

UiO • Det juridiske fakultet

Norsk håndtering av grenseoverskridende bankinsolvens

Adgang til norsk insolvensbehandling av bankfilial med hovedsete i annen
EØS-stat

Kandidatnummer: 209

Leveringsfrist: 1.juni 2014

Antall ord: 39 976



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING - PROBLEMSTILLING OG PRINSIPPER | 1 |
| 1.1 | Introduksjon av tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Temaets aktualitet | 3 |
| 1.3 | Grunnleggende begreper | 6 |
| 1.3.1 | Behov for begrepsforklaring | 6 |
| 1.3.2 | Bank | 6 |
| 1.3.3 | Norsk filial av utenlandsk bank | 7 |
| 1.3.4 | Bankinsolvens | 8 |
| 1.3.5 | Insolvensbehandling av bank | 9 |
| 1.3.6 | Jurisdiksjon og tilknytningskriterier | 9 |
| 1.3.7 | Hjemstat | 10 |
| 1.3.8 | Vertsstat | 11 |
| 1.4 | Grunnleggende utgangspunkter og prinsipper | 11 |
| 1.4.1 | Oversikt | 11 |
| 1.4.2 | Territorialitetsprinsippet | 12 |
| 1.4.3 | Universalitetsprinsippet | 13 |
| 1.4.4 | Mellomløsninger | 13 |
| 1.5 | Avgrensninger | 14 |
| 1.6 | Metode og rettskilder | 14 |
| 1.6.1 | Oversikt over rettskildebildet | 14 |
| 1.6.2 | Særskilte metodespørsmål | 16 |
| 1.7 | Avhandlingens videre struktur | 17 |
| 2 | FORMÅL OG INTERESSER I INSOLVENSBEHANDLING AV BANKER | 18 |
| 2.1 | Identifisering av de ulike interessene – oversikt | 18 |
| 2.2 | Hensyn til kreditorene | 18 |
| 2.2.1 | Oversikt over kreditorene i en insolvent bank | 18 |
| 2.2.2 | Usikrede kreditorer – kreditorfellesskapets interesse i likebehandling | 19 |
| 2.2.3 | Sikredes kreditorer - interesse i anerkjennelse av sikkerhetsretten | 20 |
| 2.3 | Samfunnets interesse i finansiell stabilitet | 20 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 2.4 | Lokale interesser - det grunnleggende problemet ved grenseoverskridende insolvens . | 22 |
| 3 | ADGANG TIL NORSK INSOLVENSBEHANDLING AV BANK MED FILIAL I NORGE OG HJEMSTAT I ANNEN EØS-STAT | 25 |
| 3.1 | Banksikringsloven..... | 25 |
| 3.1.1 | Hensyn bak reguleringen av finansmarkedet..... | 25 |
| 3.1.2 | Hensyn bak særreguleringen av banker..... | 26 |
| 3.1.3 | Oversikt over banksikringsordningen - systematisk plassering av insolvensbehandlingen | 30 |
| 3.1.4 | Offentlig administrasjon av banker | 32 |
| 3.1.5 | Banksikringslovens anvendelsesområde | 33 |
| 3.2 | Forskrift om offentlig administrasjon av filial av utenlandsk bank..... | 33 |
| 3.2.1 | Virkeområde – forskriftens hovedsetebegrep..... | 33 |
| 3.2.2 | Jurisdiksjon..... | 38 |
| 3.2.3 | Lovvalg..... | 49 |
| 3.2.4 | Anerkjennelse | 50 |
| 3.2.5 | Slutning..... | 51 |
| 3.3 | Direktiv 2001/24/EF | 51 |
| 3.3.1 | Direktivets anvendelsesområde | 51 |
| 3.3.2 | Jurisdiksjon..... | 54 |
| 3.3.3 | Anerkjennelse | 56 |
| 3.3.4 | Lovvalg..... | 59 |
| 3.3.5 | Unntak fra universalitetsprinsippet i direktivet? | 61 |
| 3.3.6 | Slutning fra direktivet..... | 67 |
| 3.3.7 | Direktivets virkning i norsk rett..... | 68 |
| 3.4 | Nordisk konkurskonvensjon | 80 |
| 3.4.1 | Konvensjonens status i norsk rett | 80 |
| 3.4.2 | Konvensjonens anvendelse på avvikling av kredittinstitusjoner..... | 81 |
| 3.4.3 | Jurisdiksjon..... | 84 |
| 3.4.4 | Anerkjennelse | 87 |
| 3.4.5 | Lovvalg..... | 88 |
| 3.4.6 | Slutning fra konvensjonen | 89 |
| 3.5 | Avveining av rettsreglene | 90 |
| 3.5.1 | Oversikt | 90 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 3.5.2 | Forholdet mellom forskriften og EØS-primærretten | 90 |
| 3.5.3 | Forholdet mellom forskriften og direktivet | 100 |
| 3.5.4 | Forholdet mellom forskriften og NKK | 108 |
| 3.5.5 | Forholdet mellom direktivet og NKK | 111 |
| 3.6 | Konklusjon – adgangen til norsk insolvensbehandling etter gjeldende rett..... | 112 |
| 4 | BØR DET VÆRE ADGANG TIL NORSK INSOLVENSBEHANDLING? | 113 |
| 4.1 | Behov for rettsendring – uklarhet og EØS-strid | 113 |
| 4.2 | Optimal regulering – avveining av universalitets- og territorialitetsprinsippet | 115 |
| 4.2.1 | Generelt om vurderingen | 115 |
| 4.2.2 | Finansiell stabilitet..... | 116 |
| 4.2.3 | Likebehandling av kreditorene | 120 |
| 4.2.4 | Kostnadseffektivitet..... | 122 |
| 4.2.5 | Reformforslag | 127 |
| 5 | AVSLUTTENDE BEMERKNINGER..... | 129 |
| | REFERANSER..... | 130 |
| | Litteratur..... | 130 |
| | Norske lover | 135 |
| | Norske forskrifter | 136 |
| | Forarbeider | 137 |
| | Vedtak og beslutninger..... | 138 |
| | Rapporter og utredninger | 138 |
| | EU-direktiver og forordninger | 139 |
| | Utenlandske lover..... | 141 |
| | Traktater og Modellover..... | 142 |
| | Rettspraksis | 142 |
| | Andre kilder..... | 147 |

1 Innledning - problemstilling og prinsipper

1.1 Introduksjon av tema og problemstilling

Dagens finansmarked preges av store internasjonale institusjoner med filialer i en rekke land. Internasjonaliseringen av finansnæringen øker risikoen for grenseoverskridende bankinsolvens i tilfelle av økonomiske problemer.¹ Statlige myndigheter i de fleste land har en rekke virkemidler til disposisjon for å bedre bankens økonomiske situasjon. Dersom disse tiltakene ikke lykkes, er det aktuelt å ta banken under insolvensbehandling. På grunn av institusjonens grenseoverskridende karakter, reiser insolvensbehandlingen en rekke problemstillinger som karakteriseres som *internasjonale insolvensrettslige spørsmål*. Når en bank driver virksomhet i flere land, oppstår spørsmålet om hvilket av disse landene det er som har myndighet til å iverksette tiltak mot en kriserammet bank, og herunder har adgang til å åpne insolvensbehandling av banken.² Skal det tillates flere parallelle bobehandlinger i de ulike landene, eller skal det skje en samlet bobehandling der alle aktiva i de ulike filialene inngår i en fellesbehandling? Kan norske myndigheter ta bankens aktiva og passiva som befinner seg i Norge under insolvensbehandling, og således sikre norske kreditorer, eller må man la disse inngå i en fellesbehandling foretatt av institusjonens hjemstat, og således måtte stole på at hjemstatsbehandlingen sikrer de norske kreditorene?

Dette spørsmålet kommer særlig på spissen dersom hjemstaten som skal foreta en samlet behandling, ikke har evne eller vilje til å sikre likebehandling av de utenlandske kreditorer, og gir bedre dekning til sine lokale kreditorer. Denne problemstillingen aktualiserte seg i Norge under finanskrisen, da de tre internasjonale islandske bankene Glitnir, Landsbanki og Kaupthing, som alle drev virksomhet i Norge, ble rammet av krisen høsten 2008. Islandske myndigheter igangsatte tiltak for å sikre de islandske kreditorene, på bekostning av utenlandske kreditorer med fordringer på de islandske bankene. Det oppstod da behov for å beskytte norske innskyteres midler, slik at disse ikke gikk til dekning av prioriterte kreditorer på Island.

Dette danner bakgrunnen for avhandlingens problemstilling: Er det adgang til å åpne norsk insolvensbehandling i filial av banker med hovedsete i annen EØS-stat?

¹ Cunningham (1996) s.51-54.

² Østerbø (2009) pkt.1.1

Hvilken stat som kan åpne insolvensbehandling i en bankfilial beror for det første på de ulike staters nasjonale *jurisdiksjonsregler*.³ En stats jurisdiksjonsregler er imidlertid ikke alene avgjørende for problemstillingen. Når banker driver virksomhet i flere land, oppstår det spørsmål om hvilket av landenes regler om jurisdiksjon det er som skal legges til grunn. Skal insolvensbehandlingen skje etter rettsreglene der eiendelene befinner seg, eller etter rettsreglene i institusjonens hjemstat? Dette betegnes som *lovvalgsspørsmål* og reguleres av de internasjonale privatrettslige regler på området.

I tillegg til jurisdiksjons – og lovvalgsregler, beror avhandlingens problemstilling også på hvilken virkning et lands insolvensåpning har for de andre landene der banken har filialer og eiendeler. Medfører eksempelvis en utenlandsk insolvensåpning i banken at Norge avskjæres fra å åpne insolvensbehandling i den norske filialen? Avskjæres kreditorers adgang til å enkeltforfølge sine krav mot bankens verdier i Norge? Og avskjæres debitor fra å disponere over sine midler i Norge? Hvorvidt disse tre hindringvirkninger inntre beror på om norsk rett anerkjenner utenlandsk insolvensåpning i banker, slik at eiendelene på norsk territorium inngår i den utenlandske bobehandlingen. Tilsvarende vil omfanget av en eventuell norsk jurisdiksjon bero på om de øvrige land anerkjenner den norske behandling, og gir den virkning overfor skyldnerens aktiva i utlandet. Dette betegnes som *anerkjennelsesregler*.⁴

Hvorvidt det er adgang til å åpne insolvensbehandling i en norsk filial av utenlandsk bank beror således henholdsvis på regler om jurisdiksjon, lovvalg og anerkjennelse i norsk internasjonal insolvensrett. Alle disse spørsmål kan sies å bero på om det skal skje en samlet, såkalt *universell*⁵ *insolvensbehandling*, eller om det kan skje flere parallelle, såkalte *territorielle*⁶ *insolvensbehandlinger* i de ulike landene hvor banken driver virksomhet eller har eiendeler. Avhandlingen vil derfor gjøre rede for om det etter norsk rett gjelder et slikt universalitetsprinsipp slik at det skal skje en samlet insolvensbehandling av alle bankens filialer i ett av virksomhetslandene, eller om det er adgang til norsk territoriell behandling.

³ Andenæs (2010) s.9.

⁴ Andenæs (2010) s.10.

⁵ Kap.1.4.3

⁶ Kap.1.4.2

En rekke kryssende hensyn og interesser gjør seg gjeldende i spørsmålet om hvor og hvordan en bank skal insolvensbehandles. Som avhandlingen skal vise, har den nasjonale interessen i å sikre finansiell stabilitet og norske kreditorer resultert i nasjonal forskrift om offentlig administrasjon av utenlandsk bankfilial. EU har på den annen side gitt et direktiv som sikrer helhetlig behandling av alle filialene på det indre marked. Forholdet mellom disse regelverkene tydeliggjør den interessekonflikten som oppstår ved internasjonal virksomhet i krisesituasjoner. Avhandlingen vil dermed klargjøre hvordan de kryssende hensyn gjør seg gjeldende i norske rettsregler om adgangen til norsk insolvensbehandling av bankfilialer, og avslutningsvis vurdere hvorvidt disse hensynene tilsier en rettsendring i norsk internasjonal insolvensrett på kredittmarkedet.

1.2 Temaets aktualitet

Internasjonaliseringen av det norske finansmarkedet gjennom filialetablering er betydelig. Ved utgangen av 2013 var det registrert hele 42 slike filialer med konsesjon til å drive finansieringsvirksomhet i Norge.⁷ Filialene har en markedsandel på om lag 12 prosent av det norske utlånsmarkedet.⁸ Selv om denne markedsandelen ikke er betydelig, bidrar systemrisikoen⁹ på finansmarkedet til at insolvensbehandling av slike filialer har stor samfunnsmessig betydning.¹⁰ Problemstillinger knyttet til internasjonal insolvens i kredittinstitusjoner og da særlig banker, er altså høyst aktuelle i norsk rett.

Hvilken stat som har kompetanse til å vedta og å gjennomføre insolvensbehandling, og om det kan åpnes en eller flere behandlinger, samt at reglene om dette er klare, er av stor samfunnsøkonomisk betydning.¹¹ Dette skyldes bankers samfunnsmessige funksjoner ved kanalisering av kapital fra sparing til investeringer, omfordeling av risiko, likviditetsskapning og produksjon av finansielle tjenester.¹² En økonomisk krise i en kredittinstitusjon vil ha store ringvirkninger og medføre fare for finansiell ustabilitet¹³ på grunn av den systemrisikoen ved

⁷ Finanstilsynet (2013) s.32

⁸ Finanstilsynet (2014)

⁹ Kap.2.3

¹⁰ Kap.2.3

¹¹ Kap.4.1

¹² Myklebust (2011) s.47.

¹³ Kap.2.3

kredittinstitusjoners insolvens. På tross av behovet for klare regler om hvilke myndigheter som har jurisdiksjon, hvilke regler behandlingen skal skje og hvilken virkning dette har i de øvrige land hvor institusjonen driver virksomhet, er rettstilstanden uklar. Den siste finanskrisen avdekket at mange jurisdiksjoner verken hadde rettslig rammeverk på plass for en egnet håndtering av banker i krise, eller at de rammeverkene som eksisterte var utilstrekkelige til å håndtere de problemer som oppstod.¹⁴

Det er altså et klart motsetningsforhold mellom viktigheten av klare regler om hvor insolvensbehandlingen av bankers utenlandske filialer skal åpnes, og fraværet av klare regler om dette. Som avhandlingen vil vise, er heller ikke de norske rettsreglene om dette klare, da de relevante regelsettene på området gir to tilsynelatende motstridende løsninger på spørsmålet. Norge er gjennom EØS avtalen forpliktet til å gjennomføre det nevnte EU direktivet, «Winding-up direktiv»¹⁵ som forespeiler en samlet insolvensbehandling foretatt av myndighetene i bankens hjemstat. Samtidig er det gitt norsk forskrift¹⁶ og vedtak¹⁷ med hjemmel i banksikringsloven¹⁸ som åpner for norsk vertsstatsbehandling. Banksikringsloven videreførte tidligere rett om adgang til særskilt insolvensbehandling av banker.¹⁹ Ved vedtakelsen av forskriften ble imidlertid denne adgangen utvidet til også å omfatte filialer av utenlandske banker. Forskriften bærer preg av å være en hasteforskrift, og forholdet mellom forskriften og de øvrige relevante rettskilder fremstår som uklart. Å klargjøre norsk rettstilstand om insolvensbehandlingen av norske filialer av utenlandske banker er derfor svært aktuelt.

¹⁴ Lastra (2011) s.26.

¹⁵ Ep/Rdir 2001/24/EØF

¹⁶ *Forskrift om offentlig administrasjon av filial med hovedsete i fremmed stat av 12. oktober 2008*(forskriften) med hjemmel i *Banksikringsloven 6. desember 1996 nr.75* (Bsl.) § 1-1(4) og § 4-1(3) jf. *kgl.res.6 desember 1996 nr.1138*.

¹⁷ *Vedtak om offentlig administrasjon av Kaupthing Banks filial i Norge 12. oktober.2008*(vedtaket) jf. Forskriften § 1 jf. Bsl. §4-5

¹⁸ Bsl. §§1-1(4), 4-1(3), 4-5.

¹⁹ Tidligere rett ble videreført i bsl.kap.4 om offentlig administrasjon av banker, fremfor anvendelse av de alminnelige regler i konkursloven. Offentlig administrasjon var tidligere regulert i *Lov om sparebanker av 24.5.1961 nr.1* (spbl.) § 50(2), *Lov om forretningsbanker av 24.5.1961 nr.2* (forbl).§36(2), *Lov om Postbanken BA 6.6.1992 nr.51* (postbl.) §10-2 (nå opphevet). Se pkt.3.1.2

Problemstillingens aktualitet fremgår også av det reformarbeid som pågår på rettsområdet. For det første foregår det reformarbeid på området for alminnelig internasjonal insolvensrett i Norge. Mads Henry Andenæs avga i 2010 en utredning om norsk internasjonal konkursrett etter forespørsel fra Finansdepartementet.²⁰ Denne avgrensner mot bank grunnet særreglene på området, men revisjonen gir en foranledning til også å klargjøre retts situasjonen for insolvensbehandling på kredittmarkedet, og vurdere hvorvidt disse regler bør endres og hvordan. For det andre er Winding-up direktivet foreslått revidert på bakgrunn av EU Kommisjonens høringsnotat fra 2007.²¹ Kommisjonen ønsket der å klarlegge om direktivet etterlater tomrom eller uklarheter som bør dekkes og klargjøres, samt om direktivet skal utvides til å omfatte også bankkonsern og ikke bare filialer. Dette arbeidet pågår fortsatt, trolig fordi reform av andre regler ble prioritert i kjølvannet av finanskrisen, eksempelvis ved utarbeidelse av tillegg til Kapitalkravsdirektivet,²² Innskuddsgarantidirektivet²³ og det såkalte Solvency II-direktivet,²⁴ samt innføringen av regler²⁵ om kredittratingselskaper.²⁶ Disse reglene er alle en del av EUs Krisehåndteringsrammeverk,²⁷ hvis fokus er på tiltak for å forhindre og begrense økonomiske vanskeligheter i finansmarkedet. Insolvensreglene er en del av dette rammeverket, og utredningsarbeidet foregår fortsatt.

Det er per i dag ikke fremsatt forslag om endring av insolvensbehandlingsreglene i nasjonal rett eller på EU-nivå. Det er derfor svært aktuelt å klarlegge gjeldende rett i Norge og drøfte hvorvidt reglene bør endres, og i så fall hvordan de bør endres.

²⁰ Andenæs (2010)

²¹ European Commission (2007)

²² EP/Rdir 2013/36/EU (CRD IV), trådt i kraft 1.januar 2014, som opphever EP/Rdir 2006/49/EF (CRD) og EP/Rfo 575/2013. Begge direktivene er hovedsakelig basert på Baselkomiteens kapital- og likviditetsstandarder (Basel III).

²³ EP/Rdir 2009/14/EF

²⁴ EP/Rdir 2009/138/EF

²⁵ EP/Rfo 462/2013/EF

²⁶ Garcia (2009) pkt.2.2.

²⁷ Forslag til europaparlaments- og rådsdirektiv om etablering av et rammeverk for gjenoppretting og avvikling av kredittinstitusjoner og verdipapirforetak, ved Kommisjonens framlegg KOM(2012) 280. Direktivforslaget er pt.(6.5.2014) endelig vedtatt i Rådets 1.gangsbehandling 6.5.2014

1.3 Grunnleggende begreper

1.3.1 Behov for begrepsforklaring

For å drøfte hvorvidt det i norsk rett er adgang til å åpne norsk insolvensbehandling i filial av utenlandsk bank, må noen grunnleggende begreper først fastlegges. Begrepene benyttes i tilknytning til grenseoverskridende rettsforhold. Innholdet av begrepene kan variere i de ulike lands rettssystemer, og det er derfor nødvendig med en presisering av hvordan begrepene benyttes i avhandlingen.

1.3.2 Bank

Begrepet «bank» forstås her som «foretak hvis virksomhet består i å motta innskudd eller andre tilbakebetalingspliktige midler fra allmennheten og å yte lån for egen regning», i samsvar med finansieringsvirksomhetslovens definisjon av kredittinstitusjon.²⁸ Norsk retts definisjon i finansieringsvirksomhetsloven²⁹ og banksikringsloven³⁰ samsvarer med det EU-rettslige kredittinstitusjonsbegrepet,³¹ og kan altså legges til grunn for institusjoner med hovedsete i en annen EØS-stat.³²

Banker er i norsk rett definert som enten sparebanker, eller forretningsbanker. Forretningsbanker defineres som «[...]alle foretak som skaffer seg midler til sin virksomhet ved å ta mot innskudd fra en ubestemt krets av innskytere.»³³ Begrepet defineres nærmere ved en negativ avgrensning mot Norges Bank, sparebanker og foretak opprettet i medhold av særskilt lov.³⁴

²⁸ *Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 10.juni 1988 nr.40* (Fivl.) §1-5 nr.3. Bestemmelsen kom inn i loven som følge av EØS-avtalen fordi man ikke hadde noen tilsvarende definisjon i norsk lovgivning jf. Ot.prp.nr.85(1991-1992).

²⁹ Fivl.§ 1-5nr.3.

³⁰ Bsl.§ 1-3(2)

³¹ EP/Rdir 2013/36/EF art. 3 nr.1(1) jf., EP/Rfo 575/2013/EF art. 4(1) som viderefører definisjonen i det tidligere EP/Rdir 2006/48/EF art. 4 nr.1, inntatt i EØS-avtalen vedlegg IX EØS-komiteens beslutning nr. 65/2008 av 6. juni 2008. Se EØS-tillegget til Den Europeiske Unions Tidende nr. 58 av 25. september 2008 s.9

³² EØS art.1

³³ Fbl. § 1(1), første setning jf.§1(4)

³⁴ Fbl. § 1(2). Med foretak opprettet i medhold av særskilt lov menes «samvirkeforetak som har til hovudføremål å skaffe bustader til andelseigarane gjennom burettslag eller på anna vis og å forvalte bustader for andelseigarane» Jf. *Bustadbyggjelagslova av 6.juni 2003 nr.38* (Bubygggl.) § 1-1(1).

Sparebanker defineres som «Foretak som har til formål å fremme sparing ved å ta imot innskudd fra en ubestemt krets av innskyttere og å forvalte de midler foretaket rår over, uten at stifterne eller andre har rett til utbytte av virksomheten utover eventuell forrentning av grunnfondsbevis».³⁵ Forretningsbanker skal organiseres som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Sparebanker har tradisjonelt vært organisert som selveide institusjoner opprettet gjennom bidrag fra private og kommuner, men har siden 2002 kunnet omdanne seg til aksje- eller allmennaksjeselskap.³⁶ De samme reglene gjelder for insolvensbehandlingen av sparebanker og forretningsbanker, og de vil derfor behandles samlet.

1.3.3 Norsk filial av utenlandsk bank

Med «filial» menes her «forretningssted i Norge som utgjør en rettslig avhengig del av en kredittinstitusjon som helt eller delvis utfører forretninger som inngår i kredittinstitusjonens virksomhet».³⁷

Det norske rettsgrunnlaget for grenseoverskridende kredittvirksomhet gjennom filialer av utenlandske banker er finansieringsvirksomhetsloven, heretter benevnt finvl, § 1-4 nr. 4. Disse gjennomfører annet bankdirektiv³⁸ og innfører det såkalte «single passport» systemet som gir markedsadgang til andre EØS-stater basert på hjemlandskonsesjon. Det innebærer at kredittinstitusjoner med hjemstat i annen EØS-stat kan drive virksomhet her i riket gjennom filial uten særskilt tillatelse fra norske myndigheter, forutsatt at virksomheten har tillatelse eller er undergitt tilsyn fra kompetent myndighet i vedkommende hjemstat, og at det er gitt melding

³⁵ Spbl.§ 1(1)

³⁶ *Lov om endring av finansieringsvirksomhetsloven Jf. Besl.O.nr 55(2001-2002) jf. Myklebust(2011)s.66*

³⁷ Jf. Fivl.§1-3(3) og *Forskrift 2.mai 1994 nr.326 om filial av banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, m.m* som er i samsvar med den EU-rettslige definisjonen jf. EP/Rdir 2013/36/EF art. 3 nr.1(16) som viser til EP/Rfo 575/2013 Art. 4(1) pkt.(17) som viderefører definisjonen i tidligere EP/Rdir 2006/48/EF art. 4(1)nr. 3

³⁸ Fivl.§1-4 nr.4 og nr.7 og filialforskriften gjennomfører EP/Rdir 1989/646/EF(annet bankdirektiv) og senere EP/Rdir 2006/48/EF og 2013/36/EF (Kredittvirksomhetsdirektiv II og III) som presiserer EU-traktatens og EØS-avtalens bestemmelser om fri etablering, tjenesteyting og kapitalbevegelse på finansmarkedet jf. *Avtale av 2.mai 1992 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen) art. 31, 36, og 40, jf. Lov av 27. november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS1.) § 1*

til tilsynsmyndighetene i hjemstaten, som igjen har gitt melding til Finanstilsynet.³⁹ Filialen er således som hovedregel under tilsyn fra hjemlandet, i motsetning til datterbanker som er underlagt vertslandets tilsynsmyndighet.⁴⁰ De nærmere reglene om EØS-baserte kredittforetaks etablering og virksomhet i Norge fremgår av forskrift om filial av banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen EØS stat,⁴¹ samt forskrift om grenseoverskridende tjenesteyting av utenlandske banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen EØS stat,⁴² som begge er gitt med hjemmel i finvl. § 1-4 nr. 4. Disse forskriftene regulerer imidlertid ikke insolvensbehandlingen av slike filialer.

Finansinstitusjoner fra land utenfor EØS-området kan også etablere filialer i Norge, ved tillatelse gitt av Kongen.⁴³ Det kan også gis tillatelse til å drive virksomhet i Norge ved registrering av et representasjonskontor.⁴⁴ Et slikt representasjonskontor kan bare formidle kontakt til institusjonene i hjemlandet og ikke drive egen virksomhet i Norge.⁴⁵ Filialer av tredjelandsbanker må ha norsk konsesjon og må derfor være organisert innenfor rammen av de kravene som finvl, spb og forrb oppstiller. De samme problemer i forholdet mellom vertsstat og konsesjonsmyndighet vil derfor ikke oppstå ved insolvensbehandlingen av disse. Filialer av tredjelandsbanker vil derfor ikke behandles i avhandlingen.

1.3.4 Bankinsolvens

Insolvensbegrepets innhold varierer i de ulike regelverkene som kommer til anvendelse på problemstillingen. Felles for insolvensbegrepene i de ulike regelverkene er imidlertid at det er tale om den økonomiske situasjon i en kredittinstitusjon som ikke kan dekke sine forpliktelser

³⁹ Fivl.§1-4 nr.4 som gjennomfører EP/Rdir 2006/48/EF art. 16, nå opphevet, men videreført i EP/Rdir 2013/36/EF, Jf. NOU 2011:8, punkt.2.3.nr.1 og Myklebust(2011) s.125.

⁴⁰ Øverli (2003) s.168.

⁴¹ *Forskrift 2.mai 1994 nr.326* jf. Fivl.§1-4 nr.4, 3 pkt.

⁴² *Forskrift 7.juli 1994 nr.717 om grenseoverskridende tjenesteyting av utenlandske banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat innenfor Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet.*

⁴³ Tillatelse til å drive virksomhet i Norge gis etter reglene i spbl. §3(4), forbl.§8(2) og fivl.§3-4(2). Det uttales i NOU 2011:8 pkt. 2.3 nr.3 at disse bestemmelser for øvrig må ses i sammenheng med fivl. §1-4 nr. 6 som på overordnet vis fastslår at filialer av kredittinstitusjoner med hovedsete i stat utenfor EU/EØS området kan gis tillatelse til å drive finansieringsvirksomhet i Norge.

⁴⁴ Forbl. § 8(5) og fivl.§3-4(4).

⁴⁵ Myklebust (2011) s.125.

etter hvert som de forfaller, og ikke har tilstrekkelige midler til å sikre fortsatt drift.⁴⁶ Det nærmere innhold i insolvensbegrepet vil fremgå av tolkningen av de ulike regelverkene.

1.3.5 Insolvensbehandling av bank

Hvilken form for offentlig insolvensbehandling det er tale om og det nærmere innhold i begrepet, varierer mellom de ulike landenes rettssystemer og de ulike regelverk. Problemstillingen er om det kan igangsettes norsk insolvensbehandling av norsk filial av utenlandsk bank. Begrepet insolvensbehandling vil altså i avhandlingen hovedsakelig bli brukt om slik behandling etter norsk rett. Norsk insolvensbehandling av banker sikter til vedtak om offentlig administrasjon etter banksikringsloven, da det ikke kan åpnes alminnelig konkursbehandling i banker, jf. bsl. § 4-2.

Der avhandlingen taler om utenlandsk insolvensbehandling vil innholdet av denne prosessen bero på innholdet i det lands regler som anvendes. De ulike lands varierende rettsregler om denne behandlingen er et av de grunnleggende problemer med grenseoverskridende insolvenser. Betegnelsen på, og innholdet av slik insolvensbehandling kan altså variere, men generelt kan begrepet «insolvensbehandling» sies å vise til en prosess hvor insolvent skyldners aktiva beslaglegges under ledelsen av domstol eller annen offentlig myndighet. Deretter inngår disse enten i en reorganiseringsprosess hvor skyldnerens aktiva og passiva blir overdratt, eller de inngår i en avviklingsprosess hvor aktiva realiseres og fordeles mellom fordringshaverne.⁴⁷ Det sentrale er at det foretas en felles gjeldsforfølgning, såkalt generalekseksjon, i motsetning til enkeltforfølgning, såkalt gjeldsekseksjon.⁴⁸

Det avgrenses her til de offentligrettslige regler om tvungen fellesforfølgning, slik at privatrettslig, såkalt frivillig reorganisering og avvikling, faller utenfor insolvensbegrepet i avhandlingen.

1.3.6 Jurisdiksjon og tilknytningskriterier

Begrepet «jurisdiksjon» anvendes i avhandling om stedlig kompetanse til å åpne og gjennomføre insolvensbehandling. Stedlige kompetanseregler er ofte betegnet som vernetingsregler.

⁴⁶ Bsl.§4-5 (1), kkl.§61.

⁴⁷ Bogdan (1984) s.19 flg.

⁴⁸ Brækhus (1970) s.8.

Denne terminologien brukes imidlertid ikke her, da vernetingsbegrepet anvendes om domstolers stedlige kompetanse⁴⁹ og insolvensbehandling av banker ofte foretas av andre myndigheter, eksempelvis ved Finansdepartementets vedtak om offentlig administrasjon av bank.

I likhet med verneting, forutsetter jurisdiksjon, slik begrepet her blir benyttet, at visse tilknytningskriterier er oppfylt mellom skyldneren og den stat som har jurisdiksjon til å ta skyldneren under insolvensbehandling. Hensynet bak kravet om tilknytning er at en effektiv gjennomføring av en insolvensbehandling betinger at skyldneren har et visst minimum av aktiva og passiva innen statens territorium,⁵⁰ eller at det er et slikt forhold mellom en skyldner og en stat at det er naturlig at vedkommende stat foretar insolvensbehandlingen. Hva som kreves for at slik tilknytning anses å foreligge, varierer i de ulike regelverkene. Eksempler på tilknytningskriterier i de ulike regelverk i internasjonal insolvensrett er at skyldneren skal ha «hjemstat»⁵¹, «hovedvirksomhet»⁵², «senter for hovedinteresser»,⁵³ «hovedsete»,⁵⁴ eller ha eiendeler i staten.⁵⁵ Innholdet i ulike tilknytningskriterier og forholdet mellom dem er gjenstand for senere drøftelse.⁵⁶ Begrepene «hjemstat» og «vertsstat» er imidlertid grunnleggende for forståelsen av avhandlingens problemstilling og vil derfor behandles innledningsvis.

1.3.7 Hjemstat

Med en banks hjemstat menes den staten hvor institusjonen fikk autorisasjon til å drive finansieringsvirksomhet. Denne definisjon fremgår av den EU-rettslige reguleringen av kredittinstitusjoner⁵⁷ som er inntatt i EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett i filialforskriften § 1. Hjemstatsbegrepet er relevant ved vurderingen av om det skal skje en samlet insolvensbe-

⁴⁹ Eks. *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister* (tv1.) av 17.Juni 2005 nr.90 §§ 4-3 til 4-8, *Lov om gjeldsforhandling og konkurs* av 8.juni 1984 nr.58 (kkl.) § 146, *Lov om tvangsfullbyrdelse* av 26.juni 1992 nr.868 (tvfbl) § 1-8 mv.

⁵⁰ Kap.2.4

⁵¹ EP/Rdir 2001/24/EF art. 3.nr 1.

⁵² Kkl. § 146 (1)

⁵³ Rfo 1346/2000 (EUs konkursforordning) og UNCITRAL Modellaw on Cross-border Insolvencies (1997).

⁵⁴ Bsl. § 1-1.

⁵⁵ Forskrift 12.10.2008 § 1(2)

⁵⁶ Kap.3.2.1

⁵⁷ EP/Rdir 2001/24/EF art. 2, 1 strekpunkt som viser til EP/Rdir 2000/12/EF art. 1 nr.6, erstattet av EP/Rdir 2013/36/EF Art. 3(1) nr.39 jf. Rfor 575/2013 Art. 4(1) nr.43.

handling av alle kredittinstitusjonenes aktiva i hjemstaten, eller om det skal skje flere separate behandlinger i de enkelte vertsstatene. Begrepet benyttes i avgrensning av avhandlingens problemstilling, ved at det kun er tale om insolvensbehandling av banker med hjemstat innenfor EØS-området.

1.3.8 Vertsstat

Med en banks vertsstat menes her den staten hvor en institusjon har en filial eller hvor den utøver virksomhet. Denne definisjonen fremgår av den EU-rettslige reguleringen av kredittinstitusjoner⁵⁸ som er vedlagt EØS-avtalen.⁵⁹ Begrepet er relevant ved vurderingen om det skal skje flere separate insolvensbehandlinger av filialer i de enkelte vertsstater, eller om det skal skje en samlet insolvensbehandling i bankens hjemstat.

1.4 Grunnleggende utgangspunkter og prinsipper

1.4.1 Oversikt

Som overnevnt beror løsningen på jurisdiksjons-, lovvalgs- og anerkjennelsesspørsmålene i avhandlingens problemstilling på hvorvidt norsk rett åpner for én samlet behandling der alle institusjonens aktiva, også i utenlandske filialer inndras, eller om det skal skje flere separate behandlinger i hver vertsstat. Disse to motstående løsninger har tradisjonelt blitt betegnet som reguleringsmodeller med utgangspunkt i henholdsvis *universalitetsprinsippet* og *territorialitetsprinsippet*. Disse modellene forstås som to tenkte og prinsipielt forskjellige ordningsprinsipper, og ikke som beskrivelser av faktisk forekommende reguleringer, da det i praksis vil forekomme mange mellomløsninger.⁶⁰ Det er likevel nyttig med en presisering av innholdet av disse to hovedprinsipper innledningsvis, før det drøftes hvilken løsning som er lagt til grunn i norsk rett.

⁵⁸ EP/Rdir 2001/24/EF art. 1 nr.1 som viser til EP/Rdir 2000/12/EF art, 1 nr.1, videreført i EP/Rdir 2013/36/EF art. 3(1) nr.39 jf. EP/Rfo 575/2013 art. 4(1) nr.44.

⁵⁹ EP/Rdir 2006/48/EF art. 4 nr. 8, gjennomført i fivl. og EP/Rdir 2001/24/EF art. 2, som er inntatt i vedlegg IX til EØS-avtalen jf. EØS-komiteéns beslutning nr.167/2002 av 6.desember 2002.

⁶⁰ Andenæs (2010) s.10, Bogdan (1984) s.28

1.4.2 Territorialitetsprinsippet

Territorialitetsprinsippet foreskriver at insolvensbehandling kan åpnes i ethvert land hvor debitor har verdier. Hver stat anvender da sine jurisdiksjons- og insolvensregler på den del av skyldnerens formue som befinner seg innenfor vedkommende stats grenser.⁶¹ Skyldnerens eiendeler som befinner seg i en annen stat kan da fritt disponeres av skyldneren selv, de kan være gjenstand for enkeltforfølgning, eller de kan inndras i en ny insolvensbehandling. Territorialitetsprinsippet medfører altså risiko for at debitorer med grenseoverskridende virksomhet blir gjenstand for flere parallelle behandlinger, etter insolvensregler som kan variere i de ulike statene.⁶²

Rettskilder som bygger sin reguleringsmodell på territorialitetsprinsippet vil altså ikke oppstille tilknytningskriterier med formål om å identifisere den stat der skyldneren har sin hovedtilknytning. Dette skyldes at det ved reguleringsmodeller som åpner for flere parallelle behandlinger, er tilstrekkelig at hensynet til nasjonale kreditorer tilsier at insolvensbehandling bør åpnes i staten. Eksempelvis kan et slikt tilknytningskriterium være at skyldneren eier aktiva i vedkommende stat.⁶³

Territorialitetsprinsippet tillater såkalt «ring-fencing». Begrepet tillegges forskjellig meningsinnhold i ulike sammenhenger og av ulike forfattere.⁶⁴ Her benyttes begrepet om at man holder tilbake skyldnerens aktiva som befinner seg på vedkommende stats territorium for å sikre lokale kreditorers dekning, og således hindrer aktivaene å inngå en fellesbehandling.⁶⁵ Prinsippet samsvarer med såkalt nasjonal finanspolitikk basert på manglende byrde-fordeling mellom land.⁶⁶ Ring-fencing er imidlertid kritisert fordi det går på bekostning av hensynet til likebehandling av kreditorer.⁶⁷

⁶¹ Cunningham (1996) s.51-54.

⁶² Bogdan (1984) s.28 og Israël (2005) s.31, Andenæs (2010) s.10

⁶³ Aasheim (2002) s.6.

⁶⁴ Schwarcz (2013) s.72-83

⁶⁵ Campbell (2005) s.5

⁶⁶ Lastra (2011) s.171

⁶⁷ Kap.2.2.2

1.4.3 Universalitetsprinsippet

Reguleringsmodeller som bygger på universalitetsprinsippet foreskriver at en enkelt insolvensbehandling åpnes i den staten skyldneren har sterkest tilknytning til, og at denne gis virkning for alle skyldnerens eiendeler og forpliktelser, uavhengig av hvor de befinner seg. Én stat gis altså eksklusiv jurisdiksjon over insolvensbehandlingen, slik at denne omfatter hele skyldnerens formue uavhengig om denne befinner seg innenfor eller utenfor statens territorium.⁶⁸ Alle skyldnerens kreditorer må fremme sine fordringer i denne ene insolvensbehandlingen. Retten i det land hvor insolvensbehandling åpnes, *lex concursus*, vil da være universell og gis ekstraterritoriell virkning slik at den automatisk regulerer insolvensens rettsvirkninger for debtors aktiva og kreditorenes rettigheter i andre land.⁶⁹

Regelsett som bygger sin reguleringsmodell på universalitetsprinsippet vil oppstille tilknytningskriterier med formål om å identifisere den staten som debtors økonomiske virksomhet har sterkest tilknytning til. Tilknytningskriteriene vil dermed tilstrebe at insolvensbehandlingen åpnes i den stat som har best grunnlag for å ta et helhetlig grep om skyldnerens virksomhet.⁷⁰

1.4.4 Mellomløsninger

Det finnes en rekke mellomløsninger som modifiserer de to ytterpunktene som universalitets- og territorialitetsprinsippet representerer. I juridisk teori er de overnevnte løsninger betegnet som henholdsvis «klassisk territorialisme» og «full universalitet», og mulige mellomløsninger inndeles i to kategorier, benevnt «moderne territorialitet» og «modifisert universalitet».⁷¹

«Moderne territorialitet» innebærer at hver filial av en internasjonal bank behandles som selvstendige enheter. I motsetning til ved klassisk territorialitet, er systemet kravbasert, og ikke aktivabasert. Dette betyr at kreditorene i en filial har rett til dekning i de lokale aktiva, men også i aktiva som befinner seg i andre jurisdiksjoner. Det er imidlertid bare de lokale kreditorer som kan fremme sine krav. Etter at disse har fått full dekning overføres overskytende divi-

⁶⁸ Cunnigham (2006) s.51-54, Andenæs (2010) s.10

⁶⁹ Lastra (2011) s.136.

⁷⁰ Aasheim (2000) s.6.

⁷¹ Baxter (2004) s.57-91.

dende til bankens hovedkontor, hvor utenlandske kreditorer kan fremsette sine krav. Det avgjørende er altså hvor kreditorene eller kravene befinner seg. Dette står i motsetning til en aktivabasert tilnærming, hvor det avgjørende er hvor aktivaene befinner seg.

Den andre mellomløsningen, «modifisert universalitet», forsøker å avhjelpe universalitetsprinsippets rigiditeter gjennom økt samarbeid mellom landene hvor banken er etablert. Under denne løsningen avgjør hvert lands relevante administrative myndighet i hver enkelt sak hvorvidt de selv skal åpne en hoved- eller sekundær-insolvensbehandling, eller om de skal overlate dette til en annen jurisdiksjon. UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency Proceedings er eksempel på gjennomføringen av slik modifisert universalitet.⁷²

Jeg legger denne sontringen mellom fire ulike reguleringsmodeller til grunn i min videre drøftelse, og vil i tolkningen av de relevante regelsettene vurdere hvilken av disse reguleringsmodellene de bygger på, for deretter å komme til hvilken slutning de ulike regelverkene gir på avhandlingens problemstilling.

1.5 Avgrensninger

Det fremgår av avhandlingens problemstilling at jeg kun vil behandle insolvensbehandlingen av banker med filialer i Norge og hovedsete i annen EØS-stat. Det avgrenses dermed mot andre kredittinstitusjoner enn banker, slik at kredittforetak faller utenfor behandlingen. Videre avgrenses det mot banker som har fått tillatelse til å drive kredittvirksomhet av norske myndigheter, og dermed har hjemstat i Norge. For det tredje avgrenses det mot datterselskaper av utenlandske kredittinstitusjoner. Konsernforhold drøftes kun der dette er relevant for å belyse problemstillingen. Det avgrenses naturligvis også mot annen finansieringsvirksomhet enn kredittvirksomhet, eksempelvis forsikringsvirksomhet. En ytterligere avgrensning gjøres mot frivillig gjeldsordninger og avvikling, da det her er tale om tvungen gjeldsforfølgning.

1.6 Metode og rettskilder

1.6.1 Oversikt over rettskildebildet

Insolvensbehandling av banker reguleres for det første av særreglene i banksikringsloven, heretter benevnt «bsl», og forskrift om offentlig administrasjon av filial av utenlandsk bank,

⁷² Baxter (2004) s.61.

heretter benevnt «forskriften», samt EUs direktiv om reorganisering og avvikling av kredittinstitusjoner,⁷³ heretter benevnt «direktivet». I tillegg til disse regelverkene som særskilt omhandler banker, kommer de alminnelige regler i Nordisk konkurskonvensjon,⁷⁴ heretter benevnt NKK eller konvensjonen, til anvendelse, samt konkurslovens regler om internasjonal insolvens.⁷⁵

De relevante reglene har således karakter av et spesialregime for banker i forhold til et alminnelig privatrettslig system.⁷⁶ Alminnelig konkursrett er i seg selv en juridisk disiplin hvor privatrettslige og offentligrettslige hensyn krysser hverandre. Fellesforfølgning er et rettsmiddel for en insolvent skyldners fordringshavere og er således regler av privatrettslig karakter som skal ivareta hensynet til kreditorene, samtidig som instituttet varetar visse samfunnsmessige behov.⁷⁷ Det samfunnsmessige behovet gjør seg særlig gjeldende i insolvensbehandlingen av banker, grunnet deres samfunnsmessige funksjon og realøkonomiske konsekvenser av en insolvens.⁷⁸ Hensynet til å sikre finansiell stabilitet er et av hovedformålene ved insolvensbehandlingen av kredittinstitusjoner,⁷⁹ hvilket medfører at reglene får offentligrettslig karakter i tillegg til å regulere de private markedsaktørenes atferd. Eksempelvis har reglene en forvaltningsrettslig karakter grunnet forbindelsen med tilsynsregimet for finansinstitusjoner. Offentligrettslig regler kommer også inn ved vurderingen av forvaltningens kompetanse til å fatte vedtak om tvungen gjeldsforfølgning, og særlig i kredittinstitusjoner grunnet EU/EØS-reglene på området som danner en skranke for den nasjonale kompetansen. De offentligrettslige regler for forholdet mellom nasjonal rett og EU/EØS-rett, herunder lovgivers nasjonale handlingsrom og legalitetsprinsippet kommer således inn i vurderingen. Reglenes privatrettslige og offentligrettslige karakter gjør vurderingen av de kryssende hensyn kompliserte, og reiser særskilte metodespørsmål som behandles underveis.

