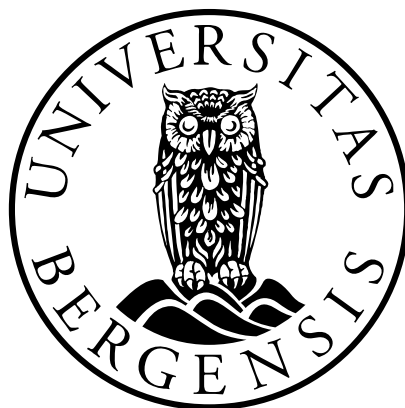


Om omstøtelse av tilleggssikkerhet og rekkevidden av unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5

Kandidatnummer: 192999

Veileder: Hans Fredrik Marthinussen

Antall ord: 11973



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2013

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	4
2 Omstøtelse etter dekningsloven § 5-7	5
2.1 Omstøtelsesreglene	5
2.2 Dekningsloven § 5-7.....	6
2.3 Omstøtelse av tilleggssikkerhet etter dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a.....	7
2.3.1 Bestemmelsens ordlyd.....	7
2.3.2 Uttalelser i forarbeidene	8
2.3.3 Uttalelser i juridisk litteratur	11
2.3.4 Utsyn: Omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld i svensk og dansk rett	13
2.3.5 Reelle hensyn og oppsummering	15
2.4 Bør det innføres ordinærreservasjon i dekningsloven § 5-7?	17
3 Unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd	18
3.1 Innledning.....	18
3.2 Nærmere om bakgrunn og formål	18
3.3 Virkeområde	19
3.3.1 Saklig virkeområde	19
3.3.2 Personelt virkeområde.....	20
3.4 Lov om sikkerhetsstillelse § 5	21
3.4.1 Innledning.....	21
3.5 Hvor langt rekker unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd? ...	22
3.5.1 Bestemmelsens ordlyd.....	22
3.5.2 Uttalelser i forarbeidene	25
3.5.3 Presumsjonsprinsippet og hensynet til direktivkonform fortolkning	25
3.5.4 Uttalelser i juridisk litteratur	26
3.5.5 Oppsummering og reelle hensyn.....	28
3.5.6 Må lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd tolkes innskrenkende slik at det kreves et bestemt formål med tilleggssikkerheten?.....	29
3.6 Unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav b.....	30
4 Avslutning	31

Litteraturliste 33

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Tema for oppgaven er omstøtelse av tilleggssikkerhet og rekkevidden av unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd.

Etter dekningsloven¹ § 5-7 kan en skyldners sikkerhetsstillelse for sin eldre gjeld på visse vilkår omstøtes på objektivt grunnlag:

«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 allerede har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, eller

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

Formålet med denne fremstillingen er for det første å gjøre rede for om kreditors rett til tilleggssikkerhet er gjenstand for omstøtelse etter dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a – med andre ord om tilleggssikkerheten er sikkerhet for eldre gjeld. Dette spørsmålet ble aktualisert i juridisk litteratur ved ikrafttreddelsen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Det måtte i denne sammenheng foretas en tolkning av dekningsloven § 5-7 for å avklare bestemmelsens rekkevidde, og avgjøre i hvilket omfang man måtte gjøre unntak fra omstøtelsesregelen.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse gjennomfører Direktiv 2002/47/EF om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse. Direktivets formål var blant annet å bidra til å effektivisere grenseoverskridende transaksjoner mellom sentralbanker og aktører på pengemarkedet.² Loven kommer til anvendelse på avtaler blant annet om sikkerhetsstillelse mellom finansinstitusjoner m.m. og enhver juridisk person.

I lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd fremgår det at «(e)n sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt.»

Oppgavens andre del har således til formål å redegjøre for hvor langt unntaket fra dekningsloven § 5-7, i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd rekker – om det må gjøres unntak fra både bokstav a og bokstav b i dekningsloven § 5-7.

For å illustrere disse problemstillingene tas det utgangspunkt i følgende scenario: en klassisk lånefinansiert aksjeinvestering mellom et lite aksjeselskap og en bank. Denne skjer eksempelvis ved 20 % egenkapital og 80 % lånefinansiering. Banken har i utgangspunktet

¹ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett, som trådte i kraft 1. januar 1986

² Jf. Fortalen pkt. 12 i EU-direktiv 2002/47/EF om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse

sikkerhet i de innkjøpte aksjene, men avtalen inneholder også et punkt om at låntaker plikter å stille ytterligere sikkerhet på nærmere angitt vilkår dersom aksjene synker mer enn for eksempel 15 % i verdi. Tilleggssikkerhet i dette eksempelet er en panterett, tilleggssikkerhet i den videre fremstillingen vil således defineres som sikkerhet i form av pant.

Oppgaven struktureres altså som to deler, der første del tar for seg spørsmålet om etablering av tilleggssikkerhet i tråd med forutgående avtale kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a. Selv om scenarioet gjelder avtale mellom en juridisk person og en bank, vil spørsmålet også være aktuelt der pantaver er en privatperson.

Spørsmålet om hvor langt unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd behandles i fremstillingens andre del.

Scenarioet ovenfor vil hele tiden fungere som et bakteppe og en illustrasjon av problemstillingen.

2 Omstøtelse etter dekningsloven § 5-7

2.1 Omstøtelsesreglene

Omstøtelsesreglene er en særlig gruppe regler om tilsidesettelse av disposisjoner foretatt før boåpningen som forringer skyldneres formuesstilling eller forfordeler fordringshavere.³ Boforringelser vil være disposisjoner som medfører at debitors formue reduseres eller gjelden økes. Kreditorbegunstigelser peker på disposisjoner som på en eller annen måte fører til en forfordeling av kreditorene.⁴

Slike forringende eller kreditorbegunstigende disposisjoner vil kunne rukke ved det grunnleggende premisset om likebehandling av kreditorene og dermed også ved selve gjeldsforhandlings- og konkursinstituttene.⁵

Reglene om omstøtelse får først og fremst anvendelse i konkurs, jf. dekningsloven § 5-1. I tillegg får reglene også anvendelse ved offentlig skifte av insolvent dødsbo⁶, offentlig tvangsakkordforhandling og offentlig administrasjon av banker. I denne oppgaven er imidlertid fokuset på omstøtelse i konkurs.

Det har tradisjonelt vært vanlig å skille mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler.

Hovedforskjellen mellom subjektive og objektive omstøtelsesregler er at den subjektive regelen i dekningsloven § 5-9 gjelder disposisjoner som på utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning m.v., og hvor den annen part *kjente eller burde kjent*

³ Jf. Mads Henry Andenæs, Konkurs, 3. utg., Oslo 2009 (forkortet Andenæs), s 285.

⁴ Jf. Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3, Bergen 1993 (forkortet Huser) , s. 49.

⁵ Jf. Huser, s. 49, med videre henvisning til Lennander 18.

⁶ Se Skifteloven kap. 15

til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Dekningsloven § 5-9 inneholder altså et vilkår om ond tro.

Dekningsloven § 5-7, som er tema i denne oppgaven, er en av de objektive omstøtelsesreglene. Disse bestemmelsene skal ivareta behovet for regler som er retts teknisk enkle å praktisere, ved at de omfatter typetilfeller av antatt utilbørlige disposisjoner. Dette vil være disposisjoner som er foretatt på et tidspunkt hvor det må antas at skyldneren var insolvent, og som kan være illojale mot resten av kreditorfellesskapet.⁷ Bestemmelsene er utformet med tanke på å begrense betydningen av rettsanvenderens skjønnsmessige vurderinger av transaksjonene. Dette vil medføre at retts tekniske hensyn vil ha relevans ved tolkningen av § 5-7.

2.2 Dekningsloven § 5-7

Dekningsloven § 5-7 regulerer omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Regelen viderefører i stor grad konkursloven av 1863 § 45.⁸ Dette innebærer blant annet at eldre retts praksis er relevant også for tolkningen av den nåværende bestemmelsen.

Bestemmelsen gjelder for frivillige rettsstiftelser, panterett som er oppnådd ved utlegg reguleres av § 5-8. Heller ikke pantsettelse av enkle pengekrav omfattes av bestemmelsen, slike må i tilfelle omstøtes etter § 5-5.

Man ser av ordlyden at omstøtelsesadgangen etter § 5-7 ikke knytter seg til vilkår om at sikkerhetsstillelsen er ekstraordinær, slik som for omstøtelse av betalinger etter § 5-5. Omstøtelse etter regelen i § 5-7 er altså i utgangspunktet ubetinget, og dermed mer firkantet og streng overfor den begunstigede fordringshaver enn hva som er tilfellet i § 5-5.⁹

Begrunnelsen for regelen er at pantsettelse i slike tilfeller virker som en forfordeling av kreditorene ved at pantshaver får sikret sitt krav på bekostning av kreditorfellesskapet. Pantsettelsen vil heller ikke tilføre debitor noen ny kapital som kan komme pantsetters virksomhet, og dermed de øvrige kreditorene til gode.

I tillegg er det slik at når dette har skjedd i de siste tre månedene før fristdagen, er det generelt sett grunn til å anta at debitor var insolvent og at pantsettelsen kan være motivert av debtors svake økonomi. På denne bakgrunn kan omstøtelse skje uten at det kreves bevis for insolvens eller ond tro.

Bokstav a sier at sikkerheten kan omstøtes dersom «pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt. » Det er dette vilkåret som er kjernen i oppgaven, og vil behandles nedenfor.

⁷ Jf. Andenæs, s. 288

⁸ Jf. Ot.prp. nr. 50 (1980-1981), s. 169

⁹ Jf. Andenæs, s. 335

I bokstav b heter det at sikkerheten alternativt kan omstøtes dersom «rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt.» Denne bestemmelsen skal være en regel som skal hindre omgåelser av hovedregelen i bokstav a. Forutsetningen er at panteretten fremtrer som stiftet samtidig med gjelden. At rettsvernet ikke er blitt ordnet uten unødig opphold, kan tyde på at panterettens stiftelse er antedatert og at den faktisk er stiftet etter at gjelden er pådratt.¹⁰ Det er slike svikaktige disposisjoner som er begrunnelsen for bestemmelsen. Men av retts tekniske hensyn rammer den også tilfeller hvor panteretten beviselig er etablert før gjelden ble pådratt, men hvor man av andre grunner er sent ute med å etablere rettsvern.

2.3 Omstøtelse av tilleggssikkerhet etter dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a

2.3.1 Bestemmelsens ordlyd

I bokstav a heter det som nevnt at det kan omstøtes dersom «pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt.»

Vilkåret er, etter en naturlig forståelse av ordlyden, at sikkerhetsstillelsen må være avtalt *senest samtidig med at gjelden ble pådratt*. Det må dermed fastlegges når gjelden anses å være pådratt.

