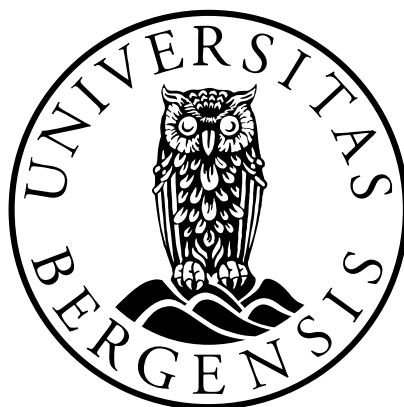


Rekkevidden av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet ledd

Kandidatnummer: 141

Antall ord: 14971



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Temaet for oppgaven.....	3
2 Metodiske bemerkninger	7
2.1 Utgangspunktene	7
2.2 En skandinavisk tilnærming	8
3 Deknl. § 5-7 første ledd	10
3.1 Kort om bestemmelsen.....	10
3.2 Skal en plikt avtalt senest samtidig som gjeldspådragelsen til senere å stille tilleggssikkerhet anses som pant for eldre gjeld?.....	12
4 Rekkevidden av finansikl. § 5 annet ledd	20
4.1 Må sikkerhetsstillelsen ha et bestemt formål for å få vern mot omstøtelse?.....	20
4.1.1 Direktivet og den internasjonale regelen.....	20
4.1.2 De nasjonale rettskildefaktorene	21
4.1.3 Utenlandsk rett: svensk og dansk rett.....	24
4.1.4 Oppsummering	26
4.2 Må en ombyttet sikkerhet ligge innenfor et bestemt verdiintervall for å få vern mot omstøtelse?.....	27
4.2.1 Direktivet og den internasjonale regelen.....	27
4.2.2 De nasjonale rettskildefaktorene	29
4.2.3 Utenlandsk rett: svensk og dansk rett.....	35
4.2.4 Oppsummering	37
4.3 Et unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a?.....	38
4.3.1 Direktivet og den internasjonale regelen.....	38
4.3.2 De nasjonale rettskildefaktorene	39
4.3.3 Utenlandsk rett: svensk og dansk rett.....	42

4.3.4	Oppsummering	45
4.4	Et unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav b?.....	47
5	Kilder.....	48
5.1	Lovgivning	48
5.2	Lovforarbeider.....	48
5.3	Rettspraksis	49
5.4	EØS-direktiver og EØS-rapporter.....	50
5.5	Litteratur.....	50

1 Innledning

1.1 Temaet for oppgaven

Temaet for oppgaven er rekkevidden av lov om finansiell sikkerhetsstillelse (forkortet finansikl.) § 5 annet ledd som gjennomfører artikkel 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii i minimumsdirektivet¹ 2002/47/EF (heretter direktivet).²

Det fremgår av finansikl. § 5 annet ledd at «En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt.»

Bestemmelsen er ment å beskytte finansiell sikkerhet mot omstøtelse etter den objektive regelen om pant for eldre gjeld i dekl. § 5-7.³ Den regulerer ikke forholdet til andre omstøtelsesgrunnlag, jf. passusen «alene på det grunnlag».

Etter dekl. § 5-7 finnes det to grunnlag for å omstøte⁴ skyldners sikkerhetsstillelse for eldre gjeld:

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

- a) pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, eller
- b) rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt.»

Forholdet mellom finansikl. § 5 annet ledd og dekl. § 5-7 reiser flere rettslige problemstillinger, både når det gjelder hvilke av alternativene i dekl. § 5-7 som finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra og eventuelle forutsetninger eller begrensninger som må innfortolkes i finansikl. § 5 annet ledd for at unntak skal bli aktuelt.

¹ Se direktivets fortale punkt 22 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 8. Direktivet er dermed ikke til hinder for at medlemsstatene går lenger i å sikre direktivets formål enn det direktivet krever.

² Rekkevidden til finansikl. § 5 annet ledd er etter gjeldende rett ikke avklart, se Karl Rosén, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse med kommentarer*, Oslo 2011 (forkortet Rosén) s. 5. Forfatteren skriver at enkelte deler av loven byr på så vidt store tolkningsutfordringer, at sentrale deler av fremstillingen er mer åpent drøftende enn det man vanligvis ser i kommentarutgaver.

³ Se Reidar Myhre, «Nytt i konkurs- og pantelovgivningen. Legalpant for boomkostninger, lov om finansiell sikkerhetsstillelse m.v.», *Konkursråd*, 2004-24 (forkortet Myhre) s. 7-30 (s. 28).

⁴ En konkursrettslig omstøtelse er en omgjøring av en rettslig disposisjon som er foretatt før konkursåpningen, se Jon Gisle, *Jusleksikon*, 5. utgave, 2017 s. 299 og Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 (forkortet Andenæs) s. 285.

I punkt 4.1 vil jeg drøfte og besvare om finansikl. § 5 annet ledd krever at sikkerhetsstillelsen må ha et bestemt formål for å få vern mot omstøtelse. Etter direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii er det kun finansiell sikkerhet eller tilleggssikkerhet som er stilt for «at tage hensyn til ændringer i værdien af den finansielle sikkerhed eller i størrelsen af de relevante finansielle forpligtelser» som er vernet mot omstøtelse.⁵ Lovteksten i finansikl. § 5 annet ledd stiller imidlertid ikke opp et slikt krav. Spørsmålet er altså om det i lovteksten må, eller kan, innfortolkes et formålkrav for at den aktuelle sikkerhetsstillelsen skal være unntatt omstøtelse etter dekl. § 5-7.

Deretter vil jeg i punkt 4.2 drøfte og besvare om finansikl. § 5 annet ledd krever at en ombyttet sikkerhet må ligge innenfor et bestemt verdiintervall for å få vern mot omstøtelse. Direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav b punkt ii stiller nemlig opp et krav om at den ombyttede sikkerheten må ha «væsentligt» samme verdi som den opprinnelige sikkerheten for at en avtalt rett til ombytting skal få vern mot omstøtelse. Lovteksten i finansikl. § 5 annet ledd inneholder imidlertid ikke et slikt krav.

I punkt 4.3 vil jeg drøfte og besvare om finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a, og til sist, i punkt 4.4, om finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav b. Drøftelsen i punkt 4.3 og 4.4 avgrenses til å gjelde tilfellene hvor en plikt til senere å stille tilleggssikkerhet avtales senest samtidig med gjeldspådragelsen.⁶ Situasjonen kan illustreres gjennom et eksempel:

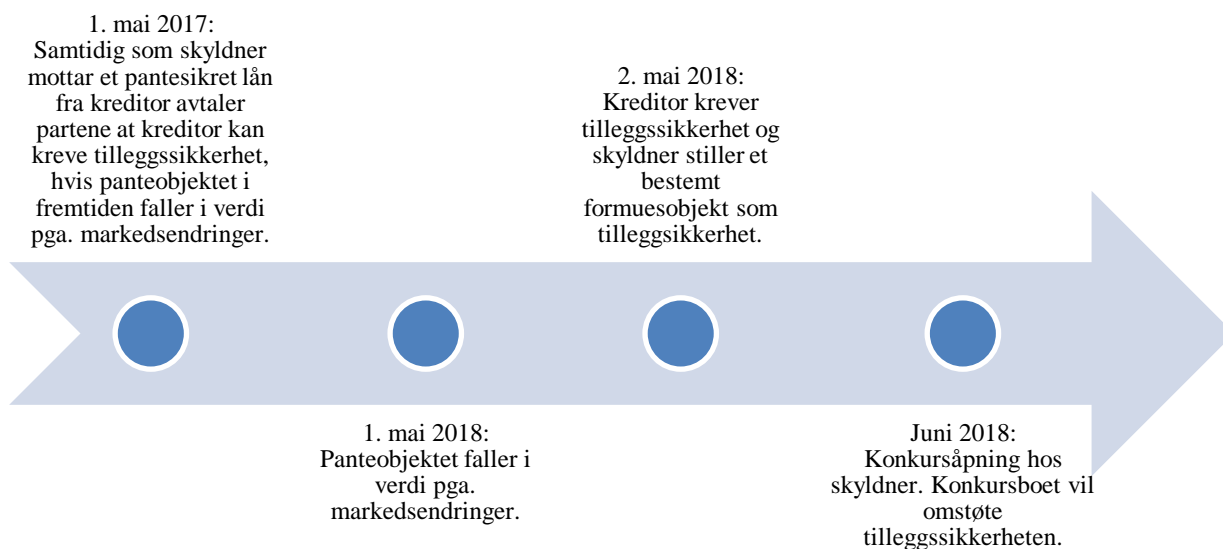
Den 1. mai 2017, samtidig som skyldner mottar et pantesikret lån fra kreditor, avtaler partene at kreditor kan kreve tilleggssikkerhet hvis panteobjektet i fremtiden faller i verdi på grunn av markedsendringer. Panteobjektet er aksjer i et børsnotert selskap og ett år etter avtalen ble bindende, 1. mai 2018, faller panteobjektet i verdi på grunn av markedsendringer.

2. mai 2018 krever kreditor tilleggssikkerhet i henhold til avtalen, og denne etableres ved at skyldner stiller et bestemt formuesgode som tilleggssikkerhet. I løpet av juni 2018 blir det åpnet konkurs hos skyldner. Konkursboet ønsker nå å omstøte tilleggssikkerheten.

Situasjonen kan illustreres slik:

⁵ Siden norsk ikke er et EU-språk vil jeg benytte den danske direktivteksten i oppgaven.

⁶ Årsaken er at det etter gjeldende rett er uklart om denne typen tilleggssikkerhet skal anses som pant for eldre gjeld. En drøftelse og avklaring av dette vil ikke kun ha betydning for rekkevidden av finansikl. § 5 annet ledd, men også for rekkevidden av dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Det er derfor et håp om at oppgaven vil kunne være et tilskudd til mer enn bare spørsmålet om rekkevidden av finansikl. § 5 annet ledd.



Med bakgrunn i eksempelet blir den første problemstillingen om tilleggssikkerhet avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen skal anses som pant for eldre gjeld og dermed kan omstøtes av konkursboet etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

Det sentrale spørsmålet i denne vurderingen er når «sikkerhetsretten ble avtalt» i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a sin forstand. Dersom den omtalte formen for tilleggssikkerhet anses «avtalt» senest samtidig med gjeldspådragelsen, altså senest 1. mai 2017, vil sikkerheten ikke anses som pant for eldre gjeld. Dersom slik tilleggssikkerhet derimot anses «avtalt» etter gjeldspådragelsen, altså etter 1. mai 2017, vil sikkerheten anses som pant for eldre gjeld.

Som vi skal se i punkt 3.2 kan begge tolkningene hjemles i ordlyden. Kort forklart kan ordlyden enten tolkes som at det avgjørende tidspunktet er da det ble inngått en bindende avtale om sikkerhet i et bestemt formuesgode, altså 2. mai 2018, eller som at det avgjørende tidspunktet er da partene inngikk en bindende avtale om rett til å kreve tilleggssikkerhet, altså 1. mai 2017.

Om den sistnevnte tolkningen legges til grunn vil tilleggssikkerheten ikke anses som pant for eldre gjeld og ikke kunne omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Det oppstår dermed ingen problemstilling i forholdet mellom dekl. § 5-7 første ledd bokstav a og finansikl. § 5 annet ledd. Av denne grunn behandles spørsmålet om denne typen

tilleggssikkerhet skal anses som pant for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a i punkt 3.2.

Dersom den omtalte formen for tilleggssikkerhet anses som pant for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a blir den neste problemstillingen om finansikl. § 5 annet ledd innebærer et unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a.⁷ Hvis svaret på dette er ja kan tilleggssikkerheten ikke omstøtes etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a, til tross for at avtalen om tilleggssikkerhet anses som pant for eldre gjeld.

Eksempelet illustrerer de ulike sidene ved spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a for den omtalte formen for tilleggssikkerhet.

For å kunne behandle problemstillingene som oppstår i forholdet mellom de to bestemmelsene er det imidlertid nødvendig med kunnskap om hvordan omstøtelse med hjemmel i deknl. § 5-7 fungerer. I punkt 3.1 behandles derfor vilkårene for omstøtelse etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a og b.

⁷ Problemstillingen oppstår bare dersom avtalen om tilleggssikkerhet omfattes av finansikl., jf. § 1. Loven gjelder når pant er stilt overfor myndigheter eller finansinstitusjoner, men ikke om pantet er stilt av en fysisk person, jf. lovens § 1.

2 Metodiske bemerkninger

2.1 Utgangspunktene

Formålet med oppgaven er å drøfte og besvare de nevnte problemstillingene etter gjeldende norsk rett. Med dette menes å finne den beste løsningen på rettsspørsmålet, basert på de rettskildefaktorene som har relevans for spørsmålet.⁸

Siden lov om finansiell sikkerhetsstillelse gjennomfører et direktiv har problemstillingene en side til EØS-retten, noe som påvirker måten de skal løses på. Direktivbestemmelsene vil nemlig måtte tolkes for å avgjøre hvilke krav de stiller til innholdet av norsk rett. EØS-forpliktelsene må så sammenholdes med det øvrige rettskildematerialet av nasjonal karakter for å fastlegge innholdet av gjeldende rett.

I oppgaven vil rekkefølgen på de to nevnte trinnene være at direktivbestemmelsen tolkes først for å kartlegge de EØS-rettslige kravene til norsk rett, for deretter å sammenholde tolkningsresultatet med de nasjonale rettskildefaktorene, med sikte på å fastlegge innholdet av den norske rettsregelen. Starter vi i den andre enden, med de nasjonale rettskildefaktorene, vil vi mangle relevante tolkningsfaktorer i slutningsomgangen og vi oppstiller en «rent nasjonal regel» som en midlertidig og unødvendig, og kanskje også misvisende, mellomstasjon.⁹

Når direktivbestemmelsene skal tolkes anvendes EU-domstolens tolkningslære.¹⁰ Denne er utviklet gjennom rettspraksis og tolkningsprinsippene ble oppsummert i CILFIT-avgjørelsen.¹¹

I avgjørelsen på s. 3430 ble det presisert at tolkningen må ta utgangspunkt i en sammenligning av de autentiske språkversjonene, men at det også må tas i betraktning at det i EU-retten anvendes en særlig språkbruk som kan avvike fra språkbruken i medlemsstatenes nasjonale rett. Endelig skal EU-reglene tolkes i sin kontekst og i lys av EU-rettens bestemmelser som helhet, EU-rettens formål og EU-rettens utvikling på tolkningstidspunktet.

⁸ Nils Nygård, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004 (forkortet Nygård) s. 152.

⁹ Arnesen/Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Oslo 2009 (forkortet Arnesen/Stenvik) s.66.

¹⁰ Arnesen/Stenvik s. 23.

¹¹ Sak C-283/81, *CILFIT mot Ministero della Sanità*.