⁷³ EP/Rdir 2001/24/EF.

⁷⁴ *Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs*, inkorporert i norsk rett ved Lov av 7. november 1933 nr.00.

⁷⁵ Kkl.§§ 146 og 161.

⁷⁶ Kap.3.1.2

⁷⁷ Andenæs (2009) s.10

⁷⁸ Kap.2.3

⁷⁹ Kap.2.3

Internasjonal bankinsolvens og banksikringsrett generelt, er et tema som i liten grad er behandlet i norsk rettspraksis og teori. Utenlandsk teori får derfor en sentral stilling i tolkningen av de primære rettskildene.

1.6.2 Særskilte metodespørsmål

Som oversikten over rettskildebildet viser, er de relevante regelverkene av ulik karakter, herunder norsk lov og forskrift, EØS-rettslig sekundær lovgivning, samt en folkerettslig avtale inngått som en del av nordisk lovsamarbeid på konkursrettens område. Det oppstår derfor særskilte metodespørsmål om henholdsvis de internasjonale kilders selvstendige rettskildevekt, tolkningen av disse, betydningen av de internasjonale kilder for tolkningen av norsk rett, og forholdet mellom disse i en eventuell motstridssituasjon.

Forholdet mellom norsk rett og EØS-rett, herunder det nasjonale handlingsrommet under EØS-avtalen, og EØS-rettens gjennomslagskraft behandles særskilt i kap.3.3.7, 3.5.2 og 3.5.3. Det samme gjelder forholdet mellom norsk rett og de folkerettslige forpliktelser oppstilt i NKK, hvilket drøftes i kap.3.5.5.

Videre drøftes hensynene bak spesialreguleringen og forholdet mellom de alminnelige og de særskilte regler på området i kap.3.1.2. Her vil kun bemerkes at banksikringsloven, forskriften og direktivet utgjør særregler for insolvensbehandling av banker, som vil gå foran de alminnelige regler i konkursloven og dekningsloven i samsvar med prinsippet om *lex specialis*.

I avhandlingens rettspolitiske del om norsk adgang til insolvensbehandling av internasjonale banker er ønskelig, anvendes rettsøkonomisk analyse. Bruken av rettsøkonomiske argumenter i rettslig argumentasjon kommenteres i kap.4.2.4.1.

Disse metodiske spørsmål vil behandles i sin helhet der de kommer på spissen, og vil derfor ikke undergis en generell drøftelse her. En generell bemerkning kan imidlertid gjøres angående språkvalget ved tolkningen av de relevante rettskilder. Jeg benytter den engelske språkversjonen av EU/EØS-rettslige rettskilder ved tolkningen av disse, samt belyser tolkningen med

den danske og franske språkversjonen.⁸⁰ Den norske språkversjon av direktivet ble publisert i EØS-tillegget til den Den Europeiske Unions Tidende ved direktivets gjennomføring i Norge, og den norske teksten «skal gis gyldighet».⁸¹ Homogenitetsmålsetningen og lojalitetsprinsippet medfører imidlertid at man ved tolkningen av nasjonalt gjennomført EØS-rett skal tolke denne i samsvar med EØS-retten og EU-retten for øvrig, hvilket taler for å legge flere av EUs offisielle språkversjoner til grunn, fremfor å tolke den norske ordlyden.⁸²

1.7 Avhandlingens videre struktur

Avhandlingens hoveddel består av tre hoveddeler. I den første hoveddelen redegjøres det kort for de grunnleggende hensyn og interesser som gjør seg gjeldende i en grenseoverskridende bankinsolvens. Dette danner grunnlaget for tolkningen av de gjeldende rettsregler i avhandlingen andre hoveddel, og for den rettspolitiske vurderingen av ønskelige rettsregler i avhandlingens tredje hoveddel.

Den andre hoveddelen består av en redegjørelse for jurisdiksjons-, - anerkjennelses-, - og lovvalgsreglene i henholdsvis bsl, forskriften, direktivet, NKK og kkl. Slutningene som kan utledes av disse ulike regelverkene vil deretter avveies mot hverandre, for å vurdere om det er motstrid mellom disse og i så fall hvordan motstriden skal løses. Herunder drøftes forskriftens forhold til primærretten, direktivet og NKK, før avhandlingens problemstilling besvares ut fra gjeldende rettsregler.

⁸⁰ At engelsk, fransk og dansk er valgt, skyldes praktiske grunner som tilgjengelighet, likhet til det norske språk og egne språkkunnskaper. Dette er 3 av de nå 24 offisielle språk i EU. Alle språkversjonene er likestilt, av politiske hensyn samt av retts teknisk og effektivitetshensyn som at enhver borger skal kunne forholde seg til EU-retten på sitt språk jf. C-283/81 *CILFIT* jf. Sejersted(2011)s.44. Internt i EU brukes imidlertid engelsk, fransk, og tysk som arbeidsspråk. EU-domstolens arbeidsspråk og prosessspråk er fransk, og EFTA-domstolen bruker engelsk som internt arbeidsspråk og prosessspråk jf. Rettergangsordningen art. 25. Av disse grunner fremstår den franske og engelske ordlyden som naturlige utgangspunkt for tolkningen.

⁸¹ EØS-komiteéns beslutning nr.167/2002 art. 2. Ved innlemmingen av EU-rettsakter i EØS-avtalen oversettes de til EFTA-statenes språk, dvs. norsk og islandsk, som er formelt like gyldige jf. EØS art. 129

⁸² EU-domstolen har uttalt at fortolkningen av en EU-rettslig bestemmelse bare kan skje etter en sammenlikning av de språklige versjoner, jf. C-283/81 *CILFIT*, premiss 18. Da EØS-retten skal tolkes i samsvar med EU-retten jf. Homogenitetsmålsetningen EØS art. 1 og fortalens pkt.16 taler dette for at også flere språkversjoner legges til grunn i tolkningen av EØS-rettsakter.

Den tredje og siste hoveddelen består av rettspolitisk vurdering av om det bør være adgang til norsk insolvensbehandling av banker. Dette beror på en vurdering av behovet for rettsendring og hvilken reguleringsmodell som best oppfyller formålene som insolvensbehandling av banker. Avslutningsvis fremsettes forslag om optimal regulering basert på effektiv formålsoppfyllelse.

2 Formål og interesser i insolvensbehandling av banker

2.1 Identifisering av de ulike interessene – oversikt

Før de gjeldende regler i bsl, direktivet, forskriften og konvensjonen behandles, finner jeg det hensiktsmessig å gi en kort redegjørelse for de interessene som gjør seg gjeldende i reguleringen av det rettsområdet som her vurderes. Avveiningen av de ulike interessene utgjør de begrunnende hensyn og formål med reguleringen av insolvensinstituttet på kredittområdet.

I likhet med alminnelig insolvens, vil berørte parter av en inntrådt insolvens være debitor selv og hans skyldnere. I tillegg har samfunnet en egeninteresse i at insolvensbehandlingen av en bank skjer på en måte som ivaretar finansiell stabilitet. Disse tre interessepartene tilsier at insolvensbehandlingen av banker bør ivareta ulike og til dels kryssende hensyn og formål. Det internasjonale aspektet ved insolvens i grenseoverskridende banker medfører ytterligere konflikter mellom de ulike lokale interesser, og konflikter mellom de lokale interesser og interessen i et felles finansmarked innenfor EØS.

2.2 Hensyn til kreditorene

2.2.1 Oversikt over kreditorene i en insolvent bank

Hovedkreditorene i en insolvent bank er for det første innskytere. Innskytere beskyttes ofte av en innskuddsgarantiordning som delvis vil ivareta deres dekningsinteresse, og dersom innskyterne også er låntakere i banken kan deres interesse ivaretas gjennom en motregningsadgang. Den andre typen kreditorer er garantister som er begunstiget i en bankgaranti i remburs, gjeldsbrev eller avtale om sikkerhetsstillelse. Den tredje typen kreditorer er låntakere som har mottatt et lånetilsagn fra banken. Den fjerde typen er andre banker i interbankmarkedet som har gjort innskudd i skyldnerbanken, eller deltakere i et betalingssystem og motparter i valutahandel og oppgjørssentraler. Sistnevnte vil ofte kunne sluttavregne sine krav mot debitor-

banken, og har derfor interesse av regler som tillater sluttavregning. En femte kreditorgruppe er obligasjonseiere i kapitalmarkedet. En sjettede gruppe er offentlige kreditorer, i form av innskuddsgarantifond som vil ha en regress mot debitorbanken i tilfelle av utbetaling til innskytterne, eller nasjonale banker som har ytet likviditetsstøtte som en såkalt «lender of last resort». En siste kreditorgruppe er diverse andre kontraktsparter i arbeidskontrakter, husleiekontrakter, forsikringsavtaler og andre leverandøravtaler som banken har inngått.⁸³

Alle kreditorer ønsker klarligvis best mulig dekning for sitt krav. De ulike kreditorenes interesser vil imidlertid tilsi ulike prinsipper for fordelingen av debtors begrensede midler, som igjen kan tilsi ulike reguleringsmodeller av hvilken stat som kan åpne insolvensbehandlingen. De ulike kreditorene kan inndeles i to hovedgrupper etter deres interesser i insolvensbehandlingen, henholdsvis sikrede og usikrede kreditorer.

2.2.2 Usikrede kreditorer – kreditorfellesskapets interesse i likebehandling

Hovedbegrunnelsen for felles gjeldsforfølgning er å motvirke tilfeldige og urimelige forskjeller mellom en insolvent skyldners fordringshavere.⁸⁴ Ved enkeltforfølgning vil det oppstå et kappløp mellom de konkurrerende rettighetshavere om å skaffe seg oppfyllelse eller sikkerhet mens skyldneren enda har midler.⁸⁵ Dette medfører at tapet må bæres av de kreditorene som ikke var tidlig nok ute, hvilket betegnes som prioritetsprinsippets tilfeldige og urimelige utslag. Fellesforfølgning gjennom insolvensbehandling er basert på en rettferdighetstanke om at alle skyldners fordringshavere bør bære sin forholdsmessige del av tapet ved at det ikke er nok til alle.⁸⁶ Dette grunnleggende hensynet i konkursretten gjør seg klarligvis også gjeldende for usikrede kreditorer i en bankinsolvens. Likebehandling av kreditorer er gjerne betegnet som «pari passu-prinsippet», som foreskriver at alle krav av samme type skal behandles likt,⁸⁷ også formulert som at hver kreditor dekkes pro rata i samsvar med kravets størrelse.⁸⁸

⁸³ Wood (2007) s.733, 734.

⁸⁴ Andenæs (2009) s.10.

⁸⁵ Andenæs (2009) s.10. Dette betegnes som prioritetsprinsippet.

⁸⁶ Andenæs (2009) s.11.

⁸⁷ Campbell (2005)s.5

⁸⁸ Lastra (2011) s.171

Hensynet til de usikrede kreditorene tilsier at alle skyldnerens aktiva inngår i en fellesbehandling, slik at det er mest mulig til dekning av den enkeltes krav, og at alle kreditorer behandles etter de samme reglene. Dette gjør seg særlig gjeldende i en internasjonal skyldners bo, hvor de ulike staters regler kan gi ulik dekning til kreditorene.

2.2.3 Sikredes kreditorer - interesse i anerkjennelse av sikkerhetsretten

Hensynet til likebehandling av kreditorene, må imidlertid avveies mot sikrede kreditorers interesse i å beholde sin posisjon i fordelingen av debtors begrensede aktiva. Sikrede kreditorer kan ha sikret kravet sitt ved pant i en eller flere av skyldnerens eller tredjemanns eiendeler, ha tilbakeholdsrett for sitt krav, eller ha rett til å motregne med et krav som skyldneren har på ham.⁸⁹ Sikkerhetsretter gir full dekning så langt sikkerhetsretten dekker det underliggende kravet.⁹⁰ Kreditorer som har etablert sikkerhet for sitt krav mot debitor som senere blir insolvent, har en berettiget forventning om at sikkerheten skal stå seg i en eventuell konkurs. Dette er begrunnelsen bak sikkerhetsretts-instituttet og må følgelig tillegges vekt i den interesseavveiningen som finner sted ved reguleringen av insolvensbehandling av internasjonale banker. I internasjonale forhold risikerer de sikrede kreditorene at insolvensbehandlingen skjer etter regler som ikke anerkjenner sikkerhetsretter etablert i andre land, og at de dermed mister sin rett på særlig dekning ved insolvens. Hensynet til sikrede kreditorer tilsier derfor at insolvensbehandlingen er avstemt med de tingsrettslige lovvalgsregler.

2.3 Samfunnets interesse i finansiell stabilitet

Bankinsolvens skiller seg fra alminnelig insolvens ved at samfunnet har en egeninteresse i at insolvensbehandlingen ivaretar finansiell stabilitet. Dette skyldes risikoen for systemkrise som gjør seg gjeldende ved økonomiske problemer i en bank, og de store realøkonomiske konsekvenser som følger av at en insolvent bank ikke kan ivareta de samfunnsmessige funksjoner en bank har. *Systemrisiko* betegner risikoen for at problemer i én finansinstitusjon smitter over til øvrige finansinstitusjoner. For det første kan problemer i en eller noen få institusjoner føre til et allment fall i tilliten til hele sektoren og «bank runs»⁹¹ i de øvrige institusjoner. For det andre skyldes systemrisiko det avhengighetsforholdet som består mellom finans-

⁸⁹ Nazarian (2012) s.44.

⁹⁰ Nazarian (2012) s.44.

⁹¹ Kap.4.1.

institusjoner, ved at de har store finansielle mellomværender som resultat av deltakelse i oppgjørs – og betalingssystemer og således låner penger til hverandre i internbankmarkedet.⁹² Dersom en bank ikke har tilstrekkelig likvide midler til å dekke sine forpliktelser, kan dette medføre at andre banker igjen ikke kan dekke sine forpliktelser, og det er bygget opp risikoeksponering på systemnivå.⁹³ Videre kan økonomiske problemer i banker medføre store problemer i realøkonomien. Dette skyldes den *samfunnsmessige funksjon* det finansielle system ivaretar i form av kanalisering av kapital fra sparing til investeringer, omfordeling av risiko, likviditetsskapning og produksjon av finansielle tjenester.⁹⁴ Forstyrrelse av denne funksjonen vil ha store *realøkonomiske konsekvenser*, da svekket tillit til finansmarkedene fører til lavere sparing og investering, og dermed svekket tilgang på kreditt og likviditet. Dette vil igjen medføre lavere etterspørsel og produksjon, som gir utslag i bedrifters svekkede inntekter og muligheter for å finansiere driften. Dette kan gi nedgang i arbeids -og kapitalinntekter, og resultere i økt arbeidsledighet.⁹⁵ Samfunnet har derfor en klar egeninteresse i å unngå finansiell ustabilitet, hvilket tilsier en reguleringsmodell som begrenser systemrisikoen og ivaretar finansiell stabilitet.

Finansiell stabilitet er ett av hovedformålet med reguleringen av finansmarkedet,⁹⁶ og er nødvendigvis da også ett av hovedformålene med reguleringen av insolvensbehandlingen av banker på dette markedet.⁹⁷ Det finnes ingen universell definisjon av begrepet finansiell stabilitet, da begrepets innhold varierer mellom land og institusjoner.⁹⁸ Fivl definerer finansiell stabilitet slik:

⁹² Myklebust (2011) s.48,49.

⁹³ Norges Bank (2010) s.56, Knutsen(2008)s.5, Myklebust(2011)s.49.

⁹⁴ Myklebust (2011) s.47

⁹⁵ Myklebust (2011) s.47

⁹⁶ NOU 2000:9 punkt.5.1, NOU 2011:1 s.209, Myklebust (2011) s.47, Knutsen (2006) s.24.

⁹⁷ NOU 1995:25 punkt.6.2

⁹⁸ Begrepets innhold varierer mellom land og institusjoner, og er en dynamisk standard som kan endres over tid og med skiftende samfunnsforhold. jf. Myklebust (2011) s.46. Eksempel på en snevrere definisjon av begrepet, er fravær av finansiell krise jf. NOU 2000:9 s.36. Se Martin Čihák (2006) s.12 – 14 og Allen (2005) s.152- 172 om ulike definisjoner lagt til grunn i ulike lands og institusjoners rapporter om finansiell stabilitet.

«Finansiell stabilitet innebærer at det finansielle systemet er robust nok til å motta innskudd og andre tilbakebetalingspliktige midler fra allmennheten, formidle finansiering, utføre betalinger og omfordele risiko på en tilfredsstillende måte.»⁹⁹

Dette samsvarer definisjonene gitt av Norges Bank¹⁰⁰ og av den Europeiske Sentralbankens definisjon,¹⁰¹ og det er denne vide forståelsen av begrepet som her vil bli lagt til grunn.

2.4 Lokale interesser - det grunnleggende problemet ved grenseoverskridende insolvens

Dersom den enkelte versstat skal foreta separate insolvensbehandlinger av skyldnerens grenseoverskridende aktiva og passiva, er det en risiko for at kreditorene undergis forskjellig behandling grunnet forskjellene i insolvensreglene i de ulike vertsstater. Ved en samlet insolvensbehandling etter universalitetsprinsippet vil alle kreditorer behandles etter samme lands rett, og således sikres like muligheter til å oppnå dekning i debtors samlede aktiva, uten hensyn til hvor aktivaene eller passivaene befinner seg. En universell insolvensbehandling kan således være ønskelig ut fra hensynet til likebehandling av kreditorene.¹⁰²

Til hinder for en slik universell behandling på tvers av landegrensene, står imidlertid det folkerettslige prinsipp om den territorielle begrensning av staters adgang til tvangsutøvelse.¹⁰³ Enhver gjeldsforfølgning innebærer utøvelse av tvangsmakt fra vedkommende stats side, og uten særskilt folkerettslig hjemmel kan en stat bare utøve slik tvangsmakt på sitt eget territo-

⁹⁹ Fivl.§ 1-1

¹⁰⁰ Norges Bank (2006) s.24.

¹⁰¹ ECB definerer begrepet slik på sin hjemmeside om deres financial stability review: “Financial stability can be defined as a condition in which the financial system – comprising of financial intermediaries, markets and market infrastructures – is capable of withstanding shocks, thereby reducing the likelihood of disruptions in the financial intermediation process which are severe enough to significantly impair the allocation of savings to profitable investment opportunities” jf. ECB (2011)

¹⁰² Kap.4.2.3

¹⁰³ Brækhus (1991-I) s.87-89. Som grunnlag for den folkerettslige regel fremheves ofte ICJs avgjørelse i den såkalte «Lotus-saken» s.18-19, hvor det uttales følgende: “Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a state is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any term in the territory of another State. “

rium.¹⁰⁴ Territorialhøyhetens grunnsetning hindrer således statsmyndigheters adgang til å ta beslag i debtors eiendeler i utlandet.¹⁰⁵ Staters territorielt begrensede maktbeføyelse følger prinsippet om statsuverenitet.¹⁰⁶ En universell reguleringsmodell krever altså suverenitetsavgivelse gjennom internasjonalt samarbeid. Det mest praktiske er internasjonale avtaler som forplikter medlemsstatene til å anerkjenne andre staters insolvensbehandling, og å således gi den virkning i de øvrige land. Internasjonalt samarbeid er også mulig uten slike formelle avtaler, i form av samarbeid mellom domstolene i de ulike land om å assistere fremmede bostyre-re med gjennomføringen av beslag i aktiva i de respektive land.¹⁰⁷

Begge disse former for internasjonalt samarbeid kan imidlertid være vanskelig å oppnå. Dette skyldes hensynet til lokale interesser, som gjør at stater har en naturlig skepsis mot å anerkjenne en insolvensbehandling åpnet i en annen stat på bekostning av lokale kreditorer og lokal lovgivningspolitikk.¹⁰⁸ Særlig vil dette gjøre seg gjeldende ved insolvensbehandling av banker som aksepterer innskudd i vertsland, fordi vertmyndighetene da må stole på hjemlandets innskuddsgarantiordning,¹⁰⁹ hvis det i det hele tatt eksisterer. De fleste vertsland finner ikke denne situasjonen betryggende. Særlig i Norge er dette et tungtveiende hensyn, siden den norske banksikringsgarantien dekker et høyere tap enn tilsvarende innskuddsgarantier i EU landene.¹¹⁰ En ytterligere utfordring for internasjonalt samarbeid, er at innskuddsgarantister kan synes det er politisk utfordrende å bruke hjemlandets offentlige finansiering til å kompensere innskyttere i andre land.¹¹¹ I tillegg kommer en generell mistillit til andre lands insolvensregler og manglende tro på at disse vil sikre likebehandling av kreditorene. Selv der man har tillit til at de øvrige lands regler sikrer likebehandling av kreditorene, kan vertslandene frykte at hjemstaten ikke gjennomfører behandlingen slik reglene foreskriver. Det er eksempelvis en risiko for at hjemstaten ser på fordelingen av insolvensdividende til utenlandske kreditorer som at den forringer aktiva som ellers ville vært tilgjengelig for hjemstatskreditorer, og at

¹⁰⁴ Mason (2008) s.43.

¹⁰⁵ Huser (1988-II)s.456.

¹⁰⁶ Ruud (2011) s.21.

¹⁰⁷ Brækhus (1991-I) s.89, 90.

¹⁰⁸ Andenæs (2010) s.9-14.

¹⁰⁹ Kap.3.1.3

¹¹⁰ Kap.3.1.3

¹¹¹ Lastra (2011)s.163.

hjemstatsmyndigheter derfor vil ha insentiver til å minimalisere slik utdeling til utenlandske kreditorer.¹¹² Denne risikoen kan lede til at vertslandenes er skeptiske til anerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling.

Det grunnleggende problemet ved grenseoverskridende insolvens er altså at behovet for likebehandling av kreditorene gjennom en universell behandling hindres av kravet om suverenitetsavgivelse og de lokale interesser som tilsier vertsstatsbehandling. Hver stat vil således måtte foreta en avveining av fordelene og ulempene med henholdsvis universalitets – og territorialitetsprinsippet i valget av rettsregler.¹¹³ Avhandlingen tar for seg hvilken av disse løsninger som er valgt i norsk internasjonal insolvensrett for banker.

¹¹² Lastra (2011) s.163.

¹¹³ Også andre hensyn kommer naturligvis inn i vurderingen av hvilken reguleringsmodell som skal velges. Se kap. 2 og kap.4.2.

3 Adgang til norsk insolvensbehandling av bank med filial i Norge og hjemstat i annen EØS-stat

3.1 Banksikringsloven

3.1.1 Hensyn bak reguleringen av finansmarkedet

Det markedsøkonomiske utgangspunktet er at markedene selv vil gi en effektiv ressursallokering¹¹⁴ uten inngripen fra myndighetene dersom markedsaktørene er rasjonelle og rettssystemet sikrer konkurranse, eiendomsrett og kontraktsinngåelse, uten transaksjonskostnader.¹¹⁵ Myndighetene bør således bare gripe inn med regulering der markedskreftene ikke leder til effektiv ressursfordeling.¹¹⁶ Selv ved markedssvikt bør man være tilbakeholden med reguleringer av markedet, da reguleringsmyndighetene ikke alltid har mulighet til å skaffe seg tilstrekkelig informasjon til å sette inn treffsikre tiltak.¹¹⁷ Tiltakene kan således få utilsiktede virkninger på det aktuelle markedet eller på tilgrensede markeder. I tillegg kan reguleringer medføre høye administrasjonskostnadene for myndigheter og markedsaktører. Ethvert reguleringsinngrep bør derfor være velbegrunnet, og fordelene ved å regulere bør overgå ulempene ved å regulere.¹¹⁸

I finansiell sektor har denne avveiningen resultert i at regulering er ansett som nødvendig og ønskelig. Dette skyldes kredittinstitusjoners viktige samfunnsfunksjon og de særlige formene for markedsimperfeksjoner som følger av risikoen for systemkrise og finansiell ustabilitet. Disse hensynene begrunner således en inngående regulering av finansmarkedet, og da særlig av bankene. De samme hensynene gjør seg gjeldende i vurderingen av om reguleringen av

¹¹⁴ Allokeringseffektivitet betegner en situasjon der ressuroverføringen mellom sektorer gir en produksjon som svarer til etterspørernes ønsker. Dette forutsetter produksjonseffektivitet, som betegner situasjonen der produksjonen i ethvert marked skjer der den kan foregå til lavest mulige kostnader, samt konsumeffektivitet, som betegner en situasjon der konsumet for hvert individ er sammensatt på best mulig måte ut fra den enkeltes preferanser jf. Eide (2008) s.82.

¹¹⁵ Dette betegnes som forutsetningene for frikonkurransemodellen, som bygger på det såkalte *Coase-teoremet* om at den opprinnelige ressursfordelingen ikke vil hindre effektiv ressursallokering, så lenge transaksjonskostnadene er null eller neglisjerbare jf. Eide(2008) s.37 og Myklebust(2011) s.42,

¹¹⁶ Myklebust (2011) s.43.

¹¹⁷ Myklebust (2011) s.43.

¹¹⁸ NOU 2000:9 punkt. 5.1.

insolvensbehandlingen skal ta utgangspunkt i de alminnelige konkursregler, betegnet som *lex generalis*, eller om man skal utforme særskilte regler, betegnet som *lex specialis*.

3.1.2 Hensyn bak særreguleringen av banker

Banksikringsloven danner det rettslige utgangspunkt for insolvensbehandling av banker. Av bsl. § 4-2 fremgår det at gjeldsforhandling og konkurs etter konkursloven ikke kan åpnes i banker. Insolvente banker reguleres i stedet av bsl. kap. 4 om offentlig administrasjon. Det er således gitt særskilte regler for insolvensbehandling av banker, som utelukker anvendelsen av de alminnelige regler i konkursloven og dekningsloven¹¹⁹ om insolvensbehandling. De hensynene som begrunner særreguleringen er sentrale for tolkningen av bestemmelsene, og gir holdepunkter for den senere normative vurderingen av om gjeldende rett oppfyller formålene med reguleringen.¹²⁰ Det er derfor grunn til å klarlegge disse.

Hovedårsaken til særreguleringen er at insolvensbehandling av banker har andre formål enn alminnelig konkursbehandling. Dette fremheves av Finanskriseutvalgets utredning til Finansdepartementet i 2011 slik:

«Håndteringen av banker i krise må ha som siktemål å trygge finansiell stabilitet. Det ordinære konkursregelverket skal i første rekke sikre kreditorers rettigheter og er derfor ikke egnet.»¹²¹

Etter alminnelig insolvensrett vil det være en tendens til å strekke ut restrukturingsprosessen over lengre tid for å tilføre så mye verdier som mulig til boet ved realisasjon av fysiske verdier. Det foreligger lite insentiver til å fullføre prosessen raskt, da fysiske verdier ikke forsvinner. Ved bankers insolvens er stillingen imidlertid det motsatte, da finansielle verdier kan forsvinne svært raskt, særlig i komplekse bankinstitusjoner med grenseoverskridende virksomhet.¹²² Hurtighet for å sikre finansiell stabilitet er dermed et av de sentrale formålene med insolvensbehandlingen, hvilket tilsier særregulering.

¹¹⁹ *Lov om fordringshavernes dekningsrett 8.juni 1984 nr.59* (deknl.)

¹²⁰ Kap.4.2

¹²¹ NOU 2011:1 s.209

¹²² Lastra (2011) s.33 og 34.

Ytterligere hensyn bak særreguleringen fremgår av banksikringslovens forarbeider, hvor det følgende uttales til støtte for å videreføre særbehandlingen av banker i den nye banksikringsloven:

«Kommisjonen mener at mange av de hensyn som er trukket frem fra Penge- og Bankkomitéen og Harlem-utvalget for å unnta banker og forsikringselskaper fra ordinær konkursbehandling, fortsatt gjør seg gjeldende. Kommisjonen har i den forbindelse lagt stor vekt på de mulige skadevirkninger på det finansielle system generelt ved en konkurs i en bank eller et forsikringselskap.»¹²³

Videre uttales det i forarbeidene at:

«de mulige skadevirkninger på det finansielle system generelt ved en konkurs i en bank [...] Instituttet offentlig administrasjon gir etter kommisjonens mening den nødvendige fleksibilitet i forbindelse med en slik situasjon.»¹²⁴

Banklovkommisjonen slutter seg til Penge- og Bankkomiteens tidligere uttalelser,¹²⁵ som for de relevante deler er referert i forarbeidene. Deres uttalelser er noe mer utførlige, og kan tjene til å utdype kommisjonens uttalelse som er gjengitt over. Komiteen fremhever først at man prinsipielt ikke bør unnta grupper av rettssubjektet fra vanlig konkurs - og akkordbehandling uten at det foreligger tungtveiende grunner for slik særbehandling og samtidig er mulig å finne betryggende former for gjeldsordning eller avvikling av debtors bo på annen måte. Som tungtveiende grunner som kan berette slik særregulering, fremhever komiteen følgende:

«Bankvirksomheten griper nå på forskjellige måter så sterkt inn i hele samfunnets økonomiske virksomhet, at en banks betalingsinnstilling med konkursbehandling eller akkordforhandling som konsekvens, vil kunne få betydelig større og skadeligere følger for samfunnet enn når det gjelder de fleste andre foretak[...]En betydelig del av en banks

¹²³ NOU 1995:25 punkt.6.3.

¹²⁴ NOU 1995:25 punkt.6.3

¹²⁵ Penge- og Bankkomiteens innstilling av 19. desember 1958.

gjeldsforpliktelser forfaller på anfordring, og den øvrige innskuddsmasse kan bringes til forfall på såvidt kort tid at likviditeten under ugunstige forhold hurtig kan bli utilstrekkelig selv for ellers solide bankforetagender. En krise for en eller flere banker kan da straks få konsekvenser for næringslivet ved at bankene må nekte nye kreditter og må gå til inndragning av kreditter på et tidspunkt da næringslivet kanskje i sterkeste grad har behov for opprettholdelse av kredittene.»¹²⁶

Det er således de samfunnsøkonomiske konsekvensene av en bankinsolvens, grunnet faren for systemkrise og finansiell ustabilitet¹²⁷ som utgjør tungtveiende hensyn til å fravike det alminnelige konkursregimet. Videre er offentlig administrasjon ansett for å være et egnet alternativ for å ivareta den nødvendige fleksibilitet. Kommisjonen uttaler følgende om dette i forarbeidene:

«Instituttet offentlig administrasjon gir etter kommisjonens mening den nødvendige fleksibilitet i forbindelse med en slik situasjon. Ved offentlig administrasjon kan institusjonens virksomhet videreføres for en periode samtidig som det arbeides med å undersøke mulighetene for videre drift, og uten at andre blir unødig skadelidende. Hovedformålet vil være å sikre at verdier ikke går tapt.»¹²⁸

Det andre hovedhensynet som taler for særbehandling av insolvente banker, er hensynet til vern av privatpersoners bankinnskudd. Dette er et sentralt hensyn i banksikringsretten, og begrunnes med at det er en vesentlig forskjell mellom kreditorerne i banker og andre bedrifter.¹²⁹ Bankenes kreditorer er i stor grad private innskytere, som har tillitt til at banksystemet er stabilt nok til å ta vare på deres innskudd. Dette er en grunnleggende forutsetning for at banksystemet skal fungere, og at bankene skal ha tilstrekkelig innskudd til å tilby den kreditt som markedet etterspør. Det kan således ut fra et forbrukervernsperspektiv hevdes at en banks kreditorer er mer beskyttelsesverdige enn kreditorer i andre selskaper, og at det legitimerer særbehandlingen av banker. I forarbeidene fremheves forbrukerbeskyttelseshensyn som et

¹²⁶ Penge -og Bankkomiteens innstilling s.67. jf. NOU 1995:25 punkt.6.3

¹²⁷ Kap.2.3

¹²⁸ NOU 1995:25 pkt.6.3

¹²⁹ Østerbø (2009) s.6.

særlig forhold ved bankvirksomheten som tilsier særregulering. Penge- og Bankkomitéen var av den oppfatning at en trussel om konkurs kan være et virkemiddel for en kreditor som vil sikre seg særbehandling, og at det kan bli benyttet av større kreditorer på bekostning av de mange mindre kreditorene med små innskudd, som ikke har lik mulighet til å ivareta sine interesser. Dette taler for en særregulering av fremgangsmåte og form for gjeldsoppgjør.¹³⁰

Videre fremhever forarbeidene den særstillingen som banker står i ved at de er underlagt omfattende tilsyn av Kredittilsynet.¹³¹ Tilsyn og rapporteringsplikt medfører at det på et tidlig tidspunkt skal være mulig å ta de nødvendige skritt bla. for å sikre innskyteres interesser når institusjonen får økonomiske problemer. De hensyn som har begrunnet disse særskilte offentligrettslige regler på bankrettens område, taler også for at insolvensbehandling, som er det siste mulige virkemiddelet overfor en virksomhet i økonomisk krise, skal tilligge statens kompetanse. Dette kan ses som et argument om sammenheng mellom reglene for kredittvirksomheter når de er i «live» og når de «dør». I begge tilfellene antas særtrekkene ved kredittvirksomhet å begrunne særskilt regulering.

Hovedargumentet mot en slik særregulering hvor formålet i følge forarbeidene er å forhindre avvikling, og således å unngå de samfunnsskadelige følger en bankavvikling kan ha, er at dette forhindrer de naturlige og markedsstyrte strukturendringer som ellers ville inntrådt.¹³² De overnevnte hensynene til å sikre finansiell stabilitet og verne svake kreditorers interesser i en eventuell bankinsolvens er imidlertid funnet å være så tungtveiende, at særskilt regulering er berettiget.

Et ytterligere argument mot særbehandling av banker, er den uheldige virkning som det diskresjonære forvaltningskjønnet til å vedta offentlig administrasjon eller fortsette driften kan medføre for kreditorer som ikke er beskyttet av innskuddsgarantien.¹³³ Som nevnt er fleksibiliteten til å sikre fortsatt drift og unngå avvikling som den diskresjonære kompetanse gir ved særreguleringen, ansett som en fordel for å sikre finansiell stabilitet. Dette ses i motsetning til

¹³⁰ NOU 1995:25 s.66.

¹³¹ NOU 1995:25 s.67.

¹³² NOU 1995:25 pkt.6.3

¹³³ Kap.3.1.3

tingrettens forpliktelse til å åpne konkurs i alminnelige bedrifter dersom vilkårene er oppfylt, jf. kkl.§§ 60 og 72. På den annen side kan fleksibiliteten gi uheldige virkninger for innskytere med innskudd over innskuddsgarantien, samt andre kreditorer enn innskytere. Eksempelvis vil disse kreditorene ikke ha de alminnelige pressmidlene som konkursvarsel og konkursbegjæring mot en bank som ikke oppfyller sine forpliktelser grunnet manglende likviditet.¹³⁴ Kreditorerne vil dermed stilles svakere enn alminnelige bedrifters kreditorer, ved at de ikke har mulighet til å begjære konkurs for å sikre seg dividende. I stedet må de finne seg i at bankvirksomheten drives videre uten at kreditorene får dekket sitt krav, av hensyn til de samfunnsøkonomiske følger som avviklingen av en bank kan føre med seg.¹³⁵ Hensynet til finansiell stabilitet er imidlertid funnet å veie tyngre enn hensynet til disse kreditorene, slik at fordelene med den fleksibilitet som den diskresjonære kompetansen gir, overveier ulempene med fleksibiliteten.

På denne bakgrunnen er det gitt særregler for insolvensbehandlingen av banker som trer i stedet for de alminnelige regler i konkurs – og dekningsloven. De alminnelige bestemmelser kommer bare til anvendelse der dette følger av banksikringsloven selv.

3.1.3 Oversikt over banksikringsordningen - systematisk plassering av insolvensbehandlingen

På grunn av risikoen for systemsvikt og de realøkonomiske konsekvenser som kan følge av svikt i kredittinstitusjonenes samfunnsmessige funksjoner, er det altså opprettet et særskilt sikringssystem for kredittinstitusjoner. Reguleringen skal forhindre insolvens i disse kredittinstitusjonene og gi særskilte regler for håndteringen av økonomiske kriser dersom de forebyggende tiltakene ikke strekker til. Banksikringssystemet består av fire ledd som skal sikre kreditorene, offentlighetens tillit til banksystemet og finansiell stabilitet. For det første er det stilt soliditetskrav som skal sikre at institusjonene har en buffer i nedgangstider.¹³⁶ Kapitaldekningskravene oppstiller et førstelinjeforsvar for å forhindre insolvens.¹³⁷ Andrelinjeforsvaret

¹³⁴ Østerbø (2009) s.10

¹³⁵ Østerbø (2009) s.10

¹³⁶ EP/Rdir 2013/36/EU (CRD IV) og EP/Rfo 572/2013, jf. Basel III, gjennomført i fvl.

¹³⁷ NOU 1995:25 punkt.0.1.

utgjøres av bankenes egne sikringsordninger, *Bankenes sikringsfond*.¹³⁸ Bankenes sikringsfond kan dekke tapte innskudd under innskuddsgarantiordningen, samt yte støttetiltak til bankene.¹³⁹ Formålet med ordningen er at bankene i normale tider skal kunne finansiere sine egne redningsoperasjoner, gjennom pliktig medlemskap og innskudd av kapital samt garantikapital fra medlemmene,¹⁴⁰ som danner et sikkerhetsnett for fortsatt virksomhet i dårligere tider.¹⁴¹ Den norske innskuddsgarantiordningen dekker tapte innskudd opp til 2 millioner NOK, for kreditorer i banker som er medlem av ordningen. Dette gjelder sparebanker og forretningsbanker med hovedsete i Norge, jf. bsl.§ 2-1. Filialer av utenlandske banker kan imidlertid også være medlem av den norske innskuddsgarantiordningen. Dekning forutsetter at innskuddsgarantiordningen i bankens hjemland «ikke kan anses å gi filialen innskytere like god dekning» som de norske reglene, jf. bsl. § 2-2.¹⁴² Den norske innskuddsgarantien vil da kunne gi dekning for differansen mellom hjemlandets garanti og den norske.¹⁴³

¹³⁸ NOU 1995:25 punkt.0.1.

¹³⁹ Bankenes sikringsfond reguleres i Bsl.kap.2. Fondet er et eget rettssubjekt, og generalforsamlingen utgjør øverste myndighet, jf. Bsl.§ 2-4(2) og (3).

¹⁴⁰ Sparebanker og forretningsbanker med hovedsete i Norge er pliktige medlemmer av fondet, jf. bsl.§ 2-1.

¹⁴¹ NOU 1995:25 punkt.0.1

¹⁴² Bsl.§ 2-2 gjennomfører EUs Innskuddsgarantidirektiv, EP/Rdir 2009/14/EF art. 4(2) om unntak fra hjemlandsprinsippet om at innskuddsikringen i bankens hjemland skal dekke innskyternes krav mot banken, dersom denne ikke selv kan dekke sine forpliktelser. Dette er svært aktuelt for norske filialer av utenlandske banker, da den norske innskuddsgarantiordningen dekker innskudd opp til 2. mill NOK, mens EU-land under innskuddsgarantidirektivet bare er forpliktet til å gi dekning for 100.000 euro. Denne fullharmoniseringen av garantnivået ble endret ved EP/Rdir 2009/14/EF, som hevet kravet til medlemslandenes innskuddsgarantiordninger fra et minimumskrav på 20.000 euro, til et harmonisert dekningsnivå på 50.000 euro pr.30.juni 2009, og 100.000 euro ved utgangen av 2010. Det nye direktivet ble ansett å ha EØS-relevans, men er ikke inntatt i EØS-avtalen, da norske myndigheter har vært sterkt i mot en totalharmonisering av dekningsbeløpet, hvilket ville innebære en kraftig nedjustering av det norske dekningsnivået, jf. Vestad(2013)s.18 og Finansdepartementet(2012). En eventuell norsk implementering avventer pt. 25.5.2014 EØS-komiteéns behandling, samt EU Rådet og Parlamentets behandling.

¹⁴³ Hensynet bak denne såkalte «topping-up» adgangen er ønsket om å motvirke ulike konkurransevilkår mellom nasjonale banker og filialer av utenlandske banker, som ellers ville utgjøre direkte diskriminering og således kunne være en ulovlig restriksjon på etableringsfriheten i TEUF art. 49-55 og EØS-avtalen art. 31-35 samt på fri kapitalbevegelse, jf. TEUF art. 63-65 og EØS-avtalen art. 40-45.

Dersom bankenes egen sikringsordning ikke er tilstrekkelig til at bankene kan oppfylle sine forpliktelser, kan staten komme inn med krisehåndteringstiltak som en tredje forsvarslinje.¹⁴⁴ Et slik mulig krisehåndteringstiltak er f.eks likviditetsstøtte fra Norges bank, jf. bsl.§ 2-12(1).¹⁴⁵ Et annet virkemiddel fra myndighetenes side er støttetiltak i form av en byttelånsavtale hvor banker får låne statspapirer av staten i bytte mot obligasjoner med fortrinnsrett.¹⁴⁶ Et siste eksempel på et statlig virkemiddel er likviditetstilførsel gjennom opprettelse av et eget fond som kan opprettholde normal utlånsvirksomhet.¹⁴⁷

Først når ingen av disse tiltakene er tilstrekkelige, er det aktuelt å åpne insolvensbehandling i institusjonen. Dette er det siste alternativet i krisehåndteringen av kredittinstitusjoner, og det er dette stadiet som er avhandlingens tema.

3.1.4 Offentlig administrasjon av banker

Banksikringsloven danner det rettslige utgangspunkt for insolvensbehandling av banker. Av bsl. § 4-2 fremgår det som nevnt at gjeldsforhandling og konkurs etter konkursloven ikke kan åpnes i banker. Insolvente banker reguleres i stedet av bsl. kap. 4 om offentlig administrasjon. Da begrepet «offentlig administrasjon» blir benyttet gjennomgående i drøftelsen, er det hensiktsmessig med en kort redegjørelse av instituttet her. Vedtak om offentlig administrasjon innebærer at administrasjonsstyret overtar den myndigheten som tidligere tillå alle institusjonens organer.¹⁴⁸ Administrasjonsstyret skal så hurtig som mulig søke å finne ordninger som gjør at institusjonens virksomhet kan drives videre med et tilstrekkelig økonomisk grunnlag, eller søke å få institusjonens sluttet sammen med, eller dens virksomhet overdratt til, andre

¹⁴⁴ NOU 1995:25 pkt.0.1

¹⁴⁵ Norges Bank kan i særskilte situasjoner gi lån på visse vilkår til andre banker, som bankenes långiver i «siste instans» for å sikre tilstrekkelig likviditet i bankene at tillitten til det finansielle system opprettholdes. Vilårene fremgår av *Lov av 24.mai 1985 nr.28 om Norges Bank og pengevesenet mv* (sentralbankl.) §19. Det er imidlertid bare norske banker som kan motta slike støttetiltak jf. bsl.§ 2-12(1) jf. § 2-1. Norske filialer av utenlandske banker som her behandles, faller således utenfor disse støttetiltakene.

¹⁴⁶ Dette ble gjort under finanskrisen i 2008, under navnet «bankpakke 1», se St.prp.nr.5 (2008-2009) og Myklebust (2011)s.51.

¹⁴⁷ Dette virkemiddelet ble også benyttet under finanskrisen i 2008-2009, benevnt som «Bankpakke II» og ble presentert av Regjeringen 9.februar 2009 jf. Ot.prp.nr.35 (2008-2009).

¹⁴⁸ Bsl.§ 4-6(1)a.

institusjoner. Hvis saneringstiltak ikke lykkes innen ett år, skal institusjonens virksomhet utvikles og det skal foretas oppgjør til fordringshaverne.¹⁴⁹

3.1.5 Banksikringslovens anvendelsesområde

Banksikringslovens bestemmelser om offentlig administrasjon i kap. 4 kommer etter § 4-1 til anvendelse på banker, definert som henholdsvis sparebanker og forretningsbanker.¹⁵⁰ Lovens bestemmelser kommer i utgangspunktet bare til anvendelse på banker med hovedsete her i riket, jf § 1-1(1). Utenlandske banker som her behandles, faller således i utgangspunktet utenfor banksikringslovens bestemmelser om offentlig administrasjon. Det er imidlertid gitt hjemmel til å gi forskrift om lovens anvendelse på filial av finansinstitusjon med hovedsete i fremmed stat i bsl. §§ 1-1-(4) og 4-2(3). Denne forskriftshjemmelen er benyttet, og det vil derfor ses hen til forskriften for den nærmere angivelse av anvendelsesområdet og vilkårene for offentlig administrasjon i de institusjonene som drøftes i avhandlingen.