Tidspunktet for når gjelden anses pådratt kan variere noe ut i fra hvilke avtaler det er tale om. I denne fremstillingen vil det være gjeld knyttet til lån, kredittkjøp og lignende kredittavtaler som er aktuelt.

For at en gjeld naturlig skal kunne omtales som «pådratt» må det kreves at det er oppstått en betalingsforpliktelse. Plikten til å betale tilbake lånet, oppstår i det pengene blir utbetalt av kreditor. Gjelden vil altså være pådratt når midlene er overgitt til skyldneren.

Dette tidspunktet må etter ordlyden holdes opp mot tidspunktet da «sikkerhetsretten ble avtalt», slik at panterett som er avtalt etter at det lånet den skal sikre er utbetalt, er gjenstand for omstøtelse.

Et eksempel på dette er situasjoner der skyldneren pådrar seg usikret gjeld, og på et senere tidspunkt stiller sikkerhet for lånet. Dette er den klassiske pant for eldre gjeld-situasjonen og kjerneområdet for bestemmelsen.¹¹

Det må imidlertid vurderes hvor langt omstøtelsesadgangen i dekningsloven § 5-7 bokstav a rekker, og om tilfeller med avtalt adgang til tilleggssikkerhet som i eksempelet i innledningen omfattes. Det avgjørende blir å fastlegge når «sikkerhetsretten ble avtalt». Nærmere bestemt om sikkerhetsretten blir avtalt på det tidspunktet avtalen som gir plikt til eventuell senere

¹⁰ Jf. NOU 1972:20, s. 294

¹¹ Jf. Andenæs, s. 340

tilleggssikkerhet blir inngått, eller når denne plikten utløses og den konkrete sikkerheten stilles.

Spørsmålet om sikkerheten regnes som avtalt ved avtalen om plikt til eventuell senere tilleggssikkerhetsstillelse, eller først når en konkret sikkerhet faktisk stilles.

En naturlig forståelse av at sikkerhetsstillelsen må være «avtalt» peker på at det må foreligge en bindende avtale mellom partene. Det er imidlertid ikke klart, ut fra ordlyden, om det eneste kravet er at avtalen må være bindende mellom partene, eller om det i tillegg må legges til grunn at avtalen må gjelde sikkerhet i et konkret formuesgode.

På den ene siden kan henvisningen til de avtalerettslige reglene tilsi at eneste vilkår er at avtalen er bindende, og at det ikke gjelder et krav om konkretisering av formuesgodet.

På den annen side fremgår det av ordlyden at tidspunktet som skal fastlegges er når «sikkerhetsretten ble avtalt». Naturlig ordlydsforståelse tilsier at man dermed ikke kan vurdere tidspunktet for når avtalen ble bindende isolert sett, men at vurderingstema blir når *sikkerhetsretten* ble avtalt.

Bruken av bestemt form, sikkerhetsretten, i lovteksten kan peke på at det må dreie seg om en konkret sikkerhet, slik at det er tidspunktet når man faktisk avtaler sikkerhet i et konkret formuesgode som skal legges til grunn. En slik forståelse kan dermed tilsi at sikkerhetsretten regnes som avtalt når en konkret sikkerhet faktisk stilles.

En slik tolkning medfører at det er tidspunktet for når sikkerhetsretten blir aktualisert som må legges til grunn, og sammenlignes med når gjelden ble pådratt. Overført til eksempelet i innledningen, fører dette til at tilleggssikkerheten kan omstøtes – til tross for at plikt til å stille tilleggssikkerhet ble avtalt før gjelden ble pådratt, ble ikke plikten aktualisert før aksjene falt i verdi. Det er først på dette tidspunktet at tilleggssikkerheten stilles. Det vil si at den konkrete sikkerhetsretten ble avtalt etter at gjelden ble pådratt.

Det må likevel understrekes at ordlyden ikke er klar når det gjelder dette spørsmålet.

2.3.2 Uttalelser i forarbeidene

Det er primært NOU:1972:20 og Ot.prp. nr. 50 1980-81 som kan inneholde bidrag til tolkningen av dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a.

Det tas imidlertid ikke direkte stilling til om tilleggssikkerhet kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a. Utvalget viser først og fremst til de tilfeller hvor «gjeld som er stiftet som en vanlig personlig fordring for debitor, senere blir pantsikret.»¹²

Man ser altså at utvalget kun viser til den klassiske situasjonen for pant for eldre gjeld i tilknytning til tolkningen av bokstav a. Dette kan tolkes som om det bare er slike tilfeller

¹²Jf. NOU 1972:20 s. 294.

regelen i bokstav a omfatter, slik at avtale om tilleggssikkerhet ikke er ment dekket av regelen og dermed ikke kan omstøtes.

Det må likevel antas at praksisen innen kapitalmarkedet med bruk av rammeavtaler som på visse vilkår gir rett til tilleggssikkerhet ikke var særlig utbredt på tidspunktet for utarbeidelsen av dekningsloven. Det synes dermed som om dette problemet ikke har vært noe man har vært oppmerksom på ved lovarbeidet.

Dette kan støttes av at spørsmålet om omstøtelse av tilleggssikkerhet etter dekningsloven § 5-7(1) bokstav a ikke har blitt behandlet i juridisk litteratur før direktivet om avtaler om finansiell sikkerhet aktualiserte problemstillingen.

På denne bakgrunn kan ikke forarbeidenes fokus på den klassiske pant for eldre gjeld situasjonen isolert sett stenge for omstøtelse av finansiell tilleggssikkerhet.

Forarbeidene til lov om finansiell sikkerhet inneholder imidlertid et mulig tolkningsbidrag til forståelsen av dekningsloven § 5-7.

Direktiv om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse skal sikre at det kan avtales plikt til å stille ny eller supplerende sikkerhet som kan gjennomføres uten hinder av reglene i dekningsloven § 5-7¹³. Ved implementeringen av direktivet måtte det i forarbeidene til loven foretas en tolkning av dekningsloven § 5-7 for å avklare bestemmelsens rekkevidde, og dermed avgjøre i hvilket omfang man måtte gjøre unntak fra omstøtelsesregelen.

I Ot.prp nr. 22 (2003-2004) vises det til betraktningene i arbeidsgrupperapporten¹⁴, uten at det tilføres noen selvstendige vurderinger av betydning.

Arbeidsgruppen uttaler at det som er avgjørende mht. § 5-7 (1) bokstav a, er om gjelden eksisterte før sikkerhetsretten ble avtalt. Arbeidsgruppen foretar dermed en tolkning av dette vilkåret.

Arbeidsgruppen mener at tidspunktet for når sikkerhetsretten ble avtalt er tidspunktet for inngåelsen av avtalen om eventuell tilleggssikkerhet, og ikke tidspunktet for den konkrete sikkerhetsstillelsen. Så lenge denne avtalen inngås før gjelden stiftes, vil tilleggssikkerheten altså gå klar av dekningsloven § 5-7 bokstav a. Arbeidsgruppen viser til at i slike tilfeller vil panteretten være et vilkår for avtaleinngåelsen.¹⁵

Med grunnlag i en slik forståelse av dekningsloven § 5-7 bokstav a, uttaler arbeidsgruppen at det innenfor direktivets virkeområde ikke vil oppstå situasjoner der den relevante finansielle forpliktelsen pådras før det er avtalt at det skal stilles sikkerhet. Det konkluderes derfor med

¹³Jf. Rapport fra arbeidsgruppe oppnevnt av Finansdepartementet, Utkast til lov om finansiell sikkerhetsstillelse s. 59 (Tilgjengelig http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fin/hdk/2003/0056/ddd/pdfv/171834-rapport_-_finansiell_sikkerhetsstillelse.pdf)

¹⁴ Rapport fra arbeidsgruppe oppnevnt av Finansdepartementet, Utkast til lov om finansiell sikkerhetsstillelse

¹⁵ Se arbeidsgrupperapporten s. 59

at norsk rett er i samsvar med direktivet på dette området, slik at det ikke er nødvendig å gjøre unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.¹⁶

Det vises videre til at selv om sikkerhetsstillelsen går fri av regelen i bokstav a, risikerer den å bli omstøtt dersom rettsvernet ikke blir brakt i orden «uten unødig opphold» etter at gjelden ble pådratt, jf. dekningsloven § 5-7(1) bokstav b. Bakgrunnen er at rettsvernet i tilfeller med avtalt rett til tilleggssikkerhet ikke kan ordnes før tilleggssikkerhetsretten blir aktuell, og blir således ikke brakt i orden «uten unødig opphold» etter at gjelden ble pådratt.

Departementet konkluderer med dette at dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b er i strid med direktivet art 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii), og ikke kan opprettholdes innenfor dets område.

Som det fremgår ovenfor er synet til arbeidsgruppen at tidspunktet for avtaleinngåelsen, og ikke tidspunktet for den konkrete sikkerhetsstillelsen, som er avgjørende i henhold til § 5-7 bokstav a.

Ordlyden i bestemmelsen er som nevnt ikke klar på dette punktet. Det fantes heller ingen rettspraksis som tok stilling til spørsmålet på tidspunktet da arbeidsgruppen kom med denne rapporten. Det samme gjelder juridisk teori. Spørsmålet fremsto altså som ganske uklart, noe som arbeidsgruppen burde ha fremhevet i denne rapporten. Arbeidsgruppen skulle også ha redegjort nærmere for bakgrunnen for at de falt ned på denne løsningen, samt hvilke grunner som kunne tale i mot.

Spørsmålet blir da hvilken vekt disse uttalelsene vil ha ved tolkningen av dekningsloven § 5-7.

Det er på det rene at dette er etterarbeider med hensyn til dekningsloven § 5-7. Høyesterett og juridisk teori har likevel åpnet for at etterarbeider har relevans som rettskilde.¹⁷ Det er dermed ikke tvilsomt at uttalelsene vil ha en viss relevans ved tolkningen av dekningsloven § 5-7, men hvilken vekt uttalelsene vil ha må vurderes konkret.

På bakgrunn av Høyesteretts praksis¹⁸ er det først og fremst forarbeider til endringslover som har blitt vektlagt ved tolkningen. Bakgrunnen for dette er trolig at man i slike tilfeller har en sterk saklig sammenheng mellom etterarbeidene og bestemmelsen som tolkes. I tillegg synes det som om vekten til etterarbeider varierer ut i fra om man har andre klare rettskilder, hvor godt begrunnet standpunktet i etterarbeidene er og om etterarbeidene har bidratt til å klargjøre rettstilstanden. Vekten må med andre ord vurderes ut i fra hvor godt forutberegnelighetshensynet, og hensynet til å beskytte en etablert praksis som med rimelig grunn har innrettet seg på, er ivaretatt.