Oppsummert anvender EU-domstolen både en grammatisk og systematisk tolkningsmetode, samt en formålsrettet tolkningsmetode. Formålsbetraktningene tillegges stor vekt, ikke sjelden på bekostning av lovteksten.¹²

Når de rent nasjonale rettskildefaktorene skal tolkes anvendes tradisjonell rettskilde- og metodelære. I denne sammenheng kan det være grunn til å nevne at konkursretten i høy grad er positivrettslig bestemt og at hensynet til forutberegnelighet står sentralt.¹³

2.2 En skandinavisk tilnærming

På grunn av oppgaveemnet og rettskildesituasjonen i intern rett vil bruk av kilder fra de skandinaviske landene være hensiktsmessig. I de kommende avsnittene vil jeg forklare nærmere hvorfor og hvordan slike kilder vil anvendes.

Fremmed rett er utvilsomt en legitim argumentkilde i rettslig argumentasjon. Formelt er det antatt at bruk av utenlandske kilder må gå veien om rettskildefaktoren reelle hensyn for at kildene skal kunne tillegges rettskildemessig vekt i seg selv, og ikke bare tjene som støttemoment.¹⁴ Dette gjøres typisk i form av harmoniseringshensyn.¹⁵ En likest mulig rettstilstand mellom norsk rett og retten i land som Norge deler rettstradisjon med vil være positivt og har av Høyesterett blitt ansett som et moment av vekt i rettsanvendelsesprosessen.¹⁶

Problemstillingenes side til EØS-retten har betydning for relevansen og vekten av fremmed rett ved anvendelsen av norsk rett. Siden finanskl. § 5 annet ledd gjennomfører et direktiv har bestemmelsen sitt motstykke i andre EU/EØS-lands interne rett. Ved tolkningen av bestemmelsen kan det derfor være av interesse å se hvordan tilsvarende bestemmelser i fremmed rett har blitt forstått.¹⁷

¹² Arnesen/Stenvik s. 24.

¹³ Se Rt. 1997 s. 645 (s. 650) hvor førstvoterende, som flertallet fulgte, bl.a. sier: «Både panteretten og konkursretten er i høy grad positivrettslig bestemt». Se også Nygård s. 166-167.

¹⁴ Marianne Aagaard, *Virkninger av formuerettslig ugyldighet*, Bergen 2018 s. 44 med videre henvisninger til Silje Nordtveit, *Når oppstår en fordring?*, Oslo 2017 s. 52.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Se Rt. 1996 s. 875 (s. 880) hvor hensynet til rettsenhet ble tillagt vekt ved tolkningen av tvml. § 29 til tross for at det ikke forelå noen folkerettslig forpliktelse ved anvendelsen av bestemmelsen.

¹⁷ Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012 (forkortet Monsen) s. 46.

At særlig en skandinavisk tilnærming er hensiktsmessig har for det første sin bakgrunn i at de nordiske landenes formuerett er svært lik når det gjelder terminologi, systematikk og enkeltregler.¹⁸ For det andre er en skandinavisk tilnærming hensiktsmessig på grunn av det fellesnordiske lovsamarbeidet, herunder på konkursrettens område.¹⁹ Selv om finansikl. ikke er et resultat av dette lovsamarbeidet befinner loven seg på et område hvor det har eksistert og eksisterer, om enn i redusert grad, et lovsamarbeid.²⁰ De materielle og metodiske likhetene på området tilsier dermed at det er hensiktsmessig å anvende svensk og dansk rett for å ivareta hensynet til rettsenhet.²¹

Rekkevidden av finansikl. § 5 annet ledd har ikke vært behandlet av norske domstoler.²² Av rettsvitenskapelige arbeider finnes noen bidrag, men av arbeider som går i dybden er tilfanget begrenset. Det noe begrensede rettskildetilfanget i norsk rett gjør det derfor hensiktsmessig å anvende svensk og dansk rett.

Svensk og dansk rett vil derfor anvendes som bidrag, eventuelt som støttemoment, ved tolkning av det norske primære rettsgrunnlaget. Slik bruk ligger innenfor tradisjonell rettskilde- og metodelære.²³

¹⁸ Silje Nordtveit, *Når oppstår en fordring?*, Oslo 2017 s. 53 med videre henvisninger til Amund Tørum, «Nordisk obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2007-4 s. 563-564 og 568-571.

¹⁹ Et resultat av dette samarbeidet er f.eks. konkursloven og den nordiske konkurskonvensjonen av 1933. Omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 er i stor grad også et resultat av samarbeidet, se Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, Bergen 1985 s. 29.

²⁰ Se Inge Lorange Backer, *Styrket nordisk lovsamarbeid: Muligheter og utfordringer*, København 2018 s. 20. Backer fremhever at det nordiske samarbeidet har fått mindre fokus på grunn av europeiske og andre internasjonale forpliktelser.

²¹ Selv om lovsamarbeidet er nordisk vil jeg kun anvende svensk og dansk rett, altså en skandinavisk tilnærming. Årsaken er de språklige utfordringene tilknyttet finsk rett. I tillegg setter oppgavens omfang skranker for hvor omfattende fremmed rett kan behandles.

²² Ikke-tidsavgrenset rettskildesøk i alle sivile avgjørelser i Lovdata utført 18.05.18. Søkeordene «lov om finansiell sikkerhetsstillelse» ble brukt.

²³ Nygård s. 51.

3 Deknl. § 5-7 første ledd

3.1 Kort om bestemmelsen

Deknl. § 5-7 er en av omstøtelsesreglene i dekningslovens kapittel 5. Reglene hjemler tilsidesettelse av disposisjoner som foretas før boåpning og som enten forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler kreditorene.²⁴ Omstøtelsesreglenes hovedformål er å beskytte kreditorfellesskapet mot kreditorskadelige disposisjoner fra debitor.

Begrunnelsen bak deknl. § 5-7 er at når skyldner stiller sikkerhet for eldre gjeld blir en eller flere kreditorer begunstiget på de øvriges bekostning, men i motsetning til sikkerhetsstillelse for ny gjeld virker slik sikkerhetsstillelse ikke kredittskapende.²⁵ Disposisjonen bør dermed kunne omstøtes for å oppnå beskyttelsesformålet bak bestemmelsen.

Deknl. § 5-7 første ledd hjemler omstøtelse av “pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse”. Dette omfatter alle sikkerheter som er stiftet gjennom partenes disposisjoner.²⁶ Utlegg faller dermed utenfor, jf. deknl. § 5-8. Det samme gjelder legalpant og annen legal sikkerhetsrett.

Bestemmelsen rammer kun sikkerhetsstillelse som «skyldneren har foretatt». Sagt på en annen måte må skyldneren være den reelle eier av panteobjektet.²⁷ Sikkerhet stilt av tredjemann rammes ikke.

Deknl. § 5-7 første ledd åpner for omstøtelse i to situasjoner, jf. første ledd bokstav a og b. Etter bokstav a kan sikkerhet som er «stilt» for gjeld som skyldneren har «pådratt seg» før sikkerhetsretten ble «avtalt» omstøtes.

At det er skyldneren som må ha «pådratt seg» gjelden før sikkerhetsretten ble avtalt innebærer at det kun er pant for skyldnerens egen gjeld som rammes. Stiller skyldner pant for andres gjeld må omstøtelse eventuelt skje etter deknl. § 5-2 eller § 5-9.

Det er alminnelig antatt at gjelden er «pådratt» først når den annen part har prestert sin ytelse.²⁸ Ved lån, kredittkjøp og lignende kredittavtaler vil skyldnerens gjeld først være

²⁴ Andenæs s. 285.

²⁵ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 169.

²⁶ NOU 1972:20 s. 294.

²⁷ NOU 1972:20 s. 295.

«pådratt» ved overgivelsen av midlene til skyldneren. Skyldneren er da forpliktet til å prestere den ytelse han har påtatt seg å yte, og det er denne forpliktelsen til å prestere motytelsen som utgjør «gjelden» i § 5-7 sin forstand.²⁹

Spørsmålet om når sikkerhetsretten anses «avtalt» må etter ordlyden avgjøres på grunnlag av avtalerettslige tolkningsprinsipper.³⁰ At sikringsakten ikke er avgjørende følger motsetningsvis av deknl. § 5-7 første ledd bokstav b. Jeg kommer grundigere tilbake til dette i punkt 3.2.

Vilkåret om at sikkerheten er «stilt» for gjeld pådratt før sikkerhetsretten ble avtalt, kan lede tankene hen på rettsverntidspunktet, altså at «stilt» betyr det samme som «har foretatt» innledningsvis i deknl. § 5-7. Dette underbygges av at «stilt» i § 5-7 annet ledd trolig må forstås som rettsvernstidspunktet.³¹

På den annen side åpner ordlyden også for at «stilt» i deknl. § 5-7 første ledd bokstav a forstås som det tidspunkt avtalen om sikkerhet ble bindende mellom partene. At avtaletidspunktet er avgjørende underbygges av en tolkning av deknl. § 5-7 første ledd bokstav b motsetningsvis. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.³²

Avtaletidspunktets nærmere innhold må fastlegges etter en kontekstuell ordlydstolkning av «stilt». Det fremgår av deknl. § 5-7 første ledd bokstav a at pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse kan omstøtes på nærmere angitte vilkår dersom «pantet eller sikkerheten er stilt» for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt. Bruken av bestemt form entall, jf. «pantet eller sikkerheten», tilsier at det må være en bestemt sikkerhet som stilles. Med «stilt» i deknl. § 5-7 første ledd bokstav a menes altså tidspunktet da det ble inngått bindende avtale om sikkerhet i et *bestemt formuesgode*. Med andre ord tidspunktet når panteretten stiftes i det aktuelle panteobjektet.

Etter bokstav b kan sikkerheten omstøtes selv om sikkerheten ble avtalt før eller samtidig med at gjelden ble pådratt, så lenge avtalen ikke ble sikret rettsvern «uten unødig opphold».

Regelen utgjør dermed en retts teknisk forlengelse av hovedregelen i bokstav a og virker som

²⁸ Andenæs s. 336 og Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 omstøtelse*, Bergen 1992 (forkortet Huser 3) s. 379-380.

²⁹ Huser 3 s. 379.

³⁰ Se i samme retning Andenæs s. 340 og Huser 3 s. 381.

³¹ Huser 3 s. 378.

³² Huser 3 s. 378 og Håvard Wiker, Rettsdata.no, note 184 til deknl. § 5-7 første ledd bokstav a.

et press i retning av rask etablering av rettsvernet.³³ Det viktigste formålet bak regelen er å hindre antedateringer av panterettens stiftelse og dermed omgåelse av bokstav a.³⁴

Deknl. § 5-7 retter seg først og fremst mot tilfeller der skyldner pådrar seg usikret gjeld og senere stiller sikkerhet for denne uten hjemmel i den opprinnelige låneavtalen.³⁵ Med andre ord det klassiske "pant for eldre gjeld"-tilfellet.

3.2 Skal en plikt avtalt senest samtidig som gjeldspådragelsen til senere å stille tilleggssikkerhet anses som pant for eldre gjeld?

Det er etter gjeldende rett ikke avklart om en plikt for skyldner, avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, til senere å stille tilleggssikkerhet skal anses som pant for eldre gjeld og dermed rammes av dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Dersom denne typen tilleggssikkerhet ikke anses som pant for eldre gjeld vil det ikke være nødvendig å ta stilling til spørsmålet i punkt 4.3 om finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Årsaken er at det da ikke vil finnes noe man har behov for å gjøre unntak fra.

Det må derfor vurderes om slik tilleggssikkerhet skal anses som pant for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

Det sentrale spørsmålet i den kommende vurderingen blir da når «sikkerhetsretten ble avtalt», jf. dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Dersom slik tilleggssikkerhet anses «avtalt» *senest samtidig med gjeldspådragelsen* vil sikkerheten ikke anses som pant for eldre gjeld. Dersom slik tilleggssikkerhet derimot anses «avtalt» *etter gjeldspådragelsen* vil sikkerheten anses som pant for eldre gjeld.

Ordlyden av da «sikkerhetsretten ble avtalt» kan tolkes dithen at det avgjørende er tidspunktet da partene inngikk en bindende avtale om rett til å kreve tilleggssikkerhet, altså i dette tilfellet senest samtidig som gjeldspådragelsen. Om tilleggssikkerheten anses «avtalt» på dette tidspunktet vil den ikke anses som pant for eldre gjeld.

³³ NOU 1972:20 s. 294.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

En alternativ ordlydstolkning av da «sikkerhetsretten ble avtalt» er at det avgjørende er tidspunktet da det ble inngått en bindende avtale om sikkerhet i et *bestemt* formuesgode. Om dette legges til grunn vil en avtale hvor skyldner forplikter seg til senere å stille tilleggssikkerhet, og hvor det ikke er spesifisert hvilket formuesobjekt som skal utgjøre sikkerheten, anses som pant for eldre gjeld. Det er først dersom plikten senere inntreffer og skyldner faktisk stiller et bestemt formuesgode som sikkerhet, at tilleggssikkerheten vil anses som «avtalt».

Dersom tolkningsfokuset legges på det rent avtalerettslige elementet er det ikke avgjørende hvorvidt avtalen gjelder tilleggssikkerhet i et *bestemt* formuesgode. Derimot er det avgjørende når avtalen, hvor det ikke er spesifisert hvilket formuesobjekt som skal utgjøre tilleggssikkerheten, ble bindende mellom partene.

Etter læren om suspensivt betingede avtaler vil en avtale være bindende partene imellom, selv om ikrafttredelsen er gjort betinget av en hendelse som man ikke er sikker på at vil inntreffe.³⁶ Overført til det aktuelle spørsmålet blir det klart at selv om det på avtaletidspunktet for den opprinnelige avtalen ennå ikke var sikkert om betingelsen for å stille tilleggssikkerhet ville inntre, så var avtalen like fullt bindende.

Ved en slik tolkning vil altså tilleggssikkerheten anses «avtalt» allerede samtidig med avtalen om skyldners eventuelle plikt til på et senere tidspunkt å stille tilleggssikkerhet. Dette taler for at slik tilleggssikkerhet ikke skal anses som pant for eldre gjeld.

På den annen side tilsier ordlyden av da «sikkerhetsretten ble avtalt» og bruken av «sikkerhetsretten» i bestemt form entall at det ikke er nok at det er inngått en bindende avtale. Avtalen må i tillegg gjelde sikkerhet i et *bestemt* formuesgode.

Dette underbygges for det første av at en panterett er «en særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere **bestemte** formuesgoder (pantet)».³⁷

For det andre underbygges tolkningen av at ordene «stilt» og «avtalt» synes brukt i samme betydning i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.³⁸ Dette kan forstås som at «sikkerhetsretten ble avtalt» peker tilbake til at «pantet eller sikkerheten er stilt». Bruken av «pantet eller

³⁶ Platou, *Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del*, Kristiania 1914 s. 327.

³⁷ Panteloven § 1-1 første ledd. Min utheving.

³⁸ Kåre Lilleholt, «Finansiell trygdgjeving» i *Håkonarmål*, Bergen 2006 (forkortet Lilleholt) s. 30. Lilleholt forklarer imidlertid ikke dette noe nærmere.

sikkerheten» i bestemt form entall viser at det må være en bestemt sikkerhet som stilles. Sammenhengen mellom vilkårene tilsier at da «sikkerhetsretten ble avtalt» tolkes på samme måte, altså at det må være inngått en bindende avtale om sikkerhet i et bestemt formuesgode.

