

Hvilke begrensninger setter lov om
finansiell sikkerhetsstillelse § 5 annet
ledd for omstøtelse av sikkerhetsstillelse
etter dekningsloven § 5-7?

Kandidatnummer: 135

Antall ord: 14 953



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Oppgavens problemstilling og struktur	2
1.2 Problemstillingens aktualitet	4
1.3 Metodiske utgangspunkter	4
2 De legislative hensyn bak reglene	7
2.1 Hensynet til kreditorfellesskapet.....	7
2.2 Omsetningshensynet.....	8
2.3 Rettstekniske hensyn	8
3 Kan forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse omstøtes etter dekl. § 5-7 bokstav a?	10
3.1 Utgangspunktene	10
3.2 Ordlyden.....	11
3.3 Forarbeidene til dekningsloven	13
3.4 Forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse	15
3.5 Legislative hensyn.....	17
3.6 Konklusjon	18
4 Rekkevidden av omstøtelsesvernet i finansikl. § 5 annet ledd.....	20
4.1 Den videre fremstillingen.....	20
4.2 Unntak fra omstøtelse etter dekl. § 5-7 bokstav a?	20
4.2.1 Ordlyden.....	21
4.2.2 Finansikl. § 2 annet ledd	21
4.2.3 Lovforarbeidene og formålsbetraktninger.....	23
4.2.4 Direktivet.....	24
4.2.5 Konklusjon	25
4.3 Unntak fra omstøtelse etter dekl. § 5-7 bokstav b?	26
4.4 Hvilke former for finansiell sikkerhetsstillelse er omfattet av omstøtelsesvernet? ..	27
4.4.1 Bakgrunnen for å reise spørsmålet	27
4.4.2 En innskrenkende tolkning ved å innfortolke et verdiendringsvilkår	29
4.4.3 En innskrenkende tolkning til å kun verne sikkerhetsstillelse som er forhåndsavtalt	33
5 Konklusjon og avsluttende refleksjoner	38
Kilderegister	39

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling og struktur

Oppgavens problemstilling er hvilke begrensninger lov om finansiell sikkerhetsstillelse (finansikl.) § 5 annet ledd setter for omstøtelse av sikkerhetsstillelse etter dekningsloven (deknl.) § 5-7.

Etter deknl. § 5-7 første ledd kan pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som debitor har foretatt senere enn tre måneder før frisdagen, omstøtes dersom sikkerheten «er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt» (bokstav a), eller «rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødige opphold etter at gjelden ble pådratt» (bokstav b).¹ Finansikl. § 5 annet ledd gjør imidlertid unntak fra slik omstøtelse dersom sikkerheten er finansiell.² Etter bestemmelsen kan finansiell sikkerhet «ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt».³ Oppgavens problemstilling er å ta stilling til rekkevidden av dette omstøtelsesvernet. Det beror på tre spørsmål:

Det første spørsmålet er hvilke av reglene i deknl. § 5-7 første ledd omstøtelsesvernet gjør unntak fra. Etter ordlyden gjør finansikl. § 5 annet ledd unntak fra både omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a og omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b (i den grad unntak fra bokstav b er nødvendig dersom det gjøres unntak fra bokstav a). Lovforarbeidene tyder imidlertid på at det bare er unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter bokstav b som er ment. I litteraturen er oppfatningene delte. Spørsmålet drøftes i kapittel 4.

¹ Bestemmelsen omfatter all sikkerhet som etableres ved partenes disposisjoner, se NOU 1972: 20 s. 294. Sikringscession og pantsettelse av enkle fordringer reguleres imidlertid av deknl. § 5-5, jf. deknl. § 5-5 fjerde ledd. Rettsvirkningen av omstøtelsen er at sikkerheshaveren må «fralegge[...] seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon», jf. deknl. § 5-11 første ledd.

² Sikkerheten er «finansiell» dersom den er stilt i «kontante innskudd, finansielle instrumenter og gjeldsfordringer», jf. finansikl. § 2 bokstav c. Kontante innskudd og gjeldsfordringer er legaldefinert i finansikl. § 2 bokstav d og g, mens finansielle instrumenter tilsvarer legaldefinisjonen i verdipapirhandelloven § 2-2 (1), se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 19-20 og Ot.prp. nr. 34 (2006-2007) s. 54. Finansikl. § 5 annet ledd gjør imidlertid ikke unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-5, se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 57, slik at finansiell sikkerhet stilt i innskudd på konto og gjeldsfordringer som ikke er knyttet til verdipapir, fortsatt kan omstøtes etter denne bestemmelsen, jf. deknl. § 5-5 fjerde ledd.

³ Med «finansiell forpliktelse» menes «forpliktelse som omfattes av avtalen om finansiell sikkerhetsstillelse, og som gir rett til kontant avregning eller levering av finansielle instrumenter», jf. finansikl. § 2 bokstav b, herunder blant annet enhver pengeforpliktelse, se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 16.

Det andre spørsmålet er hvilke former for finansiell sikkerhetsstillelse omstøtelsesvernet omfatter. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse gjennomfører direktiv 2002/47/EF om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse (heretter direktivet).⁴ Direktivet verner bare mot omstøtelse av finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld dersom sikkerhetsstillelsen var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen (forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse), og sikkerheten ble stilt på grunn av verdiendringer i stilt sikkerhet eller den sikrede forpliktelsen.⁵ Etter finansikl. § 5 annet ledd er det imidlertid tilstrekkelig for vern mot omstøtelse at sikkerheten er «stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt», en formulering som tyder på at loven rekker lenger enn direktivet. Som jeg kommer nærmere tilbake til, er det tvilsomt om dette var lovgivers intensjon. Det reiser spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes innskrenkende til å harmonere med direktivet. Også dette spørsmålet drøftes i kapittel 4.

Det tredje spørsmålet er om de sikkerhetsstillelsene direktivet verner, i utgangspunktet kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a. Svaret på dette spørsmålet har stor rettskildemessig betydning for hvorvidt finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes som et unntak fra omstøtelse etter bestemmelsen (som i sin tur danner utgangspunktet for spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes innskrenkende til å harmonere med direktivet). Forarbeidene til finansikl. § 5 annet ledd bygger nemlig på en forutsetning om at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse, som altså er vernet etter direktivet dersom sikkerheten er stilt på grunn av verdiendringer, bare kan omstøtes på grunn av forsinket rettsvern etter dekl. § 5-7 bokstav b, slik at direktivet ikke krever unntak fra omstøtelse etter bokstav a. Det er imidlertid tvilsomt om denne forutsetningen er riktig. Hvorvidt forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, drøftes derfor i kapittel 3.

Før jeg tar stilling til oppgavens spørsmål i kapittel 3 og 4, skal jeg i kapittel 2 redegjøre for de legislative hensyn bak reglene om omstøtelse av pantsettelse og annen sikkerhetsstillelse etter dekl. § 5-7 første ledd, og unntaket fra slik omstøtelse etter finansikl. § 5 annet ledd.⁶ Denne

⁴ Direktivet står etter fortalen punkt 1 og 2 i sammenheng med direktiv 98/26/EF om endelig oppgjør i betalingssystem og oppgjørssystem for verdipapir, som er gjennomført i betalingssystemloven, se Ot.prp. nr. 96 (1998-1999) s. 5.

⁵ Se artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii, som omtales nærmere i kapittel 2.2. I bestemmelsens bokstav b vernes det etter omstendighetene også mot omstøtelse av forhåndsavtalt rett til *substitusjon* av sikkerhet, et vern som finansikl. § 5 annet ledd også gjennomfører, se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 57-58. Som det fremgår av oppgavens problemstilling («sikkerhetsstillelse»), avgrensers jeg imidlertid mot å vurdere rekkevidden av lovens vern mot slik omstøtelse.

⁶ Med legislative hensyn menes «positiverte verdier, som går på foremålet med lova eller rettsregelen», jf. Nygaard (2004) s. 31. Legislative hensyn er altså noe prinsipielt annet, og rettskildemessig mer tungtveiende, enn generelle rettslige verdier, som for eksempel rimelighets- og rettferdighetshensyn.

redegjørelsen er ikke bare hensiktsmessig for å sette oppgavens problemstilling i en større kontekst. De legislative hensynene må nemlig tas i betraktning, og vil etter omstendighetene gi viktige bidrag, ved løsningen av oppgavens spørsmål. Avslutningsvis skal jeg i kapittel 5 konkludere på oppgavens problemstilling, og komme med noen avsluttende refleksjoner.

1.2 Problemstillingens aktualitet

De siste tiår, særlig siden finanskrisen i 2008, har det funnet sted en omfattende utvikling på det internasjonale finansmarkedet vedrørende bruk av finansiell sikkerhetsstillelse.⁷ For å redusere den juridiske risikoen knyttet til slike avtaler, og mer generelt å bidra til fri utveksling av tjenesteytelser og kapitalbevegelser i et integrert europeisk marked, tar direktivet sikte på å etablere felles europeiske regler om vern mot visse nasjonale regler om pant, konkurs og tvangsfullbyrdelse som kan virke som et hinder for aktørene.⁸

En forutsetning for å nå dette målet, er imidlertid at medlemsstatene gjennomfører direktivets regler i nasjonal rett på en måte som ikke skaper unødvendig tvil om hvordan reglene skal forstås. En slik gjennomføring har ikke funnet sted for direktivets regel om vern mot omstøtelse. Hvilke begrensninger finansikl. § 5 annet ledd setter for omstøtelse av sikkerhetsstillelse etter dekl. § 5-7, har helt siden vedtakelsen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse vært gjenstand for forholdsvis omfattende diskusjon i litteraturen. Oppfatningene er fremdeles delte, og spørsmålet er ikke tatt stilling til i rettspraksis. Gjeldende rett er dermed uavklart.

