

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse
-med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

Kandidatnr: 267

Veileder: Knut Kaasen

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen: 14117 ord

8. mai 2005

INNHALDSFORTEGNELSE

1. Innledning	4
1.1. Presentasjon av tema og problemstillinger	4
1.2. Avgrensning og oppbygning av oppgaven	4
2. Generelt om lov om finansiell sikkerhetsstillelse	5
3. Rettskildebildet	7
3.1. Generelt	7
3.2. Lovens rettkildemessige plassering	7
4. Lovens virkeområde	9
4.1. Saklig virkeområde	9
4.1.1. Generelt	9
4.1.2. «Avtaler om overdragelse av eiendomsrett til finansiell sikkerhet, herunder gjenkjøpsavtale»	11
4.1.3. «Avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet»	12
4.1.4. Avtalens formål	13
4.2. Personelt virkeområde	13
4.3. Stedlig virkeområde	13
5. Problemstillingen «sikkerhetsstillelse for eldre gjeld»	14
5.1. Innledning	14
5.2. Gjeldende rett etter deknl. § 5-7	15
5.2.1. Generelt	15
5.2.2. Virkeområdet for deknl. § 5-7	16
5.2.3. Deknl. § 5-7, bokstav a)	17
5.2.4. Deknl. § 5-7, bokstav b)	19
5.2.5. Oppsummering	20
5.3. Direktivet artikkel 8 nr. 3	21
5.3.1. Generelt	21
5.3.2. Direktivet, artikkel 8 nr. 3, første avsnitt	22
(i) Ny og supplerende sikkerhet	22
(ii) Ombyttet sikkerhet	24
5.3.3. Direktivet artikkel 8 nr. 3, andre avsnitt, punkt (ii)	25
5.4. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, annet ledd	26
5.4.1. Generelt	26

5.4.2. Bestemmelsens innhold	26
(i) Hvilke tilfeller gjelder bestemmelsen?	26
- Uttrykket «sikkerhetsstillelse»	
(ii) «kan ikke omstøtes alene på det grunnlag»	27
(iii) «stilt» for en forpliktelse som «allerede er pådratt»	27
(iv) «for en finansiell forpliktelse»	30
(v) Formålet med sikkerhetsstillelsen	30
5.4.3. Særskilt om ombyttet sikkerhet	36
5.5. Konklusjon	39
5.5.1. Oppsummering	
5.5.2. Medfører finansikl. §5, annet ledd endringer i gjeldende rett?	41
5.5.3. Har Norge innført en mer omfattende regel i finansikl. § 5, annet ledd enn det som var nødvendig for å overholde forpliktelsen etter artikkel 8 i direktivet?	42
6. <u>Oppsummering og vurderinger</u>	44
7. <u>Litteraturliste</u>	45
8. <u>Vedlegg</u>	46

1. Innledning

1.1. Presentasjon av tema og problemstillinger.

Spesialoppgaven vil være en studie av lov om finansiell sikkerhetsstillelse av 26. mars 2004 nr. 17, heretter finansikl. Oppgaven vil bestå av en sammenlikning av finansikls. regler om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld og gjeldende rett på dette området før loven trådte i kraft. Jeg vil også se nærmere på direktiv 2002/47/ EF som er den forpliktelsen Norge søker å overholde ved finansikl. Jeg vil angripe problemstillingen ved først å finne frem til det materielle innholdet i hhv. dekningsloven § 5-7, lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, annet ledd og direktiv 2002/47/EF, artikkel 8, nr 3. Etter å ha funnet frem til det materielle innholdet i bestemmelsene, vil jeg sammenlikne resultatene for å undersøke to ting;

1. Medfører finansikl. § 5, annet ledd endringer i gjeldende rett etter deknl. § 5-7?
2. Har Norge innført en mer omfattende regel i finansikl. § 5 annet ledd enn det som var nødvendig for å overholde forpliktelsen etter artikkel 8 i direktivet?

1.2. Avgrensning og oppbygning av oppgaven

Oppgaven vil ikke ta for seg alle aktuelle problemstillinger som kan tenkes å oppstå i kjølvannet av den nye loven, men vil i konsentrere seg om problemstillingen ”sikkerhetsstillelse for eldre gjeld”. Innledningsvis, i kapittel 2, vil jeg knytte noen generelle kommentarer til finansikl. Deretter vil jeg ta for meg lovens virkeområde i kapittel 4. I kapittel 5 kommer oppgavens hoveddel om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

2. Generelt om lov om finansiell sikkerhetsstillelse

Noe forenklet kan man si at lov om finansiell sikkerhetsstillelse regulerer låneavtaler hvor det objekt som kreditor får sikkerhet i, (sikringsobjektet) er kontante innskudd eller finansielle instrumenter. Loven har virkning for alle slike avtaler mellom finansinstitusjoner på den ene side og en hvilken som helst juridisk person på den andre.

Lovens formål finner vi i § 1; *"styrke det finansielle markedet og ivareta hensynet til finansiell stabilitet ved å bidra til sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse"*.

Loven gir nye rammebetingelser for bruk av innskudd og finansielle instrumenter som sikringsobjekt. En del av formålet er altså å redusere risiko og kostnader for sikkerhetshaver i tilfeller hvor sikringsobjektet er av finansiell art. Dette har kommet til uttrykk blant annet ved regler som gir sikkerhetshaver anledning til å foreta disposisjoner som gir bedre sikkerhet etter at låneforholdet er etablert, uten å måtte bekymre seg for at slike disposisjoner skal bli omstøtt ved en eventuell senere konkurs hos debitor.

Loven gjennomfører direktiv 2002/47/EF (heretter referert til som direktivet). Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen ved beslutning i EØS-komiteen 9. juli 2004¹, og lov om finansiell sikkerhetsstillelse er et ledd i Norges overholdelse av internasjonale forpliktelser etter EØS-avtalen.

Den generelle forpliktelsen til å gjennomføre EØS-retten i nasjonal rett, finner vi i EØS-avtalens artikkel 3 hvor det «alminnelige lojalitetsprinsipp» er kommet til uttrykk. Avtalepartene skal treffe de tiltak som er *"egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale"*. I tillegg skal de unngå tiltak som kan motvirke avtalen. Artikkel 7 bokstav b) gir regler om hvordan direktiver skal gjennomføres i nasjonal rett. Det er opp til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen av et direktiv. I praksis betyr dette at Norge kan velge å gjennomføre det materielle innholdet i et direktiv i lovs eller forskrifts form. Regelen må sees i lys av EFT art. 249 hvor det heter at direktiver skal være bindende for medlemsstatene *"med hensyn til sin målsetting"*. Dette betyr at statene må velge en form for gjennomføring som bringer den interne rettstilstanden i overensstemmelse med innholdet i direktivet. De nasjonale reglene skal være klare og forutberegnelige for borgerne.

¹ Se vedlegg nr. 3

I norsk rett har vi tradisjonelt to måter å gjennomføre folkerettslige forpliktelser på; gjengivelse og henvisning. Ved henvisning vedtas det en norsk lovbestemmelse som henviser til den internasjonale teksten og fastslår at den skal gjelde som norsk rett. Ved denne metode unngår man at nyanser eller elementer i originalteksten forsvinner i oversettelsen, og traktatteksten blir den samme i alle land som har brukt henvisning som gjennomføringsmetode. Henvisning kan imidlertid lede til tolkningsproblemer i form av at ord og uttrykk kan ha forskjellig betydning i norsk og internasjonal rett.

Ved gjengivelse omskrives den folkerettslige teksten og gis form og utseende som en norsk lov. Bruk av gjengivelse kan av og til lede til et noe unøyaktig resultat, slik at det materielle innholdet i den norske loven ikke er helt i overensstemmelse med den internasjonale forpliktelsen.² Direktiv 2002/47/EF er gjennomført i norsk rett ved gjengivelse gjennom finansikl.. Hvorvidt dette har ført til en mer omfattende regel enn nødvendig i henhold til direktivet, er noe av temaet for denne oppgaven.

²Sejersted mfl. s 185-204.

3. Rettskildebildet

3.1. Generelt

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse trådte i kraft 1. juli 2004 og er en relativt ny lov. Vi har derfor ennå ingen rettspraksis som kan bidra til å fastlegge innholdet. Den mest aktuelle rettskilden foruten lovtekst, er forarbeidene.

De viktigste forarbeidene er Ot. prp. nr. 22 (2003-2004). Denne bygger på en rapport som ble utarbeidet av en arbeidsgruppe nedsatt av Finansdepartementet. Arbeidsgruppen besto av representanter fra Norges bank, Justisdepartementet, Finansdepartementet og Kredittilsynet - altså et rent offentlig utvalg. Generelt kan det sies at de ulike interesser som berøres av loven, har vært dårlig representert under forarbeidene, noe som kanskje har resultert i en utilsiktet interesseforskyvning fra lovgivers side. Loven medfører endringer i gjeldende rett som langt på vei styrker pantnavers interesser på bekostning av pantsetter og de øvrige kreditorene.

Finanskomiteen sluttet seg i det alt vesentlige til regjeringens vurderinger i sin innstilling til odelstinget (Inst. O. nr. 48, 2003-2004).

I tillegg til forarbeidene eksisterer det noe juridisk teori. Den rettskildemessige vekten av denne er imidlertid begrenset. Kjetil Wibe og Karl Rosén har skrevet hver sin artikkel om lov om finansiell sikkerhetsstillelse i tidsskrift for forretningsjus 2/2004. De var imidlertid representanter for henholdsvis finansdepartementet og justisdepartementet i arbeidsgruppen, og det er lite nytt som kommer frem i artiklene i forhold til forarbeidene.

3.2. Lovens rettskildemessige plassering.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse er både *lex posterior* og *lex specialis* i forhold til bestemmelser i andre lover som vi skal sammenlikne med. I den grad de materielle reglene etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse avviker fra reglene i dekningsloven, konkursloven, tvangsfullbyrdelsesloven m.v., vil avviket derfor medføre endringer i gjeldende rett. Dette følger av tradisjonell rettskildelære og prinsippene om *lex posterior* og *lex specialis*. Nye lover går foran eldre rettskilder med samme trinnhøyde, og spesielle lover går foran generelle dersom det er motstrid mellom dem. Det er altså ikke nødvendig

for lovgiver å oppheve eldre lover for å endre gjeldende rett; det er nok å gi nye lover som inneholder andre materielle regler.

Av og til kan nye lover vise seg å inneholde andre materielle regler enn det som er gjeldende rett, uten at det har vært lovgivers mening å endre rettstilstanden. Kanskje vil vi se eksempler på det i denne utredningen. Slike avvik vil blant annet komme til syne ved at det forutsettes i forarbeidene at de nye reglene ikke er i strid med gjeldende rett, mens en nærmere analyse viser at de likevel kan være det.

4. Lovens virkeområde

4.1. Saklig virkeområde

4.1.1. Generelt

Lovens saklige virkeområde er definert i § 1, annet ledd: "*Loven gjelder avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse*". Den nærmere definisjonen av finansiell sikkerhetsstillelse finner vi i § 2.

I § 2, første ledd, bokstav a)-d) defineres noen av de uttrykk som er relevante for å trekke grensen for lovens saklige virkeområde:

«§ 2. *Definisjoner mv.*

I denne lov menes med:

- a) Avtale om finansiell sikkerhetsstillelse: avtale om overdragelse av eiendomsrett til finansiell sikkerhet, herunder gjenkjøpsavtale, og avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet, med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser.*
- b) finansiell forpliktelse: forpliktelse som omfattes av avtalen om finansiell sikkerhetsstillelse, og som gir rett til kontant avregning eller levering av finansielle instrumenter,*
- c) finansiell sikkerhet: kontante innskudd og finansielle instrumenter,*
- d) kontante innskudd: innskudd i kredittinstitusjon og lignende kontante fordringer i enhver valuta, herunder pengemarkedsinnskudd,*
- e) sikkerhetsstiller: den som overdrar eller pantsetter finansiell sikkerhet til sikkerhet for finansielle forpliktelser,*
- f) sikkerhetshaver: den som erverver eiendomsrett til eller panterett i finansiell sikkerhet til sikkerhet for finansielle forpliktelser.*

Etter denne lov anses sikkerhet ikke som stilt før rettsvern er etablert.»

Definisjonen av "*avtale om finansiell sikkerhetsstillelse*" i bokstav a) er delt i to. Først kommer en oppregning av hvilke typer avtaler som omfattes, dernest oppstilles det krav til avtalens formål. Dette vil bli nærmere behandlet under punkt 4.1.2. til 4.1.4. nedenfor. La oss først se på begrepet *finansiell sikkerhet* som er aktuelt for begge delene av bestemmelsen.