¹⁶ Jf. arbeidsgrupperapporten, s. 59

¹⁷ Jf. for eksempel Rt. 2009 s. 578 og Rt. 2012 s. 585 og Erik Magnus Boe, Rettskildelære under debatt, Oslo 2012, s. 226 flg.

¹⁸ Se for eksempel Rt 2009 s. 546

I tilfeller som denne, hvor man har forarbeidsuttalelser vedrørende tolkningen av dekningsloven § 5-7 for å kartlegge omfanget av unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse, vil man også ha en slik saklig sammenheng mellom bestemmelsen og etterarbeidene. Men den saklige sammenhengen vil ikke være like sterk som ved forarbeider til endringslover. Videre vil hensynet til forutberegnelighet være dårligere sikret ved å vektlegge uttalelser i forarbeider til en lov som har svakere saklig sammenheng, som lov om finansiell sikkerhetsstillelse, enn ved å vektlegge uttalelser i forarbeider til endringslover. Grunnen til dette er nettopp at sammenhengen er mindre klar, og det vil dermed være vanskeligere å orientere seg i rettskildene.

At uttalelsene i forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse fremstår som dårlig begrunnet må derfor svekke vekten av disse. I tillegg er det ikke slik at uttalelsene har bidratt til å klargjøre rettstilstanden når det gjelder forståelsen av dekningsloven § 5-7 bokstav a. Tvert i mot ser man nedenfor at meningene i juridisk litteratur er sprikende når det gjelder spørsmålet om tilleggsikkerhet kan omstøtes etter bokstav a.

Samlet medfører dette at forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse neppe kan tillegges særlig vekt.

2.3.3 Uttalelser i juridisk litteratur

Meningene i juridisk teori er delte når det gjelder spørsmålet om sikkerheten regnes som avtalt ved avtalen om plikt til eventuell senere sikkerhetsstillelse, eller først når en konkret sikkerhet stilles.

Andenæs uttaler at man kan omstøte tilleggsikkerhet som har hjemmel i partenes opprinnelige avtale. Til tross for at lovens ordlyd er uklar, mener han at det er mest naturlig å forstå loven slik at den opprinnelige avtalen må gjelden en aktuell sikkerhetsstillelse for å kunne anses som pant for eldre gjeld. Dette er i tråd med drøftelsen av lovens ordlyd ovenfor. Det virker altså som om Andenæs mener at sikkerheten først regnes som avtalt, etter dekningsloven § 5-7 bokstav a, når en konkret sikkerhet stilles.¹⁹

Brækhus/Berg²⁰ synes å ha en annen oppfatning av dette spørsmålet. Det tas opp i tilknytning til behandlingen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse og inngår i hans vurdering om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.

Det uttales at det er uklart om ordlyden i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd er til hinder for at det kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 (1) bokstav a. Han faller imidlertid ned på at § 5 annet ledd ikke stenger for dette. Det vises videre til forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, der det eksplisitt legges til grunn at dekningsloven § 5-7 bokstav b er i strid med direktivet.

¹⁹ Jf. Andenæs, s. 340

²⁰ Jf. Sjur Brækhus, Omsetning og kreditt, Pant og annen realsikkerhet, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg, Oslo 2005 (forkortet Brækhus/Berg), s. 260

Ut i fra dette må Brækhus/Bergs forutsetning være at etablering av tilleggsikkerhet i tråd med forutgående avtale ikke kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a. I motsatt fall, ville man måtte komme til at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd var et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a for ikke å komme i strid med direktivet. Som man ser i del 2 er formålet bak direktivet at man har fleksibilitet til å avtale plikt til å stille tilleggsikkerhet uten hinder av regelen i § 5-7.²¹

Det må altså legges til grunn at Brækhus/Berg mener at tilleggsikkerhet ikke kan omstøtes etter § 5-7 bokstav a. Ettersom Brækhus/Berg ikke foretar en tolkning av dekningsloven § 5-7, fremgår det ikke direkte hva som er grunnlaget for denne slutningen. Det må likevel antas å være at han forstår § 5-7 slik at sikkerheten regnes som avtalt ved inngåelsen av avtalen som gir plikt til eventuell senere sikkerhetsstillelse. Dette støttes ved at han viser til forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, som også legger en slik forståelse av ordlyden i § 5-7 bokstav a til grunn.

Også Lilleholt²² kommer inn på tolkningen av dekningsloven § 5-7(1) bokstav a i forbindelse med behandlingen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Han viser til forarbeidene til loven, og mener at tolkningen som legges til grunn her ikke kan være riktig. Han mener at dekningsloven § 5-7(1) må forstås slik at pantet ikke regnes som avtalt før det er gjort bindende avtale om pantsettelse av et bestemt formuesgode. Han tolker med andre ord bestemmelsen på samme måte som Andenæs ovenfor. Lilleholt mener at denne tolkningen «mellom anna» fremgår av «at orda «stilt» og «avtala» synes brukt i samme tyding i bokstav a».

Det er dermed ikke tvilsomt at Lilleholt mener at bestemmelsen i dekningsloven § 5-7(1) bokstav a må forstås slik at sikkerheten «blir avtalt» først når en konkret sikkerhet faktisk stilles. Det er imidlertid ikke lett å forstå begrunnelsen Lilleholt viser til - at denne tolkningen fremgår av at «stilt» og «avtalt» forstås likt i dekningsloven § 5-7 bokstav a. Dette kunne dermed ha blitt utdypet.

Rosén legger til grunn at forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse tolker dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a i samsvar med dens ordlyd. Han mener at Andenæs tolker bestemmelsen utvidende og lar den omfatte «situasjoner hvor partene samtidig med at skyldneren pådrar seg usikret gjeld avtaler at panthaver i gitte situasjoner kan kreve sikkerhet fra gjelden».²³

Rosén mener at det ikke finnes holdepunkter verken i ordlyden eller forarbeidene for den forståelsen av bestemmelsen som Andenæs fremholder. Han viser videre til en del av begrunnelsen for regelen, som er at sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ikke er kredittskapende, og dermed står i en annen stilling enn ny gjeld. Bakgrunnen er at debitor blir tilført nye midler ved pantsettelse av ny gjeld, mens dette ikke skjer ved pantsettelse av gammel gjeld. Resonnementet til Rosén er at når det avtales en rett til å kreve sikkerhet i forbindelse med at

²¹ Jf. Ot.prp.nr. 22 (2003-2004) s. 55, med videre henvisning til fortalen punkt 16,

²² Jf. Kåre Lilleholt, Finansiell trygdgjevning, Håkonarmål, Bergen 2006, s. 30-31

²³ Jf. Karl Rosén, Lov om finansiell sikkerhetsstillelse med kommentarer, Oslo 2011 (forkortet Rosén) s. 59 flg.

gjelden blir pådratt, har det formodningen for seg at denne virker motiverende for kredittstilelsen. Dermed slår begrunnelsen bak regelen ikke til.²⁴

Det synes for det første noe bastant når Rosén hevder at det ikke er holdepunkter i ordlyd eller forarbeider for at det kan omstøtes i slike tilfeller.

Når det gjelder forarbeidene til dekningsloven er det som nevnt slik at disse kun viser til den klassiske pant for eldre gjeld-situasjonen i forbindelse med bokstav a. Som det fremgår ovenfor kan imidlertid ikke dette tas til inntekt for at lovgiver har ment at bestemmelsen ikke skal ramme tilleggssikkerhet. Det synes ikke som om dette spørsmålet kom på spissen under lovarbeidet.

I tilknytning til lovens ordlyd er det klart at tilfellet med avtalt rett til tilleggssikkerhet ikke er kjernen i regelen i § 5-7 bokstav a. Men når det gjelder den nærmere grensetrekningen av regelens anvendelsesområde kan det ikke sies å være klart hvor denne går.

Det synes dermed lite nyansert når Rosén hevder at det ikke finnes holdepunkter i lovens ordlyd for at tilleggssikkerhet kan omstøtes og man får inntrykk av at han underspiller at lovens ordlyd ikke er klar på dette punkt.

Til slutt viser Rosén til at loven er begrunnet i at det vil være kredittskapende med adgang til å stille tilleggssikkerhet i slike tilfeller, ettersom rett til tilleggssikkerhet vil være en forutsetning for at man får tilført nye midler gjennom lånet. Han mener dermed at begrunnelsen bak regelen ikke slår til, nettopp siden forutsetningen for at det skal kunne omstøtes i slike tilfeller er at man ikke får tilført nye midler som kommer kreditorfellesskapet til gode. Dette hensynet taler for at det ikke bør kunne omstøtes etter § 5-7 bokstav a i slike tilfeller.

2.3.4 Utsyn: Omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld i svensk og dansk rett

Omstøtelsesreglene og en rekke andre materielle konkursrettslige regler, er blitt til som ledd i et nordisk lovsamarbeid.²⁵ Resultatet er at lovreglene på svært mange punkter er sammenfallene eller like. I lys av dette kan man ved å se på de danske og svenske reglene få en forståelse om hva man felles har ment om disse reglene.

Disse kildene vil være spesielt interessant i tilknytning til dette spørsmålet, ettersom dette er et område der det ikke finnes mange klare norske rettskilder.

I dansk rett er omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld i utgangspunktet regulert i konkursloven § 70. Her heter det at «*Panteret eller anden sikkerhedsret, som ikke er tilsagt fordringshaveren ved gældens stiftelse, eller som ikke er sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold efter gældens stiftelse*» kan omstøtes innenfor fristen på 3 mnd.

²⁴ Rosén s. 60 og 61.

²⁵ Se NOU:1972:20, s. 2 og 3.

I forhold som er omfattet av værdipapirhandelslovens kap 18 a modifieres § 70 imidlertid av bestemmelsene i §§ 58 l og 58 m om skyldneres adgang til å supplere eller substituere en allerede stilt sikkerhet.²⁶ Kapittel 18 ble innsatt ved lov 1171/2003 og implementerte det såkalte collateraldirektivet.

Bestemmelsen i § 58 l er ment å implementere direktivets art 8 (3) litra a. Det vises til at det i tilfeller som omhandler finansiell sikkerhetsstillelse vil være praktisk å avtale at allerede stilt sikkerhet kan suppleres, dersom verdien av denne faller. Problemet har imidlertid vært at nasjonal insolvensrett ofte betrakter tilleggsikkerhet som en ny sikkerhetsstillelse, noe som medfører risiko for omstøtelse.²⁷ Bestemmelsen i § 58 l er derfor ment å sikre at omstøtelse skal skje, med mindre det er grunnlag for omstøtelse på subjektivt grunnlag.²⁸

Dette viser at man i dansk rett har sett det som nødvendig å gjøre unntak fra de tilsvarende reglene om omstøtelse for eldre gjeld, ved implementeringen av direktivet.

