. Hva innebærer omstøtelse?

Det er på det rene at omstøtelse innebærer at formuesgodet eller verdien det er oppnådd omstøtelse for, tilbakeføres til boet. Men verken deknl. § 5-7, lovens kapittel 5 eller loven forøvrig definerer helt presist hva omstøtelse er. For å forklare begrepet støtter jeg meg til løsningen hos Brækhus og Berg, som i stor grad har løst dette ved å se hen til rettsvirkningene av omstøtelse.

Ettersom omstøtelse medfører en tilbakeføring av verdier er det lett å tenke seg at det er tale om avtalerettslig ugyldighet, eller at den omstøtte disposisjonen er regnet for ikke å være bindende overfor boet. Tidligere ble omstøtelse gjerne omtalt som nettopp en spesiell form for ugyldighet¹⁰. Som Brækhus og Berg påpeker, er dette en utdatert språkbruk som lett er egnet for å skape misforståelser. Det er snarere tale om å *omgjøre* disposisjonen med grunnlag i de hensynene som omstøtelsesreglene skal ivareta, herunder som oftest å beskytte kreditorfellesskapet.

Det er heller ikke treffende å tale om manglende rettsvern. Rettsvernsreglene virker normalt uavhengig av innholdet i skyldnerens disposisjoner, mens reglene om omstøtelse retter seg mot de disposisjoner som etter sitt innhold er kreditorsskadelige.¹¹ Regler om rettsvern skal

⁸ Sjur Brækhus, Borgar Høgetveit Berg, «Introduksjon til reglene om omstøtelse», Jussens Venner 2014 (JV-2014-61), s. 61-121

⁹ Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009

¹⁰ JV-2014-61 s. 66

¹¹ Andenæs s. 285

beskytte mot kreditorskadelige disposisjoner ved å sikre notoritet og publisitet, mens omstøtelsesreglene tar sikte på å ramme antatt illojale disposisjoner.¹²

Omstøtelse er altså noe annet enn manglende rettsvern eller binding partene imellom.¹³

I kort har Brækhus og Berg i sin artikkel formulert det slik at dersom vilkårene for omstøtelse er oppfylt, «er rettsvirkningen (...) at kreditorene får et omstøtelseskrav mot debtors medkontrahent»¹⁴.

Omstøtelse etter dekl § 5-7 innebærer medfører således etablering av et krav fra kreditor overfor debtors medkontrahent.

Spørsmålet er videre hvem som kan reise et slikt krav?

2.1.2. Hvem kan kreve omstøtelse?

Det følger av dekl. § 5-1 at reglene i lovens kapittel 5 om omstøtelse gjelder «ved forhandling om tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo». Bestemmelsen er uttømmende. Krav om omstøtelse kan altså bare reises av boet.

Det forutsettes videre at boet er pågående.¹⁵ Men omstøtelsesadgangen påvirkes ikke av hvorvidt debitor eller tredjemann (mottaker av den omstøtelige disposisjonen) er å regne som juridisk eller fysisk person.¹⁶ Sistnevnte er et ikke uvesentlig poeng overfor kravene for at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 skal komme til anvendelse. Men jeg kommer tilbake til dette senere.

Spørsmålet har for så vidt blitt reist om også enkeltforfølgende kreditorer kan reise et omstøtelseskrav. Det åpnes ikke for dette i forarbeidene.¹⁷ Samme konklusjon er lagt til grunn i

¹² Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer*, Oslo 2015 s. 176

¹³ Se også Andenæs s. 285

¹⁴ JV-2015-61, s. 66

¹⁵ Aasebø, Madsen og Sandvik s. 180

¹⁶ Aasebø, Madsen og Sandvik *ibid.*

¹⁷ NOU 1972:20 s. 284

rettspraksis. Høyesterett har ved kjennelse i Rt. 2014 s. 922 uttalt følgende: «Lovgiver har tatt et bevisst valg om at omstøtelsesreglene i dekningsloven ikke skal gjelde ved enkeltforfølgning. Det må da være opp til lovgiver å ta stilling til om det skal innføres en regel om gjennomskjæring eller omstøtelse utenfor konkurs.»

2.1.3. Den legislative begrunnelsen for omstøtelsesreglene

Som Brækhus og Berg poengterer i sin artikkel¹⁸, skal reglene for omstøtelse tjene som et «mer finmasket nett» enn reglene for rettsvern, og ramme disposisjoner som forrykker dekningsmulighetene kreditorene imellom som en følge av at debitor har havnet i økonomisk uføre. En slik forrykning kan vi også kalle «kreditorbegunstigelse på beskostning av kreditorfellesskapet.» Brækhus og Berg fremhever i sin artikkel at omstøtelsesreglene både kan ha en reparativ og en preventiv virkning. Reparativ gjennom at «verdier som er gått tapt ved omstøtelige disposisjoner, tilbakeføres til boet, slik at de kan komme kreditorfellesskapet til gode». Preventiv ved at «partene (...) i mangel tilfeller [vil] avsto fra disposisjoner som de innser vil bli omstøtt dersom en fryktet konkurs blir en realitet».