En forutsetning for at loven skal komme til anvendelse er at sikringsobjektet består av såkalt finansiell sikkerhet. *Finansiell sikkerhet* defineres i bokstav c) som kontante innskudd og finansielle instrumenter. Kontante innskudd defineres videre i bokstav d), mens loven ikke gir noen legaldefinisjon av finansielle instrumenter. Det følger imidlertid av forarbeidene at begrepet skal ha den samme betydning som det har etter verdipapirhandelloven av 1997, hvor det er definert i § 1-2, annet ledd;

"Med finansielle instrumenter menes:

- 1. Omsettelige verdipapirer*
- 2. Verdipapirfondsandeler*
- 3. Pengemarkedsinstrumenter*
- 4. Finansielle terminkontrakter, herunder tilsvarende finansielle instrumenter med kontant oppgjør*
- 5. Fremtidige renteavtaler (FRA)*
- 6. Rente- og valutabytteavtale samt bytteavtale knyttet til aksjer og aksjeindeks*
- 7. Opsjoner på kjøp eller salg av ethvert instrument som nevnt i punkt 1 til 6, herunder indeksopsjoner, valuta- og renteopsjoner samt tilsvarende instrumenter med kontant oppgjør, eller*
- 8. Varederivater*

Med omsettelige verdipapirer menes:

- 1. aksjer og andre verdipapirer som kan sidestilles med aksjer,*
- 2. obligasjoner og andre gjeldsinstrumenter som kan omsettes på lånemarkedet,*
- 3. alle andre verdipapirer som normalt omsettes og som gir rett til å erverve ethvert slikt omsettelig verdipapir ved tegning eller ombytting, eller som gir rett til et kontantoppgjør.*
- 4. Med varederivater menes finansielle termin, opsjons- eller byttekontrakter knyttet til varer eller tjenester. En derivatkontrakt som er gjenstand for omsetning på børs eller autorisert markeds plass regnes alltid som finansiell."*

Lovgiver har her valgt en metode som gjør virkeområdet til lov om finansiell sikkerhetsstillelse relativt vanskelig tilgjengelig. Ved metoden som er valgt, må man til forarbeidene og videre til verdipapirhandelloven for å finne ut hva som ligger i begrepet finansielle instrumenter. Det er ikke et vanlig begrep i norsk dagligtale, og det kan neppe forventes at den alminnelige borger har en klar oppfatning om hva som ligger i begrepet.

Loven er gitt et svært vidt virkeområde ved å inkludere alle juridiske personer, og man kan hevde at det da er spesielt viktig at forståelsen av lovens virkeområde er lett tilgjengelig. Hvorfor man har valgt å unnlate definisjonen i lovteksten i finansikl., sier forarbeidene ingenting om. Det kan derfor tyde på at det er en tilfeldighet og ikke resultat av en bevisst overveining.

I direktivet er det åpnet for å unnta bestemte typer aksjer fra definisjonen av finansielle instrumenter og direktivets virkeområde. Det mest aktuelle er aksjer i eget selskap. Etter en vurdering i forarbeidene er det valgt å la slike aksjer omfattes av den norske gjennomføringsloven. Med det virkeområdet loven er gitt, betyr dette at alle små AS i Norge kan pantsette aksjer i eget selskap med den virkning at avtalen faller inn under finansikls. regler. Resultatet kan i mange tilfeller bli at det blir langt vanskeligere for boet å inndrive midler til de usikrede kreditorer gjennom omstøtelse.

Det følger av forarbeidene at det kun er bilaterale avtaler, altså avtaler mellom to parter, som omfattes av loven³. Vi kan også trekke denne slutningen ut fra ordlyden i § 1. Her omtales sikkerhetsstiller og sikkerhetshaver i entall i tredje ledd, og det er ingenting i ordlyden i fjerde ledd eller ellers i bestemmelsen som trekker i retning av at loven skal få anvendelse på multilaterale avtaler.

Dette betyr at f.eks en avtale hvor flere subjekter stiller sikkerhet for et lån - en avtale mellom flere sikkerhetsstillere og en sikkerhetshaver - vil falle utenfor lovens virkeområde, og dermed reguleres av de alminnelige bestemmelsene i panteloven og dekningsloven.

At loven bare gjelder bilaterale avtaler, begrenser imidlertid ikke lovens betydning for tredjemann. Flere av lovens bestemmelser vil få virkning for tredjemenn som ikke er part i noen avtale som reguleres av loven.

4.1.2. "Avtaler om overdragelse av eiendomsrett til finansiell sikkerhet, herunder gjenkjøpsavtale"

Loven får for det første virkning på avtaler om overdragelse til eie. Formuleringen her må ses i sammenheng med kravet til formålet med avtalen. Avtale om overdragelse av eiendomsrett som skjer i sikringsøyemed, vil falle inn under lovens virkeområde, mens

³ Ot.prp. s. 15

dersom formålet er overdragelse til varig og reell eie, vil finansikls. regler ikke komme til anvendelse på avtalen.

Overdragelse til eie er ikke anerkjent som sikringsform i samme grad som avtalepant i EU- og EØS-landene. Det er derfor en viss fare for at slike avtaler kan bli omkarakterisert pant, for så å bli kjent ugyldig som følge av at pantelovens regler ikke er fulgt. Dette er bakgrunnen for kravet i direktivet artikkel 6 nr.1 om at slike avtaler skal anerkjennes på lik linje med avtalepant.⁴ I forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse ble det vurdert hvorvidt det er fare for at slike avtaler vil bli omkarakterisert etter norsk rett. Konklusjonen var at det er en viss fare for omkarakterisering og kravet ble følgelig innført også i finansikl.⁵

Loven omfatter også gjenkjøpsavtaler. En gjenkjøpsavtale er en avtale hvor partene først gjennomfører en vanlig kjøpsavtale med finansielle instrumenter som avtalegjenstand, altså en "overdragelse av eiendomsrett". Avtalen innebærer imidlertid at selger samtidig forplikter seg til å kjøpe tilbake den samme kontraktsgjenstanden til en avtalt sum etter en viss tid, fratrukket rente som betaling for lånet. Formålet med en slik avtale er vanligvis enten å få disposisjonsretten over bestemte finansielle instrumenter (verdipapirdrevne disposisjoner) eller å skaffe til veie kapital ved hjelp av de finansielle instrumentene (kontantdrevne disposisjoner).

4.1.3. "Avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet"

Den tradisjonelle panteavtalen er også omfattet av lovens virkeområde når sikringsobjektet er finansiell sikkerhet. Sikkerhetsstiller bevarer den *fulle* eiendomsrett til sikringsobjektet etter at panteretten er etablert. Det er grunn til å merke seg at sikkerhetshaver er gitt bruksrett i sikringsobjektet etter finansikl. § 4. En avtale om finansiell sikkerhetsstillelse hvor sikkerhetshaver er gitt bruksrett i sikringsobjektet, vil ha mange likhetstrekk med en avtale om overdragelse av eiendomsrett som omtalt under punkt 4.1.2. Sikkerhetshavers bruksrett i sikringsobjektet er imidlertid ikke tema for denne oppgaven og vil derfor ikke bli kommentert nærmere.

⁴ Rapport fra arbeidsgruppen, s. 27, punkt 3.1.

⁵ Rapport fra arbeidsgruppen s. 32 «På bakgrunn av den usikkerhet det er etter gjeldende rett til hvor langt det er rom for å anerkjenne avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse i form av overdragelse av eiendomsrett, og at overdragelse av enkle pengekrav i sikringsøyemed anses som pant etter panteloven § 4-9, er vi kommet til at direktivet artikkel 6 nr. 1 må gjennomføres i norsk rett ved formell lov. (...»

4.1.4. Avtalens formål

Avtalen om finansiell sikkerhetsstillelse må være gjort i sikringsøyemed, jfr. § 2, første ledd, bokstav a), siste del; "(...)med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser". I forarbeidene er det uttalt at også avtaler hvor formålet om å sikre oppfyllelse av en finansiell forpliktelse ikke er det mest sentrale element i avtalen, kan tenkes å falle inn under lovens virkeområde. Vi må imidlertid anta at det som følge av den klare lovteksten, stilles krav om at sikringsøyemedet er et *synlig* formål med avtalen.

Kravet til et bestemt formål med avtale om finansiell sikkerhetsstillelse vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 5.4.2.(v).

4.2. Personelt virkeområde

Lovens personelle virkeområde finner vi i § 1, tredje og fjerde ledd. I tredje ledd gis en oppregning av ulike kategorier. Dersom både sikkerhetsstiller og sikkerhetshaver tilhører en av disse kategoriene, kommer loven til anvendelse. I tillegg kommer loven til anvendelse på alle avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse hvor en av partene er en juridisk person, forutsatt at den andre avtaleparten tilhører en av de oppregnede kategoriene. Med dette er loven gitt et svært vidt virkeområde. For eksempel vil alle «vanlige» låneavtaler hvor små bedrifter stiller finansiell sikkerhet for sine banklån være omfattet av loven. Det er altså kun avtale om finansiell sikkerhetsstillelse hvor en av partene er en fysisk person, som faller utenfor lovens virkeområde.

Det følger av lovens saklige virkeområde at det er avtaler om *finansiell sikkerhetsstillelse* loven kommer til anvendelse på. En avtale mellom Nordea og DnbNor om f.eks leie av lokaler vil falle utenfor, selv om den isolert sett kunne falle inn under ordlyden i § 1, tredje ledd, som ikke eksplisitt stiller krav til en bestemt type avtale.

4.3. Stedlig virkeområde

Lovens stedlige virkeområde finner vi i § 1, 5 ledd. Loven gjelder for kongeriket Norge. Kongen kan utvide virkeområdet helt eller delvis til å også omfatte Svalbard og Jan Mayen.

5. Problemstillingen "sikkerhetsstillelse for eldre gjeld"

5.1. Innledning

I det følgende skal jeg gå nærmere inn på det materielle innholdet i henholdsvis dekningsloven § 5-7, direktiv 2002/47/EF artikkel 8 nr. 3 og lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, annet ledd. Formålet er for det første å undersøke om, og i hvilken grad, finansikl. § 5, annet ledd innebærer endringer i gjeldende rett på området "sikkerhetsstillelse for eldre gjeld". I tillegg vil jeg undersøke om regelen i finansikl. § 5, annet ledd, rekker videre enn den internasjonale forpliktelsen som er søkt oppfylt; direktivet artikkel 8 nr 3.

Jeg vil først i punkt 5.2. gå nærmere inn på hva som er gjeldende rett etter dekningsloven § 5-7. Dette er fastlagt gjennom langvarig praksis. Deretter vil jeg ta for meg direktivet artikkel 8 nr. 3 og finansikl. § 5, annet ledd for å finne det materielle innholdet i disse reglene i henholdsvis 5.3. og 5.4.. Dette vil bestå i en analyse av lovens/direktivets ordlyd, forarbeider og eventuelle andre rettskilder.

Til slutt, i punkt 5.5., vil jeg ta for meg tre typesituasjoner og undersøke om et kreditorfelleskap kan omstøte bestemte disposisjoner etter de materielle reglene i henholdsvis dekningsloven, lov om finansiell sikkerhetsstillelse og direktivet. Resultatene vil jeg plassere i en tabell.

Ordlyden i de aktuelle bestemmelsene:

Deknl. § 5-7, første ledd:

«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»

Direktivet artikkel 8 nr.3

”3. Hvis en aftale om finansiell sikkerhet omfatter:

a) en forpliktelse til at stille finansiell sikkerhet eller supplerende finansiell sikkerhet for at ta hensyn til endringer i verdien av den finansielle sikkerhet eller i størrelsen av de relevante finansielle forpliktelser, eller

b) en rett til å trekke finansiell sikkerhet tilbake ved – gjennom substitution eller ombytning – å stille en finansiell sikkerhet, som i alt væsentlig har samme verdi

sikrer medlemsstatene, at etableringen av finansiell sikkerhet, supplerende finansiell sikkerhet eller substituerende finansiell sikkerhet i henhold til en sådan forpliktelse eller rett ikke anses for ugyldig, ikke kan omstødes og ikke kan annulleres alene på det grunnlag:

- i) at sikkerheten ble stilt på datoen for innledningen av likvidasjon eller saneringsforanstaltninger, men forut for afsigelsen av den rettsavgjørelse eller det dekret, der utløser denne innledning, eller i en nærmere fastsat periode forut for innledningen av likvidasjon eller saneringsforanstaltninger eller forut for afsigelsen av en rettsavgjørelse eller et dekret eller iværksættelsen av enhver annen foranstaltning eller enhver annen begivenheds intræden under en likvidasjon eller saneringsforanstaltninger, og/eller*
- ii) at de relevante finansielle forpliktelser ble pådraget forut for datoen for etableringen av den finansielle sikkerhet, den supplerende finansielle sikkerhet eller den substituerende finansielle sikkerhet.”*

Finansikl. § 5, annet ledd:

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

5.2. Gjeldende rett etter dekl. § 5-7

5.2.1. Generelt

Dekningslovens § 5-7 er en objektiv omstøtelsesregel som gir et kreditorfelleskap mulighet til å omstøte sikkerhetsstillelse for eldre gjeld på objektivt grunnlag. Regelen er begrunnet i at sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ikke er kredittskapende for debitor, og derfor står i en annen stilling enn sikkerhetsstillelse for ny gjeld. Når debitor stiller sikkerhet for eldre gjeld, blir han ikke tilført nye midler som motytelse for sikkerhetsstillelsen, og boet tappes for aktiva. Kreditor for den eldre gjelden blir

begunstiget på bekostning av de andre fordringshaverne; han kan bruke sikkerheten til å få dekket sin fordring, og det blir mindre igjen av debtors midler til fordeling på de usikrede kreditorene.