3.2 Forskrift om offentlig administrasjon av filial av utenlandsk bank

3.2.1 Virkeområde – forskriftens hovedsetebegrep

3.2.1.1 Tolkningstil

Banksikringsloven gir hjemmel til å fastsette utfyllende forskrift om lovens anvendelse på filial av finansinstitusjon med hovedsete i fremmed stat.¹⁵¹ Denne hjemmelen ble benyttet av Finansdepartementet den 12. oktober 2008 ved fastsettelse av Forskrift om offentlig administrasjon av filial av bank med hovedsete i fremmed stat.¹⁵² Forskriften gjelder «banker med hovedsete i fremmed stat og med filial i Norge», jf. forskriftens § 1 (1). Forskriften er således både etter sin ordlyd og tittel begrenset til å gjelde banker. Kredittforetak omfattes ikke. Forskriften får videre bare anvendelse på banker dersom deres «hovedsete» er i fremmed stat.¹⁵³

¹⁴⁹ Bsl.§§ 4-8 (1) og 4-10 (1).

¹⁵⁰ Spbl. § 1 og forbl. §1 (1) første setning jf. § 1 (4)

¹⁵¹ Bsl.§ 1-1 (4) og § 4-1 (3) jf. kgl. Res. 6 desember 1996 nr.1138.

¹⁵² Forskriften er fastsatt med hjemmel i Bsl.§ 1-1 (4) og § 4-1 (3) jf. kgl. Res.6 desember 1996 nr.1138.

¹⁵³ Forskrift 12.10.2008 § 1 (1). Se kap.2.4.1.

Verken forskriften eller banksikringsloven har en legaldefinisjon av hovedsete-begrepet, og det er dermed uklart hvorvidt ordlyden skal tolkes som en henvisning til det registrerte hovedsetet, til sted for faktisk hovedvirksomhet og ledelse, eller til den staten som gav banken tillatelse til å drive kredittvirksomhet, her i avhandlingen betegnet som bankens «hjemstat».¹⁵⁴

Banksikringslovens forarbeider synes ikke å diskutere innholdet i begrepet, og begrepets innhold er ikke avklart i rettspraksis. Begrepet benyttes også i annen finansmarkedsrettslig lovgivning,¹⁵⁵ uten at begrepet defineres nærmere i verken lovtekst eller forarbeider. Forskriftens hovedsete-begrep vil derfor tolkes på bakgrunn av henholdsvis norsk internasjonal selskapsrett, og deretter i samsvar med den EU-rettslige forståelsen av hovedsete-begrepet.

3.2.1.2 «Hovedsete»-begrepet i norsk internasjonal selskapsrett

Begrepet hovedsete er ikke tolket entydig i norsk internasjonal selskapsrett¹⁵⁶ og tolkningstvilen er ikke avgjort i rettspraksis. I juridisk litteratur opereres det tradisjonelt med to teorier om hva som skal være avgjørende for juridiske personers hovedtilknytning. *Interesseteorien* knytter hovedsetebegrepet til det stedet hvor virksomheten faktisk driver sin hovedvirksomhet, forstått som stedet hvor selskapet reelt blir ledet fra. *Stiftelses- eller registreringsteorien* tillegger hovedsetebegrepet et formelt innhold og lar det avgjørende være hvor juridiske personer har vedtektsbestemt kontor og er registrert.¹⁵⁷ De to hovedretninger betegnes også i norsk internasjonal selskapsrett som henholdsvis stiftelsesteorien og *hovedseteteorien*,¹⁵⁸ hvorav det i sistnevnte teori er uenighet om man skal legge en faktisk eller formell forståelse av «hovedsete»-begrepet til grunn.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Kap. 1.3.7.

¹⁵⁵ Eks.fivl. 4b-1(2) og 4c-1(2), *lov om verdipapirhandel av 29.juni 2007 nr 75* (vphl) § 9-24 og *lov om forsikringsformidling 10 juni 2005 nr.41* (fml) § 8-1.

¹⁵⁶ Cordero-Moss (2013) s.294.

¹⁵⁷ Gaarder (2000) s.186, Konow (2000) s.370.

¹⁵⁸ Disse teorier fremkommer særlig i litteratur som omhandler lovvalget i internasjonal selskapsrett, nærmere bestemt hvilket lands selskapsrett som regulerer et internasjonalt selskap. Dette har særlig betydning for adgangen til å flytte hovedadministrasjonen til utlandet, uten å måtte innordne seg de andre landets selskapsrettslige regler. Se Cordero-Moss (2013) s.290-308.

¹⁵⁹ Cordero-Moss (2013) s.293.

Andenæs,¹⁶⁰ Eckhoff og Knudsen¹⁶¹ støtter hovedseteteorien og forstår hovedsetebegrepet som det vedtektsbestemte hovedkontor, slik at resultatet er sammenfallende med stiftelsesteorien. Justisdepartementet¹⁶² støtter også hovedseteteorien, men legger den faktiske forståelsen av hovedsetebegrepet til grunn, slik at resultatet samsvarer med interesseteorien. Til støtte for interesseteorien taler også forarbeidene til fregl. § 1-2 om tolkningen av bestemmelsens begrep «hovedkontor». Forarbeidene til bestemmelsen uttaler at «hovedkontor» forstås som det administrative senter for foretakets virksomhet.¹⁶³ Hovedadministrasjon er nærmere forstått som senteret for daglig ledelse og de sentrale ledelses- og stabsfunksjoner.¹⁶⁴ Hovedadministrasjon skal ikke forstås som stedet for styremøter.¹⁶⁵ ». Det er i teorien lagt til grunn at der «hovedsete» blir ansett som en tilknytningsfaktor for norsk rett, har begrepet samme innhold som «hovedkontor» i fregl. § 1-2.¹⁶⁶ Dette taler for at det er stedet hvor den reelle hovedvirksomhet driver og styres, som er avgjørende for et selskaps «hovedkontor» og også «hovedsete».

Det er imidlertid bred støtte i teorien for at man i norsk rett nå har forlatt denne interesseteorien, og i stedet legger til grunn stiftelsesteorien ved tolkningen av hovedsete-begrepet. Dette fremholdes av Cordes,¹⁶⁷ Woxholth,¹⁶⁸ Gaarder,¹⁶⁹ Bråthen,¹⁷⁰ og Cordero-Moss.¹⁷¹ Sistnevnte gir en bred redegjørelse for dagens rettskildebilde, og konkluderer med at hovedseteteorien skal forstås slik at den er sammenfallende med stiftelsesteorien, og at denne skal legges til grunn i norsk rett.¹⁷²

¹⁶⁰ Andenæs (2006) s.700

¹⁶¹ Eckhoff og Knudsen (2000)s.148.

¹⁶² Justisdepartementet (1998)s.3

¹⁶³ Ot.ptp.nr.50 (1984-1985) s.39.

¹⁶⁴ Andenæs (2006) s.695, Eckhoff og Knudsen (2000)s.144.

¹⁶⁵ Cordero-Moss (2013) s.298, Aarbakke(2012) s.509

¹⁶⁶ Cordero-Moss (2013) s.295.

¹⁶⁷ Cordes (2010)s.236.

¹⁶⁸ Woxholth (2012)s.90.

¹⁶⁹ Lundgaard (2002) s.186

¹⁷⁰ Bråthen (2007) s.209.

¹⁷¹ Cordero-Moss (2010) s.221-231, 228.

¹⁷² Cordero-Moss (2013) s.308.

En overvekt av juridisk teori taler således for at det er selskapets vedtektsbestemte og registrerte hovedkontor som skal være avgjørende for hvor selskapet har sitt «hovedsete». Begrepet må imidlertid også tolkes i lys av den EU-rettslige forståelse av begrepet.

3.2.1.3 «Hovedsete»-begrepet i EU retten

Hovedsetebegrepet på finansmarkedsretts-området forekommer i norske lover basert på EU-rettsakter.¹⁷³ Banksikringsloven, som er forskriftens hjemmelslov, er basert på EUs innskuddsgarantidirektiv.¹⁷⁴ Ved tolkningen av nasjonal lovgivning som gjennomfører EU-rett, tilsier lojalitetsprinsippet¹⁷⁵ og homogenitetsmålsetningen¹⁷⁶ at man tillegger begrepet det meningsinnholdet det har etter EU/EØS-retten, i samsvar med læren om EØS-konform tolkning.¹⁷⁷

Hensynet til ensartede og effektive regler på samme rettsområde, tilsier imidlertid at hovedsete-begrepet tillegges det samme innhold i henholdsvis innskuddsgarantidirektivet og kredittvirksomhetsdirektivet, samt de rettsakter som er tilknyttet disse. Verken EUs innskuddsgarantidirektiv, eller de øvrige EU-rettsakter som regulerer kredittinstitusjoner inneholder imidlertid en legaldefinisjon av hovedsetebegrepet.

Ordlyden i den engelske språkversjonen av de nevnte direktivene er «head office», hvilket ikke gir holdepunkter for om det er tale om det faktiske eller formelle sted forretningssted som skal legges til grunn. Den danske språkversjonen benytter begrepet «vedtægsmessigt hjemsted», hvilket taler for at det er avgjørende hvor institusjonen er registrert og har sitt vedtektsbestemte hovedkontor. Den franske ordlyden benytter begrepet «siège statutaire », hvilket tilsvarer registrert kontor.¹⁷⁸ Ordlyden i direktivene taler altså for at stiftelsesteorien skal legges til grunn i tolkningen av hovedsete-begrepet i EUs regler om kredittvirksomhet.

¹⁷³ Østerbø (2009) kap.4.2

¹⁷⁴ EP/Rdir 2009/14/EF

¹⁷⁵ EØS art. 3.

¹⁷⁶ EØS art. 1 og fortalen pkt 16.

¹⁷⁷ Sejersted (2011) s.202 og s.207 jf. Sak E-1/07 A, premiss 39. Se kap.3.3.7.3

¹⁷⁸ Eks. C-210/06 *Cartesio*

Dette samsvarer med stiftelsesteorien som er lagt til grunn i EU-domstolens praksis om lovvalgets betydning for etableringsfriheten.¹⁷⁹ EU-domstolen har slått fast at selskapsretten i stiftelseslandet kommer til anvendelse på et selskap som er gyldig stiftet i et EU-land, selv om selskapets hovedsete er i et annet land.¹⁸⁰ Det selskapsrettslige hovedsetebegrepet i EU-retten er således tolket som det vedtektsfestede hovedkontor. Dette taler for at det samme skal gjelde på finansmarkedet, da de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i for kredittinstitusjoner ikke gir holdepunkter for fravikelse av den EU-rettslige tolkning av hovedsete-begrepet.

Jeg kommer etter dette til at «hovedsete» i forskriften skal tolkes som bankens vedtektsfestede og registrerte hovedkontor, i samsvar med stiftelsesteorien som er lagt til grunn i EU-retten.

3.2.1.4 Forholdet mellom begrepene «hovedsete» og «hjemstat»

Det kan imidlertid her bemerkes at kredittvirksomhetsdirektivet 2006 art. 11(2) krever at kredittinstitusjoner skal være registrert i den stat som har gitt dem tillatelse til å drive kredittvirksomhet og som har overordnet tilsyn med virksomheten, slik at hovedsete-begrepet er sammenfallende med hjemstatsbegrepet. Art. 11 (2) lyder:

«(a) any credit institution which is a legal person and which, under its national law, has a registered office shall have its head office in the same Member State as its registered office; and

(b) any other credit institution shall have its head office in the Member State which granted its authorisation and in which it actually carries on its business.»

Jeg forstår bestemmelsen dithen at det for å drive kredittvirksomhet i EU kreves at institusjonen har sitt registrerte hovedkontor i samme stat som sitt faktiske hovedkontor og der tillatelsen ble meddelt. Dette fremgår også av kredittvirksomhetsdirektivets fortale pkt.10 som lyder;

«A credit institution which is a legal person should be authorized in the Member State in which it has its registered office... In addition, Member States should require that a

¹⁷⁹ C-208/00 *Uberseering*, C-167/01 *Inspire Art*, C-298/05 *Columbus*, som alle legger stiftelsesteorien til grunn jf. Konow (2006) s.370

¹⁸⁰ Cordero-Moss (2013) s.304.

credit institution's head office always be situated in its home Member State and that it actually operates there.»

Ved at det kreves sammenfall mellom det faktiske og det registrerte hovedkontor, unngår man skatteunndragelse ved registrering i såkalte skatteparadis, mens den faktiske virksomheten foregår andre steder.¹⁸¹ Videre fjernes eventuell tolkningstvil ved begrepene «faktisk» og «registrert hovedkontor», ved at det avgjørende for begge begreper er hvilken stat som har gitt tillatelse.¹⁸² En tolkning av «head-office» som samsvarer med «home member state»-begrepet har således gode grunner for seg.

Jeg kommer etter dette til at det EU-rettslige hovedsete-begrepet tilsvarer det EU-rettslige hjemstatsbegrepet. Dette innebærer at det ikke er nødvendig å vurdere hvor en institusjon er registrert i tolkningen av det EU-rettslige begrepet «head-office», da det avgjørende er hvilken stat som har gitt tillatelse til å drive kredittvirksomhet.

3.2.1.5 Konklusjon om forskriftens virkeområde og hovedsete-begrep

Da forskriftens ordlyd skal tolkes i samsvar med den EU-rettslige forståelsen av begrepet, innebærer dette at forskriftens ordlyd -«bank med hovedsete i fremmed stat»- tolkes som banker med hjemstat i enhver annen stat enn Norge. Forskriften kommer således til anvendelse på banker som er registrert i, og som har fått tillatelse til å drive virksomhet av stater både innenfor og utenfor EØS-området. Forskriftens § 2 oppstiller imidlertid en bestemmelse som bare kommer til anvendelse på banker med hovedsete i en annen EØS-stat.

3.2.2 Jurisdiksjon

3.2.2.1 Forskriftens vilkår for jurisdiksjon i § 1

Forskriften gir Finansdepartementet kompetanse til å treffe vedtak om at filialen i Norge skal settes under offentlig administrasjon dersom vilkårene i § 1 (1) er oppfylt. Vilrårene i § 1 (1) lyder:

¹⁸¹ Østerbø (2009) kap.4.3.

¹⁸² Østerbø (2009) kap.4.3.

«ikke dekker sine forpliktelser i Norge etterhvert som de forfaller, samtidig som banken dekker sine forpliktelser etter hver som de forfaller i hjemlandet eller de tiltak som er iverksatt fra hjemstatens myndigheter overfor banken med sikte på å sikre fortsatt drift ikke har effekt for filialen i Norge»

Det første vilkåret som oppstilles er at det skal være faktisk betalingsstans i Norge. Forskriftens ordlyd skiller seg fra banksikringslovens vilkår om offentlig administrasjon i § 4-5 som formuleres som et krav om at «det må antas at institusjonen ikke kan dekke sine forpliktelser etter hver som de forfaller». Banksikringsloven krever at banken er illikvid.¹⁸³ I tillegg oppstiller banksikringsloven et krav om at «institusjonen er ute av stand til å oppfylle kapitaldekningskravene». Dette er et krav om sviktende soliditet, og tilsvarer det alminnelige konkursrettslige kravet om at betalingssvikten ikke skal være forbigående, såkalt insuffiensi, jf. kkl. § 61.¹⁸⁴ Forskriften oppstiller ikke et tilsvarende krav om sviktende likviditet og soliditet, da faktisk betalingsstans er tilstrekkelig etter forskriftens ordlyd. Det legges altså ikke opp til noen vurdering av bankens helhetlige betalingsevne. Dette innebærer at det kan fattes vedtak hjemlet i forskriften selv om bankens økonomiske situasjon er god. Det avgjørende er at betalingsforpliktelser i Norge ikke dekkes. Forskriftens vilkår er således knyttet opp til betalingsvilje, fremfor betalingsevne, som er avgjørende i banksikringsloven. Begrunnelsen bak denne forskjellen mellom forskriften og banksikringsloven antas å være at norske myndigheters ønske om å gripe inn i filialen ikke skyldes hensynet til bankens sviktende likviditet, men hensynet til å beskytte norske kreditorer mot nettopp bankens sviktende betalingsvilje.¹⁸⁵

Dette motivet kommer tydelig frem i bestemmelsens andre vilkår om at banken enten «samtidig dekker sine forpliktelser i hjemlandet», eller at hjemstatens tiltak for fortsatt drift i banken, «ikke har effekt for filialen i Norge». Disse to alternative vilkårene må antakelig ses som uttrykk for hensynet til likebehandling av kreditorerne. Dersom kreditorer i Norge ikke får dekning for sine krav og hjemstatens behandling gir dekning til kreditorer i hjemlandet, fore-

¹⁸³ NOU 1995:25 s.62, Ot.prp.nr.63 (1995-1996) pkt.4.1 som begge tolker det tilsvarende vilkåret i tidligere rett i forbl.§ 35 og spbl.§ 49. Da vilkåret i bs. § 4-5 er en videreføring av tidligere rett, legges den samme tolkning til grunn for bs. § 4-5.

¹⁸⁴ Østerbø (2009) pkt.2.3.2. og 2.3.3.

¹⁸⁵ Østerbø (2009) pkt.5.3.

ligger det forskjellsbehandling av kreditorer. Hensynet til kreditorlikhet vil da i følge forskriften begrunne adgang til vertstatsjurisdiksjon for å sikre dekning av forpliktelser i Norge.

Hvorvidt vilkårene er oppfylt beror på en konkret vurdering av det enkelte tilfellet. Det foreligger ett tilfelle i praksis hvor forskriftshjemmelen er benyttet og vilkårene således ble ansett oppfylt. Finansdepartementet fattet vedtak om offentlig administrasjon av den norske filialen av den islandske bank Kaupthing HF den 12.oktober 2008.¹⁸⁶ Finansdepartementet uttrykte i en pressemelding følgende begrunnelse for vedtaket:

«Kaupthing Banki hf. stanset 9. oktober 2008 sine betalinger, og sluttet å honorere innskudd i den norske filialen av banken. Kaupthing opprettholdt samtidig virksomhet på Island. Usikkerhet om status for Kaupthing virksomhet i Norge og om den islandske banksikringsordningen ville kunne svare for garantien for norske innskytere i Kaupthing[...]»¹⁸⁷

Denne begrunnelsen for vedtaket er relevant tolkningspraksis om forståelsen av vilkårene i forskriftens § 1. Banken «dekket ikke sine forpliktelser i Norge» ved at bankfilialen stanset sine utbetalinger og hindret kundenes tilgang sine innskuddsmidler. Vilårene om hjemstatens forskjellsbehandling av kreditorene var oppfylt ved at Kaupthing samtidig opprettholdt virksomheten på Island. I tillegg rådet det usikkerhet om utenlandske kreditorer ville få dekning for sine krav, grunnet utilstrekkelige verdier i banken, samt den begrensede islandske innskuddsgarantien. Disse forholdene kan tjene som eksempler på hva som oppfyller forskriftens vilkår. Da det ikke foreligger annen praksis, er det imidlertid vanskelig å si hvorvidt dette enkelttilfellet illustrerer den nedre grensen for når vilkårene er oppfylt. På den annen side kan det faktum at forskriftshjemmelen ikke er benyttet flere ganger, tross forekomsten av insolvens i flere internasjonale banker med filialer i Norge, tale for at vilkårene kun ble ansett opp-

¹⁸⁶ Forskriften ble gitt med nettopp det formål å danne rettsgrunnlag for offentlig administrasjon av Kaupthing NUF, og det er derfor klart at vilkårene ble ansett oppfylt i det tilfellet.

¹⁸⁷ Finansdepartementet (2009)

fylt i Kaupthing-tilfellet. Forholdene i Kaupthing-saken kan således illustrere den nedre grense for når vilkårene skal anses oppfylt.¹⁸⁸

I alle tilfeller kan den overnevnte uttalelsen om hensynet bak vedtaket i Kaupthing NUF, samt de ekstraordinære forhold under finanskrisens frembrudd høsten 2008, og da særlig bankkrisen på Island, ses som argumenter for at vilkårene bør tolkes strengt og at forskriften kun hjemler vertstatsjurisdiksjon i ekstraordinære unntakstilfeller.

3.2.2.2 Forskriftens vilkår for jurisdiksjon i § 2

Forskriftens karakter av nødbestemmelse som kun får anvendelse i snevre unntakstilfeller, fremgår også av de ytterligere vilkårene for offentlig administrasjon av filialer av banker med hovedsete i annen EØS-stat, jf. § 2. Bestemmelsen lyder:

«Vedtaket etter § 1 om offentlig administrasjon av filial med hovedsete i annen EØS-stat kan treffes når Finansdepartementet anser det som et nødvendig og forholdsmessig tiltak for å sikre at sentrale hensyn etter EØS-regler som svarer til direktiv 2001/24/EF blir overholdt.»

Det første spørsmålet som oppstår ved tolkningen av vilkåret i forskriftens § 2, er hva som er «sentrale hensyn etter EØS-regler som svarer til direktivet». Direktivet er ikke gjennomført i norsk rett, men kun vedlagt EØS-avtalen etter beslutning om at denne skal gjennomføres i EØS-området.¹⁸⁹ Det eksisterer altså ikke norske regler som svarer til direktivet.¹⁹⁰ Forskriftens vilkår må derfor tolkes som en henvisning til de sentrale hensyn i direktivet selv. Hva

¹⁸⁸ Det er imidlertid noe tvilsomt om man kan tillegge dette stor vekt, da grunnen til at nettopp den norske filialen av Kaupthing hf ble tatt under offentlig administrasjon, og ikke filialer av andre banker, hvor forholdene stilte seg forholdsvis likt, kan tenkes å være av politisk og nasjonaløkonomisk art. Den norske stat hadde eksempelvis store eierinteresser i Kaupthing, gjennom aksjene i bla. Gjensidige, hvilket kan danne grunnlag for antakelse om nasjonaløkonomisk motivasjon bak valget av offentlig administrasjon av Kaupthing NUF, fremfor andre filialer hvor den norske stat ikke hadde tilsvarende eierinteresser.

¹⁸⁹ kap.3.3.7

¹⁹⁰ Med unntak for reglene om kreditorvarsling i direktivets art. 13-17 som er gjennomført i *forskrift om underretting og kunngjøring ved reorganisering og avvikling av finansinstitusjoner av 23.April 2003 nr.549* (Underrettningsforskriften)

som er sentrale hensyn i direktivet, fremgår av direktivets fortale samt av helhetsinntrykket av bestemmelsene lest i sammenheng. Av direktivets fortale,¹⁹¹ direktivets hovedbestemmelser¹⁹² og juridisk litteratur¹⁹³ fremgår det at direktivet har to grunnprinsipper. For det første, likebehandling av kreditorene, og for det andre, eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon til universell insolvensbehandling av kredittinstitusjoner med hovedsete innenfor EØS-området. En direktivkonform tolkning av forskriftens § 2 tilsier dermed at «sentrale hensyn og prinsipper» skal forstås som prinsippene om hjemstatskontroll og likebehandling av kreditorene insolvensbehandling av banker med hovedsete innenfor EØS-området.¹⁹⁴

Det andre tolkningsspørsmålet som bestemmelsen reiser, er hva som ligger i kravet til nødvendighet og forholdsmessighet, og hensynet bak disse kravene. Vilkårene om nødvendighet og forholdsmessighet oppstilles ikke for banker med hovedsete utenfor EØS-området. Hensynet bak disse ytterligere vilkårene for EØS-baserte banker synes å være den EØS-rettslige forpliktelsen til å overholde direktivets regler om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon med ekstraterritoriell virkning gjennom vertsstatenes anerkjennelse. Da forskriften gir adgang til vertstatsbehandling av filialer, bryter dette med direktivets prinsipp om enhetlig behandling og eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon.¹⁹⁵ Begrunnelsen for forskriftens vilkår i § 2 kan derfor forstås som at dersom det skal gjøres unntak fra direktivet, må disse være nødvendig, og ikke gå lenger enn nødvendig.¹⁹⁶ Bestemmelsen kan altså tolkes som en lovfestet retningslinje for utøvelsen av departementets diskresjonære skjønn som er hjemlet i § 1. Jeg tolker derfor bestemmelsen som et påbud om at det ved vurderingen av om det skal vedtas offentlig administrasjon, særlig må legges vekt på hensynet til EØS og direktivets hovedprinsipper om kreditorlikhet og eksklusive hjemstatskompetanse.

At vedtak om offentlig administrasjon kan fattes dersom dette er nødvendig for å bevare hensynet til universalitet, virker imidlertid lite trolig. Dette skyldes at vedtak etter forskriften vil bryte med nettopp universalitetsprinsippet. En vertstatsbehandling kan vanskelig sies å være

¹⁹¹ Universalitetsprinsippet i fortalen pkt. 4, 6, 7, 16 og Likebehandling av kreditorene i fortale pkt. 12.

¹⁹² Art. 3 og 9

¹⁹³ Eks. Campbell (2005) s.13.

¹⁹⁴ Kap.3.3.7

¹⁹⁵ Kap.3.3.2, 3.5.3

¹⁹⁶ Østerbø (2009) pkt.5.5.5

nødvendig for å sikre universalitetsprinsippet. Dette taler for at forskriftens henvisning til direktivets sentrale hensyn, skal tolkes som en henvisning til det andre sentrale hensynet; likebehandling av kreditorer. Dette støttes av den sparsomme tolkningspraksisen som fremkommer av uttalelser om vedtakelsen av forskriften og vedtaket i Kaupthing hf NUF. Av selve vedtaket fremgår det bare at kravene til nødvendighet og forholdsmessighet er oppfylt:

«Departementet anser, i tråd med Kredittilsynets vurdering, at det er et nødvendig og forholdsmessig tiltak for å sikre at sentrale hensyn etter EØS-regler som svarer til direktiv 2001/24/EF blir oppfylt, å sette filialen i Norge av Kaupthing Banki Hf under offentlig administrasjon.»¹⁹⁷

Bankenes sikringsfonds rapport¹⁹⁸ om håndteringen av krisen i Kaupthing gir imidlertid ytterligere holdepunkter for vurderingen av nødvendighets- og forholdsmessighetskravet. I rapporten uttales følgende om Kredittilsynets og Finansdepartementets vurdering av nødvendighet i forhold til de sentrale formål i direktivet:

«Bakgrunnen var at det ble vurdert som nødvendig med umiddelbare tiltak for å sikre en avvikling av filialen og hindre at det skjedde en forfordeling av kreditorer. Sentralt i begrunnelsen var derfor hensynet til en lik behandling av norske og islandske kreditorer. Bankens virksomhet ble drevet som normalt i Island, mens virksomheten i Norge var stanset, og innskyterne fikk ikke tilgang til sine midler. En medvirkende årsak var også den usikkerheten som knyttet seg til hovedforetakets stilling og FMEs engasjement i saken.»¹⁹⁹

Jeg forstår uttalelsen i rapporten dithen at tiltaket ble ansett «nødvendig» fordi den islandske håndteringen forhindret likebehandling av kreditorene og medførte fare for mistillit til banksystemet, med tilhørende fare for finansiell ustabilitet. Behovet for å sikre dekning av kreditorer i den norske filialen, samt tilliten til det norske banksystemet, ble ansett så påtrengende at det rettferdiggjorde fravikelse fra direktivets prinsipp om enhetlig behandling og eks-

¹⁹⁷ Vedtak 12.10.2008.

¹⁹⁸ Bankenes sikringsfond (2009)

¹⁹⁹ Bankenes sikringsfond (2009) pkt.3.2

klusiv hjemstatsjurisdiksjon. Videre ble tiltaket om offentlig administrasjon av filialens bankvirksomhet ikke mer inngripende nødvendig, og ble «ansett forholdsmessig».²⁰⁰

Hvorvidt et vedtak om vertsstatsbehandling begrunnet i hjemstatens diskriminering, faktisk kan sies å være i samsvar med hensynet til likebehandling av kreditorer, er noe tvilsomt.²⁰¹ Direktivets prinsipp om likebehandling av kreditorene innebærer at alle kreditorene skal behandles etter de samme regler og således ha like muligheter til dekning i debitors begrensede aktiva, uavhengig av hvor aktivaene eller kreditorene befinner seg.²⁰² «Likebehandling av kreditorer» sikter således til alle kreditorer som omfattes av direktivets reguleringer. Sikring av norske kreditorer ut fra hensynet til at hjemstatens kreditorer gis bedre dekning, kan bare sies å sikre likebehandling av nasjonale kreditorer, og ikke kreditorfellesskapet. Det kan etter dette vanskelig tenkes at vedtak om vertsstatsbehandling vil være «nødvendig» ut fra de sentrale hensyn i direktivet.

Det nærmere forhold mellom forskriften og direktivet drøftes nedenfor.²⁰³ For tolkningen av forskriftens § 2, er det imidlertid her tilstrekkelig å slå fast at bestemmelsen, på tross av sin ordlyd, kan forstås som uttrykk for en avveiningsnorm mellom det nasjonale behov for vern av norske kreditorer mot hjemstatens forskjellsbehandling, jf. § 1, og hensynet til universalitet og kreditorlikhet i direktivet, jf. § 2. Jeg tolker forskriftens vilkårsbestemmelser dithen at det kan fattes vedtak om offentlig administrasjon av bankens aktiva og passiva i Norge dersom behovet for å verne de norske kreditorene er et nødvendig og forholdsmessig unntak fra direktivets universalitetsprinsipp og likebehandlingsprinsipp. Hvorvidt direktivet åpner for et slikt unntak,²⁰⁴ eller om EØS-retten gir adgang til slik fravikelse fra direktivet,²⁰⁵ samt betydningen av en eventuell EØS-strid,²⁰⁶ er gjenstand for drøftelse nedenfor.

²⁰⁰ Bankenes sikringsfond (2009) pkt.3.2

²⁰¹ Kap.4.2.3

²⁰² Art. 16 nr.2.

²⁰³ Kap.3.5.3

²⁰⁴ Kap.3.3.5

²⁰⁵ Kap.3.5.3

²⁰⁶ Kap.3.3.7 og 3.5.3

Kravet om nødvendighet og forholdsmessighet i § 2 medfører at terskelen for vedtak etter § 1 er høy, og at hensynet til EØS-retten er et påbudt hensyn i Finansdepartementets utøvelse av det frie forvaltningsskjønnet. Kravene til nødvendighet og forholdsmessighet i § 2 gjelder kun for banker med hovedsete i annen EØS-stat, hvilket innebærer at terskelen er lavere for å fatte vedtak om offentlig administrasjon av filialer med hovedsete utenfor EØS-området. Det er da tilstrekkelig at slik behandling av en norsk filial oppfyller vilkårene i § 1.

3.2.2.3 Jurisdiksjonens innhold og rekkevidde - oversikt

Dersom de overnevnte vilkår er oppfylt, blir spørsmålet hvilke rettsvirkninger dette har. Det er klart at det er Finansdepartementet som har den personelle kompetansen gitt i forskriften. Innholdet i, og rekkevidden, av den materielle kompetansen som forskriften hjemler må imidlertid klarlegges, da forskriften kun inneholder seks kortfattede bestemmelser. Følgende spørsmål vil derfor klarlegges: Hvilke beslutninger gir forskriften hjemmel til å fatte? Er jurisdiksjonen territoriell eller ekstraterritoriell? Og er jurisdiksjonen av selvstendig eller sekundær karakter?

3.2.2.4 Jurisdiksjonens innhold og rekkevidde- hvilke tiltak er hjemlet i forskriften?

Av forskriftens § 1 (1) fremgår det at den materielle kompetansen består i å fatte vedtak om offentlig administrasjon av bankfilialen.²⁰⁷ Dette innebærer enten *saneringstiltak*²⁰⁸ for å bevare eller gjenopprette en banks økonomiske stilling, eller *vedtak om avvikling*²⁰⁹ hvor eiendeler og forpliktelser i filialen beslaglegges for å foreta oppgjør til fordringshaverne.²¹⁰

Forskriften hjemler kompetanse til å avvikle hele filialens virksomhet, hvilket vil innebære filialens bankvirksomhet, forhold til ansatte og kontrakter i forbindelse med driften mv. Alternativt kan det besluttes mindre omfattende vedtak om henholdsvis avvikling begrenset til bankporteføljen, eller tiltak begrenset til å ta ansvar for utbetaling av innskudd. Valget mellom disse tre alternative tiltakene beror for det første på behovet for å gripe inn. Ved banker med hovedsete innenfor EØS-området vil valget av tiltak for det andre bero på en forholdsmessighetsvurdering, hvor de overnevnte behov for vertstatstiltak avveies mot hensynene bak

²⁰⁷ Kap.3.1.4

²⁰⁸ Bsl.§ 4-9 jf. Forskriften § 3 som gir tilsvarende anvendelse av disse bestemmelser i banksikringsloven.

²⁰⁹ Bsl.§ 4-10 jf. Forskriften § 3.

²¹⁰ Bsl.§ 4-8 (1) og § 4-10 (1).

prinsippet om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon.²¹¹ Vertstatenes tiltak som fraviker dette prinsippet må ikke være mer omfattende enn hensynene og behovet for tiltaket tilsier. Ved banker med hovedsete i annen EØS-stat vil altså kravet om forholdsmessighet komme inn på to stadier i vurderingen. For det første, som et vilkår for i det hele tatt å fatte vedtak, jf. forskriftens § 2, og for det andre i valget mellom de ulike tiltakene av varierende omfang som ligger innenfor kompetansen gitt i forskriften.

Et eksempel på forholdsmessighetsvurderingen i praksis, fremgår som nevnt av Kredittilsynets tilrådning til Finansdepartementet om offentlig administrasjon av Kaupthing NUF. I Bankenes sikringsfonds rapport²¹² om håndteringen av krisen i Kaupthing, uttales det at Kredittilsynet vurderte ulike tiltak og kom til at avvikling av hele filialens virksomhet ble ansett som mer omfattende enn nødvendig for å sikre en forsvarlig avvikling. Tiltak begrenset til å ta ansvar for utbetalingen av innskudd var imidlertid ikke tilstrekkelig til å sikre en forsvarlig avvikling. Sistnevnte tiltak ville være omfattet av den norske beslutningen om å la innskytterne få forskuttert dekning fra den norske innskuddsgarantien.²¹³ Det ble således funnet nødvendig og forholdsmessig å fatte vedtak om avvikling begrenset til bankporteføljen.

I tillegg til kompetansen til å beslutte og å gjennomføre de nevnte tiltakene, gir forskriftens § 3 (3) en ytterligere kompetanseregulering.²¹⁴ Bestemmelsen gir administrasjonsstyret hjemmel til å inngå avtale med hjemstatens myndigheter, eller med bankens representanter i hjemstaten, om gjennomføringen av administrasjonsbehandlingen av den norske filialen. Siktemålet med en slik avtale å «ivareta de sentrale hensyn og bestemmelser i direktiv 2001/24/EF.» Tolkningen av «sentrale hensyn og bestemmelser» i direktivet antas å være sammenfallende med tilsvarende ordlyd i forskriftens § 2, og det vises derfor til drøftelsen av dette over.²¹⁵ Avtalekompetansen i § 3 skal således benyttes til å ivareta universalitetsprinsippet og likebehandling av

²¹¹ Kap.3.3.2.2

²¹² Bankenes sikringsfond (2009) pkt.3.2.

²¹³ St.prp.nr.6 (2008-2009) jf. Kgl.res13.10.2008.

²¹⁴ Jf. *Forskrift av 3 februar 2009 om endring av forskrift 12.oktober 2008 nr.1101 om offentlig administrasjon av filial av bank med hovedsete i fremmed stat*(endringsforskriften) § I. Endringsforskriften er fastsatt med hjemmel i banksikringsloven § 1-1 (4) og § 4-1 (3) jf. Kgl.res. 6 desember 1996 nr. 1138.

²¹⁵ Kap.3.2.2.2

kreditorer. Bestemmelsens betydning for vertsstatsjurisdiksjonens omfang og selvstendighet kommenteres nedenfor.²¹⁶

3.2.2.5 Jurisdiksjonens innhold og rekkevidde- hvilke formuesgoder kan omfattes?

Det andre forholdet ved jurisdiksjonens innhold og rekkevidde som må klarlegges, er hvilke formuesgoder som kan omfattes av den norske behandlingen. Dette reguleres i forskriftens § 1 (2) som lyder: «Vedtak om offentlig administrasjon omfatter alle bankens eiendeler og forpliktelser i Norge.»

Bestemmelsen regulerer både om jurisdiksjonen hjemlet i forskriften er territoriell eller ekstraterritoriell, og herunder hvilke formuesgoder som kan inngå i den norske behandlingen.

Ordlyden er klar på at jurisdiksjonen er begrenset til aktiva og passiva «i Norge». Ordlyden er dermed klar på at jurisdiksjonen er territoriell og ikke skal omfatte skyldnerens eiendeler og forpliktelser i utlandet. At jurisdiksjonen er territoriell, støttes av at forskriftens bestemmelser ikke forutsetter utenlandsk anerkjennelse av den norske kompetansen. Det fremkommer ikke holdepunkter i praksis eller teori som tilsier at bestemmelsen skal tolkes i strid med ordlyden. Jeg kommer etter dette til at jurisdiksjonen i forskriften er av territoriell karakter. Ved vurderingen av hvilke formuesgoder som befinner seg « i Norge», må det se hen til de relevante regler om hvor formuesgoder antas å befinne seg, i nasjonale jurisdiksjons – og lovvalgsregler, da forskriften selv ikke gir noen angivelse av hvor formuesgoder anses å være.²¹⁷ Vurderingen av når formuesgoder anses å være i Norge, har ikke innvirkning på avhandlingens problemstilling, og vil derfor ikke undergis ytterligere drøftelse.

3.2.2.6 Jurisdiksjon til selvstendig eller sekundær insolvensbehandling?

Et tredje spørsmål av betydning for adgangen til vertstatsbehandling av banker, er jurisdiksjonens uavhengighet. Hjemler forskriften kompetanse til selvstendig insolvensbehandling, eller hjemler den kun kompetanse til sekundær insolvensbehandling, såkalt «hjelpkonkurs» eller «underkonkurs»?²¹⁸

²¹⁶ Pkt.3.2.2.6

²¹⁷ Tvfb. § 1-9.

²¹⁸ Kap.3.3.7.2.2

Forskriften regulerer ikke uttrykkelig om vedtakskompetansen er sekundær i forhold til en hovedinsolvensbehandling. Forskriftens vilkårsbestemmelser krever ikke at det er besluttet insolvensbehandling i hjemstaten eller andre steder hvor kredittvirksomheten er etablert. Dette fremgår av vilkåret om at «hjemstaten dekker sine forpliktelser i hjemlandet», og således er i fortsatt drift i hjemlandet. Dette taler i retning av at det er tale om en uavhengig vertsstatsbehandling.

Dette støttes også av at Finansdepartementets vedtak og administrasjonsstyrets beslutninger hjemlet i forskriften ikke er avhengig av om hjemstaten gir tillatelse eller forespørsel til Norge om territoriell behandling. Dette taler for at insolvensbehandlingen er selvstendig, og ikke aksessorisk. At det norske administrasjonsstyret kan fryse alle bankens eiendeler og forpliktelser i Norge, og holde disse utenfor en eventuell hjemstasbehandling, taler i samme retning. Vedtak hjemlet i forskriften kan altså stride mot hjemstatens insolvensbehandling, og har ikke nødvendigvis en hjelpefunksjon i forhold til hjemstatens vedtak. Et ytterligere moment i samme retning er at norsk lovgivning skal anvendes på den norske behandlingen, jf. forskriftens §§ 3(1) og 4.

Ett moment som kan tale i motsatt retning er den tidligere drøftede bestemmelsen i § 3(3) om avtale med hjemstaten. I praksis er denne avtalehjemmelen blitt benyttet til koordinering av beslutninger, lovvalgsklausuler om prioritet og sluttavregning, samt avtale om tilbakeføring av overskytende aktiva til hjemstatens etter at det er dekning av forpliktelser i Norge.²¹⁹ Dette kan tale for at hjemstaten gis kontroll over den norske insolvensbehandlingen av filialen, og at denne har karakter av en såkalt under- eller hjelpekonkurs.

Dette er imidlertid ikke tungtveiende, da inngåelsen av slik avtale er frivillig, og bestemmelsen ikke krever at hjemstaten gis kontroll eller beslutningskompetanse i administrasjonen av den norske filialen. Bestemmelsen hjemler kun en adgang til å inngå enten en folkerettslig avtale med hjemstatens myndigheter, eller en internasjonal privatrettslig avtale med bankens representanter i hjemstaten om hvordan behandlingen av den norske filialen skal gjennomføres. Bestemmelsen fastsetter ikke krav til innholdet i avtalen, utover at den skal ha som sikte-

²¹⁹ Bankenes sikringsfond (2009) pkt.3.2

mål å ivareta de sentrale hensyn og bestemmelser i direktiv 2001/24/EF. Som det fremgår av drøftelsen,²²⁰ er slike «sentrale hensyn» hjemstatskontroll og kreditorlikhet. En avtale som skal ivareta hjemstatskontroll kan ikke tjene som moment for at forskriften hjemler en aksessorisk jurisdiksjon. En eventuell aksessorisk insolvensbehandling vil være i strid med direktivet og da også de «sentrale hensyn i direktivet». Dette følger av at direktivet ivaretar hensynet til hjemstatskontroll gjennom prinsippet om eksklusiv hjemstatskompetanse, og at direktivet selv ikke åpner for sekundære insolvensbehandlinger i vertsstatene.²²¹ Bestemmelsen om avtale for å sikre de sentrale hensynene og bestemmelser i direktivet kan dermed ikke tjene som argument for at jurisdiksjonen som forskriften hjemler er aksessorisk.

Jeg konkluderer dermed med at forskriften hjemler jurisdiksjon til selvstendig insolvensbehandling. Da jurisdiksjonen er territoriell, er det imidlertid ikke tale om en norsk hovedinsolvensbehandling av hele bankens virksomhet. Det er kun tale om selvstendig, territoriell behandling, uavhengig av eventuelle parallelle behandlinger foretatt av andre vertsstater eller hjemstaten.

3.2.3 Lovvalg

Hvilke lover som skal anvendes på den norske insolvensbehandlingen reguleres i forskriftens §§ 3 og 4. Forskriftens § 3 lyder som følger:

«[...]banksikringslovens §§ 4-1, 4-5 første ledd, tredje og fjerde punktum, tredje og fjerde ledd, 4-6 til 4-13 gjelder tilsvarende for offentlig administrasjon av filial i Norge av bank med hovedsete i fremmed stat».

Dette innebærer at banksikringslovens regler om offentlig administrasjon skal anvendes. Forskriftens § 4 fastlegger at konkursloven § 87 om sikkerhetsstillelse for bostyrer gjelder tilsvarende for administrasjonsstyrets medlemmer. Forskriftens lovvalgsregler samsvarer således med hovedregelen i internasjonal privatrett om *lex concursus*. Forskriften hjemler ikke unntak fra dette utgangspunktet. Det fremgår imidlertid av § 3 (2) at nærmere bestemmelser om anvendelsen av bsl. kan gis i vedtak etter § 1. For øvrig kan særskilte lovvalgsregler fremgå av

²²⁰ Kap.3.2.2.2

²²¹ Kap.3.3.5, 3.3.6

avtale med hjemstaten, jf. § 3 (3). Som nevnt ble denne avtaleadgangen benyttet i avviklingen av Kaupthing NUF, hvor det norske og islandske administrasjonsstyret ble enige om anvendelse av internasjonale regler om blant annet prioritet og sluttavregning.²²² Banksikringslovens bestemmelser, som gis tilsvarende virkning etter forskriftens §§ 3 og 4, omhandler ikke slike forhold, og en slik avtale vil dermed ikke være i strid med forskriftens lovvalgsregler.

Da jurisdiksjonen hjemlet i forskriften kun er territoriell, og således ikke har virkning på eiendeler og forpliktelser i utlandet, er lovvalgsregler om anvendelse av utenlandsk lov på insolvensbehandlingen ikke aktuelt. Videre er jurisdiksjonen til insolvensbehandling selvstendig, slik at det ikke er aktuelt å anvende hjemstatens lovgivning på den norske insolvensbehandlingen, hvilket ville være aktuelt dersom det var tale om såkalt underkonkurs.²²³ Forskriftens lovvalgsregler bygger således også på det klassiske territorialitetsprinsippet, og gir ikke holddepunkter for å anvende andre staters regler som har innvirkning på den norske jurisdiksjonen som forskriften gir.

3.2.4 Anerkjennelse

3.2.4.1 Anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling

Forskriften oppstiller ingen uttrykkelig anerkjennelsesregel, verken angående andre lands anerkjennelse av den norske insolvensbehandlingen, eller om norsk anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. Det fremgår imidlertid forutsetningsvis av forskriftens vilkår for norsk behandling, at den norske jurisdiksjonen ikke hindres av hjemstatens tiltak. Dette innebærer at den utenlandske insolvensbehandlingen ikke anerkjennes. Manglende anerkjennelse kommer også til uttrykk i bestemmelsen om at den norske insolvensbehandlingen omfatter alle bankens eiendeler og forpliktelser, jf. § 1 (2). Disse holdes således utenfor en eventuell utenlandsk insolvensbehandling ved såkalt «ring-fencing»,²²⁴ hvilket forutsetter manglende anerkjennelse.