Omstøtelsesreglene er altså nedfelt for å reparere enkelte disposisjoner som er til skade for kreditorfellesskapet og, som ved mange andre lovregler, for å motivere partene fra å handle i strid med regelverket til å begynne med.

2.2. Dekningsloven

Dekningsloven innebærer en videreføring av de materielle lovregler om konkurs fra lov av 6. juni 1863 om *Concurs og Concursboers Behandling* med enkelte endringer og presiseringer, og en kodifisering av praksis tilknyttet denne. Samtidig ble den eldre lovens prosessuelle regler om konkurs skilt ut og etablert i konkursloven^{19,20}

¹⁸ JV-2015-61, s.71

¹⁹ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs

²⁰ Se Aasebø, Madsen og Sandvik s. 13

Lovens er inndelt i to deler, herunder seks kapitler. I denne oppgaven har vi avgrenset oss til kapittel 5 i lovens andre del²¹, som regulerer omstøtelse.

2.2.1. Dekningsloven kapittel 5

Som nevnt foran, regulerer lovens kapittel 5 emnet omstøtelse.

Kapittelets virkeområde er regulert i lovens § 5-1.²² Lovens §§ 5-1 til 5-9 omhandler en rekke forskjellige grunnlag for omstøtelse, for det meste med utgangspunkt i disposisjonens natur (eksempelvis omstøtelse av gaver i § 5-2 eller utlegg etter § 5-8). Lovens §§ 5-10 til 5-13 omhandler virkningen av omstøtelse, her fordelt etter de såkalte objektive- (dekl. §§ 5-2 til 5-8) og den subjektive omstøtelsesregel (dekl. § 5-9), samt virkningen av omstøtelse for skyldners medansvarlige (dekl. § 5-13). Jeg kommer kort tilbake til dette under pkt. 2.3 under. Foreldelsesfristen for omstøtelseskrav reguleres i lovens § 5-15.

For denne oppgavens del er det i all hovedsak lovens § 5-7 som gjør seg interessant.²³

2.3. Dekningsloven § 5-7

Dekningsloven § 5-7 inneholder to separate omstøtelsesgrunnlag, inntatt i bestemmelsens første ledd. Andenæs har i kort forklart formålet bak regelen i dekl. § 5-7 slik:

«Skyldnerens sikkerhetsstillelse for sin eldre gjeld er ikke kredittskapende, og står dermed i en annen stilling enn sikkerhetsstillelse for ny gjeld. Hvis skyldneren ikke har tilstrekkelige midler til å dekke sine forpliktelser, innebærer sikkerhetsstillelse for eldre gjeld en begunstigelse av fordringshaveren på de øvrige fordringshaveren bekostning. Hvis slik sikkerhetsstillelse finner sted den siste tid før konkursåpningen, er det en sterk formodning for at sikkerhetsstillelse er illojal»²⁴

²¹ Lovens andre del gir regler om kreditorfellesskapet ved insolvensbehandling av bo, se Aasebø, Madsen og Sandvik s. 21

²² Se også pkt. 2.1.2 foran.

²³ Foruten reguleringen av kapittelets virkeområde i dekl. § 5-1, som også ligger til grunn for dekl. § 5-7

²⁴ Andenæs s. 335

Av denne beskrivelsen kan vi utlede at det som ligger til grunn for omstøtelsesadgangen i dekl. § 5-7 ikke er subjektive forhold rundt skyldners disposisjon eller rundt hans solvens på tidspunktet for disposisjonen, men at omstøtelsesadgangen i stedet er begrunnet i disposisjonsens natur. Det antas at disposisjonen i kraft av sin natur er illojal overfor det øvrige kreditorfellesskapet, og det antas at skyldner var insolvent. Dette er et kjennetegn ved de objektive omstøtelsesreglene, som § 5-7 er omfattet av. Begrepene objektiv og subjektiv omstøtelsesregel anvendes ikke direkte i dekningsloven, men det har imidlertid vært vanlig å anvende skillet.²⁵ Disse reglene innebærer i følge Andenæs en «vesentlig forenkling av bevis- og tolkingstemaet».²⁶ Til dels er dette fordi boet etter de objektive omstøtelsesreglene kan kreve omstøtelse uten å føre bevis for skyldnerens økonomiske stilling, og til dels fordi motparten ikke kan komme utenom omstøtelse ved å føre bevis for at hans økonomi ikke var svar eller ble alvorlig svekket av disposisjonen som søkes omstøtt. For øvrig er det heller ikke et krav etter dekl. § 5-7 at den aktuelle disposisjonen har vært utilbørlig.

Dekningsloven § 5-7 oppstiller en rekke vilkår for å oppnå omstøtelse. Enkelte vilkår forholder seg felles til de to omstøtelsesadgangene, mens andre er bakt inn i bestemmelsens først ledd bokstav a og i bokstav b, respektivt. Førstnevnte vilkår gjennomgås under pkt. 2.3.1 til 2.3.4 under, før jeg deretter går inn på de to separate åpningene for omstøtelse, og vilkårene som stilles særskilt for å oppnå omstøtelse etter det enkelte litra.