Når en slik sikkerhetsstillelse skjer relativt kort tid før konkursåpningen, er det mulighet for at den er illojal. Debitor har tidligere fått prestert kreditors ytelse uten å ha stilt sikkerhet for motytelsen. Hvilke incentiver har han da på det senere tidspunkt til å stille sikkerhet? Det er ikke noe han *må* gjøre som et vilkår fra kreditors side. Kreditor har prestert sin ytelse, det er for sent å holde den tilbake. Det er en sterk presumsjon for at debtors motivasjon er å forfordle én kreditor og at transaksjonen dermed er illojal. Boet bør kunne omstøte sikkerhetsstillelsen av hensyn til de andre fordringshaverne og uten hensyn til god tro. Slik er da også regelen etter deknl. § 5-7.

5.2.2. Virkeområdet for deknl. § 5-7

Deknl. § 5-7 kommer til anvendelse ved blant annet konkurs og tvangsakkord, men gjelder ikke ved frivillig gjeldsordning etter konkurslovens kapittel V, jfr. deknl. § 5-1. Videre gjelder regelen for frivillige rettsstiftelser, mens panterett som er oppnådd ved utlegg etter enkeltforfølgning faller utenfor. Dette er omhandlet i deknl. § 5-8 som vi ikke skal komme nærmere inn på her.

Bestemmelsen rammer "pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse". Definisjonen av en panterett finner vi i pantel. § 1-1; "*Særrett til å søke dekning for et krav i et eller flere bestemte formuesgoder*". Når det gjelder "annen sikkerhetsstillelse" er det mest aktuelle i dag tilbakeholdsrett eller retensjonsrett.

Videre er det et vilkår at det er *skyldneren* som har foretatt sikkerhetsstillelsen, dvs. at panteobjektet hører inn under skyldnerens formuessfære. Dersom tredjemann har stilt sikkerhet for skyldnerens gjeld, er det ingen grunn til at boet skal kunne omstøte. Riktignok står den kreditor som har fått sikkerhet for sin fordring i en bedre stilling enn han gjorde tidligere, også i forhold til de usikrede kreditorene, men han har ikke blitt tildelt noen fordel *på bekostning* av de andre kreditorene.

Det er kun de disposisjoner som er foretatt innenfor et bestemt tidsrom som rammes av bestemmelsen, nærmere bestemt de disposisjoner som er foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, i det jeg heretter vil kalle omstøtelsesperioden.

5.2.3. Deknl. § 5-7, bokstav a)

Deknl. § 5-7, bokstav a) rammer den egentlige sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, dvs «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsstillelsen ble avtalt". Av ordlyden ser vi at det må være avstand i tid mellom det tidspunkt da gjeldsforpliktelsen oppsto og det tidspunkt da sikkerhet for gjelden ble avtalt, for at en transaksjon skal falle inn under bestemmelsen. Det blir derfor avgjørende å definere de to tidspunktene. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor under punktene (i) og (ii).

Videre i oppgaven vil de to tidspunktene hvor gjeldsforpliktelsen oppstår og sikkerhetsretten blir avtalt, bli kalt henholdsvis Tg og Ts. Rettsvernstidspunktet vil bli kalt Tr.

"Gjeld" i § 5-7 omfatter både pengeforpliktelser og forpliktelser som består i naturalytelser.⁶ Også sikkerhetsstillelse for debtors plikt til å yte en naturalytelse kan således omstøtes med hjemmel i § 5-7.

Videre er det kun *skyldnerens egen gjeld* som rammes av § 5-7, bokstav a). Dette følger av ordlyden "som skyldneren har pådratt seg". Dersom skyldneren stiller sikkerhet for noen annens gjeld, er det altså en disposisjon som ikke er omstøtelig etter § 5-7, men det kan naturligvis tenkes at den kan omstøtes etter andre regler, f.eks deknl. § 5-2.

Et eksempel på en situasjon som rammes av ordlyden i bokstav a), kan være slik: Gjelden ble pådratt på tidspunkt Tg. Låneavtalen blir inngått, gjeldsbrevet undertegnet og lånet utbetalt uten at det blir stilt noen sikkerhet for lånet fra debtors side. Vi kan tenke oss en rekke ulike årsaker til at det ikke blir stilt sikkerhet på Tg: Debitor og kreditor er gamle kjente og kreditor stoler på at debitor ikke vil misligholde lånet, kreditor har sett debtors fine biler, båt og hytte og funnet det unødvendig å kreve sikkerhet, debitor har ingen midler som kan tjene som sikkerhet, og kreditor tar derfor isteden høy rente osv. Poenget er at det ikke spiller noen rolle *hvorfor* sikkerhet ikke ble stilt på Tg, det avgjørende er *at* det ikke ble gjort.

⁶Andenæs s. 264, Huser s. 378

På et senere tidspunkt, Ts, blir det så inngått en avtale mellom de to om at kreditor skal få sikkerhet i debitors midler for sin erlagte ytelse, lånet. Dersom dette skjer på et tidspunkt hvor debitor har god økonomi, og han ikke går konkurs i den nærmeste fremtid, er disposisjonen uproblematisk. Problemet oppstår i de tilfeller der avtalen blir inngått på et tidspunkt, Ts, som senere viser seg å være i omstøtelsesperioden.

Alle disposisjoner foretatt i omstøtelsesperioden er det grunn til å gå nærmere etter i sømmene. I norsk konkursrett er det en presumsjon for at disposisjoner i denne perioden som forringer debitors betalingsevne eller formuesbalanse, er illojale.⁷ Debitor *vet* at han er i en vanskelig økonomisk situasjon, og de disposisjoner han foretar uten synlige incentiver om økonomisk innvinning, er man skeptisk til. Boet er derfor gitt rett til å omstøte en rekke disposisjoner på objektivt grunnlag.

Dersom visse objektivt konstaterbare kriterier er til stede, kan en disposisjon omstøtes. Eksempelet over er en slik typisk disposisjon som kan omstøtes på objektivt grunnlag. La oss se nærmere på kriteriet eldre gjeld, og de to tidspunktene Tg og Ts.

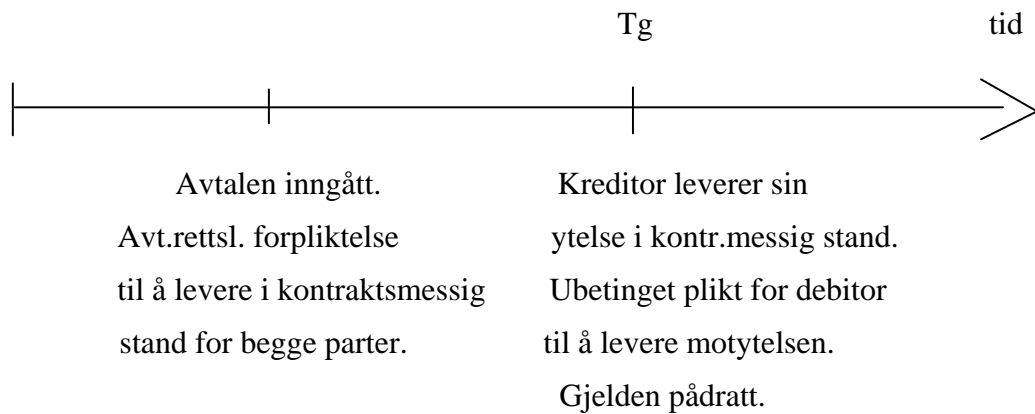
(i) Gjeldsforpliktelsen oppstår, gjelden er "pådratt" - Tg

Ved en gjensidig bebyrdende avtale er begge parter forpliktet ved avtaleinngåelsen til å prestere sin ytelse. Dette trekker i retning av at gjelden anses for pådratt i dekningslovens forstand idet bindende avtale er inngått.

På den annen side har ikke debitor noen *ubetinget plikt* til å prestere sin egen ytelse før han har mottatt ytelsen fra kreditor. Tidspunktet der gjelden anses pådratt for debitor, Tg, kan derfor ikke være før kreditor har prestert sin ytelse, slik at han har et ubetinget krav på motytelsen.⁸ Idet kreditor leverer (kontraktsmessig), oppstår det en ubetinget plikt for debitor til å levere motytelsen i kontraktsmessig stand, det vil si; han pådrar seg gjeld. Debitors plikt kan bestå i å yte en naturalytelse, betale tilbake et lån, levere varer, betale kjøpesum osv. Hvilket betalingstidspunkt som er avtalt, er uten betydning for tidspunktet Tg: Så lenge debitor har en ubetinget plikt til å prestere ytelsen, anses gjelden for pådratt etter deknl. § 5-7 på det tidspunkt denne plikten er oppstått.

⁷ Andenæs s. 264

⁸ Huser s. 378 flg.



(ii) "Pantet eller sikkerheten stilt", "sikkerhetsretten ble avtalt" - Ts

Det avgjørende for Ts er det tidspunkt avtalen om sikkerhetsstillelsen ble *bindende* mellom partene.⁹ De har en gjensidig forpliktelse til hverandre. Det er ikke avgjørende for Ts når avtalen fikk rettsvern, men det kan uansett tidligst ha vært på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Dette følger forutsetningsvis av ordlyden i dekl. § 5-7, bokstav a). Videre er det en naturlig tolkning at det i bokstav a) dreier seg om tilfellene der det er avstand i tid mellom lånetidspunktet og tidspunktet for *avtale om sikkerhet*, ettersom avstand mellom lånetidspunktet og *rettsvernstidspunktet* er omhandlet i bokstav b).

Grunnen til at jeg gjør et poeng ut av dette her er at ordet stilt er brukt med forskjellig betydning i dekningsloven og lov om finansiell sikkerhetsstillelse. I dekningsloven betyr det altså «avtalt». Sikkerheten anses som *stilt* idet den er *avtalt* med bindende virkning. Betydningen i lov om finansiell sikkerhetsstillelse kommer jeg tilbake til under punkt 5.4.2.(iii).

5.2.4. Deknl. § 5-7, bokstav b)¹⁰

Dersom kreditor inngår avtalen om sikkerhetsstillelse senest samtidig med låneavtalen, kan hans disposisjon ikke omstøtes med hjemmel i dekl. § 5-7, bokstav a). Han er imidlertid ikke helt skjermet fra omstøtelse før han har skaffet seg rettsvern. Bestemmelsen i dekl. § 5-7, bokstav b) er en utvidelse av bokstav a) og rammer kreditor der han er sent ute med å bringe rettsvern for sin sikkerhet i orden, det vil si han gjennomfører ikke rettsvernsakten "uten unødig opphold". Kreditor rammes både der han kun tilsynelatende er treg, men egentlig er uredelig og har påført pantobligasjonen en tidligere dato, og der han har opptrådt redelig, men i sakte tempo. Bokstav b) er en påbygging av regelen i bokstav a),

⁹ Huser s. 381

¹⁰ Huser s. 432 flg.

med det formål å gjøre regelen i bokstav a) mer effektiv. Det viktigste hensynet bak regelen er ønsket om å forebygge antedateringer, jfr. NOU 1972:20 s. 294: "*At rettsvernet ikke er blitt ordnet uten unødig opphold, kan imidlertid tyde på at panterettens stiftelse er antedatert, og at den faktisk først er skjedd etter gjeldsstiftelsen, kanskje umiddelbart før rettsvernet ble etablert.*"

Ved å skaffe rettsvern for sin sikkerhet, vil kreditor skape notoritet og publisitet over disposisjonen. Dette er ønskelig både av hensyn til de andre kreditorene, og for å motvirke illojalitet og urent spill. Notoritet og publisitet gjør at de andre kreditorene er informert om debtors økonomiske stilling, og de kan diktere sine betingelser overfor debitor deretter. Det er ønskelig at enhver kreditor bringer rettsvernet i orden så raskt som mulig etter at avtalen om sikkerhet er inngått, noe regelen i § 5-7, bokstav b) er et resultat av.

Som ordlyden tilsier, er det ikke noe krav at kreditor bringer rettsvernet i orden umiddelbart etter at avtalen er inngått. Oppholdet mellom avtaleinngåelsen og det tidspunkt hvor rettsvernet er brakt i orden, må imidlertid ikke være "unødig". Bak dette kravet ligger hensyn til notoritet og publisitet. Typisk "ikke unødig opphold" er alminnelig postgang, mellomliggende helgedager osv. Hvor langt oppholdet kan være før det anses som unødig, har vi ingen tallfestede mål på. Hvert tilfelle må vurderes konkret på bakgrunn av årsaken til oppholdet og omstendighetene forøvrig.

5.2.5. Oppsummering

Etter dekningsloven § 5-7 kan i utgangspunktet enhver sikkerhetsstillelse for eldre gjeld som er foretatt i omstøtelsesperioden, omstøtes, enten det er *avtalen* om sikkerhetsstillelsen eller *rettsvernet* som er kommet i stand etter at gjelden er pådratt. Unntaket er situasjonen der sikringsobjektet blir byttet ut med et annet. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til når jeg behandler lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, annet ledd i punkt 5.4.3.