Fordi ordlyden kan tolkes på ulike måter gir den ikke grunnlag for sikre slutninger. Dette åpner for en mer romslig vurdering hvor flere rettskildedefaktorer anvendes som tolkningsbidrag.

Dekningslovens forarbeider³⁹ er tause om en plikt, avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, til senere å stille tilleggssikkerhet skal anses som pant for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

Tausheten kan tas til inntekt for at slik tilleggssikkerhet ikke skal anses som pant for eldre gjeld. Alternativt kan den tas til inntekt for at lovgiver anså det motsatte som så selvsagt at det ikke ble funnet nødvendig å presisere. Det er likevel mer trolig at tausheten uttrykker at lovgiver ikke tenkte på problemstillingen. Forarbeidene er nemlig fra 1970- og 80-tallet, mens det først var på begynnelsen av 2000-tallet at problemstillingen virkelig ble aktualisert som følge av den voksende avtalepraksisen med bruk av slik tilleggssikkerhet i blant annet clearingvirksomhet og i kapitalmarkedet for øvrig.⁴⁰ På bakgrunn av dette gir dekningslovens forarbeider ikke grunnlag for sikre slutninger i noen retninger.

I forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse ble omstøtelsesgrunnlaget i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a tolket slik:

«Det avgjørende i forhold til § 5-7 bokstav a er om gjelden eksisterte før sikkerheten ble avtalt. Dersom panteretten ble tilsagt ved gjeldens stiftelse, som et vilkår for avtaleinngåelsen, vil forholdet ikke rammes av § 5-7 bokstav a.»⁴¹

Med andre ord legges det til grunn at en plikt avtalt senest samtidig som gjeldspådragelsen til senere å stille tilleggssikkerhet ikke skal anses som pant for eldre gjeld.

³⁹ NOU 1972:20 og Ot.prp. nr. 50 (1980-1981).

⁴⁰ Mikael Mellqvist og Lars Welamson, *Konkurs och annan insolvensrätt*, tolfte upplagan, Stockholm 2017 (forkortet Mellqvist/Welamson) s. 138.

⁴¹ Rapport avgitt til Finansdepartementet 1. mars 2003: Utkast til lov om finansiell sikkerhetsstillelse (forkortet arbeidsgrupperapporten) s. 59-60 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 57.

Imidlertid ble de relevante uttalelsene gitt i forbindelse med arbeidet til ny lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Spørsmålet blir da hvor stor vekt uttalelsene skal gis ved tolkningen av deknl. § 5-7 første ledd bokstav a.

Et allment akseptert prinsipp er at rettsanvendelsen skal skje i lojalitet med Stortingets intensjoner. Rettsanvenderen må derfor søke etter den meningen lovgiver la i lovteksten da den ble vedtatt.⁴² Ettersom dekningsloven trådte i kraft 1. januar 1986 og de ovennevnte forarbeidsuttalelsene er fra 2003 uttrykker ikke disse lovgiverviljen bak dekningsloven.

Derimot må forarbeidene anses som etarbeider for tolkningen av deknl. § 5-7.⁴³ Etterarbeider kan være av interesse ved tolkningen, men da med langt lavere status og gjennomslagskraft enn lovgivers intensjon ved vedtakelsen av loven.⁴⁴

Den siterte forarbeidsuttalelsen har dermed begrenset vekt for tolkningen av dekningsloven. Dette forsterkes av at arbeidsgruppen ikke foretok en grundigere drøftelse, men kun presumerte at slik tilleggsikkerhet ikke skulle anses som pant for eldre gjeld.

Hva gjelder rettspraksis har norske domstoler ikke tatt stilling til spørsmålet om denne typen tilleggsikkerhet skal anses som pant for eldre gjeld.⁴⁵ Kombinert med forarbeidenes taushet har dette resultert i ulike rettsoppfatninger i teorien. I det følgende vil jeg undersøke hva disse oppfatningene gir av tolkningsveiledning.

En av teoretikerne som behandler spørsmålet er Lilleholt.⁴⁶ Etter å ha kommentert at forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse bygger på feil oppfatning når de legger til grunn at tilleggsikkerhet avtalt senest samtidig som gjeldspådragelsen ikke skal anses som pant for eldre gjeld, tar Lilleholt det standpunkt at en sikkerhetsrett etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a ikke bør anses som «avtalt» før det er gjort bindende avtale om pantsetting av et bestemt formuesgode.

⁴² Jan Fridtjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2007 (forkortet Bernt/Mæhle) s. 241.

⁴³ Slik også Andenæs s. 347.

⁴⁴ Bernt/Mæhle s. 241.

⁴⁵ Ikke-tidsavgrenset rettskildesøk i alle sivile avgjørelser i Lovdata utført 16.05.18. Søkeordene «tilleggsikkerhet»/«supplerende sikkerhet» og «dekningsloven § 5-7»/«deknl. § 5-7» ble brukt.

⁴⁶ Lilleholt s. 30-31.

Lilleholts begrunnelse er at ordene «stilt» og «avtalt» synes anvendt i samme betydning i bokstav a.⁴⁷ I tillegg underbygges standpunktet med at han ikke kjenner til at det tidligere har vært hevdet at en rammeavtale som gir kreditor rett til senere å kreve pant, skal passere i høve til omstøtelsesregelen. At det ikke finnes litteratur som har inntatt et slikt standpunkt kan riktig nok være et uttrykk for en alminnelig oppfatning, men man bør samtidig være forsiktig med å strekke betydningen av dette for langt.

Samlet sett tilsier Lilleholts argumentasjon uansett at den omtalte formen for tilleggssikkerhet ikke anses som «avtalt», i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a sin forstand, før det er inngått bindende avtale om sikkerhet i et bestemt formuesgode. Om formuesobjektet som skal utgjøre tilleggssikkerheten ikke er spesifisert i avtalen vil tilleggssikkerheten først være «avtalt» når et bestemt formuesgode senere faktisk stilles som tilleggssikkerhet.

I samme retning argumenterer Andenæs som mener at den opprinnelige avtalen må gjelde en *aktuell* sikkerhetsstillelse for å kunne anses som pant for ny gjeld. Når tilleggssikkerhet i henhold til avtalen stilles etter gjeldspådragelsen, kan tilleggssikkerheten først anses avtalt på dette tidspunktet. Andenæs⁴⁸ begrunner imidlertid ikke sitt standpunkt og den manglende grundigheten gjør at standpunktet får begrenset rettskildemessig vekt.⁴⁹

Rosén anfører på sin side at den tolkningen som Andenæs forfekter, og dermed også Lilleholt, ikke kan legges til grunn.⁵⁰ Begrunnelsen er at det verken i ordlyd eller forarbeider er holdepunkter for en slik tolkning. Gjennomgangen har imidlertid vist at Andenæs sin tolkning har støtte i ordlyden. I tillegg støtter forarbeidene heller ikke Roséns tolkning. Dermed kan bruken av forarbeidene likegodt snus på hodet og anvendes som argument mot Roséns egen tolkning.

Også Brækhus/Høgetveit Berg behandler spørsmålet, men kun forutsetningsvis samtidig som lov om finansiell sikkerhetsstillelse behandles.⁵¹ Jeg oppfatter det som at forfatterne forutsetningsvis tar det standpunkt at tilleggssikkerhet avtalt senest samtidig som gjeldspådragelsen ikke skal anses som pant for eldre gjeld, men siden spørsmålet kun

⁴⁷ Se om dette innledningsvis i punkt 3.2.

⁴⁸ Se Andenæs s. 340 hvor han kun skriver at «Det synes imidlertid mest naturlig å forstå loven slik...».

⁴⁹ Se Monsen s. 41-42 med videre henvisninger til Rt. 2011 s. 556 hvor rettsoppfatningen i juridisk teori ikke ble tillagt stor vekt blant annet på grunn av manglende grundighet.

⁵⁰ Rosén s. 60.

⁵¹ Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2, Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg, Oslo 2005 (forkortet Brækhus/Høgetveit Berg) s. 260.

behandles forutsetningsvis er det vanskelig å vite hvilke argumenter oppfatningen bygger på. Fordi spørsmålet ikke er undergitt en grundigere drøftelse tillegges rettsoppfatningen begrenset rettskildemessig vekt.

Når det kommer til reelle hensyn er begrunnelsen bak dekl. § 5-7 første ledd bokstav a interessant for tolkningen av når den omtalte tilleggssikkerheten anses «avtalt».

Bestemmelsen skal ivareta kreditorfellesskapets interesser og er begrunnet med at skyldnerens sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ikke virker kredittskapende.⁵²

Når en skyldner senest samtidig med gjeldspådragelsen forplikter seg til senere å stille tilleggssikkerhet, gjøres dette pga. risikoen for at panteobjektet senere kan komme til å falle i verdi. For at kreditor skal gå med på å gi kreditt i slike tilfeller er det ofte nødvendig å avtale en rett til å kunne kreve tilleggssikkerhet slik at kreditors risiko reduseres. Med andre ord er adgangen til å kunne kreve tilleggssikkerhet en forutsetning for at kreditor vil gi kreditt. Tilleggssikkerheten kan dermed anses å være kredittskapende, slik at begrunnelsen bak dekl. § 5-7 første ledd bokstav a ikke passer på disse tilfellene.⁵³ Dette taler for at slik tilleggssikkerhet ikke anses som pant for eldre gjeld.

Et annet moment er hvorvidt partene har et behov for senere, altså etter gjeldspådragelsen, å kunne spesifisere hvilket formuesgode som skal utgjøre tilleggssikkerheten uten at dette anses som pant for eldre gjeld.

En slik mulighet gir større fleksibilitet siden skyldneren ikke må ta stilling til hvilket av formuesgodene som skal utgjøre tilleggssikkerheten før begivenhet x, som utløser plikten til å stille tilleggssikkerhet, faktisk inntreffer. Om begivenhet x påvirker skyldners virksomhet kan dette også påvirke hvilket formuesgode som kan stilles som tilleggssikkerhet.

På grunn av den økte fleksibiliteten vil skyldner kunne påta seg en plikt til senere å stille tilleggssikkerhet i flere tilfeller enn hva han ellers kunne gjort. Fordi den omtalte formen for tilleggssikkerhet reduserer kreditors risiko vil fleksibiliteten trolig også medføre at kreditor er villig til å gi kreditt i flere tilfeller enn hva som ellers ville vært tilfellet.

⁵² NOU 1972:20 s. 294.

⁵³ Se i samme retning Rosén s. 60

Særlig i tunge økonomiske tider vil større fleksibilitet, uten senere å risikere omstøtelse etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a, være positivt. Det er nemlig ønskelig at bedrifter kommer seg gjennom slike tider og å få innvilget kreditt er da sentralt.

Følgelig har partene etter gjeldspådragelsen trolig et behov for å kunne spesifisere hvilket formuesgode som skal utgjøre tilleggssikkerheten, uten at en slik avtale skal anses som pant for eldre gjeld.

Dette taler for at tilleggssikkerheten anses «avtalt» allerede når det er inngått bindende avtale om tilleggssikkerhet. Tilleggssikkerheten vil da ikke anses som pant for eldre gjeld og ikke kunne omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

Faren ved å legge til grunn denne tolkningen er at panthaver kan påstå at partene har avtalt tilleggssikkerhet i tilfeller hvor dette ikke er tilfellet.⁵⁴ Dersom den omtalte formen for tilleggssikkerhet ikke anses som pant for eldre gjeld, vil det for noen panthavere kunne friste å gå tilbake i avtalen og sette inn et vilkår om adgang til å oppnå tilleggssikkerhet. Fristelsen ligger i at panthaver på denne måten kan gjøre tilleggssikkerheten uomstøtelig etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

Selv om slike avtaler kan settes til side på grunn av dokumentfalsk vil situasjonen kunne medføre at dekl. § 5-7 første ledd bokstav a får et mer komplisert innhold enn nødvendig. Dette vil være lite forenlig med at de objektive omstøtelsesreglene skal ivareta behovet for regler som er retts teknisk enkle å praktisere.⁵⁵

Faren for dokumentforfalskning vil elimineres dersom tilleggssikkerheten anses som «avtalt» først når skyldner faktisk stiller et bestemt formuesgode som sikkerhet. Tilleggssikkerheten vil da anses som pant for eldre gjeld og kunne omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Siden avtalen uansett er omstøtelig vil panthaver ikke lenger ha noe incentiv for å gå tilbake å endre avtalen. Dette taler for at tilleggssikkerheten anses «avtalt» først når skyldner faktisk stiller et bestemt formuesgode som sikkerhet.

⁵⁴ Se i samme retning Elisabeth Martine Skaar, «Om omstøtelse av tilleggsikkerhet og rekkevidden av unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5», masteroppgave, UiB 2013 (forkortet Skaar) s. 16

⁵⁵ Andenæs s. 288.

Oppsummert har gjennomgangen vist at ordlyden av da «sikkerhetsretten ble avtalt» kan tolkes på to ulike måter. Siden det er det tingsrettslige innholdet av ordlyden som skal fastlegges må ordlyden tolkes kontekstuellet med et tingsrettslig fokus.

Sett i lys av dette vil det at ordlyden åpner for at tilleggssikkerheten anses «avtalt» allerede når det er inngått en bindende avtale om i fremtiden å stille tilleggssikkerhet, ikke kunne tillegges avgjørende vekt. Dette til tross for at en slik tolkning støttes av reelle hensyn i form av hensynet til kreditorfellesskapet og partenes behov for fleksibilitet.

Årsaken er at ordlyden kun åpner for en slik tolkning dersom vi ekskluderer det tingsrettslige fokuset og anvender et rent obligasjonsrettslig fokus. Når målet er å fastlegge innholdet av en tingsrettslig regel, nemlig dekl. § 5-7 første ledd bokstav a, vil en rent obligasjonsrettslig tolkning være lite treffende.

Som vist indikerer ordlyden av «sikkerhetsretten», brukt i bestemt form entall, i seg selv at avtalen mellom partene må gjelde et bestemt formuesobjekt. Rent tingsrettslig vet vi at pant er en sikkerhetsrett i et bestemt objekt, jf. panteloven § 1-1. Dette tilsier at avtalen mellom partene må gjelde et bestemt formuesobjekt for at tilleggssikkerheten skal anses «avtalt».

Med andre ord er det først når skyldner faktisk stiller et bestemt formuesgode som sikkerhet at tilleggssikkerheten anses som «avtalt» i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a sin forstand. Gjennom et kontekstuellet tolkningsfokus har tolkningen klar støtte i ordlyden. I tillegg elimineres faren for dokumentforfalskning gjennom en slik tolkning.

Følgelig anses tilleggssikkerheten som «avtalt» først når skyldner faktisk stiller et bestemt formuesgode som sikkerhet.

Konklusjonen blir da at en plikt avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen til senere å stille tilleggssikkerhet, anses som pant for eldre gjeld etter dekl. § 5-7.