1.3 Metodiske utgangspunkter

Opgavens spørsmål er lovregulerte, og beror derfor på lovtolkning. Etter alminnelig juridisk metode må ordlydens tolkningsbidrag i den forbindelse stå sentralt.⁹ Innen konkursretten, som oppgavens problemstilling faller innenfor, må imidlertid ordlydens tolkningsbidrag stå mer sentralt enn i alminnelig privatrett. Lovteksten er her som ellers autorisert som rettskilde gjennom demokratisk legitimitet, men behovet for forutberegnelighet er sterkere.¹⁰ Tolkninger

⁷ Se Rosén (2011) s. 11. Avtalene inngås både ved pantsettelse og overdragelse til eie, ofte i form av en standard rammeavtale, se Rosén (2011) s. 11 og 38-40. Slike rammeavtaler kjennetegnes ved at de «ikke bare er ment å regulere én transaksjon, men i stedet samtlige transaksjoner av bestemte typer som måtte bli inngått mellom partene», jf. Tjaum (1996) s. 125.

⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 5, samt fortalet punkt 3.

⁹ Se for eksempel Nygaard (2004) s. 185-186.

¹⁰ Se Nygaard (2004) s. 243-244. Se også Marthinussen (2019) s. 44-49, riktignok i relasjon til den dynamiske tingsretten generelt. Fra rettspraksis, se for eksempel flertallets uttalelse i Rt. 1997 s. 285 side 650: «Både

på tvers av ordlyden i dekl. § 5-7 og finansikl. § 5 annet ledd – utvidende eller innskrenkende tolkninger – kan fortsatt tenkes, men må på bakgrunn av ordlydens sentrale posisjon kreve et solid rettskildemessig grunnlag.

Øvrige nasjonale rettskilder som er relevante ved lovtolkningen, er primært lovforarbeidene, formålsbetraktninger og legislative og andre reelle hensyn. De rettskildeprinsippene som anvendes ved slutningen og vektingen av disse rettskildene vil, her som ellers, bero på alminnelig juridisk metode, slik denne er utviklet i rettspraksis og litteratur. Jeg avgrensner derfor mot en generell redegjørelse for den metodiske behandlingen av disse rettskildene. Jeg finner imidlertid grunn til å knytte noen metodiske bemerkninger til hvilken betydning direktivet har ved tolkningen av finansikl. § 5 annet ledd.

Dersom finansikl. § 5 annet ledd gir et *svakere* omstøtelsesvern enn direktivet, kommer det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning til anvendelse.¹¹ Dette er et tolkningsprinsipp som i hovedtrekk innebærer at nasjonale domstoler «must apply the interpretative methods recognised by national law as far as possible in order to achieve the result sought by the relevant EEA rule».¹² Dersom finansikl. § 5 annet ledd etter alminnelig juridisk metode kan tolkes slik at bestemmelsen ikke gir et svakere omstøtelsesvern enn direktivet, må med andre ord et slikt tolkningsalternativ velges.

Dersom finansikl. § 5 annet ledd derimot gir et *sterkere* omstøtelsesvern enn direktivet, kommer det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning ikke til anvendelse; direktivet er bare et minimumsdirektiv.¹³ Direktivet vil imidlertid likevel være relevant ved lovtolkningen dersom det er tvilsomt om det var lovgivers intensjon å gå lenger enn direktivet krever. Det vil i så fall også være relevant å se hen til rettsstilstanden i dansk og svensk rett. Både konkurs- og dekningsloven er utarbeidet etter et tett nordisk samarbeid, hvilket har resultert i at reglene i de respektive landene etter omstendighetene er ganske like, særlig hva gjelder vilkårene for omstøtelse.¹⁴ I den grad det foreligger en felles rettsstilstand i særlig disse medlemsstatene, vil

panteretten og konkursretten er i høy grad positivrettslig bestemt, og etter min mening bør rettsdannelsen her være det, fordi det er viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å forholde seg til».

¹¹ Direktivet er inntatt i EØS-avtalen ved vedlegg XII nr. 4.

¹² Sak E-9/07 og E-10/07, L'Oréal Norge AS mot Aarskog Per AS med flere og Smart Club Norge avsnitt 22. I Franklin (2012) s. 305 flg. argumenteres det for at det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning også rekker *lenger* enn det alminnelige presumsjonsprinsippet (som for øvrig også kommer til anvendelse), som innebærer at norsk lov «så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser», jf. Rt. 2000 s. 1811 side 1826. Spørsmålet drøftes ikke nærmere her.

¹³ Se fortalen punkt 22.

¹⁴ Se NOU 1972: 20 s. 2-3 og s. 283.

det dermed kunne harmonere med direktivets formål om å etablere felles europeiske regler knyttet til avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse dersom norsk rett forstås på samme måte.

2 De legislative hensyn bak reglene

2.1 Hensynet til kreditorfellesskapet

Omstøtelse av pantsettelse og annen sikkerhetsstillelse etter dekl. § 5-7 er, som omstøtelse generelt, begrunnet med *hensynet til kreditorfellesskapet*.¹⁵ Etter dekl. § 5-7 bokstav a kan en pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som debitor har foretatt i løpet av omstøtelsesfristen, omstøtes dersom sikkerheten er «stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Begrunnelsen er at sikkerhetsstillelsen i så fall formodentlig ikke har tilført debitor kapital.¹⁶ Sikkerhetsstillelsen begunstiger da én kreditor på bekostning av de øvrige, hvilket objektivt sett innebærer et illojalt brudd på prinsippet om at de usikrede kreditorene i utgangspunktet skal stilles (forholdsmessig) likt dersom debitor går konkurs.¹⁷ Dersom sikkerheten derimot er stilt senest samtidig med gjeldspådragelsen, og formodentlig har tilført debitor kapital, vil omstøtelse etter bokstav a være utelukket.

Selv om en sikkerhet er stilt senest samtidig med gjeldspådragelsen, og derfor ikke kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, kan den likevel omstøtes etter dekl. § 5-7 bokstav b dersom «rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt». Etter lovforarbeidene skal regelen forstås strengt.¹⁸ Begrunnelsen er at dersom rettsvernet ikke er etablert uten unødig opphold etter gjeldspådragelsen, kan det tyde på at partene har antedatert sikkerhetsstillelsen i et «svikaktig[...] forsøk på å omgå regelen i litra a».¹⁹ Regelen i bokstav b er med andre ord «en rettsteknisk utbygning av hovedregelen i litra a», som særlig ivaretar *notoritets hensynet* i forbindelse med sikkerhetsstillelsen.²⁰

¹⁵ Se motivene i NOU 1972: 20 s. 281-282.

¹⁶ Se Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 169.

¹⁷ Se forutsetningsvis Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 169. For en nærmere omtale av likhetsprinsippet, se Johansen (1996) s. 237.

¹⁸ Se NOU 1972: 20 s. 294. Ved registrering innebærer unødig opphold «[f]orsinkelser utover den normale ekspedisjonsadgang», jf. s. 294. Lignende tidsbruk godtas ved håndpantsettelse, jf. s. 294: «[E]tter utkastet ville det f. eks. ikke kunne skje omstøtelse i et tilfelle av den art som forelå i Rt-1878-193». I dommen ble rettsvern for pant i debitors varebeholdning etablert ved overlevering av nøkkel (bare) to dager etter inngåelsen av låneavtalen.

¹⁹ NOU 1972: 20 s. 294.

²⁰ NOU 1972: 20 s. 294. Dekl. § 5-7 bokstav b rammer imidlertid også sikkerhet som er stilt senest samtidig med gjeldspådragelsen, men der sikkerhetshaveren somlet med etableringen av rettsvernet. Begrunnelsen er at etablering av rettsvern generelt sett «er av stor betydning fra et alminnelig kredittsynspunkt», og at regelen i bokstav b kan «virke som et press i retning av rask etablering av rettsvernet», jf. s. 294.

2.2 Omsetningshensynet

Deknl. § 5-7 er – som det fremgår av redegjørelsen over – en objektiv omstøtelsesregel.²¹ At en sikkerhet er stilt for eldre gjeld, eller må antas å være det fordi rettsvernet ikke er etablert uten unødig opphold, er altså ikke ensbetydende med at sikkerhetsstillelsen i realiteten var illojal, selv om det i praksis ofte vil være tilfellet.²² Etter omstendighetene vil derfor *omsetningshensynet* tale for å gjøre unntak fra omstøtelse etter bestemmelsen. Det er ut fra en slik betraktning at direktivet artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii, som finansikl. § 5 annet ledd er vedtatt for å gjennomføre, verner mot omstøtelse av finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld dersom sikkerhetsstillelsen var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, og sikkerheten ble stilt på grunn av verdiendringer i stilt sikkerhet eller den sikrede forpliktelsen.²³

Bakgrunnen for dette omstøtelsesvernet er at finansiell sikkerhet, for eksempel aksjer eller andre verdipapirer, kan variere raskt og betydelig i verdi, slik at forpliktelsen den sikrer ikke lenger er tilstrekkelig sikret. For å ta høyde for risikoen for slike verdiendringer, er det praksis på finansmarkedet at debitor forplikter seg til å stille supplerende sikkerhet i tilfelle verdiendringene finner sted.²⁴ Kreditors behov for å avtale en rett til senere å kreve ny eller supplerende sikkerhet er tilsvarende der en forpliktelse viser seg å bli mer tyngende for debitor enn partene forutsatte ved avtaleinngåelsen, for eksempel på grunn av valutasingninger.²⁵ Det er derfor et klart omsetningsmessig behov for vern mot nasjonale omstøtelsesregler som mer eller mindre automatisk kommer til anvendelse dersom slik sikkerhet stilles i løpet av omstøtelsesfristen.

2.3 Rettstekniske hensyn

²¹ Med objektive omstøtelsesregler menes reglene i dekl. § 5-2 til 5-8 (med unntak fra § 5-6), jf. dekl. § 5-11.

²² Se motivene i NOU 1972: 20 s. 281-282. Risikoen for omstøtelse av slike disposisjoner er altså ikke til stede etter den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9, som krever at den konkrete disposisjonen var «utilbørlig», at debtors økonomiske stilling var «svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen», at disposisjonen påførte kreditorfelleskapet tap, jf. ordlyden «til skade for dem», og at den begunstigede «kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig», jf. første ledd, sammenholdt med Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 170-173.