Formålet med de neste punktene er ikke å gi noen spesielt dyptgående redegjørelse for vilkårene for omstøtelse etter dekl. § 5-7. Jeg anser det tilstrekkelig å få frem de mest vesentlige kravene for å oppnå omstøtelse etter bestemmelsen, før lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 og dens begrensninger trer inn i bildet.

2.3.1. Må ikke være «ekstraordinær»

Det kan ikke oppstilles noe krav om at sikkerhetsstillelse skal være ekstraordinær.²⁷ I den forstand er omstøtelsesadgangen å anse som ubetinget.

²⁵ Andenæs s. 287

²⁶ Andenæs *ibid.*

²⁷ Se Andenæs s. 335, også Aasebø, Madsen og Sandvik s. 237

2.3.2. «Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse...»

Etter ordlyden er det på det rene av bestemmelsen omfatter panterettigheter. Jeg nevner her at bestemmelsen på tross av ordlyden i «pantsettelse» ikke omfatter pantsettelse i sikringsøyemed av enkle fordringer²⁸, selv om dette ikke er spesielt relevant i sammenhengen med problemstillingen som behandles i denne oppgaven.

Det følger videre av forarbeidene²⁹ at bestemmelsen omfatter aller sikkerheter som etableres ved partenes disposisjoner.³⁰ Det er således det som menes med «annen sikkerhetsstillelse». Som eksempel trekker forarbeidene frem kontraktmessig tilbakeholdsrett³¹. Tilbakeholdsrett etablert etter sedvanerett omfattes derimot ikke av dekl. § 5-7.³² Utleggspant omfattes heller ikke, jf. også lovens § 5-8.

2.3.3. «...som skyldneren har foretatt...»

Det er et vilkår for omstøtelse etter dekl. § 5-7 at skyldneren selv har foretatt sikkerhetsstillelsen. Sikkerheten kan således ikke ha blitt stilt av tredjemann.³³

2.3.4. «...senere enn tre måneder før frisdagen...»

Begrepet «frisdagen» benyttes gjennomgående i reglene for omstøtelse. Begrepet er definert i dekl. §§ 1-1 til 13. Det følger av lovens § 5-10 at fristen her løper fra sikringsakt for å oppnå rettsvern er foretatt.

2.3.5. § Deknl § 5-7 første ledd bokstav a

Bestemmelsens første ledd bokstav a rammer tilfeller der «pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Det er her tale om «den

²⁸ Dette reguleres i dekl. § 5-5 fjerde ledd, se også Aasebø, Madsen, Sandvik s. 239

²⁹ NOU 1972:20 s. 294

³⁰ Jf. også ordlyden i «pantsette/se eller annen sikkerhetsstille/se», se Andenæs s. 338

³¹ NOU 1972:20 s. 294

³² Se Rt. 2013 s. 129

³³ Aasebø, Madsen og Sandvik s. 239

egentlige pantsettelse (eller sikkerhetsstillelse) for eldre gjeld».³⁴ Som tidligere nevnt er slik sikkerhetsstillelse ikke kredittskapende, og har formodningen ved seg å innebære en illojal forfordeling blant skyldnerens kreditorer. Slik formodning står spesielt sterkt i tidsrommet som bestemmelsen omfatter.³⁵

Dekningsloven § 5-7 reiser for øvrig enkelte tolkningsspørsmål, deriblant forståelsen av når gjelden skal anses pådratt og når sikkerheten må være avtalt for å unngå omstøtelse.³⁶ Formålet med denne delen av oppgaven er imidlertid bare å gi en grunnleggende innføring i vilkårene for og anvendelsesområdet til dekl. § 5-7. Jeg begir meg av den grunn ikke inn på disse i større grad enn det har vært nødvendig for å forstå de grunnleggende vilkårene for å oppnå omstøtelse etter bestemmelsen, og for å legge til rette for en vurdering av forholdet til lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5.

2.3.6. § Deknl § 5-7 første ledd bokstav b

Bestemmelsens første ledd bokstav b omfatter tilfeller der «rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt.»

Bestemmelsen blir i forarbeidene omtalt som en «rettsteknisk utbygging av hovedregelen i § 5-7 første ledd bokstav a»³⁷ og skal antedatering av panteretten stiftelse, slik at denne skal fremstå som stiftet samtidig som gjelden. Presumsjonen er her at sikkerhetsstillelsen faktisk ikke har skjedd før etter gjeldsstiftelsen. Ifølge Andenæs er regelen begrunnet i notoritets- og publisitetshensyn, som for så vidt innebærer det samme, om enn ikke like konkret.³⁸

Omstøtelsesadgangen favner imidlertid etter sin ordlyd noe videre og mer generelt enn bare de forhold som er en direkte forlengelse av bestemmelsens første ledd bokstav b. Også andre tilfeller hvor det forekommer unødig opphold i rettsvernsprosessen vil etter omstendighetene

³⁴ NOU 1972:20 s. 294

³⁵ Andenæs s. 335

³⁶ Andenæs s. 336

³⁷ NOU 1972:20 s. 294

³⁸ Andenæs s. 341

kunne rammes. Det kreves imidlertid ikke «absolutt samtidighet» her, jf. forarbeidene.³⁹ Disse trekker frem alminnelig postgang eller mellomkommelig helg som eksempler på opphold som kan anses saklige og derfor ikke unødige. Forsinkelse knyttet til mangler i pantsetters grunnbokshjemmel må derimot anses som unødig opphold i sammenheng med bestemmelsen her.⁴⁰ Det må kunne legges til grunn at også forsinkelsens varighet er relevant ved vurderingen av om det foreligger «unødig opphold» i sammenheng med bestemmelsen.