4 Rekkevidden av finansikl. § 5 annet ledd

4.1 Må sikkerhetsstillelsen ha et bestemt formål for å få vern mot omstøtelse?

4.1.1 Direktivet og den internasjonale regelen

Det fremgår av direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii at det kun er finansiell sikkerhet eller tilleggssikkerhet som er stilt for «at tage hensyn til ændringer i værdien af den finansielle sikkerhed eller i størrelsen af de relevante finansielle forpligtelser» som er vernet mot omstøtelse.

Av fortalens punkt 16 fremgår det at formålet er å verne markedspraksisen der deltakerne på finansmarkedet bruker tilleggssikkerhet til å styre kredittrisikoen gjennom «mark-to-market beregninger af den aktuelle markedsværdi af krediteksponeringen og værdien af den finansielle sikkerhed» mot omstøtelse.

Direktivtekstens ordlyd sammenholdt med formålet tilsier at kun avtaler hvor retten til å kreve sikkerhet eller tilleggssikkerhet er knyttet til endringer i sikkerhetens markedsverdi eller gjeldens størrelse er vernet mot omstøtelse.⁵⁶

Følgelig må sikkerhetsstillelsen ha til formål å reflektere endrede risikoforhold på grunnlag av endringer i sikkerhetens markedsverdi eller gjeldens størrelse for å få vern mot omstøtelse etter direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii.⁵⁷

⁵⁶ En avtale hvor retten til å kreve sikkerhet er knyttet til endringer i debitors kredittverdighet vernes ikke, se kommisjonens direktivforslag COM(2001) 168/F1 s. 10, Rosén s. 61 og Jesper Lau Hansen, Kåre Lilleholt og Göran Millqvist, «Collateraldirektivet og dets implementering i nordisk ret» i *Kreditretten i en EU/EØS-dimensjon*, Bergen 2005 (forkortet Lau Hansen/Lilleholt/Millqvist) s. 143-166 (s. 151).

⁵⁷ Løsningen er ikke sikker, sml. punkt 4.1.3. Her fremgår det at den danske gjennomføringsloven kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2 fastsetter at det ikke er tilstrekkelig at det er tale om en endring, endringen må være markedsbetinget. Se nærmere om dette i Lasse Højlund Christensen, «Nogle betragtninger vedrørende konkurslovens § 70» i *Erhvervskreditretlige emner*, København 2004 s. 65.

4.1.2 De nasjonale rettskildefaktorene

Det følger av finansikl. § 2 første ledd bokstav a at en avtale om finansiell sikkerhetsstillelse er en «avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet, med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser».

Sett i sammenheng med at lovteksten i finansikl. § 5 annet ledd ikke inneholder et formålsskrav taler dette for at enhver avtale om finansiell sikkerhetsstillelse som oppfyller definisjonen i finansikl. § 2 første ledd bokstav a er vernet mot omstøtelse etter dekl. § 5-7.

Uten et formålsskrav vil norsk rett riktig nok gå lenger enn direktivet ved at flere tilfeller omfattes og vernes mot omstøtelse, herunder avtaler hvor retten til å kreve sikkerhet er knyttet til endringer i debtors kredittverdighet. Direktivets karakter som minimumsdirektiv muliggjør imidlertid dette. Tolkningen er derfor ikke direktivstridig.

Likevel må det på bakgrunn av direktivets klart angitte formålsskrav vurderes om det i finansikl. § 5 annet ledd skal innfortolkes et tilsvarende krav. Fordi lovteksten i finansikl. § 5 annet ledd ikke inneholder et formålsskrav vil det ut ifra hensynet til demokratisk legitimitet kunne være betenkelig å skulle innskrenke lovtekstens rekkevidde ved å innfortolke et slikt krav.⁵⁸ Dette forsterkes av at forutberegnelighetshensynet står særlig sentralt på konkursrettens område.⁵⁹ For å fravike lovteksten må det derfor kreves relativt klare holdepunkter i det øvrige rettskildebildet.

Spørsmålet blir da om det ut ifra rettskildebildet er grunnlag for å foreta en innskrenkende tolkning og innfortolke et formålsskrav i finansikl. § 5 annet ledd som tilsvarer direktivets formålsskrav.

I forarbeidene uttales det at «Videre beskytter direktivet kun sikkerhet eller tilleggssikkerhet som er stilt fordi verdien av den opprinnelige sikkerheten eller den finansielle forpliktelsen er endret.»⁶⁰

Uttalelsen viser at arbeidsgruppen og departementet var kjent med formålsskravet. Likevel ble det ikke presisert hvorvidt et tilsvarende formålsskrav skulle gjelde etter norsk rett og

⁵⁸ Knut Martin Tande, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner*, 2011-1 s. 1-36 (s. 25).

⁵⁹ Se punkt 2.1.

⁶⁰ Arbeidsgrupperapporten s. 57 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 56.

lovbestemmelsen som ble foreslått (og senere vedtatt) inneholdt ikke et formålkrav.⁶¹ Denne tausheten kan enten tolkes som at lovt teksten er gitt til gjennomføring av det formål som den siterte forarbeidsuttalelsen uttrykker, eller at et formålkrav er ikke-eksisterende i norsk rett.

Den første tolkningen støttes av muligheten for at lovgiver anså det som så selvsagt at det skulle gjelde et formålkrav etter norsk rett, at det ikke ble funnet nødvendig å presisere. Dette underbygges av at det ikke finnes eksplisitte holdepunkter i forarbeidene for at lovgiver bevisst utelot formålkravet.

Til støtte for den motsatte tolkningen, altså at tausheten skal tolkes som at det ikke gjelder et formålkrav etter finansikl. § 5 annet ledd, er at en slik tolkning samsvarer med bestemmelsens ordlyd og den uttrykte lovgiverviljen. Imidlertid finnes det ingen andre holdepunkter for at tausheten skal tolkes slik.

Det er dermed vanskelig å slutte fra forarbeidenes taushet om det i den norske bestemmelsen skal eller ikke skal innfortolkes et formålkrav likt direktivets.⁶²

For å fastlegge om det skal innfortolkes et formålkrav vil reelle hensyn i form av system- og konsekvenshensyn kunne gi veiledning.⁶³ Et moment i denne sammenhengen er at etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse kan finansiell sikkerhet gis i egne aksjer.⁶⁴ I den danske gjennomføringsloven, kapitalmarkedsloven, kan derimot finansiell sikkerhet ikke gis i egne aksjer.⁶⁵ Årsaken er system- og konsekvensbetraktninger, ettersom det i kapitalmarkedsloven eksisterer et formålkrav.

I likhet med direktivets formålkrav medfører det danske formålkravet at sikkerhetsstillelse for endringer i sikkerhetsstillers kredittverdighet ikke har omstøtelsesvern.⁶⁶ Fordi verdien av egne aksjer blant annet avhenger av sikkerhetsstillers kredittverdighet taler formålkravet for at finansiell sikkerhet i egne aksjer ikke er vernet mot omstøtelse.⁶⁷ Dersom det samtidig er

⁶¹ Arbeidsgrupperapporten s. 72-73 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 68-70.

⁶² Se Rt. 2012 s. 1302 hvor Høyesterett skriver følgende om slutning fra forarbeid: «Etter mitt syn er det generelt vanskelig å slutte noe sikkert ut fra lovgivers taushet.»

⁶³ Se Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens venner*, 1996 s. 69-97 hvor Lilleholt på s. 70 fremhever viktigheten av system og konsekvens i formueretten.

⁶⁴ Arbeidsgrupperapporten s. 25 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) på s. 23.

⁶⁵ Dette var også gjeldende rett i den tidligere danske værdipapirhandelsloven som gjennomførte det omtalte direktivet frem til kapitalmarkedsloven ble vedtatt.

⁶⁶ Jeg kommer nærmere tilbake til dette i punkt 4.1.3.

⁶⁷ Se i samme retning Jesper Lau Hansen, *Værdipapirhandelsloven med kommentarer*, bind 2, 9. utgave, København 2013 (forkortet Hansen) s. 535. Det Hansen skriver om den tidligere værdipapirhandelsloven gjelder også for kapitalmarkedsloven som viderefører værdipapirhandelsloven.

mulig å gi finansiell sikkerhet i egne aksjer vil dette medføre at egne aksjer omfattes av lovens virkeområde, noe som taler for at sikkerhet i aksjene er vernet mot omstøtelse. Det oppstår med andre ord en motstrid.

Sett i lys av dette er trolig formålskravets eksistens årsaken til at finansiell sikkerhet ikke kan gis i egne aksjer i dansk rett. På denne måten unngås den nevnte motstriden.

Det har formodningen mot seg at den norske lovgiver skulle legge opp til en slik motstrid. Når finansiell sikkerhet kan gis i egne aksjer tilsier dermed system- og konsekvenshensyn at det i norsk rett ikke gjelder et formålskrav.

Det fremstår imidlertid ikke som at lovgiver var klar over denne sammenhengen. Arbeidsgruppens uttalelse om forholdet mellom finansiell sikkerhet i form av egne aksjer og direktivets art. 8, som inneholder formålskravet, underbygger dette:

«Ut fra de samme betraktninger som ovenfor, er det arbeidsgruppens syn at sikkerhetsstillelse med egne aksjer mv. ikke stiller seg annerledes enn annen finansiell sikkerhetsstillelse.»⁶⁸

Arbeidet med å dra sikre slutninger vanskeligjøres av forarbeidenes taushet om forholdet mellom et eventuelt formålskrav og egne aksjer som finansiell sikkerhetsstillelse. System- og konsekvenshensyn i form av hensynet til å oppnå sammenheng mellom de ulike lovbestemmelsene og å unngå motstrid tilsier likevel at det ikke eksisterer et formålskrav.

På den annen side vil fraværet av et formålskrav i finansikl. § 5 annet ledd styrke panthavers posisjon på bekostning av kreditorfellesskapet, gjennom at det er tilstrekkelig at disposisjonen oppfyller definisjonen i finansikl. § 2 første ledd bokstav a for å få vern mot omstøtelse. Dette innebærer at også ulike illojale disposisjoner vernes, for eksempel tilleggssikkerhet som stilles på grunn av skyldners svekkede kredittverdighet. Dette vil være uheldig, særlig siden direktivet ikke la opp til en slik styrking av panthavers posisjon.

At kreditors posisjon styrkes vil imidlertid bidra til en mer sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse. Lovens formål taler derfor for at det ikke gjelder et formålskrav, jf. finansikl. § 1 første ledd.

⁶⁸ Arbeidsgrupperapporten s. 25

Tar man vurderingen fra pantnavers og skyldners ståsted og vurderer om fraværet av et formålskrav i finanskl. § 5 annet ledd oppfyller et behov hos partene, er svaret antakeligvis ja. Etter avtalepraksis fremstår det som at «rating-triggere» og lignende benyttes i stor utstrekning.⁶⁹ Slike mekanismer reflekterer at man foretar en kredittvurdering på et gitt tidspunkt, og derfor regelmessig har behov for å sikre at senere svekkelser i skyldners kredittverdighet kan møtes med krav om sikkerhet eller økt sikkerhet.⁷⁰ Dersom man ikke kan operere med en slik regulering uten risiko for omstøtelse etter dekl. § 5-7, vil det kunne medføre at kreditor velger å avslutte et engasjement selv om han har preferanse for en løsning hvor det stilles sikkerhet.⁷¹ Dette taler for at det ikke gjelder et formålskrav etter finanskl. § 5 annet ledd.

I tillegg er det relevant å se til verdipapirhandelloven og betalingssystemloven.⁷² Etter verdipapirhandelloven § 14-3 er sikkerhet for enkelte valutahandelsavtaler som er stilt overfor en oppgjørssentral, uavhengig av sikkerhetsstillelsens formål, vernet mot omstøtelse etter dekl. § 5-7. Betalingssystemloven § 4-4 innebærer et tilsvarende heldekkende unntak fra dekl. § 5-7 for sikkerhet stilt overfor en sentralbank i EØS-området, en operatør, eller en deltaker i interbanksystem eller verdipapiroppgjørssystem. Selv om virkeområdene til bestemmelsene er snevrere enn virkeområdet til lov om finansiell sikkerhetsstillelse tar bestemmelsene særlig sikte på å verne tilleggsikkerhet mot omstøtelse etter dekl. § 5-7.⁷³ Av den grunn tilsier systembetragtninger, gjennom det regulatoriske systemet som betalingssystemloven, verdipapirhandelloven og lov om finansiell sikkerhetsstillelse til sammen utgjør, at det etter finanskl. § 5 annet ledd ikke gjelder et formålskrav.

4.1.3 Utenlandsk rett: svensk og dansk rett

IDs 2003:38 la Sverige frem sitt forslag til gjennomføring av direktivet og her konkluderte finansdepartementet med at svensk rett allerede var i overensstemmelse med direktivets bestemmelser, herunder formålskravet. Årsaken til dette var ordinærreservasjonen i den fortsatt gjeldende konkurslagen 4. kap. 12 §:

⁶⁹ Rosén s. 61-62.

⁷⁰ Rosén s. 62.

⁷¹ Ibid.

⁷² Rosén s. 62.

⁷³ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 58.

«Sikkerhet som gjældenæren har overlæmnet senare æn tre mænader fœre fristdagen og som inte var betingad vid skuldens tillkomst eller inte har overlæmnet utan drœjsmål efter skuldens tillkomst gær æter, om inte sâkerstællandet med hânsyn till omstændigheterna ændå kan anses som ordinært.»

Ordinærreservasjonen ble innfœrt med en lovendring som trådte i kraft 1. juli 2002 og bakgrunnen for lovendringen var forekomsten av «s.k. tillæggssâkerheter som læmnet inom ramen for deltagande i den clearingverksamhet som anordnet av en centralbank eller en clearingorganisation for transaksjoner pâr reglerade finansielle marknader».⁷⁴ Med andre ord er ordinærreservasjonens siktemål blant annet å verne sikkerhetsstillelse pâr det finansielle omrâdet mot omstœtelse.

Ordinærreservasjonen tar fœrst og fremst sikte pâr «rættshandlingar som inte utlœses av gjældenærens betalningssvârigheter eller fœrestæende konkurs».⁷⁵ Dette gjentas ogsâ i Ds 2003:38 og legges til grunn i teorien.⁷⁶ Sagt pâr en annen mâte beskyttes sikkerhetsstillelser som ikke er begrunnet i skyldners reduserte kredittverdighet.

Sammenholdes dette med at regjeringen i Prop. 2004/05:30 gjentok det samme og i tillegg slo fast at direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav a ikke kunne tolkes som at sikkerhetsstillelser som «fœranletts av en minskad kredittværdighet hos sâkerhetsstællaren omfattas av bestæmmelsen» blir det klart at den svenske lovgiveren bevisst konstaterte at ordinærreservasjonen samsvarte med direktivets formålskrav pâr dette punkt.⁷⁷

Likheten mellom ordinærreservasjonen og direktivets formålskrav stopper imidlertid her, ettersom ordinærreservasjonen verner flere disposisjoner mot omstœtelse enn hva direktivets formålskrav gjœr. Mens direktivet kun verner sikkerhetsstillelser som er knyttet til endringer av sikkerhetens verdi eller gjeldens stœrrelse, gær ordinærreservasjonen lenger og verner sikkerhetsstillelser som ikke er knyttet til skyldners reduserte kredittverdighet. Ergo fungerer ordinærreservasjonen som et formålskrav, men dette formålskravet tilsvarer ikke direktivets formålskrav.