I svensk rett er omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld regulert i 4:12 KL der det heter at *«Säkerhet som gäldenären har överlämnat senare än tre månader före fristdagen och som inte var betingad vid skuldens tillkomst eller inte har överlämnast utan dröjsmål efter skuldens tillkomst går åter, om inte säkerställandet med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinärt.»*

Ordlyden i den svenske lovteksten var i utgangspunktet lik den norske, men som man ser har det blitt innført en ordinærreservasjon, tilsvarende den man finner i norsk rett i dekningsloven § 5-5. Man ser også at ordet «överlämnat» benyttes i den svenske lovteksten. Bruken av dette ordet forutsetter at man har sikkerhet i et konkret formuesgode. I svensk rett vil dermed tidspunktet for når man har avtale i et konkret formuesgode være avgjørende, noe som medfører at tilleggsikkerhet etter den svenske lovteksten i utgangspunktet klart er gjenstand for omstøtelse.

Bakgrunnen for innføringen av ordinærreservasjonen i svensk rett var utviklingen som skjedde på de finansielle markedene, som førte til en endring i loven om «handel med finansiella instrument» (1991:980). Det ble i 5. Kap. 2 § tatt inn en særskilt bestemmelse om omstøtelse av tilleggsikkerhet. Det ble begrunnet med at dette var noe som ikke var foranlediget av insolvenssituasjonen, men et normalt handlingsmønster i finansmarkedet. Det ble således inntatt en ordinærreservasjon innenfor dette området.

Bestemmelsen ble imidlertid opphevet i 2002. På bakgrunn av at den bare fikk anvendelse på transaksjoner på ett særskilt marked, medførte bestemmelsen at det ble reist innvendinger mot den, begrunnet med hensyn til prinsippene likebehandling av kreditorer og konkurransenøytralitet. I stedet innførtes et generelt unntak i 4:12 KL for sikkerhetsstillelse

²⁶ Jf. Karnov Danmark, lovkommentar til konkursloven, note 393

²⁷ Jf. Jesper Lau Hansen, Værdipapirhandelsloven med kommentarer, bind 2, 8. utgave, København 2012 (forkortet Lau Hansen), note 3 s. 543

²⁸Jf. Lau Hansen, s. 543

som med hensyn til omstendighetene kan anses som ordinære.²⁹ Det er imidlertid ikke tvilsomt at finansiell tilleggsikkerhet skulle anses som ordinært i henhold til loven.³⁰

Ettersom man allerede hadde innført en ordinærreservasjon i svensk rett fant man at det ikke var nødvendig å gjøre unntak fra de tilsvarende reglene om omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld. Det ble i stedet vist til at finansiell sikkerhetsstillelse ville anses som ordinært etter denne. Dette ble også konklusjonen da svensk lovgiver skulle vurdere om direktivet var i tråd med svensk rett på dette punkt.³¹

2.3.5 Reelle hensyn og oppsummering

På bakgrunn av gjennomgangen av rettskildene er det ikke tvilsomt at kjernen i bestemmelsen er først og fremst den klassiske pant for eldre gjeld-situasjonen, hvor en usikret fordring senere blir sikret. Innenfor rammene til de objektive omstøtelsesreglene er det ikke mye rom for utvidende fortolkning. Dette kunne tilsi at en slik tilleggsikkerhet eventuelt må omstøtes etter den subjektive regelen i dekningsloven § 5-9.

Ordlyden åpner imidlertid for begge løsninger, og som man så ovenfor, er det kanskje nærliggende å hevde at det er tidspunktet for når sikkerhetsretten ble aktualisert må legges til grunn i tilknytning til bokstav a.

Meningene i juridisk teori er, som man ser sprikende, og med enkelte unntak er det en tendens at synspunktene er noe tynt begrunnet.

Forarbeidene til dekningsloven er fra starten av 1970-³² og 1980-tallet³³, mens EU-reguleringen som satte dette spørsmålet på dagsordenen er av betydelig nyere dato. Spørsmålet kom dermed ikke på spissen i tilknytning til arbeidet med dekningsloven og forarbeidene gir således få bidrag til tolkningen.

Når ordlyden i § 5-7 ikke fremstår som klar, og man ikke får særlig veiledning i forarbeidene, åpner dette for en noe bredere vurdering.

Som Rosén kommer inn på ovenfor er begrunnelsen bak regelen i dekningsloven § 5-7 at sikkerhetsstillelse for gammel gjeld ikke er kredittskapende, og står dermed i en annen stilling enn ny gjeld der debitor for tilført nye midler ved pantsettelsen. Denne begrunnelsen slår ikke helt til når det gjelder avtalt rett til tilleggsikkerhet, ettersom det har formodningen for seg at retten til å kreve tilleggsikkerhet virket motiverende for den opprinnelige kredittstillelsen. Dette er et hensyn som kan tilsi at man ikke kan omstøte etter § 5-7 i slike tilfeller.

²⁹ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4. oppl., Stockholm 2013, s. 291

³⁰ Jf. de svenske forarbeidene til loven, Prop. 2001/02:57 s. 7

³¹ I Prop 2004/05:30 s 87: etter en gjennomgang av den tidligere særlovgivningen og innføringen av ordinærreservasjon konkluderes det med at ”så som återvinningsregeln i 4 kap 12 § konkurslagen är utformad i dag torde den således vara förenlig med säkerhetsdirektivet.”

³² NOU-1972-20

³³ Ot.prp. nr. 50 (1981-1982)

På en annen siden vil retten til tilleggssikkerhet i slike tilfeller bli aktualisert etter at gjelden er stiftet. Debitor får dermed ikke tilført nye midler ved den nye sikkerhetsstillelsen og man risikerer dermed at midler blir frarøvet kreditorfellesskapet kort tid før konkurs.

I tillegg vil tilleggssikkerheten komme inn i tilfeller hvor den opprinnelige sikkerheten ikke lenger er god nok, noe som kan være problematisk ut fra likebehandlingsprinsippet.

Videre er det slik at dersom man skal kunne omstøte en sikkerhetsstillelse etter § 5-7 bokstav a, er forutsetningen at sikkerheten er stilt senere enn tre måneder før fristdagen. I forbindelse med dette kommer andre hensyn bak regelen inn, nemlig å hindre kreditorbegunstigelser og illojalitet overfor kreditorfellesskapet. Man kan dermed ikke utelukkende vektlegge at retten til sikkerhetsstillelse i et slikt tilfelle vil være en forutsetning for kreditt, og dermed virke kredittskapende.

Men i og med at tilleggssikkerhet stilles i tråd med på forhånd fastlagte kriterier, og ikke er en virkning av at kreditor er insolvent, svekkes mistanken om kreditorsvik i slike tilfeller.³⁴

Likevel kan en slik regel medføre et notoritetsproblem ved at det åpnes for at panthaver kan hevde at han har avtale om tilleggssikkerhet, uten at han egentlig har det. Det åpnes da for at panthaver kan gå tilbake i avtalen og sette inn et punkt om adgang til tilleggssikkerhet. Dette problemet kan sammenlignes med problemet som er bakgrunnen til at vi har regelen i dekningsloven § 5-7 bokstav b – nemlig hensynet til å unngå antedateringer. Dette er imidlertid et spørsmål domstolene kan gå inn og ta stilling til i den enkelte sak, som ved spørsmålet om en avtale er proforma. En slik løsning vil likevel være uheldig for en regel som den i § 5-7 - som skal være enkel praktiserbar

Også løsningene svensk og dansk rett vil ha betydning. Som man så var i utgangspunktet reguleringen av omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld lik i de nordiske landene. Som det fremgår av det ovennevnte fant man det nødvendig å gjøre unntak fra omstøtelsesregelen både i svensk og dansk rett, for å hindre omstøtelse av tilleggssikkerhet i slike tilfeller.

Ettersom man fant det nødvendig å gjøre unntak fra den tilsvarende bestemmelsen i dansk og svensk rett, kan dette vise at ordlyden også i den norske regelen gir uttrykk for at det er tidspunktet da sikkerhetsretten ble aktuell som må legges til grunn. Dette momentet støtter dermed forståelsen av ordlyden som ble lagt til grunn ovenfor.

Ordlyden trekker mest i retning av at tilleggssikkerhet kan omstøtes. Verken forarbeider eller rettspraksis gir særlige bidrag. Ser man på de reelle hensyn mener jeg at både hensynet til notoritet og retts tekniske hensyn også trekker i retning av at tilleggssikkerhet kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a.

Konklusjonen er etter dette at *sikkerheten* regnes som *avtalt* først når en konkret sikkerhet faktisk stilles. Dette medfører at man kan omstøte etter dekningsloven § 5-7 (1) bokstav a i

³⁴ Jf. Rune Sæbø, Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser, i Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, Oslo 2010, s. 307

tilfeller som illustrert i scenarioet i innledningen.

2.4 Bør det innføres ordinærreservasjon i dekningsloven § 5-7?

Som nevnt ovenfor har man i svensk rett valgt en løsning der man har innført en ordinærreservasjon i 4:12 KL som gjelder sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Spørsmålet om man bør innføre en slik reservasjon også i norsk rett har vært gjenstand for diskusjon i juridisk litteratur. Spørsmålet blir da om dekningsloven § 5-7 bør revideres i norsk rett.

Det er særlig Sæbø³⁵ som har argumentert for at dette kan være hensiktsmessig.³⁶ Han kommer i denne sammenheng inn på spørsmålet om det alltid *bør* omstøtes i tilfeller av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, i samme linje som argumentene gjennomgått ovenfor. Han viser blant annet til at det ikke alltid er slik at sikkerhetsstillelsen er motivert av debitors vanskelige økonomiske situasjon.

I tillegg er det slik at det i spesiallovgivningen forekommer flere unntak fra regelen i dekningsloven § 5-7. Sæbø viser til verdipapirhandelloven § 14-3 der det er bestemt at sikkerhet som er stilt for visse avtaler om finansielle instrumenter overfor en oppgjørssentral, i samsvar med regler som gjelder for sentralen, ikke kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7. I tillegg kommer lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd som behandles nedenfor og lov om betalingssystemer § 4-4. Han mener disse bestemmelsene illustrerer at man har sett et behov for å gjøre unntak fra den kategoriske, generelle regelen i dekningsloven § 5-7, spesielt på områder hvor omsetningshensynet gjør seg gjeldende.