3.2.4.2 Utenlandsk anerkjennelse av norsk insolvensbehandling av filial

Utenlandsk anerkjennelse av norsk insolvensbehandling har bare reell betydning dersom det norske vedtaket har ekstraterritoriell virkning. Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, hjemler

²²² Bankenes sikringsfond (2009) pkt.3.2

²²³ Sml.EUs konkursforordning og UNCITRALs Modellaw.

²²⁴ Kap.1.4.2

forskriften kun en territoriell jurisdiksjon. Vedtak om offentlig administrasjon omfatter kun bankens eiendeler og forpliktelser i Norge, jf. § 1 (2). Gjennomføringen av insolvensbehandling krever derfor ikke anerkjennelse fra andre land, da bankens midler i utlandet ikke inngår i behandlingen. Det kan imidlertid oppstå jurisdiksjons- og lovvalgskollisjon ved parallelle behandlinger, foretatt av flere stater med ulike regler.

3.2.5 Slutning

Etter gjennomgangen av forskriftens regler om jurisdiksjon, lovvalg og anerkjennelse, kan det sluttet at den gir adgang til norsk territoriell insolvensbehandling av norsk filial av utenlandsk bank. Den norske insolvensbehandlingen knytter seg til hvorvidt aktivaene er i Norge, og beror ikke på om kravene er lokale eller utenlandske. Jurisdiksjonen er således aktivabasert og ikke kravsbasert. Forskriften gjennomfører dermed en reguleringsmodell basert på klassisk territorialitet.²²⁵

3.3 Direktiv 2001/24/EF

3.3.1 Direktivets anvendelsesområde

3.3.1.1 Oversikt

Direktiv 2004/24/EF om sanering og avvikling av kredittvirksomhet ble vedtatt av Europaparlamentet og Rådet den 4.april 2001, for å fylle EU-rettens vakum etter at EUs konkursforordning utelukker kredittinstitusjoner fra sitt virkeområde.²²⁶ Direktivet får anvendelse på kredittinstitusjoner og deres filialer som er opprettet i en annen medlemsstat enn den der kredittinstitusjonen har sitt hovedkontor.²²⁷ Direktivet har også enkelte bestemmelser for kredittinstitusjoner med hovedkontor utenfor EØS-stat og filialer i minst to EØS-stater. Disse reglene kommer ikke til anvendelse på avhandlingens problemstilling.²²⁸ Direktivets definisjon av kredittvirksomhet, filial, hjemstat og vertsstat viser til definisjonene i direktiv 2000/12/EF art. 1, som alle er gjennomført i norsk rett ved finvl., og derfor svarer til de definisjonene som er gitt over avhandlingens innledningskapittel. Direktivet kommer dermed til anvendelse på avhandlingens problemstilling.

²²⁵ Kap.1.4.4.

²²⁶ EUs Konkursforordning art. 1 nr.2.

²²⁷ EP/Rdir 2001/24/EF art. 1.nr.1

²²⁸ EP/Rdir 2001/24/EF art. 1 nr.2. Art. 8,19 samt fortalens pkt. 13 og 22 gjelder bare kredittinstitusjoner med hovedkontor utenfor Fellesskapet, og vil derfor ikke behandles i avhandlingen.

3.3.1.2 Direktivets hovedkontor-begrep

Direktivet definerer ikke begrepet «hovedkontor», til tross for at begrepet benyttes som ett grunnleggende skille for anvendelsen av direktivets ulike kapitler om kredittinstitusjoner med hovedtilknytning henholdsvis innenfor og utenfor «fellesskapet».²²⁹ Det oppstår derfor et tolkningsspørsmål om begrepet skal tolkes på samme måte som direktivets hjemstatsbegrep, som er definert som den stat som gav institusjonen tillatelse til å drive kredittvirksomhet, eller om hovedkontorbegrepet legger en annen tilknytning til grunn.

Direktivets engelske, danske og franske ordlyd er identisk med ordlyden i henholdsvis innskuddsgarantidirektivet og kredittvirksomhetsdirektivet. Da Winding-up direktivets legaldefinisjoner viser til kredittvirksomhetsdirektivet, er det nærliggende at også Winding-up direktivets begrep skal tolkes i samsvar med hovedkontor-begrepet i dette kredittvirksomhetsdirektivet. Det vises derfor i sin helhet til drøftelsen av den EU-rettslige forståelsen av hovedkontor-begrepet over.²³⁰ På denne bakgrunn kan det legges til grunn at direktivets hovedkontor-begrep skal tolkes som det registrerte hovedkontor.

Som overnevnt er kredittinstitusjoner gitt tillatelse til å drive kredittvirksomhet i den stat hvor de både driver sin faktiske hovedvirksomhet, og hvor de er registrert.²³¹ Avhandlingen vurderer utenlandske banker med hovedsete i annen EØS-stat, hvilket innebærer at disse har registrert hovedkontor i annen EØS-stat enn Norge, og at direktivets regler kommer til anvendelse på problemstillingen.

3.3.1.3 Avgjørelser omfattet av direktivets virkeområde

Direktivet regulerer kompetansen til å fatte vedtak saneringstiltak²³² og avviklingstiltak.²³³ Saneringstiltak defineres i direktivets art.2 slik:

²²⁹ Begrepet benyttes i direktivet utelukkende for avgrensning av dets virkeområde, og er ikke et tilknytningskriterium for jurisdiksjon, i motsetning til «hovedkontor» i kkl, «hovedsete» i NKK og «hjemstat» i direktivet. Direktivets begrep «hovedkontor» behandles derfor her under virkeområdet.

²³⁰ Kap.3.2.1.3

²³¹ Kap.3.2.1.4

²³² Art.3

²³³ Art.9

«Reorganisation measures' shall mean measures which are intended to preserve or restore the financial situation of a credit institution and which could affect third parties' preexisting rights, including measures involving the possibility of a suspension of payments, suspension of enforcement measures or reduction of claims;»

Saneringstiltak har altså til formål å bevare eller gjenopprette en institusjons økonomiske situasjon for å sikre fremtidig drift, og tilsvarer det som ofte betegnes som reorganiseringstiltak.

Avviklingsprosedyrer defineres slik i direktivets art. 2:

«Winding-up proceedings' shall mean collective proceedings opened and monitored by the administrative or judicial authorities of a Member State with the aim of realizing assets under the supervision of those authorities, including where the proceedings are terminated by a composition or other, similar measure.»

Direktivet gir ingen opplisting av hvilke nasjonale tiltak som anses som henholdsvis saneringstiltak eller avviklingstiltak.²³⁴ Hvert nasjonalt tiltak må således vurderes opp mot direktivets definisjoner, for å vurdere om de omfattes av virkeområdet, og skal tillegges den virkning som direktivet foreskriver.²³⁵ Den manglende opplistingen har medført tolkningstvil, og både en engelsk,²³⁶ fransk²³⁷ og norsk domstolsavgjørelse²³⁸ har lagt til grunn at et islandsk moratoriumet og den etterfølgende islandske lov om avvikling som ble gitt virkning for bankene som var under moratorium, ikke var slike saneringstiltak eller avviklingstiltak som direktivet omhandler. De nasjonale domstolene fant derfor at de islandske beslutningene ikke skulle tillegges den virkning som direktivet foreskriver i art. 3 og 9. En slik tolkning ble imidlertid tilbakevist i EU-domstolens rådgivende uttalelse i ankebehandling av den nevnte franske sak. EU-domstolen avsa den 24. oktober 2013 en prejudisiell uttalelse om at det er klart at

²³⁴ Sml. EUs konkursforordning, vedlegg A og B.

²³⁵ Lastra (2011)s.135.

²³⁶ Dom av High Court of Justice i London 16.mars 2011

²³⁷ Dom av Cour d'appel de Paris 4.november 2010

²³⁸ TOSLO-2011-65228

de islandske beslutningene omfattes av direktivet.²³⁹ Det sentrale er altså at alle avgjørelser som er åpnet og gjennomført av administrative- eller domsmyndigheter med formål om å enten gjenopprette eller avvikle kredittvirksomheten, omfattes av direktivet.

3.3.2 Jurisdiksjon

3.3.2.1 Tilknytningskriteriet for jurisdiksjon

Hvilket lands myndigheter som har jurisdiksjon til å åpne og gjennomføre insolvensbehandling av kredittinstitusjoner med hovedsete innenfor EØS-området, og hvorvidt denne jurisdiksjonen er territoriell eller universell fremgår av fortalens 6 punkt og artikkel 3 nr 1. Sistnevnte lyder som følger:

«Bare forvaltningsmyndighetene eller rettsmyndighetene i hjemstaten skal ha myndighet til å treffe beslutning om iverksetting av ett eller flere saneringstiltak i en kredittinstitusjon, herunder i filialer etablert i andre medlemsstater.»

Tilsvarende regel fremgår av art. 9 nr. 1 (1) om jurisdiksjon til avviklingstiltak. Ordlyden er klar på at jurisdiksjon tillegges de relevante myndigheter i «hjemstaten». Direktivet har således ikke latt en kredittinstitusjons faktiske hovedvirksomhet eller vedtektsbestemte hovedsete være avgjørende for hvilket land som har jurisdiksjon til å åpne og gjennomføre insolvensbehandlingen av kredittinstitusjonen. Det avgjørende er hvor institusjonen har fått sin autorisasjon og således er undergitt tilsyn, altså kredittinstitusjonens hjemstat.²⁴⁰

3.3.2.2 Jurisdiksjonens karakter og rekkevidde

Det er etter det overnevnte klart at det er hjemstatens myndigheter som har den jurisdiksjon som direktivet fastsetter. Det må deretter klargjøres hvorvidt denne jurisdiksjonen er universell eller territoriell, for å besvare spørsmålet om direktivet åpner for at også vertsstater kan ha jurisdiksjon til å åpne og gjennomføre insolvensbehandling.

²³⁹ C-85/12 *LBI* premiss 23

²⁴⁰ EP/Rdir 2001/24/EF art. 2, 1 strekpunkt jf. EP/Rdir 2000/12/EF art. 1 nr.6 videreført i EP/Rdir 2013/36/EF art. 3 (1) nr.39 og EP/Rfo 575/2013 art. 4 (1) nr.43

De over siterte art. 3 nr.1 og art. 9 nr. 1 fastsetter at «bare [...]myndigheter i hjemstaten» har kompetanse til å treffe beslutning om saneringstiltak og avvikling. Ordlyden er således klar på at hjemstatens jurisdiksjon er eksklusiv. Dette fremheves også i direktivets fortale, som slår fast at hjemstaten skal ha enekompetanse til å gjøre vedtak om å iverksette saneringstiltak,²⁴¹ og av EU-domstolens praksis.²⁴² Dette innebærer at direktivet er basert på en enhetlig tilnærming til insolvensbehandlingen av kredittinstitusjoner og deres filialer. Hele kredittinstitusjonen, inkludert alle dens utenlandske filialer, er gjenstand for reorganiserings- eller avviklingsprosedyrer som en enkelt rettslig enhet.²⁴³ Art. 3 nr.1 og art. 9. nr. 1 gir således ingen adgang til sekundære insolvensbehandlinger, verken parallelle behandlinger eller aksessorisk behandling, i form av såkalt «under»- eller «hjelpekonkurs».

Begrunnelsen for valget av en enhetlig reguleringsmodell fremgår av direktivets fortale pkt.3 og 4 som fremhever sammenhengen med de øvrige fellesskapsrettslige reglene om adgang til å starte og utøve kredittvirksomhet. Disse reglene foreskriver at kredittinstitusjoner og deres filialer skal utøve sin virksomhet som en enkelt enhet, samt underlegges tilsyn av vedkommende myndighet i hjemstaten. Av denne grunn fremheves det i fortalens pkt. 4 at:

«Det ville være særlig uhensiktsmessig å se bort fra at kredittinstitusjonene og dens filialer utgjør en enhet når det nødvendig å vedta saneringstiltak eller innlede en fremgangsmåte for avvikling.».

Også hensynet til sammenhengen med reglene om kredittinstitusjoners medlemskap i hjemstatens ordninger for innskuddsgaranti²⁴⁴ begrunner at direktivets regel om at hjemstaten skal ha eksklusiv jurisdiksjon.

Hovedhensynet bak prinsippet om enhetlig og helhetlig insolvensbehandling, ivaretatt gjennom reglen om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon, er hensynet til likebehandling av kreditorene. I fortalens pkt. 16 det heter at:

²⁴¹ Fortale pkt.6, første setning.

²⁴² Forutsetningsvis i C-85/12/EF *LBI*

²⁴³ Lastra (2011) s.133.

²⁴⁴ EP/Rdir 2009/14/EF

«likebehandling av kreditorene forutsetter at kredittinstitusjoner avvikles i samsvar med prinsippet om enhet og helhet, som innebærer at hjemstatens forvaltningsmyndigheter eller rettsmyndigheter skal ha enekompetanse[...].»

Rationalet bak dette er at parallelle insolvensbehandlinger i de ulike vertslandene kan foregå etter ulike regler, grunnet manglende harmonisering av de europeiske landenes regler. Dette kan resultere i ulik behandling av kredittinstitusjonens kreditorer, avhengig av hvilket land de anmelder sin fordring, eller hvor kredittinstitusjonens aktiva befinner seg. I mangel av fullharmonisering, gir direktivet således jurisdiksjonen til ett land, for dermed å sikre at alle kreditorens krav blir behandlet etter de samme reglene. Dette kan imidlertid ikke sikres gjennom jurisdiksjonsregler alene, men må også sikres gjennom regler om anerkjennelse og lovvalg i hjemstatens insolvensbehandling.

3.3.3 Anerkjennelse

Prinsippet om enhetlig insolvensbehandling, sikret gjennom eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon, må ses i sammenheng med reglen om automatisk anerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling. Enhetlig insolvensbehandling forutsetter i tillegg til eksklusiv jurisdiksjon, at utøvelsen av denne jurisdiksjonen til å foreta insolvensbehandling anerkjennes av de øvrige medlemsstater. Direktivet etablerer en slik anerkjennelsesforpliktelse overfor hjemstatsmyndigheters beslutning om saneringstiltak i art. 3 nr. 2 (2),(3)²⁴⁵ som lyder:

«They shall be fully effective in accordance with the legislation of that Member State throughout the Community without any further formalities, including as against third parties in other Member States, even where the rules of the host Member State applicable to them do not provide for such measures or make their implementation subject to conditions which are not fulfilled.

The reorganisation measures shall be effective throughout the Community once they become effective in the Member State where they have been taken.»

²⁴⁵ Også art. 9 nr.1 (2), fortalen pkt.6, annen setning, fortalen pkt.7 og 16.

En tilsvarende regel er oppstilt for hjemstatsmyndighetenes beslutning om avvikling i art. 9 nr.2. Enhetlig reorganisering eller avvikling sikres altså ved at alle verdiene i filialer i andre medlemsstater inngår i hjemstatens insolvensbehandling. Hjemstatens insolvensbehandling gis såkalt ekstraterritoriell eller universell effekt. Direktivet gjennomfører således en reguleringsmodell som bygger på full universalitet.²⁴⁶ Det følger av dette at alle kreditorer, uavhengig av hvor de befinner seg har rett til å anmelde sine fordringer i hjemstatens insolvensbehandling.²⁴⁷

Anerkjennelsesforpliktelsen innebærer at vertslandene er forpliktet til å gi hjemstatens insolvensbehandling tre hindringsvirkninger. For det første hindres debtors egne disposisjoner over midlene som befinner seg i vertsstatene. For det andre hindrer kreditorers disposisjoner over midlene i form av enkeltforfølgning. For det tredje hindres åpning av insolvensbehandling i vertslandene. Dersom vertslandenes nasjonale jurisdiksjonsregler gir adgang til slik insolvensbehandling, vil altså utøvelsen av denne jurisdiksjon hindres ved forpliktelsen til anerkjennelse i direktivet.²⁴⁸

Direktivet oppstiller absolutte hindringsvirkninger for alle andre disposisjoner over skyldnerens aktiva enn hjemstatens insolvensbehandling. Hindringsvirkningen er ikke betinget av at insolvensbehandling først er åpnet i hjemstaten.²⁴⁹ Direktivet gjennomfører således full universalitet, ved at enhver annen forføyning over skyldnerens aktiva enn hjemstatens tiltak og beslutninger forhindres, for å sikre hjemstatens enekompetanse til å gjennomføre en samlet reorganiserings – eller avviklingsprosess. For å hindre disposisjoner til skade for kreditorfellesskapet, gis hjemstatens insolvensbehandling også tilbakevirkende kraft overfor skyldnerens eller enkeltforfølgende kreditorers disposisjoner over skyldnerens formue. Dette slås fast i EU-domstolens tolkningsuttalelse av 24. oktober 2013 om direktivets art. 32.²⁵⁰ Unntaksbestemmelsen om at hjemstatens behandling ikke får virkning for verserende rettssaker tolkes snevert, slik at den bare gjør unntak for verserende behandling av sakens realitet.²⁵¹ Individu-

²⁴⁶ C-85/12 *LBI* premiss 49.

²⁴⁷ Lastra s.133

²⁴⁸ Se imidlertid unntak i hindringsvirkningen jf. art.21-23 og 30-32, i kap.3.3.5.2 og 3.3.5.3

²⁴⁹ Sml. NKK, se kap.3.4.4.

²⁵⁰ C-85/12 *LBI* premiss 64

²⁵¹ C-85/12 *LBI* premiss 54

elle tvangsfullbyrdelser kan omstøtes ved hjemstatens senere behandling etter *lex concursus*. En motsatt tolkning ville undergrave den effektive virkning av direktivets universalitetsprinsipp ved at individuelle tvangsfullbyrdelser forminsker rådigheten av aktivaene som inngår i boet.²⁵² EU-domstolens rådgivende uttalelser legges til grunn som autoritativ tolkning av EU/EØS-retten.²⁵³

Hjemstatens universelle jurisdiksjon gjennom vertsstatenes annerkjennelse, fremgår også av direktivets art. 28 nr.2 om hvordan gjennomføringen av insolvensbehandlingen skal foregå på vertsstatenes territorium. Det heter her at saneringsstyrer og avviklingsstyrer skal ha rett til å utøve på alle medlemsstatenes territorium de fullmakter de har rett til å utøve på hjemstatens territorium. Bestemmelsen er et klart uttrykk for at direktivet innebærer suverenitetsavgivelse til hjemstatens myndigheter, da et slikt unntak fra territorialhøyhetens grunnprinsipp er nødvendig for at hjemstaten kan foreta en enhetlig behandling av kredittinstitusjonen. Suverenitetsavgivelsen går imidlertid ikke lenger enn nødvendig for å sikre en slik enhetlig behandling, da bestemmelsens tredje ledd gir begrensninger på hjemstatens maktbeføyelser på vertsstatenes territorium. Hjemstatens myndigheter skal overholde lovgivningen i de medlemsstatene de skal utøve sin jurisdiksjon, og da særlig lovgivning om fremgangsmåte for realisering av eiendeler og underretning av ansatte. Videre omfatter hjemstatens kompetanse ikke bruk av tvang eller rett til å avgjøre tvister.²⁵⁴

Reglen om automatisk annerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling begrunnes for det første i hensynet til sammenheng med de øvrige regelverkene på området, og da særlig direktiv 94/19/EF om innskuddsgarantiordninger. Innskuddsgarantidirektivet etablerer et prinsipp om kredittinstitusjoners obligatoriske medlemskap i en garantiordning i hjemstaten, hvilket i følge Winding-up-direktivets fortale pkt. 5 understreker behovet for en gjensidig anerkjennelse av saneringstiltak og fremgangsmåte for avvikling. Dersom filialenes virksomhet skal omfattes av hjemstatens innskuddsgarantiordninger, må følgelig alle eiendeler og forpliktelser i de ulike vertslandene behandles samlet i hjemstaten, hvilket altså forutsetter vertslandenes anerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling.

²⁵² C-85/12 *LBI* premiss 55

²⁵³ EØS art. 6, homogenitetsmålsetningen EØS art. 1 og fortalens pkt.16 og lojalitetsprinsippet.

²⁵⁴ Art. 28 nr.3.

Det andre og mest sentrale hensynet bak anerkjennelsesforpliktelsen er imidlertid hensynet til likebehandling av kreditorer og vanskelighetene med å harmonisere medlemsstatenes lovgivning i praksis, jf. direktivets fortale pkt. 6. Dette må forstås som en henvisning til at likebehandling av kreditorer i de ulike landene enten kan gjennomføres ved en fullharmonisering av de ulike landenes insolvensregler, eller gjennom anerkjennelse. Anerkjennelse sikrer likebehandling ved at insolvensbehandling åpnes i en stat og gjennomføres etter denne stats regler, uten innblanding fra de andre stater som har ulike insolvensregler. Fullharmonisering av insolvensreglene innenfor hele EØS-stat er ikke mulig grunnet insolvensreglenes tilknytning til andre nasjonale regler og de ulike lands rettstradisjoner. Direktivet har derfor valgt anerkjennelsesløsningen. Likebehandling av kreditorer gjennom enhetlig og universell insolvensbehandling, er imidlertid også betinget av at lovvalgsreglene sikrer dette.

3.3.4 Lovvalg

3.3.4.1 Hovedreglene i art. 3 nr.2 og art. 10

Prinsippet om enhetlig og universell hjemstatsbehandling av insolvente kredittinstitusjoner og deres filialer må også ses i sammenheng med direktivets lovvalgsregler. Vertsstatene er ikke bare forpliktet til å avstå fra egen insolvensbehandling og til å gi hjemstatens insolvensbehandling virkning. Vertsstatene er som hovedregel også forpliktet til å gi hjemstatens insolvensbehandling de virkninger som hjemlandets lovgivning foreskriver. Den universelle virkningen av hjemstatens insolvensbehandling sikres således ved at hjemstatens lovgivning gis ekstraterritoriell virkning. Denne hovedregelen om *lex concursus* fremgår av art. 3 nr.2 om saneringstiltak, som lyder:

«The reorganisation measures shall be applied in accordance with the laws, regulations and procedures applicable in the home Member State, unless otherwise provided in this Directive. They shall be fully effective in accordance with the legislation of that Member State throughout the Community without any further formalities, including as against third parties in other Member States, even where the rules of the host Member State applicable to them do not provide for such measures or make their implementation subject to conditions which are not fulfilled.»

Artikkel 10 nr.1 i direktivet fastsetter samme regel for hjemstatens avviklingstiltak. At hjemstatens lovgivning gis slik ekstraterritoriell virkning, sikrer likebehandling av kreditorer ved

at alle skyldnerens kreditorer må forholde seg til de samme insolvensrettslige reglene. Det er også et alminnelig akseptert prinsipp i den internasjonale insolvensrett at *lex concursus* som hovedregel får anvendelse.²⁵⁵ Hensynet til kreditorene tilsier imidlertid i noen tilfeller at hjemstatens lovgivning bør fravikes, dersom vertsstatenes nasjonale lovgivning ivaretar særlige hensyn som anses så viktige for kreditorene at unntak er nødvendig. Dette uttrykkes i direktivets fortale punkt 23 og 24 om at anvendelse av en annen medlemsstats lovgivning kan være nødvendig for å verne arbeidstakere i kredittinstitusjonen, sikre transaksjoner som gjelder visse typer eiendom eller integriteten til de regulerte markedene.²⁵⁶ Disse hensynene er ivare tatt i direktivet gjennom art. 3 nr.2 og art. 10 nr.1 som begge slår fast at hovedregelen om *lex concursus* gjelder så langt ikke annet er fastsatt i dette direktiv. Hovedregelens rekkevidde reguleres videre av art. 10 nr.2, som gir en oppregning av hva lovgivningen i hjemstaten «særlig» skal fastsette. Oppstillingen danner utgangspunkt for tolkningen av den generelle regelen i artikkelens første ledd, og vil kunne bidra til å avklare tvil om et område omfattes av direktivets hovedregel.²⁵⁷ Ordlyden tilsier imidlertid at oppregningen ikke er uttømmende, og hovedregelens rekkevidde beror således på hva annet som er særskilt fastsatt i direktivet. Direktivet har fastsatt særskilte lovvalgsregler som gjør unntak fra *lex concursus* for å ivareta de overnevnte hensyn i fortalens punkt 23 og 24.²⁵⁸ Virkeområdet til disse unntakene må derfor fastlegges for å avgjøre rekkevidden av hovedregelen.

3.3.4.2 Unntak fra *lex concursus* - oversikt

Direktivet fastsetter særskilte lovvalgsregler i art. 20-27 samt art. 30-32. Disse unntakene kan inndeles i fem ulike grupper. Den første unntaksgruppen er bestemmelser om at rettigheter til visse formuesgoder skal reguleres av lovgivningen der formuesgodene befinner seg eller er registrert, i samsvar med reglene i internasjonal privatrett om *lex sitae rei* og *lex registrationis*.²⁵⁹ Den andre unntakstypen fastlegger at visse avtaler og transaksjoner utelukkende skal

²⁵⁵ Andenæs (2010) s.37.

²⁵⁶ Kap.3.3.5.4

²⁵⁷ Andenæs (2010) s.37. Utredningen omhandler EUs konkursforordning art. 4, som er inspirasjonskilde til de identiske regler i Direktivets art. 3 nr.2 og art. 10. Uttalelsene i utredning er derfor relevante også for tolkningen av direktivet.

²⁵⁸ Direktivets art. 20, 24-27 og art. 30-32. Se kap.3.3.5.4

²⁵⁹ Art. 20 litra b og c, art. 24 og art. 31.

reguleres av lovgivningen som får anvendelse på disse avtalene og transaksjonene.²⁶⁰ Direktivet viser her til de alminnelige reglene i internasjonal privatrett. Det fjerde unntaket er en bestemmelse om at hjemstatens lovgivning ikke skal anvendes på spørsmål om ugyldighet, omstøtelse eller manglende tvangskraft for rettshandler som er til skade for kreditorfellesskapet, forutsatt at visse vilkår er oppfylt.²⁶¹ Den femte typen unntaksregel fastslår at virkningene av hjemstatens insolvensbehandling for en pågående rettssak om eiendel eller en rettighet som er fratatt kredittinstitusjonen, utelukkende reguleres av lovgivningen i den medlemsstaten der rettssaken pågår.²⁶² Disse to siste unntaksreglene gjør etter sin ordlyd begrensninger i universalitetsprinsippet, og det vil derfor drøftes særskilt hvorvidt de gir grunnlag for unntak fra prinsippet om hjemstatens eksklusive jurisdiksjon, der dette følger av den statens lovgivning som lovvalgsreglene utpeker. Det samme gjelder reglene i art.21-23. De nevnte unntakene fra *lex concursus* vil drøftes sammen med andre direktivbestemmelser som kan tenkes å gjøre unntak fra universalitetsprinsippet, for å vurdere om disse også åpner for vertsstatsjurisdiksjon.

3.3.5 Unntak fra universalitetsprinsippet i direktivet?

3.3.5.1 Oversikt

Som allerede antydnet foreligger det tilsynelatende motstridende løsninger i de ulike relevante rettskilder. Det må derfor drøftes hvorvidt det er unntaksadgang fra direktivets regler om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon og automatisk annerkjennelse, og dermed adgang til særskilt norsk insolvensbehandling av filial av kredittinstitusjon med hovedkontor i annen EØS-stat. Rettslig problemstillingen er om direktivet selv hjemler unntaksadgang fra prinsippet om universell hjemstatsbehandling. Hvorvidt det foreligger EØS-rettslige hjemmelsgrunnlag for å fravike selve direktivet, drøftes senere.²⁶³

3.3.5.2 Art. 30 og 32

Art. 30 nr. 1 gjør unntak fra hjemstatens lovgivning i spørsmål om ugyldighet, omstøtelse eller manglende tvangskraft for rettshandler som er til skade for kreditorene sett under ett.

²⁶⁰ Art. 20 litra a, 25, 26, 27.

²⁶¹ Art. 30

²⁶² Art. 32

²⁶³ Kap.3.5.3.4

Dette forutsetter at den som får en fordel av rettshandelen kan fremlegge bevis for at rettshandelen er lovmessig etter vedkommende vertsstats lovgivning, og denne lovgivningen ikke gir mulighet for å angripe rettshandelen. Dersom disse to vilkårene er oppfylt, har kreditor en berettiget forventning om at rettshandelen vil stå seg i en eventuell insolvens, og skal således ikke miste denne sikkerheten ved hjemstatens insolvensbehandling, til tross for at hans dekning går på bekostning av kreditorfellesskapet. Hensynet til å beskytte enkeltkreditorens berettigede forventning er således funnet å veie tyngre enn hensynet til kreditorfellesskapets interesse i at alle skyldnerens aktiva inngår i bobehandlingen i disse tilfeller. Art. 30 nr. 2 fastsetter det samme unntaket fra *lex concursus* for rettshandler som er inngått før hjemstatens vedtakelse av saneringstiltak. Bestemmelsen hindrer således at hjemstatens insolvensbehandling gis tilbakevirkende kraft overfor tidligere rettshandler, forutsatt at den som har fått fordel av rettshandlene kan fremlegge slike bevis som nevnt i art. 30 nr. 1.

Art. 32 gjør også unntak fra hjemstatens universelle beslagsrett i formuesgoder som er fratatt kredittinstitusjonen i en pågående rettssak, men som etter EU domstolens rettspraksis²⁶⁴ ikke hindrer hjemstatsbehandlingens tilbakevirkende kraft overfor individuelle tvangsfullbyrdelser.

Hensynet bak art.30 og 32 er det samme, og bestemmelsenes relevans for avhandlingens problemstilling om adgangen til særskilt insolvensbehandling er også den samme. Begge bestemmelsene kan sies å gjøre et innhugg i universalitetsprinsippet ved at vertstatenes lovgivning regulerer virkningene av hjemstatens insolvensbehandling i visse tilfeller. Dersom vedkommende stats lovgivning oppstiller adgang til å disponere over skyldnerens aktiva, kan dette gjøres på bekostning kreditorfellesskapets interesse i en helhetlig behandling. Bestemmelsene angår imidlertid utelukkende hindringsvirkningen av hjemstatens insolvensbehandling overfor enkeltforfølgende kreditorer, og angår ikke hindringsvirkningen overfor andre staters adgang til å åpne insolvensbehandling. Bestemmelsene gjør således ikke unntak fra prinsippet om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling. Den oppstiller bare begrensninger i prinsippet om at alle skyldnerens aktiva skal inngå i hjemstatens behandling, der dette er nødvendig av hensynet til forutberegnelighet og tillit til det nasjonale rettsystem i vertsstatene. Art. 30 og 32 gir således ikke grunnlag for norsk jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling i en norsk filial av utenlandsk bank.

²⁶⁴ C-85/12 *LBI* premiss 57

3.3.5.3 Unntak hjemlet i direktivets art. 21-23?

Direktivet gir tre bestemmelser i art. 21-23 om at hjemstatens tiltak ikke skal berøre visse rettigheter, og begrenser således virkningen av hjemstatens tiltak overfor de omhandlede rettigheter. Bestemmelsene sier ikke noe uttrykkelig om forholdet til direktivets jurisdiksjons- og anerkjennelsesregler. En mulig tolkning av reglene er at de gir adgang til å holde visse rettigheter utenfor hjemstatens insolvensbehandling, for deretter behandle disse i en særskilt insolvensbehandling i kredittinstitusjonens vertsstater.

Det er imidlertid klart at en slik tolkning av reglene ikke kan legges til grunn. Art. 21 innebærer at rettigheter beskyttet etter *lex rei sitae* overhodet ikke skal berøres av at det er åpnet insolvensbehandling av kredittinstitusjonen. Den verner bare etablerte sikkerhetsretter fra å bli berørt av hjemstatens insolvensbehandling, i samsvar med direktivene om finansiell sikkerhetsstillelse²⁶⁵ og sluttavregning²⁶⁶, og gir ikke vertsstatene adgang til å ta disse rettighetene under en særskilt insolvensbehandling. Det ville undergrave bestemmelsens formål om å verne etablerte sikkerheters rettsvern overfor en insolvensbehandling, dersom den samtidig skulle åpne for slik insolvensbehandling i vertstatene. Bestemmelsen danner altså ikke hjemmel for fravikelse av direktivets regel om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon til åpne og gjennomføre insolvensbehandling i kredittinstitusjoner.

Den andre bestemmelsen i direktivet som begrenser insolvensbehandlingens virkning overfor visse rettigheter, er art. 22 om eiendomsforbehold. Når det gjelder bestemmelsens relevans for avhandlingens problemstilling gjør de samme hensynene seg gjeldende ved tolkningen av art. 22 som ved art. 21. Det er også her kun tale om et utvidet vern av tredjemanns sikkerhetsrettigheter. Art. 22 er ingen jurisdiksjonsregel og det er dermed klart at bestemmelsen ikke gir vertsstatene adgang til særskilt insolvensbehandling av rettigheter med grunnlag i eiendomsforbehold.

Den tredje artikkelen som begrenser virkningene av at det er åpnet insolvensbehandling er art. 23 om motregning. Reglen begrunnes i at motregning har karakter av å være en sikkerhetsrett,

²⁶⁵ EP/Rdir 2002/47/EF

²⁶⁶ EP/Rdir 1998/26/EF

som skal vernes overfor hjemstatens insolvensbehandling i samme grad som sikkerhetsrettene i art. 21 og 22. I likhet med de overnevnte bestemmelser som unntar rettigheter med etablert sikkerhet fra hjemstatens insolvensbehandling, er det klart at heller ikke art. 23 gir noen kompetanse til å åpne eller gjennomføre insolvensbehandling.²⁶⁷ Regelen hjemler derfor ikke unntak fra direktivets prinsipp om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon.

3.3.5.4 Fortalens punkt 23

Det kan videre drøftes hvorvidt en sjette unntakstype fremgår av fortalens punkt 23. Som nevnt, gir fortalens punkt 23 uttrykk for at det i visse tilfeller er nødvendig å fravike prinsippet om anvendelse av hjemstatens lovgivning. Bestemmelsen lyder:

«Selv om det er viktig å fastholde prinsippet om at alle formelle og materielle virkninger av saneringstiltak eller fremgangsmåter for avvikling skal fastsettes i hjemstatens lovgivning, skal det tas hensyn til at disse virkninger kan være i strid med de regler som normalt får anvendelse på kredittinstitusjonens og dens filialers økonomiske og finansielle virksomhet i andre medlemsstater. Henvisningen til en annen medlemsstats lovgivning er i visse tilfeller en nødvendig fravikelse fra prinsippet om at hjemstatens lovgivning får anvendelse.»

Fortalens punkt 24 presiserer at slike unntak kan være særlig nødvendig for verne ansatte i kredittinstitusjonen, sikre transaksjoner i visse type eiendom og verne integriteten til de regulerte markedene. De hensynene som punkt 24 nevner er ivaretatt gjennom direktivets unntaksbestemmelser fra *lex concursus*.²⁶⁸ Oppregningen i punkt 24 er imidlertid etter sin ordlyd ikke uttømmende, og det kan derfor spørres om punkt 23 gir en generell ordre public reservasjon som gjelder utover de uttrykkelige unntaksregler i direktivets artikler.

Ett mulig tolkningsalternativ av fortalens punkt 23 at den gir en generell adgang til unntak fra *lex concursus* hvor påtrengende nasjonale hensyn ivaretatt i vertsstatenes egen lovgivning og at bestemmelsen således kodifiserer en generell ordre public reservasjon.²⁶⁹ En slik tolkning

²⁶⁷ Se over om art. 21.

²⁶⁸ Art. 20, 24-27 og 30-31.

²⁶⁹ Sml.Kap.3.5.4.3

virker å ha blitt lagt til grunn av Finansdepartementet ved vedtakelsen av forskriften om offentlig administrasjon av bankfilial, som hjemler jurisdiksjonen i fortalens punkt 23. I Kredittilsynets brev til Finansdepartementet om tilrådning om avvikling av Kaupthing norske filial, som ble lagt til grunn av Finansdepartementet, heter det følgende om bestemmelsen:

«at enekompetansen på dette området ligger hos hjemstaten. Direktivet synes å gi få muligheter for å gjøre unntak fra disse hovedprinsippene. Følgende fremgår imidlertid av fortalens punkt 23.[Sitering av ordlyden i punkt 23] FMEs vedtak i forhold til Kaupthing Bank hf har fått virkninger for den norske filialens virksomhet som må kunne sies å være i strid med de regler som normalt får anvendelse på institusjonens økonomiske og finansielle virksomhet... Kredittilsynet mener derfor det foreligger et grunnlag i direktivet som åpner for at det kan settes i verk tiltak av norske myndigheter i forhold til filialen»²⁷⁰

Mot at fortalens punkt 23 tolkes som en hjemmel for vertsstatsjurisdiksjon, taler bestemmelsens plassering. Den er lokalisert i fortalen. Fortaler gir kun uttrykk for de betraktninger som ligger til grunn for vedtakelsen av direktivets artikler. Dette fremgår av EU-domstolens praksis om at fortalene gir uttrykk for hva som er formålet med en gitt regulering, og kun anvendes som faktorer i tolkningen av rettsakters bestemmelser.²⁷¹ Dette taler for at bestemmelser i fortaler kun er formålsbestemmelser og ikke selvstendige rettskilder som kan hjemle unntaksregler utover de som er gjennomført i rettsaktens artikler. Særlig må dette gjelde innenfor EØS-området, da vekten av de formålsbetraktninger som fremgår av rettsakters fortaler, er noe mindre innenfor EØS enn i EU. De målsettinger og lignende som måtte fremgå av fortalene, må ses i lys av EØS-avtalen og formålet med den.²⁷² Dette kommer til uttrykk i EØS-avtalens protokoll 1, art. 1 som lyder:

«Innledningen til de omhandlede rettsakter er ikke tilpasset for denne avtales formål. De er relevante i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktenes bestemmelser innenfor avtalens ramme.»

²⁷⁰ Kredittilsynet (2008) s.2.

²⁷¹ Sejersted (2011) s.230.

²⁷² Sejersted (2011) s.230

Dette kan tale for at når fortaler har begrenset vekt som formålsbestemmelser, kan de i hvert fall ikke sies å gi selvstendig hjemmel til unntaksbestemmelser fra rettsakten selv. Sejersted uttaler at «rettigheter og plikter kan ikke utledes direkte av fortalene, men de spiller en stor rolle for tolkningen av lovteksten.»²⁷³

Jeg legger etter dette til grunn at fortalens punkt 23 må tolkes dithen at den ikke utgjør en selvstendig unntaksregel fra direktivets universalitetsprinsipp. Dersom direktivet skulle inneholde en generell ordre public-reservasjon mot *lex concursus* som favner videre en direktivets spesifikke unntaksregler, måtte dette reguleres i en av direktivets artikler. Fortalen som sådan kan ikke gi hjemmel for en slik regel. Ingen slik generell ordre public regel er kodifisert i direktivet, og de ovenfor drøftede unntaksregler setter rammen for hovedregelens rekkevidde.

Forøvrig bemerkes at reglen om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon og vertstatenes annerkjennelse av denne ikke fremgår av hjemstatens lovgivning, men av direktivet selv. En regel om fravikelse av hjemstatens lovgivning hjemler således ikke fravikelse av direktivets regler om jurisdiksjon og annerkjennelse. Fravikelse av direktivets prinsipp om hjemstatens enhetlige insolvensbehandling kan bare hjemles i regler som gjør unntak fra selve direktivets anvendelse. De over drøftede lovvalgsreglene omhandler derfor ikke hvilket lands regler som skal avgjøre jurisdiksjons eller annerkjennelsesspørsmålet. De omhandler kun hvilken lovgivning hjemstaten skal anvende på visse formuesgoder i sin enhetlige insolvensbehandling.

Jeg kommer etter dette til at unntakene fra *lex concursus* ikke hjemler adgang til særskilt insolvensbehandling av filialer med hovedkontor innenfor EØS-området.

3.3.5.5 Unntak hjemlet i direktivets art. 5?

Direktivets artikkel 5 lyder som følger:

«Where the administrative or judicial authorities of the host Member State deem it necessary to implement within their territory one or more reorganisation measures, they

²⁷³ Sejersted (2011) s.57.

shall inform the competent authorities of the home Member State accordingly. Information shall be communicated by the host Member State's competent authorities.»

Bestemmelsens ordlyd kan isolert tolkes som om den oppstiller en plikt om varsel når vertstaten har foretatt nødvendige tiltak. Når bestemmelsen leses i sin helhet, og i sammenheng med artikkelens overskrift «Underretning av tilsynsmyndighetene i hjemstaten», er det imidlertid klart at den ikke gir kompetanse til å fatte eller gjennomføre saneringstiltak, men kun er en regel om varsling. Vertstatene er forpliktet til å varsle hjemstaten dersom vertstaten finner det nødvendig med tiltak i filialen, slik at hjemstaten kan utøve sin eksklusive kompetanse til slike tiltak. En slik tolkning støttes også av kommisjonens uttalelse om bestemmelsen:

«Article 5 requires host Member States' competent authorities to inform home competent authorities about the necessity of reorganisation measures for branches within their territory. This Article only confers upon the host Member State a warning role and does not entrust the host authorities with additional responsibilities in terms of reorganisation measures, which lie with the home Member State.»²⁷⁴

Det er etter dette klart at direktivets art. 5 ikke gir hjemmel for å fravike prinsippet om hjemstatens eksklusive jurisdiksjon til insolvensbehandling av kredittinstitusjoner og deres filialer.

3.3.5.6 Konklusjon om unntak fra universalitetsprinsippet i direktivet

Direktivet selv gir ikke grunnlag for unntak fra prinsippet om at det bare er kredittinstitusjonens hjemstat som kan beslutte og gjennomføre insolvensbehandlingen.

3.3.6 Slutning fra direktivet

Etter direktivet kan det altså bare åpnes norsk insolvensbehandling i kredittinstitusjonen dersom Norge er kredittinstitusjonenes hjemstat. I avhandlingens problemstilling avgrenses det mot kredittinstitusjoner med hjemstat i Norge. Direktivets bestemmelser gir altså den slutning at det ikke er adgang til norsk insolvensbehandling av bankfilial med hjemstat i annen EØS-stat.

²⁷⁴ EU Kommisjonen (2007) s.4, pkt.10c.

Direktivets regler om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon og anerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling gjennomfører universalitetsprinsippet fullt ut, hvilket avskjærer adgangen til parallelle eller sekundære insolvensbehandlinger i kredittinstitusjonens vertsstater.²⁷⁵ Da direktivet ikke selv åpner for unntak fra dette, må et eventuelt unntak fremgå av en EØS-rettslig adgang til å fravike direktivet selv, hvilket drøftes under.²⁷⁶

3.3.7 Direktivets virkning i norsk rett

3.3.7.1 Gjennomføringen i norsk rett

Direktivet ble inntatt i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning 6. desember 2002 om direktivets innlemming i EØS-avtalens vedlegg IX om finansielle tjenester.²⁷⁷ Direktivets status i norsk rett beror på om reglene til gjennomføring av EØS-rett er oppfylt. Direktivets virkning i norsk rett behandles nedenfor.²⁷⁸

Det dualistiske prinsipp i norsk rett medfører et krav om nasjonal gjennomføring av folkerett, herunder EØS-rett, for at reguleringen kan gis virkninger overfor private parter. Forpliktelsen til å gjennomføre EØS-rett i nasjonal rett på en korrekt måte er nedfelt i EØS-avtalen art. 3, som omtales som det alminnelige *lojalitetsprinsippet*. Lojalitetsprinsippet innebærer at Norge er folkerettslig forpliktet til å følge opp EØS-avtalen og gjennomføre den på lojal måte, til å avstå fra tiltak som kan sette avtalen i fare, samt «lette samarbeidet» for EØS-avtalen.²⁷⁹ Bestemmelsen må ses i sammenheng med *homogenitetsmålsetningen* i EØS-avtalen art. 1 og fortalens pkt. 4 og 1.²⁸⁰ Videre fremgår det av EØS-avtalens art. 7 at forordninger og direktiver som berører EØS-samarbeidet, skal gjøres til norsk rett. Dette innebærer at Norge er fol-

²⁷⁵ Sml. EUs Konkursforordning gjennomfører modifisert universalitet hvor det åpnes hovedbehandling i det medlemsland hvor debitors hovedinteresser befinner seg, såkalt «Centre of main interests», mens det også tillates sekundære territoriale behandlinger i de andre medlemsstater hvor debitor har eiendeler.

²⁷⁶ Kap.3.5.3.4

²⁷⁷ EØS-komiteens beslutning nr.167/2002 om endring av EØS-avtalens vedlegg IX (Finansielle tjenester) nr.16 c. Endring publisert i EØS tillegget til Den Europeiske Unions Tidende nr.9 av 13.2.2003, s.20.