⁷⁴ Mellqvist/Welamson s.138.

⁷⁵ Prop. 2001/02:57 s. 14.

⁷⁶ Se DS 2003:38 s. 133 og Hans Rennan, *Ætervinning enligt 4 kap. konkurslagen*, andra upplagan, Stockholm 2013 (forkortet Rennan) s. 209-210.

⁷⁷ Prop. 2004/05:30 s. 85-86.

I dansk rett gjennomføres direktivet i kapitalmarkedsloven og direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii i lovens § 202 stk. 2 (min utheving):

«Sikkerhed, der er stillet for ændringer i værdien af sikkerheder eller fordringer, som er indtrådt efter aftalens indgåelse og **skyldes markedsbetingede forhold**, kan ikke omstødes efter §§ 70 eller 72 i konkursloven, hvis den stillede sikkerhed er stillet uden unødigt ophold, efter at kravet på sikkerhed kunne gøres gældende ...».

Av ordlyden fremgår det tydelig at det gjelder et formålsskrav som utelukker vern mot omstøtelse dersom verdiendringen skyldes noe annet enn «markedsbetingede forhold».⁷⁸

Det virker å være sikker rett at bestemmelsen ikke verner økt kredittrisiko som følge av endringer i sikkerhetsstillerens kredittverdighet.⁷⁹ Til tross for likhet på dette punkt samsvarer ikke formålsskravet med direktivets formålsskrav. Årsaken er at det danske formålsskravet kun beskytter sikkerhetsstillelser som er knyttet til *markedsbetingede endringer* i sikkerhetens verdi eller gjeldens størrelse. Etter direktivet kreves det imidlertid ikke at endringen er markedsbetinget.

Samlet sett har gjennomgangen vist at det både i svensk og dansk rett gjelder et formålsskrav, men at kravene er ulike og at ingen helt samsvarer med direktivets formålsskrav. Som nevnt under punkt 2.2 er det av rettskildemessig betydning å se hvordan Sverige og Danmark gjennomførte direktivet på dette punkt på grunn av de skandinaviske landenes felles rettstradisjon og det fellesnordiske lovsamarbeidet. Forskjellene mellom direktivets formålsskrav og det svenske og danske formålsskravet er imidlertid så store at harmoniseringshensynet svekkes.

Harmoniseringshensynet kan dermed ikke tas til inntekt for at det i norsk rett, etter finansikl. § 5 annet ledd, gjelder et formålsskrav.

4.1.4 Oppsummering

Som nevnt i punkt 4.1.2 medfører den klare ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd at det kreves relativt tungtveiende holdepunkter i det øvrige rettskildet bildet for å kunne foreta en

⁷⁸ Et tilsvarende formålsskrav eksisterte også i kapitalmarkedsloven § 202 nr. 2 sin forgjenger, værdipapirhandelsloven § 581 stk. 1.

⁷⁹ Karnov Danmark, lovkommentar til kapitalmarkedsloven, note 983.

innskrenkende tolkning. Dette medfører også at dersom det eksisterer rettskildefaktorer som støtter ordlyden vil det måtte kreves desto bedre dekning i det øvrige rettskildebildet for å kunne foreta en innskrenkende tolkning.⁸⁰

Drøftelsen ovenfor har vist at ulike system- og formålsbetraktninger støtter den løsningen som følger av ordlyden. I tillegg har aktørene et klart behov for å kunne avtale en rett til å kreve sikkerhet dersom skyldners kredittverdighet blir svekket. Kombinert med at vi befinner oss på et positivrettslig rettsområde taler dette klart for at ordlyden bør følges.⁸¹

Sett i lys av dette vil hensynet til kreditorfellesskapet ikke være tilstrekkelig tungtveiende til å kunne fravike ordlyden.

Følgelig er det ikke rettskildemessig grunnlag for å innfortolke et formålsskrav i finansikl. § 5 annet ledd som tilsvarende direktivets formålsskrav.

Konklusjonen blir at finansikl. § 5 annet ledd ikke krever at sikkerhetsstillelsen må ha et bestemt formål for å få vern mot omstøtelse.

4.2 Må en ombyttet sikkerhet ligge innenfor et bestemt verdiintervall for å få vern mot omstøtelse?

4.2.1 Direktivet og den internasjonale regelen

Det fremgår av artikkel 8 nr. 3 bokstav b punkt ii at en avtale som omfatter en rett til å kreve ombytting av finansiell «sikkerhet» har vern mot omstøtelse såfremt den ombyttede sikkerheten «i alt væsentlig har samme verdi» som den opprinnelige sikkerheten. Med andre ord er omstøtelsesvernet begrenset til ombytting av finansiell «sikkerhet» med «væsentlig» samme verdi.

Ordlyden av «sikkerhet» tilsier at det siktes til selve panteobjektet. Dette støttes av kommisjonens direktivforslag hvor kommisjonen blant annet behandlet ombyttingsretten og

⁸⁰ Se Nygård s. 36 hvor han forklarer «overvektsprinsippet». Poenget er at harmoniseringsstadiet i rettsanvendelsesprosessen er en interesseavveining der de ulike rettskildefaktorene blir vektet: «For at ein eller fleire av dei relevante faktorane skal kunne bera det endelege standpunktet, må den eller dei ha overvekt samla sett i høve til dei øvrige.»

⁸¹ Nygård s. 243.

presiserte at «it will often be of key importance to the collateral provider to be able to withdraw **particular securities** by replacing them with other securities of equivalent value». ⁸²

I tillegg fremgår det av punkt 16 i direktivets fortale at muligheten for å bytte ut «aktiver» (eiendeler) som er stilt som finansiell sikkerhet med «andre aktiver af samme værdi» bør beskyttes mot visse automatiske omstøtelsesregler. Bruken av «aktiver» tilsier at det siktes til selve panteobjektet.

Følgelig skal «sikkerhet» tolkes som panteobjektet. Ombyttingen vil da kun være vernet mot omstøtelse dersom det opprinnelige panteobjektet har «væsentligt» samme verdi som det ombyttede panteobjektets verdi.

Når det kommer til tolkningen av «væsentligt» samme verdi tilsier ordlyden at det ikke kreves at den ombyttede sikkerhetens verdi må være nøyaktig lik verdien til den opprinnelige sikkerheten for å få vern mot omstøtelse. Derimot tilsier ordlyden at det er tilstrekkelig at disse verdiene er tilnærmet eller hovedsakelig lik hverandre.

På den annen side fremgår det av punkt 16 i direktivets fortale at muligheten for å bytte ut eiendeler som er stilt som finansiell sikkerhet med «andre aktiver af **samme værdi**» bør beskyttes mot visse automatiske omstøtelsesregler. ⁸³ Det gir imidlertid lite mening dersom «væsentligt» samme verdi skal tolkes som samme verdi. I så fall burde «væsentligt» vært utelatt.

I EU-rettens tolkningslære tillegges formålsbetraktninger stor vekt. ⁸⁴ Sett i lys av at formålet bak direktivet er å styrke kreditors posisjon bør «væsentligt» ikke tolkes som at den ombyttede sikkerheten må ha nøyaktig lik verdi som den opprinnelige sikkerheten for å få vern mot omstøtelse. Derimot bør «væsentligt» tolkes som at det er tilstrekkelig at den ombyttede sikkerhetens verdi i det hovedsakelige er lik den opprinnelige sikkerhetens verdi for å få vern mot omstøtelse. En slik skjønnsmessig og fleksibel regel forenkler ombyttingsprosessen og gir kreditor og skyldner et større spillerom.

⁸² COM(2001) 168/F1 s. 10 (min utheving).

⁸³ Min utheving.

⁸⁴ Se punkt 2.1.

Følgelig må «væsentlig» forstås som at det er tilstrekkelig at den ombyttede sikkerhetens verdi i det hovedsakelige er lik den opprinnelige sikkerhetens verdi for å få vern mot omstøtelse.

En antitetisk tolkning av ordlyden i artikkel 8 nr. 3 bokstav b punkt ii vil da føre til at en ombyttet sikkerhet av både vesentlig høyere og vesentlig lavere verdi enn den opprinnelige sikkerheten faller utenfor direktivets omstøtelsesvern. Det er imidlertid tvilsomt om en slik tolkning kan legges til grunn.⁸⁵

Sett i lys av at direktivets formål er å styrke kreditors posisjon må formålet bak kravet om «væsentlig» samme verdi være å beskytte kreditor der han godtar et bytte som ikke i vesentlig grad stiller ham i en bedre posisjon.⁸⁶ Det vil da ikke gi god mening om kreditor skal ha et svakere vern mot omstøtelse i tilfeller hvor kreditor godtar et sikkerhetsbytte som stiller ham i en svakere posisjon, altså et bytte som gir dårligere dekning for hans krav mot skyldner.⁸⁷

Hensynet til kreditorfellesskapet støtter heller ikke en antitetisk tolkning, ettersom kreditorfellesskapet faktisk får flere midler til fordeling dersom skyldner foretar et bytte hvor den ombyttede sikkerheten har en lavere verdi enn den opprinnelige sikkerheten.

Artikkel 8 nr. 3 bokstav b punkt ii må dermed tolkes i samsvar med direktivets formål. Ergo er det kun en ombyttet sikkerhet av vesentlig høyere verdi enn den opprinnelige sikkerheten som faller utenfor direktivbestemmelsens omstøtelsesvern.

Med andre ord vil en ombyttet sikkerhet kun være vernet mot omstøtelse etter direktivet dersom den ikke vesentlig overstiger den opprinnelige sikkerheten i verdi.

4.2.2 De nasjonale rettskildefaktorene

Ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd stiller ikke opp et krav om at den ombyttede sikkerheten må ha «væsentlig» samme verdi som den opprinnelige sikkerheten for at en avtalt rett til ombytting skal få vern mot omstøtelse etter dekl. § 5-7.

⁸⁵ Se i samme retning Kjersti Skog-Hauge, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld», spesialoppgave UiO, 2005 (forkortet Skog-Hauge) s. 25.

⁸⁶ Se Lilleholt s. 22 hvor Lilleholt skriver om direktivets formål.

⁸⁷ Se i samme retning Skog-Hauge s. 25.

Etter ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd er altså all ombyttet sikkerhet vernet mot omstøtelse, uavhengig den ombyttede sikkerhetens verdi.

Spørsmålet blir da om det er god nok dekning i rettskildebildet til å fravike ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd og innfortolke et vilkår, lik direktivets, om at en ombyttet sikkerhet må ha «væsentlig» samme verdi som den opprinnelige sikkerheten for å oppnå vern mot omstøtelse.

I arbeidsgrupperapporten fremgår det at arbeidsgruppen var klar over at direktivet kun beskytter erstatning eller ombytting av sikkerhet dersom den nye sikkerheten i alt «væsentlig» har samme verdi.⁸⁸ Videre ble det konstatert at:

«gjeldende norsk rett legger til grunn at ”ombyttet sikkerhet” som definert i direktivet er vernet mot omstøtelse etter dekningslovens § 5-7. Det vises til Kristian Huser: Gjeldsforfølgning & konkurs, Bind 3, Bergen 1992 s. 400. Norsk rett synes dermed også å være er [sic] i samsvar med artikkel 8 nr. 3 bokstav b punkt ii når det gjelder ombytting av sikkerhet».⁸⁹

For å forstå resonnetet må referansen til Huser analyseres. Sidetallet det vises til er en del av kapittelet «Ombytting av sikkerhet» der det drøftes om en ombyttingsdisposisjon kan omstøtes etter deknl. § 5-7. Forfatteren skriver at ombytting av sikkerhetsobjektene godtas i den utstrekning sikkerheten ikke derved forbedres, så langt kan sikkerheten nemlig reelt ses som hjemlet i den opprinnelige sikkerhetsavtalen.⁹⁰

Med referansen til Huser siktet altså arbeidsgruppen trolig til forbedringsforbeholdet som følger av berikelsesregelen i deknl. § 5-11. Dette tyder på at det var på grunn av forbedringsforbeholdet at arbeidsgruppen ikke fant det nødvendig å innta en verdibegrensning i finansikl. § 5 annet ledd, og i stedet konstaterte at norsk rett allerede var i samsvar med direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav b punkt ii.

Hvorvidt dette faktisk samsvarer med direktivbestemmelsen beror på om forbedringsforbeholdet innebærer at minst like mange disposisjoner får vern mot omstøtelse som etter direktivets verdibegrensning.

⁸⁸ Arbeidsgrupperapporten s. 57.

⁸⁹ Arbeidsgrupperapporten s. 59-60.

⁹⁰ Se Huser 3 s. 400 hvor han skriver at løsningen følger av berikelsesregelen i deknl. § 5-11. Regelen ble også slått fast i Rt. 1899 s. 817.

Det sentrale ved forbedringsforbeholdet er at verdien av den ombyttede sikkerheten ikke må overstige verdien av den opprinnelige sikkerheten.⁹¹ Det fremgår av berikelsesprinsippet i dekl. § 5-11 at det bare er kreditors oppnådde «berikelse» ved ombyttingen som kan omstøtes. Etter forbedringsforbeholdet er altså ombyttingen uomstøtelig så lenge kreditor ikke oppnådde en «berikelse».

Spørsmålet blir da hva som utgjør en «berikelse».

Ordlyden i dekl. § 5-11 gir lite veiledning utover at det må ha skjedd en formuesforøkelse som kreditor ikke ville oppnådd uten den omstøtelige disposisjonen.

Forarbeidene⁹² påpeker at «berikelsen i gjeldende rett er et forholdsvis festnet begrep», altså siktes det til den alminnelige berikelseslæren. Den alminnelige berikelseslærens beregningsmetode legges dermed til grunn.⁹³

Boets omstøtelseskrav etter § 5-11 skal da utmåles slik at den annen part økonomisk stilles som om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde funnet sted – han skal verken tape eller vinne på omstøtelsen.⁹⁴ Med andre ord utgjør «berikelse[n]» kreditors nettogevinst.

Konsekvensen er at det ikke er tilstrekkelig at den ombyttede sikkerheten har en høyere verdi enn den opprinnelige sikkerheten for at omstøtelse skal kunne skje, kreditor må også ha oppnådd en nettogevinst som følge av ombyttingen.⁹⁵

Som vist i punkt 4.2.1 vil en sikkerhetsombytting som resulterte i en marginal nettogevinst for kreditor være vernet mot omstøtelse etter direktivet. Etter direktivet er nemlig en ombyttet sikkerhet vernet mot omstøtelse så lenge den ikke *vesentlig overstiger* den opprinnelige sikkerheten i verdi.