5.3. Direktivet artikkel 8 nr. 3

"3. Hvis en aftale om finansiell sikkerhed omfatter:

a) en forpliktelse til at stille finansiell sikkerhet eller supplerende finansiell sikkerhet for at ta hensyn til endringer i verdien av den finansielle sikkerhet eller i størrelsen av de relevante finansielle forpliktelser, eller

b) en rett til å trekke finansiell sikkerhet tilbake ved – gjennom substitution eller ombytning – å stille en finansiell sikkerhet, som i alt vesentlig har samme verdi

sikrer medlemsstatene, at etableringen av finansiell sikkerhet, supplerende finansiell sikkerhet eller substituerende finansiell sikkerhet i henhold til en sådan forpliktelse eller rett ikke anses for ugyldig, ikke kan omstødes og ikke kan annulleres alene på det grunnlag:

(i) at sikkerheten ble stilt på datoen for innledningen av likvidasjon eller

saneringsforanstaltninger, men forut for afsigelsen av den rettsavgjørelse eller det dekret, der utløser denne innledning, eller i en nærmere fastsat periode forut for innledningen av likvidasjon eller saneringsforanstaltninger eller forut for afsigelsen av en rettsavgjørelse eller et dekret eller iværksættelsen av enhver annen foranstaltning eller enhver annen begivenheds intrøden under en likvidasjon eller saneringsforanstaltninger, og/eller

(ii) at de relevante finansielle forpliktelser ble pådraget forut for datoen for etableringen av den finansielle sikkerhet, den supplerende finansielle sikkerhet eller den substituerende finansielle sikkerhet.”

5.3.1. Generelt

Direktivet art. 8, nr. 3 er delt i to avsnitt. I det i første avsnittet oppstilles det vilkår for at direktivet i det hele tatt skal komme til anvendelse. Dersom en avtale om finansiell sikkerhet omfatter bestemte ting som oppramset i bokstav a) og b), skal statene etter annet avsnitt påse at etablering, supplerer eller ombytting av finansiell sikkerhet ikke anses ugyldig, omstøtes eller annulleres *alene* på bakgrunn av at sikkerheten ble stilt på samme dag som konkursåpning, eller i en bestemt periode forut for dette, (annet avsnitt, bokstav (i)), eller at det er snakk om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld (annet avsnitt, bokstav (ii)). Det er som vi ser, kun i bestemte situasjoner at retten til å omstøte på objektivt grunnlag begrenses etter direktivet. Jeg vil i dette kapitlet behandle direktivets art 8 nr.3, første avsnitt og annet avsnitt, punkt ii); problemstillingen ”sikkerhetsstillelse for eldre gjeld”. Videre vil jeg konsentrere meg om omstøtelsesretten. Jeg vil ikke komme inn på spørsmål rundt ugyldighet og annullering. Formålet er å finne den materielle regelen i direktivet. Under punkt 5.5. vil jeg så sammenlikne innholdet i direktivet med finansl. § 5, annet ledd. Dette for å undersøke om Norge har innført en regel i finansl. § 5, annet ledd som

omfatter flere tilfeller enn det som var nødvendig for å overholde forpliktelsen etter direktivet.

Direktivet gjelder for avtaler om *finansiell* sikkerhetsstillelse, jfr. artikkel 1 nr. 1. Dette betyr at sikringsobjektet må være av finansiell art og at sikkerheten må være stilt for å oppfylle en finansiell forpliktelse. Alle andre typer sikkerhetsstillinger, som avtaler om pant i fast eiendom, sikkerhet stilt for en naturalytelse osv., faller utenfor direktivets virkeområde.

5.3.2. Direktivet artikkel 8 nr. 3, første avsnitt

Direktivet beskytter tre typer sikkerhetsstillinger fra omstøtelse. Ny, supplerende og ombyttet sikkerhet. Vilåårene for ny og supplerende sikkerhet finner vi i bokstav a), mens ombyttet sikkerhet er omtalt i bokstav b). Jeg vil behandle ny og supplerende sikkerhet under punkt (i) og ombyttet sikkerhet i punkt (ii).

(i) Ny og supplerende sikkerhet

Direktivet omfatter for det første ”*en forpliktelse til å stille finansiell sikkerhet*”, ny sikkerhet. Dette alternativet omfatter de tilfeller der det i utgangspunktet eksisterer en usikret finansiell forpliktelse mellom partene. De har imidlertid en avtale som forplikter debitor til å stille sikkerhet på et senere tidspunkt, dersom bestemte forutsetninger inntreffer. Denne sikkerhetsstillingen omfattes av direktivets virkeområde etter artikkel 8 nr.3, første avsnitt, bokstav a).

Videre omfatter direktivet avtaler om ”*supplerende finansiell sikkerhet*”. Dette er avtaler hvor det eksisterer en finansiell forpliktelse med tilhørende finansiell sikkerhetsstillelse mellom partene. Etter hvert som tiden går, viser det seg at sikringsobjektet forringes i verdi, eller at fordringens verdi stiger som følge av markedssvingninger. Det er da ikke uvanlig at det stilles en supplerende sikkerhet fra debitors side for å kompensere for kreditors endrede risikoforhold. Slike sikkerhetsstillinger er omfattet av direktivet.

Det er et vilkår at sikkerheten er stilt for å ta hensyn til endringer i verdien til enten en opprinnelig stilt sikkerhet eller fordringen. Det er en naturlig forståelse av ordlyden i bokstav a) at ”*for at tage hensyn til*” refererer seg både til situasjonen med ny og supplerende sikkerhet. Det er derfor et vilkår at sikkerheten stilles for å kompensere for

verdiendringer enten den er ny eller supplerende.¹¹ Dette vilkåret må sees i sammenheng med formålet med direktivet. Direktivet skal skape en fellesskapsordning for avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse over landegrensene, jfr. direktivet artikkel 1. Hensikten er å skape et mer forutsigbart og uniformt regelverk for kreditor, og redusere hans risiko og dermed kostnader.¹² Kreditor er derfor gitt rett til å kreve bedret sikkerhet når hans risikoforhold endrer seg, uten å måtte bekymre seg for om disposisjonen senere vil bli omstøtt på det grunnlag at den er stilt for gjeld som allerede er pådratt. Avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse med andre formål enn å kompensere for verdiendringer, omfattes ikke av direktivet. Dette betyr at dersom kreditor får i stand en avtale om tilleggsikkerhet alene på grunn av debtors begynnende betalingsproblemer, vil avtalen ikke ha vern mot omstøtelse etter direktivet.

Det oppstår da spørsmål om hvorvidt det kun er ny og supplerende sikkerhet av samme størrelse som *verdiendringen* som er vernet mot omstøtelse, eller om vernet gjelder enhver supplerende sikkerhet. Problemet kan illustreres med et eksempel:

A har en finansiell forpliktelse overfor B med sikkerhet i et objekt som er verdt ca 40 % av fordringen. Den dårlige sikkerheten gjør at kreditor B tar seg godt betalt for lånet i form av høy rente. Etter en stund synker verdien av sikringsobjektet til å dekke ca 30 % av fordringen og debitor A, stiller derfor tilleggsikkerhet. Tilleggsikkerheten er imidlertid av slik verdi at kreditor nå har sikkerhet for 80 % av sin fordring. Kort tid etter går debitor konkurs. Debtors formuesmasse er vesentlig redusert ved avtalen om den supplerende finansielle sikkerheten. Er disposisjonen vernet fra omstøtelse etter direktivet?

Eksempelet er klart nok innenfor ordlyden i bokstav a); den supplerende sikkerheten er stilt "*for at tage hensyn til ændringer i verdien af den finansielle sikkerhet*". Dette taler for at den er vernet mot omstøtelse. Videre er det i bokstav b), som regulerer ombyttet sikkerhet, eksplisitt uttalt at det kun er ombytting av sikkerhet der de to sikringsobjektene er av

¹¹ Alternativet er at formuleringen referer seg kun til supplerende sikkerhetsstillelser, slik at det ikke er noe krav om verdiendringshensyn ved ny sikkerhet. Dersom det allerede eksisterer en sikringsavtale, kan kreditor kreve tilleggsikkerhet når forutsetningene for den opprinnelige avtalen endrer seg. Prisen på lånet, renta, vil være avtalt ut fra verdiforholdet mellom fordringen og sikringsobjektet på lånetidspunktet. Dersom dette endrer seg, slik at kreditor står overfor en annen risikoprofil, kan han kreve supplerende sikkerhet for å kompensere for den økte risikoen.

Dersom regelen er slik at det kun er for supplerende sikkerhetsstillelser kreditor må ha som formål kompensere for verdiendringer, ville kreditor altså kunne kreve sikkerhet for et usikret lån på et senere tidspunkt enn lånetidspunktet uten noen spesiell begrunnelse. En slik regel ville imidlertid skape en usaklig forskjell mellom ny og supplerende sikkerhet og dessuten åpnet for omgåelse av regelen om verdiendringshensyn mht supplerende sikkerhet.

¹² Ot.prp. s. 5

"væsentligt samme værdi" som faller inn under bestemmelsen og dermed er vernet mot omstøtelse. Dette kan tale for å tolke bokstav a) antitetisk, slik at alle supplerende sikkerheter omfattes av bestemmelsen, uansett størrelse. En slik tolkning ville imidlertid skape en lite saklig forskjell mellom regelen i henholdsvis bokstav a) og bokstav b).

De to situasjonene "ombyttet sikkerhet" og "supplerende sikkerhet" som følge av verdiendringer har imidlertid mange likhetstrekk. Det kan derfor ha gode grunner for seg å tolke bokstav b) analogisk, slik at det også for supplerende sikkerhet er et vilkår at kreditors stilling ikke er vesentlig endret før og etter den aktuelle disposisjonen. En slik tolkning vil også ha støtte i reelle hensyn og grunnleggende tredjemannsprinsipper. Disposisjoner som stiller en eller flere kreditorer i en bedre stilling på bekostning av de andre i den siste kritiske tiden før konkurs, er det ikke grunn til å verne. Dette må også være i tråd med formålet med direktivet. Vedtakelsen av direktivet er motivert av et ønske om å skape en stabil og forutsigbar situasjon for kreditorene. Da må regelen være slik at det kun er sikkerhetsstillelser som kompenserer for faktiske verdiendringer, som beskyttes.

Et eksempel på en situasjon som omfattes av ordlyden i direktivet, kan være slik: A og B har inngått en avtale om et lån på 100. Det er ikke stilt noen sikkerhet for lånet, men det følger av låneavtalen at dersom verdien på fordringen endrer seg som følge av f.eks valutasingninger, skal det stilles sikkerhet idet fordringen overstiger et visst nivå, f.eks 120. Det vil da dreie seg om en "**Avtale om finansiell sikkerhet** som omfatter en **forpliktelse til å stille finansiell sikkerhet (...) for å ta hensyn til endringer i verdien** av (...) de relevante **finansielle forpliktelser**"

Etter art. 8 nr 3, annet ledd skal medlemsstatene sikre at en slik avtale ikke kan omstøtes eller annulleres *alene* på det grunnlag at fordringen er pådratt før sikkerheten er stilt, eller sagt på annen måte; at det er stilt sikkerhet for eldre gjeld.

(ii) Ombyttet sikkerhet

Den tredje typen sikkerhetsstillelse som er omfattet av direktivet, er ombyttet sikkerhet, jfr. direktivet artikkel 8 nr 3, bokstav b). Debitor har rett til å trekke et sikringsobjekt tilbake, forutsatt at han stiller en annen sikkerhet som "*i alt væsentligt har samme værdi*". Den nye sikkerhetsstillelsen har da vern mot omstøtelse etter bestemmelsen i direktivet. Årsaken til byttet kan f.eks være at debitor har bruk for det første objektet i sin virksomhet, at han ønsker å selge det eller at det ikke lenger er egnet til å tjene som sikringsobjekt.

Det kan reises spørsmål om hvorvidt kravet om ”vesentlig samme verdi” refererer seg til verdien ved stiftelsen av sikkerhetsretten eller tidspunktet hvor sikringsobjektet byttes ut. Dette er et spørsmål om hvem som har risiko for verdifall i sikringsobjektet. Dersom debitor har risikoen, må det være verdien ved avtaleinngåelsen man må forholde seg til. Hvis kreditor har risikoen, kan debitor foreta byttet etter verdien på tidspunktet for byttet.

Meningen med bestemmelsen må være å beskytte kreditor der han aksepterer bytte av sikringsobjekt som er formålstjenelig for debitor, og som stiller kreditor i den samme posisjon som han var før byttet. Dersom kreditor risikerer at en slik disposisjon blir omstøtt, vil han ikke akseptere slike bytter, noe som igjen kan skape problemer for debitor som f.eks har bruk for objektet i sin virksomhet. Det må derfor være verdien på tidspunktet for byttet som må legges til grunn.

Ved ombyttet sikkerhet der det nye sikringsobjektet har en annen verdi enn det gamle, er man altså utenfor bestemmelsen. Slik ordlyden er utformet, vil *både* ombyttet sikkerhet som er av høyere og *lavere* verdi falle utenfor direktivets virkeområde. Det er tvilsomt at dette er tilsiktet fra lovgivers side. Formålet med å innta vilkåret om vesentlig samme verdi, må være å beskytte kreditor der han godtar et bytte av sikringsobjekt som ikke i vesentlig grad stiller ham i en bedre posisjon. Det er ingen grunn til at kreditor skal være dårligere stilt med hensyn til vern mot omstøtelse, der han aksepterer et bytte av sikkerhet som gir ham dårligere dekning for sin fordring, og dermed flere midler til fordeling på kreditorfelleskapet. Bestemmelsen må tolkes i tråd med formålet med direktivet, som er å skape en stabil og forutsigbar situasjon for kreditorene. Regelen må derfor være slik at ombyttede sikkerheter har vern mot omstøtelse i den grad de ikke stiller kreditor i en vesentlig *bedre* situasjon enn før byttet av sikringsobjekt.