²⁷⁸ Kap.3.3.7.3

²⁷⁹ Sejersted (2011)s.195.

²⁸⁰ Sejersted (2011)s.195.

kerettslig forpliktet til å gjennomføre de EU-rettsakter som EØS-komiteen finner å være EØS-relevante, jf. EØS-avtalen art. 102.²⁸¹

Etter ordlyden i EØS art. 7 har nasjonale myndigheter diskresjonær kompetanse til å bestemme form og midler for gjennomføringen, så lenge det materielle innholdet i nasjonal rett stemmer med direktivet. Det nasjonale handlingsrommet begrenses av EU-rettens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver, som innebærer at gjennomføringen må skje på en klar og utvetydig måte, slik at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling.²⁸² EØS-rett kan gjennomføres i norsk rett på tre måter. For det første ved henvisning eller såkalt inkorporasjon, ved at det fattes en norsk lov- eller forskriftsbestemmelse som viser til EØS-rettsakten og fastslår at den skal gjelde som norsk rett. For det andre kan det foretas en gjengivelse, såkalt transformasjon, av rettsakten i norsk lov eller forskrift.²⁸³ Dette er vanlig ved direktiver. Den tredje gjennomføringsmuligheten er ved konstatering av rettsharmoni, eller såkalt passiv transformasjon. Dette innebærer kun at det slås fast at nasjonal rett er i overenstemmelse med direktivet på gjennomføringstidspunktet.²⁸⁴

Det er ikke fattet norsk lov eller forskrift som gjennomfører direktivet i norsk rett ved henvisning eller ved gjengivelse.²⁸⁵ Det oppstår dermed spørsmål om direktivet er gyldig gjennomført ved konstatering av rettsharmoni, eller hvilken virkning direktivet har i norsk rett dersom det ikke er gjennomført.

3.3.7.2 Var direktivet i samsvar med gjeldende rett på gjennomføringstidspunktet?

Konstatering av rettsharmoni innebærer at det ikke er nødvendig for norsk lovgiver å vedta nye lovbestemmelser, dersom eksisterende norsk rett allerede inneholder de samme reglene

²⁸¹ Dette uttrykkes i rettspraksis som en forpliktelse til å ta alle tilgjengelige midler i bruk for å sikre oppfyllelse av forpliktelsene som EØS-avtalen medfører jf. Sak E-11/13 premiss 19, og Sak E-12/13 premiss 66.

²⁸² E-15/12 *Wahl* premiss 50, og E-12/13 *ICESave* premiss 69 og 71.

²⁸³ Sejersted (2011) s.197, 198.

²⁸⁴ Sejersted (2011) s.197.

²⁸⁵ Det er imidlertid gjennomført endringer i Underrettningsforskriften, som gjennomfører direktivets varslingsregler. Forskriften synes også å forutsette at varslingen skjer ved norske vedtak, der Norge er institusjonens hjemstat. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet om klar og utvetydig gjennomføring av EØS-rett i norsk rett.

som direktivet.²⁸⁶ Det oppstilles imidlertid krav til at rettstilstanden fremgår klart av skreven lov eller av rettspraksis, grunnet hensynet til at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling.²⁸⁷ Dersom dette er tilfellet, er det tilstrekkelig at Norge melder fra til ESA om hvilke norske lover og forskrifter som tjener til å oppfylle direktivets krav.²⁸⁸

Det første spørsmål er således om norsk rett på gjennomføringstidspunktet var i samsvar med direktivets bestemmelser. På gjennomføringstidspunktet var det ikke fattet norsk lovgivning om insolvensbehandlingen av filialer av utenlandske banker. Forskriftshjemmelen i bsl. til å fatte bestemmelser om dette ble først benyttet i 2008. I mangel på særregler for filialene, gjaldt således de alminnelige konkursregler for internasjonal insolvens.

Direktivets regler må derfor vurderes opp mot de alminnelige regler i norsk internasjonal insolvensrett, om henholdsvis jurisdiksjon, anerkjennelse og lovvalg. Dersom det er samsvar mellom reglene kan direktivet ha blitt gyldig gjennomført ved konstatering av rettsharmoni.

3.3.7.2.1 Jurisdiksjon i norsk internasjonal insolvensrett – kkl.§ 146

Det rettslige utgangspunktet i alminnelig konkursrett er at et såkalt NUF ikke kan gå konkurs. En norsk filial av et utenlandsk selskap er ikke et selvstendig rettssubjekt,²⁸⁹ og det kan derfor ikke kan åpnes konkursbehandling i filialen som sådan.²⁹⁰ Dersom konkurs skal åpnes, må dette i utgangspunktet gjøres i hovedselskapet. Tilknytningskriteriet for norsk jurisdiksjon oppstilles dermed for hovedselskapet, og ikke for den norske filialen.

Hvorvidt norsk insolvensbehandling kan åpnes i hovedselskapet etter de alminnelige regler reguleres i konkursvernetingsregelen i kkl. § 146.²⁹¹ I følge forarbeidene,²⁹² teori²⁹³ og retts-

²⁸⁶ NOU 2012:2 pkt.7.2.2 if.

²⁸⁷ Sejersted (2011) s.198

²⁸⁸ NOU 2012:2 pkt.2.2.2 if.

²⁸⁹ Rt.2008.1739

²⁹⁰ Reiersen (2010) s.456 og Konkursrådet(2008)

²⁹¹ Luganokonvensjonen kommer ikke til anvendelse, da den gjør uttrykkelig unntak for konkurs i artikkel 1 nr. 2 bokstav b. Kkl.§ 146 (1), første punktum er en tilsiktet spesialregel i forhold til de alminnelige vernetingsregler i tvisteloven §§ 4-3 flg. jf. Andenæs(2010)pkt.3.1.1

²⁹² NOU 1972:20 s.228, 242 og 244, samt henvisning i Ot.prp.50(1980-81) s.127 og 137.

praksis,²⁹⁴ skal bestemmelsen gis analogisk anvendelse på norsk internasjonal konkursjurisdiksjon. Kkl. § 146, første ledd lyder som følger:

«Er skyldnerens virksomhet registrert i Foretaksregisteret, hører behandlingen under tingretten i den rettskrets hvor skyldneren har sitt hovedforretningssted. I andre tilfeller hører behandlingen under tingretten i den rettskrets hvor skyldneren har sitt alminnelige verneting.»

Filialer av utenlandsk kredittvirksomhet er registreringspliktig,²⁹⁵ men da det ikke er filialen som sådan som er konkurssubjekt, er det hovedvirksomhetens registrering som er av betydning. Utenlandske kredittinstitusjoner vil ikke være registrert i det norske foretaksregisteret. Det forutsettes imidlertid i forarbeidene og i rettspraksis at bestemmelsen anvendes analogisk hvis skyldnervirksomheten er registrert i et tilsvarende utenlandsk register.²⁹⁶

Tilknytningskriteriet i kkl. § 146 (1) første punktum, om hovedforretningssted er en tilsiktet spesialregel i forhold til de alminnelige vernetingsregler i tvisteloven §§ 4-3 flg.²⁹⁷ Denne jurisdiksjonsregelen vil således lede til den slutning at det bare kan åpnes norsk insolvensbehandling av utenlandsk kredittinstitusjon dersom hovedselskapets hovedforretningssted befinner seg i Norge.

Hva som i det enkelte tilfelle er skyldnerens «*hovedforretningssted*», må etter forarbeidene «bestemmes etter de reelle forhold, virksomhetens art og omfang, plasseringen av administrasjon mv.»²⁹⁸ Dette er ytterligere presisert av Høyesterett som det sted hvor virksomheten faktisk er drevet.²⁹⁹ Begrunnelsen for at de faktiske forholdene er avgjørende, fremfor å la registreringen av hovedkontoret være avgjørende, er etter forarbeidene todelt. For det første vil en regel om å holde seg til det registrerte hovedkontoret, være utilstrekkelig hvor skyldneren har

²⁹³ Brækhus (1991-I) s.90, Andenæs(2010)pkt.3.3.1

²⁹⁴ Se Rt.1988.1110 på s.1115-1116.

²⁹⁵ Utenlandske foretak som driver virksomhet i Norge skal være registrert i Foretaksregisteret jf. Fregl.§ 2-1,if.

²⁹⁶ NOU 1972: 20 s.228, LB- 2009-190671 og LB-2008-093629

²⁹⁷ Andenæs (2010)s.11. pkt. 3.1,

²⁹⁸ NOU 1972:20 s.227.

²⁹⁹ Rt.1993.218.

registrert flere firmaer og registerreglene ikke krever registrering av hovedvirksomhet. For det andre fremheves det i forarbeidene at det er en betydelig fordel at bobehandlingen skjer der hovedvirksomheter faktisk er drevet.

Der det er uklart hvilke deler av en virksomhet som regnes som hovedforretningsstedet, nevner forarbeidene at plassering av administrasjon og produksjon er relevante momenter. Vekten av dette vil imidlertid bero på virksomhetens art og omfang,³⁰⁰ slik at det for kredittvirksomheters vedkommende ikke vil være aktuelt å se på produksjonsstedet. Sted for hovedadministrasjon vil imidlertid være relevant. I den nærmere vurderingen av hva som forstås med «hovedadministrasjon», kan skatterettslige betraktninger belyse tolkningen. Vurderingstemaet for skatteplikt er at selskapet skal være hjemmehørende i Norge, hvilket i rettspraksis, forarbeider, teori og ligningspraksis er forstått som stedet hvor selskapet reelt sett har sin faktiske ledelse.³⁰¹ Høyesterett har klarlagt at dette kriteriet skal forsås som sted for beslutninger på styre- og daglig leder nivå, med hovedvekt på styrebeslutningene.³⁰² Tilsvarende kan anvendes i vurderingen av sted for «faktisk ledelse» i kkl.§146. Konkursrådet uttaler at ytterligere momenter i vurderingen kan være om post kommer i retur fra utenlandsk adresse, hva som er registrert i utenlandsk register, hvem som er eier og hvor eier av selskapet bor, samt hvem som forholder seg til kreditor, og til slutt, erkjennelse fra selskapet.³⁰³ I forarbeidene fremheves det at registrert hovedforretningssted i tvilstilfelle er et tungtveiende moment for hvor hovedvirksomhet faktisk drives, da det ofte vil være samsvar mellom faktisk og registrert hovedforretningssted. Følgende uttales i forarbeidene:

«Man understreker at det gjelder et sannhetskrav ved registrering i firmaregisteret, slik at man i normaltilfellene vil kunne holde seg til de registrerte også etter utkastet. Særlig for selskaper vil man nok legge stor vekt på registreringen, jfr. regelen i handelsregisterlovens § 34.»³⁰⁴

³⁰⁰ NOU 1972:20 s.227

³⁰¹ Dragvold (2012) s.98

³⁰² Rt.2002.1144.

³⁰³ Konkursrådet (2006).

³⁰⁴ NOU 1972:20 s.227 og LB-2009-19067.

Avgjørende for om det er adgang til norsk insolvensbehandling i utenlandsk kredittinstitusjon etter de alminnelige regler, er altså om institusjonens faktiske hovedvirksomhet drives i Norge.³⁰⁵

Direktivets tillegger hjemstaten eksklusiv jurisdiksjon. Hjemstatsbegrepet skal i EU-retten forstås som den stat som har gitt banken tillatelse til å drive kredittvirksomhet, hvilket forutsetter at faktisk og registrert hovedvirksomhet drives i vedkommende stat.³⁰⁶ Etter både direktivet og kkl.§ 146 vil det altså bare foreligge norsk jurisdiksjon når Norge er bankens hjemstat. Det er således samsvar mellom direktivets jurisdiksjonsregel og kkl. § 146. Så langt kunne altså direktivet gjennomføres i norsk rett ved konstatering av rettsharmoni. Dette forutsetter imidlertid også at direktivets regler om avskåret adgang til underkonkurs og anerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling, samsvarer de med alminnelige regler i norsk internasjonal insolvens.

3.3.7.2.2 Adgangen til underkonkurs i norsk internasjonal insolvensrett

Direktivets regel om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon utelukker sekundære insolvensbehandlinger i vertsstatene. Det må derfor vurderes om det var adgang til norsk underkonkurs etter de alminnelige regler, dersom tilknytningskriteriet i kkl.§ 146 ikke var oppfylt. Dersom slik adgang var hjemlet i norsk internasjonal insolvens, kunne direktivet ikke gjennomføres ved konstatering av rettsharmoni.

Med norsk «underkonkurs» menes at det åpnes en norsk insolvensbehandling territorielt begrenset til de eiendeler skyldneren har i Norge, på grunnlag av begjæring fra et utenlandsk konkursbo. Ordningen betegnes også som «hjelpkonkurs», hvilket tydeliggjør at det er tale om en uselvstendig norsk konkursbehandling som utfyller en hjelpefunksjon overfor det utenlandske bostyret.³⁰⁷

Det er omtvistet om det i gjeldende rett foreligger en adgang til å åpne norsk underkonkurs. Adgangen til å åpne underkonkurs er ikke regulert i lov, og er heller ikke avklart i rettsprak-

³⁰⁵ Sml. «hovedsete»jf.kap.3.2.1.

³⁰⁶ Kap.3.2.1.3

³⁰⁷ Andenæs (2010) s.11.

sis.³⁰⁸ Det finnes eksempler i eldre praksis på at utenlandske myndigheter har krevd bistand ved norske domstoler til å beslaglegge debtors aktiva på vegne at et utenlandsk bo, og at det som følge av dette er åpnet såkalt hjelpe- underkonkurs i Norge, se f.eks Rt.1987.465. Høyesterett uttaler imidlertid senere at denne dommen ikke er prejudikat for at ordningen aksepteres etter norsk rett, da skifterettens avgjørelse om å åpne hjelpekonkurs ikke var påanket i saken, og således ikke ble avgjort av Høyesterett.³⁰⁹ Høyesteretts senere uttalelser svekker således vekten av den førstnevnte avgjørelsen.³¹⁰ Videre er det omtvistet i teorien om en eventuelt tidligere adgang til underkonkurs med grunnlag i eldre rettspraksis fortsatt er gjeldende. Huser hevder at den tidligere adgangen til å åpne underkonkurs etter ulovfestet rett fortsatt består, og at konkursloven således suppleres av en ulovfestet regel om adgang til å åpne underkonkurs.³¹¹ Brækhus hevder at i alle fall etter 1933 må adgangen til å åpne hjelpekonkurs være stengt, da en antitetisk slutning fra konkursloven § 161 hindrer adgang til underkonkurs på ulovfestet grunnlag.³¹² Dette har støtte i NOU 1972:20, hvor det står følgende:

”Utvalget...peker på at en anerkjennelse av adgangen til å åpne slik underkonkurs reiser mange spørsmål som det er vanskelig å finne løsning på uten positive regler. Man må etter dette legge til grunn at en utenlandsk konkurs ikke uten videre får slik virkning for skyldnerens eiendeler i Norge, men at dette i tilfelle må avtales med hjemmel i kkl. § 137. I en slik avtale vil man også kunne gi nærmere regler for de spørsmål som må løses i denne forbindelse.”³¹³

Henvisningen til «kkl. § 137» viser til konkursloven av 1863 og tilsvarer gjeldende kkl. § 161.³¹⁴ Forarbeidene synes dermed å stenge for åpning av underkonkurs dersom en slik ord-

³⁰⁸ Rt.2013.556, premiss 59 slår fast at spørsmålet er omtvistet, men tar ikke stilling til spørsmålet da underkonkurs ikke var aktuelt i saken, premiss 59.

³⁰⁹ Rt.2013.556, premiss 52.

³¹⁰ Det samme gjelder for avgjørelsen i Rt.1891.329, som er et ofte omtalt eksempel på underkonkurs i praksis. Avgjørelsen gjaldt den samme engelske konkursen som Rt.1987 s.456, men heller ikke denne avgjørelsen avgjorde spørsmålet om adgang til underkonkurs i norsk rett.

³¹¹ Huser (1988-II) s.462, Andenæs (2010) s.19.

³¹² Brækhus (1991-I) s.93-94.

³¹³ NOU 1972:20 s.243-244.

³¹⁴ Det ble ikke gjort endringer i lovteksten, og forarbeidene til den nye konkursloven gir ikke holdepunkter for endret rettsstilstand, slik at de siterte uttalelser kan legges til grunn også for kkl.§ 161.

ning ikke er avtalt etter kkl. § 161. Det er imidlertid ikke enighet om denne antitesen er berettiget. Andenæs påpeker at uttalelsene i NOU 1972:20 har liten selvstendig rettskildemessig betydning fordi de er avgitt i forbindelse med innføringen av § 137 i konkursloven 1863 som hjemlet tilslutning til NKK, og således er etterarbeider til den eldre konkursloven.

Heller ikke de reelle hensynene peker i en retning. Til støtte for at en slik adgang nå eksisterer, anføres det faktiske behovet for å beskytte kreditorfellesskapet mot disposisjoner fra enkeltfølgende kreditorer og skyldneren selv, i mangel av anerkjennelse av utenlandsk konkurs.³¹⁵ Huser skrev i 1988 at den økte internasjonaliseringen og utviklingen for øvrig medfører stort behov for en slik ordning.³¹⁶ Dette må gjelde i desto større grad i dagens internasjonale finansmarked. Dette taler for at beskyttelseshensynet bør illegges stor vekt. Mot dette anfører Brækhus at selv om den økende internasjonaliseringen av næringslivet vil skape et økt behov for en norsk hjelpekonkursordning, så vil en hjelpekonkurs reise mange problemer som krever en positivrettslig løsning. «En relativt utførlig lovregulering vil derfor i tilfelle være påkrevet.»³¹⁷ Også Andenæs fremhever at spørsmålet om det bør være adgang til å åpne underkonkurs og i tilfelle hvilke regler som bør gjelde, egner seg bedre for lovregulering.³¹⁸ Han viser i denne sammenhengen til at konkurslovgivning generelt har en utførlig og uttømmende karakter som gir lite rom for domstolenes rettskapende virksomhet.³¹⁹ Videre kan det forholdet at muligheten til å åpne underkonkurs fortsatt ikke er lovregulert ses som et argument, dog av begrenset vekt, for at lovgiver er motvillig til å anerkjenne underkonkurs.

Det er etter dette tvilsomt om det er adgang til hjelpekonkurs i gjeldende alminnelig internasjonal insolvensrett. Gjennomføring av EØS-rett ved konstatering av rettsharmoni krever at de nasjonale reglene er klare, slik at markedsaktørene kan forutberegne sin rettsstilling. Drøftelsen viser at de alminnelige regler ikke klart avviser adgangen til underkonkurs i norsk rett. Dette taler mot at direktivet gyldig kunne gjennomføres i norsk rett ved passiv transformasjon.

³¹⁵ Andenæs (2010) pkt.3.3.3 se anerkjennelse i kap.3.3.7.2.3

³¹⁶ Huser (1988-II), s.463, petit.

³¹⁷ Brækhus (1991-I) s.94, pkt.124

³¹⁸ Andenæs (2010) pkt.3.3.3 if.

³¹⁹ Andenæs (2010) pkt.3.3.3 if.

3.3.7.2.3 Anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling etter de alminnelige regler

Direktivet krever at hjemstatens insolvensbehandling skal få full virkning i hele fellesskapet i henhold til hjemstatens lovgivning. Det må derfor vurderes hvorvidt de alminnelige regler i norsk internasjonal insolvensrett sikrer slik automatisk anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling.

Anerkjennelsesreglene i alminnelig internasjonal insolvensrett ble klarlagt i Høyesteretts avgjørelse i Rt.2013 s.556, som slo fast at utenlandsk insolvensbehandling ikke har hindringsvirkning for debtors norske aktiva.³²⁰ Høyesterett viser i sin drøftelse bla. til konkurslovens forarbeider hvor det legges til grunn at konkursåpning i utlandet – i tilfeller der det ikke er inngått overenskomst med fremmed stat – ikke uten videre fører til at eiendelene i Norge går inn i det utenlandske boet.³²¹ Det samme legges til grunn i nyere norsk teori.³²² Høyesterett fant etter dette ikke holdepunkter i de tradisjonelle rettskildene for norsk anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. Ved vurderingen av om reelle hensyn gir grunnlag for en anerkjennelsesforpliktelse, ble det uttalt følgende:

«Den løsning som eventuelt etableres må etter mitt syn i så fall være generell. På et område som dette står forutberegnelighet sentralt. Det vil derfor være uheldig om løsningen må baseres på vurderingsbestemte løsninger, der det vil kunne være betydelig usikkerhet om resultatet.»³²³

Høyesterett påpekte deretter at anerkjennelse reiser en rekke spørsmål, som det for en domstol, på bakgrunn av en sak vil være vanskelig å ta stilling til.³²⁴ Høyesterett viser deretter til en Høyesterettsavgjørelse fra 2004, hvor det ble uttalt følgende:

³²⁰ Rt.2013.556 premiss 66. Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om gyldig etablert utleggspant kan omstøtes etter deknl.§ 5-8 eller § 5-9 med grunnlag i en utenlandsk insolvensbehandling, men høyesteretts uttalelser om anerkjennelsesreglene er generelle, og kan derfor legges til grunn som gjeldende rett i alminnelig internasjonal insolvensrett.

³²¹ NOU 1972:20 s. 242–244.

³²² Brækhus (1991-I) s.93 og Huser(1988-II) side 460, Andenæs(2010)pkt. 3.3.1.

³²³ Rt.2013.556 premiss 60

³²⁴ Rt.2013.556 premiss 61

«Spørsmålet om internasjonal kompetanse for norske domstoler forutsetter en avveining av kryssende interesser som naturlig ligger til lovgiver. I en slik avveining vil inngå om Norge bør etablere ensidig kompetanseutvidelse eller bygge på internasjonalt samarbeid. Som det vil ha fremgått, legger jeg til grunn at en slik vurdering ikke er foretatt ved lovendringen i 1999. På dette området er det etter min mening beskjeden foranledning for domstolene til å gå foran i rettsutviklingen.»³²⁵

Høyesterett avviser deretter en partsanførsel om at en alminnelig anerkjennelsesforpliktelse må følge av den internasjonale trenden som går i retning av å akseptere insolvensbehandling i andre stater, ved å bemerke at dette primært gjøres gjennom gjensidig bebyrdende overenskomster og forordninger. Høyesterett uttalte deretter at Norge er ikke forpliktet av EUs konkursforordning, og at de fleste av Norges handelspartene ikke har vedtatt lovgivning etter mønster fra UNCITRAL Model law on Cross-Border Insolvency. Avslutningsvis fremhevet Høyesterett at både Mellquist og Andenæs i sine reformforslag har funnet det nødvendig å innta forslag til omfattende lovregulering for å gjennomføre en anerkjennelsesforpliktelse i henholdsvis svensk og norsk alminnelig internasjonal insolvensrett. På denne bakgrunn konkluderer Høyesterett med at den spanske insolvensbehandlingen ikke har hindringsvirkninger i norsk rett, og at utlegg tatt i debtors norske aktiva dermed ikke kan omstøtes.

Med grunnlag i hensynet til ensartede regler på området, at avgjørelsen er enstemmig, og at den er svært grundig i sin gjennomgåelse av gjeldende rett, finner jeg å legge den konkrete avgjørelsen til grunn som uttrykk for gjeldende rett i sin alminnelighet.

Alminnelige regler i norsk internasjonal insolvensrett, klarlagt i avgjørelsen referert i Rt.2013 s.556, gir den slutningen at utenlandsk insolvensbehandling ikke anerkjennes i norsk rett, med unntak for tilfeller hvor det foreligger avtale med fremmed stat i samsvar med kkl. § 161.

3.3.7.2.4 Slutning om direktivet var gyldig gjennomført ved konstatering av rettsharmoni

Norsk internasjonal insolvensrett er i overensstemmelse med direktivet i de tilfeller der skyldnerens hjemstat og sted for faktiske hovedvirksomhet er i Norge. I disse tilfeller foreligger det norsk jurisdiksjon etter både direktivet og de alminnelige norske regler. Videre er det samsvar

³²⁵ Rt.2004.1018 premiss 47

mellom regelsettene angående jurisdiksjonens karakter og omfang, så lenge det er tale om norsk hjemstatsjurisdiksjon. Den norske jurisdiksjonen vil da omfatte alle skyldnerens aktiva og passiva, jf. dekl. § 2-2, hvilket er tolket som en universell jurisdiksjon. De alminnelige regler tillegger imidlertid ikke slik ekstraterritoriell virkning til insolvensbehandling åpnet av andre stater. Dersom hjemstat og faktisk hovedvirksomhet foregår i annet land enn Norge, og insolvensbehandling åpnes i vedkommende stat, vil denne insolvensbehandlingen ikke anerkjennes i norsk rett, uten særskilt grunnlag. Det er dermed klart at direktivets regel om automatisk anerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling, ikke er i samsvar med de alminnelige regler på gjennomføringstidspunktet. Det kan hevdes at kkl. § 161 om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling ved særskilt grunnlag, oppfyller kravet om samsvar mellom direktivet og gjeldende rett på gjennomføringstidspunktet, da direktivet danner slikt særskilt grunnlag. Mot dette står at direktivet ikke er gjennomført på annen måte, slik at det ikke kan sies å være et særskilt grunnlag for anerkjennelse i norsk rett som oppfyller kravene til klarhet og forutberegnelighet.

Jeg kommer etter dette til at det ikke var samsvar mellom direktivets regler og gjeldende norsk rett på gjennomføringstidspunktet. Reglene om underkonkurs og anerkjennelse var for uklare til at direktivet gyldig kunne gjennomføres ved konstatering av rettsharmoni.

Direktivet er ikke korrekt gjennomført i norsk rett. Norge har således brutt sin gjennomføringsforpliktelse i EØS art. 7, jf. EØS art. 3 og art. 4. Spørsmålet blir deretter hvilken virkning ikke-gjennomførte EØS-rettsakter har i norsk rett.

3.3.7.3 Virkning av EØS-regler som ikke er gjennomført i norsk rett, presumsjonsprinsippet

Spørsmålet er her hvorvidt ikke-gjennomførte EØS-regler har virkning i intern norsk rett, da avhandlingen vurderer rettsreglene i *norsk* internasjonal insolvensrett. Manglende gjennomført EØS-rett har ikke direkte virkning i norsk rett.³²⁶ Det dualistiske prinsipp hindrer slik formell suverenitetsoverføring fra nasjonale myndigheter til EUs og EØS-organer. Norges lojalitetsforpliktelse til å overholde EØS-retten sikres imidlertid ved at ikke-gjennomført

³²⁶ E-4/01 Karlsson, premiss 28.

EØS-rett gis virkning i nasjonal rett på to måter, henholdsvis gjennom presumsjonsprinsippet og gjennom læren om statlig erstatningsansvar.³²⁷

Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp om at nasjonale regler skal tolkes i samsvar med EØS-reglene, så langt dette er mulig. På EØS-rettens området betegnes dette som et forsterket presumsjonsprinsipp som tilsvarende EU-rettens lære om direktivkonform tolkning.³²⁸ Dets innhold og rekkevidde er fastsatt av EFTA-domstolen slik:

«it is inherent in the objectives of the EEA Agreement referred to in [...] Article 3 EEA, that national courts are bound to interpret national law, and in particular legislative provisions specifically adopted to transpose EEA rules into national law, as far as possible in conformity with EEA law. Consequently, they must apply the interpretative methods recognised by national law as far as possible in order to achieve the result sought by the relevant EEA rule.»³²⁹

Henvisningen til direktivkonform tolkning, «så langt det er mulig etter nasjonale rettskildeprensipp», er blitt tolket som et uttrykk for presumsjonsprinsippet to yttergrenser.³³⁰ For det første kan ikke EØS-rett gis gjennomslag overfor senere lovgivning som er fattet i tilsiktet motstrid med EØS-reguleringen. Dette skyldes at Stortingets lovgivningskompetanse internrettslig ikke er begrenset av tidligere lovgivning, og da heller ikke av EØS-rett med manglende gjennomføring i norsk rett. Slik begrensning av fremtidig lovgivningskompetanse krever Grunnlovsstatus. EØS-lovens § 2, jf. Protokoll 35, som etter sin ordlyd gir EØS-retten forrang over nasjonal rett i motstridstilfelle, kommer ikke til anvendelse på ikke-gjennomført EØS-

³²⁷ Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich*, C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*. E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, E-4/01 *Karlsson*, Rt.2005.1365 *Finanger II*.

³²⁸ Læren om direktivkonform tolkning innebærer at nasjonale domstoler så vidt mulig plikter å tolke nasjonal rett i samsvar med ikke-gjennomførte direktiver, jf. C-106/89 *Marleasing*, og C-91/92 *Dori*. I EU kommer læren til anvendelse på forholdet mellom private parter, da ikke-gjennomførte direktiver ikke kan gis direkte effekt i horisontale forhold, jf. Sejersted(2011) s.206.

³²⁹ Sak E-1/07 *A*, premiss 39, E/12-13 *Icesave*, premiss 73 og E-15/12 *Wahl* premiss 54.

³³⁰ Sejersted (2011)s.208.

rett.³³¹ Bevisst motstrid krever imidlertid uttrykkelig fravikelse fra de folkerettslige forpliktelser.³³² Den andre yttergrensen for presumsjonsprinsippets rekkevidde skapes av legalitetsprinsippet i norsk rett om at inngrep i privates rettsfære krever hjemmel i norsk lov.³³³ Dette innebærer at EØS-rett som ikke er gjennomført i norsk rett ikke kan gi hjemmel til å pålegge private plikter eller frata dem rettigheter, grunnet hensynet til at private skal kunne forutberegne sin rettsstilling.³³⁴

Konklusjonen blir etter dette at direktivet, på tross av manglende gjennomføring, skal gi virkning i norsk rett gjennom presumsjonsprinsippet, *såfremt* det ikke er fattet senere lovgivning som bevisst fraviker direktivets regler, eller direktivet gjør inngrep i privates rettsfære som krever hjemmel i norsk lov. Hvorvidt disse vilkårene er oppfylt slik at direktivets gis gjennomslag overfor forskriftens regler, drøftes i avveiningskapitlet.³³⁵

3.4 Nordisk konkurskonvensjon

3.4.1 Konvensjonens status i norsk rett

Den 7. november 1933 inngikk Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige konvensjon om konkurs og akkordforhandling. Konvensjonen er en av de to internasjonale avtaler Norge har inngått om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling, jf. kkl § 161.³³⁶ Konvensjonen oppstiller krav om gjensidig anerkjennelse av konkurs og akkordforhandling åpnet i en av de

³³¹ Bestemmelsen hjemler for øvrig ikke forrang, slik ordlyden skulle tilsi, da en slik bestemmelse krever Grunnlovs rang. Bestemmelsen er i stedet tolket som et forsterket presumsjonsprinsipp, som i likhet med det her omtalte presumsjonsprinsippet som kommer til anvendelse på ikke-gjennomført EØS-rett, har sin yttergrense ved bevisst motstrid hos lovgiver, Jf. Sejersted(2011) s.204.

³³² OFS dommen, Rt.1997.580.

³³³ Eckhoff (2001) s.313

³³⁴ Eckhoff (2001) s.313

³³⁵ Kap.3.5.2.4

³³⁶ Konvensjonen ble inngått med hjemmel i daværende kkl. 1863 § 137, som tilsvarende kkl. 1984 § 161, og trådte i kraft for Norges vedkommende i 1935. Norge ratifiserte konvensjonen ved kfl.res 12.januar 1934. Konvensjonen ble revidert ved endringsoverenskomst med forbehold om ratifikasjon 11. oktober 1982. Norge ratifiserte endringsoverenskomsten ved kgl res 10 jan 1986. Endringsoverenskomsten er også ratifisert av Danmark, Finland og Sverige, men ikke av Island. Det vises her til den reviderte form.

kontraherende stater, og har som formål å sikre at konkurs åpnet i en av de nordiske statene, også skal omfatte skyldnerens formue i de andre nordiske statene.³³⁷

3.4.2 Konvensjonens anvendelse på avvikling av kredittinstitusjoner

Konvensjonens anvendelse på bank reguleres i art. 12, som lyder:

«Denne konvensjon kommer også til anvendelse på offentlig likvidasjon av banker såfremt likvidasjonen etter loven i den stat hvor banken har sitt sete, utelukker konkursbehandling.»

Det første tolkningsspørsmålet som oppstår ved klarleggingen av konvensjonens virkeområde, er hvilke typer insolvensbehandlinger som omfattes. I konvensjonens forarbeider uttales det at bestemmelsen «gjelder likvidasjon etter vår lov om offentlig administrasjon av banker 17. juli 1925 avsnitt IV...»³³⁸

Den tidligere Lov om offentlig administrasjon av banker kap. IV omhandlet avviklingsprosedyrer, som nå er videreført i bsl § 4-10. At likvidasjonsbegrepet er begrenset til å omfatte avviklingsprosedyrer, og ikke reorganiseringstiltak, er i samsvar med likvidasjonsbegrepet i kkl § 23 (3), og konvensjonens øvrige bestemmelser som er begrenset til å omhandle konkursåpning, og ikke gjeldsforhandling. Jeg kommer etter dette til at reorganiseringstiltak faller utenfor konvensjonens virkeområde, da disse ikke omfattes av ordlyden og det ikke er grunnlag for å tolke bestemmelsen utvidende.

Det andre spørsmålet som oppstår ved klarleggingen av konvensjonens anvendelse, er om lovgivningen i konvensjonsstatene «utelukker konkursbehandling» jf. art. 12. Konvensjonen kommer til anvendelse på banker med sete i Norge, da disse settes under offentlig administrasjon, og alminnelig konkursbehandling er utelukket, jf. bsl. § 4-2. Avhandlingens problemstilling omhandler imidlertid kun utenlandske banker med filialer i Norge, slik det avgjørende for om konvensjonen gir norsk jurisdiksjon til insolvensbehandling av norsk filial er hvorvidt konvensjonen kommer til anvendelse på banker med hovedsete i de øvrige nordiske landene.

³³⁷ Andenæs (2010) s.20.

³³⁸ Ot.prp.nr.52 (1933) s.8,2.spalte.

Konvensjonen kommer til anvendelse på banker med hovedsete i Danmark, da åpning av offentlig likvidasjon utelukker konkursbehandling etter dansk rett.³³⁹ Rettssituasjonen for banker med sete i Danmark tilsvarer den norske rettsstillingen, uttrykt i bsl. § 4-2.

For banker med hovedsete på Island er situasjonen ikke like klar. Andenæs uttaler i sin utredning at islandsk lovgivning utelukker konkursbehandling av banker, på tilsvarende måte som norsk og dansk lovgivning.³⁴⁰ Jeg kan imidlertid ikke slutte meg til dette, da islandsk finansieringsvirksomhetslov³⁴¹ oppstiller en unntaksbestemmelse fra hovedregelen om at avvikling skal skje i stedet for ordinær konkurs. Unntaksbestemmelsen i art. 103a (4), første punktum, åpner for ordinær konkursåpning i banker. Vilkåret er at avvikling ikke vil gi tilstrekkelig dekning til kreditorene, eventuelt etter gjeldsforhandling, og bestemmelsene gjør således unntak fra hovedregelen i islandsk finansieringsvirksomhetslov art. 100a-103a. Dette taler for at konkursbehandling av banker ikke er utelukket etter islandsk lovgivning, og at konvensjonen således ikke kommer til anvendelse på bank med sete på Island, jf. konvensjonens art. 12. Dette har også støtte i norsk rettspraksis. I en kjennelse fra Oslo tingrett i 2011, sluttet retten seg til sakkyndige vitneuttalelser om at islandsk lovgivning i unntakstilfelle gir adgang til konkursbehandling av banker. Retten uttalte deretter følgende om anvendelsen av konvensjonen på bank med hovedsete på Island:

«Forutsetningen i konkurskonvensjonens artikkel 12 slår dermed ikke til i dette tilfelle. Retten finner ikke grunnlag for å sette til side den klare forutsetningen som er kommet til uttrykk i konvensjonsteksten. Av forarbeidene framgår at spørsmålet har vært overveid ved vedtakelsen av konvensjonen. Det vises til Ot.prp.nr.52 (1933) side 2. Etter dette kan retten ikke se at den nordiske konkurskonvensjonen får anvendelse.»³⁴²

³³⁹ *Dansk Lov Nr. 122 af 15. April 1930 § 16, 3. Stykke, jf. Kongelig anordning nr.250 af 1.september 1934 om konkurs, som er erklæret i Danmark, og som omfatter formue i Finland, Island, Norge eller Sverige § 13. Bestemmelsen tilsvarer bsl. § 4-2.*

³⁴⁰ Andenæs (2010) s.28.

³⁴¹ Lov no.44/2009 som endrer lov no. 161/2002.

³⁴² TOSLO-2011-65228, side 19.

Et mulig motargument mot en slik generell avvisning av konvensjonens anvendelse på banker med sete på Island, er at art. 103 litra a, (4), første punktum er en snever unntaksbestemmelse som medfører at det må vurderes konkret i det enkelte tilfellet om det er adgang til å åpne konkursbehandling i islandsk bank etter islandsk lovgivning. Dersom det er adgang til dette, er konkursbehandling ikke utelukket, og konvensjonen kommer ikke til anvendelse. Dersom den islandske unntaksbestemmelsens vilkår derimot ikke er oppfylt, er konkursåpning utelukket etter den islandske hovedregelen, og konvensjonen kommer til anvendelse. Til støtte for dette taler tingrettens uttalelse om at forutsetningen i art. 12 ikke slår til i «dette tilfellet». Uttalelsen kan ses som uttrykk for at retten bygger på en konkret vurdering av det enkelte tilfellet, for å vurdere hvorvidt den islandske unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse, og således avskjærer anvendelsen av konvensjonen, jf art. 12.

Det kan imidlertid gjøres en rekke innsigelser mot at ordlyden i konvensjonens art. 12 om at «loven [...]utelukker konkursbehandling» tolkes som henvisning på en konkret vurdering av om domisilstatens unntaksbestemmelser er oppfylt. En naturlig forståelse av vilkåret om at domisilstatens «lovgivning utelukker konkursbehandling», at dette er et absolutt krav. Enten utelukkes konkursbehandling, eller så åpner lovgivningen for konkursbehandling. Ordlyden gir ikke holdepunkter for at det skal foretas en konkret vurdering av om konkursbehandling kan åpnes i det enkelte tilfellet. Videre leder en slik konkret vurdering til uforutberegnelighet om konvensjonens anvendelse. At kreditorene ikke kan forutberegne sin rettsstilling etter hvilke regler som kommer til anvendelse, er svært uheldig og taler mot å legge en konkret vurdering til grunn.³⁴³ Ytterligere vil et krav om konkret vurdering av om avvikling «ikke vil gi tilstrekkelig dekning til kreditorene», slik at den islandske unntaksbestemmelsen er oppfylt, forutsette at det er åpnet insolvensbehandling og at denne har kommet så langt på vei at man kan vurdere om skyldnerens passiva overskrider hans aktiva. Dersom de øvrige statene skal avvente med sin anerkjennelse til dette er klarlagt, vil dette stride mot konvensjonens regel om automatisk og øyeblikkelig anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling, og er således i strid med konvensjonens formål. Dette er tungtveiende argumenter for at konvensjonens anvendelsesregel i art. 12 skal tolkes generelt, slik at lovgivning som åpner opp for konkursbehandling av banker, uansett hvor snever adgangen måtte være, medfører at konvensjonen ikke kommer til anvendelse.

³⁴³ Kap.4.1

Jeg kommer etter dette til at islandsk lovgivning ikke utelukker konkursbehandling av banker, og at konvensjonen ikke kommer til anvendelse på insolvensbehandling av islandske banker, jf. art. 12.

Etter svensk rett kommer den alminnelige konkursloven til anvendelse også på banker.³⁴⁴ Dette innebærer at Konvensjonen ikke kommer til anvendelse på banker med hovedsete i Sverige. Tilsvarende gjelder i Finland.³⁴⁵

3.4.3 Jurisdiksjon

Konvensjonen har ingen selvstendig jurisdiksjonsregel som gir svar på spørsmålet om det kan åpnes insolvensbehandling i en bank i Norge. Det fremgår imidlertid av art. 13 at konvensjonen bare kommer til anvendelse på insolvensåpning i en avtalestat hvor skylderen har sin bopel eller har sitt sete, hvis det dreier seg om en juridisk person. Dette kan ses som et indirekte tilknytningskriterium. Den universelle virkning som er hjemlet i konvensjonen gjennom anerkjennelse, inntreffer bare ved insolvensbehandling åpnet i staten hvor banken «har sitt sete».³⁴⁶ Ordlyden er flertydig, da det er uklart om det er det faktiske, eller det registrerte sted for selskapets virksomhet som er avgjørende for hvor hovedselskapet har «har sitt sete». Den rettslige problemstillingen er således om «har sitt sete» i konvensjonens art. 13 skal forstås som det faktiske eller det registrerte hovedkontor eller styreledelsessted.

Konvensjonen gir ikke selv holdepunkter for tolkningen. I forarbeidene til den norske gjennomføringen av konvensjonen, uttaler de norske delegerte følgende i sin innstilling til Justisdepartementet om tolkningen av art. 13:

³⁴⁴ *Konkurslagen 1981:7* kommer til anvendelse på banker, da disse ikke er særskilt unntatt. At alminnelig konkursregler kommer til anvendelse på banker med hovedsete i Sverige, kommer også til uttrykk i *Lag 2004:297 om bank – og finansieringsrörelse*, 13 kap § 13 og § 14.

³⁴⁵ *Konkurslagen, konkurssilaki 120/2004* kommer til anvendelse på banker, da disse ikke er særskilt unntatt. Kredittinstitutslag, *Laki luottolaitostoiminnasta 121/2007* oppstiller ikke særregler for insolvensbehandlingen av kredittinstitusjoner.

³⁴⁶ Andenæs (2010) s.28

«Det er bostedet, eller det sted hvorfra styret leder en juridisk persons virksomhet (forretningskontoret, eller, om det er filialer, hovedkontoret) som innenfor den enkelte stat er bestemmende for konkursvernetinget.»³⁴⁷

Heller ikke denne uttalelsen er klar på om det er styrets faktiske ledelse av virksomheten som er avgjørende, eller styrets registrerte sete og dermed det registrerte hovedkontoret, som er skyldnerens «sete». Uttalelsene i forarbeidene om hensynene bak bestemmelsen gir imidlertid en viss veiledning:³⁴⁸

«De samme hensyn som har ført til denne kompetansefordeling, gjør seg også gjeldende når skyldneren har formue i flere stater. Regelmessig vil skyldnerens virksomhet være knyttet til den stat hvor han har sin bopel eller styret har sitt sete, og der vil man i alminnelighet finne hovedmassen av både formue og kreditorene. I denne stat vil derfor en samlet konkurs kunne gjennomføres.»

Det avgjørende formålet med tilknytningskriteriet er altså å sikre at en universell insolvensbehandling åpnes i den stat som har hovedmassen av formue og kreditorer, da dette gir best foranledning for en samlet insolvensbehandling. Dette taler for at det er en reell vurdering som skal legges til grunn, da det er ved det faktiske hovedkontoret man vil finne hovedmassen av formue og kreditorer.³⁴⁹ Forarbeidene synes således å anse styrets sete for å være den faktiske ledelse av virksomheten, slik at det ikke er noen realitetsforskjell mellom tilknytningskriteriene i henholdsvis konvensjonens art. 13 og den alminnelige jurisdiksjonsregelen i kkl. § 146.³⁵⁰

En slik tolkning støttes av at de hensynene som forarbeidene fremhever, tilsvarer de hensynene som begrunnet lovendringen i kkl. § 146, hvor tilknytningskriteriet for alminnelig jurisdiksjon ble endret fra registrert hovedkontor til faktisk sted for hovedvirksomhet. Dette taler for

³⁴⁷ Ot.prp.1933 nr.52. Innstilling fra de norske delegerte om avslutning av en konvensjon med Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs, s.2, spalte 2.

³⁴⁸ Ot.prp.1933 nr.52 s.2, spalte 2.

³⁴⁹ En annen ting er at det ofte er samsvar mellom det registrerte hovedsete og det faktiske, da det føres sannhetsbevis før registrering, jf. Forarbeidene til kkl. §146.

³⁵⁰ Ot.ptp.nr.52 (1993) s.8 og Aasheim (2000) pkt.3.12.2.

at styrets sete og hovedkontor i konvensjonens art. 13 skal tolkes på samme måte som «hovedforretningssted» i kkl. § 146.