²³ Se direktivets fortale punkt 16 første setning. Artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii, lyder (i dansk versjon): «Hvis en aftale om finansiell sikkerhed omfatter en forpligtelse til at stille finansiell sikkerhed eller supplerende finansiell sikkerhed for at tage hensyn til ændringer i værdien af den finansielle sikkerhed eller i størrelsen af de relevante finansielle forpligtelser, [...] sikrer medlemsstaterne, at etableringen af finansiell sikkerhed, supplerende finansiell sikkerhed [...] i henhold til en sådan forpligtelse [...] ikke kan omstødes [...] alene på det grundlag [...] at de relevante finansielle forpligtelser blev pådraget forud for datoen for etableringen af den finansielle sikkerhed, den supplerende finansielle sikkerhed [...]».

²⁴ Se Myhre (2005) punkt 3.3.1.

²⁵ Se Rosén (2011) s. 61.

Ved løsningen av oppgavens spørsmål må det også tas i betraktning at dekl. § 5-7 er ment å være *rettsteknisk enkel å praktisere*.²⁶ Bakgrunnen for de objektive omstøtelsesreglene er behovet for at konkursboet på forholdsvis enkle vilkår skal kunne omstøte disposisjoner som presumptivt innebærer en illojal kreditorbegunstigelse eller boforringelse, tatt i betraktning de vanskelige rettslige og bevismessige spørsmålene den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 fordrer.²⁷ En tolkning av dekl. § 5-7, som for eksempel av omsetningshensynet har gode grunner for seg, men som innebærer at omstøtelsesregelen – enten bevismessig eller rettslig – blir rettsteknisk vanskelig å praktisere, må det dermed utvises varsomhet med.

²⁶ Se motivene i NOU 1972: 20 s. 281-282. Fra rettspraksis kan det vises til HR-2017-370-A avsnitt 60, riktignok i relasjon til dekl. § 5-5: «Jeg er enig i dette utgangspunktet [at ordinærreservasjonen beror på en konkret og individuell helhetsvurdering], men peker samtidig på at retstekniske hensyn også kommer inn med tyngde ved lovtolkningen. Lovgivers formål med bestemmelsen var [...] å lette bobehandlingen, og da bør også bestemmelsen være noenlunde klar og enkel å praktisere[...]».

²⁷ Se motivene i NOU 1972: 20 s. 281-282. Dekl. § 5-9 kan med andre ord «ikke alene gi kreditorene den nødvendige beskyttelse», jf. s. 281-282.

3 Kan forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse omstøtes etter dekl. § 5-7 bokstav a?

3.1 Utgangspunktene

Direktivet verner bare mot omstøtelse av finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld dersom sikkerhetsstillelsen var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen – sikkerhetsstillelse som er *forhåndsavtalt*.²⁸ Slik sikkerhetsstillelse kan klart omstøtes etter dekl. § 5-7 bokstav b; rettsvernet vil i praksis ikke kunne etableres «uten unødig opphold» etter gjeldspådragelsen.²⁹ Regelen i bokstav b skal som nevnt forstås strengt.³⁰ Hvorvidt sikkerhetsstillelsen også kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, er imidlertid mer tvilsomt. Som nevnt innledningsvis, har svaret på dette spørsmålet stor rettskildemessig betydning for hvorvidt finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes som et unntak fra omstøtelse etter bestemmelsen (som i sin tur danner utgangspunktet for spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes innskrenkende til å harmonere med direktivet).

Hvorvidt forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, beror på hvordan ordlyden «sikkerhetsretten ble avtalt» skal tolkes. Det er to aktuelle tolkningsalternativer: Det ene tolkningsalternativet er at sikkerheten må være *stilt i et bestemt formuesgode*. Dersom dette tolkningsalternativet legges til grunn, kan forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld; det er i så fall ikke tilstrekkelig at partene har en avtale om at kreditor har rett til *senere å kreve at sikkerhet stilles*. Det andre tolkningsalternativet er at det også er tilstrekkelig at partene har inngått en slik

²⁸ Direktivets vilkår om at den finansielle sikkerheten ble stilt på grunn av verdiendringer i stilt sikkerhet eller den sikrede forpliktelsen, er i denne forbindelse av underordnet betydning, ettersom det etter ordlyden i dekl. § 5-7 bokstav a i utgangspunktet ikke er relevant *hvorfor* en sikkerhet er stilt.

²⁹ Dette legges også til grunn i forarbeidene til finansikl. § 5 annet ledd, se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 58.

³⁰ Dersom forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse skulle gått klar av dekl. § 5-7 bokstav b, måtte det vært begrunnet med at slik sikkerhet ikke er ment å bli stilt før, slik at oppholdet med å etablere rettsvern da ikke er «unødig». Ordlyden åpner isolert sett for en slik tolkning. Imidlertid vil formålet bak regelen i bokstav b langt på vei uthules dersom unødighetsvilkåret på denne måten kan påvirkes av partenes disposisjoner, ettersom omstøtelse i så fall vil være enkelt å omgå ved at partene inntar og antedaterer en klausul i låneavtalen om rett til senere å kreve sikkerhet.

forhåndsavtale. Dersom dette tolkningsalternativet legges til grunn, kan forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse *ikke* omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld.³¹

3.2 Ordlyden

Ordlyden «avtalt» tilsier at det avgjørende må være om sikkerhetsretten har grunnlag i *avtale* mellom partene, uavhengig av hvorvidt sikkerheten samtidig stilles i det bestemt formuesgodet. Dette taler isolert sett for at det er tilstrekkelig at partene har inngått en avtale om at kreditor har rett til senere å kreve at sikkerhet stilles.

Lilleholt legger til grunn at «orda ‘stilt’ og ‘avtala’ synest brukte i same tyding i bokstav a», som et argument for at dekl. § 5-7 bokstav a må tolkes slik at sikkerhet må være stilt i et bestemt formuesgode.³² Standpunktet begrunnes imidlertid ikke nærmere. Dersom begrunnelsen, slik uttalelsen indikerer, er at ordlyden «stilt» tilsier at sikkerhet må være stilt i et bestemt formuesgode, og at den samme tolkningen da må legges til grunn for ordet «avtalt», kan standpunktet etter min vurdering ikke opprettholdes: Lovgiver har tross alt benyttet forskjellige ord. Det har da formodningen for seg at ordene også skal forstås forskjellig.

Hvorvidt dekl. § 5-7 bokstav a krever at sikkerhet må være stilt i et bestemt formuesgode, eller om det er tilstrekkelig at partene har avtalt en rett for kreditor til senere å kreve at sikkerhet stilles, beror imidlertid ikke bare på hvordan ordene «avtalt» og «stilt» skal tolkes. Spørsmålet beror også – og særlig – på hva som menes med ordet «sikkerhetsretten». Både retten til sikkerhet som er stilt i et bestemt formuesgode, og retten til senere å kreve at sikkerhet stilles, må nemlig være «avtalt» mellom partene.

Ordlyden «sikkerhetsretten» er ikke entydig.³³ Både retten til sikkerhet som er stilt i et bestemt formuesgode, og retten til senere å kreve at sikkerheten stilles, er etter naturlig språkforståelse

³¹ I dansk rett er det antatt at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter konkursloven § 70 (som tilsvarende dekl. § 5-7), men gjeldende rett er ikke avklart, se L 155 (2017) s. 291 og Lau Hansen (2020) s. 890. Direktivets omstøtelsesvern er likevel gjennomført fullt ut i kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2, se L 155 (2017) s. 291. I svensk rett var oppfatningen antakelig at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kunne omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter konkurslagen kap. 4 12 § første ledd (som i utgangspunktet tilsvarende den danske konkursloven § 70 og dekl. § 5-7), ettersom det i 2002, primært for å verne forhåndsavtalt finansiell sikkerhet som er stilt på grunn av verdiendringer, i bestemmelsen ble inntatt en reservasjon mot omstøtelse dersom «säkerhällandet med hänsyn til omständigheterna ändå kan anses *ordinärt*» (min kursivering), se Prop. 2001/02:57 s. 14-15. Se for øvrig Mellqvist/Welamson (2017) s. 138 for en nærmere omtale av bestemmelsen.

³² Lilleholt (2006) s. 30.

³³ Se i samme retning Andenæs (2009) s. 340.

en form for «sikkerhetsrett[...]» for kreditor. Forskjellen er utelukkende at sikkerheten det er tale om å omstøte, ikke er *stilt* samtidig.

Til støtte for at «sikkerhetsretten» skal forstås som sikkerhet stilt i et bestemt formuesgode, kan det imidlertid vises til at kreditor i motsatt fall ikke har separatistrett dersom debitor går konkurs.³⁴ Så lenge kreditor bare kan vise til en *avtale* om at debitor er forpliktet til å stille sikkerhet, er kravet med andre ord ikke sikret. Hva gjelder pantsettelse, er definisjonen i panteloven § 1-1 (1) betegnende: «Med panterett menes en særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere *bestemte formuesgoder* [...]» (mine kursiveringer). Det følger av lovforarbeidene at denne definisjonen «peker på det sentrale i panteretten som en særlig sikrings- og dekningsrett for et krav».³⁵

En panterett kan riktignok etter omstendighetene øke i verdi ved at formuesgoder, som ikke var omfattet av pantet da pantet ble stilt, senere kommer til. Situasjonen er praktisk ved tingsinnbegrepspant etter panteloven § 4-10 (factoringpant), §§ 3-4 til 3-10 (driftstilbehørspant) og §§ 3-11 til 3-13 (varelagerpant), og kan etter omstendighetene også oppstå der bygg eller anlegg er oppført på pantsatt eiendom, jf. panteloven § 2-2 (1), jf. § 2-1 (1). I disse tilfellene er det imidlertid allerede stilt pant i et bestemt formuesgode (den til enhver tid bestående masse av utestående fordringer, driftstilbehør og varelager, og den faste eiendommen). Tilfellene synes derfor ikke sammenlignbare med situasjonen der partene bare har en avtale om at kreditor har rett til senere å kreve at sikkerhet stilles.³⁶

Ordlyden er som nevnt ikke klar; den kan ikke ubetinget tas til inntekt for at regelen i dekl. § 5-7 bokstav a overlapper parallelt med definisjonen i panteloven § 1-1 (1). Etersom en panterett eller annen sikkerhetsrett materielt sett forutsetter at sikkerheten er stilt i et bestemt formuesgode, er det etter min vurdering likevel mest nærliggende å forstå ordet «sikkerhetsretten» på denne måten. Ordlyden i dekl. § 5-7 bokstav a taler dermed for at

³⁴ Dette følger av det såkalte spesialitetsvilkåret, se blant annet Lilleholt (2018) s. 38-41.