Dette behovet kan medføre at man også i fremtiden finner det nødvendig å gjøre unntak fra dekningsloven § 5-7 i andre sammenhenger, enten på bakgrunn av nasjonal lovgivervilje eller på grunn av nye EU-direktiver. Hvis man hver gang møter dette behovet ved å innføre nye enkeltstående unntak som i bestemmelsene ovenfor, vil dette føre til en svært fragmentarisk lovgivning som det vil være vanskelig å orientere seg i. Slik sett vil også hensynet til forutberegnelighet gjøre seg gjeldende.

Begrunnelsen bak innføringen av den svenske ordinærreservasjonen var at man tidligere hadde spesiallovgivning som gjorde unntak fra den svenske bestemmelsen tilsvarende dekningsloven § 5-7. Dette førte som nevnt til innvendinger om at en slik bestemmelse som kun gjaldt ett særskilt marked, var i strid med hensynet til blant annet prinsippet om likebehandling av kreditorene. Det samme hensynet kan begrunne en revidering av dekningsloven § 5-7 også i norsk rett.

Ulempen er at man vil få en mer skjønnsmessig omstøtelsesregel, noe som illustreres ved at ordinærreservasjonen i § 5-5 har vært gjenstand for en god del rettspraksis. Men samtidig vil altså regelen være mer smidig, og kanskje mer treffsikker, enn dagens § 5-7.

³⁵ Se Sæbø, Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser s. 306 flg.

³⁶ Men også Lilleholt åpner for en slik løsning i Finansiell trygdgjevning s. 31

3 Unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd

3.1 Innledning

I lov om finansiell sikkerhetsstillelse, lov 26. Mars 2004 nr. 17, er det gitt bestemmelser som på flere områder griper inn i insolvensrettslige regler. Loven er ment som en gjennomføring av EU-direktiv 2002/47/EF om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.³⁷ Direktivet er et såkalt minimumsdirektiv og er dermed ikke til hinder for at medlemsstatene går lenger i å sikre direktivets formål enn det kreves.

Loven byr på mange tolkningsproblemer, og terminologi og struktur gjør direktivteksten vanskelig tilgjengelig. Her avgrenses fremstillingen først og fremst til å kartlegge om lov om finansiell sikkerhetsstillelse utgjør et unntak fra regelen om omstøtelse av eldre gjeld i dekningsloven § 5-7, og hvor langt unntaket eventuelt rekker.

I tråd med konklusjonen ovenfor er forutsetningen at dekningsloven § 5-7(1) bokstav a åpner for omstøtelse av tilleggsikkerhet. Også her vil scenarioet som ble presentert i innledningen fungere som bakteppe og illustrasjon. Utgangspunktet blir dermed å fastlegge om et slikt scenario, etablering av tilleggsikkerhet i tråd med forutgående avtale, omfattes av lov om finansiell sikkerhetsstillelse.

3.2 Nærmere om bakgrunn og formål

Direktivet har sin bakgrunn i en prosess som startet allerede på slutten av 80-tallet. Da det ble klart at omsetningen av verdipapirer og likviditet (betalinger), herunder også omsetningens nødvendige sikkerhet, på det internasjonale kapitalmarkedet hadde nådd et slikt omfang at man så behovet for å samordne nasjonal insolvensrett, inkludert de enkelte lands insolvensregler.³⁸ Arbeidet med dette startet rundt 1990 i BIS,³⁹ men gikk senere over til EU.

Direktiv om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse inngår således i en større EU-rettslig sammenheng på dette området.⁴⁰ I tillegg inngår blant annet også direktiv 98/26/EF (Finalitetsdirektivet) om endelig oppgjør i betalingsystemer og oppgjørssystem for verdipapir, som var det første direktivet på dette området. Finalitetsdirektivet søker å styrke den finansielle stabiliteten ved å redusere risiko forbundet med overføringer av betalinger og

³⁷ Direktive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.

³⁸ Jf. Kåre Lilleholt m.fl., Colleteraldirektivet og dets implementering i nordisk ret, Kredittretten i en EU/EØS-dimensjon, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 102, Bergen 2005 (forkortet Lilleholt 2005), s. 146

³⁹ Bank for International Settlements

⁴⁰ Jf. Direktivets fortale punkt 4

finansielle instrumenter.⁴¹ Det er i norsk rett gjennomført ved lov 17. Desember 1999 om betalingssystemer mv.

Bakgrunnen for direktivet om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse er i korte trekk å skape klare og forutberegnelige regler for visse typer kommersielle transaksjoner. For å oppnå dette tar direktivet sikte på en samordning av insolvens- og panterettslige regler, for å redusere usikkerhet og kostnader for profesjonelle aktører på finansmarkedet.⁴²

Direktivets formål skal være å bidra til et mer integrert og kostnadseffektivt finansielt marked, samt et mer stabilt finansielt system ved å anerkjenne og gi regler for de sikkerhetsløsningene som aktørene i det finansielle markedet har utviklet. For å gjennomføre dette begrenser direktivet adgangen til å stille formelle krav ved etablering og håndhevelse av sikkerhet, beskytter avtaler om finansiell sikkerhet mot enkelte insolvensbestemmelser, sikrer adgangen til hurtig realisasjon av sikkerhet og krever anerkjennelse av bruksrett til pantsatt sikkerhet og bruken av supplerende sikkerhet.⁴³

Dette formålet kommer til uttrykk i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 1 første ledd.

3.3 Virkeområde

3.3.1 Saklig virkeområde

Lovens virkeområde er regulert i § 1.

Loven kommer til anvendelse på avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse. Uttrykket «avtale om finansiell sikkerhetsstillelse» er definert i lovens § 2 første ledd bokstav a.

Her defineres uttrykket ved en henvisning til avtale om eiendomsrett til finansiell sikkerhet, og avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet, med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser. I tråd med problemstillingen i denne oppgaven avgrenses det i det følgende til avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet.

Videre er det en forutsetning at sikringsobjektet består av finansiell sikkerhet. Dette defineres i bokstav c) som kontante innskudd og finansielle instrumenter.

Kontante innskudd er definert i bokstav d. *Finansielle instrumenter* er imidlertid ikke nærmere definert i loven. Det fremgår imidlertid av lovens forarbeider at begrepet skal tolkes i samsvar med verdipapirhandeloven 1997 § 1-2 annet ledd. Det må legges til grunn at

⁴¹ Jf. Karl Rosén, Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – en innføring, Tidsskrift for forretningsjus 2/2004, s. 161-162

⁴² Jf. Ot.prp.nr. 22 (2003-2004) s. 5

⁴³ Jf. Rosén, s. 12

finansielle instrumenter i loven har det samme meningsinnholdet som i verdipapirhandelloven av 2007 § 2-2 første ledd.⁴⁴

I vphl. § 2-2 heter det at med finansielle instrumenter menes «omsettelige verdipapirer», «verdipapirfondsandeler», «pengemarkedsinstrumenter» og «derivater». I annet ledd fremgår det at aksjer vil omfattes av «omsettelige verdipapirer».

Det vil si at når sikringsobjektet i scenarioet i denne oppgaven er aksjer, vil dette være «finansielle instrumenter» og dermed også «finansiell sikkerhet» etter loven.

Avtalen må videre gjelde pantsettelse av «finansiell sikkerhet» med det formål å sikre oppfyllelsen av «finansielle forpliktelser».

Med «finansiell forpliktelse» menes forpliktelse som omfattes av avtalen om finansiell sikkerhetsstillelse, og som gir rett til kontant avregning eller levering av finansielle instrumenter, jf. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 2 første ledd bokstav b. I panterettslig terminologi dreier det seg om pantefordringen. Etter forarbeidene skal dette forstås som enhver forpliktelse til å betale penger.⁴⁵

Når den juridiske personen i scenarioet får låne penger av banken, vil han også få en plikt til å betale lånebeløpet tilbake, en forpliktelse til å betale penger. Dette vil dermed være en «finansiell forpliktelse».

Panteretten i mitt innledende eksempel vil dermed være en avtale om pantsettelse av «finansiell sikkerhet» med det formål å sikre oppfyllelsen av en «finansiell forpliktelse». Dette medfører at loven kommer til anvendelse på tilfellet.

3.3.2 Personelt virkeområde

I tråd med direktivet, er lovens anvendelsesområde avgrenset til topartsforhold.⁴⁶

I § 1 tredje ledd finner man en oppregning av lovens personelle anvendelsesområde i bokstav a til d. Her fremgår det at loven kommer til anvendelse når både sikkerhetsstiller og sikkerhetshaver tilhører en av de oppramsede kategoriene som er: offentlig myndighet, sentralbanker etc., finansinstitusjoner, pensjonskasser, verdipapirforetak, verdipapirfond og forvaltningsselskaper for verdipapirfond, avregningsentraler etc.

Fellestrekkene for disse aktørene er at det er tale om store, profesjonelle aktører i finansmarkedene som har behov for, og kompetanse til, å nyttiggjøre seg lovens regulering jevnlig eller fra tid til annen.⁴⁷

⁴⁴ Dette er lagt til grunn i forarbeidene til den nye verdipapirhandelloven Ot.prp. nr 34 (2006-2007) s. 54.

⁴⁵ Jf. Ot.Prp. Nr. 22 (2003-2004), s. 16

⁴⁶ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2003-2004), s. 15

⁴⁷ Jf. Rosén, s. 21

I fjerde ledd fremgår det at i tillegg til avtaler mellom de nevnte institusjonene, gjelder loven også avtaler mellom institusjoner nevnt i tredje ledd og en juridisk person. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse vil dermed komme til anvendelse på avtaler mellom en bank og en juridisk person.

Avgrensningen av partsforholdet tilsvarer kravene i direktivet. Statene hadde imidlertid adgang til å avgrense virkeområdet til bare å gjelde avtaler mellom profesjonelle parter, som i oppramsingen i tredje ledd, dersom man ga melding om dette til kommisjonen, jf. art. 1 nr. 3. Norge har imidlertid ikke benyttet seg av denne adgangen.

Dette medfører at loven får anvendelse på mange vanlige avtaler mellom norske finansinstitusjoner og norske juridiske personer om sikring av kreditt, altså på mange av de ordinære lånene som næringsdrivende tar opp her i landet.⁴⁸

I scenarioet innledningsvis forelå det avtale om sikring av kreditt mellom en bank (en finansinstitusjon) og et aksjeselskap (en juridisk person). Dette scenarioet er således omfattet av det personelle virkeområdet til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, slik av loven kommer til anvendelse på forholdet.

3.4 Lov om sikkerhetsstillelse § 5

3.4.1 Innledning

Bestemmelsen i § 5 regulerer i hvilken grad avtale om finansiell sikkerhetsstillelse, sluttavregning og finansiell sikkerhet står seg ved felles gjeldsforfølgning.