2.3.7. Om forholdet mellom dekl. § 5-7 første ledd bokstav a og b

Omstøtelsesadgangene i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a og b er alternative, i motsetning til kumulative. Dette følger helt klart av ordlyden i «eller» mellom de to bokstavene.

Det er allikevel en klar sammenheng mellom de to alternativene. Bokstav b fremgår i stor grad som en forlengelse av omstøtelsesadgangen i bokstav a, eller i det minste en forlengelse av de hensynene som denne er bygget på. Gjennom bokstav b sikres notoritet- og publisitet som gjør det vanskeligere å omgå omstøtelsesadgangen i bokstav a. Dette er for så vidt understøttet av at forarbeidene omtaler bokstav b nettopp som en retts teknisk utbygging av bokstav a.

Regelen i bestemmelsens bokstav b omfatter imidlertid også mer generelle tilfeller av unødig opphold i sikringen av rettsvern, ved siden av de forhold som typisk er ment å rammes som en forlengelse av regelen i bokstav a. Man kan i den forstand også si at bokstav b i noen grad har sitt eget «rettsliv».

2.3.8. Omstøtelsesadgangene i dekl. § 5-7 i kort

I korte trekk har vi altså å gjøre med en objektiv omstøtelsesregel som inneholder to alternative omstøtelsesadganger. Både bestemmelsens første ledd bokstav a og b åpner for omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld om enkelte vilkår er innfridd, bygget på en presumsjon om at en omstøtelse av slik karakter er illojal eller svikaktig overfor kreditorfellesskapet.

³⁹ NOU 1972:20 s. 294

⁴⁰ Andenæs s. 431, NOU 1972:20 s. 294, RG 1990.299 Voldgiftsdom (Sjur Brækhus)

3. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5

Utgangspunktet for å bedømme hvilke begrensninger lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 setter for adgangen til omstøtelse etter dekl. § 5-7 må nødvendigvis også ta utgangspunkt i en positiv angivelse av vilkårene for at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 skal komme til anvendelse. Vi har foran, riktignok på et helt grunnleggende nivå, sett på vilkårene for å få omstøtt en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld etter dekl. § 5-7. For dette kapittelet må det legges til grunn at for tilfeller der disse vilkårene er innfridd, men lov om sikkerhetsstillelse § 5 ikke kommer til anvendelse, foreligger det ingen begrensning. Det er først når omstøtelse kan oppnås etter dekl. § 5-7 og lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 kommer til anvendelse, at slike begrensninger kan foreligge. Neste steg må derfor å redegjøre for lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, og når og hvordan denne kommer til anvendelse.

3.1. Formål og legislativ bakgrunn for lov om finansielle sikkerhetsstillelse

Som tidligere nevnt er lov om finansiell sikkerhetsstillelse vedtatt for å gjennomføre EU-direktiv 2002/47/EF i norsk rett.⁴¹

Lovens formål er inntatt i den § 1. Herunder at den skal «styrke det finansielle markedet og ivareta hensynet til finansiell stabilitet ved å bidra til sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse.»

3.2. Virkeområde

Også lovens generell virkeområde er inntatt i dens § 1. Etter § 1 annet ledd gjelder den for det første overfor «avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse». Definisjonen av «avtale om finansiell sikkerhetsstillelse» finner vi i lovens § 2.

⁴¹ Se også pkt. 3.3

Det følger videre av lovens § 1 tredje ledd at loven ikke kommer anvendelse overfor fysiske personer. Dette representerer et mindre virkeområde enn omstøtelsesadgangen i deknl. § 5-7.⁴²

3.3. Nærmere om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 regulerer i hvilken grad en avtale om finansiell sikkerhetsstillelse, slufttavregning og finansiell sikkerhet står seg ved felles gjeldsfølgning.⁴³

I forholdet til deknl. § 5-7 er det bestemmelsens andre ledd som er interessant. Denne gjennomfører direktivets art. 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii. Som fremhevet innledningsvis fremgår det her at «[en] sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt.»

I punkt 3.5.1 og 3.5.2 under går jeg nærmere inn på vilkårene i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd, og hva disse innebærer.

3.3.1. «En sikkerhetsstillelse...»

Ordlyden i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd tilsier at bestemmelsen omfatter en videre gruppe disposisjoner. Det må imidlertid klart forstås at uttrykket her bare gjelder finansielle sikkerhetsstillelser som definert i loven § 2 bokstav c, jf. lovens § 1 annet ledd.