En slik tolkning har også støtte i juridisk litteratur. Andenæs uttaler i sin utredning til Justisdepartementet om art. 13 at den begrenser konvensjonens anvendelsesområde til tilfelle der skyldneren har domisil i konkursåpningsstaten.³⁵¹ Han uttaler deretter at:

«Adgangen til å åpne konkurs etter gjeldende konkurslov er begrenset til tilfelle der skyldneren har domisil i Norge i konvensjonens forstand.»³⁵²

Han synes således å forutsette at tilknytningskriteriet i konvensjonen og kkl. § 146 bygger på den samme forståelsen av domisilbegrepet, slik at tolkningen av «har sitt sete» samsvarer med «hovedforretningssted» i kkl. § 146.

Jeg kommer etter dette til at det avgjørende for om det foreligger norsk jurisdiksjon etter konvensjonen, er om bankens faktiske hovedvirksomhet og styrets faktiske ledelse befinner seg i Norge.

Dette gjelder imidlertid bare den jurisdiksjonen som konvensjonen omhandler. Konvensjonen oppstiller ikke en selvstendig jurisdiksjonsregel, men bare gir anerkjennelse og universell virkning til insolvensbehandlinger åpnet i den stat banken har faktisk hovedvirksomhet. Dette innebærer at vertsstatsbehandling bare er forhindret etter konvensjonen i de tilfeller der dette følger av anerkjennelsesforpliktelsen. Før insolvensbehandling er åpnet i den staten hvor banken har sitt sete, foreligger det ingen forpliktelse til å avstå fra vertsstatsbehandling.³⁵³ Dette har støtte i etterarbeidene til den tidligere konkursloven avgitt ved tiltredelsen til konvensjonen, hvor det uttales følgende:

³⁵¹ Andenæs(2010). s.20, 21.

³⁵² Andenæs(2010). s.21.

³⁵³ Kap.3.4.4.

«norsk [...] kompetanse for så vidt ikke er innskrenket på annen måte enn at når konkurs er åpnet i et annet nordisk land på dette grunnlag, så skal konkursen anerkjennes i Norge.»³⁵⁴

Konvensjonen regulerer altså ikke forholdet før hovedsete-staten har åpnet behandling, og det er da adgang til norsk behandling dersom dette følger av andre regler i norsk internasjonal insolvensrett.

Karakteren og omfanget av den jurisdiksjonen som konvensjonen omhandler, nærmere bestemt om den er eksklusiv og universell, beror på konvensjonens anerkjennelse – og lovvalgsregler, som nå vil vurderes.

3.4.4 Annerkjennelse

I konvensjonens art. 1 heter det at «konkurs som er åpnet i en av de kontraherende stater, skal også omfatte skyldnerens formue i de andre stater.» At insolvensbehandlingen i åpningsstaten skal omfatte hele skyldnerens formue som befinner seg i de andre kontraherende stater, innebærer at åpningsstatens insolvensbehandling gis universell virkning. Konvensjonen forutsetter at avgjørelsen om å åpne insolvensbehandling i skyldnerens domisilstat er bindende i de øvrige kontraherende statene og at beslutningen skal ha samme virkning i de øvrige statene som den har i domisilstaten, med mindre annet fremgår av konvensjonens lovvalgsregler.³⁵⁵

Annerkjennelse krever ingen anerkjennelsesbeslutning i de øvrige stater, hvilken innebærer at beslutningen om insolvensbehandling skal gis bindende virkning i de kontraherende statene automatisk, og med øyeblikkelig virkning. Annerkjennelsesforpliktelsen omfatter også anerkjennelse av avgjørelsen om at vilkårene for å åpne insolvensbehandling foreligger, og at de øvrige stater ikke kan foreta noen prøving av om vilkårene er oppfylt. Innsigelser mot at vil-

³⁵⁴ NOU 1972:20, s.243. Uttalelsene omhandler konkursloven 1863 § 137, som tilsvarer kkl. §161, tilføyd i forbindelse med tilslutningen til Nordisk Konkurskonvensjon. Uttalelsene er således etterarbeider til den eldre lov, hvilket tilsier at uttalelsene har rettskildestatus som annen juridisk litteratur.

³⁵⁵ Andenæ s(2010) s.26.

kårene er oppfylt må i tilfelle rettes mot den myndighet som har truffet avgjørelsen og etter de regler som gjelder i staten som har åpnet insolvensbehandlingen.³⁵⁶

Anerkjennelsesforpliktelsen medfører at de øvrige nordiske landene må hindre disposisjoner i debtors aktiva på deres territorium. Hele skyldnerens formue skal inngå i behandlingen som åpnes i den stat der banken har sitt sete, og man må hindre at formue unndras fra fellesbehandlingen ved kreditorers enkeltforfølging, debitordisposisjoner og ikke minst insolvensbehandling i vertsstatene. Det er denne siste hindringsvirkning som er av betydning for konvensjonens svar på avhandlingens problemstilling. Norge er forpliktet til å avstå fra insolvensbehandling, dersom det er åpnet behandling i et annet nordisk land hvor banken har sitt sete, og konvensjonen kommer til anvendelse.

3.4.5 Lovvalg

Hovedregelen om lovvalget ved internordisk konkurs er at konkursåpningsstatens konkursregler, *lex concursus*, skal anvendes, også på skyldnerens formue i de andre nordiske statene.³⁵⁷ Konvensjonen gir således hjemmel for ekstraterritoriell anvendelse av konkursstatens lovgivning. Konvensjonens anvendelse, og dermed konvensjonens bestemmelse om ekstraterritoriell anvendelse av konkursstatens lovgivning, forutsetter imidlertid som overnevnt at konkurs er åpnet i domisilstaten, jf art. 13. Hovedregelens rekkevidde presiseres i art. 1 (2) som inneholder en oppregning om hvilke konkursrettslige regler som får utvidet anvendelse på skyldnerens formue i andre stater. Artikkelen presiserer også at det bare gjøres unntak der dette fremgår av konvensjonen selv. Konvensjonens hovedregel om lovvalg gjennomfører således universalprinsippets krav om at alle bankens aktiva og passiva skal behandles som en enhet, etter de samme regler. Hensynet til likebehandling av kreditorene blir således ivaretatt.

Hensynet til likebehandling av kreditorene har imidlertid måttet vike i de tilfeller der kreditorenes interesser i visse formuesgoder tilsier at de nasjonale rettsreglene kommer til anvendelse. Konvensjonen gir slike unntak i henholdsvis art. 4, 5, 6 og 7. Disse unntaksbestemmelsene slår fast at spørsmål om visse formuesgoder skal reguleres av loven der formuesgodet finnes eller er registrert ved insolvensbehandlingens åpning, i samsvar med de internasjonale privat-

³⁵⁶ Andenæs (2010) s.26.

³⁵⁷ NKK art. 1 (2).

rettslige regler om *lex sitae rei* og *lex registrationis*. Hensynet bak unntaksreglene er at kreditorer med særlige sikkerhetsretter har en berettiget forventning om at sikkerheten skal stå seg i insolvens, i samsvar med de nasjonale regler hvor sikkerheten ble etablert. Unntakene hjemler ikke adgang til å fravike konvensjonens regler om jurisdiksjon og annerkjennelse, og angår altså ikke adgangen til å åpne insolvensbehandling

3.4.6 Slutning fra konvensjonen

Av konvensjonen kan det slutes en rettsregel om at avvikling åpnet i et annet nordisk land hvor banken har sitt sete, og som gir konvensjonen anvendelse på banker, hindrer de øvrige land i å åpne insolvensbehandling. Konvensjonens implisitte jurisdiksjonsregel³⁵⁸ og eksplisitte anerkjennelsesregel³⁵⁹ gjennomfører således universalitetsprinsippet i sin klassiske form. Konvensjonen foreskriver at en enkelt stat skal foreta en helhetlig insolvensbehandling av alle skyldnerens aktiva og passiva, uavhengig av i hvilket av medlemslandene disse befinner seg. Universalitetsprinsippet er imidlertid gjort betinget av at domisilstaten faktisk har åpnet en avviklingsprosess. Før dette er gjort, oppstiller konvensjonen ikke hindringer for vertstatenes adgang til å åpne insolvensbehandling.

Av drøftelsen over fremgår det at konvensjonen kommer til anvendelse på avvikling av banker med hovedsete i Norge og Danmark. Konkret medfører dermed konvensjonen at en dansk insolvensbehandling av en bank med sete i Danmark, må anerkjennes automatisk og gis hindringsvirkninger for disposisjoner over skyldnerens formue i Norge. I disse tilfeller blir altså slutningen fra konvensjonen at det ikke er adgang til en norsk insolvensbehandling av skyldnerens aktiva i Norge. Dette gjelder imidlertid bare ved danske myndigheters beslutning om avvikling, da reorganiseringstiltak ikke omfattes av forskriften.

Konvensjonens betingende universalitetsprinsipp medfører imidlertid at dersom de relevante myndighetene i Danmark ikke har åpnet avviklingsprosess i banken, oppstiller ikke konvensjonen en hindring for norsk insolvensbehandling. Det vil da være adgang til norsk insolvens-

³⁵⁸ Art. 13

³⁵⁹ Art. 1 nr.1

behandling, dersom dette har grunnlag i andre norske regler i internasjonal insolvensrett, eksempelvis forskriften.³⁶⁰

Ved insolvensbehandling av banker med sete i Sverige, Finland og Island hvor lovgivningen ikke utelukker konkursåpning i banker, kommer konvensjonen ikke til anvendelse. Det medfører at konvensjonen ikke gir hindringsvirkninger for særskilt norsk insolvensbehandling av norsk filial av svensk og islandsk bank. Hvorvidt det er adgang til norsk insolvensbehandling i disse bankene vil da bero på de øvrige norske reglene.

3.5 Avveining av rettsreglene

3.5.1 Oversikt

Av fremstillingstekniske hensyn vil de ulike rettsreglene fra de over drøftede regelsettene her avveies mot hverandre i et eget avveiningskapittel, fremfor en løpende avveining under den enkelte rettsregel. Jeg vil først drøfte forholdet mellom forskriften og EØS-retten, herunder primærretten og sekundærretten i direktivet. Deretter drøftes forskriftens forhold til konvensjonen. De alminnelige regler i konkursloven kommer ikke til anvendelse på banker, da særreglene i bsl. og forskriften går foran i samsvar med prinsippet om *lex specialis*. Forholdet mellom forskriften og de alminnelige regler vil derfor ikke undergis ytterligere drøftelse. Avveiningen av de ulike reglene leder til konklusjonen om adgangen til norsk behandling av utenlandske banker med hjemstat i EØS-området og filial i Norge.

3.5.2 Forholdet mellom forskriften og EØS-primærretten

3.5.2.1 Primærrettens betydning som skranke for nasjonal lovgivning

Reguleringen av det norske finansmarkedet fastsettes i utgangspunktet av norske myndigheter gjennom lovgivning, doms – og myndighetspraksis. Det norske finansmarkedet er imidlertid en del av det indre marked for finansielle tjenester gjennom EØS-avtalen, og er dermed forpliktet til å overholde EØS-avtalen og gjennomføre relevante EU-rettsakter i norsk rett.³⁶¹ EØS-retten påvirker således de nasjonale myndigheters reelle handlingsrom, til både å fatte ny lovgivning, og ved pålegg om å gjennomføre visse rettsakter. Primærretten danner således yttergrensene for den enkelte medlemsstats nasjonale handlingsrom på det frie markedet.

³⁶⁰ Se kap.3.5.4

³⁶¹ EØS-loven § 1, jf. EØS-avtalen art.§§ 7, jf. 3, 1 og fortalens pkt.4 og 15.

Med «primærretten» siktes det her til bestemmelsene om det frie marked i EØS-avtalen, som etter lojalitetsprinsippet³⁶² og formålet om homogenitet³⁶³ skal tolkes likt som de tilsvarende bestemmelsene i EU-traktatene. Det nasjonale handlingsrommet som disse traktatbestemmelsene etterlater, blir deretter begrenset ved sekundærretten. Med «sekundærretten» siktes det her til EU-rettsakter som er ansett for å være EØS-relevante, og således skal gjennomføres i norsk rett jf. EØS-avtalen art. 3, 7 og 102.

Ved vurderingen av om den norske forskriften er i samsvar med EØS-retten, må det således først vurderes hvorvidt forskriften strider mot primærretten. Deretter drøftes det hvorvidt forskriften er i strid med direktivet, eller om en eventuell motstrid kan bortfortolkes.

3.5.2.2 Forholdet mellom restriksjonsforbudene i primærretten

Ved vurderingen av om forskriften utgjør en ulovlig hindring mot de fire friheter, må det først vurderes hvilken av de fire friheter forskriften skal vurderes mot. Både friheten til etablering, kapitaloverføring og tjenesteytelse kan tenkes anvendt på forholdet. Forholdet mellom bestemmelsene må derfor drøftes, for å vurdere hvilken av de grunnleggende friheter som kommer til anvendelse, eller om de kan anvendes kumulativt.

Det nasjonale tiltaket som her drøftes opp mot restriksjonsreglene, er forskriftens regel om adgang til å ta alle skyldnerens aktiva og passiva i Norge under offentlig administrasjon. Et slikt vedtak innebærer at man fryser alle skyldnerens midler som befinner seg på norsk territorium. Dette vil således kunne hindre debtors og kreditors disposisjonsrett over midlene i Norge, herunder debtors kredittytelse, innskytternes kontouttak, og debtors dekning av betalingsforpliktelser.

EU-domstolens praksis synes å legge til grunn at virksomhet som drives av finansforetak og som innebærer overføring av disposisjonsretten til penger gjennom kredittytning eller omsetning av finansielle instrumenter, skal anses som tjenesteyting.³⁶⁴ Dette har også støtte i juri-

³⁶² EØS art. 3

³⁶³ EØS art. 1 og fortalens pkt.16

³⁶⁴ C-239/90 *Boscher*, C-222/95 *Société civile*.

disk litteratur om sontringen mellom tjenester og kapitalbevegelser.³⁶⁵ Bull skriver at karakteriseringen av bankers utlån som tjenesteyting kan begrunnes i et «utvidet tjenestebegrep» ved at de utfører en kapitalformidlerrolle i samfunnet, og at dette også gjelder innskudd til bankene, som er en forutsetning for at banken har aktiva som kan lånes ut.³⁶⁶ Lån i internbankmarkedet kan imidlertid ikke ses som tjenesteytelse i dette perspektiv, og bør derfor anses som rene kapitalbevegelser. Det samme gjelder utstedere og kjøpere av obligasjoner.³⁶⁷

Det foreligger også praksis som anser lån som en kapitalbevegelse, mens de transaksjoner som er betaling for betalingsformidlingstjenester skal anses som «betalingstjeneste».³⁶⁸ «Kapitalbevegelse» kjennetegnes da ved at det skjer en ensidig verdioverføring fra ett land til et annet, og således skiller seg fra «betalingstjeneste», som er samtidig verdioverføring som ytelse i et «underliggende forretningsforhold».³⁶⁹

Dette taler for at både kapitalreglene og tjenestereglene kan komme til anvendelse på nasjonalt tiltak som hindrer en bank i å disponere sine midler i Norge skal anses som en ulovlig restriksjon på det frie marked.

Ved vurderingen av forholdet mellom restriksjonsforbudene i EØS-avtalen, ses det se hen til frihetene i EU-traktatene, slik disse er tolket i rettspraksis og teori.³⁷⁰ Forholdet mellom friheten til tjenesteyting og de øvrige friheter reguleres i TEUF art.57 og EØS art. 37 som slår fast at «Services shall be considered to be “services” within the meaning of the Treaties [...] in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons.» Bestemmelsen forstås som et uttrykk for at tjenesteytelsene er en supplerende frihet i forhold til de øvrige, som skal anvendes som en restbestemmelse.³⁷¹ At kapitalreglene skal anvendes fremfor tjenestereglene fremgår også av TFEU art.58(2) som fastslår

³⁶⁵ Bull (2002) s.128 og Usher(1988) s.150-154, Nielsen(1994) s.81-84.

³⁶⁶ Bull (2002) s.140, 141.

³⁶⁷ Bull (2002) s.143.

³⁶⁸ Bull (2002) s.114-116, Forente saker 286/82 og 26/83 *Luisi og Carbone*.

³⁶⁹ Bull (2002) s.114-116 om sontringen mellom kapitalbevegelse og betaling, jf. EU-domstolens praksis i Forenede saker 286/82 og 26/83.

³⁷⁰ EØS art. 1 og fortale pkt.16

³⁷¹ C-5/94 *Gebhard* premiss 22, Terra(2008) s.52 og O`Connel (2013) s.5

at «the liberalisation of banking and insurance services connected with movements of capital shall be effected in step with the liberalisation of the movement of capital.»³⁷² EU-domstolen har videre uttalt at dersom nasjonale tiltak kan ses som en restriksjon på to friheter, så skal det nasjonale tiltaket bare vurderes opp mot en av frihetene når en av de er sekundære.³⁷³ Dette taler for at bare en av frihetene skal vurderes, og betegnes i litteraturen som prinsippet om «the predominant line».³⁷⁴ EU-domstolen har lagt til grunn en slik tilnærming en rekke saker.³⁷⁵

EU-domstolens rettspraksis er imidlertid ikke konsekvent, og har i en rekke saker i stedet lagt til grunn «the parallell approach»³⁷⁶ om at bestemmelsene om fri bevegelse av tjenester og kapital kan anvendes kumulativt, hvis det nasjonale tiltaket kan ses som en hindring på begge friheter.³⁷⁷ Eksempelvis i *Fidium Finans*-saken la EU-domstolen til grunn at en nasjonal bestemmelse som hindret et selskap i å gi utlån på kommersiell basis i prinsippet måtte vurderes mot både tjenester og kapital.³⁷⁸

EU-domstolens rettspraksis går således i to retninger, og det er uklart om det skal legges til grunn en enten-eller tilnærming, eller en både-og-tilnærming. På denne bakgrunn kan det forsvares å legge en parallell tilnærming til grunn i en teoretisk fremstilling. Jeg vil derfor først vurdere om forskriftens regel om adgang til offentlig administrasjon av bankfilial utgjør en ulovlig restriksjon på fri kapitalbevegelse. Deretter vurderes forskriften opp mot fri ytelse av tjenester og etableringsfriheten.

³⁷² O'Connel (2013) s.5

³⁷³ C-390/99 *Canal Satélite* premiss 31.

³⁷⁴ Hemels (2009) s.19-31, O'Connel(2013) s.12,

³⁷⁵ Eks. C-463/00 *Commission v Spain* premiss 86, Forente saker C-282/04 og C-283/04 *Commission v. Netherlands*, Case C-212/09 *Commission v Portugal* premiss 98.

³⁷⁶ O'Connel (2013) s.11-15

³⁷⁷ C-531/06 *Pharmacists* premiss 40, C-374/04 *Test* premiss 38. Case C-326/07 *Commission v Italy*, premiss 34, C-233/09 *Dijkman and Dijkman-Levaleije*, jf. O'Connel (2013) s.13

³⁷⁸ Case C-452/04 *Fidium Financx*.

3.5.2.3 Utgjør forskriften en ulovlig restriksjon på fri bevegelse av kapital?

Det rettslige utgangspunktet er at restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EØS-statene er forbudt, så langt ikke annet følger av EØS-avtalen, jf EØS-avtalens art. 40. Forskriften gir adgang til å ta alle skyldnerens aktiva og passiva i Norge under offentlig administrasjon. Et slikt vedtak innebærer at man fryser alle skyldnerens midler som befinner seg på norsk territorium. Det er klart at denne virkningen av at det fattes vedtak med hjemmel i forskriften vil utgjøre en restriksjon på kapitalflyten på det indre marked. Det må derfor undersøkes hvilke rammer EØS-avtalen setter for restriksjonsforbudets grenser, for å vurdere om restriksjonen er lovlig.

EØS-avtalens art. 43 nr. 2 gir medlemsstatene adgang til å treffe beskyttelsestiltak som regulerer kapitalbevegelsene. Vilåret for slike lovlige restriksjoner på kapitaloverføringer er at «kapitalbevegelser fører til forstyrrelser i virkemåten for kapitalmarkedet» i en EØS-stat. Forskriften gir nasjonale myndigheter kompetanse til å treffe beskyttelsestiltak dersom visse vilkår er oppfylt. Det må derfor drøftes hvorvidt forskriftens vilkår er i samsvar med EØS-avtalens vilkår for lovlige beskyttelsestiltak i art. 43 nr. 2.

Det fremgår av fremstillingen ovenfor at forskriften oppstiller to alternative vilkår for jurisdiksjon til å ta den utenlandske bankens aktiva i Norge under offentlig administrasjon. Det første alternativet er at «banken ikke oppfyller sine løpende forpliktelser i Norge, samtidig som banken dekker sine forpliktelser etter hvert som de forfaller i hjemlandet».³⁷⁹ Dette vilkåret innebærer i praksis at banken i hjemstaten henter ut kapital fra filialen for å dekke sine forpliktelser i hjemstaten, på bekostning av forpliktelsene i Norge. Dette vil kunne ses som en kapitalbevegelse som fører til forstyrrelser i virkemåten til kapitalmarkedet, jf. art. 43 nr. 2. Dette taler for at beskyttelsestiltak mot hjemstatens kapitalbevegelser er legitime restriksjoner, og således i samsvar med de rammene EØS-avtalen oppstiller, jf art. 40, jf art. 43.³⁸⁰

Det andre alternativet er at «banken ikke dekker sine forpliktelser etter hvert som de forfaller i Norge, og at hjemstatsmyndighetene har foretatt tiltak som ikke har effekt for filialen i Nor-

³⁷⁹ Forskriften § 1

³⁸⁰ Vestad (2011)s.44.

ge».³⁸¹ Som nevnt ville en slik hjemstatsbehandling innebære forskjellsbehandling av kreditorer, da de lokale kreditorer i hjemstaten gis beskyttelse på bekostning av kreditorer i utlandet. En slik forskjellsbehandling vil være et brudd på prinsippet om likebehandling av kreditorer som kan lede til usikkerhet og mistillit til det nasjonale banksystemet i vertslandene.³⁸² At hjemstaten dekker nasjonale forpliktelser, på bekostning av utenlandske kreditorer, vil således kunne utgjøre kapitalbevegelser som fører til en forstyrrelse i kapitalmarkedets virkemåte. Også dette vilkåret kan således sies å oppfylle EØS-avtalens krav til lovlige beskyttelsestiltak.

Videre må beskyttelsestiltak etter art. 43 oppfylle prosessuelle vilkår oppstilt i EØS-avtalens art. 45. Bestemmelsen fastsetter at beslutninger etter art. 43 i utgangspunktet skal meddeles EØS-komiteen og være gjenstand for rådslagning og utveksling av opplysninger før beskyttelsestiltak treffes. Unntaksvis kan beslutninger etter art. 43 treffes uten forutgående behandling i EØS-komiteen, dersom det er behov for fortrolighet eller rask behandling, jf art. 45. Forskriften oppstiller ikke vilkår for norske beskyttelsestiltak som svarer til de prosessuelle kravene i EØS-avtalens art. 45. Det må derfor vurderes konkret hvorvidt det enkelte vedtak hjemlet i forskriften oppfylder de prosessuelle kravene. Det kan hevdes at forskriftens vilkår om nødvendighet og forholdsmessighet i § 2 forutsetter at det er tale om situasjoner hvor det er «behov for rask behandling», jf art. 45. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor nasjonale vedtak anses nødvendig etter forskriftens § 2, uten at EØS-avtalens krav til fortrolighet eller hurtighet er oppfylt. Dette taler mot at vedtak fattet med hjemmel i forskriften generelt kan sies å være tillatte beskyttelsestiltak etter art. 43.

Det kreves imidlertid et klart brudd på EØS-avtalen for at det skal konstateres traktatbrudd. Drøftelsen over kan neppe sies å konstatere et klart brudd på EØS-avtalen. Jeg konkluderer derfor, dog under tvil, med at den norske forskriften ikke strider mot EU-primærrettens regler om fri bevegelse av kapital.

³⁸¹ Forskriften § 1, annet alternativ.

³⁸² Kap.4.2.3

3.5.2.4 Utgjør forskriften en ulovlig restriksjon på fri bevegelse for tjenester?

Det er klart at det her er tale om et grenseoverskridende element, da kredittformidling i internasjonale foretak følgelig skjer internasjonalt. Den rettslige problemstillingen er om vedtak etter den norske forskriften utgjør en «restriksjon på adgangen til å yte tjenester» eller «forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted, eller stedet for kapitalanbringelsen», jf. EØS art.36.

Restriksjonsbegrepet er i rettspraksis tolket som «enhver forskjellsbehandling til skade for tjenesteyteren på grunn av dennes nationalitet».³⁸³ Dette omfatter direkte, indirekte og potensielle hindringer på grenseoverskridende tjenesteytelser.³⁸⁴ Det er heller ikke noe krav om at handelshindringen skal være av en viss betydning eller merkbarhet for å være relevant.³⁸⁵ Det er her klart at et vedtak om å fryse alle av debtors midler som befinner seg i Norge, hindrer banken i å yte tjenester. Vedtak etter forskriften er aktivabasert, og ikke kravbasert. Dette innebærer at vedtak ikke uttrykkelig vil rette seg mot norske kreditorer, og gi disse dekning fremfor de utenlandske. Forskriften er således ikke direkte diskriminerende. Avgjørende er imidlertid at debtors aktiva som befinner seg i Norge i realiteten vil gå til dekning av de norske kreditorer. Da institusjonen samtidig hindres fra å yte tjenester til utenlandske kreditorer eller i å gi dekning i skyldnerens midler som befinner seg i Norge, taler det for at det foreligger indirekte diskriminering. At en nasjonal regel om vertsstatsjurisdiksjon vil være i strid med diskrimineringsforbudet, har støtte i juridisk teori. Bull uttaler at dersom EØS-landene hadde likvidasjonsordninger som tillot en slik forskjellsbehandling, ville det nok bli ansett som stridende mot det alminnelige forbudet mot ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet i EØS-avtalens art. 4, som inngår i reglene om fri bevegelse.³⁸⁶ På denne bakgrunn finner jeg at vedtak etter forskriften er nasjonale tiltak som kan hindre bankens tjenesteytelse, og at dette rammer utenlandske kreditorer hardere enn de norske, som nettopp sikres ved den nasjonale ordningen.

³⁸³ C-76/90 *Säger* premiss 12.

³⁸⁴ C-113/89 *Societe Rush* og Bull (2002) s.472 og 473.

³⁸⁵ Bull (2002) s.473 som gjør en analogisk slutning fra domstolspraksis om fri bevegelse av varer i forenede safer 177/82 og 178/82 *Van De Haar* premiss 13 og for kapital i E-1/00 premiss 27-28.

³⁸⁶ Bull (2002) s.210.

Rettslig problemstilling blir deretter om restriksjonen likevel er lovlig, fordi den er begrunnet i ett av de allmenne hensyn som er uttrykkelig nevnt i traktatene.³⁸⁷ Ved diskriminerende restriksjoner på fri tjenesteytelser, er det bare de allmenne hensyn som er nevnt i art. 39 som kommer til anvendelse.³⁸⁸ Rettslig problemstilling blir videre om hensynet til offentlig orden og sikkerhet kan legitimere den restriksjonen som forskriften utgjør på fri tjenesteytelse, jf EØS art. 39 jf. 33.

«Offentlig orden» er av EU-domstolens praksis tolket som at det dekker hensynet til å sikre vitale samfunnsfunksjoner når:

«ikke alene samfunnsøkonomien, men i første rekke samfunnsinstitusjonene og de livsviktige offentlige tjenester samt endog befolkningens overlevelse er avhengig heraf».³⁸⁹

Forskriften er begrunnet i behovet for å sikre norske innskyttere og de øvrige kreditorer som har krav i debitors aktiva i Norge. Forbrukervern omfattes ikke av hensynet til «offentlig orden».³⁹⁰ Derimot kan manglende dekning til kreditorene i Norge på grunn av hjemstatens diskriminerende insolvensbehandling, påvirke tilliten til banksystemet og således øke risikoen for finansiell ustabilitet.³⁹¹ Tiltaket skal således sikre den norske samfunnsøkonomien, hvilket alene ikke oppfyller kravet til «offentlig orden». Bankenes samfunnsøkonomiske funksjon som kredittformidlere, systemrisikoen og de realøkonomiske virkninger som kan oppstå ved tillitssvikt til banksystemet, taler imidlertid for at offentlig orden kan begrunne forskriften. Nesten alle vitale samfunnsfunksjoner kan sies å være avhengig av kreditttilgang, og dersom store deler av bankvesenet går overende samtidig grunnet faren for systemkrise, vil samfunnslivet gå i stå.³⁹² Jeg kommer etter dette til at forskriften er begrunnet i hensynet til offentlig orden, jf. EØS art. 39.

³⁸⁷ Eks.C-352/85 *Bond* premiss 32, 33.

³⁸⁸ Bull (2002) s.555.

³⁸⁹ C-72/83 *Campus oil* premiss 34.

³⁹⁰ C-288/89 *Stichting* premiss 16, og C-177/83 *Kohl* premiss 39. Sistnevnte gjelder varer, men det er ikke grunn til å tolke begrepet forskjellig på vare-området og tjenesteområdet, jf. Bull (2002) s.559.

³⁹¹ Kap.4.2.2.

³⁹² Bull (2002) s.556.

Det gjelder imidlertid et ytterligere krav om at det nasjonale tiltak må være nødvendig og proporsjonalt for at restriksjonen kan være lovlig.³⁹³ Dette innebærer for det første en overprøving av det beskyttelsesnivået som er valgt, ved at det vurderes om nasjonale myndigheter har gått for langt i å prioritere det aktuelle allmenne hensynet på bekostning av hensynet til fri bevegelse.³⁹⁴ For det andre innebærer kravet en overprøving av den beskyttelsesmåten som er valgt, ved at det vurderes om hensynet kan ivaretas med andre midler som har mindre handelshindrende virkning.³⁹⁵ I tillegg til denne proporsjonalitetsvurderingen, oppstiller EU-domstolen i sin praksis et krav om at det nasjonale tiltaket må være egnet til å ivareta formålet.³⁹⁶ EU-domstolen er tilbakeholden med sin overprøving av den nasjonale vurdering av beskyttelsesnivået.³⁹⁷

Tross tilbakeholdenhet, fremgår det av EU-domstolens praksis at sekundærretten anvendes indirekte som målestokk for hva som kan anses som et rimelig beskyttelsesnivå.³⁹⁸ Direktivet kan således komme inn som en skranke for nasjonalt handlingsrom også innenfor primærretten, i tillegg til å oppstille direkte grenser for det nasjonale handlingsrom i funksjon av sekundærrett. Dette siste vurderes under i kap. 2.5.3. Direktivet oppstiller en regel om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon, hvilket kan ses som et uttrykk for at nasjonal offentlig orden ikke kan beskyttes på et så høyt nivå at det strider mot hjemstatsjurisdiksjonen. Dette taler for at det valgte beskyttelsesnivået av offentlig orden gjennom sikring av tillit til banksystemet og finansiell stabilitet, er høyere enn ønskelig, da dette går på bekostning av finansiell stabilitet og offentlig orden på det indre marked. Dette taler mot at forskriften er forholdsmessig. Videre tilkommer at det kan tenkes mindre inngripende tiltak som ville ivareta hensynet til offentlig orden, slik at forskriften også av denne grunn er uforholdsmessig inngripende. Et mulig alternativ for å sikre innskytternes interesser, allmennhetens tillit til banksystemet og finansiell stabilitet og dermed offentlig orden, er å gi innskytterne dekning i den norske garantiordning-

³⁹³ C-448/98 *Jean-Pierre* premiss 27. Se Bull(2002) s.591-594.

³⁹⁴ Bull (2002) s.591.

³⁹⁵ Bull (2002) s.592.

³⁹⁶ C-55/94 *Gebhard* premiss 37 og C-250/95 *Futura* premiss 26.

³⁹⁷ C-169/91 *Stoke-on-Trent* premiss 16, C-124/97 *Markku* premiss 35-36.

³⁹⁸ C-178/84 *Kommisjonen mot Tyskland*, forente saker C-13/91 og C-113/91 *Debus*, C-362/88 *GB-INNO-BM* og juridisk litteratur, eks. Bull(2002)s.613.

en. Det er således ikke nødvendig å samtidig ta beslag i debtors aktiva i Norge. Dette vil bare tjene som sikkerhet for den norske banksikringsordningens regresskrav mot hjemstatens banksikringsfond, hvilket er begrunnet i hensynet til statsøkonomi, og ikke offentlig orden. Mot dette taler at de øvrige kreditorer som ikke er innskytere, risikerer å lide tap i mangel av vertsstatsbehandling, i de tilfeller der hjemstaten ikke har vilje eller evne til å sikre likebehandling av kreditorene i utlandet. Jeg kan ikke identifisere andre, mindre inngripende tiltak som ville sikret de øvrige kreditorer på samme måte, og således sikret hensynet til offentlig orden. Dette taler for at tiltaket er forholdsmessig.

Det er etter dette uklart om kravet til nødvendighet og proporsjonalitet er oppfylt. For å konstatere traktatbrudd, kreves det at det foreligger et klart brudd på EUs primærregler som er gjennomført i EØS-avtalen.³⁹⁹ Da jeg vanskelig kan konkludere at forskriften utgjør et klart brudd på reglen om ulovlige restriksjoner på fri tjenesteytelse, finner jeg at forskriften heller ikke er i strid med reglene i EØS art. 36-39.

Forskriften kan også tenkes å utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten i EØS art.31 ved at risikoen for at aktiva fryses i Norge i tilfelle betalingsstans i Norge, kan virke demotiverende på utenlandske banker som ønsker etablere seg på det norske markedet. Utenlandske aktører må sette seg inn de norske reglene samt ta inn over seg den risikoen for ringfencing som forskriften innebærer. Unntaket fra restriksjonsforbudet i EØS art. 33 er imidlertid identisk med unntaket i tjenestereglene jf. art. 39, slik at vurderingen vil bli den samme. En eventuell restriksjon på etableringsfriheten vil dermed være legitimt begrunnet i offentlig orden, og under tvil være nødvendig og forholdsmessig.

3.5.2.5 Konklusjon om forskriftens forhold til primærretten

Forskriften utgjør ingen ulovlig restriksjon på det frie markedet og strider ikke mot EØS-primærretten, utover forpliktelsen til å gjennomføre sekundærretten.⁴⁰⁰ Forskriften ligger således innenfor det nasjonale handlingsrom som primærretten tillater. Det nasjonale handlingsrommet begrenses imidlertid ytterligere av sekundærretten, og forskriften må derfor vurderes opp mot den relevante EØS-rettsakten.

³⁹⁹ Dette følger av de alvorlige politiske og rettslige konsekvenser av brudd på EØS-avtalen.

⁴⁰⁰ Kap.3.3.7

3.5.3 Forholdet mellom forskriften og direktivet

3.5.3.1 Generelt om forholdet mellom primærretten og sekundærretten

Primærrettens regler om det indre marked, og særlig om finansmarkedet, tillater i betydelig grad restriksjoner i den frie bevegelighet som kan begrunnes i almene hensyn. Det er derfor nødvendig med ytterligere harmoniseringsregler for å fjerne de resterende hindringene.⁴⁰¹ Sekundærretten presiserer altså det nasjonale handlingsrommet som primærretten lar stå åpent. Spørsmålet om norske regler er i samsvar med EØS-reglene må således besvares ut fra en tolkning av direktivet.⁴⁰²

3.5.3.2 Overlappende anvendelsesområde?

Hvorvidt direktivets bestemmelser danner EØS-rettslige skranker for det nasjonale handlingsrommet i forskriften, beror for det første på om direktivet og forskriften har overlappende anvendelsesområder.

Regelen om universell hjemstatsbehandling utledet av direktivet, kommer til anvendelse på kredittinstitusjoner med registrert hovedkontor innenfor EØS-området. Rettsregelen om territoriell norsk insolvensbehandling utledet av forskriften, kommer til anvendelse på banker med registrert hovedkontor i «fremmed stat». Så langt har de to rettsregler altså overlappende virkeområde for banker med registrert hovedkontor i en annen EØS-stat enn Norge, og norsk filial.

Det oppstår imidlertid spørsmål om «offentlig administrasjon» i forskriften omfattes av de tiltakene som direktivet omhandler. Dette er for det første «reorgansiation measures», og er i den norske versjonen oversatt til «saneringstiltak».⁴⁰³ Vedtak om offentlig administrasjon av bank med hjemmel i forskriften gir tre mulige utfall for bankens fremtid. For det første skal det forsøkes å finne ordninger som gjør at institusjonens virksomhet kan drives videre. Der- som administrasjonsstyret finner at det foreligger tilstrekkelig økonomisk grunnlag for fortsatt

⁴⁰¹ Sejersted (2011) s.299, Vestad(2013)s.7

⁴⁰² Sejersted (2011) s.299, Vestad(2013)s.7

⁴⁰³ Kap.3.3.1.3

forsvarlig drift, kan det treffes vedtak om at banken settes i fri virksomhet.⁴⁰⁴ Den andre muligheten er at den kan bli sluttet sammen med eller overdratt til andre institusjoner. Disse to første mulige utfallene tilsikter begge en videre drift, og har således karakter av reorganiseringstiltak, hvilket omfattes av direktivets definisjon av «saneringstiltak». Det tredje mulige utfallet av en offentlig administrasjon er at det foretas en endelig avvikling av institusjonens virksomhet og det gis oppgjør til kreditorene, dersom de to ovenstående utfallene ikke er mulig. Vedtak om offentlig administrasjon med avvikling til følge omfattes således ikke av direktivets definisjon av «saneringstiltak». Dette omfattes imidlertid av direktivets definisjon av «winding-up proceedings» eller «likvidasjonsprosedyrer», oversatt i den norske språktgaven av direktivet som «avviklingsprosedyrer».⁴⁰⁵ Direktivets definisjon i art.2 omfatter de vedtak om offentlig administrasjon med avvikling til følge som forskriften regulerer som siste mulige tiltak. Da reglene for saneringstiltak og avviklingstiltak har det samme innhold når det gjelder hvilken stat som kan åpne insolvensbehandling, samt hvilke virkninger denne behandlingen skal gis i de øvrige kontraherende land, er det ikke avgjørende for forholdet mellom forskriften og direktivet hvorvidt den offentlige administrasjonen skal anses som «saneringstiltak» eller «avviklingsprosedyre». Poenget er at offentlig administrasjon i begge tilfeller omfattes av direktivets former for insolvensbehandling, og at deres virkeområde således er overlappende. Direktivet kommer etter dette til anvendelse på forskriftens virkeområde.

3.5.3.3 Motstrid?

Forskriften gir adgang til offentlig administrasjon av bankens aktiva og passiva i Norge, dersom forskriftens vilkår er oppfylt, og gjennomfører således territorialitetsprinsippet i sin klassiske form. Direktivet oppstiller eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon til både saneringstiltak og avviklingsprosesser, og forplikter de øvrige medlemmer til å anerkjenne hjemstatens insolvensbehandling og gi den universell virkning overfor alle debtors eiendeler. Anerkjennelsesforpliktelsen hindrer vertsstatene i å åpne insolvensbehandling over debtors eiendeler som befinner seg der. Som overnevnt åpner ikke direktivet selv for unntak fra universalitetsprinsippet. Det er således klart at direktivet og forskriften gir motstridende rettsregler om adgangen til å åpne norsk insolvensbehandling i filial av bank med registrert hovedkontor i annen EØS-stat enn Norge.

⁴⁰⁴ Bsl.§§ 4-8(1) og 4-9.

⁴⁰⁵ Kap.3.3.1.3

3.5.3.4 Unntak fra direktivet hjemlet i nødrett?

Det er her klart at det foreligger motstrid mellom forskriften og direktivet som sådan, hvilket i utgangspunktet innebærer at forskriften er EØS-stridig. EØS-strid kan unngås dersom det foreligger en EØS-rettslig adgang til å fravike selve direktivet. Dersom det foreligger slik EØS-rettslig unntakshjemmel og denne er anvendelig på forholdet, unngår man EØS-rettslig strid ved at man kan se bort fra direktivbruddet. Nasjonal forskrift vil da kunne være i samsvar med EØS-retten ved at man tolker direktivet innskrenkende, på et grunnlag som er anerkjent i primærretten.⁴⁰⁶

Resonnementet bak en nødrettslig adgang til å fravike direktiver, ville være at det i ekstraordinære tilfelle gjør seg gjeldende så sterke mothensyn at man kan fravike det nasjonalt gjennomførte direktivet, og anvende andre nasjonale regler som gir adgang til særskilt insolvensbehandling av bankfilialer. Et slikt resonnement virker lagt til grunn i praksis, i både Storbritannia og Nederland for å beskytte lokale kreditorer og nasjonal finansiell stabilitet under finanskrisen. Eksempelvis anvendte britiske myndigheter terrorlovgivning som en unntakshjemmel for å fryse bankens midler lokalisert i England, og forhindret dermed hjemstatens helhetlige insolvensbehandling av banken.⁴⁰⁷ I Nederland ble nasjonal lovgivning om unntakstilstand anvendt til å fravike det nasjonalt gjennomførte direktivet og iverksette territoriell insolvensbehandling av Landsbankis nederlandske filial.⁴⁰⁸ Et tilsvarende synspunkt kan synes

⁴⁰⁶ Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at sekundærretten må holde seg innenfor grensene i primærretten, jf. Eks.C-12/00 *Kommisjonen mot Spania*, premiss 97, jf. Sejersted(2011) s.299

⁴⁰⁷ Den britiske regjeringen frøs alle aktiva i Landsbanki Islands HFs filial i London, med grunnlag i at den Islandske håndteringen (Islandsk stortingsbeslutning av 6.10.2008 i Lov 125/2008) var i strid med den britiske *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*. Se [2009]EWHC 894 (Comm) og Lastra(2011)s.155.

⁴⁰⁸ I Amsterdam District Courts avgjørelse 13.oktober 2008, *JOR 2008,343*, la retten til grunn at nødbestemmelsene i den Nederlandske lov om Finansielt tilsyn kom til anvendelse på den nederlandske filialen av Landsbanki Islands HF, etter at Islandske myndigheter hadde åpnet insolvensbehandling i banken, til dekning av de islandske kreditorer. Den aktuelle islandske nødbestemmelsen gav rett til fravikelse fra lovvalg, i de tilfeller der Kredittinstitusjoner ikke lenger har autorisasjon fra sitt hjemland. Retten la til grunn at den islandske håndteringen innebar at Landsbanki HF mistet sin konsesjon, og at den nederlandske nødrettsbestemmelse gav grunnlag for å fravike direktivet, og anvende Nederlandsk rett om insolvensbehandlingen av den nederlandske filialen. Dette ble videre begrunnet i hensynet til likebehandling av kreditorene. I en senere avgjørelse av 8.mars 2010 (*JOR 2010,190*) fant Amsterdam District court imidlertid at nødrettsbestemmel-

å begrunne vedtakelsen av forskrift om offentlig administrasjon av norsk filial av bank med hovedsete i fremmed stat og senere vedtak om slik behandling i den norske filialen av den Islandske banken Kaupthing.⁴⁰⁹

EU-domstolen har uttalt følgende om nasjonal nødrett som grunnlag for fravikelse av EU direktiver:

«It follows that, in the absence of a derogation provided for by Community law, Article 25(1) of the Second Directive must be interpreted as precluding the Member States from maintaining in force rules incompatible with the principle set forth in that article, even if those rules cover only exceptional situations. To recognize the existence of a general reservation covering exceptional situations, outside the specific conditions laid down in the provisions of the Treaty and the Second Directive, would, moreover, be liable to impair the binding nature and uniform application of Community law. »⁴¹⁰

EU-domstolen er altså klar på at unntak fra direktiver bare kan gjøres der dette følger av uttrykkelige bestemmelser i EU-retten, enten i direktivet selv, eller i primærrettens unntaksbestemmelser om lovlige restriksjoner. Nødrett er ikke et akseptert grunnlag for fravikelse fra EU rett, da en generell aksept av nødrett ville hindre den bindende virkningen og den enhetlige anvendelsen av EU rett.⁴¹¹

EU-domstolens praksis må legges til grunn i tolkningen av EØS-rett. Dette uttrykkes av EFTA-domstolen slik:

sene ikke kunne anvendes på et lignende tilfelle, og at nødrettsbestemmelsene var ugyldige. Domstolen kom da til at det ikke var grunnlag for territoriell insolvensbehandling i Nederland, Jf. Lastra (2011)s.139, Wes-sels (2009) s.22.

⁴⁰⁹ Medlem av administrasjonsstyret i Kaupthing hf NUF, Siv Sandvik, presenterte forskriften og vedtaket som en «act of necessity», i presentasjon til INSOL jf. Sandvik(2010) s.3

⁴¹⁰ Forente saker C-19/90 og C-20/90 *Karella og Karellas* premiss 31.

⁴¹¹ Helgadottir (2012) s.136, 139.