Følgelig er flere tilfeller vernet mot omstøtelse etter direktivets verdibegrensning enn etter forbedringsforbeholdet som utledes av berikelsesregelen i dekl. § 5-11 første ledd.

⁹¹ Huser 3 s. 403.

⁹² NOU 1972:20 s. 300.

⁹³ Se Huser 3 s. 567.

⁹⁴ Se Huser 3 s. 571-572 og Rt. 1996 s. 1647 (s. 1653).

⁹⁵ I tilfeller hvor den tidligere sikkerheten er betryggende, spiller det ingen rolle om den nye sikkerheten er enda bedre. Panthaver kan ikke under noen omstendigheter få dekket mer enn sitt krav, og det overskytende vil uansett komme boet til gode. Noen omstøtelse skulle derfor ikke være nødvendig, se Huser 3 s. 400.

Å tolke finansikl. § 5 annet ledd i samsvar med forbedringsforbeholdet vil dermed kunne gi løsninger som i det enkelte tilfellet er direktivstridige.

At lovgiver la opp til slik motstrid har formodningen mot seg. Norge har aldri bevisst brutt sine forpliktelser til å gjennomføre på nasjonalt nivå de rettsakter som er blitt innlemmet i EØS-avtalen.⁹⁶ Regjeringens og stortingets praksis viser derimot at Norge legger betydelig vekt på å oppfylle landets folkerettslige forpliktelser.⁹⁷

At lovgiver ikke mente å legge til grunn forbedringsforbeholdet støttes også av arbeidsgrupperapporten. Etter å ha understreket at direktivet krever at stilt sikkerhet og tilleggssikkerhet ikke skal kunne omstøtes alene på det grunnlag at sikkerheten er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt poengterer arbeidsgruppen at:

«Når det gjelder ombyttet sikkerhet gjelder dette for sikkerhet som i det alt vesentlig har samme verdi. Arbeidsgruppen mener at direktivets forpliktelse er dekket på en hensiktsmessig måte i gjennomføringsloven § 5 annet ledd.»⁹⁸

Dersom lovgiver la til grunn at finansikl. § 5 annet ledd skulle tolkes i samsvar med forbedringsforbeholdet vil dette som vist være direktivstridig. Å skrive at direktivet var dekket på en «hensiktsmessig måte» ville da vært misvisende.

Forarbeidsuttalelsene kan dermed ikke tolkes som at lovgiver la til grunn at finansikl. § 5 annet ledd skulle tolkes i samsvar med forbedringsforbeholdet i dekl. § 5-11.

En annen tolkning av forarbeidene er at arbeidsgruppen bevisst valgte å utelate en verdibegrensning i finansikl. § 5 annet ledd. Fordi lovgiver står fritt til å innføre et mer omfattende omstøtelsesvern enn hva minimumsdirektivet krever er dette ikke direktivstridig.

Imidlertid finnes det ikke holdepunkter i forarbeidene som støtter dette. Om gjennomføringen var ment å innebære et mer omfattende omstøtelsesvern enn hva direktivet krever ville det vært naturlig å presisere dette.

Samlet sett gir forarbeidene ikke grunnlag for sikre slutninger i noen retninger.

⁹⁶ Arnesen/Stenvik s. 100.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Arbeidsgrupperapporten s. 61.

Når det kommer til reelle hensyn vil en tolkning av finansikl. § 5 annet ledd i tråd med ordlyden ivareta hensynet til forutberegnelighet, et hensyn som står sterkt på konkursrettens område.⁹⁹

Imidlertid er de berørte partene profesjonelle parter, eksempelvis finansinstitusjoner og verdipapirforetak, jf. finansikl. § 1. Disse partene forutsettes i større grad enn andre å kunne ivareta eget tarv, noe som taler for at forutberegnelighetshensynet ikke står like sterkt. Dette underbygges også av mindretallets uttalelse i Rt. 2000 s. 1811:

«Selv om hensynet til forutberegnelighet og innrettelse generelt veier tungt mot å fravike en klar lovtekst, mener jeg at disse hensyn ikke kan tillegges utslagsgivende vekt i vår sak.»¹⁰⁰

Mindretallets begrunnelse var blant annet at innen EØS-området er forutberegneligheten nokså kompleks og rettskildebildet sammensatt. Selv om det dreier seg om en mindretallsuttalelse var det likevel en skarp dissens (8-7). I tillegg har uttalelsen gode grunner for seg siden innrettelseshensynet ofte står svakere på et område med et omfattende og uoversiktlig rettskildebilde. Når de samme hensynene som mindretallet trakk frem gjør seg gjeldende for tolkningen av finansikl. § 5 annet ledd, taler dette for at innrettelses- og forutberegnelighetshensynet har begrenset vekt. I lys av dette vil det være mindre betenkelig å fravike ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd og foreta en innskrenkende tolkning.

På den annen side vil det på et rettsområde hvor rettskildebildet er sammensatt være et høyt behov for forutberegnelighet. Rettsanvenderen bør derfor etterstrebe forutberegnelige tolkningsresultat for å redusere problemene som det sammensatte rettskildebildet gir. Dette tilsier at tolkningsresultatet som følger av ordlyden i § 5 annet ledd legges til grunn.

I samme retning trekker det forhold at en regulering uten en verdibegrensning, altså i tråd med ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd, trolig kun medfører begrensede problemer for partene. Årsaken er at det er tale om ombygging i henhold til en forhåndsavtale, hvor det har formodningen for seg at partene er i stand til å regulere spørsmålet i kraft av å ivareta egne interesser.¹⁰¹

⁹⁹ Se punkt 2.1.

¹⁰⁰ På s. 1841.

¹⁰¹ Rosén s. 63.

Til sist er det relevant å vurdere rimeligheten av å innfortolke direktivets verdibegrensning i finansikl. § 5 annet ledd.

En verdibegrensning vil medføre at færre disposisjoner får omstøtelsesvern. Som nevnt ovenfor vil nemlig disposisjoner hvor den ombyttede sikkerhetens verdi vesentlig overstiger den opprinnelige sikkerhetens verdi kunne omstøtes. Siden denne type disposisjoner forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler kreditorene vil boet ha en klar økonomisk interesse i å omstøte disse. En verdibegrensning ivaretar dermed kreditorfellesskapets interesser, noe som taler for at innføringen av en slik begrensning i finansikl. § 5 annet ledd vil være en rimelig og god løsning.

Når det kommer til ombyttet sikkerhet som har en lavere verdi enn den opprinnelige sikkerheten vil denne være vernet mot omstøtelse dersom det eksisterer en verdibegrensning i finansikl. § 5 annet ledd.¹⁰² Selv om et konkursbo ofte ikke har en økonomisk interesse i å kreve omstøtelse i slike tilfeller, vil det kunne tenkes situasjoner der boet har et motiv for å kreve omstøtelse selv om berikelsen er lik null, idet det kan være interessert i å forlange naturalrestitusjon.¹⁰³

Et eksempel kan være en gjenstand som er spesielt verdifull for boet, eksempelvis fordi den er viktig ved salg av de andre aktivaene, men hvor den annen part ikke har oppnådd en berikelse ved disposisjonen. En verdibegrensning vil verne disse disposisjonene mot omstøtelse, noe som i tråd med lov om finansiell sikkerhetsstillelse sitt formål vil bidra til en sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse.¹⁰⁴

Videre vil en verdibegrensning i finansikl. § 5 annet ledd redusere graden av forskjellsbehandling mellom tilfeller omfattet av lovens virkeområde og tilfeller som ikke er omfattet av lovens virkeområde. Nettopp den høye graden av forskjellsbehandling, som den norske gjennomføringen av direktivet innebar, har i teorien blitt fremhevet som vanskelig å begrunne siden direktivet ikke forpliktet lovgiver til dette.¹⁰⁵ I følge Røsæg er det mest bemerkelsesverdige nemlig ikke unntakene i finansikl., men at reglene, herunder

¹⁰² Se punkt 4.2.1 hvor jeg slo fast at verdibegrensningen må tolkes som at det kun er ombyttet sikkerhet av *vesentlig høyere* verdi enn den opprinnelige sikkerheten som faller utenfor direktivets omstøtelsesvern.

¹⁰³ Se Huser 3 s. 579-580 hvor han tar det standpunkt at berikelse for den annen part er et vilkår for omstøtelse etter de objektive regler. Deretter skriver Huser at standpunktet styrkes av at boet av og til kan tenkes å ha et motiv for å kreve omstøtelse selv om berikelsen er lik null, idet det kan være interessert i å forlange naturalrestitusjon.

¹⁰⁴ Se finansikl. § 1 første ledd.

¹⁰⁵ Erik Røsæg, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse», *Nytt i privatretten* 2004, 2004-3 s. 8-9.

omstøtelsesreglene, ble opprettholdt uavkortet utenfor finansikl. sitt virkeområde. Eksempelvis vil et pant stilt overfor panthaver Sparebank 1 ofte kunne stå seg, kun fordi banken omfattes av finansikl. sitt virkeområde, mens en lignende panteavtale stilt på samme tid overfor panthaver Peder Ås vil kunne bli omstøtt på objektivt grunnlag. Innføringen av en verdibegrensning vil redusere denne forskjellsbehandlingen, noe som vil gi et rimeligere resultat enn uten en verdibegrensning.

4.2.3 Utenlandsk rett: svensk og dansk rett

I svensk rett fremgår det ikke eksplisitt av konkurslagen 4. kap. 12 § hvorvidt det gjelder en verdibegrensning.

I Prop. 2004/05:30 fremgår det likevel at regjeringen var klar over direktivets verdibegrensning i artikkel 8 nr. 3 bokstav b.¹⁰⁶ Av Sveriges forslag til gjennomføring av direktivet følger det at:

«Om säkerhetsställaren byter ut säkerheten till annan säkerhet av högst samma värde kan detta utbyte inte heller bli föremål för återvinning eftersom åtgärden inte medför någon **nackdel** för konkursboet eller konkursborgenärerna. Så som återvinningsregeln i 4 kap. 12 § konkurslagen är utformad i dag torde den således vara förenlig med säkerhetsdirektivet.»¹⁰⁷

Det samme blir gjentatt på s. 87 i Prop. 2004/05:30. Etter svensk rett er altså en ombyttet sikkerhet vernet mot omstøtelse så lenge ombyttingen ikke medfører en «nackdel» for konkursboet eller konkurskreditorene. Sagt på en annen måte må disposisjonen ha vært til «nackdel» for konkursboet for å kunne omstøtes.¹⁰⁸

Spørsmålet blir da om en «nackdel» tilsvarer direktivets verdibegrensning.

Med «nackdel» menes at skyldnerens økonomiske stilling «försämrats», altså forringes.¹⁰⁹ Som forarbeidsuttalelsen ovenfor viser vil dermed en ombyttet sikkerhet av høyst samme verdi som den opprinnelige sikkerheten ikke medføre en «nackdel».

¹⁰⁶ Prop 2004/05:30 s. 86.

¹⁰⁷ Ds 2003:38 s. 134 (min utheving).

¹⁰⁸ Gertrud Lennander, *Återvinning i konkurs*, tredje opplagan, Stockholm 2004 (forkortet Lennander) s. 88.

¹⁰⁹ Lennander s. 91.

En «nackdel» innebærer at forringelsen «överhuvudtaget har någon betydelse».¹¹⁰ Med andre ord kreves det ikke mye for at en ombyttet sikkerhet skal anses å innebære en «nackdel» og dermed kunne omstøtes.

Dette skiller seg fra direktivet som krever at den ombyttede sikkerheten *vesentlig* må overstige den opprinnelige sikkerheten i verdi for å falle utenfor direktivets omstøtelsesvern og dermed kunne omstøtes. Direktivets omstøtelsesvern rekker dermed lenger enn omstøtelsesvernet i svensk rett.

Samlet sett viser dette at det gjennom «nackdel-kravet» eksisterer en verdibegrensning ved ombytting, men at denne er ulik direktivets verdibegrensning.

I dansk rett reguleres ombytting av finansiell sikkerhet i kapitalmarkedsloven § 202 stk. 1:

«Substituerer sikkerhedsstiller efter aftale med sikkerhedshaver en stillet sikkerhed med en **anden sikkerhed**... kan der kun ske omstødelse af den substituerende sikkerhed, hvis den oprindeligt stillede sikkerhed var omstødelig».¹¹¹

Det er sikker rett at «anden sikkerhed» skal forstås som at sikkerheten må «i alt væsentligt» ha samme verdi som den opprinnelige sikkerheten hvis sikkerhetshaveren skal unngå risiko for omstøtelse.¹¹²

Før direktivet ble gjennomført kunne berikelsen ved en ombytting hvor den ombyttede sikkerheten var av marginalt høyere verdi enn den opprinnelige sikkerheten omstøtes.¹¹³ Med gjennomføringen av direktivet ble omstøtelse i slike tilfeller utelukket. I dag er en ombyttet sikkerhet vernet mot omstøtelse så lenge den har «væsentligt» samme verdi som den opprinnelige sikkerheten. Med andre ord en regulering som tilsvarer direktivets verdibegrensning.

Oppsummert eksisterer det i dansk rett et krav om at den nye sikkerheten ved ombytting må ha vesentlig samme verdi som den opprinnelige sikkerheten for å være vernet mot omstøtelse. Dette kravet eksisterer ikke i svensk rett.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Min utheving.

¹¹² Se Karnov Danmark, lovkommentar til kapitalmarkedsloven, note 979 hvor det presiseres at «Beskyttelsen mod omstødelse gælder, selvom værdien af den nye sikkerhed måtte overstige den oprindeligt stillede sikkerhed, når sikkerhederne i al væsentlighed har samme værdi.»

¹¹³ Ibid.

4.2.4 Oppsummering

Selv om forarbeidene ikke gir grunnlag for sikre slutninger har analysen vist at det finnes andre rettskilder som taler både for og mot en innskrenkende tolkning av finansikl. § 5 annet ledd.

Utgangspunktet er at den klare ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd medfører at det må kreves relativt klare holdepunkter i det øvrige rettskildebildet for å foreta en innskrenkende tolkning. Dette forsterkes av at en tolkning av finansikl. § 5 annet ledd i tråd med ordlyden trolig kun medfører begrensede problemer for partene.

Hva gjelder reelle hensyn står harmoniseringshensynet i form av skandinavisk rettsenhet ikke særlig sterkt. Årsaken er at en verdibegrensning lik direktivets kun eksisterer i dansk rett.

På den annen side trekker reelle hensyn i form av rimelighetsbetraktninger klart i retning av at finansikl. § 5 annet ledd tolkes innskrenkende.

Reelle hensyn kan få avgjørende betydning for løsningen av et rettsspørsmål.¹¹⁴ Imidlertid pleier Høyesterett, hvis det foreligger klare lovbestemmelser og verken forarbeider eller andre autoritative rettskildefaktorer gir grunnlag for å tolke dem i strid med ordlyden, å bøye seg for lovbestemmelsene – selv om den finner resultatet mindre rimelig.¹¹⁵ Overført til det foreliggende tilfellet taler dette for at løsningen som følger av ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd ikke fravikes.