«Finansiell sikkerhetsstillelse" er i § 2 definert som «kontante innskudd, finansielle instrumenter og gjeldsfordringer».

Bestemmelsen kan altså komme til anvendelse på avtaler om finansiell sikkerhetsstillelser.

⁴² Se pkt. 2.1.2 foran

⁴³ Karl Rosén, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse med kommentarer*, Dalbo 2011

3.3.2. «...alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt...»

Det fremgår klart av ordlyden i «alene på det grunnlag» at bestemmelsen ikke kan ha virkning overfor andre omstøtelsesgrunnlag enn sikkerhet stilt for eldre gjeld.

Etter ordlyden i «stilt» kan bestemmelsen kun verne fra omstøtelse en sikkerhet som det allerede er oppnådd rettsvern for, jf. lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 2. Dette er imidlertid uten særlig betydning i vår sammenheng. Dersom det ikke er oppnådd rettsvern for sikkerhetsstillelsen, har jo heller ikke boet noe behov for å kreve omstøtelse.

Hva gjelder fristen for å ha rettsvern i orden, følger den av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 første ledd.

Vilkåret «pådratt» skal her forstås tilsvarende som for dekningsloven § 5-7. Gjelden skal ved lån, kredittkjøp og lignende kredittavtaler anses som pådratt når midlene går over til skyldneren, mens annen kontraktsmessig gjeld normalt må anses pådratt ved avtaleinngåelsen.⁴⁴

⁴⁴ Se Rosén s. 58-59

4. Hvilke begrensninger setter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 for adgangen til omstøtelse etter dekningsloven § 5-7.

Omstøtelse etter deknl. § 5-7 knytter seg, som det fremgår foran, til to alternative grunnlag, med en rekke vilkår tilknyttet. Det må være tale om en «pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse» som «skyldneren har foretatt» senere enn tre måneder før fristdagen, og denne kan bare omstøtes dersom den er stilt «for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt»⁴⁵ eller dersom «rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt»⁴⁶.

Der lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 enten ubetinget eller på visse vilkår gir vern mot omstøtelse av en disposisjon som ellers ville vært omstøtelig etter deknl. § 5-7, kan vi si at det er satt begrensninger, jf. oppgavens problemstilling. Det er dette som må ligge til grunn for behandlingen videre. Således må som et minimum også vilkårene for å anvende lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 være tilstede for at den skal kunne sette begrensninger for omstøtelse etter deknl. § 5-7.

4.1. Er det nødvendig med unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav b, om man forutsetter unntak fra bokstav a?

Som det fremgår av overskriften legger jeg for dette punktet til grunn at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 gir unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a.

I sin bokanmeldelse til «Konkurs» av Mads Henry Andenæs fremsetter Marhinussen at det vel «ikke [er] nødvendig med unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav b om man gjør unntak fra

⁴⁵ Dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a

⁴⁶ Dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b

bokstav a».⁴⁷ Denne er vel for så vidt å regne nærmest som et slags obiter dictum i denne sammenhengen, ettersom en bokanmeldelse vel ikke er ment å være viktig juridisk fagstoff, ei heller har påstanden en fremtredende posisjon i teksten til Marthinussen. Temaet ligger imidlertid godt innenfor rammene av problemstillingen denne oppgaven tar for seg, og jeg ønsker således å drøfte den kort.

Formodentlig må resonnetet bygge på det faktum at dekl. § 5-7 første ledd bokstav b etter forarbeidene er å regne som en «rettsteknisk utbygging av hovedregelen i § 5-7 første ledd bokstav a».⁴⁸ «Formålet med bokstav b er jo å hindre omgåelse av bokstav a», mener Marthinussen. Dette virker for så vidt logisk ved første øyekast. I det lys at bokstav b bare er en forlengelse av regelen i a, bør vel det som gir unntak fra bokstav a også i seg selv gi unntak fra bokstav b?

Så enkelt er det imidlertid ikke, da det er enkelte vesensforskjeller de to omstøtelsesadgangene imellom.

Omstøtelsesadgangen i bokstav b rammer for også forhold som er mer generelle, og ikke nødvendigvis ment å rammes av bokstav a. Herunder tilfeller unødig opphold i sikringen av rettsvern stammer fra helt andre forhold enn de som er ment å rammes under bokstav a.

Å vurdere rekkevidden av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 separat overfor de to omstøtelsesadgangene i dekl. § 5-7 har etter mitt syn også støtte i lovteksten. De to er utvilsomt alternative, og det må således være en presumsjon for at de behandles som sådan her.

Lovteksten må her veie tyngre enn forarbeidene, spesielt når de også har støtte i reglenes anvendelsesområde.

Resultatet av at forarbeidene går lenger i å betegne bestemmelsens bokstav b som underordnet bokstav a, medfører etter mitt syn i stedet at vurderingstemaene i noen grad må være sammenfallende i vurderingen som foretas opp mot lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5.