5.3.3. Direktivet artikkel 8 nr.3, andre avsnitt, punkt (ii)

En sikkerhetsstillelse som omtalt under punkt 5.3.2., kan etter direktivet ikke omstøtes *alene* på det grunnlag at de finansielle forpliktelsene ble pådratt før datoen for *etableringen* av sikkerheten. Det følger av direktivet artikkel 2 at tidspunktet for etableringen er da ”*den finansielle sikkerhed leveres, overdrages, registreres(...)*”, altså rettsvernstidspunktet. Det er med andre ord kun disposisjoner med forsinket rettsvern som er beskyttet av direktivet. Vurderingen vil være den samme som under finanskl. § 5, annet ledd. Denne vil jeg komme tilbake til under punkt 5.4.2. (iii).

5.4. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, annet ledd.

Finansikl. § 5, annet ledd:

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

5.4.1. Generelt

Det dreier seg her om en avgrensning av omstøtelsesretten i bestemte tilfeller. Vi kan først slå fast at alle avtaler om sikkerhetsstillelse hvor en fysisk person er part, faller utenfor det vi skal drøfte. Det følger av at lovens virkeområde er begrenset til å gjelde juridiske personer, jfr. § 1 og punkt 4.2. ovenfor. Formålet med bestemmelsen er å beskytte visse disposisjoner mot omstøtelse; sikkerheter stilt på grunn av endrede risikoforhold.

5.4.2. Bestemmelsens innhold

Jeg vil i denne delen behandle det materielle innholdet i finansikl. § 5, annet ledd. Jeg vil ta utgangspunkt i ordlyden og en naturlig språklig forståelse av denne, for så under hvert punkt søke støtte for tolkninger av ordlyden i andre rettskilder. Bestemmelsen gjennomfører direktivets artikkel 8 nr. 3. Ordlyden i denne er gjengitt under punkt 5.1.

(i) Hvilke tilfeller gjelder bestemmelsen? - Uttrykket "sikkerhetsstillelse"

Dette er et spørsmål om hvilke disposisjoner som faller inn under § 5, annet ledd, og dermed er avskåret fra omstøtelse. Det kan reises to spørsmål:

1. Må den aktuelle sikkerhetsstillelsen ha rettsvern?
2. Hvilke disposisjoner omfattes av begrepet "sikkerhetsstillelse"?

Ad 1: Til dette spørsmålet må svaret være ja. Rettsvern for sikkerhetsstillelsen må være brakt i orden. Hvis sikkerhetshaver ikke har skaffet seg rettsvern for sin disposisjon, kan den ikke gjøres gjeldende mot boet og det er følgelig ikke behov for boet å omstøte.

Ad 2: Ordet "sikkerhetsstillelse" omfatter i utgangspunktet alle typer sikkerhetsstillelser. Lovens begrensninger med hensyn til virkeområde og formål gjør det likevel klart at det kun er *finansielle* sikkerhetsstillelser som omfattes; det vil si sikkerhet som stilles i form av

finansielle instrumenter m.v. Det følger av § 1, annet ledd at loven gjelder "avtaler om finansiell sikkerhet". Avtaler om andre typer sikkerhetsstillelser, f.eks en avtale om pant i fast eiendom, vil derfor ikke være regulert av loven.

Videre omfatter begrepet alle de tre typene sikkerhetsstillelser som er omfattet av direktivet; ny sikkerhet, supplerende sikkerhet og ombyttet sikkerhet, det er derfor ikke nødvendig å skille mellom disse ved anvendelse av lov om finansiell sikkerhetsstillelse.

(ii) "kan ikke omstøtes alene på det grunnlag"

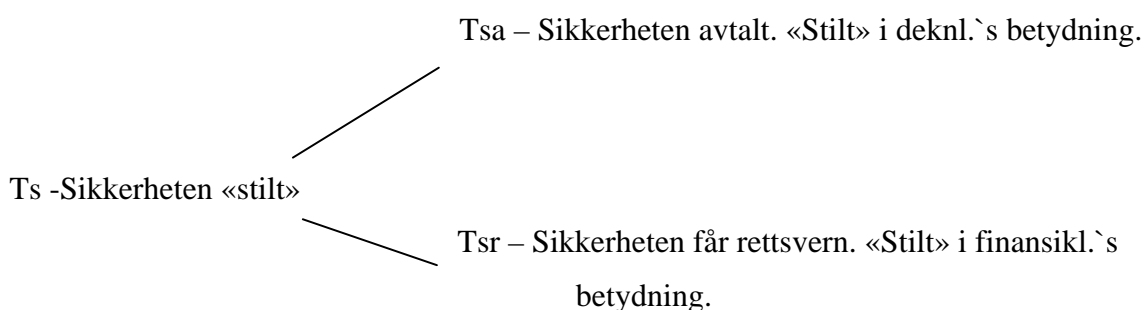
Dette sier noe om hvilke inngrep finansikl. § 5, annet ledd gjør i et kreditorfellesskaps rett til å omstøte. En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes *alene* på det grunnlag at den er stilt for eldre gjeld. Dersom det foreligger andre forhold som kan gjøre disposisjonen omstøtelig, som f.eks. utilbørlighet etter dekl. § 5-9, er imidlertid ikke bestemmelsen til hinder for omstøtelse.

(iii) "stilt" for en forpliktelse "som allerede er pådratt"

Etter finansikl. § 5 kan en disposisjon ikke omstøtes kun fordi den er "*stilt for en forpliktelse som allerede er pådratt*". Vi må derfor igjen, som under punkt 5.2. om dekl. § 5-7, definere de to tidspunktene Tg, "forpliktelsen pådratt" og Ts, sikkerheten "stilt".

Begrepsavklaring:

Tg – Gjelden pådratt



1. Forpliktelsen pådratt, Tg

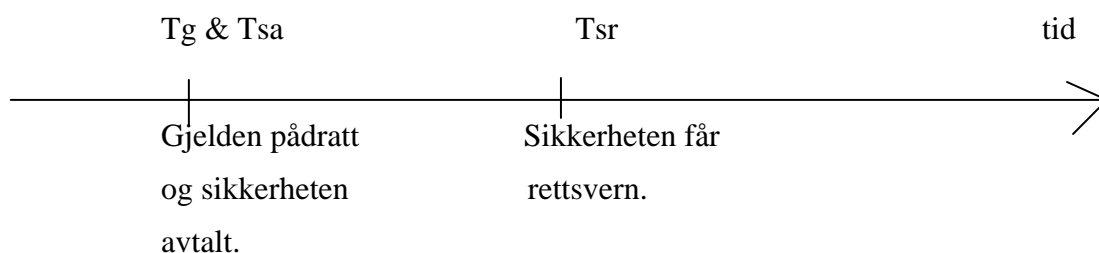
"Pådratt" må her ha den samme betydning som i dekningsloven. Gjelden er pådratt idet debitor har en ubetinget plikt til å prestere sin ytelse, jfr. punkt 5.2.3.

2. Sikkerheten stilt, Ts

Tidspunktet for når sikkerheten ble "stilt", kan referere seg til to forskjellige begivenheter: Sikkerheten kan anses som "stilt" idet den er avtalt, Tsa, eller idet avtalen har fått rettsvern Tsr. Det følger av finansikl. § 2, annet ledd, at "*sikkerhet ikke anses som stilt før rettsvern er etablert*". Dermed er det tidspunktet for rettsvern, Tsr, og ikke avtaletidspunktet som er avgjørende for når sikkerheten ble "stilt" etter finansikl. § 5. Dette må være bakgrunnen for forutsetningen i forarbeidene om at loven ikke er i strid med deknl. § 5-7, bokstav a).¹³ En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes "*alene på det grunnlag*" at den har fått rettsvern på et senere tidspunkt enn gjeldspådragelsestidspunktet, Tg. Alle *andre* grunnlag for å omstøte faller utenfor finansikl. § 5, annet ledds virkeområde og er ikke beskyttet mot omstøtelse etter denne bestemmelsen.

Det er grunn til å merke seg at ordet "stilt" har forskjellig betydning i dekningsloven og lov om finansiell sikkerhetsstillelse. I deknl. § 5-7, bokstav a) betyr "stilt", som vi har sett under punkt 5.2.3.(ii), "avtalt", mens det i finansikl. § 5, annet ledd betyr "fått rettsvern for".

Disposisjoner som er beskyttet mot omstøtelse etter finansikl. § 5, annet ledd:



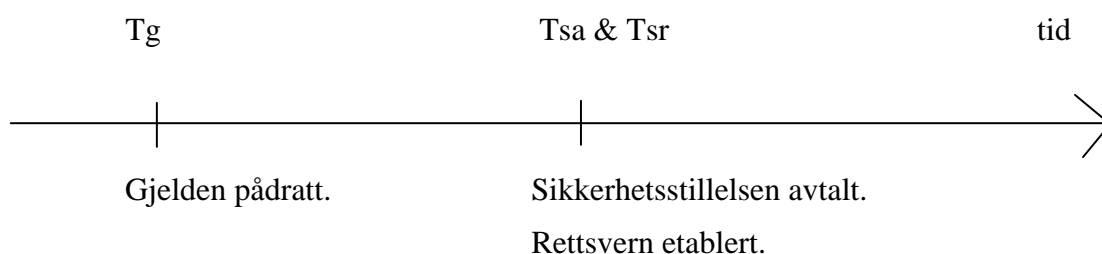
Tsa trenger ikke nødvendigvis å være samtidig med Tg. Poenget, som må være tanken bak forutsetningen i forarbeidene om at bestemmelsen ikke strider mot deknl. § 5-7, bokstav a), må være at disposisjonen ikke kan omstøtes *alene* fordi det er avstand i tid mellom Tsa og

¹³ Rapport fra arbeidsgruppen s. 59 "Norsk rett er dermed i samsvar med artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii."

Tsr; forsinket rettsvern. Der Tsa kommer etter Tg kan disposisjonen imidlertid omstøtes etter deknl. § 5-7, bokstav a).

De tilfeller som rammes av deknl. § 5-7, bokstav a) er de tilfeller der *avtalen* om sikkerhetsstillelsen kommer i stand på et tidspunkt, Tsa, som er etter tidspunktet Tg, da forpliktelsen ble pådratt. Dersom sikkerhetsstillelsen først *avtales* etter at låneavtalen er inngått, har den altså ikke vern mot omstøtelse etter finansikl. § 5, annet ledd. En slik disposisjon vil kunne omstøtes etter deknl. § 5-7, bokstav a) uavhengig av finansikl.

Denne vil se slik ut:



Her er også situasjonen at sikkerheten er ”stilt” i finansikls. betydning, det vil si ”har fått rettsvern” etter at forpliktelsen er pådratt. Etter finansikl. § 5, annet ledd kan den ikke omstøtes ”alene” på dette grunnlag. Den kan imidlertid omstøtes etter deknl. § 5-7, bokstav a) fordi den er ”stilt” i deknls. betydning, dvs avtalt, for en forpliktelse som allerede er pådratt.

Lovgiver har her valgt en formulering som gjør at innholdet i § 5, annet ledd ikke er lett tilgjengelig for leseren. Ved å lese ordlyden i § 5, annet ledd er det ikke opplagt at bestemmelsen ikke er i strid med deknl. § 5-7, bokstav a). Det skaper også litt problemer at man har valgt et uttrykk, ”stilt”, som altså har en annen betydning i dekningsloven enn i lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Videre kan man kanskje reise spørsmål om deknl. § 5-7, bokstav a) vil ha noen reell betydning for avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse. Når regelen er slik at en disposisjon får vern mot omstøtelse etter finansikl. § 5, så lenge det er avtalt senest samtidig med lånet at det kan kreves tilleggssikkerhet, er det grunn til å forvente at de fleste finansinstitusjoner vil innta en standardklausul om rett til å kreve tilleggssikkerhet i sine låneavtaler, og dermed få beskyttelse mot omstøtelse av senere stillede sikkerheter etter finansikl. § 5, annet ledd. Det kan reises spørsmål om avtalen om

supplerende sikkerhet må være spesifisert med hensyn til sikkerhetens størrelse og i hvilke situasjoner debitor kan kreve tilleggssikkerhet for at den skal stå seg i konkurs. Slik ordlyden er utformet i hhv finansikl. § 5, annet ledd og dekl. § 5-7, bokstav a) er det antakelig nok at det er avtalt *at* kreditor kan kreve tilleggssikkerhet på et senere tidspunkt. Problemstillingen rundt formålet med sikkerhetsstillelsen vil bli nærmere drøftet under punkt (v).

(iv) "for en finansiell forpliktelse"

For at en sikkerhetsstillelse skal få vern mot omstøtelse etter finansikl. § 5, må den være stilt for en finansiell forpliktelse. Definisjonen av en finansiell forpliktelse finner vi i § 2, første ledd, bokstav b). Forpliktelsen må for det første omfattes av avtalen om finansiell sikkerhetsstillelse. Videre må den gi rett til kontant avregning eller levering av finansielle instrumenter. Naturalytelser faller altså utenfor. Dette betyr at der debitor stiller sikkerhet for en naturalytelse, kan boet omstøte etter de alminnelige regler uavhengig av finansikl. § 5.