Dette støttes av at hvorvidt reelle hensyn slår gjennom overfor motargumenter beror på hvor sterkt man tar avstand fra det resultatet som motargumentene ville resultere i.¹¹⁶ For det foreliggende spørsmålet vil resultatet som motargumentene fører til trolig ikke medføre stor misnøye, ettersom en tolkning i tråd med ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd ikke skaper store problemer for partene.

Følgelig kan reelle hensyn i form av rimelighetsbetraktninger ikke få avgjørende betydning.

Konklusjonen er at en ombyttet sikkerhet ikke må ligge innenfor et bestemt verdiintervall for å få vern mot omstøtelse.

¹¹⁴ Se eksempelvis Rt. 1977 s. 1035, Sykejournal-dommen.

¹¹⁵ Torstein Eckhoff, *Rettskildeelære*, Oslo (2001) s. 378.

¹¹⁶ *Ibid.*

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

I punkt 3.2 konkluderte jeg med at en plikt for skyldner, avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, til senere å stille tilleggssikkerhet skal anses som pant for eldre gjeld. Denne formen for tilleggssikkerhet kan dermed omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

Hvorvidt finansikl. § 5 annet ledd innebærer et unntak fra denne regelen er etter gjeldende rett ikke avklart og vil derfor i det følgende bli forsøkt avklart.

4.3.1 Direktivet og den internasjonale regelen

Som nevnt tidligere søker finansikl. § 5 annet ledd å gjennomføre direktivets art. 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii.

Direktivbestemmelsen inneholder et krav om å sikre at omstøtelse mv. av sikkerhetsstillelse, tilleggssikkerhet eller ombyttet sikkerhet ikke kan skje «alene på det grundlag» at de relevante finansielle forpliktelser «blev pådraget forud for datoen for etableringen af den finansielle sikkerhed, den supplerende finansielle sikkerhed eller den substituerende finansielle sikkerhed».

Med andre ord et forbud mot bestemmelser om omstøtelse av de angitte typer sikkerhetsstillelser alene med den begrunnelse at de er pant for eldre gjeld.¹¹⁷

Forbudet rammer dermed den omtalte formen for tilleggssikkerhet. Årsaken er som vist at en plikt for skyldner, avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, til senere å stille tilleggssikkerhet kan omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a med den begrunnelse at tilleggssikkerheten anses som pant for eldre gjeld.

Følgelig krever direktivet at det gjøres unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

¹¹⁷ Arbeidsgrupperapporten s. 59.

4.3.2 De nasjonale rettskildefaktorene

Etter finansikl. § 5 annet ledd kan en sikkerhetsstillelse ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er «stilt» for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt.

Ordlyden tilsier at sikkerheten skal anses som «stilt» i det den ble avtalerettslig bindende mellom partene. Med andre ord at bestemmelsen skal forstås som at sikkerheten ikke kan omstøtes alene på det grunnlag at sikkerheten ble *stiftet* etter gjeldspådragelsen. Dette tilsier at bestemmelsen hjemler et unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.¹¹⁸

På den annen side legger forarbeidene¹¹⁹ til grunn at finansikl. § 5 annet ledd kun innebærer et unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav b. Jeg kommer nærmere tilbake til dette nedenfor.

Forarbeidenes standpunkt aktualiserer spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes innskrenkende til ikke å hjemle et unntak fra bokstav a. Det må i så fall foretas en «frisk» innskrenkende tolkning.¹²⁰

Dersom finansikl. § 5 annet ledd tolkes innskrenkende vil resultatet stå i motstrid med direktivbestemmelsen. I motstridstilfeller har det tradisjonelt vært lagt stor vekt på om lovgiver faktisk har villet fravike folkeretten, eller om motstriden er ubevisst.¹²¹ Ved behandlingen av spørsmålet om konflikt mellom rettsregler på EØS-avtalens område uttalte Utenriksdepartementet at:

«Noe forenklet kan man vel si at bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.»¹²²

Sett i sammenheng med at ordlyden av «stilt» i finansikl. § 5 annet ledd samsvarer med direktivet, må det kreves klare holdepunkter i det øvrige rettskildebildet for å fravike lovteksten og foreta en innskrenkende tolkning.

¹¹⁸ Se i samme retning Rosén s. 59 og Myhre s. 28.

¹¹⁹ Arbeidsgrupperapporten s. 59-60 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 57-58.

¹²⁰ Lau Hansen/Lilleholt/Millqvist s. 166.

¹²¹ Arnesen/Stenvik s. 98.

¹²² Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 4.

Spørsmålet blir da om det finnes tilstrekkelig tungtveiende rettskildefaktorer i det øvrige rettskildebildet til å foreta en innskrenkende tolkning av «stilt» i finansikl. § 5 annet ledd.

En rettskildefaktor som kan underbygge en innskrenkende tolkning er finansikl. § 2 annet ledd: «Etter denne lov anses sikkerhet ikke som stilt før rettsvern er etablert». Fokuset i «stilt» i § 5 annet ledd flyttes dermed tilsynelatende fra når sikkerhetsstillelsen ble avtalerettslig bindende til når sikkerhetsstillelsen fikk rettsvern. Altså at «stilt» skal forstås som gjennomføringen av rettsvernakten.

Omstøtelse etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a er på sin side begrunnet i noe mer enn at sikkerheten fikk rettsvern etter gjeldspådragelsen. Nemlig at sikkerhetsstillelsen ikke bare fikk rettsvern, men også ble avtalt etter gjeldspådragelsen. Denne ulikheten taler for at det ikke er snakk om omstøtelse «alene på det grundlag» at sikkerheten er «stilt» for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt. Dette tilsier at finansikl. § 5 annet ledd ikke innebærer et unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a.¹²³

Imidlertid er det tvilsomt at § 2 annet ledd medfører at «stilt» skal tolkes slik. Bestemmelsen gjennomfører direktivets artikkel 1 nr. 5 hvor det fremgår at direktivet kun får anvendelse på finansiell sikkerhet når den er stilt. I forarbeidene fremheves det at gjennomføringslovens bestemmelser om beskyttelse mot felles gjeldsforfølgning kun kommer til anvendelse dersom det er skaffet rettsvern for sikkerheten.¹²⁴ Ergo må «stilt» i finansikl. § 5 annet ledd forstås som at kun sikkerhet som sikkerhetshaver har oppnådd rettsvern for er vernet mot omstøtelse.¹²⁵ Dette understreker bare det selvsagte etter norsk rett: dersom sikkerheten var uten rettsvern ville konkursboet benyttet vanlige kreditorekstinksjonsregler og ikke omstøtelsesreglene som grunnlag for å nekte å godta disposisjonen. Det er nemlig en forutsetning for omstøtelse at sikkerheten har fått rettsvern.¹²⁶

En tilsvarende forutsetning må også ligge til grunn for at finansikl. § 5 annet ledd skal komme til anvendelse siden denne bestemmelsen skal beskytte visse disposisjoner mot nettopp omstøtelse. Med andre ord definerer finansikl. § 2 annet ledd bare virkeområdet til finansikl. § 5 annet ledd.

¹²³ Se i samme retning Kjetil Wibe, «Nye rammebetingelser for bruk av innskudd og finansielle instrumenter som sikringsobjekt i den nye loven om finansiell sikkerhetsstillelse», *Tidsskrift for forretningsjuss*, 2004-2 s. 147-158 kap. 5.3.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 24.

¹²⁵ Se i samme retning Skaar s. 23.

¹²⁶ Huser 3 s. 30-31.

Dette betyr at finansikl. § 2 annet ledd ikke klarlegger det faktiske innholdet av «stilt». Det som er klart er at dersom en sikkerhetsstillelse ikke er avtalt kan det heller ikke gis rettsvern. Det innholdsmessige fokuset av «stilt» kan dermed ikke ensidig ligge på når sikkerhetsstillelsen fikk rettsvern slik § 2 annet ledd gir inntrykk av. Fokuset må også ligge på når sikkerhetsretten ble avtalt. Dette tilsier at finansikl. § 5 annet ledd tolkes som at omstøtelse ikke kan skje alene på det grunnlag at sikkerheten er stiftet og skaffet rettsvern etter gjeldspådragelsen.¹²⁷

Sammenholdt med de ovennevnte forhold viser dette at § 2 annet ledd ikke kan tas til inntekt for en innskrenkende tolkning av finansikl. § 5 annet ledd.

Når det kommer til forarbeidene konkluderte både arbeidsgruppen og departementet med at det ikke var behov for å gjøre unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a siden norsk rett allerede samsvarte med artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii.¹²⁸ Avgjørende for konklusjonen var tolkningen av dekl. § 5-7 første ledd bokstav a:

«Det avgjørende i forhold til § 5-7 bokstav a er om gjelden eksisterte før sikkerheten ble avtalt. Dersom panteretten ble tilsagt ved gjeldens stiftelse, som et vilkår for avtaleinngåelsen, vil forholdet ikke rammes av § 5-7 bokstav a.»¹²⁹

Med andre ord mente arbeidsgruppen og departementet at en plikt, avtalt senest samtidig som gjeldspådragelsen, til senere å stille tilleggsikkerhet ikke skulle kunne omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a ble dermed ikke aktualisert. Når forarbeidene bygger på en forutsetning som gjør at spørsmålet ikke aktualiseres får forarbeidene begrenset rettskildemessig vekt.

I forlengelsen av dette argumenterer Rosén for at dersom dekl. § 5-7 første ledd bokstav a tolkes til å ramme tilleggsikkerhet avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, vil forarbeidenes standpunkt om at direktivet ikke krever unntak fra denne bestemmelsen ikke kunne opprettholdes.¹³⁰ Siden analysen min nettopp legger til grunn at dekl. § 5-7 første ledd bokstav a rammer slike tilfeller tilsier dette at forarbeidene ikke kan tillegges vekt.

¹²⁷ Se i samme retning Skaar s. 24.

¹²⁸ Arbeidsgrupperapporten s. 59-60 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 57-58.

¹²⁹ Arbeidsgrupperapporten s. 59 og Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 57.

¹³⁰ Rosén s. 59.

I tillegg tilsier tradisjonen med at det i motstridstilfeller legges stor vekt på om lovgiver faktisk har villet fravike folkeretten, eller om motstriden er ubevisst, for at forarbeidenes standpunkt ikke kan tillegges vekt.¹³¹ Som vist er det tydelig at lovgiver ubevisst og feilaktig la til grunn at det ikke var behov for å gjøre unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a for å gjennomføre direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii.

I finanskl. § 1 angis lovens formål som å «styrke det finansielle markedet og ivareta hensynet til finansiell stabilitet ved å bidra til sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse». Jo bedre omstøtelsesvern pantthaver får jo mer sikker, ordnet og effektiv blir den finansielle sikkerhetsstillelsen. I tillegg kan dette styrke og stabilisere kapitalmarkedet gjennom reduserte kostnader og økt soliditet hos aktørene. Lovens formål taler derfor for at finanskl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

4.3.3 Utenlandsk rett: svensk og dansk rett

Sverige la frem sitt forslag til gjennomføring av direktivet i Ds 2003:38 Finansiella säkerheter. Her ble det slått fast at svensk rett gjennom konkurslagen 4 kap. 12 § allerede var i overensstemmelse med direktivets bestemmelser.¹³² Avtaler som går ut på at det senere skal stilles (tilleggs-)sikkerhet for å ta hensyn til endringer i den stilte sikkerhetens verdi eller gjeldens størrelse var altså allerede beskyttet mot omstøtelse etter svensk rett.

Interessant i denne sammenhengen er at konkurslagen 4 kap. 12 § tilsvarer dekl. § 5-7 første ledd bokstav a og b:

«Säkerhet som gäldenären har överlämnat senare än tre månader före fristdagen och som inte var betingad vid skuldens tillkomst eller inte har överlämnats utan dröjsmål efter skuldens tillkomst går åter, om inte säkerställandet med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinärt.»

For å unngå omstøtelse må altså «säkerställandet avtalats vid skuldens tillkomst och att säkerheten överlämnats utan dröjsmål därefter».¹³³ At «säkerställandet avtalats vid skuldens tillkomst» tilsvarer innholdet i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a, mens at sikkerheten «överlämnats utan dröjsmål därefter» tilsvarer dekl. § 5-7 første ledd bokstav b. Sistnevnte

¹³¹ Arnesen/Stenvik s. 98.

¹³² Ds 2003:38 s. 132.

¹³³ Karnov Sverige, lagkommentar til konkurslagen, note 140.

underbygges av Rennan¹³⁴ som presiserer at «Säkerheten anses ha överlämnats enligt 4 kap. 12 § KL då panthavaren fått sakrättsligt skydd mot pantsättarens borgenärer».

Når den svenske omstøtelsesbestemmelsen rammer de samme tilfellene som deknl. § 5-7 første ledd bokstav a og b gjør, men likevel anses å samsvare med direktivet skyldes dette bestemmelsens ordinærreservasjon.

Etter konkurslagen 4 kap. 12 § skal omstøtelse ikke skje dersom sikkerhetsstillelsen anses som «ordinært». Reservasjonen er generell og rammer de tilfellene i svensk rett som tilsvarer både deknl. § 5-7 første ledd bokstav a og b.

Som nevnt i punkt 4.1.3 sammenfaller ordinærreservasjonens formål med direktivets formål, nemlig å verne sikkerhetsstillelse på det finansielle området mot omstøtelse. At dette ikke er en tilfeldighet fremgår av forarbeidene¹³⁵ hvor Europakommisjonens forslag¹³⁶ til det som senere ble vedtatt som direktiv 2002/47/EF nevnes. I forslaget på s. 9-10 ble det foreslått å verne tilleggssikkerhet («top-up collateral») mot omstøtelse. Dette viser at ordinærreservasjonen ble vedtatt med bakgrunn i direktivarbeidet og de krav dette ventelig ville sette til svensk rett.

I Prop. 2004/05:30 s. 85 stadfestet den svenske regjeringen at «Nuverande svensk reglering om återvinning av ställd säkerhet överensstämmer med säkerhetsdirektivets bestämmelser.» Dette betyr at innføringen av ordinærreservasjonen, som gjorde unntak fra det som i svensk rett tilsvarer både deknl. § 5-7 første ledd bokstav a og b, ble ansett å være i overensstemmelse med direktivet.

Overført direkte til norsk rett tilsier dette at også den norske gjennomføringsbestemmelsen i finansikl. § 5 annet ledd verner finansiell sikkerhetsstillelse fra omstøtelse etter både deknl. § 5-7 første ledd bokstav a og b. Imidlertid er det vanskelig grunnlag for en slik direkte slutning. Etter å ha behandlet dansk rett vil jeg derfor foreta en samlet vurdering av hvordan svensk og dansk rett kan anvendes for å avklare gjeldende norsk rett.

I dansk rett er det den danske konkursloven § 70 som tilsvarer deknl. § 5-7:

¹³⁴ Rennan s. 209.

¹³⁵ Prop. 2001/02:57 s. 6.

¹³⁶ COM(2001) 168/F1.