⁴⁷ Hans Fredrik Marthinussen, «Bokanmeldelse: Konkurs av Mads Henry Andenæs», Lov og Rett 2010 s. 439-442

⁴⁸ Se pkt. 2.3.6 foran

Mer plass enn dette vier jeg riktignok ikke spørsmålet, og jeg bemerker at det godt kan tenkes at det er nødvendig å skulle ha behandlet temaet i det hele tatt.

4.2. Gir loven unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav b?

Etter direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii er det gitt forbud mot visse omstøtelser «alene på det grundlag» at forpliktelsen ble pådratt før etableringen av den finansielle sikkerheten, alternativt den supplerende eller ombyttede sikkerheten.⁴⁹ Temaet tilsvarer omstøtelsesregelen i deknl. § 5-7 om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

I forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 vises det til Arbeidsgruppens redegjørelse for forholdet mellom direktivet (nærmere bestemt artikkel 8 nr. 3 bokstav a og b) og deknl. § 5-7 første ledd bokstav b:⁵⁰

«Direktivet kommer før til anvendelse når rettsvern er etablert for sikringsobjektet. Dette innebærer likevel ikke at forhold før dette tidspunktet er uten betydning for spørsmålet om omstøtelse. Det vises til at i dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b er adgangen til å omstøte knyttet til vurderingen av om rettsvernet ble brakt i orden «uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt». Dette innebærer at sikkerhetsstillelsen, selv om den er avtalt senest samtidig med at gjelden ble pådratt, og således går fri § 5-7 første ledd bokstav a, risikerer å bli omstøtt dersom rettsvernet ikke blir brakt i orden «uten unødig opphold» etter at gjelden ble pådratt. I forhold til formuesgoder som får rettsvern ved registrering, vil rettsvernet anses etablert uten unødig opphold dersom registreringen skjer innenfor normal ekspedisjonstid fra sikkerhetsstiller til sikkerhetshaver og videre til det aktuelle registreringssystemet, jf NOU 1972:20 side 294.

Dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b er i strid med direktivet artikkel 8 nr. 3 bokstav a og bokstav b punkt ii, og kan ikke opprettholdes innenfor dets område.»

⁴⁹ Se også Op.prp. nr. 22 (2003-2004) pkt. 12.2.2

⁵⁰ Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s. 56

I forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse legges det altså til grunn at omstøtelsesadgangen i deknl. § 5-7 første ledd bokstav b er i strid med direktivet.

Andenæs mener at dette er synspunktet er feilaktig og at det må bygge på «en misforståelse av ... bokstav b.» Han mener forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse er etterarbeider i forhold til dekningsloven, og at de er uten selvstendig betydning for tolkningen av deknl. § 5-7.⁵¹

I sin bokanmeldelse kontrer Marthinussen med at «forarbeidene til en lovbestemmelse som gir unntak fra omstøtelsesadgangen i dekningsloven (altså forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse i dette tilfellet), åpenbart er relevante tolkningsbidrag».⁵²

Jeg støtter meg til dette synet. Slik jeg ser det må forarbeidenes relevans her vurderes med hensyn til hvor tydelig lovgiver har hatt omstøtelsesadgangen i deknl. § 5-7 for øye. Som Marthinussen påpeker er det også tale om forarbeider til en lov som gir unntak til en bestemmelse i dekningsloven, og det fremstår som urimelig at loven skal gripe inn i dekningsloven uten at lovens forarbeider får lignende virkning. En slik svekkelse av lovforarbeidene her vil langt på vei bidra til å hule ut lovgivers evne til å manifestere sin vilje med hensyn lovens virkemåte og -område.

I utgangspunktet mener jeg således at på bakgrunn av forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse og en naturlig forståelse av ordlyden i dennes § 5 samt deknl. § 5-7 første ledd bokstav b, må rettsstilstanden være at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 gjør unntak fra omstøtelsesadgangen i deknl. § 5-7 første ledd bokstav b.

Spørsmålet har imidlertid blitt reist om dette unntaket er fullstendig, eller om det bare gjelder delvis eller på visse vilkår.⁵³ Ordlyden i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 inneholder ikke selv noe vilkår for å oppnå unntak fra omstøtelsesadgangen i bokstav b. Kjersti Skoghauge har med utgangspunkt i direktivets artikkel 8 nr. 3 annet ledd punkt ii drøftet hvorvidt

⁵¹ Andenæs s. 347 note 40

⁵² Marthinussen, «Bokanmeldelse: Konkurs av Mads Henry Andenæs», se også pkt. 4.1 foran

⁵³ Rosén s. 59

ordlyden må tolkes innskrenkende.⁵⁴ Drøftelsen knytter seg til hvorvidt det man kan innfortolke krav til et bestemt formål ved sikkerhetsstillelsen for at den skal kunne vernes av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5.⁵⁵ Direktivet stiller bare krav til vern av visse disposisjoner, og det kan således anføres at lov om finansiell sikkerhetsstillelse går videre enn direktivet krever. Skog-Hauges resonnement bygger på flere argumenter, herunder blant annet lojal gjennomføring av direktivet i norsk rett, manglende klarhet i forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, og formålsbetraktninger til loven selv. I enden kommer imidlertid Skog-Hauge til at disse kildene ikke kan veie tilstrekkelig tung til å fravike «den relativt klare ordlyden».