(v) Formålet med sikkerhetsstillelsen

På bakgrunn av direktivets artikkel 8 kan det reises spørsmål om det kreves et bestemt formål med sikkerhetsstillelsen for at den skal falle inn under finansikl. § 5 og dermed være vernet mot omstøtelse.

Finansikl. § 5 oppstiller ikke noe krav om et bestemt formål med sikkerhetsstillelsen slik det er gjort i direktivets art 8. Etter direktivet må sikkerheten være stilt *for å ta hensyn til* verdiendringer i fordringen eller sikringsobjektet. Noen tilsvarende regel er ikke kommet til uttrykk i den norske lovteksten.

Et vilkår for at loven skal komme til anvendelse, er imidlertid som beskrevet under punkt 4.1. om lovens saklige virkeområde, at avtalen har som formål å "*sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser*", jfr. finansikl. § 2. Dette kravet om formål gjelder også for § 5, slik at bestemmelsen sier; "*en sikkerhetsstillelse, med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser, kan ikke omstøtes (..)*". Avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse med andre formål enn å sikre oppfyllelsen av en finansiell forpliktelse faller utenfor loven og virkeområde til § 5. Vi kan tenke oss avtaler med skattemessige motivasjoner, sikkerhetsstillelser for å sikre oppfyllelsen av en naturalytelse e.l.

En bestemmelse tilsvarende finansikl. § 2, første ledd, bokstav a), finnes i direktivet artikkel 2, nummer 1 b). Både finansikl. og direktivet har generelle bestemmelser med krav om et bestemt formål for at avtaler skal defineres som en ”*avtale om finansiell sikkerhetsstillelse*”. I direktivet oppstilles det i tillegg krav om et mer spesifikt formål i art 8, nemlig verdiendringshensynet, for at bestemmelsen som verner mot omstøtelse m.v., skal komme til anvendelse. Avtaler med andre formål enn å ta hensyn til endringer i verdien til sikringsobjektet eller fordringen, faller utenfor bestemmelsen, og har ikke vern mot omstøtelse etter direktivet. I finansikl. finnes det ingen tilsvarende bestemmelse, og spørsmålet blir derfor om det kan innfortolkes krav om et slikt formål (verdiendringshensyn) i § 5.

Ordlyden, ”*å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser*”, gir en vid ramme. Det omfatter blant annet det formål som er krevd i direktivets art 8; ”*for at tage hensyn til ændringer i værdien*”, som er mer snevert. Dersom en stiller supplerende sikkerhet for å ta hensyn til verdiendringer, vil noe av formålet også være å sikre oppfyllelsen av en finansiell forpliktelse. Likedan der det stilles et nytt sikringsobjekt som erstatning for et annet. Vi kan derfor konkludere med at den norske regelen omfatter alle de tilfeller som omfattes av direktivet. Spørsmålet er om ikke den norske bestemmelsen også rekker et stykke lenger, slik at flere tilfeller vil falle inn under finansikl. § 5 enn under direktivet art. 8.

Vi kan tenke oss at kreditor krever tilleggssikkerhet fordi han ser at debitor begynner å få dårlig økonomi. Tilleggssikkerheten vil da være stilt for å sikre oppfyllelsen av den finansielle forpliktelsen, og oppfyller kravet til formål bak sikkerhetsstillelsen slik det er kommet til uttrykk i finansikl. § 2. Tilleggssikkerheten vil imidlertid ikke være stilt for å ta hensyn til verdiendringer, som er kravet i direktivet.

Etter ordlyden i finansikl. § 5 har også sikkerhetsstillelser på grunn av kreditors begynnende betalingsproblemer vern mot omstøtelse, idet det ikke stilles noen andre krav til formålet bak sikkerhetsstillelsen enn det som oppstilles i § 2. Grunnleggende tredjemannsprinsipper i norsk rett og lovens generelle formål taler likevel for at slike sikkerhetsstillelser ikke bør ha vern mot omstøtelse. Loven skal legge til rette for stabilitet i det finansielle markedet og bidra til effektiv sikkerhetsstillelse, noe som ikke betyr at enhver sikkerhetsstillelse for eldre gjeld bør få vern mot omstøtelse. Det ville skape en svært vanskelig og uforutsigbar situasjon dersom alle sikkerhetsstillelser for å sikre oppfyllelsen av eldre gjeld i omstøtelsesperioden skulle få vern mot omstøtelse.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse gjennomfører direktivet ved gjengivelse, jfr. kapittel 2 ovenfor. I rapporten fra arbeidsutvalget som har gjort noe av forarbeidene til den norske loven, er det konstatert at «*sikkerhet som stilles på grunn av redusert kredittverdighet ikke vernes av direktivet*»¹⁴. Det er imidlertid ikke kommentert i hvilken grad slike disposisjoner er tenkt vernet av finansikl. Det er ikke noe i veien for at det enkelte medlemsland går lenger enn det som kreves etter direktivet, men der ikke annet er særskilt kommentert i forarbeidene, kan vi normalt legge til grunn at det er direktivets minimumsregler som er søkt gjennomført i norsk rett. Dette taler for at det skal innfortolkes et krav om verdiendringshensyn også i den norske loven.

Problemet er at ordlyden er relativt klar; det oppstilles ingen krav til formålet med sikkerhetsstillelsen, annet enn å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser. Situasjonen er dermed at lovens ordlyd trekker i én retning; alle sikkerhetsstillelser som er foretatt for å sikre oppfyllelsen av en finansiell forpliktelse, har vern mot omstøtelse, mens lovens foranledning (direktivet), forarbeidene, lovens formål og grunnleggende prinsipper i norsk rett ikke støtter dette resultatet. Spørsmålet blir derfor om disse andre rettskildene; forarbeidene (som ikke er helt klare), formålet bak loven (herunder gjennomføringen av direktivet), grunnleggende tredjemannsprinsipper og andre reelle hensyn, er tungtveiende nok til at bestemmelsen skal tolkes innskrenkende og kun omfatte de tilfeller som er omfattet av direktivet.

Hovedregelen etter norsk rettskildelære er at lovteksten veier tyngst, og har forrang i forhold til de andre rettskildene som er aktuelle her. Det har sammenheng med legalitetsprinsippet; det er selve lovteksten som er vedtatt av lovgiver, det er lovteksten som i første rekke er tilgjengelig for borgerne, og det er denne de først og fremst forholder seg til når de vurderer sine rettigheter og plikter.

Prinsippet om at formell lov har tyngre vekt enn forarbeider, formålsparagrafer og innarbeidede prinsipper, er gjentatte ganger slått fast i Høyesteretts-praksis, blant annet i Rt. 1961.212.¹⁵

¹⁴ Rapport fra arbeidsutvalget s. 57

¹⁵ Eckhoff, Rettskildelære s. 83 «En tanntekniker var her satt under tiltale etter kvakksalverloven av 19/6 1936 nr. 9 § 2, jfr. § 6, for å ha avertert med at han foretok «individuell tanninnsetning». Bestemmelsen retter seg mot den som uten å være norsk lege eller tannlege «tar syke i kur». Og spørsmålet var om det å sette inn og tilpasse gebiss falt inn under denne karakteristikken.» (...) Ordlyden talte mot, forarbeidene og helsemyndighetenes praksis klart for. «Flertallet kom imidlertid til at verken forarbeidene eller den

Ordlyden veier *tyngre* enn de andre rettskildene. Dette er imidlertid ikke synonymt med at det er den materielle regelen som følger av ordlyden, som er gjeldende rett. Der det er flere andre rettskilder som trekker i en annen retning enn ordlyden, slik det er her, kan vekten av disse til sammen føre til en annen løsning enn det ordlyden isolert sett ville ført til.

Nedenfor vil jeg gå nærmere inn på de aktuelle rettskildene som er aktuelle her:

I *direktivet*, som er foranledningen til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, oppstilles det altså et krav om verdiendringshensyn. Finansikl. skal gjennomføre direktivet slik at norsk rett bringes i overensstemmelse med forpliktelsene etter EØS-avtalen. Dette trekker i retning av at den norske regelen skal tolkes til å være den samme som regelen i direktivet, etter prinsippet om ”felleskapskonform fortolkning”.¹⁶ Dette er imidlertid mest aktuelt der den nasjonale regelen rekker kortere enn regelen i direktivet, slik at det er usikkert om forpliktelsen etter EØS-avtalen er oppfylt. Regelen i finansikl. omfatter etter ordlyden flere tilfeller enn direktivet, og det er derfor mer relevant å finne ut om dette var tanken bak loven ut fra forarbeidene.

Forarbeidene. De viktigste forarbeidene til loven er Ot.prp. nr 22 (2003-2004) som bygger på en utredning fra en arbeidsgruppe nedsatt av Finansdepartementet, og Innstilling til Odelstinget nr. 48 (2003-2004). I dokumentet fra arbeidsgruppen henvises det til de krav til formål som er oppstilt i direktivet; hensyn til verdiendring. Det er imidlertid ikke kommentert hvorfor det ikke er tatt med et tilsvarende vilkår i den norske lovteksten. På bakgrunn av forarbeidene er det vanskelig å vite om lovgiver har gjort et bevisst valg ved å formulere lovteksten slik at flere tilfeller omfattes av den norske regelen enn direktivet, eller om man rett og slett ikke har vært oppmerksom på dette. At dette ikke er særskilt kommentert, kan tyde på at man ikke har vært oppmerksom, og at meningen har vært at regelen skal være den samme som i direktivet. Dette trekker altså i retning av at det skal innfortolkes et vilkår om at sikkerhetsstillelsen har skjedd med det formål å kompensere for verdiendringer i den opprinnelige sikkerheten eller fordringen for å være beskyttet mot omstøtelse.

omstendighet at helsemyndighetene hadde forstått og praktisert loven i samsvar med dem (forarbeidene), ga tilstrekkelig grunn til å sette seg utover lovens ordlyd. Tannteknikeren ble frifunnet.

¹⁶ Sejersted mfl. s. 242 «Kjernen i dette er at nasjonale domstoler skal benytte de muligheter som står til deres rådighet til å komme til et fellesskapskonformt resultat»

Der forarbeidene er klare og det er greit å slå fast hvorvidt det er tenkt at lovteksten skal ha en bestemt mening, vil de være en relativt tungveiende rettskilde. Generelt kan det sies at forarbeidene til finansikl. ikke er spesielt omfattende, og flere aktuelle problemstillinger er lite utførlig behandlet. Vi kan derfor ikke konkludere med at det er en bestemt mening med at ordlyden finansikl. § 5 har en annen betydning enn direktivet artikkel 8.

Formålet med loven er å ”styrke det finansielle markedet og ivareta hensynet til finansiell stabilitet”, jfr. § 1, første ledd. Hva som ligger i uttrykket ”ivareta hensynet til finansiell stabilitet” er ikke umiddelbart opplagt. Å ”styrke det finansielle markedet” innebærer blant annet et ønske om å legge til rette for avtaler, først og fremst mellom finansinstitusjoner, over landegrensene. Lovens formål er ikke å beskytte transaksjoner som langt på vei vil føre til en forfordeling av enkelte kreditorer. Dette taler for å innfortolke et krav om at supplerende sikkerhetsstillelser må være stilt med det formål å kompensere for verdiendringer. Lovens formål kan tillegges en viss vekt der det er klart hva som er formålet med loven. Da vil det være naturlig å tolke de enkelte bestemmelsene slik at de best mulig harmonerer med formålet med loven som ligger som en rød tråd. Her er imidlertid ordlyden komplisert og det egentlige formålet med loven blir vanskelig tilgjengelig. Vi må anta at det ikke er noe formål i seg selv å beskytte illojale disposisjoner, selv om følgen av at det ikke er oppstilt noe krav om et bestemt formål med sikkerhetsstillelsen i ordlyden, kan bli nettopp det. Dette er imidlertid ikke nok til at vi kan innfortolke et slikt krav i ordlyden.

Grunnleggende tredjemannsprinsipper og andre reelle hensyn. Dersom vi skal ta lovteksten på ordet, slik at det ikke stilles andre krav til formålet bak en sikkerhetsstillelse enn at den skjer for å ”sikre oppfyllelsen av en finansiell forpliktelse”, vil resultatet stride mot grunnleggende tredjemannsprinsipper i norsk rett. Ved å beskytte alle slike transaksjoner åpner man for å beskytte også illojale transaksjoner.

En sikkerhetsstillelse hvor formålet er å sikre oppfyllelsen av en finansiell forpliktelse, jfr finansikl. § 2, vil altså være beskyttet mot omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter finansikl. § 5, annet ledd. Dersom kreditor *vet* at debitor har begynnende betalingsproblemer, vil transaksjonen imidlertid kunne rammes av den subjektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-9. Det anses som ”utilbørlig” i seg selv å sikre eldre gjeld,

jfr. NOU 1972: 20 s. 298.¹⁷ Men hva hvis dette er den eneste årsaken til at disposisjonen er ”utilbørlig”, og altså omstøtelig etter dekl. § 5-9? Da vil jo sikkerhetsstillelsen bli omstøtt ”*alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt*”. Det følger av finansikl. § 5, annet ledd at en sikkerhetsstillelse ikke *kan* omstøtes alene på dette grunnlag. Dersom vi skal tolke finansikl. § 5, annet ledd slik at det ikke stilles noe annet krav til formålet bak sikkerhetsstillelsen enn det som følger av § 2, vil altså også ”utilbørlige” disposisjoner kunne få vern mot omstøtelse etter den nye loven. Dette strider mot et grunnleggende prinsipp i norsk tredjemannsrett; illojale transaksjoner er ikke beskyttelsesverdige. Reelle hensyn tilsier også at slike transaksjoner ikke bør beskyttes av den nye loven, og taler derfor for at det må innfortolkes et vilkår om at formålet med sikkerhetsstillelsen skal være å ta hensyn til verdiendringer i fordringen eller tidligere stilt sikkerhet.