«The principle of homogeneity enshrined in the EEA Agreement leads to a presumption that provisions framed identically in the EEA Agreement and the EC Treaty are to be construed in the same way.»⁴¹²

Bare der særlige omstendigheter tilsier at det er forskjeller i rekkevidden og formålene mellom EØS-avtalen og EU-rettsakter, kan det godtas forskjellig tolkning. I dette tilfellet er det direktivet som er inntatt i EØS-avtalen identisk med EU-direktivet, og det foreligger ikke særskilte hensyn som tilsier at ulikheter i tolkningen. EU-domstolens uttalelser legges derfor til grunn. Det er ikke adgang til å fravike direktivet med grunnlag i nasjonal nødrett.

3.5.3.5 Løsning av motstrid – presumsjonsprinsippet

Det foreligger motstrid mellom nasjonal forskrift og ikke-gjennomført EU direktiv som er inntatt i EØS-avtalen. Som overnevnt løses slik konflikt av presumsjonsprinsippet, slik at nasjonal rett i tilfelle motstrid tolkes i samsvar med EØS-retten, og således sikrer EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett, i samsvar med lojalitetsprinsippet.

Det vises for øvrig til drøftelsen over om direktivets virkning i norsk rett. Det fremkommer her at direktivet ikke er gjennomført i nasjonal rett, men kun er vedlagt EØS-avtalen. Videre fremkommer det at motstrid mellom nasjonal rett og ikke-gjennomført EØS-rett, løses nom ad tolkningsvei med presumsjonsprinsippet. Dette innebærer at forskriften tolkes innskrenkende så langt motstriden rekker, og således gir direktivet virkning i nasjonal rett. På grunn av det dualistiske prinsipp og fraværet av direktivers direkte virkning, er det imidlertid grenser for hvor langt presumsjonsprinsippet kan strekkes. Som nevnt oppstilles det to skranke for presumsjonsprinsippet, som medfører at nasjonal rett må legges til grunn, på tross av forpliktelsen til å sikre EØS-rettens effektive virkning i nasjonal rett. Dette er henholdsvis legalitetsprinsippet og reservasjonen for tilsiktet motstrid.

3.5.3.6 Presumsjonsprinsippetets første skranke – legalitetsprinsippet

Det internrettslige legalitetsprinsippet er et rettskildeprinsipp for folkerettsanvendelse, som oppstiller krav om hjemmel i norsk rett ved «inngrep i borgernes rettsfære».⁴¹³ Legalitetsprin-

⁴¹² Sak E-2/06 *ESA mot Norge*, premiss 59 og E-3/98 *Herbert Rainford-Towning* premiss 21.

⁴¹³ Eckhoff (2001) s.313

sippet innebærer at folkerett som ikke er gjennomført i norsk rett, ikke kan gis virkning gjennom presumsjonsprinsippet i de tilfeller der folkeretten pålegger private forpliktelser, eller fratrar dem rettigheter. Myndighetsdisposisjoner til ugunst for borgerne krever hjemmel i norsk rett, av hensyn til at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling.⁴¹⁴ For direktivets vedkommende, innebærer dette at det ikke kan legges til grunn i norsk rett i samsvar med presumsjonsprinsippet, dersom det gjør et inngrep i privates rettssfære. I så fall vil den manglende gjennomføringen av direktivet hindre dets gjennomslagskraft i norsk rett.

Den rettslige problemstillingen er derfor om direktivet pålegger private plikter, eller fratrar dem rettigheter, slik at det kreves hjemmel i norsk rett.

Direktivet angår primært hvilken stats myndigheter som har kompetanse til å beslutte og gjennomføre insolvensbehandling. Reglen om hvilke stater som har kompetanse til dette, og hvilke stater som må avstå fra slik behandling, angår bare de offentlige organers kompetanse. En folkerettslig norm som bare berører statlige eller interne forvaltningsmessige forhold, omfattes ikke av legalitetsprinsippet og krever ikke hjemmel i norsk rett.⁴¹⁵ Direktivets regler om vertstatsmyndighetenes kompetanse, hindrer således ikke at direktivet legges til grunn i norsk rett på tross av den manglende gjennomføringen.

Reglen om at hjemstaten har eksklusiv jurisdiksjon kan imidlertid tenkes å påføre kreditorer plikter og frata dem rettigheter, dersom hjemstatsbehandlingen indirekte medfører endringer av kreditorenes rettigheter og plikter som de ellers ville hatt etter norske regler. På tidspunktet for innlemmingen av direktivet i EØS-avtalen, gjaldt det ikke særregler for insolvensbehandling av filialer av utenlandske banker. Kreditorenes rettigheter og plikter ved en internasjonal bank med filial i Norge og hovedsete i annen stat, ble da regulert av de alminnelige konkursregler i kkl. § 146 og § 161, samt NKK. Som det fremgår av redegjørelsen for de alminnelige regler ovenfor, innebærer disse at fellesforfølgning bare kan åpnes i Norge dersom den faktiske hovedvirksomhet drives i Norge, jf kkl. § 146. Videre anerkjennes ikke utenlandsk insolvensbehandling uten særskilt hjemmel, jf § 161. Hjemstatens insolvensbehandling vil således etter de alminnelige regler ikke hindre kreditorers og debtors disposisjoner over debtors ak-

⁴¹⁴ Graver (1999) s.212.

⁴¹⁵ Graver (1999) s.212 og Eckhoff(2001) s.313.

tiva i Norge. Direktivets regel om automatisk anerkjennelse av hjemstatens insolvensbehandling med tilhørende hindringsvirkning overfor disposisjon av debtors midler, vil dermed kunne påvirke kreditorers og debtors rettigheter til å disponere over aktivaene i Norge og å enkeltforfølge sine krav, i henhold til de norske reglene. Direktivet kan således sies å frata private rettigheter, hvilket krever hjemmel i norsk lov etter legalitetsprinsippet. Dette taler mot at det ikke-gjennomførte direktivet kan legges til grunn i norsk rett, og at presumsjonsprinsippets yttergrense er nådd.

Avgjørende er imidlertid at det i norsk rett er gjennomført en forskrift om underretning og kunngjøring ved reorganisering og avvikling av finansinstitusjoner, heretter benevnt underretningsforskriften. Forskriften gjennomfører direktivets regler om varsling av vertsstatsmyndigheter og kreditorer ved vedtak om reorganisering – og avviklingstiltak.⁴¹⁶ Forskriftens §§ 4-6 sikrer at kreditorene vil bli varslet ved åpning av insolvensbehandling med hjemmel i direktivet, og at de får varsel om at de må anmelde sine fordringer til hjemstatens myndigheter, frister og virkninger av fristoversittelser. Videre sikrer forskriften at kreditorer varsles om fortrinnsrett og særskilte sikrede krav. Forskriftens regler medfører således at kreditorene ikke lenger er i god tro om at de innehar sine rettigheter etter norske regler. Forskriften ivaretar kreditorenes forutberegnelighet. Underretningen og kreditorvarslet er riktignok ikke gitt i «norsk lov», slik at de konkrete rettigheter og plikter som inntreffer ved direktivets hjemstatsbehandling fremgår av norsk lov. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende, da underretningsforskriften sikrer at kreditorene får informasjon om sine rettigheter, og dermed kan forutberegne sin rettsstilling. Det foreligger således norsk hjemmel for å pålegge kreditorene å anmelde sine fordringer i hjemstatens fellesforfølgning, fremfor å enkeltforfølge sine krav etter de norske regler, og kreditorene får informasjon om hvilke prioritetsregler og særlige dekningsregler som gjelder i hjemstatsbehandlingen. Jeg kommer etter dette til at de forpliktelser og rettighetsfrarøvelser som direktivet kan innebære for norske kreditorer, er varslet i underretningsforskriften, og at disse således har hjemmel i norsk rett.

Jeg kan ikke se at direktivet påvirker privates rettigheter og forpliktelser utover det som er hjemlet i underretningsforskriften. Legalitetsprinsippet setter her ingen skranke for at den

⁴¹⁶ Art. 13-17.

ikke-gjennomførte EØS-rettsakten gis virkning i norsk rett i samsvar med presumsjonsprinsippet.

3.5.3.7 Presumsjonsprinsippetets andre skranke – tilsiktet brudd på EØS-rett?

Ved lovgivers uttrykkelige fravikelse fra EØS-rett, kan man ikke legge en presumsjon om EØS-samsvar til grunn, og senere nasjonal lovgivning må gis forrang etter *lex posterior*-prinsippet. Den nasjonale lovgivning vil like fullt være EØS-stridig, men på grunn av det dualistiske prinsippet og EØS-rettens manglende direkte virkning i nasjonal rett, vil nasjonal lovgivning fattet i bevisst EØS-strid, legges til grunn som gjeldende norsk rett.⁴¹⁷

Det oppstilles i rettspraksis og teori et strengt krav til uttrykkelig fravikelse for at motstrid skal anses tilsiktet.⁴¹⁸ Det finnes kun ett eksempel i praksis der det er konstatert at norsk rett gis forrang grunnet bevisst motstrid mellom norsk rett og folkerett. I den såkalte OFS-dommen, referert i Rt.1997 s.580, ble en provisorisk anordning med streike- og blokadeforbud begrunnet i tungtveiende samfunnsmessige hensyn, gitt forrang, da kravet til bevisst motstrid til folkeretten var oppfylt. Det finnes ingen eksempler i praksis på tilsiktet EØS-strid fra norsk lovgivers side. Dette kan skyldes den politiske vilje til å opprettholde EØS-samarbeidet samt trusselen om en eventuell oppsigelse av avtalen. Som det fremgår av drøftelsen over finnes det imidlertid ingen internrettslig skranke som forhindrer slik bevisst motstrid, også fra EØS-retten. Rettslig problemstilling er om det forelå slik bevisst motstrid ved vedtakelsen av forskriften.

I den overnevnte OFS-dommen la Høyesterett avgjørende vekt på at regjeringen uttrykkelig hadde sagt at den provisoriske anordningen skulle gjelde tross folkerettsstrid. Noen tilsvarende uttrykkelig uttalelse om at forskriftens motstrid med direktivet, ble ikke gitt i forbindelse med vedtakelsen av forskriften. Dette veier tungt mot at EØS-striden er tilsiktet. Det er derfor grunn til å drøfte hvorvidt forskriften selv, samt de forutgående og etterfølgende uttalelser om forskriften, gir uttrykk for at motstriden var tilsiktet fra Finansdepartementets side. Forskriften viser uttrykkelig til direktivet i § 2, ved å oppstille som vilkår for territoriell behandling

⁴¹⁷ Sejersted (2011)s.270

⁴¹⁸ Rt.1997.580, Sejersted (2011) s.270-272.

etter forskriften, at sentrale hensyn i direktivet tilsier dette.⁴¹⁹ Ordlyden tyder således på at forskriften er ment å være i overenstemmelse med direktivets hensyn, og således at motstriden ikke er tilsiktet. Selv om vedkommende beslutningsmyndighet trolig har vært klar over striden mellom forskriften og direktivet, kan dette ikke være tilstrekkelig til å oppfylle kravet om uttrykkelig, bevisst fravikelse fra EØS-rett.

Jeg kommer etter dette til at motstriden mellom forskriften og det nasjonalt gjennomførte direktivet ikke var tilsiktet fra lovgivers side. Man er således ikke utenfor presumsjonsprinsippets grense.

3.5.3.8 Konklusjon om forholdet mellom direktivet og forskriften

Da det ikke foreligger grunnlag for å fravike direktivet, vil forskriften tolkes innskrenkende til fordel for direktivets rettsregel, så langt motstriden rekker, i samsvar med presumsjonsprinsippet. Direktivets rettsregel om eksklusiv hjemstatsjurisdiksjon til å åpne og gjennomføre insolvensbehandling av banker med hovedsete innenfor EØS-området må således legges til grunn som gjeldende rett. Dette medfører at det ikke er adgang til norsk insolvensbehandling av bank med filial i Norge og hovedsete i annen EØS-stat.

3.5.4 Forholdet mellom forskriften og NKK

3.5.4.1 Overlappende anvendelsesområde?

Forskriften kommer til anvendelse på banker med hovedsete i enhver fremmed stat. Forskriftens hovedsete-begrep skal forstås i samsvar med den EU-rettslige tolkning av begrepet, og sikter til det registrerte hovedsetet.⁴²⁰ Konvensjonen kommer til anvendelse på norske filialer av banker «som har sitt sete» i Danmark.⁴²¹ Konvensjonens «sete»-begrep tolkes som stedet for bankens faktiske hovedvirksomhet og styrets faktiske ledelse.⁴²² Det vil derfor bero på en konkret vurdering om det faktiske og det registrerte hovedsete er det samme, slik at hovedsetebegrepene i henholdsvis forskriften og NKK gir samme resultat. Forskriften og NKK vil begge komme til anvendelse på norske filialer av banker som har både sitt faktiske og registrerte hovedsete i Danmark.

⁴¹⁹ Kap.3.2.2.2

⁴²⁰ Kap.3.2.1.

⁴²¹ NKK art. 12, se kap.3.4.2

⁴²² Kap.3.4.3

3.5.4.2 Motstrid?

Forskriften hjemler adgang for en territoriell behandling av bankens eiendeler og forpliktelser i Norge, uavhengig av om hjemstaten har åpnet insolvensbehandling.⁴²³ NKK gjennomfører universalitetsprinsippet ved at hjemstatens insolvensbehandling skal anerkjennes i de øvrige nordiske land. NKK stenger således for en norsk insolvensbehandling i en bank med hovedsete i Danmark, dersom relevante danske myndigheter har åpnet insolvensbehandling i banken. Det vil dermed være motstrid mellom forskriften og NKK i de tilfeller der en bank med faktisk og registrert hovedsete i Danmark, blir satt under insolvensbehandling av de relevante danske myndigheter. Anerkjennelsesforpliktelsen i NKK vil da hindre norsk jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling, mens forskriften gir slik jurisdiksjon dersom de nærmere vilkårene er oppfylt.

Da NKK først kommer til anvendelse etter at hjemstaten har åpnet insolvensbehandling, vil det ikke oppstå motstrid mellom NKK og forskriften, før danske myndigheter har åpnet insolvensbehandling.

3.5.4.3 Bortfortolket motstrid med grunnlag i ordre public?

Territoriell behandling etter at danske myndigheter har åpnet insolvensbehandling i en bank med faktisk hovedsete i Danmark, vil således være i strid med NKK. Konvensjonen har ikke selv unntakshjemler fra reglen om at det skal skje en universell insolvensbehandling i bankens hjemstat. Det må derfor vurderes hvorvidt det er grunnlag for å fravike NKK for å unngå motstrid.

M. H. Andenæs uttaler følgende i sin utredning til Justisdepartementet om forholdet mellom forskriften og NKK:

«I medhold av forskriften traff Finansdepartementet samme dag vedtak om offentlig administrasjon av den islandske banken Kaupthing Banki Hf.

Den forfølgning som med dette er rettet mot bankens filial i Norge, er et unntak fra prinsippet i konkurskonvensjonen art. 1 (1). Konvensjonen mangler også en uttrykkelig

⁴²³ Kap.3.2.2.6

hjemmel for å nekte å nekte anerkjennelse etter ordre public synspunkter, men det er i realiteten et slikt synspunkt som ligger bak forfølgningen mot bankens filial i Norge.»⁴²⁴

Andenæs uttalelse synes å legge til grunn at man ved vedtakelsen av forskriften har sett bort fra anerkjennelsesregelen i NKK på bakgrunn av ordre public synspunkter. Andenæs uttaler imidlertid ikke noe om hvorvidt han mener det er grunnlag for en slik innfortolket ordre-public regel. Det må derfor drøftes hvorvidt den alminnelige lære om ordre public i internasjonal privatrett kan gi grunnlag for å fravike konvensjonen, og dermed unngå at det oppstår motstrid mellom konvensjonen og forskriften.

Ordre public betegner en regel i internasjonal privatrett om unntak fra ellers gjeldende lovvalg, dersom anvendelsen av den fremmede rett ville stride mot «grunnleggende rettsgrunnsetninger eller rettssikkerhetsprinsipper i nasjonal lovgivning».⁴²⁵ Dersom ordre public skulle gjøres gjeldende som grunnlag for fravikelse fra direktivet, ville dette forutsette at resultatet av å anerkjenne den danske hovedinsolvensbehandlingen slik NKK krever, ville stride mot «grunnleggende rettsgrunnsetninger eller rettssikkerhetsprinsipper i nasjonal lovgivning». Et slikt resultat kunne tenkes å oppstå i tilfeller der forskriftens vilkår er oppfylt, hvor den danske insolvensbehandlingen forfordeler lokale kreditorer, på bekostning av kreditorer med krav i aktiva som befinner seg i Norge. Slik forskjellsbehandling av kreditorer kan tenkes å stride mot ordre public, dersom likebehandling av kreditorer anses som en grunnleggende rettsgrunnsetning i norsk lovgivning.

Før det drøftes hvorvidt det gjelder en alminnelig regel om ordre public i norsk rett og hvorvidt NKK kan lede til et resultat som oppfyller kravene til ordre public, må det vurderes om en eventuell ordre public regel kommer til anvendelse på forholdet.

Ordre public er en internasjonal privatrettslig regel om valget mellom nasjonal rett og fremmed rett. Ordre public kommer ikke til anvendelse i valget mellom nasjonale rettskilder. I dette tilfellet er det tale om motstrid mellom en norsk forskrift, og en konvensjon som er gjennomført i norsk rett i lovs form. Det er således tale om motstrid mellom to internrettslige

⁴²⁴ Andenæs(2010) s.29

⁴²⁵ Cordero-Moss(2013) s.162-176.

rettskilder, og reglen om ordre public i internasjonal privatrett kommer ikke til anvendelse. Det er dermed klart at ordre public ikke kan danne rettsgrunnlag for fravikelse av NKK til fordel for nasjonal lovgivning som gir vertstatsjurisdiksjon til insolvensbehandling av banker.

Da det ikke foreligger andre relevante grunnlag for fravikelse fra konvensjonen eller forskriften slik at motstriden kan bortfortolkes, foreligger det motstrid mellom forskriften og NKK i det ovenfor nevnte tilfellet der banken har filial i Norge og både faktisk og registrert hovedsete i Danmark.

3.5.4.4 Løsning av motstrid

Hvilken rettsregel som kommer til anvendelse i tilfelle av motstrid reguleres av rettskildelærens kollisjonsprinsipper. Det er her tale om henholdsvis en norsk forskrift og internasjonal overenskomst, gjennomført som norsk lov.⁴²⁶ Loven har således høyere trinnhøyde enn forskriften, og vil således gå foran forskriften så langt motstriden gjelder jf. lex superior prinsippet.

3.5.4.5 Konklusjon

Konklusjonen blir etter dette at forskriften tolkes innskrenkende, så langt den strider mot NKK. Dette medfører den slutning at det er adgang til norsk insolvensbehandling av filial i de tilfeller der forskriftens vilkår er oppfylt, bortsett fra når banken har faktisk hovedsete i Danmark, og de relevante danske myndigheter har besluttet insolvensbehandling av banken.

3.5.5 Forholdet mellom direktivet og NKK

Forskriften strider mot både EØS-direktivet og NKK. Både direktivet og konvensjonens rettsregel går foran forskriften på grunn av henholdsvis presumsjonsprinsippet og lex superiorprinsippet. Rettsreglene om adgangen til norsk insolvensbehandling av direktivet og NKK vil således legges til grunn som gjeldende rett, på bekostning av forskriftens rettsregel om offentlig administrasjon av filial av utenlandsk bank.

Rettsreglene utledet fra direktivet og NKK må således vurderes opp mot hverandre, for å avgjøre om det foreligger motstrid mellom disse.

⁴²⁶ Kap.3.4.1

Etter NKK er det ikke adgang til norsk insolvensbehandling av en bank med filial i Norge dersom det faktiske hovedkontoret befinner seg i Danmark, og danske myndigheter har åpnet insolvensbehandling i banken. NKK gjennomfører således indirekte et prinsipp om eksklusiv jurisdiksjon i den stat banken har sitt faktiske sete.

Direktivet fastsetter at det bare er hjemlandet som har jurisdiksjon til å åpne insolvensbehandling i en bank med filial i Norge og hovedsete i EØS. Det er ikke adgang til norsk insolvensbehandling av banker med filial i Norge og hovedsete innenfor EØS. Med hjemland menes i direktivet tilsyns – og konsesjonsmyndighet, som etter kredittvirksomhetsdirektivet er både det faktiske og registrerte hovedkontoret.⁴²⁷

Da det er samsvar mellom tilknytningskriteriene for den eksklusive jurisdiksjonen i direktivet og NKK, er det ikke motstrid mellom rettsreglene i disse to rettskildene. Rettsregelen i NKK har et mye snevrere virkeområde enn direktivets rettsregel, og omfattes i sin helhet av direktivets regel.

3.6 Konklusjon – adgangen til norsk insolvensbehandling etter gjeldende rett

Forskriften strider mot direktivet og NKK. Motstriden oppfyller ikke kravene til tilsiktet fra-
vikelse av henholdsvis EØS-retten og en folkerettslig konvensjon. Direktivet og NKK vil så-
ledes legges til grunn som gjeldende rett, slik at forskriften tolkes innskrenkende så langt den
strider mot disse rettskildene.

Konklusjonen blir derfor at det ikke er adgang til norsk insolvensbehandling av bank med
filial i Norge og hovedsete innenfor EØS-området.

⁴²⁷ Kap.1.3.7 og 3.3.2.1

4 Bør det være adgang til norsk insolvensbehandling?

4.1 Behov for rettsendring – uklarhet og EØS-strid

Dagens rettssituasjon er preget av motstridende regler i henholdsvis den nasjonale forskriften, NKK og EU direktivet. Av drøftelsen over fremgår det at universalitetsprinsippet i direktivet og NKK skal legges til grunn som gjeldende rett på grunnlag av presumsjonsprinsippet.⁴²⁸ Presumsjonsprinsippet løser således motstridssituasjonen. Det er likevel grunn til å drøfte hvorvidt det er behov for rettsendring, og i så fall, hva som er en ønskelig regulering.

For det første er det klart at EØS-strid ikke er ønskelig, slik at bruddet på Norges folkerettslige forpliktelser i EØS-avtalen i seg selv begrunner rettsendring. Internrettslig er det som overnevnt adgang til å fravike EØS-rett ved bevisst motstrid.⁴²⁹ Handlingen vil like fullt være EØS-stridig, hvilket medfører konsekvenser av både rettslig og politisk art.⁴³⁰

Den andre ulempen med dagens rettssituasjon som taler for en rettsendring, er at det fremstår som uklart hvorvidt det er adgang til norsk behandling eller ikke. At forskriften skal tolkes innskrenkende i samsvar med direktivet, fremstår ikke klart for verken kreditorer eller debitor selv. Direktivet er ikke gjennomført ved norsk lovtekst, og er bare vedlagt EØS-avtalen, slik at denne er vanskelig tilgjengelig. Forskriften er imidlertid tilgjengelig og klar, og da det har formodningen mot seg at norsk rett er fattet i strid med folkerettslige forpliktelser, foreligger det ikke insentiver til å undersøke rettskildesituasjonen nærmere. Dette medfører fare for at kreditorer og debitor selv innretter seg etter forskriftens rettsregel, som altså er EØS-stridig og

⁴²⁸ Kap.3.5.3 og 3.5.4

⁴²⁹ Kap.3.5.3.7

⁴³⁰ Eks. EFTA-domstolen kan avsi dom for brudd på EØS-avtalen, jf. ODA art.31 samt ilegge statlig erstatningsansvar for privates tap som følge av manglende gjennomføring av EØS-retten dersom vilkårene er oppfylt i det konkrete tilfellet, jf. Rt.2005.1365 *Finanger II*, E-9/97 *Sveinbjørnsdottir*, E-4/01 *Karlsson*, jf. Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich*, C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*. Rettslige og politiske konsekvenser av brudd på EØS-avtalen, utover forpliktelsen til å fortolke nasjonal rett i samsvar med den manglende gjennomførte EØS-retten faller utenfor avhandlingens rekkevidde og vil derfor ikke kommenteres ytterligere.

som ikke skal legges til grunn som gjeldende rett. Også der rettsanvendere kjenner til direktivet, er det ikke klart hvordan motstriden skal løses.

Gjeldende rett leder således til uforutberegnelighet angående hvilke regler som gjelder, hvilke myndigheter man skal forholde seg til, og hvilken dekning de ulike kreditorer får. Usikkerhet om rettsvirkninger kan påvirke atferden til risikoaverse markedsaktører,⁴³¹ og således utgjøre en kostnad⁴³² som forhindrer samfunnsøkonomisk effektivitet,⁴³³ hvilket taler for rettsendring.⁴³⁴

Dette gjør seg særlig gjeldende på kredittmarkedet, grunnet risikoen for systemkrise⁴³⁵ og de realøkonomiske konsekvensene av en banksvikt. Eksempelvis kan usikkerhet om virkningene av en banks økonomiske problemer medføre svekket tillit til finansinstitusjonene i et land. Svekket tillit kan føre til at innskyttere løper til bankene for å ta ut sine midler av frykt for at banken er i ferd med å kollapse og dermed ikke kan betale tilbake innskutte midler. Dette fenomenet betegnes som et klassisk *bank run*, hvilket kan oppstå på grunnlag av en reell eller ikke reell frykt for bankkollaps, og som kan lede til reelle likviditetsproblemer hos bankene.⁴³⁶ Dette skyldes løpetidstransformasjonen, der bankene transformerer kortsiktige, likvide innskudd til langsiktige, illikvide utlån, hvilket gjør bankene sårbare overfor en massiv etterpørsel etter likviditet i form av uttak.⁴³⁷ En massiv uttakspågang kan derfor raskt føre til at bankene blir ute av stand til å innfri sine forpliktelser.⁴³⁸ Risikoen for «bank runs» vil alltid være til stede grunnet bankenes likviditetsgrad og avhengighet av publikums tillit til banksys-

⁴³¹ Risikoaverse markedsaktører vil velge det sikre alternativ fremfor det usikre. Usikkerheten er en ulempe for en risikouvillig aktør. Sikkerhetsekvivalenten, differansen mellom den forventede verdi av to alternativer, er uttrykk for den kostnad som usikkerheten representerer for aktøren, se Eide(2008) s.121.

⁴³² Usikkerheten er en ulempe for en risikouvillig aktør. Sikkerhetsekvivalenten, differansen mellom den forventede verdi av to alternativer, er uttrykk for den kostnad som usikkerheten representerer for aktøren jf. Eide (2008) s.121.

⁴³³ Kap.4.2.4.1

⁴³⁴ Kap.4.2.4

⁴³⁵ Kap.2.3

⁴³⁶ NOU 2000:9 s.406

⁴³⁷ NOU 2000:9 s.406

⁴³⁸ Myklebust (2011) s.48.

temet.⁴³⁹ Usikkerhet om rettsreglene for en eventuell insolvensbehandling vil imidlertid øke risikoen for sviktende tillit og altså øke risikoen for slike «bank runs». Dette taler for en rettsendring for å fjerne eksisterende uklarhet. Behovet for rettsendring forsterkes av risikoen for systemsvikt og de realøkonomiske konsekvenser som kan følge av slik tillitssvikt.⁴⁴⁰ Ved banker med virksomhet i flere land kan disse økonomiske problemene spres over landegrensene. Det er således et helt klart behov for rettsendring av de uklare reglene, da uklarheten i verste fall kan lede til usikkerhet, tillitssvikt, systemkrise og realøkonomiske nedgangstider.

Den uklarheten og uforutberegneligheten som skapes av motstridende regler i henholdsvis forskriften, NKK og direktivet, kan unngås ved to alternative rettsendringer. For det første kan norsk rett bringes i samsvar med EØS-retten og NKK ved at den norske forskriften endres så langt den strider mot universalitetsprinsippet. Dette vil innebære at forskriften bare gir adgang til offentlig administrasjon av filial der banken har hovedsete utenfor EØS. I disse situasjoner vil det ikke være motstrid mellom direktivet og forskriften, og en norsk adgang til offentlig administrasjon er i samsvar med EØS-retten og NKK. Alternativet til en nasjonal regulering, er at EUs lovgiver foretar en endring av direktivet slik at dette åpner for vertstatsjurisdiksjon i de tilfeller der hjemstaten ikke har evne eller vilje til å foreta en helhetlig insolvensbehandling som sikrer likebehandling av kreditorene, uavhengig av hvilket land kreditorene eller skyldneres aktiva befinner seg.

Det vil i det følgende drøftes hvorvidt det er ønskelig med en norsk adgang til insolvensbehandling av utenlandske banker, og deretter hvordan en optimal regulering bør utformes.

4.2 Optimal regulering – avveining av universalitets- og territorialitetsprinsippet

4.2.1 Generelt om vurderingen

Ved en rettspolitisk vurdering av hvordan reglene burde være, er det naturlige utgangspunktet for vurderingen hvilke formål regler om insolvensbehandling av internasjonale banker skal ivareta. Optimal regulering vil da være den reguleringsmodell som best oppfyller disse formå-

⁴³⁹ Dette er hovedbegrunnelsen bak innskuddsgarantiinstituttet, som gir innskyttere trygghet for at en bankinsolvens ikke vil hindre tilbakebetaling av innskytternes midler, opp til garantigrensen, jf. NOU 2000:9 s.406.

⁴⁴⁰ Kap.2.3

lene. Ved vurderingen av effektiv formålsoppfyllelse, vil jeg her legge til grunn en samfunnsøkonomisk tilnærming hvor jeg vurderer hvilken av reguleringsmodellene som best oppfyller formålene, og til lavest mulig samfunnsmessig kostnad. Kravet om kostnadseffektivitet begrunnes i hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet, som er et mål på optimal verdiskapning.⁴⁴¹ Hvorvidt disse formålene oppfylles i størst grad gjennom en regulering basert på territorialitetsprinsippet, eller ved en regulering basert på universalitetsprinsippet vil nå vurderes, før det konkluderes om det *bør* være adgang til norsk behandling av utenlandsk kredittinstitusjon med filial i Norge.

4.2.2 Finansiell stabilitet

4.2.2.1 Finansiell stabilitet på det norske markedet

Finansiell stabilitet defineres en tilstand hvor kredittinstitusjoner kan ivareta sine de samfunnsfunksjoner.⁴⁴² Begrepet må imidlertid presiseres noe etter den sammenheng det her benyttes i. Da det her er tale om regelverk om allerede inntrådt insolvens i en kredittinstitusjon, vil formålet om finansiell stabilitet nærmere være et formål om å begrense virkningene av insolvens i en kredittinstitusjon. Formålet om finansiell stabilitet i forbindelse med insolvensbehandling av kredittinstitusjoner vil således bestå i å redusere risikoen for systemkrise. Det fremkommer av drøftelsen⁴⁴³ at reglene må være klare, slik at markedsaktørene kan forutberegne sin rettsposisjon og således ikke skremmes til uttakskappløp og tillitssvikt. En optimal regulering i henhold til formålet om finansiell stabilitet må derfor være klart utformet. Videre må det vurderes hvorvidt de klare regler bør bygge på universalitetsprinsippet eller territorialitetsprinsippet for best å sikre finansiell stabilitet ved inntrådt insolvens i en bank. Det er her av betydning om man ser på finansiell stabilitet på nasjonalt nivå eller på et internasjonalt nivå.

Adgangen til offentlig administrasjon av utenlandsk bank i forskriften ble begrunnet i nettopp hensynet til finansiell stabilitet på det norske markedet. Av Kredittilsynets anbefaling til Finansdepartementet om vedtak om offentlig administrasjon av Kaupthing NUF, fremgikk det at man fryktet at den islandske behandlingen ville forfordele norske kreditorer og medføre

⁴⁴¹ Kap.4.2.4.1

⁴⁴² Kap.2.3

⁴⁴³ Kap.4.1

tillitssvikt til det norske banksystemet.⁴⁴⁴ Rationalet er at vertstatsbehandling av bankens aktiva og passiva vil kunne gi kreditorer rask⁴⁴⁵ behandling, og i tilfeller der de nasjonale kreditorer ville komme bedre ut ved en vertstatsbehandling enn i en universell behandling på grunn av den store mengden aktiva som befinner seg innenfor den territorielle jurisdiksjon, vil de nasjonale kreditorers tillit til banksystemet ikke svekkes. Ved at disse gis bedre og raskere dekning enn en universell behandling ville gi dem, begrenser man tapet disse må bære, og reduserer således risikoen for at kreditorene selv misligholder sine forpliktelser grunnet manglende dekning fra den insolvente banken. En territoriell reguleringsmodell kan således redusere risikoen for spredning av likviditetsproblemer fra banken til kreditorene, og dermed redusere systemrisikoen. Dette taler for at dersom det legges en nasjonal forståelse av begrepet «finansiell stabilitet» til grunn, vil en territoriell reguleringsmodell være optimal for å oppfylle formålet om å unngå systemkrise og realøkonomiske konsekvenser av en insolvent bank. Hvorvidt dette argumentet skal veie tungt i vurderingen av optimal regulering, beror imidlertid på hvorvidt formålet om finansiell stabilitet kan vurderes isolert på det nasjonale markedet, eller om et internasjonalt eller fellesskapsrettslig perspektiv må legges til grunn.

4.2.2.2 Finansiell stabilitet på det internasjonale markedet

Hensynet til gjensidig avhengighet mellom det nasjonale og det utenlandske finansmarkedet taler mot at formålet om finansiell stabilitet kan vurderes isolert på det nasjonale markedet. Finansiell stabilitet på det nasjonale markedet er avhengig av den internasjonale økonomiske utviklingen og styringen i andre land, og dårlig regulerte finansinstitusjoner i ett land utgjør en trussel mot stabiliteten i andre land.⁴⁴⁶ Dette skyldes at finansinstitusjoner har omfattende økonomiske forbindelser med hverandre og at verdens finansmarkeder er tett sammenvevde.⁴⁴⁷ Dette gjelder i desto høyere grad for de bankene som avhandlingen behandler, da disse utelukkende er institusjoner med internasjonal virksomhet. Ved vurderingen av formålet om finansiell stabilitet ved insolvensbehandlingen av disse, ville det være kunstig å se på insolvensbehandlingens virkning på det norske markedet isolert. Dette innebærer at selv om begrepet «finansiell stabilitet» tolkes som en henvisning til det norske finansielle markedet, så vil

⁴⁴⁴ Bankenes sikringsfond (2009) s.19

⁴⁴⁵ Kap.4.2.4.4

⁴⁴⁶ NOU 2011:1, pkt. 11.2.5

⁴⁴⁷ NOU 2011:1, pkt. 11.2.5

avhengighetsforholdet og den internasjonale systemrisikoen måtte tas inn i vurderingen, da en stats tiltak i en bank unektelig kan ha virkninger for den finansielle stabilitet i et annet land.

På denne bakgrunnen legger jeg en internasjonal forståelse av begrepet «finansiell stabilitet» til grunn, slik at det ved vurderingen av hvilken reguleringsmodell som best oppfylder formålet om finansiell stabilitet, drøftes virkninger på det internasjonale finansielle markedet, herunder det norske. Dette må gjelde generelt, og spesielt på det indre markedet. Dette skyldes det særlig tette avhengighetsforholdet mellom finansinstitusjonene på det indre marked som oppstår på grunnlag av reglene om fri etablering, tjenesteytelse og kapitaloverføringer, samt den fellesskaplige regulering av kredittinstitusjoner innenfor EØS.

En reguleringsmodell basert på territorialitetsprinsippet som gir adgang til nasjonal behandling av debtors midler, vil kunne ha virkninger på den finansielle stabiliteten i andre land. Eksempelvis kan en norsk insolvensbehandling som gir dekning til norske kreditorer i debtors aktiva som befinner seg i Norge, gå på bekostning av utenlandske kreditorens dekningsgrunnlag. Dette kan lede til finansiell uro og panikk i andre land, som da vil ha insentiv til å foreta seg det samme. Adgangen til såkalt «ring-fencing»⁴⁴⁸ kan gi vertsstatene et insentiv til å iverksette tiltak tidligere enn de ellers ville gjort, for å sikre at deres jurisdiksjon beholder tilstrekkelige aktiva. Dette kan lede til et kappløp som akselererer insolvensprosessen og medfører en såkalt «supervisor`s run» i en bank.⁴⁴⁹ Dette innebærer at tilsynsmyndigheters frykt for å tape kappløpet om skyldnerens aktiva, viser en atferd som utløser tillitssvikt blant kreditorene og således finansiell ustabilitet ved at en institusjon insolvensbehandles før dette er nødvendig. Dette er i strid med prinsippet om at insolvensbehandling skal være siste mulige løsning der andre tiltak ikke kan redde videre drift, og reorganisering ikke er mulig. Nasjonal proteksjonisme kan således skape bank-runs og finansiell ustabilitet i andre land. Dette kan igjen påvirke det norske finansmarkedet, grunnet avhengighetsforholdet som er skapt gjennom internasjonaliseringen av markedet.

En ytterligere fordel med universell regulering, er at en global fremfor lokal insolvensbehandling kan redusere risikoen for systemkrise, ved at risikobyrdene og det eventuelle tap som opp-

⁴⁴⁸ Kap.1.4.2

⁴⁴⁹ Patrikis (1999) s.290.

står ved feilende kredittinstitusjoner, fordeles over flere land.⁴⁵⁰ Flere kreditorer vil være med på å dele tapet ved en helhetlig behandling, sammenliknet med en territoriell behandling hvor de lokale kreditorer må bære tapet dersom debtors aktiva i staten bare gir liten dekning. En territoriell regulering vil være særlig urettferdig og stride mot hensynet til likebehandling av kreditorer i tilfellene der debitor har mer aktiva i andre stater, slik at kreditorer i disse statene får bedre dekning enn eksempelvis norske kreditorer. Slik forskjellsbehandling kan svekke kreditorenes tillit til det nasjonale banksystemet og skape finansiell ustabilitet. Dette taler således for en universell regulering.

Et siste argument som taler mot at versstatsbehandling er ønskelig for å sikre finansiell stabilitet, er at det nasjonale behov for å sikre norske interesser der hjemstaten ikke har evne eller vilje til å gjennomføre en universell insolvensbehandling, kan avhjelpes ved andre virkemidler enn vertstasbehandling. Risikoen for systemkrise og finansiell ustabilitet på de nasjonale marked kan reduseres ved økt tilsyn,⁴⁵¹ kapitaldekningskrav⁴⁵² og ikke minst innskuddsgarantiordninger.⁴⁵³ Formålet med innskuddsgarantiinstituttet er nettopp å redusere systemrisikoen ved at innskytere får sikkerhet for at de får dekket sine innskudd opp til garantigrensen i tilfelle en bankkollaps.⁴⁵⁴ Økonomiske problemer i en bank, eller ryktene om sådan, vil dermed ikke utløse panikk blant innskytere som frykter at innskuddene forsvinner ved en insolvens. Dette taler mot at finansiell stabilitet i det enkelte land nødvendigvis gjør en nødadgang til nasjonal insolvensbehandling.

Jeg kommer etter dette til at en optimal regulering for å sikre finansiell stabilitet vil være en regel om universell behandling i samsvar med universalitets- og enhet-prinsippet.

⁴⁵⁰ Hüpkens (2000) s.143

⁴⁵¹ Eks. Makrotilsyn og makroregulering av finanssektoren, jf. NOU 2011:1 s.21 og Norges Bank (2012) s.7-8, 34.

⁴⁵² Eks. Motsyklisk kapitalkrav for å bedre bankenes kapitaldekning, og bufferkrav i CRD IV som gjennomfører Basel III-anbefalingene, gjennomført i Norsk rett 10.juni 2013, jf. Finanstilsynet (2013) s.36 og NOU 2011:1 s.21.

⁴⁵³ NOU 2011:1 s.21.

⁴⁵⁴ NOU 2011:1 s.99,108.

4.2.3 Likebehandling av kreditorene

En av de største fordelene med en regulering som bygger på universalitetsprinsippet, er at dette sikrer likebehandling av kreditorene, som ellers ville bli behandlet etter forskjellige regler i internasjonale forhold. Direktivets regel sikrer at det foretas en samlet insolvensbehandling hvor alle kreditorer behandles etter samme lands rett, og således sikres like muligheter til å oppnå dekning. En universell behandling som anerkjennes og gis virkning i de øvrige stater hvor debitor har aktiva og passiva, sikrer kreditorfellesskapets interesse i at alle skyldnerens aktiva inngår i boet. Territoriell begrensning av jurisdiksjonen vil i motsatt fall kunne bli utnyttet av debitor selv, eller enkeltforfølgende kreditorer som unndrar aktiva fra beslag eller på annen måte får dekning i skyldnerens aktiva på bekostning av kreditorfellesskapet.⁴⁵⁵

En reguleringsmodell basert på universalitetsprinsippet vil imidlertid ikke være optimal for å sikre likebehandling av kreditorene i de tilfellene der den staten som har eksklusiv kompetanse, faktisk ikke gjennomfører en helhetlig insolvensbehandling. Risikoen for at den staten som skal foreta den helhetlige behandlingen misbruker sin eksklusive kompetanse til å ivareta nasjonale kreditorer, på bekostning av kreditorer i de øvrige land hvor banken har eiendeler og forpliktelser, taler for adgang til vertstatsbehandling. Det var dette hensynet som gjorde seg gjeldende i Kaupthing-saken, og som begrunnet forskriften og vedtaket om norsk vertstatsbehandling av den norske filialen. I banksikringsfondets rapport om behandlingen av Kaupthing hf NUF, heter det følgende:

«[...]avga Kredittilsynet den 10. oktober 2008 tilrådning til Finansdepartementet om å sette filialen under offentlig administrasjon. Bakgrunnen var at det ble vurdert som nødvendig med umiddelbare tiltak for å sikre en avvikling av filialen og hindre at det skjedde en forfordeling av kreditorer. Sentralt i begrunnelsen var derfor hensynet til en lik behandling av norske og islandske kreditorer. Bankens virksomhet ble drevet som normalt i Island, mens virksomheten i Norge var stanset, og innskyterne fikk ikke tilgang til sine midler.»⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Aasheim (2010) pkt.1.1.

⁴⁵⁶ Bankenes sikringsfond (2009) s.19.

Etter Kredittilsynets og Finansdepartementets syn, vil altså en regel om vertstatsbehandling være optimal for å sikre likebehandling av kreditorene i de tilfeller der hjemstatsbehandlingen ikke sikrer dette. En innvending mot dette er at vertstatsbehandling kun vil sikre de nasjonale kreditorer, og ikke kreditorlikhet som sådan. Vertstatsbehandling for å sikre de norske kreditorer rettigheter på lik linje med kreditorene i hjemstaten, kan ikke sies å være i samsvar med kreditorlikhet. Slik vertstatsbehandling kan gå på bekostning av dekningen til kreditorer i øvrige land. Vertstatsbehandling vil således ikke være optimalt for å sikre likebehandling av kreditorer. En slik regel vil kun være optimal for å sikre de nasjonale kreditorer, hvilket ikke omfattes av formålet om likebehandling av alle skyldnerens kreditor.

En optimal regulering for å sikre likebehandling av kreditorene, vil dermed være en regel om helhetlig behandling foretatt av myndighetene i den stat debitor har sin hovedtilknytning, forutsatt at den eksklusive kompetanse benyttes til en behandling som sikrer likebehandling av kreditorene. Risikoen for at den kompetente stat etter universalitetsprinsippet misbruker sin stilling til å sikre nasjonale kreditorer, kan reduseres ved tiltak som hindrer hjemstaten i å komme i slik dyp nasjonaløkonomisk krise at proteksjonisme anses nødvendig eller ønskelig. For eksempel vil de tiltakene som foreslås gjennomført ved Krisehåndteringsdirektivet⁴⁵⁷ redusere risikoen for at hjemstaten misbruker sin eksklusive kompetanse til å ivareta nasjonale interesser på bekostning av de utenlandske kreditorer. Av de relevante tiltakene hjemlet i krisehåndteringsdirektivet kan særlig de følgende nevnes: For det første; opprettelse av finansieringsordninger kapitalisert av hjemstaten, som blant annet skal dekke kostnader ved bruken av tiltakene som etableres ved direktivet, samt sikre likviditet i krisetilfelle i form av garantier, lån eller oppkjøp. For det andre; beredskapsplaner utviklet av bankene for håndtering av finansielle krisesituasjoner og for det tredje; avviklingsplaner utarbeidet av krisehåndteringsmyndigheter i hjemstaten. Et fjerde tiltak av betydning for å unngå og eventuelt løse interessekonflikter mellom hjemstaten og vertstatsene, er oppnevnelsen av EBA⁴⁵⁸ som øverste tilsyns – og forliksorgan.

⁴⁵⁷ KOM(2012)280

⁴⁵⁸ European Banking Authority.