I første ledd angis hvor sent rettsstiftelser kan etableres med virkning for konkursbo mv. Lovens annet ledd inneholder en regulering av forholdet til dekningsloven § 5-7 om omstøtelse av pant for eldre gjeld. Bestemmelsen gjennomfører direktivets artikkel 8.

Det skal med denne reguleringen sikres at man har fleksibilitet med hensyn til å avtale plikt til å stille ny eller supplerende sikkerhet, som kan gjennomføres uten hinder av reglene om omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld i dekningsloven § 5-7.⁴⁹

Dette er praktisk ettersom sikkerhet stilt i form av finansielle instrumenter, ofte vil kunne svinge raskt og betydelig i verdi. I slike tilfeller oppstår det behov for avtalemekanismer som åpner for at det kan stilles tilleggsikkerheter for å fylle gapet mellom sikkerhetens verdi og forpliktelsen.⁵⁰

⁴⁸ Jf. Lilleholt, Finansiell trygdgjevning, s. 22

⁴⁹ Jf. Ot.prp.nr. 22 (2003-2004) s. 55, med videre henvisning til fortalen punkt 16, se også Kjersti Skog-Hauge, Lov om finansiell sikkerhetsstillelse, med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, Konkursråd 26 (forkortet Skog-Hauge), s. 36-39

⁵⁰ Jf. Reidar Myhre, Nytt i konkurs- og pantelovgivning, Legalpant for boomkostninger, lov om finansiell sikkerhetsstillelse mv., Konkursråd 24/2004 (forkortet Myhre), punkt 3.3.1

Man ser altså at bestemmelsen innebærer en prioritering av beskyttelse av sikkerhetshavers rettigheter ved avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.⁵¹ Dette medfører likevel at kreditorfellesskapets/konkursboets rettigheter blir tilsvarende svekket.

3.5 Hvor langt rekker unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd?

3.5.1 Bestemmelsens ordlyd

I dekningsloven § 5-7 er det som nevnt to ulike grunnlag for omstøtelse, i henholdsvis bokstav a og b.

«Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn 3 måneder før frisdagen, kan omstøtes dersom:

- a) pantet eller sikkerheten ble 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.»*

Som man så i del I, og som jeg kommer nærmere inn på nedenfor, er det i forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse uttalt at § 5 annet ledd bare utgjør et unntak fra § 5-7 bokstav b.⁵² Denne forutsetningen hviler imidlertid på at etablering av tilleggssikkerhet i tråd med forutgående avtale ikke kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a. Når man ser at tilleggssikkerheten er gjenstand for omstøtelse etter bokstav a, må det vurderes om oppfatningen som er lagt til grunn i forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, altså at § 5 annet ledd bare utgjør et unntak fra bokstav b, er riktig.

Spørsmålet er om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 (1) bokstav a.

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

«Pådratt» er hentet fra dekningsloven og skal forstås på samme måte. For at gjeld naturlig skal kunne omtales som «pådratt», må det ha oppstått en betalingsforpliktelse. Plikten til å betale tilbake lånet, oppstår i det pengene blir utbetalt av kreditor.

Videre må avgjøres hva som ligger i vilkåret om at sikkerhetsstillelsen må være «stilt».

Av lovens § 2 annet ledd fremgår det at «sikkerhet ikke anses stilt før rettsvern er etablert.» Det må dermed kartlegges hva som ligger i dette vilkåret.

⁵¹ Jf. Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 8

⁵² Jf. Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 57-58

Ordlyden tilsier at reglene i de bestemmelsene som har et vilkår om at sikkerheten er «stilt», ikke kommer til anvendelse med mindre man har ordnet rettsvern for denne sikkerheten. Foruten i § 5 annet ledd, brukes uttrykket «stilt» i §§ 4 og 7.

Regelen i § 2 annet ledd implementerer direktivets art. 1 nr. 5 første avsnitt. Her heter det at direktivet først kommer til anvendelse på finansiell sikkerhet fra det tidspunkt hvor sikkerheten er «stillet». Et viktig element med denne angivelsen av direktivets virkeområde er at det er tale om virkeområde til de reglene i direktivet som angår selve den finansielle sikkerheten: Det knytter seg til hvordan sikkerheten skal realiseres (art. 4), i hvilken grad sikkerheten kan brukes i sikringsperioden (art. 5) og i hvilken grad sikkerheten er beskyttet mot visse insolvensbestemmelser (art. 8).⁵³

I forarbeidene til bestemmelsen står det at de kravene som i norsk rett stilles til rettsvernsakten «antas å være i samsvar med direktivets angivelse av når sikkerheten anses «stillet», jf. art. 2 nr. 2.»⁵⁴

Det presiseres videre at lovens bestemmelser om fullbyrdelse, bruksrett og beskyttelse mot felles gjeldsforfølgning kun kommer til anvendelse i den grad det er skaffet rettsvern for sikkerhetsstillelsen.⁵⁵

Finansiell sikkerhet anses altså ikke «stilt» i lov om finansiell sikkerhetsstillelser forstand, før sikkerheten har fått rettsvern. Panteretten har således ikke vern etter §§ 4, 5 og 7 før rettsvern er etablert.

En slik forståelse er også naturlig når man tar i betraktning at dette er regler i direktivet som angår selve den finansielle forpliktelsen, altså for eksempel i hvilken grad sikkerheten er beskyttet mot omstøtelse etter § 5 annet ledd.

«Stilt» i § 5 (2) medfører at den finansielle sikkerheten ikke er beskyttet mot omstøtelse etter denne bestemmelsen med mindre man har etablert rettsvern for sikkerheten.

Kjetil Wibe mener imidlertid at bruken av uttrykket «stilt» i § 5 annet ledd stenger for at bestemmelsen er et unntak fra omstøtelsesregelen i § 5-7 bokstav a.

Han skriver at «bestemmelsen [i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd] innebærer at grunnlaget for en eventuell omstøtelse ikke utelukkende kan baseres på det forhold at rettsvern er etablert etter det tidspunktet da forpliktelsen(e) ble pådratt og sikkerhetsretten avtalt. Dette følger at omstøtelse ikke kan skje «alene på det grunnlag» at sikkerheten er «stilt» for forpliktelse som allerede foreligger.»⁵⁶ Det synes dermed som at han mener at ordlyden i bestemmelsen kun omfatter unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav b, som omhandler omstøtelse av sikkerhet i tilfeller ved forsinket rettsvern. Wibes poeng virker

⁵³ Jf. Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 24

⁵⁴ Jf. Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 24

⁵⁵ Jf. Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 25

⁵⁶ Jf. Wibes lovkommentar til lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd på rettsdata.no

å være at omstøtelse etter dekningsloven § 5-7 a, vil være begrunnet i noe annet enn at forpliktelsen er pådratt før panteretten har fått rettsvern.

Grunnlaget for denne oppfatningen er måten han leser vilkårene «alene på det grunnlag» og, spesielt, «stilt» på. Wibe legger til grunn at i tilfeller av omstøtelse etter bokstav a, vil omstøtelsen «være begrunnet i noe annet enn at sikkerheten fikk rettsvern («stilt») etter at forpliktelsen ble pådratt. Nemlig at sikkerheten ikke bare fikk rettsvern, men også ble avtalt etter dette tidspunktet.»⁵⁷

Det synes her som om Wibe tolker «stilt» slik at vilkåret må likestilles med selve rettsvernsakten. Altså at det ikke har noe som helst med etablering av panteretten å gjøre, slik som det ble lagt til grunn under tolkningen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 2 annet ledd ovenfor. Ut i fra Wibes oppfatning virker det avgjørende tvert i mot å være at «stilt» kun knytter seg til det å gjennomføre en rettsvernsakt. Det er dette som må være bakgrunnen for at han mener at § 5 annet ledd kun er et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav b.

En slik forståelse av «stilt» er imidlertid ikke i tråd med ordlyden i § 2 annet ledd. At sikkerheten må ha fått rettsvern er ikke det samme som at «stilt» henspiller på selve rettsvernsakten. Dette innebærer at Wibes synspunktet vedrørende rekkevidden av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd, ikke kan få særlig vekt.

Bruken av uttrykket «stilt» vil ikke i seg selv begrunne at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd kun utgjør et unntak fra bokstav b.

Uttrykket «stilt» er altså bare en angivelse av virkeområdet til § 5 annet ledd. Så lenge den finansielle sikkerheten har rettsvern, oppnår den status som beskyttet mot omstøtelse etter dekningsloven § 5-7.

Panteretten kan etter ordlyden i § 5 (2) ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en forpliktelse som allerede er pådratt. Siden panteretten ikke anses «stilt», før den har fått rettsvern, må nok bestemmelsen i § 5 (2) leses slik at man ikke kan omstøte alene på det grunnlag at gjelden er pådratt før panteretten både er stiftet og skaffet rettsvern. Det er med andre ord et unntak fra regelen om omstøtelse av pant for eldre gjeld etter § 5-7 (1) bokstav a.

Det synes også mer naturlig å tolke vilkåret «alene på det grunnlag» at sikkerheten er stilt for en forpliktelse som allerede er pådratt, slik at bestemmelsen ikke stenger for omstøtelse på subjektivt grunnlag.⁵⁸ Her vil ikke omstøtelse skje alene som følge av at pantet er stilt for eldre gjeld. Mest praktisk vil da være den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9.

Ordlyden i § 5 annet ledd tilsier dermed at bestemmelsen er et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.

⁵⁷ Jf. Wibes lovkommentar på rettsdata.no

⁵⁸ I Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 57 forutsetningsvis.

En slik forståelse er også i tråd med formålet bak bestemmelsen. Dersom man ikke kan stille ny eller supplerende sikkerhet uten risiko for omstøtelse etter dekningsloven § 5-7 bokstav a, vil man heller ikke oppnå den fleksibilitet med hensyn til sikkerhetsstillelse som direktivet legger opp til.⁵⁹

3.5.2 Uttalelser i forarbeidene

I forarbeidene til bestemmelsen vises det til at det i direktivet settes forbud mot omstøtelse «alene på det grundlag» at de finansielle forpliktelsene ble pådratt forut for etablering av den finansielle sikkerhet. Det pekes på at denne problemstillingen knytter seg til omstøtelse av pant for eldre gjeld etter dekningsloven § 5-7 i norsk rett.

Det foretas deretter en tolkning av dekningsloven § 5-7 for å kartlegge hvorvidt direktivet er i strid med denne bestemmelsen.

I denne sammenheng uttales det at det avgjørende i tilknytning til § 5-7 (1) bokstav a, er om gjelden eksisterte før sikkerheten ble avtalt. Det blir lagt til grunn at «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.»