Drøftelsen reiser flere gode poenger omkring direktivet, og omkring lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Jeg må allikevel støtte meg til konklusjonen om at lovteksten her «vinner frem». Ordlyden «taler» etter min oppfatning tydelig gjennom sin stillhet omkring vilkårsstillelse. Det må etter min mening foreligge klare og autoritære rettskilder dersom man skal innfortolke noe som overhodet ikke har støtte i lovteksten selv. Jeg har derfor valgt å ikke bevege meg inn i de konkrete sidene av denne drøftelsen, annet enn å anerkjenne at temaet foreligger i teorien. Karl Rosén har forøvrig også omtalt Skog-Hauges drøftelse, og kommet til samme resultat som oss begge, i den forstand at det ikke kan innfortolkes noe slikt vilkår.⁵⁶

Basert på det som fremkommer her må man altså kunne legge til grunn at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 gir unntak fra omstøtelsesadgangen i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a, for de tilfeller som lov om finansiell sikkerhetsstillelse omfatter.

4.3. Gir loven unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a?

Også på dette punktet er synspunktene i teorien delt, kanskje enda sterkere så enn tilfellet for temaet i pkt. 4.2 foran.

⁵⁴ Skog-Hauge, pkt. 5.4.2 v

⁵⁵ Skog-Hauge (2005) pkt. 5.4.2 (v)

⁵⁶ Rosén s.60-61

Et naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at lov om finansiell sikkerhet § 5 også (innenfor sitt virkeområde) er til hinder for omstøtelse etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a. Herunder at omstøtelse kan skje etter førstnevnte for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt» (min uth.), og at omstøtelse skal være unntatt der grunnlaget alene er «at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt» (min uth.).

I forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse er det imidlertid lagt til grunn at direktivet ikke stiller krav til at det gjøres unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a. Fra arbeidsgruppens innspill i forarbeidene:⁵⁷

«I henhold til dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a kan «[p]antsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen (...) omstøtes dersom pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har på dratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt.

Det avgjørende i forhold til § 5-7 bokstav a er om gjelden eksisterte før sikkerheten ble avtalt. Dersom panteretten ble tilsagt ved gjeldens stiftelse, som et vilkår for avtaleinngåelsen, vil forholdet ikke rammes av § 5-7 bokstav a. I de forholdene direktivet tar sikte på å regulere, vil det normalt ikke oppstå en situasjon der den relevante finansielle forpliktelsen pådras før det er avtalt at det skal stilles sikkerhet. Når det således for eksempel stilles sikkerhet eller supplerende sikkerhet grunnet verdiendringer i stilt sikkerhet eller forpliktelser i samsvar med en for lengst inngått OSLA-avtale, ble sikkerhetsstillelsen avtalt før eller samtidig med at forpliktelsen (gjelden) oppsto. Norsk rett er dermed i samsvar med artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii.»

Forarbeidene begrunner altså standpunktet i at de forhold som direktivet, og lov om finansiell sikkerhetsstillelse som en ikrafttredelse av direktivet søker å regulere, normalt ikke passer overens med de disposisjoner som vil være omstøtelige etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a. Herunder at den bygger på en forståelse av sistnevnte som ikke omfatter tilfeller der gjelden er pådratt samtidig som sikkerheten avtales stilt.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 56

Andenæs har på sin side lagt til grunn at lov om finansiell sikkerhetsstillelse bør tolkes i tråd med formålet om å «åpne for at det innenfor lovens område kan avtales plikt til å stille ny eller supplerende sikkerhet som kan gjennomføres uten hinder av reglene om omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld i dekl. § 5-7», og som en følge av dette må innebære et unntak fra adgangen til omstøtelse etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.⁵⁸ At forarbeidene legger motsatt løsning til grunn er etter hans syn et resultat av «en misforståelse av ... bokstav a» og ettersom «forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse er etterarbeider i forhold til dekningsloven, har de ingen selvstendig betydning for tolkingen av dekl. § 5-7».⁵⁹ Andenæs' anførsel om at forarbeidene ikke har selvstendig betydning som tolkningsfaktor er allerede trukket frem under pkt. 4.2 foran. Som det fremgår der, bør en slik forståelse ikke legges til grunn. Andenæs' synspunkt virker imidlertid primært å bygge på en formålstolkning av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd, og bør først og fremst vurderes etter dette.