4.2.4 Kostnadseffektivitet

4.2.4.1 Anvendelse av rettsøkonomiske analyser av kostnadseffektivitet

I rettspolitiske analyser kan man benytte økonomiske argumenter om rettsreglers godhet ut fra deres økonomiske virkninger og oppfyllelse av samfunnsøkonomisk effektivitet.⁴⁵⁹ Hensynet til effektiv ressursbruk er et relevant hensyn ved vurdering av optimal regulering av insolvensbehandling av internasjonale kredittinstitusjoner på det indre markedet. Dette fremkommer i direktivets fortale pkt.1, som fremhever at direktivet er fattet for å oppfylle traktatenes mål om utvikling av den økonomiske virksomhet på det indre marked.⁴⁶⁰ Ett av hovedhensynene som begrunner utviklingen av det indre marked, er at dette øker samfunnsøkonomisk overskudd gjennom den effektive ressursallokeringen som skjer dersom man fjerner handelshindringer basert på landegrenser.⁴⁶¹ Ved tolkningen av EU og EØS-rett vurderes det hva som best vil realisere målet om etableringen av et indre marked, herunder målet om samfunnsøkonomisk effektivitet, slik at rettsøkonomiske argumenter er relevante for tolkningen av gjeldende rett og for normative analyser av regelverk som vil være EØS-relevant.⁴⁶² Også i nasjonal regulering om insolvensbehandling av internasjonale banker vil økonomisk effektivitet være et relevant hensyn. Dette skyldes at begrunnelsen for særregulering⁴⁶³ av banker er å sikre finansiell stabilitet og redusere samfunnsøkonomisk tap av en bankinsolvens. Kostnadseffektivitet er således et middel for å oppnå tapsbegrensningsformålet. I tillegg vil effektivitetshensyn være relevante i nasjonal regulering som har EØS-relevans, dersom de nasjonale regler gjennomfører EØS-rett, eller er forpliktet til å gjøre det.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ Kolstad (2008)s.406.

⁴⁶⁰ TEU art. 3.

⁴⁶¹ I NOU 2012:2 pkt.14.3.1 heter det: «Ved etableringen av «The Single Market» i 1992 ble det særlig trukket frem at det indre marked ville bidra til økt verdiskaping gjennom tre kanaler: (i) Utnyttelse av landenes komparative fortrinn gjennom økt handel over landegrensene; (ii) Utnyttelse av skalafordeler som gir mer effektiv produksjon; og (iii) Økt konkurranse mellom produsenter og reduserte prisforskjeller. Det var særlig disse tre effektene som lå til grunn for Cecchini-rapportens analyser av hvilke økonomiske effekter man på sikt kunne forvente å oppnå gjennom å eliminere tekniske, fysiske og skattemessige hindre for et mer integrert marked i Europa. Det var også disse effektene Paul Krugman i 1992 trakk frem i sin analyse av hvilke fordeler EFTA-statene kunne oppnå gjennom etableringen av et Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som på mange måter kan forstås som et slags teoretisk grunnlag for EØS-avtalen.»

⁴⁶² Kolstad (2008) s.401.

⁴⁶³ Kap.3.1.2

⁴⁶⁴ Kolstad (2008) s.401.

Ved vurderingen av om rettsregler leder til effektiv ressursbruk, kan det søkes veiledning i økonomisk teori.⁴⁶⁵ Økonomisk teori gir en normativ standard for vurderingen av rettsregler, betegnet som velferdsøkonomi.⁴⁶⁶ Ved effektiv ressursbruk som normativ standard, kan man vurdere i hvilken grad ulike rettsregler oppfyller den overordnede målsetningen om maksimal ressursutnyttelse og økonomisk velferd.⁴⁶⁷ Det er her tale om anvendelse av rettspolitisk rettsøkonomi, hvilket innebærer analyse av rettsreglene på bakgrunn av normativ økonomisk teori, herunder en målsetning om effektiv ressursbruk.⁴⁶⁸ Med samfunnsøkonomisk effektivitet menes her såkalt «Kaldor-Hicks-efficiency», som foreligger når nytten av en transaksjon overstiger kostnadene ved transaksjonen.⁴⁶⁹ Effektiv ressursallokering vil si at ressurser vil bli effektivt utnyttet uansett hvordan rettigheter og plikter i utgangspunktet er fordelt, dersom forutsetningene om rasjonelle markedsaktører og neglisjerbare transaksjonskostnader er oppfylt.⁴⁷⁰ Transaksjonskostnader består av kostnader forbundet med å søke etter, inngå og kontrollere rettslig bindende disposisjoner, her forstått som skritt i insolvensbehandlingen. Med «administrasjonskostnader» menes både offentlig myndigheters og private aktørers kostnader ved saksbehandling og virkemiddelbruk. Da all virkemiddelbruk medfører administrasjonskostnader, vil det relevante være å sammenligne administrasjonskostnadene ved de alternative vir-

⁴⁶⁵ Kolstad (2008) s.424.

⁴⁶⁶ Kolstad (2008) s.395

⁴⁶⁷ Eide (2008) s.24 og Kolstad(2008) s.395.

⁴⁶⁸ Kolstad (2008) s.396.

⁴⁶⁹ Eide (2008) s.36. og Wilhelmsen(1995) s.3. Samfunnsøkonomisk effektivitet kan også forstås som såkalt «Pareto-effektivitet», som er et annet, strengere effektivitetskriterium oppstilt i økonomisk teori. En løsning er Pareto-effektiv når ingen kan få det bedre uten at minst en får det dårligere. Dette beskrives således en likevekt mellom konsumenter og produsenter som under visse forutsetninger er samfunnsøkonomisk optimal ved at den medfører effektiv ressursallokering. Kriteriet forutsetter en rekke faktorer som ikke vil være oppfylt i virkeligheten, eksempelvis perfekt konkurranse, full informasjon, rasjonelle markedsaktører og identiske marginale kostnader og marginale inntekter. Pareto-effektivitet vil derfor sjelden forekomme i virkeligheten, slik at dette er et upraktisk effektivitetskriterium. Av denne grunn legges det mer fleksible Kaldor-Hicks-kriteriet til grunn i avhandlingens vurdering av kostnadseffektiv regulering, jf. Eide (2008) s.36, Wilhelmsen (1995) s34-36, og Kolstad (2008) s.426.

⁴⁷⁰ Coase-teoremet jf. Eide (2008)s.37

kemidlene.⁴⁷¹ «Tvistekostnader» forstås som kostnader som oppstår ved løsning av uenighet mellom markedsaktørene, gjerne på grunn av uklare regler om avveiningen av konkurrerende interesser.

En regulering av insolvensbehandling av internasjonale banker vil være samfunnsøkonomisk effektiv der den oppfyller formålene om finansiell stabilitet og ivaretagelse av kreditorhensynene, til lavest mulig kostnad. Det vil derfor i det følgende vurderes om en reguleringsmodell basert på universalitetsprinsippet eller territorialitetsprinsippet vil medføre de laveste lavest kostnadene, for dermed å finne frem til den løsning som er mest samfunnsøkonomisk effektiv.

4.2.4.2 Lave transaksjons-, administrasjons – og tvistekostnader

Ett av hovedargumentene i juridisk litteratur for en regulering basert på universalitetsprinsippet, er at dette sikrer den relevante myndigheten i en av statene et helhetsgrep om skyldnerens økonomiske virksomhet. Med en slik oversikt, sparer man kostnader forbundet med administrasjonen av flere parallelle behandlinger og kostnader som oppstår ved eventuelle tvister om hvor formuesgoder og kreditorer har sin tilknytning. Ved universell behandling har det ikke betydning hvor et formuesgode befinner seg eller hvor kreditorer anmelder sine fordringer, da alle kreditorene får dekning i den samme bomassen etter de samme reglene. Det antas derfor at en regulering basert på universalitetsprinsippet er mer kostnadseffektiv enn flere territoriale behandlinger.

På den annen side vil en slik helhetsoversikt kunne være kostnadskrevende å skaffe til veie. For det første kan rettslige forskjeller mellom land på eksempelvis kvalifikasjon av rettigheters karakter⁴⁷² og regler for etablering av sikkerhetsretter, medføre tidkrevende og utfordrende klarlegging av debtors aktiva og passiva, samt kreditorenes prioritet. Også språklige forskjeller kan føre til faktiske misforståelser og tidkrevende oversettelser, som resulterer i høye

⁴⁷¹ NOU 1995:4 pkt. 21.2.5. Uttalelsen knytter seg til administrasjonskostnader ved virkemidler i miljøpolitikken, men er av slik generell karakter at den kan anvendes som en generell definisjon av administrasjonskostnader.

⁴⁷² Eks. Sondring mellom tinglig og obligatoriske rettigheter, og rettsvirkninger knyttet til denne sondringen varierer stort mellom de ulike rettstradisjoner og land, også innad i EU.

transaksjonskostnader ved en universell behandling.⁴⁷³ I tillegg kan geografiske avstander medføre vanskeligheter for gjennomføringen av insolvensbehandling i fremmede land.⁴⁷⁴

Med en klassisk territoriell reguleringsmodell kan man prinsipielt redusere kostnadene ved informasjonsinnsamling over landegrenser, ved at hver stat har ansvar for de aktiva og de kreditorer som befinner seg i vedkommende stat. Man unngår da de kostnadene som skapes av rettslige og faktiske forskjeller mellom statene.⁴⁷⁵ Dette taler for at vertsstatsjurisdiksjon vil generere lavere kostnader enn én universell jurisdiksjon. Mot dette igjen, taler at forskjellene mellom ulike lands regler om hvor et formuesgode befinner seg og dermed hvilke aktiva og passiva som skal omfattes av den enkelte behandling, kan lede til kostnadsskapende konflikter.

Et ytterligere hensyn i vurderingen, er at det for kreditorene er kostnadsbesparende å vite hvor man skal anmelde sine fordringer. Store internasjonale kredittinstitusjoner har anledning til å flytte både aktiva og finansieringskilder elektronisk fra en filial til en annen på et øyeblikk. Det kan da oppstå kostnader på kreditorenes hender dersom mottaker av fordringen beror på hvilket kontor innskuddet ble gjort.⁴⁷⁶ Dette taler for at kreditorenes kostnader vil være lavere ved en universell reguleringsmodell hvor kreditorene anmelder sine fordringer i bankens hovedsete. På den annen side kan det hevdes å være mindre kostnadsskapende for kreditorene å anmelde sine fordringer lokalt, i stedet for å måtte forholde seg til andre lands regler og språk. Dette taler for at kreditorenes kostnader ved fordringsanmeldelsen er lavere ved en territoriell regulering.

Det vil således oppstå kostnader på kreditorenes hender ved fordringsanmeldelsen både ved en territoriell og en universell reguleringsmodell, og det kan ikke konkluderes generelt om hvilken av reguleringsmodellene som medfører de laveste kostnadene. Dette beror på en konkret vurdering av det enkelte tilfellet, slik at hensynet til kreditorenes kostnader ved fordringsanmeldelsen ikke gir noen klare holdepunkter i vurderingen av optimal regulering.

⁴⁷³ Aasheim (2000) s.3, pkt. 1.1.

⁴⁷⁴ Aasheim (2000) s.3, pkt. 1.1.

⁴⁷⁵ Aasheim (2000) s.3, pkt. 1.1.

⁴⁷⁶ Hüpkens (2000) s. 141.

4.2.4.3 Behandling foretas av den med best kunnskap

Dersom beslutninger tas av den part som har mest kunnskap om avgjørelsesgrunnlaget, kan det antas at man vil oppnå best mulig resultat til lavest mulig kostnad, og således oppfylle formålet om kostnadseffektivitet.

Til fordel for universalitetsprinsippet taler at den stats myndigheter som i sin tid gav konsek-
sjon og deretter har hatt tilsyn med institusjonens virksomhet, er i en bedre posisjon enn vert-
statsmyndighetene til å vurdere institusjonens økonomiske virksomhet og egnede tiltak.⁴⁷⁷
Mot dette kan det hevdes at vertstatsmyndighetene har bedre kunnskap om de lokale forhold-
ene der filialen befinner seg, og således har størst innsikt i den økonomiske situasjonen i
vedkommende land.⁴⁷⁸ Dette taler for at de lokale myndigheter er bedre egnet enn hjemstats-
myndighetene til å vurdere og å gjennomføre de tiltakene som vil være effektive lokalt.⁴⁷⁹
Videre kan det tenkes at vertstatsmyndighetenes lokalkunnskap og lokale kontaktnett kan gi
høyere verdi, både ved overdragelse av virksomheten i en eventuell reorganisering, eller ved
realisasjon av aktiva til kreditorfellesskapet ved en avvikling.⁴⁸⁰

Hensynet til at den parten med mest kunnskap skal ha jurisdiksjon til å vurdere og å gjennom-
føre insolvensbehandlingen av internasjonale banker, for således å oppfylle formålet om kost-
nadseffektivitet, taler ikke klart for verken universell eller territoriell regulering. Da hensynet
taler for at både hjemstaten og vertstaten kan være den part med mest kunnskap, gir hensynet
liten veiledning i valget av reguleringsmodell.

4.2.4.4 Hurtighet

Ved insolvensbehandling generelt kan det sies å være et stort behov for rask behandling. In-
solvens er følge av en økonomisk krise og det er ønskelig med rask behandling for å unngå
fall i verdien på eksisterende aktiva og å gjennomføre beslag for å forhindre at aktiva unndras
fra kreditorfellesskapet. Videre vil kreditor og debtors behov for rask avklaring tale for regler

⁴⁷⁷ Garcia (2009)pkt.2.1.

⁴⁷⁸ Østerbø (2009)s.23

⁴⁷⁹ Østerbø (2009)s.23

⁴⁸⁰ Aasheim (2000)pkt.4.5.

som sikrer hurtighet. Behovet for hurtighet gjør seg desto mer gjeldende på kredittmarkedet, grunnet faren for systemkrise og raskt verdifall på det finansielle markedet.

Som det fremgår av drøftelsen over, vil en universell behandling forhindre tvister om hvor formuesgoder og kreditorer befinner seg. Dette er således tidsbesparende og kan tale for at en universell regulering best oppfyller formålet om hurtig behandling. Dette forutsetter imidlertid at tilknytningskriteriet for fastsettelse av den stat med universell kompetanse er klart og ikke byr på tolkningstvil. Direktivets tilknytningskriterium «hjemstat» er eksempel på et klart kriterium som oppfyller formålet om hurtig behandling.

På den annen side vil det være en tidkrevende prosess å innhente informasjon og beslaglegge skyldnerens aktiva og passiva når disse befinner seg i ulike land, med de dertil hørende faktiske og rettslige ulikheter i de respektive rettssystemer. Ved store internasjonale institusjoner vil også selve behandlingen være en omfattende og tidkrevende prosess. Dette taler for at parallelle vertsstatsbehandlinger lettere gir oversikt og kan behandle de enkelte krav innenfor sitt territorium på kortere tid enn ved en universell helhetsbehandling.

I tilfeller der det oppstår tvister om hvilken av vertsstatene som har kompetanse til å behandle de ulike aktiva og krav, vil imidlertid en territoriell behandling kunne trekke ut i tid. Det vil derfor måtte bero på en konkret vurdering av den enkelte situasjon, hvorvidt tidskostnadene ved innhenting av informasjon ved en helhetlig behandling, overskrider tidskostnaden ved eventuelle tvister om hvor formuesgoder befinner seg og i hvilken jurisdiksjon de ulike kreditorer skal anmelde sine fordringer.

Det er derfor ikke lett å konkludere denne generelle drøftelsen av hvilken reguleringsmodell som best oppfyller hensynet til hurtig behandling. De øvrige formål og hensyn må være avgjørende. En overvekt av de drøftede hensyn taler for en reguleringsmodell basert på universalitetsprinsippet.

4.2.5 Reformforslag

På denne bakgrunn kan det oppstilles to endringsforslag. For det første foreslås det å oppheve forskriften i sin helhet, eller å endre den til å bare omfatte kredittinstitusjoner med hovedsete utenfor EØS-området slik at den nasjonale regulering er i samsvar med EØS-retten.

For det andre fremsettes det forslag om å gi norsk lov eller forskrift som gjennomfører direktivets bestemmelser. Dette vil sikre tilgjengelighet, klarhet og således forutberegnelighet for markedsaktørene. Det vil etter dette ikke være adgang til norsk behandling av banker og kredittforetak med hovedsete i annen EØS-stat. Insolvensbehandling vil da åpnes og gjennomføres av institusjonens «hjemstat», slik dette blir tolket i direktivet, da dette et klart og forutberegnelig kriterium for insolvensjurisdiksjon, som samsvarer godt med de øvrige regler på finansmarkedet. Vedtakelsen av en norsk lov eller forskriftsbestemmelse som gjennomfører direktivets bestemmelser kan gjøres med hjemmel i bsl. §§ 1-1(4) og 4-1(3).

5 Avsluttende bemerkninger

Gjeldende rettsregler for institusjoner med hovedsete innenfor EØS-området er et tolkningsresultat av en norsk forskrift som strider mot et EU direktiv og NKK, og således er tolket i samsvar med direktivet etter presumsjonsprinsippet. En så uklar rettssituasjon er ikke ønskelig ut fra formålet om finansiell stabilitet og hensynet til Norges EØS-rettslige forpliktelser, og det er behov for rettsendring. Formålene med insolvensbehandling av banker er best oppfylt ved en universell insolvensbehandling. Dette forutsetter imidlertid at hjemstater har evne og vilje til å foreta en insolvensbehandling som ivaretar kreditorlikhet, finansiell stabilitet og kostnadseffektivitet. Dette kan sikres gjennom det reguleringsarbeidet som nå pågår på finansmarkedsområdet i forbindelse med gjennomføringen av et nytt krisehåndteringsdirektiv. Tiltakene reduserer risikoen for systemkrise, herunder risikoen for så alvorlige bankkriser at nasjonaløkonomiske behov tilsier proteksjonistisk atferd hos den stat med eksklusiv kompetanse til å foreta insolvensbehandling. En nasjonal gjennomføring av Winding-up direktivet ville være et naturlig og ønskelig ledd i det reformarbeidet som for tiden pågår i finansmarkedsretten.

Referanser

Litteratur

- Aarbakke (2012) Aarbakke, Magnus...[et al.] *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 3. Utg. Oslo, 2012.
- Aasheim (2002) Aasheim, Heidi. *Norsk konkursjurisdiksjon i internasjonalt perspektiv*. Konkursrådet, 2000.
<http://www.konkursrådet.no/norsk-konkursjurisdiksjon-i-internasjonalt-perspektiv.5304602-307312.html>
- Allen (2005) Allen, William A, Wood; Geoffrey. *Defining and achieving financial stability*, LSE Financial markets group, Special Paper no 160, april 2005.
<http://www.lse.ac.uk/fmg/documents/specialPapers/2005/sp160.pdf>
- Andenæs (2006) Andenæs, Mads H. *Aksjeselskaper*, 2006.
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Konkursrett*, 3 utg. Oslo, 2009.
- Baxter (2004) Baxter, Thomas C, Hansen, Joyce M, Sommer, Joseph H. *Two Cheers for Territoriality: An Essay on International Bank Insolvency Law* (2004) 78 American Bankruptcy Law Journal 57
<http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ambank78&id=67>
- Bogdan (1984) Bogdan, Michael, *Internationell konkurs- och ackordsrätt*, Stockholm, 1984
- Brækhus (1970) Brækhus, Sjur. *Konkursrett, utvalgte emner*. Oslo, 1970
- Brækhus (1991-I) Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 1. Den personlige gjeldsforfølgning- gjeldseksekusjon, gjeldsforhandling og konkurs*, 3. utg. Oslo, 1991
- Bråthen (2007) Bråthen, Tore, *Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien?*, i Franzen,

- Torstien, Giertsen, Johan, Cordero-Moss, Giuditta(red)), rett og toleranse. Festskrift for helge Johan Thue, Oslo 2007 s.198-209.
- Bull (2002) Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital, import av finansielle tjenester*, Oslo, 2002.
- Campbell (2005) Campbell, Andrew, *Issues in Cross-Border Bank Insolvency: the European Community Directive on the Reorganisation and Winding-Up of Credit Institutions*, In: Department L; IMF (eds.) *Current Developments in Monetary and Financial Law*. International Monetary Fund, Washington, D.C. 515-536
www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/campb.pdf
- Čihák (2006) Čihák ,Martin. *How Do Central Banks Write on Financial Stability?* IMF working paper 06/163
<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp06163.pdf>
- Cordero-Moss (2010) Cordero-Moss, Giuditta. *Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett*, i Knudsen, Gudmund, Norrmann, Kristin og Woxholth, Geir. *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo, 2010
- Cordero-Moss (2013) Cordero-Moss, Giuditta, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013.
- Cordes (2010) Cordes, Jørg, Stenseng, Laila, Lenda, Peter. *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, Oslo, 2010
- Cunningham (1996) Cunningham, Daniel, and Thomas C. Werlen, *Cross-border insolvencies in search of a global remedy*, in: *International Financial Law Review (IFLR)*, December 1996, 51.

- Dragvold (2012) Dragvold, Petter, *Hjemmehørende-begrepet i skatteloven § 2-2*, Skatterett · 2/2012 [31] 97–119
<http://static.squarespace.com/static/520a11dae4b0b43f79757ed7/t/520b8af5e4b0734e32e2d82e/1376488181588/Hjemmehorende-begrepet%20i%20skatteloven.pdf>
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5.utg Oslo, 2001
- Eckhoff og Knudsen(2000) Eckhoff, Anders og Knudsen, Gudmund. *Flytting av hovedadministrasjonen til et norsk allmennaksjeselskap eller aksjeselskap til utlandet*, Festskrift til Finn Berg Jacobsen, Oslo, 2000.
- Eide (2008) Eide, Erling, Stavang, Endre, *Rettsøkonomi*, Oslo 2008.
- Fletcher(2005) Fletcher, Ian F. *Insolvency in private international law, National and International Approaches*, 2.utg. New York, 2005.
- Gaarder (2000) Gaarder, Karsten. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3 utg. Oslo, 2000.
- Garcia (2009) Gillian G.H. Garcia, Rosa M. Lastra, María J. Nieto, (2009) *Bankruptcy and reorganization procedures for cross-border banks in the EU: Towards an integrated approach to the reform of the EU safety net*, Journal of Financial Regulation and Compliance, Vol. 17 Iss: 3, pp.240 – 276
<http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?issn=1358-1988&volume=17&issue=3&articleid=1800813&show=html>
- Graver (1999) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo, 1999
- Helgadottir (2012) Helgadóttir, Ragnhildu, *Economic crisis and emergency powers in Europe*, Harvard Business Law review, 2008.
<http://www.hblr.org/2012/03/eu-economic-emergency-powers/>
- Hemels (2009) Hemels, Rompen...[et.al.] *Freedom of establishment or free movement of capital: is there an order of priority? Conflicting visions of national courts and the ECJ*. (2.oktober, 2009). EC tax review, vol.1, pp.19-31

- Huser (1988-I) Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs*, bind 1, Bergen, 1988.
- Huser (1988-II) Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs*, bind 2, Bergen, 1988.
- Hüpkes (2000) Hüpkes, Eva H.G. *The Legal Aspects of Bank Insolvency – a comparative analysis of Western Europe, the United States and Canada*. Haag (2000)
- Israël (2005) Israël, Jona. *European cross-border insolvency regulation: a study of regulation 1346/2000 on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a Comitatus Europaea*, Antwerpen, 2005.
- Knutsen (2008) Knutsen, Sverre. *Finansielle kriser i aktuelt og historisk perspektiv*, *Magma*, *Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, 2/2008.
<http://www.magma.no/finansielle-kriser-i-aktuelt-og-historisk-perspektiv>
- Kolstad (2008) Kolstad, Olav. *Rettsøkonomi i juridisk argumentasjon*. TFR 2008 s.393-441
- Konow (2000) Konow, Berte-Elen, *Løseørepant over landegrensar*, Bergen, 2006
- LaBrosse (2011) LaBrosse, John R, Olivares-Caminal, Rodrigo, Sigh, Dalvinder, *managing risk in the financial system*, Cheltenham 2011.
- Lastra (2011) Lastra, Rosa M. *Cross-border bank insolvency*. New York, 2011.
- Lundgaard (2002) Lundgaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3.utg, Oslo 2000.
- Mason (2008) Mason, Rosalind F. *Cross-border insolvency law : where private international law and insolvency law meet*, I Omar, Paul (Ed.) *International Insolvency Law: Themes and Perspectives* s. 27-60. UK, (2008)
- Moss (2006) Moss, Gabriel, Wessels, Bob. *EU Banking and Insurance Insolvency*, Oxford, 2006.
- Myklebust (2011) Myklebust, Trude. *Innføring i finansmarkedsrett*. Bergen, 2011

- Nazarian (2012) Nazarian, Henriette, Nylund, Anna, *Konkursrett*, Tromsø 2012.
- Nielsen (1994) Nielsen, Poul Runge. *Services and establishment in European Community Banking Law*, København 1994
- O`Connel (2013) O`Connel, Edel, *An Analysis of the ECJ case law on Investment and the Delineation between the Fundamental Freedoms*, Mayer Brown Publication 21.Juni 2013.
- <http://www.mayerbrown.com/Viktoria-Bognar-Carbon-leakage-and-distortion-of-competition-between-EU-and-non-EU-airlines-and-hub-airports-winner-of-the-Mayer-Brown-Legal-Business-Prize-20112012-for-best-thesis-concerning-the-impact-of-EU-law-on-business/>
- Patrikis (1999) Patrikis, Ernest T. Role and Functions of Authorities: *Supervision, Insolvency Prevention and Liquidation*, I Gionvanoli, Mario, Heinrich, Gregor. *International Bank Insolvencies: A Central Bank Perspective* (1999) s.283
- Reiersen (2010) Reiersen, Bugge Hedvig; Sjøfjell, Beate. *NUF-kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 123, 3/2010
- Ruud (2011) Ruud, Morten, Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. 4 utg. Oslo (2011).
- Schwarcz (2013) Schwarcz, Steven. *Ringfencing*, Southern California Law review, 2013.
- <http://lawreview.usc.edu/wp-content/uploads/Schwarcz-87-1-Final-PDF.pdf>
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik...[et.al.] *EØS-rett*, 3 utg. Oslo, 2011
- Terra (2008) Terra, Ben J.M, Wattel, Peter, *European tax law*, 5.utg. Amsterdam, 2008.
- Usher (1988) Usher, John. *Financial services in EEC law*, ICLQ 1988.

- Vestad (2011) Vestad, Julia, *Sikrere enn banken*, Studentavhandling 2013, UiO.
<https://www.duo.uio.no/handle/10852/38680?show=full>
- Wessels (2009) Wessels, Bob, Verweij, Anton, Bootsma, Simone, Dufourné. Barbara. *Financial Institutions in European Insolvency Law, Comparative and International Insolvency law central Themens and thoughts*, Papers from the Honours Class; Comparative and International Insolvency law organised at Leiden Law School, Nederland Mas – Juni 2009, IN-SOL Europe Technical Series.
<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/362/4011.html>
- Wilhelmsen (1995) Wilhelmsen, Trine-Lise. *Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet*. TFR 1995 s.1-240.
- Wood (2007) Wood, Philip R. *Principles of International Insolvency*, 2 utg. London 2007
- Woxholth (2012) Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, Oslo, 2012
- Østerbø (2009) Østerbø, Lars-Erik. *Offentlig administrasjon av filial av bank med hovedsete i annen EØS-stat*, Konkursrådet 25.05.2009
<http://www.konkursradet.no/offentlig-administrasjon-av-filial-av-bank-med-hovedsete-i-annen-eos-stat.5305199-300307.html>
- Øverli (2003) Øverli, Frode. *Utviklingen i europeisk bankstruktur og implikasjoner for finansiell stabilitet*, Penger og kreditt 3/2003 s. 163-173.
http://www.norgesbank.no/Upload/import/publikasjoner/penger_og_kreditt/2003-03/overli.pdf

Norske lover

- Bsl. Banksikringsloven 6. desember 1996 nr.75
- Bubyggl. Bustadbyggjelagslova av 6.juni 2003 nr.38
- Deknl. Lov om fordringshavernes dekningsrett 8.juni 1984 nr.59

| | |
|---------------|--|
| EØSl. | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 23. |
| Fivl. | Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 10.juni 1988 nr.40 |
| fml | Lov om forsikringsformidling 10 juni 2005 nr.41 |
| Forbl. | Lov om forretningsbanker av 24.5.1961 nr.2 |
| Fregl | Foretaksregisterloven |
| Kkl. | Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8.juni 1984 nr.58 |
| Postbl. | Lov om Postbanken BA 6.6.1992 nr.51(opphev) |
| Sentralbankl. | Lov av 24.mai 1985 nr.28 om Norges Bank og pengevesenet mv |
| Spbl. | Lov om sparebanker av 24.5.1961 nr.1 |
| Tvfbbl. | Lov om tvangsfullbyrdelse av 26.juni 1992 nr.868 |
| Tvl. | Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17.juni 2005 nr.90 |
| Vhphl. | Lov om verdipapirhandel av 29.juni 2007 nr 75 |

Norske forskrifter

Forskrift av 2.mai 1994 nr.326 om filial av banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, m.m

Forskrift av 2.mai 1994 nr.326 om filial av banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, m.m

Forskrift av 7.juli 1994 nr.717 om grenseoverskridende tjenesteyting av utenlandske banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat innenfor Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet.

Forskrift av 23.April 2003 nr.549 om underretting og kunngjøring ved reorganisering og avvikling av finansinstitusjoner

Forskrift av 12. oktober 2008 om offentlig administrasjon av filial med hovedsete i fremmed stat

Forskrift av 3.februar 2009 om endring av forskrift 12.oktober 2008 nr.1101 om offentlig administrasjon av filial av bank med hovedsete i fremmed stat(endringsforskriften)

Forarbeider

Proposisjoner

Ot.prp.nr.85(1991-1992)

Ot.prp.nr.35(2008-2009)

Ot.ptp.nr.50 (1984-1985)

Ot.prp.nr.63(1995-1996)

Ot.prp.nr.50 (1980-81)

Ot.prp.nr.52(1933)

Ot.ptp.nr.52(1993)

St.prp.nr.6 (2008-2009)

St.prp.nr.5(2008-2009)

Norges offentlige utredninger

NOU 1972:20 *Gjeldsforhandling og konkurs*

NOU 1995:25 *Sikringsordninger og offentlig administrasjon m.v av finansinstitusjoner. Utredning nr.2 frå Banklovkommisjonen*

NOU 1995:4 *Virkemidler i miljøpolitikken*

NOU 2000:9 *Konkurranseflater i finansnæringen*

NOU 2011:1 *Bedre rustet mot finanskriser*

NOU 2012:2 *Utenfor og innenfor*

Vedtak og beslutninger

Vedtak om offentlig administrasjon av Kaupthing Banks filial i Norge 12.oktober 2008

EØS-komiteéns beslutning nr.167/2002 av 6.desember 2002

Rapporter og utredninger

- Finanstilsynet (2013) Finanstilsynet, *Finanstilsynets årsmelding 2013*.

http://www.finanstilsynet.no/Global/Venstremeny/Rapport/2014/Arsmelding_2013.pdf
- Norges Bank (2012) Norges Bank, Finanstilsynet og Finansdepartementet. *Organisering av og virkemidler for makroovervåking av det finansielle systemet*, Rapport fra en arbeidsgruppe med medlemmer fra Norges Bank, Finanstilsynet og Finansdepartementet, 2012
http://www.regjeringen.no/pages/36861944/rapport_makroovervaking.PDF
- Norges Bank (2010) Norges bank, *Finansiell stabilitet 1/10*, Norges Banks rapportserie nr.2-2010.
http://www.norgesbank.no/Upload/80064/Finansiell_stabilitet_rapport_1_2010.pdf
- Norges Bank (2006) Norges Bank, *Norske finansmarkeder – pengepolitikk og finansiell stabilitet*. Norges banks skriftserie. Nr. 34. Oslo 2004.
- Innstilling (1958) Penge- og Bankkomiteens innstilling av 19.desember 1958

| | |
|------------------------------|---|
| Bankenes sikringsfond (2009) | Bankenes sikringsfond, <i>Evaluering av håndteringen av krisen i Glitnir Bank ASA og Kaupthing Bank hf NUF.</i> (2009). http://www.bankenessikringsfond.no/no/hoved/nyheter/evaluering-av-krisen-hosten-2008/ |
| Andenæs (2010) | Andenæs, Mads Henry, <i>Norsk internasjonal insolvensrett</i> , utredning oppnevnt av Justisdepartementet i februar 2009. Avgitt til Justisdepartementet i oktober 2010. http://www.regjeringen.no/pages/14584765/Utredning_Norsk_internasjonal_insolvensrett.pdf |

EU-direktiver og forordninger

| | |
|--|--|
| Ep/Rdir 2001/24/EØF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF af 4. april 2001 om sanering og likvidation af kreditinstitutter (Winding-up-direktivet) |
| EP/Rdir 1989/646/EF (annet bankdirektiv) | Annet Rådskdirektiv av 15. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om adgang til å starte og utøve virksomhet som kredittinstitusjon og om endring av direktiv 77/780/EØF (Bankdirektiv nr. 2) |
| EP/Rdir 2013/36/EU | Directive of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC Text with EEA relevance (CRD IV) |
| EP/Rdir 2006/49/EF | Europaparlaments- og rådskdirektiv 2006/49/EF av 14. juni 2006 om verdipapirforetaks og kredittinstitusjoners kapitaldekningsgrad (omarbeiding) (Kapitaldekningsdirektivet) (CRD) |
| Rfo 1346/2000 | Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 af 29. maj 2000 om |

konkurs
(EUs konkursforordning)

| | |
|---|--|
| EP/Rfo 575/2013 | Europa-Parlamentets og Rådets forordning (eu) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af forordning (eu) nr. 648/2012 |
| EP/Rdir 2006/48/EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48/EF af 14. juni 2006 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut |
| EP/Rdir 2009/138/EF (Innskuddsgarantidirektivet) | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/14/EF af 11. marts 2009 om ændring af direktiv 94/19/EF om indskudsgarantiordninger for så vidt angår dækningsniveau og udbetalingsfrist |
| Direktiv 2009/138/EF(Solvency II) | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed |
| EP/Rfo 462/2013 | Europa-parlamentets og Rådets forordning (EU) Nr. 462/2013 af 21. maj 2013 om ændring af forordning (EF) nr. 1060/2009 om kreditvurderingsbureauer |
| KOM(2012) 280 | Forslag til europaparlaments- og rådsdirektiv om etablering av et rammeverk for gjenoppretting og avvikling av kredittinstitusjoner og verdipapirforetak, ved Kommissjonens framlegg KOM(2012) 280 |
| EP/Rdir 2000/12/EF | Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/12/EF av 20. mars 2000 om adgang til å starte og utøve virksomhet som kredittinstitusjon. |

| | |
|--------------------|---|
| EP/Rdir 2009/14/EF | Directive 2009/14/EC of The European Parliament and of 63 the Council of 11 March 2009 amending Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes as regards the coverage level and the payout delay. (Innskuddsgarantidirektivet) |
| EP/Rdir 2002/47/EF | Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/47/EF af 6. juni 2002 om aftaler om finansiel sikkerhedsstillelse |
| EP/Rdir 1998/26/EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/26/EF af 19. Maj 1998 om endelig afregning i betalingssystemer og værdipapirafviklingssystemer (Sluttavregningsdirektivet) |

Utenlandske lover

| | |
|---------|---|
| Danmark | Dansk Lov Nr. 122 af 15. April 1930 § 16, 3. Stykke, jf. Kongelig anordning nr.250 af 1.september 1934 om konkurs, som er erklæret i Danmark, og som omfatter formue i Finland, Island, Norge eller Sverige |
| Island | islandsk finansieringsvirksomhedslov Lov no.44/2009 som endrer lov no. 161/2002. |
| Finland | Konkurslagen, konkurssilaki 120/2004 |
| Finland | Laki luottolaitostoiminnasta 121/2007 |
| Island | Islandsk stortingsbeslutning av 6.10.2008 i Lov 125/2008) |
| UK | Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001. |
| Sverige | Lag (1981:7) om verkan av konkurs som inträffat i annat nordiskt land |
| Sverige | Konkurslag (1987:672) |

Traktater og Modellover

| | |
|------------|--|
| Modelloven | UNCITRAL Modellaw on Cross-border Insolvencies(1997) |
| NKK | Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs |
| TEU | Traktaten om den Europeiske Union |
| TEUF | Traktaen om Oprettelse af Det Europæiske Fælleskab, nå TEUF – Traktaken om Den Europæiske Unions Funktionsmåde. Lisboa 1.december 2009. |
| ODA | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA). Oporto, 2. mai 1992. |
| EØS | Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområdet Oporto, 2. mai 1992 |

Rettspraksis

Publiserte norske dommer

| | |
|--------------|---------------|
| Rt.2008.1739 | Rt.1997.580 |
| Rt.2005.1365 | Rt.2013.556 |
| Rt.1988.1110 | Rt.1987 s.456 |
| Rt.2004.1018 | Rt.1891.329 |
| Rt.1997.580 | Rt.1993.218. |

Upublicerte norske dommer

TOSLO-2011-65228

LB- 2009-190671

LB-2008-093629

EU-dommer

| | |
|---|---|
| C-6/90 og C-9/90 <i>Francovich</i> | Joined cases C-6/90 and C-9/90 Andrea Francovich m.fl.mot Den Italienske Republik |
| C-19/90 og C-20/90 <i>Karella og Karellas</i> | Joined cases C-19/90 og C-20/90 Marina Karella and Nicolas Karellas v Minister for Industry, Energy and Technology and Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE. |
| C-55/94 <i>Gebhard</i> | C-55/94 Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano |
| C-76/90 <i>Säger</i> | C-76/90 Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd. |
| C-72/83 <i>Campus oil</i> | C-72/83 Campus Oil Limited and others v Minister for Industry and Energy and others. |
| C-91/92 <i>Dori</i> | C-91/92 Paola Faccini Dori v. Recreb Srl |
| C-46/93 og C-48/93 <i>Brasserie du Pêcheur</i> | Joined cases C-46/93, C-48/93 <i>Brasserie du Pêcheur v. Tyskland</i> |
| C-106/89 <i>Marleasing</i> | C-106/89 Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA |
| C-113/89 <i>Societe</i> | C-113/89 Rush Portuguesa Ld ^a v Office national d'immigration |
| C-124/97 <i>Markku</i> | C-124/97 Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd and Oy Transatlantic Software Ltd v Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) and Suomen valtio (Finnish State) |

| | |
|---|---|
| C-13/91 og C-113/91 <i>Debus</i> | Joined cases C-13/91 og C-113/91 Criminal proceedings against Michel Debus |
| C-169/91 <i>Stoke-on-Trent</i> | Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc. |
| C-178/84 <i>Kommisjonen</i> | C-178/84 Commission v Tyskland |
| C-178/84 <i>Kommisjonen mot Tyskland</i> | C-178/84 Commission v Germany |
| C-177/82 <i>Van de Haar</i> | Joined cases 177/82 og 178/82, van de Haar og de Meern. |
| C-222/95 <i>Société civile</i> | C-222/95 Société civile immobilière Parodi |
| C-250/95 <i>Futura</i> | C-250/95 Futura Participations and Singer v Administration des contributions |
| C-239/90 <i>Boscher</i> | C-239/90 Boscher, studer et fromentin v sa British motors wright m. fl |
| C-288/89 <i>Stichting</i> | C-288/89 Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v Commissariaat voor de Media |
| C-283/81 <i>CILFIT</i> | C-283/81 CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health |
| C-286/82 og C-26/83 <i>Luisi</i> | Forenede saker C-286/82, C-26/83 Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro |
| C-390/99 <i>Canal Satélite</i> <i>lite</i> | C-390/99 Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado, and Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS |
| C-362/88 <i>GB-INNO-</i> | GB-INNO-BM v Confédération du commerce luxembourgeois |

| | |
|--|--|
| C-352/85 <i>Bond</i> | C-352/85 Judgement of 26 April 1988, Bond van Adverteerders Netherlands State |
| C-448/98 <i>Jean-Pierre</i> | C-448/98 Judgement of 5.december 2000 Jean-Pierre Guimont |
| C-85/12 <i>LBI</i> | C-85/12 LBI hf, tidligere Landsbanki Islands hf mot Kepler Capital Markets SA Frédéric Giroux, |
| C-233/09 <i>Dijkman</i> | C-233/09 Gerhard Dijkman and Maria Dijkman-Lavaleije v Belgische Staat |
| C-210/06 <i>Cartesio</i> | C/210-06 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt mot Ungarn |
| C-298/05 <i>Columbus</i> | C-298/05 Columbus Container Services BVBA & Co. v Finanzamt Bielefeld-Innenstadt |
| C-452/04 <i>Fidium Finanz</i> | C-452/04 Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. |
| C-282/04 og C-283/04 <i>Commission</i> | Joined cases C-282/04, C-283/04 Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands. |
| C-167/01 <i>Inspire Art</i> | C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd. |
| C-208/00 <i>Überseering</i> | C-208/00 Überseering BV v Nordic Construction Company Bau-management GmbH (NCC). |
| C-463/00 <i>Commission v Spain</i> | C-463/00 Commission of the European Communities v Kingdom of Spain. |
| C-12/00 <i>Kommisjonen mot Spania</i> | C-12/00 Commission v Spain |

EFTA-domstolens avgjørelser

- E-15/12 *Wahl* Case E-15/12 - Jan Anfinn Wahl v the Icelandic State 22 July 2013.
(Ikke publisert pt.)
- E-12/13 *Icesave* Case E-12/13 - EFTA Surveillance Authority v Iceland
(Ikke publisert pt.)
- E-4/01 *Karlsson* E-4/01 - Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State
EFTA Ct. Rep [2002] p. 240
- E-9/97
Sveinbjörnsdóttir E-9/97 – Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland
EFTA Ct. Rep [1998] p. 95
- E-1/07 A E-1/07 - Criminal proceedings against A
EFTA Ct. Rep [2007] p. 246
- E-1/00 *Íslandsbanki* E-1/00 - State Debt Management Agency v Íslandsbanki-FBA hf.
EFTA Ct. Rep [2000-2001] p. 8
- E-2/06 *ESA v Norge* E-2/06 - EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway
EFTA Ct. Rep [2007] p. 164
- E-3/98 *Herbert* Case E-3/98 - Herbert Rainford-Towning
EFTA Ct. Rep [1998] p. 205

Permanent Court of International Justice

«Lotus-saken» **The Case of the S.S Lotus,
France v. Turkey**

P.C.I.J.Ser.A No.10

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm

Utenlandske dommer

Dom av High Court of Justice i London 16.mars 2011

Dom av Cour d'appel de Paris 4.november 2010

Amsterdam District Courts avgjørelse 13.october 2008, *JOR* 2008,

Amsterdam District court avgjørelse av 8.mars 2010 (JOR 2010,190)

Andre kilder

- Businesswire(2009) Businesswire, *Kaupthing - agreement with the Board of Administration of Kaupthing Bank hf NUF* (Norway) (2009) 30.01.2009.
<http://www.businesswire.com/news/home/20090130005385/en/Kaupthing---agreement-Board-Administration-Kaupthing-Bank#.Uw9mzHbKxaQ>
- ECB ECB, What is financial stability?[sitert 20.05.2014]
<http://www.ecb.europa.eu/pub/fsr/html/index.en.html>
- European Commission(2007) Summary of the public consultation on the reorganisation and winding-up of credit institutions, December 2007
- Finansdepartementet(2009) Finansdepartementet v Kristin Halvorsen, pressemelding 4.2.2009. nr.15/2009 sitert fra regjeringen.no/finansdepartementet
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/presesenter/pressemeldinger/2009/--svart-fornoyd-med-at-innskytere-i-kaup.html?id=544822>
- Finanstilsynet(2014) Finanstilsynet, *Gode resultater både for banker og forsikrings-selskaper i 2013*. Pressemelding 5.3.2014. Tilgjengelig på:
http://www.finanstilsynet.no/no/Artikkelarkiv/Pressemeldinger/2014/1_kvartal/Gode-resultater-bade-for-banker-og-forsikringsselskaper-i-2013/

- Justisdepartementet(1998) Justisdepartementets brev av 06.01.1998, relevante deler sitert fra Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuesrettens område*, Oslo, 2013, s.295-308.
- Kredittilsynet(2008) Kredittilsynets tilrådning(2008): Kredittilsynet, tilrådning om avvikling av filial til Finansdepartementet, 10.10.2008.
- Sandvik(2010) Siv Sandvik, *Cross Border Crisis Management in the Bankin sector. The problems in practice: Kaupthing Norway*. Presentasjon, INSOL Europe Academic Forum & Centre for European Company Law, Joint Insolvency Conference, Leiden 2. juli 2010.
http://www.google.no/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.insoleurope.org%2Fdownload%2Ffile_%2F2839&ei=xHiLU8q5PIHHPJ_mgMgJ&usg=AFQjCNG67yWHG1Dl_NvvgUI3n35pigKOgw