³⁵ Ot.prp. nr. 39 (1977-1978) s. 77.

³⁶ Hvorvidt dekl. § 5-7 bokstav a kommer til anvendelse der forøkningen av pantet skjer i løpet av omstøtelsesfristen, er for øvrig omdiskutert, se Andenæs (2009) s. 341 med videre henvisninger. Etter min vurdering taler lovens ordlyd mot at det kan omstøtes i slike tilfeller, ettersom pantet allerede er stilt i det bestemte formuesgodet. Dette støttes av at forslaget i NOU 1993: 16 s. 124-125 om å vedta en objektiv omstøtelsesregel for det tilfellet at forøkningen av pantets verdi er vesentlig (som ble eksemplifisert at ville få betydning der debitor «nylig ha[r] anskaffet seg kostbart produksjonsutstyr som vil inngå i et driftstilbehørspant» eller har foretatt «større investeringer som kan integreres i en fast eiendom kort tid før konkursen»), ikke ble tatt til følge, blant annet ettersom dekl. § 5-9 ble funnet tilstrekkelig i slike tilfeller, se Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 155-157.

forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter bestemmelsen.³⁷

3.3 Forarbeidene til dekningsloven

Forarbeidene til dekningsloven har ingen uttalelser om hvorvidt forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekn. § 5-7 bokstav a. Begrunnelsen er antakelig at slik sikkerhetsstillelse først og fremst synes å være utviklet på finansmarkedet de siste tiårene, slik at spørsmålet trolig ikke var aktuelt da dekningsloven ble utredet og vedtatt.³⁸ Forarbeidene til dekningsloven har imidlertid uttalelser om hvordan dekn. § 5-7 bokstav a skal tolkes der partene driver såkalt tradisjonell factoringvirksomhet, som etter min vurdering er av interesse for spørsmålet.

Tradisjonell factoringvirksomhet innebærer at et finansieringsselskap, i henhold til avtale med en næringsdrivende, administrerer og inndriver den næringsdrivendes kundefordringer, men umiddelbart utbetaler den næringsdrivende en stor del av kundefordringens pålydende (diskontering).³⁹ Finansieringsselskapet får samtidig sikkerhet i den utestående fordringsmassen til dekning av diskonterte fordringer, samt vederlag, gebyrer og renter som har påløpt som følge av kreditten som ble gitt ved diskonteringen.⁴⁰

I forbindelse med vedtakelsen av dekningsloven, fant departementet, etter opprinnelig forslag fra konkurslovutvalget, at tradisjonell factoringvirksomhet burde holdes utenfor dekn. § 5-7.⁴¹ I den grad senere diskonterte fordringer tjener som sikkerhet for utbetalinger til den næringsdrivende på tidligere diskonterte fordringer som ikke blir innfridd av debitor cessus, ville det nemlig etter konkurslovutvalgets og departementets syn foreligget «sikkerhetsstillelse for eldre gjeld som rammes av nærværende paragraf [utkastets § 5-9, vedtatt som dekn. § 5-7]». ⁴² Omstøtelse i disse tilfellene ble ikke ansett hensiktsmessig, ettersom tradisjonell factoringvirksomheten «dreier seg om en regulær kortsiktig kredittordning». ⁴³ Det er hovedsakelig på denne bakgrunn at «pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle

³⁷ Se i samme retning Lilleholt (2006) s. 30; Andenæs (2009) s. 340; og Skaar (2013) s. 8. Se motsatt Rosén (2011) s. 59, hvor Andenæs' tolkning karakteriseres som «utvidende».

³⁸ Jeg finner støtte for denne påstanden i Myhre (2005) punkt 3.3.1 sammenholdt med Rosén (2011) s. 11.

³⁹ Se Skoghøy (2018) s. 88.

⁴⁰ Se Skoghøy (2018) s. 88-89.

⁴¹ Se Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 167-168.

⁴² NOU 1972: 20 s. 295, gjengitt i Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 168.

⁴³ NOU 1972: 20 s. 295, gjengitt i Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 168.

fordringer» etter dekl. § 5-5 fjerde ledd skal anses som «betaling», og dermed omstøtes etter dekl. § 5-5, og ikke dekl. § 5-7.⁴⁴

Til støtte for denne tolkningen av dekl. § 5-7 bokstav a, viste konkurslovutvalget til en artikkel av Sjur Brækhus fra 1969.⁴⁵ På de henviste sidene redegjør Brækhus for adgangen til omstøtelse av fordringer stilt til sikkerhet ved sikringscession og tradisjonell factoringvirksomhet etter den tidligere Concursloven § 45, som dekl. § 5-7 bokstav a innholdsmessig tilsvarer.⁴⁶ Etter å forutsette at rettsvern er etablert ved forhåndsnotifikasjon til den forventede debitor cessus, reiser Brækhus følgende spørsmål:

Er det imidlertid tilstrekkelig at man har skaffet rettsvern for en foreløpig helt «tom» panterett? Er det ikke nærliggende å si at panteretten tidligst kan ansees for «gitt» i relasjon til § 45 når den er blitt en økonomisk realitet, altså tidligst når den sikringscederte fordring oppstår?⁴⁷

Til dette svarer Brækhus:

Utgangspunktet synes å måtte bli at «pantet» først ansees for «gitt» når vedkommende aktivum er kommet til eksistens og er tilgjengelig for panthaveren. Inntil dette tidspunkt er gjelden reelt sett en usikret gjeld; långiveren har for såvidt denne periode angår, tatt risikoen på debtors personlige betalingsevne.⁴⁸

Bakgrunnen for Brækhus' konklusjon om at sikringscederte fordringer ved sikringscession og tradisjonell factoringvirksomhet etter omstendighetene kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld, synes altså å være at Concursloven § 45 forutsatte at sikkerheten må være *stilt* i det bestemte formuesgodet. I motsatt fall er panteretten «helt 'tom'» og uten «'økonomisk realitet'». ⁴⁹ Når konkurslovutvalget, med støtte fra departementet, viste til denne konklusjonen som begrunnelse for at tradisjonell factoringvirksomhet ble rammet av dekl. § 5-7 bokstav a, er det nærliggende å anta at ordet «sikkerhetsretten» i bokstav a må forstås på samme måte:

⁴⁴ Se Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 168. Departementet la på samme side også vekt på at løsningen «harmonerer best med reglene i den nye panteloven [panteloven § 4-10], som går ut på at reglene om overdragelse, herunder overdragelse i sikringsøyemed og pantsetting av enkle fordringer er parallelle slik at avgrensningsvansker unngås».

⁴⁵ Se NOU 1972: 20 s. 295, gjengitt i Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 168.

⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 169.

⁴⁷ Brækhus (1969) s. 354.

⁴⁸ Brækhus (1969) s. 355. Uttalelsen gjelder omstøtelse ved sikringscession, men det blir på s. 357 antatt at det samme må gjelde ved tradisjonell factoringvirksomhet.

⁴⁹ Brækhus (1969) s. 354.

Dersom sikkerheten ikke er stilt i det bestemte formuesgodet, og dermed er helt tom og uten økonomisk realitet, er ikke «sikkerhetsretten [...] avtalt».

På denne bakgrunn taler forarbeidene til dekningsloven etter min vurdering ganske sterkt for at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a. Den rettskildemessige vekten reduseres noe av at det bare var konkurslovutvalget, og ikke departementet, som foretok en *uttrykkelig* tolkning av bestemmelsen, og at de aktuelle uttalelsene i Brækhus' artikkel verken er sitert i utredningen eller i proposisjonen. Tolkningen kunne med andre ord kommet enda klarere til uttrykk, slik at den demokratiske legitimiteten bak den hadde vært sterkere. Det synes på den annen side ikke å være av nevneverdig betydning for den rettskildemessige vekten at uttalelsene direkte gjelder sikkerhet stilt som ledd i tradisjonell factoringvirksomhet, ettersom tolkningsspørsmålet i hovedsak synes å være det samme der sikkerhetsstillelsen bare er forhåndsavtalt.

3.4 Forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse

Det må så tas stilling til hvilken betydning forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse har for spørsmålet. Ved gjennomføringen av direktivet oppnevnte Finansdepartementet en arbeidsgruppe med oppdraget å utarbeide et høringsnotat med utkast til gjennomføringslov. I merknadene til utkastets bestemmelse om vern mot omstøtelse, som i det vesentlige ble vedtatt som finansikl. § 5 annet ledd, vurderte arbeidsgruppen hvorvidt direktivet krever unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 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. I de forholdene direktivet tar sikte på å regulere, vil det normalt ikke oppstå en situasjon der den relevante finansielle forpliktelsen pådras før det er avtalt at det skal stilles sikkerhet. Når det således for eksempel stilles sikkerhet eller forpliktelser i samsvar med en for lengst inngått OSLA-avtale, ble sikkerhetsstillelsen avtalt før eller samtidig med at forpliktelsen (gjelden) oppsto. Norsk rett er dermed i samsvar med artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii.⁵⁰

⁵⁰ Arbeidsgruppens rapport s. 59. En OSLA-avtale («Overseas Securities Lenders Agreement») er et eksempel en standardisert rammeavtale om verdipapirlån, se Rosén (2011) s. 39.