Etter forarbeidene vil «supplerende sikkerhet grunnet verdiendringer i stilt sikkerhet eller supplerende sikkerhet i samsvar med en for lengst inngått OSLA-avtale» gå klar av omstøtelse etter bokstav a. Det konkluderes dermed med at norsk rett er i samsvar med direktivet. På denne bakgrunn finner departementet at det ikke er nødvendig å gjøre unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.

Man ser dermed at forutsetningen om at tilleggssikkerhet ikke kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a, danner grunnlaget for uttalelsene om at § 5 annet ledd ikke utgjør et unntak fra denne. På bakgrunn av en slik forståelse var det ikke nødvendig å gjøre unntak fra bokstav a for å sikre kravene i direktivene.

Dersom man på den annen side tolker dekningsloven § 5-7 (1) bokstav a slik at det er en åpning for å omstøte finansiell tilleggssikkerhet, må § 5 annet ledd utgjøre et unntak fra omstøtelse for å overholde kravene i direktivet.

Det at forarbeidene kontant legger denne forutsetningen til grunn, og ikke tar høyde for at spørsmålet om tilleggssikkerhet kan omstøtes etter bokstav a fremsto som uklart, må bidra til å svekke vekten av disse uttalelsene.

3.5.3 Presumsjonsprinsippet og hensynet til direktivkonform fortolkning

Som nevnt skal bestemmelsen i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 gjennomføre art. 8 i

⁵⁹ Se nærmere punkt 3.2 ovenfor

direktivet. I art. 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii) heter det at medlemsstatene skal sikre at etablering av finansiell sikkerhet eller finansiell tilleggssikkerhet ikke kan omstøtes bare fordi den relevante finansielle forpliktelsen ble pådratt før datoen for etablering av den finansielle tilleggssikkerhet. Dersom forutsetninger er at slik tilleggssikkerhet kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 (1) bokstav a, som var konklusjonen ovenfor, og at lov om finansiell tilleggssikkerhet ikke er et unntak fra denne bestemmelsen, vil norsk rett være i strid med kravene direktivet stiller.

Det er som nevnt slik at loven bygger på et EU-direktiv. Dermed kommer også hensynet til direktivkonform fortolkning og presumsjonsprinsippet inn ved tolkningen.

I Finanger I-saken uttalte høyesterett at presumsjonsprinsippet, det vi si at norske bestemmelser så vidt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, skal gis anvendelse på EØS-avtalen.⁶⁰ I tillegg eksisterer det et prinsipp om direktivkonform, eller EØS-konform tolkning, som innholdsmessig er relativt likt presumsjonsprinsippet – det går ut på at domstolene plikter å tolke nasjonal rett så vidt mulig i samsvar med EØS-retten, innenfor rammene til de nasjonale rettskildeprinsippene.⁶¹ I teorien har det vært en viss uenighet med hensyn til om disse prinsippene fullt ut samsvarer hverandre, selv om det ble lagt til grunn i Finanger I-dommen.⁶² Uansett vil kjernen i disse tolkningsreglene være den samme: at man innenfor rettskildene bør legge det tolkningsresultat til grunn som i størst grad samsvarer med de kravene som stilles i direktivet.

I tråd med argumentasjonen ovenfor vil dette medføre at man bør betrakte lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd som et unntak også fra dekningsloven § 5-7 bokstav a, for å sikre at forpliktelsene i direktivets art. 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii) blir oppfylt. Dersom man ikke gjør dette, vil dette kunne bety brudd på EØS-avtalens forpliktelser.

Det synes også klart at en slik løsning vil være mulig innenfor rettskildeprinsippenes ramme⁶³, ettersom ordlyden også trekker i retning av en slik forståelse.

Presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning trekker dermed sterkt i retning av at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.

3.5.4 Uttalelser i juridisk litteratur

Meningene i juridisk teori er delte når det gjelder dette spørsmålet.

⁶⁰ Jf. Rt. 2000 s. 1811, pkt. 6

⁶¹ Jf. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, EØS-rett, 3. utg., Oslo 2011, s. 208 med henvisning til f.eks. Sak E-1/07 A, premiss 39

⁶² Se for eksempel Christian Franklin, Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning, Jussens Venner nr. 5 2012

⁶³ Jf. Rt. 2000 s. 1811

Som vist til ovenfor, mener Kjetil Wibe⁶⁴ at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd bare utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav b.

Brækhus/Berg⁶⁵ synes å legge avgjørende vekt på uttalelsene i forarbeidene, slik at det ikke er nødvendig med unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a. Brækhus/Berg begrunner imidlertid ikke dette standpunktet utover en ren henvisning til forarbeidene.

Rosén, Myhre og Lilleholt legger på sin side til grunn at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 må inneholde et unntak fra bokstav a.

Myhre peker for det første på lovens forarbeider og at det etter hans mening fremstår som uklart om regelen beskytter mot omstøtelse etter § 5-7 første ledd bokstav a ut i fra disse. Videre viser han til at ordlyden tilsier at begge disse omstøtelsesgrunnene er omfattet. Avslutningsvis trekker Myhre inn begrunnelsen bak regelen, nemlig behovet for fleksibilitet ved pantsettelse av finansiell sikkerhet,⁶⁶ noe som taler for at § 5 (2) utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.

Lilleholt starter også med å vise til lovforarbeidene og synspunktet om at regelen bare utgjør et unntak fra bokstav b. Lilleholt mener imidlertid at ordlyden i bestemmelsen innebærer et generelt unntak fra dekningsloven § 5-7, herunder også bokstav a. Han uttaler videre at «Skal ein koma til eit anna resultat, må det helst bli ved nokså frisk innskrenkande tolking.»⁶⁷

Rosén mener også at dersom man kommer til at det kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a i tilfeller som omfattes av lov om finansiell sikkerhetsstillelser virkeområde, vil man måtte tolke ordlyden i § 5 annet ledd slik at den rommer et unntak fra bokstav a.⁶⁸

Rosén henviser også til at man har innført et fullt unntak fra dekningsloven § 5-7 i verdipapirhandeloven § 14-3 og betalingssystemloven § 4-4 første ledd, for sikkerhet stilt overfor en sentral motpart og for sikkerhet stilt overfor en deltaker i et interbanksystem eller verdipapiroppgjør.

Begrunnelsen bak regelen i verdipapirhandeloven § 14-3 er at det ved derivathandel er aktuelt med tilførsel av nye verdier til «tingsinnbegrepsant» som ekstra sikkerhet for inngåtte avtaler. Meningen er å avskjære omstøtelse av slik tilførsel i tiden før konkurs, så langt slik sikkerhetsstillelse er i tråd med avtale inngått før eller samtidig med den aktuelle handelen.⁶⁹

Betalingsystemloven § 4-4 første ledd inneholder også et unntak fra omstøtelse etter dekningsloven § 5-7. Bestemmelsene i betalingssystemloven kapittel 4 gjennomfører direktiv

⁶⁴ Jf. Lovkommentar på rettsdata.no

⁶⁵ Jf. Brækhus/Berg s. 260

⁶⁶ Jf. Myhre pkt. 3.3.1

⁶⁷ Jf. Lilleholt 2005, s. 166

⁶⁸ Rosén s. 60

⁶⁹ Ot.prp.nr.29 (1996-1997) s. 141 sp.2, samt lovkommentar til verdipapirloven ved André Michaelsen, på rettsdata.no

98/26/EF om endelig oppgjør i betalingssystemer og oppgjørssystem for verdipapir (finalitetsdirektivet).⁷⁰

Det blir også vist til disse bestemmelsene i arbeidsgrupperapporten. Her uttales det at begge disse bestemmelsene særlig tar sikte på å verne tilleggssikkerhet mot omstøtelse etter dekningsloven § 5-7. Arbeidsgruppen fant imidlertid at virkeområdet til bestemmelsene er for snevre til å kunne gjennomføre direktivets artikkel 8.⁷¹ Dette viser at bestemmelsene i vphl. § 14-3 og betalingssystemloven § 4-4 første ledd, har mye av det samme formålet som lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, nemlig å ivareta behovet for fleksible ordninger i forbindelse med sikkerhetsstillelse.

Bestemmelsen i betalingssystemloven § 4-4 første ledd bygger i tillegg på det såkalte finalitetsdirektivet.

Som det fremgår ovenfor inngår direktivet om finansiell sikkerhetsstillelse i en større sammenheng på dette rettsområdet, som også finalitetsdirektivet er en del av. Sett i lys av dette, samt at bestemmelsene skal ivareta tilnærmet det samme formålet, må det legges til grunn at bestemmelsene har en tett saklig sammenheng. Hensynet til likebehandling av panthavere står dermed sterkt. Dette medfører at en pantøver ikke bør stå svakere når avtalen omfattes av lov om finansiell sikkerhetsstillelse enn når avtalen omfattes av for eksempel betalingssystemloven.

3.5.5 Oppsummering og reelle hensyn

Som man ser, tilsier en naturlig forståelse av lovteksten at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a. I henhold til alminnelig rettskildelære må dette veie tungt.

Dersom man skal falle ned på en løsning hvor § 5 annet ledd bare omfatter et unntak fra bokstav b, må ordlyden i bestemmelsen tolkes innskrenkende.

Likevel legger forarbeidene til grunn at bestemmelsen bare er et unntak fra bokstav b. Vekten av disse uttalelsene svekkes imidlertid av at forutsetningen uttalelsene bygger på, er at det ikke vil være adgang til å omstøte tilleggssikkerhet etter dekningsloven § 5-7 bokstav a. Dette medfører at forarbeidene isolert sett ikke kan gi grunnlag for innskrenkende tolkning av ordlyden.

I tillegg kommer presumsjonsprinsippet og hensynet til direktivkonform tolkning inn. Som lagt til grunn ovenfor vil disse hensynene trekke sterkt i retning av å betrakte § 5 annet ledd som et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.

⁷⁰ Jf. Prop. 139 L (2010–2011) pkt. 2.3.1

⁷¹ Arbeidsgrupperapporten s. 60

En slik tolkning vil også være best egnet til å realisere formålet med lov om finansiell sikkerhetsstillelse.

Dette støttes i tillegg av forholdet mellom bokstav a og bokstav b i dekningsloven § 5-7. Som man så ovenfor er bokstav b ment som en retts teknisk utbygging, som skal hindre omgåelser av bokstav a, for eksempel ved antedatering. Det synes dermed lite logisk å kun gjøre unntak for den regelen som skal hindre omgåelser av bokstav a, men ikke bokstav a selv. Dette må tilsi at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak også fra bokstav a.