I rettspraksis har reelle hensyn flere ganger vært avgjørende når lovtekst og forarbeider trekker i hver sin retning, blant annet i Rt 1997.1341.¹⁸ Her kan man imidlertid ikke trekke noen entydig konklusjon ut fra forarbeidene, og reelle hensyn kan derfor ikke veie tungt nok til at den klare ordlyden blir tolket innskrenkende.

På bakgrunn av de rettskilder som foreligger, må konklusjonen etter min oppfatning bli at det ikke kan innfortolkes et vilkår om at sikkerhetsstillelsen skal ha skjedd med noe annet formål enn det som kommer frem av finansikl. § 2. De øvrige rettskildefaktorene er ikke klare og tungtveiende nok til å gi grunnlag for å fravike den relativt klare ordlyden. Alle sikkerhetsstillelser med det formål ”*å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser*” faller dermed inn under virkeområdet til finansikl. § 5.

5.4.3. Særskilt om ombyttet sikkerhet

Problemstillingene rundt ombyttet sikkerhet er ikke eksplisitt regulert verken i dekningsloven eller lov om finansiell sikkerhetsstillelse. I direktivet er det imidlertid en egen bestemmelse om dette som vi har sett under punkt 5.3. Med ”ombyttet sikkerhet”

¹⁷ Huser s. 491-500

¹⁸ Spørsmål om betydningen av ordet «bufe». Vilt som angriper «bufe» kan felles etter viltloven § 11. En bonde hadde skutt en hønehauk som hadde gått til angrep på hans høner. Spørsmålet var om høns kan regnes som bufe slik at han hadde rett til å felle hønehauken. Høyesterett kom enstemmig til at bestemmelsen kunne tolkes utvidende eller analogisk selv om ordlyden «ut fra en alminnelig norsk språkforståelse» ikke omfatter høns. Forarbeidene sammen med reelle hensyn ble avgjørende.

siktes det til de situasjoner der debitor, i samarbeid med kreditor, bytter ut det opprinnelige sikringsobjektet med et annet sikringsobjekt. Isolert sett vil det oppstå en ”pant for eldre gjeld”-situasjon. Debitor stiller sikkerhet for en fordring som er pådratt på et tidligere tidspunkt, og situasjonen omfattes i utgangspunktet av ordlyden i dekl. § 5-7, bokstav a).

Den materielle regelen etter dekl. § 5-7 er imidlertid at en slik disposisjon ikke anses som pant for eldre gjeld og ikke kan omstøtes på dette grunnlag.¹⁹ Den nye sikkerheten ses i sammenheng med den eksisterende avtalen om sikkerhet, og får rettsvern som følge av denne. Her er gjelder imidlertid en viktig begrensning: Det er bare i den grad den ombyttede sikkerheten ikke medfører noen *berikelse* for kreditor, at den er vernet mot omstøtelse. Dersom det nye sikringsobjektet er av høyere verdi enn det gamle og dermed gir kreditor en bedre sikkerhet enn tidligere, er berikelsen ikke vernet mot omstøtelse. Kreditor skal stilles i den samme posisjonen som han var før byttet av sikkerhet. Dette omtales som berikelsesprinsippet og anses nedfelt i dekl. § 5-11, første ledd.

Den samme begrensningen finner vi i direktivet artikkel 8, 3. avsnitt, bokstav b). Der oppstilles det et krav om at de ombyttede sikkerhetene "*väsentligt har samme verdi*" for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Denne formuleringen gjør at færre disposisjoner får vern mot omstøtelse etter direktivet enn etter den norske regelen. Etter regelen i dekl. § 5-7, vil ikke hele disposisjonen omstøtes selv om kreditor får en berikelse; det er kun berikelsen som omstøtes.²⁰ Slik blir verken den enkelte kreditor eller fellesskapet bedre eller dårligere stilt enn før byttet av sikringsobjekt. Etter ordlyden i direktivet *må* de ombyttede sikkerhetene være av vesentlig samme verdi for å få vern mot omstøtelse. Dersom disposisjonen innebærer en berikelse for kreditor fordi de to sikringsobjektene ikke er av samme verdi, vil den overhodet ikke falle inn under bestemmelsen og dermed ikke få vern mot omstøtelse. Det vil da være nasjonale regler som avgjør om hele disposisjonen eller bare berikelsen kan omstøtes.

¹⁹ Huser 3, s.399-405 og Rt 1899.817-Ombytting av kull. Ble ikke omstøtt. Begrunnet blant annet med formålet med bestemmelsen tilsvarende dekl. § 5-7, som da var gjeldende rett, C § 45; «Hvad denne Bestemmelsen har for Øie, er naturligvis Pantsættelser, hvorved ældre Kreditorer begunstiges, hvorved Eiendelenes behæftes uden at der kommer tilsvarende Valuta ind i Massen»

²⁰ Huser 3, s. 403 - «Det følger av berikelsesprinsippet nedfelt i § 5-11, 1. pkt. at det avgjørende er kreditors «oppnådde» berikelse ved ombyttingen, hvilket (...)innebærer at kreditor skal stilles som han ville ha vært om ombyttingen ikke hadde funnet sted.»

Sandvik s. 47: «Men er det nye pant mer verdifullt enn det eldre, regnes merverdien som pant for eldre gjeld, slik at panteretten reduseres til verdien av det gamle pantet»

Brækhus II.118: « Hvis det nye pant gir kreditor bedre dekning enn det gamle ville ha gitt, kan omstøtelse skje for så vidt differansen angår»

Noen tilsvarende begrensning finner vi altså ikke i finansikl. § 5. Der er regelen at en sikkerhetsstillelse "ikke kan omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en forpliktelse som allerede er pådratt". Enhver ombyttet sikkerhet vil således ha vern mot omstøtelse etter ordlyden i finansikl., uansett om den innebærer en berikelse for kreditor eller ikke.

I forarbeidene til finansikl. er ikke begrensningen vedrørende "væsentlig samme verdi" kommentert særskilt annet enn ved en konstatering av at det kun er *slike* ombyttede sikkerheter som har vern etter direktivet. Hvorvidt det er meningen at dette skal være regelen også etter finansikl., sies det ingenting om. Det fokuseres kun på tidspunktet for når den ombyttede sikkerheten skal anses å være stilt. Det følger av direktivet artikkel 2, nummer 2 at den ombyttede sikkerhet skal anses å være stilt på det tidspunkt da den opprinnelige sikkerheten ble stilt. Dette er det samme synspunktet som begrunner at ombyttet sikkerhet er vernet mot omstøtelse etter dekl. § 5-7. Man anser den nye sikkerheten for å være stilt på det tidligere tidspunkt da den første sikkerheten ble stilt, og den går dermed klar av «pant for eldre gjeld- regelen.»

Disse drøftelsene i forarbeidene har imidlertid ingen sammenheng med kravet i direktivet om at de ombyttede sikkerhetene skal ha vesentlig samme verdi. Spørsmålet blir derfor om begrensningen som ligger i vilkåret «vesentlig samme verdi» også gjelder etter finansikl.

Ordlyden i finansikl. § 5 er klar. Etter denne er det ikke noe krav om at de ombyttede sikkerheter skal være av vesentlig samme verdi for å få vern mot omstøtelse. Dersom det skal gjelde et slikt krav i norsk rett må det følge av andre rettskilder enn ordlyden i finansikl. § 5.

I *forarbeidene* er problemstillingen som nevnt ikke drøftet. Spørsmålet som oppstår er det samme som under punkt 5.4.2. om formålet med sikkerhetsstillelsen. Har lovgiver her vært klar over at den materielle regelen etter finansikl. § 5 blir en annen enn regelen i direktivet? De manglende drøftelsene i forarbeidene kan tyde på at svaret er nei, og at meningen bare har vært å innføre den samme regelen som i direktivet.

Reelle hensyn tilsier også at finansikl. § 5, annet ledd bør tolkes innekrenkende, slik at regelen blir den samme som i direktivet; det er kun i de tilfeller kreditor ikke har fått noen

berikelse at han er vernet mot omstøtelse. Det er ingen grunn til å verne kreditor i den grad han har fått en berikelse på bekostning av de andre kreditorene tett opp til en konkurs.

Ordlyden i bestemmelsen er imidlertid så klar at en innskrenkende tolkning etter min oppfatning vanskelig kan la seg forene med alminnelig rettskildelære. Bestemmelsen omfatter dermed alle typer ombyttet sikkerhet, slik at kreditor har vern mot omstøtelse på grunn av forsinket rettsvernsakt også der byttet av sikringsobjekt har gitt ham en berikelse.

5.5. Konklusjon

5.5.1. Oppsummering

Jeg vil oppsummere resultatene fra utredningene så langt i kapittel 5. i en tabell som er presentert nedenfor. Temaet for tabellen er om en bestemt disposisjon kan omstøtes etter reglene i henholdsvis dekningsloven, direktivet og lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Utgangspunktet er de tre typer sikkerhetsstillelser som er presentert tidligere; ny, supplerende og ombyttet sikkerhet. Der svaret er ”ja” under direktivet eller finansikl., betyr dette at disposisjonen ikke har vern mot omstøtelse etter disse reglene. I så fall er disse reglene ikke til hinder for at omstøtelse skjer dersom det finnes hjemmel for det i deknl. Hvorvidt resultatet faktisk *blir* at disposisjonen omstøtes tas det ikke stilling til.

Grunnlag for begjæring om omstøtelse.			Kan disposisjonen omstøtes?		
			Deknl.	Direktivet	Finansikl.
Ny sikkerhet	Avtalen om sikkerhetsstillelse inntatt i låneavtalen. <i>Tinglyst</i> på et senere tidspunkt.	For å ta hensyn til verdiendringer.	Ja, se 1.	Nei, se 2.	Nei, se 4.
		Fordi debitor har begynnende betalingsproblemer.	Ja, se 1.	Ja, se 3.	Nei, se 4.
	Avtalen om sikkerhetsstillelsen er inngått på et senere tidspunkt enn låneavtalen.	For å ta hensyn til verdiendringer.	Ja, se 5.	Ja, se 6.	Ja, se 7.
		Fordi debitor har begynnende betalingsproblemer.	Ja, se 5.	Ja, se 6.	Ja, se 7.
Supplerende sikkerhet	Avtalen om sikkerhetsstillelse inntatt i låneavtalen. <i>Tinglyst</i> på et senere tidspunkt.	For å ta hensyn til verdiendringer.	Ja, se 1.	Nei, se 2.	Nei, se 4.
		Fordi debitor har begynnende betalingsproblemer.	Ja, se 1.	Ja, se 3.	Nei, se 4.
	Avtalen om sikkerhetsstillelsen er inngått på et senere tidspunkt enn låneavtalen.	For å ta hensyn til verdiendringer.	Ja, se 5.	Ja, se 6.	Ja, se 7.
		Fordi debitor har begynnende betalingsproblemer	Ja, se 5	Ja, se 6.	Ja, se 7.
Ombyttet sikkerhet	Forsinket rettsvern ved bytte av sikringsobjekt.	Det nye sikringsobjektet er av vesentlig samme verdi.	Nei, se 8.	Nei, se 9.	Nei, se 10.
		Det nye sikringsobjektet er av høyere verdi enn det gamle.	Nei, se 8.	Ja, se 11.	Nei, se 10.
	Avtalen om rett til å bytte sikringsobjekt er inngått på et senere tidspunkt enn låneavtalen.	Det nye sikringsobjektet er av vesentlig samme verdi.	Nei, se 8.	Ja, se 6.	Ja, se 7.
		Det nye sikringsobjektet er av høyere verdi enn det gamle.	Nei, se 8.	Ja, se 6.	Ja, se 7.