Arbeidsgruppen var altså av den oppfatningen at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a. I motsatt fall ville norsk rett *ikke* vært «i samsvar med artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii».⁵¹ Departementet tok ikke uttrykkelig stilling til spørsmålet, men uttalte, etter å ha gjengitt det siterte, at de var «enig med arbeidsgruppen».⁵² I mangel av andre holdepunkter må det antas at departementet derved sluttet seg til arbeidsgruppens tolkning.

Andenæs legger til grunn at ettersom «forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse er etterarbeider i forhold til dekningsloven, har de ingen selvstendig betydning for tolkingen av dekl. § 5-7».⁵³ Det er etter min vurdering ikke riktig. Selv om de relevante uttalelsene riktignok er å anse som etterarbeider til dekningsloven, nyter de likevel avledet demokratisk legitimitet gjennom Stortingets vedtakelse av loven.⁵⁴ Det følger dessuten av samstemt praksis fra Høyesterett at etterarbeider kan være et relevant lovtolkningsmoment.⁵⁵

Det kan imidlertid diskuteres hvilken vekt de aktuelle uttalelsene har. For det første er uttalelsene meget knappe: Det tas ikke stilling til den alternative måten å tolke ordlyden i dekl. § 5-7 bokstav a på, som etter min vurdering taler for den motsatte konklusjonen (se kapittel 3.2). Øvrige rettskilder, som forarbeidene til dekningsloven (se kapittel 3.3) og legislative hensyn (se kapittel 3.5), trekkes heller ikke inn i vurderingen. Etter alminnelige metodiske prinsipper om slutning fra forarbeits- og etterarbeidsuttalelser, taler dette mot å tillegge uttalelsene stor rettskildemessig vekt.

For det andre er uttalelsene gitt i forarbeidene til *lov om finansiell sikkerhetsstillelse*, og ikke i forarbeider til *en lov om endring av dekningsloven*. Det kan ut fra hensynet til demokratisk legitimitet argumenteres for at det først og fremst er i de sistnevnte typetilfellene at forarbeider kan tillegges rettskildemessig vekt som etterarbeider. I de førstnevnte typetilfellene har nemlig lovgivningsprosessen, ved blant annet sammensetning av utvalg/arbeidsgrupper og valg av

⁵¹ Arbeidsgruppens rapport s. 59.

⁵² Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 60. Departementets enighet gjaldt riktignok «at gjeldende rett *ikke* er i fullt samsvar med artikkel 8 [...]» (min kursivering), men dette kan bare forstås som en henvisning til arbeidsgruppens konklusjon gjengitt i proposisjonen s. 58 om at dekl. § 5-7 bokstav b er «i strid med direktivet» og derfor «ikke [kan] opprettholdes innenfor dets område».

⁵³ Andenæs (2009) fotnote 40 på s. 347.

⁵⁴ Se i samme retning Nygaard (2004) s. 201-202; Marthinussen (2010) s. 442 forutsetningsvis; og Boe (2012) s. 44-45.

⁵⁵ Se blant annet Rt. 2005 s. 394 avsnitt 41, Rt. 2009 s. 441 avsnitt 31 og Rt. 2009 s. 546 avsnitt 41.

høringsinstanser som får anledning til å gi sitt syn på saken, formodentlig vært konsentrert om den loven som skal vedtas, og ikke annen lovgivning.⁵⁶

På denne bakgrunn kan de aktuelle uttalelsene om at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, etter min vurdering bare tillegges begrenset rettskildemessig vekt. Ettersom uttalelsene er klare og uforbeholdne, og lov om finansiell sikkerhetsstillelse tross alt har en ganske sterk tilknytning til dekningsloven, kan de altså ikke ses bort fra. I den grad uttalelsene er relevante, synes det imidlertid å forutsette at tolkningen på bakgrunn av de øvrige rettskildene er tvilsom.

3.5 Legislative hensyn

Der kreditors rett til senere å kreve sikkerhet er avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, for eksempel for å ta høyde for verdiendringer i stilt sikkerhet eller den sikrede forpliktelsen, har det formodningen for seg at sikkerhetsstillelsen virket motiverende for kredittytelsen.⁵⁷ Sikkerhetsstillelsen har i så fall tilført debitor kapital og er da i utgangspunktet ikke illojal overfor kreditorfellesskapet.⁵⁸ Begrunnelsen bak omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, slår med andre ord ikke til.⁵⁹ *Omsetningshensynet* taler dermed mot at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse skal kunne omstøtes etter bestemmelsen.

Spørsmålet er så hvilken betydning *notoritetshensynet* har. Det er i utgangspunktet bare regelen i dekl. § 5-7 bokstav b som er vedtatt for å sikre notoritet, og dermed hindre svikaktige forsøk på omgåelse av omstøtelse dersom sikkerheten er stilt for eldre gjeld.⁶⁰ Umiddelbart kan det da være fristende å legge til grunn at notoritetshensynet ikke er relevant ved tolkningen av dekl. § 5-7 bokstav a.⁶¹ Etter min vurdering vil imidlertid en slik slutning være forhastet. Det synes

⁵⁶ Se i samme retning Skaar (2013) s. 10-11.

⁵⁷ Se i samme retning Rosén (2011) s. 60. Se også Sæbø (2010) s. 306-307, hvor det fremholdes at «[p]likten til å stille tilleggsikkerhet følger her av tidligere avtale og er ikke en virkning av at skyldneren er blitt insolvent». Uttalelsen gjelder riktignok forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av verdiendringer, men fokuset på tidligere avtale tilsier at det samme legges til grunn også for annen forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse.

⁵⁸ Se kapittel 2.1.

⁵⁹ Se i samme retning Rosén (2011) s. 60.

⁶⁰ Se kapittel 2.1.

⁶¹ Et slikt synspunktet vil imidlertid ikke være *helt* riktig. Dersom forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes etter dekl. § 5-7 bokstav a, vil partene enkelt kunne omgå omstøtelse ved å innta og antedatere en klausul i låneavtalen om rett til senere å kreve sikkerhet (forutsatt at dekl. § 5-7 bokstav b ikke gjelder). Slik omgåelse er imidlertid vanskeligere dersom sikkerheten må være stilt i et bestemt formuesgode for å gå klar av bokstav a. I så fall må partene i tillegg bevise at sikkerheten faktisk ble stilt samtidig med gjeldspådragelsen, og i denne bevisvurderingen taler det ikke i partenes favor at rettsvernet ikke ble etablert før. Regelen i bokstav a blir med andre ord mer notorisk dersom sistnevnte tolkning legges til grunn, selv om graden av notoritet fortsatt er ganske liten så lenge tidspunktet for etableringen av rettsvernet ikke er avgjørende.

nemlig ikke å være grunnlag for å dele opp dekl. § 5-7 bokstav a og b som to selvstendige regler, med den konsekvens at tolkningen av den ene må foretas isolert fra den andre. Som lovforarbeidene fremhever, er jo regelen i bokstav b bare en retsteknisk utbygning av regelen i bokstav a.⁶² Reglene synes med andre ord å måtte tolkes i lys av hverandre.

Dersom regelen i dekl. § 5-7 bokstav a tolkes i lys av regelen i dekl. § 5-7 bokstav b, taler notoritets hensynet snarere ganske sterkt for at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse bør kunne omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld. Det er nettopp hensynet til notoritet som begrunner at slik sikkerhetsstillelse i praksis alltid kan omstøtes på grunn av forsinket rettsvern etter bokstav b.⁶³ Det har da formodningen mot seg at lovgiver har sett for seg at sikkerhetsstillelsen ikke skal kunne omstøtes etter bokstav a.⁶⁴ *Retstekniske hensyn* trekker i samme retning: Jo mindre mulighetene for omgåelse av omstøtelse etter dekl. § 5-7 er ved å innta og antedatere en klausul i låneavtalen om rett til senere å kreve sikkerhet, jo færre bevissspørsmål vil bestemmelsen fordre. Enklest er regelen å praktisere dersom etableringen av rettsvern er avgjørende.

3.6 Konklusjon

Ordlyden i dekl. § 5-7 bokstav a taler for at sikkerhet må være stilt i et bestemt formuesgode for at «sikkerhetsretten» er «avtalt», men er som nevnt ikke entydig. Et annet tolkningsresultat kan dermed i utgangspunktet forsvares, såfremt det har tilstrekkelig grunnlag i de øvrige rettskildene.

Det er imidlertid ikke tilfellet. Uttalelsene i forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse om at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, kan som nevnt bare tillegges begrenset rettskildemessig vekt. Når den motsatte tolkningen har ganske sterk støtte i forarbeidene til dekningsloven, og både notoritets hensynet og retstekniske hensyn trekker i denne retningen, er konklusjonen etter min vurdering nokså nærliggende.

⁶² Se kapittel 2.1.

⁶³ Se kapittel 3.1.

⁶⁴ Notoritets hensynet gjør seg for øvrig ikke gjeldende på samme måte der pantet øker i verdi i løpet av omstøtelsesfristen, ettersom rettsvernet for panteretten i så fall (forutsetningsvis) allerede er etablert ved henholdsvis registrering i løsereregisteret, jf. panteloven §§ 3-6, 3-12 og 4-10 (2), og tinglysing, jf. panteloven § 2-1 (1).

Det er først og fremst omsetningshensynet som taler for å la forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse gå klar av omstøtelse etter bestemmelsen. Forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse synes i utgangspunktet mest praktisk på spesialområder, som på finans- og verdipapirmarkedet, og mindre vanlig ellers.⁶⁵ Omsetningshensynet er imidlertid ikke av den grunn mindre tungtveiende for de aktørene som opptrer på markedet. På bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet, synes det imidlertid å være en lovgiveroppgave dersom slik sikkerhetsstillelse ikke skal kunne omstøtes etter dekl. § 5-7 bokstav a.

En «sikkerhetsrett[...]» er dermed ikke «avtalt» etter dekl. § 5-7 bokstav a med mindre sikkerheten er stilt i et bestemt formuesgode. Konklusjonen er følgelig at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter bestemmelsen.⁶⁶

⁶⁵ Se Myhre (2005) punkt 3.3.1, når det gjelder forhåndsavtalt sikkerhet som stilles på grunn av verdiendringer.