Rosén fremholder at et naturlig forståelse av ordlyden i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd tar for at den gjør unntak fra omstøtelse etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Han mener allikevel at forarbeidenes tolkning av dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a er i tråd med dens ordlyd. Og at synspunktet til Andenæs må bygge på en utvidende tolkning av bestemmelsen som lar den omfatte situasjoner hvor partene «samtidig med at skyldneren pådrar seg usikret gjeld avtaler at pantaveren i gitte situasjoner kan kreve sikkerhet for gjelden», og at forarbeidenes synspunkt på emnet her ikke kan opprettholdes dersom en slik tolkning kan legges til grunn.⁶⁰

Rosén finner imidlertid at verken ordlyden eller forarbeidene gir grunnlag for en forståelse av dekl. § 5-7 første ledd bokstav b, som den Andenæs anfører. Han trekker videre frem at formålet med omstøtelsesregelen her heller ikke passer godt på sikkerhetsstillelse for ny gjeld, ettersom denne «har formodningen for seg at den har vært kredittskapende».⁶¹

⁵⁸ Andenæs s. 347

⁵⁹ Andenæs s. 347 note 40

⁶⁰ Rosén s. 59-60

⁶¹ Rosén s. 60

Her er jeg tilbøyelig til å enes med Rosén, og med synet som fremgår av forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Hensynene som står sentralt for omstøtelsesadgangen etter dekl. § 5-7 førsteledd bokstav a gjør seg i vesentlig mindre grad gjeldende.

Hauge stiller seg for øvrig spørsmålet om hvorvidt et eventuelt vern mot omstøtelse på område for dekl. § 5-7 første ledd bokstav a i det hele tatt har en reell betydning på området for lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Hun legger til grunn at man om så er tilfelle må forvente «at de fleste finansinstitusjoner vil innta en standardklausul om rett til å kreve tilleggsikkerhet i sine låneavtaler, og dermed få beskyttelse mot omstøtelse av senere stilte sikkerheter etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5».⁶² Også Rosén påpeker at «[d]en praktiske betydningen av om situasjonene med forhåndsavtale og senere etablering av sikkerhet er omfattet av omstøtelsesregelen i bokstav a, er normalt begrenset».⁶³ Han begrunner dette med at rettsvern uansett må etableres innenfor tidsrammen i bokstav b, altså «uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt». Det er imidlertid, som han også påpeker, ikke uten betydning i denne sammenheng at direktivet etter hans (og mitt, jf. pkt. 2.4 foran) syn stiller krav om at man gjør unntak i den alternative omstøtelsesadgangen i bestemmelsens første ledd bokstav b.

Som det fremgår her, er det større grunn til å knytte usikkerhet til hvordan lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 setter begrensninger for adgangen til omstøtelse etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a, enn tilsvarende tema for bokstav b. At lovgiver har valgt en ordlyd i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd som ikke er intuitiv med de sterkeste rettskilder for øvrig, hjelper heller ikke saken. Allikevel formoder jeg med noe usikkerhet at bestemmelsen nok ikke gir vern for omstøtelse etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

⁶² Hauge pkt. 5.4.2 ii

⁶³ Rosén s. 60

5. Rettstilstanden

Under dette punktet har jeg forsøkt å gi et bilde av rettstilstanden, slik jeg med utgangspunkt i behandlingen foran ser den.

Hensikten med oppgaven har altså vært å svare på hvilke konkrete begrensninger lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 setter for adgangen til omstøtelse etter dekl. § 5-7. Eller, oppstilt litt annerledes, hvilke forhold som må foreligge for at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 skal verne fra omstøtelse etter dekl. § 5-7. For illustrasjonens skyld forutsettes det i det videre at vilkårene for omstøtelse etter dekl. § 5-7 selv er innfridd.

Dernest må lov om finansiell sikkerhetsstillelse komme til anvendelse. Den aktuelle sikkerhetsstillelsen må således ta form som en finansiell sikkerhetsstillelse.⁶⁴ Loven gjelder heller ikke overfor fysiske personer, det må således være tale om en juridisk person eller institusjon.⁶⁵

Er vilkårene foran innfridd overfor en disposisjon som er omstøtelig etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav b, gir lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 vern mot omstøtelsen. Teorien er ikke fullstendig enstemt på dette punkt, men det er min oppfatning at det må være tilfellet at slikt vern gis.

For den alternative omstøtelsesadgangen i dekl. § 5-7 første ledd bokstav b er det større usikkerhet knyttet til gjeldende rett. Formodningen må allikevel under noe tvil være at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 ikke gir vern mot omstøtelse etter denne. Som nevnt i pkt. 4.3 foran er det heller ikke sikkert at utfallet får stor praktisk betydning for området lov om finansiell sikkerhetsstillelse skal regulere.

⁶⁴ Jf. loven § 5 annet ledd, jf. loven §§ 1 første ledd og 2 bokstav c

⁶⁵ Jf. loven § 1 tredje ledd

Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009)

Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg, «Introduksjon til reglene om omstøtelse, artikkel i Jussens Venner (2014) (JV-2014-61)

Marthinussen, Hans Fredrik, «Bokanmeldelse: Konkurs av Mads Henry Andenæs», *Lov og Rett* (2010) s. 439-442

Rosén, Karl, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse med kommentarer* (Dalbo 2011)

Skog-Hauge, Kjersti, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse - med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld», Spesialoppgave ved UiO (2005) (i skrivende stund tilgjengelig på Konkursrådets hjemmesider: <http://www.konkursradet.no/lov-om-finansiell-sikkerhetsstillelse.5305110-307312.html>)

Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer* (Oslo 2015)