1. Rettsvernet er ikke brakt i orden ”uten unødig opphold”. Disposisjonen kan omstøtes etter den objektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-7, bokstav b). Formålet med sikkerhetsstillelsen er uten betydning for adgangen til å omstøte etter deknl. § 5-7, bokstav b)

2. En sikkerhetsstillelse for å ”ta hensyn til verdiendringer” i sikringsobjektet/fordringen, kan etter direktivet ikke omstøtes *alene* på grunn av forsinket rettsvern. Slike disposisjoner er beskyttet av direktivet artikkel 8, jfr. drøftelsen under punkt 5.3.2.(i).
3. En sikkerhetsstillelse må være stilt for å ta hensyn til verdiendringer for å omfattes av direktivets virkeområde og dermed være vernet mot omstøtelse. Sikkerhetsstillelser for å sikre seg mot debitors begynnende betalingsproblemer oppfyller ikke formålkravet i direktivet artikkel 8, og har følgelig ikke vern mot omstøtelse etter direktivet, jfr. drøftelser under punkt 5.3.2.(i).
4. En sikkerhetsstillelse som omfattes av virkeområdet til finansikl. § 5, annet ledd, dvs er stilt for å ”sikre oppfyllelsen av en finansiell forpliktelse”, kan ikke omstøtes *alene* på grunn av forsinket rettsvern. Formålet med sikkerhetsstillelsen for øvrig har ingen betydning for virkeområdet til finansikl. § 5, annet ledd. Se drøftelser under punkt 5.4.2.
5. Den klassiske ”pant for eldre gjeld”-situasjonen. Kan omstøtes på objektivt grunnlag etter dekl. § 5-7, bokstav a). Formålet med avtalen er uten betydning for adgangen til å omstøte etter dekl. § 5-7, bokstav a).
6. Direktivet gir kun beskyttelse mot omstøtelse som følge av forsinket rettsvernsakt. Disposisjonen har ikke vern mot omstøtelse på grunn av at avtalen om sikkerhetsstillelsen er kommet i stand på et senere tidspunkt enn gjeldspådragelsen, jfr. punkt 5.3.2.(i). Nasjonale regler avgjør om disposisjonen er omstøtelig.
7. Det er kun omstøtelse på grunn av forsinket rettsvernsakt finansikl. § 5, annet ledd gir beskyttelse mot. Bestemmelsen i finansikl. er ikke til hinder for at disposisjonen omstøtes etter dekl. § 5-7, bokstav a), jfr. punkt 5.4.
8. Isolert sett en ”pant for eldre gjeld” situasjon. Den nye sikkerheten ses imidlertid i sammenheng med den eksisterende avtalen og har rettsvern i konkurs så langt den ikke medfører noen berikelse for kreditor. Ved en berikelse på kreditors hånd, omstøtes kun berikelsen - kreditor skal stilles som om byttet av sikkerhet ikke hadde skjedd. Dette

gjelder nok i både den klassiske «pant for eldre gjeld»-situasjonen og «forsinket rettsvern»- situasjonen.²¹

9. Ombyttet sikkerhet hvor sikringsobjektene er av vesentlig samme verdi, kan etter regelen i direktivet ikke omstøtes på grunn av forsinket rettsvern. Disposisjonen er beskyttet av direktivet artikkel 8, jfr. punkt 5.3.2.(ii) og 5.3.3.
10. En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes alene på grunnlag av forsinket rettsvernsakt. Dette følger av finansikl. § 5, annet ledd. Hvorvidt kreditor har fått en berikelse eller ikke som følge av ombyttet sikkerhet, er uten betydning for regelen i finansikl. § 5, annet ledd. Den nye sikkerheten eller berikelsen denne har gitt, kan ikke omstøtes *alene* på grunn av forsinket rettsvern, jfr. punkt 5.4.2. og 5.4.3.
11. Disposisjonen oppfyller ikke kravet i direktivet om at de ombyttede sikkerhetene skal være av vesentlig samme verdi. Den omfattes derfor ikke av direktivets virkeområde og har følgelig ikke vern mot omstøtelse etter direktivet, jfr. punkt 5.3.2.(ii).

5.5.2. Medfører finansikl. § 5, annet ledd endringer i gjeldende rett?

Som det fremgår av tabellen over, er svaret på dette spørsmålet ja. Ved å sammenlikne kolonnen for dekningsloven med lov om finansiell sikkerhetsstillelse, ser man flere typer disposisjoner som tidligere kunne omstøtes etter deknl. er gitt vern mot omstøtelse i finansikl.. Dette må da også være noe av formålet med loven, som er vedtatt for å bringe intern rett i overensstemmelse med forpliktelsene etter EØS-avtalen, nærmere bestemt direktiv 2002/47/EF. Det følger av forarbeidene at *”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”*²². Formålet med finansikl. § 5, annet ledd er følgelig å *”sikre at dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b ikke kommer til anvendelse”*²³. Jeg vil nå oppsummere *hvilke* endringer finansikl. § 2, annet ledd har medført i gjeldende rett.

²¹ Huser s. 404-405. «At etableringen av rettsvernet for den nye sikkerheten er forsinket, har neppe betydning for kreditors rettsstilling, så sant rettsvernet er i orden før kreditorbeslaget. (...) Når det gjelder den delen av disposisjonen som ikke utgjør noen forbedring av sikkerheten, er denne uomstøtelig i forhold til regel a på grunn av berikelsesbegrensningen. Men denne begrensningen må gjelde også i forhold til regel b. Det er derfor vanskelig å se at det blir rom for noen anvendelse av pkt. b i ombyttingstilfellene.»

²² Dokumentet fra arbeidsgruppen s. 60

²³ Dokumentet fra arbeidsgruppen s. 61

I tabellen fremgår det at gjeldende rett etter dekningsloven § 5-7 før lov om finansiell sikkerhetsstillelse trådte i kraft, var at alle sikkerhetsstillelser for eldre gjeld i omstøtelsesperioden i utgangspunktet kan omstøtes. Fra denne regelen gjelder det et unntak: ombyttet sikkerhet. Ved ombyttet sikkerhet er det kun en eventuell berikelse for kreditor som omstøtes.²⁴ Svaret på spørsmålet om omstøtelse etter deknl. er ”ja” i alle rutene for ny og supplerende sikkerhet, mens det er ”nei” i alle rutene for ombyttet sikkerhet. Til sammenlikning fremgår det i kolonnen for finansikl. at svaret er ”ja” i alle rutene hvor avtalen om sikkerhetsstillelsen er inngått senere enn låneavtalen, den klassiske ”pant for eldre gjeld”-situasjonen, og ”nei” der sikkerhetsstillelsen er tinglyst senere enn låneavtalen er inngått, ”forsinket rettsvern”-situasjonen. Dette er i tråd med formålet med finansikl. § 5, annet ledd; disposisjoner som tidligere kunne omstøtes etter deknl. § 5-7, bokstav b), er nå vernet mot omstøtelse etter finansikl. § 5, annet ledd.

En slik generell avgrensning av omstøtelsesretten etter deknl. § 5-7, bokstav b), fører imidlertid til at også lite beskyttelsesverdige disposisjoner kan få vern mot omstøtelse etter finansikl. § 5, annet ledd. I utgangspunktet kan utilbørlige disposisjoner uansett omstøtes etter deknl. § 5-9. Dersom kreditor *vet* at debitor har begynnende betalingsproblemer vil transaksjonen rammes av den subjektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-9. Det anses som ”utilbørlig” i seg selv å sikre eldre gjeld, jfr. NOU 1972: 20 s. 298.²⁵ Men hva hvis dette er den eneste årsaken til at disposisjonen er ”utilbørlig”, og altså omstøtelig etter deknl. § 5-9? Da vil jo sikkerhetsstillelsen bli omstøtt ”*alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt*”. Det følger av finansikl. § 5, annet ledd at en sikkerhetsstillelse ikke *kan* omstøtes alene på dette grunnlag. Hva som blir svaret på dette spørsmålet er ikke opplagt.

5.5.3. Har Norge innført en mer omfattende regel i finansikl. §5, annet ledd enn det som var nødvendig for å overholde forpliktelsen etter artikkel 8 i direktivet?

Direktivet er et såkalt minimumsdirektiv og det er derfor ingenting i veien for at Norge vedtar mer omfattende regler enn det som er nødvendig for å sikre oppfyllelsen av

²⁴ Huser s. 403 - «Det følger av berikelsesprinsippet nedfelt i § 5-11, 1. pkt. at det avgjørende er kreditors «oppnådde» berikelse ved ombyggingen, hvilket (...) innebærer at kreditor skal stilles som han ville ha vært om ombyggingen ikke hadde funnet sted.»

Sandvik s. 47 - «Men er det nye pant mer verdifullt enn det eldre, regnes merverdien som pant for eldre gjeld, slik at panteretten reduseres til verdien av det gamle pantet»

²⁵ Huser s. 491-500

direktivet. Der det ikke er kommentert særskilt at den norske regelen er ment å rekke lenger enn direktivet, må vi imidlertid anta at det er minimumsregelen som er søkt gjennomført.

Vedrørende problemstillingen «sikkerhetsstillelse for eldre gjeld» heter det i forarbeidene at: *”Arbeidsgruppen mener direktivets forpliktelse er dekket på en hensiktsmessig måte i gjennomføringsloven § 5 annet ledd”*²⁶. Det at direktivets forpliktelse er dekket på en *hensiktsmessig måte* må innebære at gjeldende rett er endret slik at forpliktelsen er oppfylt, verken mer eller mindre.

Av tabellen fremgår det imidlertid at svaret på spørsmålet om omstøtelse er forskjellig flere steder for henholdsvis direktivet og finansikl. Årsaken til dette er at det i finansikl. ikke er inntatt noe vilkår om at ny eller supplerende sikkerhet skal ha skjedd med det formål å kompensere for verdiendringer, eller at ombyttet sikkerhet må være av vesentlig samme verdi for å få beskyttelse mot omstøtelse. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse, § 5, annet ledd rekker derfor lenger enn det som var nødvendig for å overholde forpliktelsen etter direktivet på tre punkter:

1. Ny sikkerhet som er stilt med andre formål enn å ta hensyn til verdiendringer i fordringen, f.eks debtors skrantende økonomi, kan ikke omstøtes på det grunnlag at den ikke har fått rettsvern «uten unødig opphold».
2. Supplerende sikkerhet om er stilt med andre formål enn å ta hensyn til verdiendringer i fordringen eller det opprinnelige sikringsobjektet kan ikke omstøtes på det grunnlag at den ikke har fått rettsvern «uten unødig opphold».
3. Ombyttet sikkerhet hvor det nye sikringsobjektet er av høyere verdi enn det gamle, slik at debitor har fått en berikelse, kan ikke omstøtes på det grunnlag at den ikke har fått rettsvern «uten unødig opphold».

²⁶ Dokumentet fra arbeidsgruppen s. 61

6. Oppsummering og vurderinger

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse er blitt møtt med skepsis fra flere hold, og ”*virkningene av loven kom som en overraskelse på både finansinstitusjoner, bobestyrere og andre som er berørt av loven.*”²⁷ Noe av årsaken til dette er lovens brede virkeområde. Den får altså virkning for *vanlige* låneavtaler mellom alle mulige juridiske personer og finansinstitusjoner hvor sikringsobjektet er av finansiell art. Dette til tross for at direktivet nok egentlig er rettet mer mot avtaler mellom finansinstitusjoner og åpner for å avgrense virkeområdet til å gjelde nettopp slike avtaler.

Videre er lovens innhold svært vanskelig tilgjengelig. Begrepsbruken er komplisert og særlig ordene ”finansiell” og ”sikkerhet” er brukt ofte og i mange sammenhenger. En avtale om *finansiell sikkerhetsstillelse* er en avtale hvor man har *sikkerhet* i *finansiell sikkerhet*, som består av blant annet *finansielle* instrumenter. I lovens § 2 er ordet finansiell brukt 13 ganger, mens sikkerhet er brukt 12 ganger.

At loven er vanskelig tilgjengelig, vises blant annet i Finanskomiteens innstilling til Odelstinget (Innst.O.nr. 48 2003-2004). Der kommer det frem at komiteen har misoppfattet lovens virkeområde. De har ikke fått med seg at loven gjelder for *alle* juridiske personer, jfr Inst. O. nr. 48 (2003-2004). Hvor det fremgår:

*”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. Komiteen anser de valgte avgrensninger som hensiktsmessige.”*²⁸

Man kan stille spørsmål om komiteen hadde tilstrekkelig forståelse for lovens virkning da de avga sin innstilling til Odelstinget.

Til slutt kan det nevnes at lov om finansiell sikkerhetsstillelse fremstår som relativt uklar. Det kan bli spennende å se hvordan den vil virke i praksis. Kanskje vil lovgiver etter hvert se behov for å presisere lovens § 5, annet ledd.

²⁷ Kåre Lilleholt, seminar UiO 12.14.2005

²⁸ Inst. O.nr.48 (2003-2004) Fra komiteens merknader, 3 avsnitt, siste punktum.

7. Litteraturliste

- Kristian Huser – Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 – Omstøtelse, 1992
- Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad - EØS-rett, 2004
- Trygve Bergsåker – Pengekravsrett, 1994
- Mads H. Andenæs – Konkurs, 1999
- Wiersholm Melbye & Bech – EØS-avtalen i praksis, 1993
- Tore Sandvik - Lærebok i materiell konkursrett, 1985
- Sjur Brækhus – Konkursrett – utvalgte emner II, 1970
- Sjur Brækhus – Omsetning og kreditt 2, pant og annen realsikkerhet, 1988
- Torstein Eckhoff – Rettskildelære, 5. utgave 2000
- Tidsskrift for forretningsjus nr 2. 2004.
- Rapport fra arbeidsgruppen oppnevnt av Finansdepartementet. Avgitt 1. mars 2003
- Ot.prp.nr 22 (2003-2004)
- Inst. O. nr. 48 (2003-2004)

8. Vedlegg

- Direktiv 2002/47/EF - http://europa.eu.int/eur-lex/pri/da/oj/dat/2002/l_168/l_16820020627da00430050.pdf
- Lov om finansiell sikkerhetsstillelse - <http://www.lovdatab.no/cgi-wift/wiftldles?doc=/usr/www/lovdatab/all/nl-20040326-017.html&dep=alle&titt=lov+om+finansiell&>
- Vedtak i EØS-komiteen