⁶⁶ Se likedan Lilleholt (2006) s. 30; Andenæs (2009) s. 347; Sæbø (2010) s. 307 forutsetningsvis; og Skaar (2013) s. 29. Se motsatt Rosén (2011) s. 59-60.

4 Rekkevidden av omstøtelsesvernet i finansikl. § 5 annet ledd

4.1 Den videre fremstillingen

Jeg skal i kapittel 4.2 og 4.3 ta stilling til hvilke av reglene i deknl. § 5-7 første ledd omstøtelsesvernet gjør unntak fra, nærmere bestemt hvorvidt finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra både omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a og omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b (i den grad unntak fra bokstav b er nødvendig dersom det gjøres unntak fra bokstav a), eller om bestemmelsen bare gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter bokstav b. I drøftelsen har det stor rettskildemessig betydning at de sikkerhetsstillelsene direktivet verner, som redegjort for i det foregående, i utgangspunktet *kan* omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter bokstav a. Drøftelsen beror for øvrig på ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd, innholdet av finansikl. § 2 annet ledd, lovforarbeidene, formålsbetraktninger og rekkevidden av direktivets omstøtelsesvern.

Jeg skal så i kapittel 4.4 ta stilling til hvilke former for finansiell sikkerhetsstillelse omstøtelsesvernet omfatter, nærmere bestemt hvorvidt finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes innskrenkende til å harmonere med direktivet. I kapittel 4.4.1 skal jeg redegjøre for bakgrunnen for å reise spørsmålet, herunder på hvilken finansikl. § 5 annet ledd etter sin ordlyd rekker lenger enn direktivet, og hvorfor og i hvilken grad det er tvilsomt om dette var lovgivers intensjon. Deretter skal jeg i punkt 4.4.2 og 4.4.3 drøfte to alternative innskrenkende tolkninger, som i større eller mindre grad harmonerer med direktivet. Drøftelsene beror særlig på en avveining av de legislative hensyn bak omstøtelse av finansiell sikkerhetsstillelse etter deknl. § 5-7. Et sterkt omstøtelsesvern setter kreditorfellesskapet i en svak posisjon overfor en sikkerhetshaver som er begunstiget i perioden før debitor gikk konkurs. Samtidig vil et svakt omstøtelsesvern kunne gå på bekostning av hensynet til en effektiv omsetning på finansmarkedet. I drøftelsene vil det også være relevant å se hen til hensynet til system og koherens, samt rettstilstanden i dansk og svensk rett.

4.2 Unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav a?

4.2.1 Ordlyden

Hvorvidt finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a, beror på hvordan ordet «stilt» skal tolkes. Ordlyden er i utgangspunktet klar: En sikkerhet er etter naturlig språkforståelse ikke «stilt» før den er stilt i et bestemt formuesgode. Dersom finansikl. § 5 annet ledd tolkes etter sin ordlyd, vil bestemmelsen dermed gjøre unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav a.⁶⁷

I litteraturen er det imidlertid hevdet at finansikl. § 5 annet ledd bare gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b. Det er først og fremst Kjetil Wibe som har tatt til orde for en slik tolkning av bestemmelsen. Wibe legger til grunn «at bakgrunnen for omstøtelse ikke utelukkende kan være at rettsvern er etablert etter at gjeld er pådratt og sikkerhetsstillelse avtalt, sml. dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b».⁶⁸ Han antar dermed at omstøtelse «kan [...] skje i forhold til sikkerhetsstillelse som er *avtalt etter at gjelden ble pådratt*, sml. dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a».⁶⁹ Denne tolkningen er også tatt til orde for av Skog-Hauge og Brækhus/Høgetveit Berg.⁷⁰

Synspunktet til disse forfatterne synes å være at ordet «stilt» i finansikl. § 5 annet ledd kun viser til etablering av rettsvern. Omstøtelse som begrunnes med at sikkerheten er *stilt* etter gjeldspådragelsen, uavhengig av hvorvidt rettsvernet er etablert, skjer i så fall ikke «alene på det grunnlag» at sikkerheten «er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt», jf. finansikl. § 5 annet ledd.⁷¹ Ettersom ordlyden «stilt» tilsier at sikkerhet er stilt i et bestemt formuesgode, vil imidlertid en slik tolkning innebære at finansikl. § 5 annet ledd tolkes innskrenkende. Spørsmålet i det følgende er om det er rettskildemessig grunnlag for en slik innskrenkende tolkning.

4.2.2 Finansikl. § 2 annet ledd

⁶⁷ Se kapittel 3.6.

⁶⁸ Wibe (2004) punkt 5.3.

⁶⁹ Wibe (2004) punkt 5.3 (Wibes kursiveringer).

⁷⁰ Se henholdsvis Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt iii og Brækhus/Høgetveit Berg (2005) s. 260.

⁷¹ Lov om finansiell sikkerhetsstillelse regulerer ikke rettsvernsakten, slik at en her må følge alminnelige regler for de aktuelle formuesgodene: Overdragelse og pantsettelse av finansielle instrumenter får rettsvern ved registrering i verdipapirsentral, jf. verdipapirsentralloven § 7-3 første ledd, se panteloven § 4-1 (3). For aksjer som ikke registreres i verdipapirsentral, er rettsvernsakten melding til aksjeselskapet, jf. panteloven § 4-2a (2) og aksjeloven § 4-13 tredje ledd.

Et første grunnlag som er hevdet å innebære at finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes innskrenkende, er finansikl. § 2 annet ledd.⁷² Det fremgår av bestemmelsen at «[e]tter denne lov anses sikkerhet ikke som stilt før rettsvern er etablert». Bestemmelsen må etter ordlyden klart få betydning for hvordan ordet «stilt» skal forstås. Det samme fremgår lovforarbeidene, jf. uttalelsen om at bestemmelsen «får betydning i forhold til lovutkastets § 4 om bruksrett, § 5 om beskyttelse mot visse virkninger av felles gjeldsfølgning og § 7 om fullbyrdelse av at krav er sikret ved avtalepant».⁷³

Den betydning det siktes til i denne sammenhengen, synes imidlertid ikke å være at ordet «stilt» kun skal forstås som etablering av rettsvern, med den følge at finansikl. § 5 annet ledd *ikke* gjør unntak fra omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a. At en sikkerhet ikke er stilt «før rettsvern er etablert», kan etter naturlig språkforståelse ikke tas til inntekt for at ikke andre forhold enn etableringen av rettsvernet er relevante for hvorvidt vilkåret er oppfylt. Det eneste ordlyden strengt tatt sier, er at sikkerheten i alle fall ikke er «stilt» før dette tidspunktet. Etter min vurdering utgjør dermed finansikl. § 2 annet ledd et argument *for* at finansikl. § 5 annet ledd må tolkes som et unntak fra omstøtelse etter bokstav dekl. § 5-7 bokstav a: Et forhold som ikke bare er relevant, men avgjørende for hvorvidt rettsvernet kan etableres, er jo at sikkerheten er stilt i et bestemt formuesgode.⁷⁴

Det er for øvrig ingen oppsiktsvekkende regel at en sikkerhet etter loven ikke er «stilt» før rettsvern er etablert. Uten rettsvern kan nemlig kreditorene uansett ta beslag etter dekl. § 2-2.⁷⁵ Grunnen til at finansikl. § 2 annet ledd likevel presiserer dette, er antakelig at ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd, i motsetning til ordlyden i dekl. § 5-7 første ledd, ikke skiller mellom tilfeller der rettsvernet er etablert, og der det ikke er det.⁷⁶

⁷² Det er denne bestemmelsen Skog-Hauge viser til som begrunnelse for tolkningen, se Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt iii.

⁷³ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 66. Uttrykket «stilt» er for øvrig ikke benyttet i lovens øvrige bestemmelser

⁷⁴ Pantsettelse av enkle fordringer kan imidlertid få rettsvern ved forhåndsnotifikasjon, jf. panteloven § 4-5 (1), jf. § 4-4 (1). Dette er på den annen side ikke praktisk ved anvendelsen finansikl. § 5 annet ledd, se fotnote 2.

⁷⁵ I så fall «tilhører» formuesgodet debitor, se NOU 1972: 20 s. 255.

⁷⁶ Bakgrunnen for vedtakelsen av finansikl. § 2 annet ledd synes basert på lovforarbeidene å være at direktivet etter artikkel 1 nr. 5 først kommer til anvendelse dersom sikkerheten er «stillet», hvilket etter direktivet artikkel 2 nr. 2 skal forstås som at sikkerheten «leveres, overdrages, besiddes, registreres [...]», se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 23-25 og s. 67. I en norsk kontekst må dette riktignok (i alle fall) forstås som en henvisning til etablering av rettsvern. Som lovforarbeidene også fremhever, innebærer imidlertid ikke artikkel 1 nr. 5 at «at forhold før dette tidspunktet [tidspunktet for etablering av rettsvern] er uten betydning for spørsmålet om omstøtelse», jf. s. 58. Det var altså ingen tvingende grunn til ikke å vedta finansikl. § 5 annet ledd med den samme lovgivningstekniske oppbygningen som dekl. § 5-7 første ledd.

4.2.3 Lovforarbeidene og formålsbetraktninger

Det må så tas stilling til hvilken betydning lovforarbeidene har for spørsmålet. Innledningsvis i proposisjonen er det uttalelser som klart tyder på at finansikl. § 5 annet ledd bare gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b:

For det andre følger det av lovforslaget at sikkerhetsstillelse (som har fått rettsvern) ikke kan omstøtes alene på det grunnlag at sikkerhetsstillelsen er foretatt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt. Dette innebærer konkret at en sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes utelukkende på grunnlag av dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b [...].⁷⁷

Disse uttalelsene synes imidlertid å bygge på forutsetningen om at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a.⁷⁸ Som redegjort for, er det på denne bakgrunn at både arbeidsgruppen og departementet utelukkende fant deknl. § 5-7 bokstav b i strid med direktivet innenfor dets virkeområde.⁷⁹ Uttalelsene om at finansikl. § 5 annet ledd bare gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b, bygger da på en uriktig forutsetning: Det er, som redegjort for, min vurdering at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse *kan* omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a.