«Panteret eller anden sikkerhedsrett, som ikke er tilsagt fordringshaveren ved gældens stiftelse, eller som ikke er sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold efter gældens stiftelse, kan fordres omstødt, hvis sikringsakten er foretaget senere end tre måneder før fristdagen.»

At sikkerhetsretten er «tilsagt» innebærer at pante- eller sikkerhetsretten skal være etablert ved et løfte eller en avtale og tilsvarer således bruken av «stilt» i dekl. § 5-7 første ledd.¹³⁷ I tillegg er den danske lovbestemmelsen lik sitt norske motstykke ved at den rammer de samme tilfellene som det dekl. § 5-7 første ledd bokstav a og b gjør.

Før gjennomføringen av direktivet var det i dansk rett sannsynlig at en på forhånd avtalt sikkerhetsstillelse for eventuelle markedsbetingede endringer i sikkerhetens verdi eller gjeldens størrelse, ville kunne omstøtes etter konkurslovens § 70.¹³⁸ I forlengelsen av dette ble det i dansk rett, som i norsk rett, anført at en slik tilleggssikkerhet er en ordinær disposisjon som ikke burde rammes av konkursloven § 70. Denne debatten ble mindre viktig etter innføringen av direktivet.

Direktivet ble først gjennomført i kapittel 18 a i værdipapirhandelsloven, men i januar 2018 ble denne erstattet med kapitalmarkedsloven. Den danske lovbestemmelsen som per i dag tilsvarer finansikl. § 5 annet ledd er kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2:

«Sikkerhed, der er stillet for ændringer i værdien af sikkerheder eller fordringer, som er indtrådt efter aftalens indgåelse og skyldes markedsbetingede forhold, kan ikke omstødes efter §§ 70 eller 72 i konkursloven, hvis den stillede sikkerhed er stillet uden unødigt ophold, efter at kravet på sikkerhed kunne gøres gældende.»

Som nevnt var det frem til gjennomføringen av direktivet sannsynlig at en forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse for markedsbetingede endringer i sikkerhetens verdi eller gjeldens størrelse ville kunne omstøtes etter konkursloven § 70. Med forgjengeren til kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2, værdipapirhandelsloven § 581, ble imidlertid denne risikoen eliminert.¹³⁹ Siden denne rettstilstanden ble videreført med kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2 er gjeldende dansk rett at en forhåndsavtalt finansiell tilleggssikkerhet ikke kan omstøtes etter noen av konkursloven § 70 sine alternativer.

¹³⁷ SKAT, Den juridiske vejledning 2018-1, G.A.3.4.1.4.9.7.

¹³⁸ Hansen s. 535 note 3.

¹³⁹ Ibid.

En detalj verdt å merke seg er at kapitalmarkedsloven § 1 stk. 11 annet punktum tilsvarer finansikl. § 2 annet ledd: «En sikkerhed anses for stillet, når den relevante sikringsakt er foretaget.» Til tross for dette innebærer kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2 et unntak fra *hele* konkursloven § 70. Som nevnt i punkt 4.3.2 kan det argumenteres for at finansikl. § 2 annet ledd tilsier at finansikl. § 5 annet ledd kun gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav b og ikke bokstav a. Den danske reguleringen svekker imidlertid dette resonnementet. Årsaken er kort fortalt at det på grunn harmoniseringshensyn er av interesse å se hvordan Danmark gjennomførte direktivet på dette punkt.

Samlet sett viser analysen at direktivets artikkel 8 nr. 3 punkt ii i svensk og dansk rett er gjennomført ved at det blant annet gjøres unntak fra det som i disse landenes interne rett tilsvarer dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.¹⁴⁰

Som nevnt i punkt 2.2 har det for tolkningen av finansikl. § 5 annet ledd i seg selv interesse å se hvordan andre EU/EØS-land har gjennomført direktivet på dette punkt. Rettsenhet på tvers av EU/EØS-landene vil skape større forutberegnelighet og sikre en mer enhetlig rettsstilstand. Dette gjelder særlig for de skandinaviske landene på grunn av deres felles rettstradisjon og det fellesnordiske lovsamarbeidet på konkursrettens område. Gjennom uniform tolkning vil man oppnå større rettsenhet og motvirke uønskede grensehindre på et rettsområde hvor spørsmålene som oppstår kan være grenseoverskridende.

Følgelig tilsier harmoniseringshensyn at den norske gjennomføringsbestemmelsen i finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.

4.3.4 Oppsummering

Som nevnt innledningsvis kreves det relativt tungtveiende rettskildefaktorer for å tolke finansikl. § 5 annet ledd innskrenkende til ikke å hjemle et unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Dette fordi en innskrenkende tolkning vil være direktivstridig.¹⁴¹

Selv om forarbeidene støtter en innskrenkende tolkning har analysen vist at forarbeidsuttalelsene bygger på en forutsetning som gjør at spørsmålet om finansikl. § 5 annet

¹⁴⁰ At det i disse landenes interne rett også gjøres unntak fra det som tilsvarer dekl. § 5-7 første ledd bokstav b kommer jeg tilbake til i punkt 4.4.

¹⁴¹ Se Rt. 2000 s. 1811 (s.1830). Presumsjonsprinsippet medfører nemlig at man forsøker å unngå tolkningsalternativer som fører til et folkerettsstridig resultat.

ledd innebærer unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a ikke egentlig aktualiseres. I tillegg viser forarbeidene at lovgiver ikke bevisst forsøkte å fravike direktivet. Forarbeidene kan derfor ikke tillegges særlig stor rettskildemessig vekt.

Analysen har også vist at finansikl. § 2 annet ledd ikke kan tas til inntekt for en innskrenkende tolkning. Med andre ord finnes det ikke tilstrekkelig tungtveiende rettskildefaktorer som kan underbygge en innskrenkende tolkning av finansikl. § 5 annet ledd.

Derimot finnes det flere rettskildefaktorer som underbygger tolkningen som følger av ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd. Både hensynet til forutberegnelighet og formålet i finansikl. § 1 første ledd tilsier at finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a.

I tillegg ble det ved gjennomføringen av direktives artikkel 8 nr. 3 i svensk og dansk rett gjort unntak fra det som tilsvarer deknl. § 5-7 første ledd bokstav a. Harmoniseringshensynet underbygger dermed den tolkningen som følger av ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd.

Oppsummert er det ikke god nok dekning i rettskildebildet til å tolke finansikl. § 5 annet ledd innskrenkende. Tvert i mot viser analysen at det finnes både flere og mer tungtveiende rettskildefaktorer som taler mot en innskrenkende tolkning enn rettskildefaktorer som taler for en slik tolkning.

Følgelig kan finansikl. § 5 annet ledd ikke tolkes innskrenkende.

Konklusjonen blir at finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra deknl. § 5-7 første ledd bokstav a.

4.4 Et unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav b?

Etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav b kan sikkerheten omstøtes selv om den ble avtalt før eller samtidig med gjeldspådragelsen, så lenge avtalen ikke ble sikret rettsvern «uten unødige opphold».

Det fremgår av forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse at finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav b, men ikke bokstav a.¹⁴² Begrunnelsen er at bokstav b er i strid med direktivet, mens bokstav a ikke er det.

I motsetning til forarbeidene konkluderte jeg i punkt 4.3 med at bokstav a er i strid med direktivet og at finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra denne bestemmelsen. Når det gjøres unntak fra bokstav a vil det ikke være nødvendig å gjøre unntak fra bokstav b.¹⁴³ Årsaken er at bokstav b utgjør en retts teknisk forlengelse av bokstav a med det formål å hindre omgåelse av bokstav a.¹⁴⁴

Nærmere forklart er insentivet bak forsøk på omgåelse av bokstav a å unngå omstøtelse. Siden finansikl. § 5 annet ledd utelukker omstøtelse etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a vil eventuelle omgåelsesforsøk opphøre. Dekl. § 5-7 første ledd bokstav b blir da stående igjen uten innhold.¹⁴⁵ Av denne grunn er det ikke nødvendig at finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra dekl. § 5-7 første ledd bokstav b.

Sammenholdt med konklusjonen i punkt 4.3 taler dette for at finansikl. § 5 annet ledd utelukker omstøtelse etter dekl. § 5-7 i sin helhet.¹⁴⁶

Dette underbygges av harmoniseringshensynet, ettersom omstøtelse etter det som i svensk og dansk rett tilsvarende dekl. § 5-7 bokstav a og b er utelukket.

Konklusjonen er at finansikl. § 5 annet ledd innebærer at omstøtelse etter dekl. § 5-7 er utelukket i sin helhet.

¹⁴² Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 57-58.

¹⁴³ Slik også Hans Fredrik Marthinussen, «Mads Henry Andenæs: Konkurs», *Lov og rett*, 2010-7, s. 442.

¹⁴⁴ NOU 1972:20 s. 294.

¹⁴⁵ Til dette kan det innvendes at bestemmelsen også rammer tilfeller hvor det ikke er tale om omgåelsesforsøk, men hvor «man av en eller annen grunn har vært sent ute med å etablere rettsvernet», jf. NOU 1972:20 s. 294. Imidlertid rammes disse tilfellene fordi det ellers ville vært praktisk umulig for boet å oppdage eller bevise en antedatering, se Huser 3 s. 367. Formålet bak å ramme disse tilfellene er dermed å hindre omgåelse av bokstav a. Dette underbygger at dekl. § 5-7 første ledd bokstav b blir innholdsløs når omgåelsesforsøkene opphører.

¹⁴⁶ Slik også Skaar s. 31.

5 Kilder

5.1 Lovgivning

Norsk

Lov 08.02.1980 nr. 2 om pant (panteloven)

Lov 08.06.1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)

Lov 17.12.1999 nr. 95 om betalingssystemer m.v.

Lov 26.03.2004 nr. 17 om finansiell sikkerhetsstillelse

Lov 29.06.2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)

Svensk

Konkurslag (1987:672)

Dansk

Værdipapirhandelsloven (Lovbekendtgørelse 2012-08-17 nr. 855) (opphevet den 3. januar 2018)

Konkursloven (Lovbekendtgørelse 2014-01-06 nr. 11)

Kapitalmarkedsloven (Lovbekendtgørelse 2018-01-08 nr. 12)

5.2 Lovforarbeider

Norge

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.

Ot.prp. nr. 79 (1991-92) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) Om lov om finansiell sikkerhetsstillelse

Rapport avgitt til Finansdepartementet 1. mars 2003: Utkast til lov om finansiell sikkerhetsstillelse

Sverige

Prop. 2001/02:57 Återvinning av sikkerhet i konkurs

Ds 2003:38 Finansiella säkerheter

Prop. 2004/05:30 Finansiella säkerheter

5.3 Rettspraksis

Norske høyesterettsavgjørelser

Rt. 1899 s. 817

Rt. 1977 s. 1035

Rt. 1996 s. 875

Rt. 1996 s. 1647

Rt. 1997 s. 645

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2012 s. 1302

Utenlandske avgjørelser

Sak C-283/81 – CILFIT mot Ministero della Sanità

5.4 EØS-direktiver og EØS-rapporter

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/47/EF av 6. juni 2002 om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on financial collateral arrangements COM(2001) 168/F1.

5.5 Litteratur

Aagaard, Marianne Rødvei, *Virkninger av formuerettslig ugyldighet* (Bergen 2018).

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

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (Oslo 2009).

Backer, Inge Lorange, *Styrket nordisk lovsamarbeid: Muligheter og utfordringer* (København 2018).

Bernt, Jan Fridtjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati* (Oslo 2007).

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2, Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg (Oslo 2005).

Christensen, Lasse Højlund, «Nogle betragtninger vedrørende konkurslovens § 70» i *Erhvervskreditretlige emner*, Lennart Lynge Andersen (red.) (København 2004).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære* Oslo (2001).

Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 5. utgave (Oslo 2017).

Hansen, Jesper Lau, Kåre Lilleholt og Göran Millqvist «Collateraldirektivet og dets implementering i nordisk ret» i *Kreditretten i en EU/EØS-dimensjon*, Kai Krüger (red.) og Rune Sæbø (red.) (Bergen 2005).

- Hansen, Jesper Lau, *Værdipapirhandelsloven med kommentarer*, bind 2, 9. utgave (København 2013).
- Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 omstøtelse* (Bergen 1992).
- Kure, Henrik og Lars Hedegaard Kristensen, lovkommentar til kapitalmarkedsløven, danske Karnov, <https://pro-karnovgroup-dk.pva.uib.no/document/7000820529/1> (sist lastet ned 16. mai 2018).
- Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, tredje opplagan (Stockholm 2004).
- Lennander, Gertrud, mfl., lovkommentar til konkurslagen, svenske Karnov, <https://pro-karnovgroup-se.pva.uib.no/document/528714/1> (sist lastet ned 16. mai 2018).
- Lilleholt, Kåre, "Legitimasjon, publisitet og notoritet", *Jussens venner*, 1996 s. 69-97.
- Lilleholt, Kåre, «Finansiell trygdgjeving» i *Håkonarmål*, Knut Høivik (red.), Tore Lunde (red.), Fillip Tryuyen (red.) og Amund Tørum (red.) (Bergen 2006).
- Marthinussen, Hans Fredrik, «Mads Henry Andenæs: Konkurs», *Lov og Rett*, 2010-7.
- Mellqvist, Mikael og Lars Welamson, *Konkurs och annan insolvensrätt*, tolfte opplagan (Stockholm 2017).
- Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (Oslo 2012).
- Myhre, Reidar, «Nytt i konkurs og pantelovgivning. Legalpant for boomkostninger, lov om finansiell sikkerhetsstillelse m.v.», *Konkursråd*, 2004-24.
- Nordtveit, Silje, *Når oppstår en fordring?* (Oslo 2017).
- Nygård, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004).
- Platou, Oscar, *Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del*, (Kristiania 1914).
- Rennan, Hans, *Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen*, andra opplagan (Stockholm 2013).
- Rosén, Karl, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse med kommentarer* (Oslo 2011).

Røsæg, Erik, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse» i *Nytt i privatretten*, 2004-3.

Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett* (Bergen 1985).

Skaar, Elisabeth Martine, «Om omstøtelse av tilleggsikkerhet og rekkevidden av unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5», Universitetet i Bergen, masteroppgave, høst 2013.

Tilgjengelig ved:

<http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/11993/116160976.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

(sist lastet ned 16. mai 2018).

SKAT, Den Juridiske Vejledning 2018-1, <http://skat.dk/skat.aspx?oId=2049912&chk=214955>

(sist lastet ned 16. mai 2018).

Skog-Hauge, Kjersti, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld», spesialoppgave ved UiO, vår 2005. Tilgjengelig ved:

https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20390/Kjersti_Skog_Hauge.pdf?sequence=3&isAllowed=y (sist lastet ned 16. mai 2018).

Tande, Knut Martin, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens venner*, 2011-1 s. 1-36.

Wibe, Kjetil, «Nye rammebetingelser for bruk av innskudd og finansielle instrumenter som sikringsobjekt i den nye loven om finansiell sikkerhetsstillelse», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2004-2.

Wiker, Håvard, lovkommentar til dekningsloven, www.rettsdata.no (sist lastet ned 16. mai 2018).