Dersom lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd skal tolkes som et generelt unntak fra dekningsloven, åpnes det likevel for misbruk. Blant annet at man kan iverksette etterfølgende disposisjoner som gjennomføres på grunn av generelt svekket kredittverdighet, for eksempel dersom sikkerhetsstillers virksomhet utvikler seg dårlig. Eller tilfeller hvor et aksjeselskap ønsker å tilgodese sin faste bankforbindelse når man ser at det nærmer seg konkurs, ved rett og slett å pantsette aksjer til banken, som sikkerhet for eldre gjeld.

Ordlyden og presumsjonsprinsippet trekker i retning av at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a. Det samme gjør hensynet til å realisere lovens formål. Forarbeidene til loven trekker i motsatt retning, men har svekket vekt på grunn av forutsetningene uttalelsene bygger på.

Konklusjonen er at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a.

3.5.6 Må lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd tolkes innskrenkende slik at det kreves et bestemt formål med tilleggssikkerheten?

Som man ser ovenfor vil det at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a, kunne åpne for misbruk. I tillegg er det slik at direktivet inneholder et kriterium om formålet for sikkerheten eller tilleggssikkerheten, slik at det ikke er enhver tilleggssikkerhet som beskyttes mot dekningsloven § 5-7. Et slikt krav har imidlertid ikke kommet til uttrykk i lovteksten i § 5 annet ledd.

På denne bakgrunn har det i teorien⁷² blitt stilt spørsmål om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd må tolkes innskrenkende slik at det kreves et bestemt formål for sikkerhetsstillelsen.

I direktivet art. 8 nr. 3 a) fremgår det at kun omstøtelse av en avtale som omfatter en forpliktelse til å stille finansiell sikkerhet eller finansiell tilleggssikkerhet *for å ta hensyn til endringer i verdien av den finansielle sikkerheten eller beløpet for de relevante finansielle forpliktelsene* er beskyttet.

⁷² Jf. Rosén s. 60 og Skog-Hauge, punkt 5.4.2 (v)

I forarbeidene til bestemmelsen kommer det frem at man var bevisst dette kravet ved gjennomføringen av direktivet. Arbeidsgruppen uttaler at «[s]ikkerhet som stilles på grunn av redusert kredittverdighet vernes ikke av direktivet.»⁷³ Dette spørsmålet blir imidlertid ikke tatt opp i tilknytning til vurderingen av behovet for å gjøre unntak fra dekningsloven § 5-7, og det gis således ingen begrunnelse for hvorfor et tilsvarende krav ikke ble inntatt i den norske lovteksten.

På den ene siden vil det være slik at dersom man innfortolker et tilsvarende krav i den norske bestemmelsen vil man stenge for mange av de illojale disposisjonene av typen som ble nevnt ovenfor.

Rosén viser på den andre siden til at man må se på aktørens behov for å kunne avtale rett til tilleggssikkerhet. Han mener at dersom man ser på avtalepraksis, synes det som om aktørene har et slikt behov. Rosén viser i denne sammenheng til den utstrakte bruken av «rating-triggere», «CDS-triggere» og «material advers effect». Slike mekanismer innebærer at man foretar en kredittvurdering på et gitt tidspunkt, og derfor regelmessig har behov for å sikre at senere endringer i debtors kredittverdighet kan møtes med krav om sikkerhet eller tilleggssikkerhet.⁷⁴ I tilknytning til dette vil det være et poeng at risiko for omstøtelse etter dekningsloven § 5-7, kan medføre at kreditor heller velger å avslutte engasjementet. Omsetningshensynet tilsier dermed at det ikke bør stilles formålskrav til sikkerhetsstillelsen.

Når man tross alt ikke har inntatt et formålskriterium i den norske lovteksten, og man ikke har sterke hensyn som kan begrunne en innskrenkende fortolkning, må man falle tilbake på den regelen som følger av lovens ordlyd.⁷⁵

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd skal ikke tolkes innskrenkende slik at det kreves et bestemt formål med tilleggssikkerheten.

3.6 Unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav b

Når man nå har konkludert med at lov om finansiell sikkerhetsstillelse utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 (1) bokstav a, blir spørsmålet om det også skal gjøres unntak fra bokstav b.

Dekningsloven § 5-7 bokstav b gir rett til omstøtelse dersom rettsvern ikke bringes i orden «uten unødig opphold etter at gjelden er pådratt». Som man så ovenfor er formålet til bokstav b å motvirke forsøk på antedatering av tidspunktet for stiftelsen av panterett, slik at denne skal fremstå som stiftet samtidig med gjelden. Bestemmelsen skal med andre ord sikre at regelen i bokstav a overholdes.

⁷³ Jf. Arbeidsgrupperapporten s. 57, samt Rosén s. 61

⁷⁴ Jf. Rosén s. 62

⁷⁵ Jf. Også Rosén s. 62

Når lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7 bokstav a, vil det ikke være nødvendig med en regel som skal hindre omgåelser av denne, slik som tilfellet er med bokstav b.⁷⁶

Dekningsloven § 5-7 bokstav b må altså tolkes slik at når det er gjort unntak fra omstøtelse etter bokstav a, kan man ikke bruke bokstav b.

Omstøtelse etter dekningsloven § 5-7 er dermed utelukket i sin helhet etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd.

4 Avslutning

Oppgavens formål var for det første å gjøre rede for om tilleggssikkerhet, etablert i tråd med forutgående avtale, kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a. For å avgjøre dette måtte det vurderes når en sikkerhetsrett skulle anses avtalt i henhold til denne bestemmelsen.

Særlig ut i fra en naturlig forståelse av ordlyden, og mangel på andre utdypende rettskilder, fant jeg da at det var tidspunktet for når den konkrete panteretten faktisk stilles som må være avgjørende, til tross for at enkelte reelle hensyn kan tilsi at slik tilleggssikkerhet bør stå seg. På bakgrunn av denne tolkningen vil en slik tilleggssikkerhet kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a.

Videre måtte det avgjøres i hvilken grad lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd utgjør et unntak fra dekningsloven § 5-7. Bakgrunnen for dette spørsmålet var uttalelser i forarbeidene til denne loven, hvor oppfatningen var at denne bestemmelsen kun var et unntak fra bokstav b.

Her er det imidlertid et vesentlig poeng at forarbeidene ikke tok høyde for at dekningsloven § 5-7 bokstav a åpner for omstøtelse av tilleggssikkerhet.

Når jeg har kommet til at dekningsloven § 5-7 åpner for omstøtelse av slik tilleggssikkerhet, vil blant annet presumsjonsprinsippet tilsi at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd vil utgjøre et unntak fra § 5-7 bokstav a, for å sikre Norges EØS-rettslige forpliktelser. Man har med dette fått et omfattende unntak fra reglene om omstøtelse av pant for eldre gjeld.

Generelt ser man at vedtakelsen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse har ført til mye usikkerhet, og er også blitt møtt med skepsis fra flere hold.⁷⁷

Noe av bakgrunnen for dette er lovens brede virkeområde. Den får virkning på avtaler mellom finansinstitusjoner m.m. på den ene siden, og hvilken som helst juridisk person på den andre siden. Dette til tross for at EU-direktivet den er bygget på, blant annet har til formål å lette avansert verdipapirhandel mellom europeiske sentralbanker.

⁷⁶ Slik også Andenæs, s. 347 og Marthinussen, Bokanmeldelse: Konkurs av Mads Henry Andenæs, Lov og rett 2010, s. 442

⁷⁷ Jf. Kjersti Skog-Hauge, punkt 6, med videre henvisning til Kåre Lilleholt, seminar UiO 12.14.2005

I tillegg er lovens innhold vanskelig tilgjengelig, med en ustrakt bruk av uttrykkene «finansiell» og sikkerhet», i flere ulike sammenhenger.

At lovens innhold er vanskelig tilgjengelig illustreres blant annet i Finanskomiteens innstilling til Odelstinget.⁷⁸ Her fremgår det at:

«Norske aksjeselskap og allmennaksjeselskap som ikke er en finansiell institusjon skal omfattes når de driver en type virksomhet som medfører utstrakt bruk av finansielle sikkerhetsstillelse over landegrensene.»

Som man har sett gjelder loven imidlertid for *alle* juridiske personer.

Denne usikkerheten kommer også til uttrykk i juridisk litteratur. Her ser man at det er svært ulike oppfatninger vedrørende hvordan disse bestemmelsene skal tolkes – både omkring spørsmålet om tilleggssikkerhet kan omstøtes etter dekningsloven § 5-7 bokstav a, og i hvilken grad lov om finansiell sikkerhetsstillelse utgjør et unntak fra § 5-7.

Mye av denne uenigheten i juridisk teori kan skyldes at forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse ikke er særlig klare på hva man har ment. Når man i tillegg innfører et så omfattende unntak fra dekningsloven § 5-7, burde man kanskje ha foretatt en grundigere tolkning av denne bestemmelsens virkeområde for sikkerhetsstillelse som faller inn under direktivet. På den måten kunne man ha eliminert noe av den usikkerheten som har oppstått rundt dette i ettertid.

Den uklare rettstilstanden lov om finansiell sikkerhetsstillelse har brakt med seg, er noe man bør ha i mente ved fremtidige lovgivningsprosesser ved innføring av EU-direktiver. Man bør derfor ta seg tid til en grundig lovgivningsprosess og ikke falle for fristelsen til bare å «oversette» direktivet til norsk.

⁷⁸ Innst. O. nr. 48 (2003-2004) Fra komiteens merknader, 3. avsnitt, siste punktum

Litteraturliste

Bøker

Mads Henry Andenæs, Konkurs, 3. Utgave, Oslo 2009

Erik Magnus Boe, Rettskildelære under debatt, Oslo 2012

Sjur Brækhus, Omsetning og kreditt, Pant og annen realsikkerhet, 3. Utgave ved Borgar Høgetveit Berg, Oslo 2005

Jesper Lau Hansen, Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind 2, 8. Utgave, København 2012

Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3, Bergen, 1993

Gjertrud Lennander, återvinning i konkurs, 4.upplk, Stockholm 2013

Artikler

Christian Franklin, Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning, Jussens Venner nr. 5 2012

Kåre Lilleholt, Colleteraldirektivet og dets implementering i nordisk ret, Kreditretten i et EU/EØS-perspektiv, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 102, Bergen 2005

Kåre Lilleholt, Finansiell Trygdgjevning, Håkonarmål, Bergen 2006

Reidar Myhre, Nytt i konkurs- og pantelovgivningen, Legalpant for boomkostninger, lov om finansiell sikkerhetsstillelse mv., Konkursråd 24/2004

Karl Rosén, Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – en innføring, Tidsskrift for forretningsjus 2/2004

Kjersti Skog-Hauge, Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, Spesialoppgave 2005 ved UiO (Tilgjengelig på konkurset.no)

Rune Sæbø, Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser, Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, Oslo 2010

Kjetil Wibe, Lovkommentar til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, på rettsdata.no