Når en uttalelse i et lovforarbeid bygger på en uriktig forutsetning, må det i utgangspunktet utvises varsomhet med å legge til grunn hva som *ville* blitt sagt dersom den uriktige forutsetningen tenkes borte. I dette tilfellet synes imidlertid ikke en slik slutning metodisk betenkelig. Forutsetningen om at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes etter deknl. § 5-7 bokstav a, synes nemlig å være helt avgjørende for uttalelsene om at finansikl. § 5 bare gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b. Dersom det ble forutsatt at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse *kan* omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld, er det med andre ord en meget sterk formodning – kanskje også en garanti – for at det ville blitt lagt til grunn at finansikl. § 5 annet ledd også gjør unntak fra slik omstøtelse. Etter

⁷⁷ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 8, gjengitt i Innst. O. nr. 48 (2003-2004) s. 3.

⁷⁸ Se kapittel 3.4.

⁷⁹ Se kapittel 3.4. Det er for øvrig disse uttalelsene Wibe viser til at forutsetningsvis støtter hans tolkning av finansikl. § 5 annet ledd, se Wibe (2004) punkt 5.3.

min vurdering utgjør dermed lovforarbeidene snarere et argument *for* at finansikl. § 5 annet ledd må tolkes som et unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav a.⁸⁰

I samme retning trekker formålet bak finansikl. § 5 annet ledd. Bestemmelsen ble som nevnt primært vedtatt for å verne mot omstøtelse av forhåndsavtalt som er stilt på grunn av verdiendringer i stilt sikkerhet eller den sikrede forpliktelsen.⁸¹ Når slik sikkerhetsstillelse *kan* omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a, vil dette vernet uthules dersom finansikl. § 5 annet ledd bare tolkes som et unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b.⁸² En slik tolkning vil for øvrig heller ikke harmonere med lovens overordnede formål om «å styrke det finansielle markedet» ved å bidra til «sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse», jf. finansikl. § 1 første ledd.

4.2.4 Direktivet

Det må dernest tas stilling til hvilken betydning direktivet har for spørsmålet. Slik jeg leser Brækhus/Høgetveit Berg, er det hovedsakelig «[p]å bakgrunn av direktivet» at forfatterne konkluderer med at finansikl. § 5 annet ledd bare skal tolkes som et unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b, selv om det legges til grunn at spørsmålet «etter lovens ordlyd er [...] uklart».⁸³ Standpunktet begrunnes imidlertid ikke nærmere.

Det er ikke helt enkelt å se hvordan direktivet gir avgjørende tolkningsbidrag mot at finansikl. § 5 annet ledd også skal tolkes som et unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav a. Direktivet er som nevnt bare et minimumsdirektiv, slik at medlemsstatene står fritt til å gi et sterkere vern enn direktivet krever. I den grad direktivet bare krever vern mot omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern, setter altså ikke det skranker mot at det i loven også gis vern mot omstøtelse som begrunnes med at sikkerheten er stilt for eldre gjeld.

Ettersom de sikkerhetsstillelsene direktivet verner etter min vurdering i utgangspunktet *kan* omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a, vil det derimot være i strid med direktivet dersom finansikl. § 5 annet ledd ikke tolkes som et unntak fra omstøtelse etter

⁸⁰ Se i samme retning Rosén (2011) s. 59-60.

⁸¹ Se kapittel 2.2.

⁸² Se i samme retning Andenæs (2009) s. 346-347.

⁸³ Brækhus/Høgetveit Berg (2005) s. 260, som for øvrig på samme side også synes å begrunne tolkningen med finansikl. § 2 annet ledd.

bestemmelsen. Direktivet artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii verner mot omstøtelse alene på det grunnlag at gjelden ble pådratt forut for «etableringen» av den finansielle sikkerheten. Etter direktivet artikkel 2 nr. 2 første punktum skal «etablering» forstås som at sikkerheten «leveres, overdrages, besiddes, registreres eller på anden måde bringes i sikkerhedshaverens eller en på denne vegne handlende persons besiddelse eller under disses kontrol», hvilket i en norsk kontekst riktignok (i alle fall) må forstås som etablering av rettsvern. Dette kan imidlertid ikke tas til inntekt for at direktivet *ikke* verner mot omstøtelse som begrunnes med at sikkerheten er *stilt* etter gjeldspådragelsen, som regelen i dekl. § 5-7 bokstav a. I så fall vil omstøtelsesvernet i direktivet – som i loven – uthules. Artikkel 2 nr. 2 må med andre ord forstås på samme måte som finansikl. § 2 annet ledd: Sikkerheten er ikke «etabler[t]» med mindre den er stilt i et bestemt formuesgode og har fått rettsvern etter nasjonale regler.⁸⁴

4.2.5 Konklusjon

På denne bakgrunn er konklusjonen klar: Finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a.⁸⁵ Etter ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd sammenholdt med finansikl. § 2 annet ledd, innebærer et annet tolkningsresultat en innskrenkende tolkning av bestemmelsen. Ettersom forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse *kan* omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld, taler verken lovforarbeidene eller formålsbetraktninger for en slik innskrenkende tolkning. Tolkningen vil dessuten være i strid med direktivet, og derfor antakeligvis uansett utelukket på grunn av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning.

Dersom forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse *ikke* kunne omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a, ville spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra omstøtelse etter bestemmelsen stilt seg mer tvilsomt. Ordlyden ville da stått i strid med de klare uttalelsene i lovforarbeidene om at bestemmelsen bare gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter dekl. § 5-7 bokstav b. Ettersom dekl. § 5-7 bokstav a i så fall ikke

⁸⁴ Den samme tolkningen av artikkel 2 nr. 2 på dette punkt ble formodentlig også lagt til grunn i lovforarbeidene, ettersom det i motsatt fall ikke ville vært nødvendig å vurdere hvorvidt direktivet krever unntak fra omstøtelse dekl. § 5-7 bokstav a, se kapittel 3.4 sammenholdt med kapittel 4.2.3.

⁸⁵ Se likedan Lilleholt m.fl. (2005) s. 167 forutsetningsvis; Andenæs (2009) s. 347; Rosén (2011) s. 59-60 under forutsetningen om at forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse *kan* omstøtes etter bestemmelsen; Skaar (2013) s. 29; Skoghøy (2018) fotnote 63 s. 45; og Falkanger (2019) s. 252.

ville vært i strid med direktivet innenfor dets virkeområde, ville heller ikke det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning kommet til anvendelse.⁸⁶

4.3 Unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav b?

Når finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a, er det – som antydnet innledningsvis – etter min vurdering ikke nødvendig at bestemmelsen også gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b.⁸⁷ Regelen i bokstav b er som nevnt bare en retsteknisk utbygning av regelen i bokstav a. Med andre ord: En sikkerhetsstillelse som i prinsippet ikke kan omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld, synes heller ikke å kunne omstøtes fordi rettsvernet er forsinket.⁸⁸

Andenæs synes imidlertid å legge til grunn at finansikl. § 5 annet ledd *ikke* gjør unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav b, selv om han konkluderer med bestemmelsen gjør unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav a.⁸⁹ Begrunnelsen er at uttalelsene i forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse om at finansikl. § 5 annet ledd bare gjør unntak fra omstøtelse etter bokstav b «er [...] en misforståelse av både bokstav a og bokstav b».⁹⁰ Standpunktet begrunnes imidlertid ikke nærmere. Det er derfor noe uklart hvilken misforståelse Andenæs refererer til.

Etter min vurdering kan Andenæs' standpunkt uansett ikke opprettholdes: Ettersom forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse i praksis alltid kan omstøtes på grunn av forsinket rettsvern etter deknl. § 5-7 bokstav b, vil det være i strid med direktivet dersom finansikl. § 5 annet ledd bare tolkes som et unntak fra omstøtelse av sikkerhet eldre gjeld etter deknl. § 5-7 bokstav a.⁹¹ Standpunktet har dessuten verken støtte i ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd sammenholdt med finansikl. § 2 annet ledd, formålsbetraktninger eller lovforarbeidene.⁹² Det er for øvrig heller

⁸⁶ Et mulig argument for å tolke finansikl. § 5 annet ledd innskrenkende til å bare gjøre unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 bokstav b, kunne i så fall vært at bestemmelsen etter sin ordlyd også verner mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som *ikke* er forhåndsavtalt, og som i utgangspunktet er illojal overfor kreditorfelleskapet, se nærmere kapittel 4.4.1. Da ville konkursboet i det minste hatt muligheten til å omstøte etter deknl. § 5-7 bokstav a, selv om slik omstøtelse riktignok ville vært enkelt å omgå for partene ved å innta og antedatere en klausul i låneavtalen om rett til senere å kreve sikkerhet.

⁸⁷ Se i samme retning Marthinussen (2010) s. 442.

⁸⁸ En annen sak er at en sikkerhetsstillelse som ikke kan omstøtes etter deknl. § 5-7 bokstav a fordi den er stilt senest samtidig med gjeldspådragelsen, men som kan omstøtes etter deknl. § 5-7 bokstav b fordi rettsvernet er forsinket, i prinsippet kunne vært stilt etter gjeldspådragelsen, og dermed vært omstøtelig også etter bokstav a.

⁸⁹ Se Andenæs (2009) s. 347.

⁹⁰ Andenæs (2009) s. 347.

⁹¹ Se kapittel 4.2.4.

⁹² Se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 58, se fotnote 52.

ikke i øvrig litteratur påstått at finansikl. § 5 annet ledd kun verner mot omstøtelse etter dekl. § 5-7 bokstav a.⁹³

Konklusjonen er dermed at finansikl. § 5 annet ledd også gjør unntak fra omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter dekl. § 5-7 bokstav b, i den grad det er nødvendig.

4.4 Hvilke former for finansiell sikkerhetsstillelse er omfattet av omstøtelsesvernet?

4.4.1 Bakgrunnen for å reise spørsmålet

Direktivet verner som nevnt bare mot omstøtelse av finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld dersom sikkerhetsstillelsen var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, og sikkerheten ble stilt på grunn av verdiendringer i stilt sikkerhet eller den sikrede forpliktelsen. Etter finansikl. § 5 annet ledd er det imidlertid tilstrekkelig for vern mot omstøtelse at sikkerheten er «stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt». Etter ordlyden rekker dermed lovens omstøtelsesvern lenger enn direktivet på to punkter:

Lovens omstøtelsesvern rekker for det første lenger enn direktivet ved at det også omfatter forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av *andre* forhold enn verdiendringer. Et praktisk eksempel er at partene har avtalt en rett for kreditor til senere å kreve sikkerhet dersom det finner sted en ikke ubetydelig svekkelse av debtors kredittverdighet.⁹⁴ Arbeidsgruppen var riktignok oppmerksom på at *direktivet* ikke krever vern i slike tilfeller, se arbeidsgruppens rapport s. 57:

Videre beskytter direktivet kun sikkerhet eller tilleggssikkerhet som er stilt fordi verdien av den opprinnelige sikkerheten eller den finansielle forpliktelsen er endret. Sikkerhet som stilles på grunn av redusert kredittverdighet vernes ikke av direktivet.⁹⁵

⁹³ Tvert imot, se Wibe (2004) punkt 5.3; Myre (2005) punkt 3.3.1; Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt iii; Rosén (2011) s. 60; Skoghøy (2018) fotnote 63 s. 45; og Falkanger (2019) s. 251-252.

⁹⁴ Se Rosén (2011) s. 61-62.

⁹⁵ Uttalelsen er gjengitt i Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 56. Det fremgår riktignok ikke uttrykkelig hvorvidt uttalelsen sikter til *forhåndsavtalt* sikkerhet som er stilt på grunn av debtors reduserte kredittverdighet, men sammenhengen med den foregående setningen, og det faktum at det er slik sikkerhetsstillelse som er praktisk på finansmarkedet, gjør det nærliggende å anta. Se i samme retning Rosén (2011) s. 61 og Falkanger (2019) s. 253-254.

Det forklares imidlertid verken i rapporten eller i proposisjonen hvorfor *loven* likevel ble vedtatt som den ble. I proposisjonen fremgår derimot at loven «ikke er ment å gå lenger enn direktivet for å nå dette målet [lovens formål], med unntak for punkter hvor dette er uttrykkelig nevnt».⁹⁶ Ettersom en uttrykkelig omtale av at lovens omstøtelsesvern også var ment å omfatte forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av andre forhold enn verdiendringer *ikke* er å finne, er det dermed uklart om det var lovgivers intensjon å gå lenger enn direktivet på dette punkt.⁹⁷

Lovens omstøtelsesvern rekker imidlertid ikke bare lenger enn direktivet ved at det også omfatter forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av andre forhold enn verdiendringer. Etter ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd er det nemlig heller ikke et vilkår for vern mot omstøtelse at en sikkerhet som er stilt for eldre gjeld i det hele tatt var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen.⁹⁸ Det er verdiendringsvilkåret i artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii som (indirekte) innebærer at slik sikkerhetsstillelse faller utenfor direktivets vern: Dersom en sikkerhetsstillelse ikke er forhåndsavtalt, er det etter naturlig språkforståelse ingen «aftale om finansiell sikkerhet [som] omfatter en forpliktelse til å stille finansiell sikkerhet eller supplerende finansiell sikkerhet», hvor sikkerheten stilles «i henhold til en sådan forpliktelse».⁹⁹

Heller ikke på dette punkt er det uttrykkelig omtalt i lovforarbeidene hvorfor lovens omstøtelsesvern rekker lenger enn direktivet. Etter min vurdering er det da ikke bare uklart, men lite sannsynlig at det kan ha vært lovgivers intensjon: Både arbeidsgruppen og departementet la forutsetningsvis til grunn at direktivet bare verner mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som *er* forhåndsavtalt. I motsatt fall ville det ikke vært nødvendig å vurdere hvorvidt slik sikkerhetsstillelse i utgangspunktet kan omstøtes etter dekl. § 5-7.¹⁰⁰ Dersom det var intensjonen at lovens vern også skulle omfatte sikkerhetsstillelse som *ikke* er det, og som i

⁹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 14.

⁹⁷ Se i samme retning Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt v og Rosén (2011) s. 61.

⁹⁸ På dette punkt er det, etter hva jeg kan se, ikke hevdet annet i litteraturen. Tvert imot, se Lilleholt m.fl. (2005) s. 165-166; Myhre (2005) punkt 3.3.1 forutsetningsvis; Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt v, slik jeg leser henne; Rosén (2011) s. 61 med henvisning til Rosén (2004) s. 182; og Falkanger (2019) s. 251-252.

⁹⁹ Hvorvidt den aktuelle «aftale om finansiell sikkerhet» er inngått senest samtidig med gjeldspådragelsen, sier ordlyden i artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt ii strengt tatt ingenting om. Det er imidlertid klart forutsatt i legaldefinisjonen av «aftale om finansiell sikkerhetsstillelse» i direktivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a, hvor det fremgår at det er uten betydning om avtalen er «dækket af en rammeaftale (master agreement) eller af 'almindelige betingelser'», samt fortalen punkt 16, som i relasjon til omstøtelsesvernet viser til «[d]en sunde markedspraksis» ved å «styre og begrænse kreditrisiko på hindanden» gjennom «mark-to-market beregninger af den aktuelle markedsværdi af kreditesponeringen» og «værdien af den finansielle sikkerhed».

¹⁰⁰ Se kapittel 3.4.

utgangspunktet er illojal overfor kreditorfellesskapet, er formodningen da sterk for at det i det minste ville vært antydnet.¹⁰¹

Sammenfatningsvis rekker altså lovens omstøtelsesvern betydelig lenger enn direktivet, ved å tilsynelatende verne *enhver* finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld mot omstøtelse etter dekl. § 5-7. Direktivet er som nevnt bare et minimumsdirektiv, slik at medlemsstatene står fritt til å gi et sterkere vern enn direktivet krever. Når lovens omstøtelsesvern rekker såpass mye lenger, og det basert på lovforarbeidene er uklart, og etter omstendighetene lite sannsynlig at det kan ha vært lovgivers intensjon, er det etter min vurdering likevel grunnlag for å reise spørsmålet om finansikl. § 5 annet ledd skal tolkes innskrenkende til å harmonere med direktivet.

4.4.2 En innskrenkende tolkning ved å innfortolke et verdiendringsvilkår

Et første alternativ er å tolke finansikl. § 5 annet ledd innskrenkende ved å innfortolke et verdiendringsvilkår.¹⁰² Bestemmelsen vil i så fall verne mot omstøtelse av forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av verdiendringer, og dermed oppfylle forpliktelsene etter direktivet, samtidig som at sikkerhetsstillelse som ikke er forhåndsavtalt, og som i utgangspunktet er illojal overfor kreditorfellesskapet, vil kunne omstøtes etter dekl. § 5-7. Lovens omstøtelsesvern vil med andre ord tilsvare direktivets.

En konsekvens av å innfortolke et verdiendringsvilkår, er imidlertid at forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av andre forhold enn verdiendringer, vil falle utenfor omstøtelsesvernet. Hvorvidt det er en god løsning, er ikke opplagt. Som Rosén fremholder, er nemlig avtaler som gir kreditor rett til senere å kreve sikkerhet dersom det finner sted en ikke ubetydelig svekkelse av debtors kredittverdighet, «benyttet i stor utstrekning» på finansmarkedet.¹⁰³ Dersom slik sikkerhetsstillelse kan omstøtes etter dekl. § 5-7, som konkursboet i praksis alltid vil påberope seg dersom sikkerheten stilles i løpet av omstøtelsesfristen, vil det «kunne medføre at kreditorer

¹⁰¹ Dersom det var lovgivers intensjon at lovens omstøtelsesvern også skulle omfatte sikkerhetsstillelse som ikke er forhåndsavtalt, ville det for øvrig heller ikke gitt mening å legge til grunn at finansikl. § 5 annet ledd «konkret innebærer at en sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes utelukkende på det grunnlag av dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b», jf. Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 8. Som redegjort for i kapittel 4.2.3, synes nemlig denne uttalelsen å bygge på forutsetningen om at direktivet bare verner mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som *er* forhåndsavtalt.

¹⁰² Spørsmålet er først og fremst drøftet i Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt v og Rosén (2011) s. 60 flg. Skog-Hauge drøfter riktignok spørsmålet under forutsetningen om at finansikl. § 5 annet ledd bare gjør unntak fra omstøtelse etter dekl. § 5-7 bokstav b.

¹⁰³ Rosén (2011) s. 61-62.

velger å avslutte et engasjement selv om han har preferanse for en løsning hvor det stilles sikkerhet».¹⁰⁴

Hensynet til omsetningen på finansmarkedet taler med andre ord *mot* å innfortolke et verdiendringsvilkår i finansikl. § 5 annet ledd. Og når hensynet til omsetningen på finansmarkedet trekker i denne retningen, er det nærliggende at det samme følger av lovens formål om å «styrke det finansielle markedet», ved å «bidra til sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse», jf. finansikl. § 1 første ledd.¹⁰⁵

Et argument *for* at det bør innfortolkes et verdiendringsvilkår, er imidlertid at forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av debtors reduserte kredittverdighet vil styrke sikkerhetshaverens stilling overfor kreditorfellesskapet i betydelig større grad enn der sikkerhetsstillelsen er betinget av verdiendringer. Debtors kredittverdighet vil, i motsetning til for eksempel verdien av stilte aksjer, regelmessig reduseres i perioden før konkurs, med den følge at kreditors rett til å kreve sikkerhet oppstår. En debitor som har inngått en slik avtale, vil med andre ord sjeldent ha midler igjen til kreditorfellesskapet dersom han går konkurs.

Dessuten kommer ikke lovens omstøtelsesvern bare til anvendelse der avtalen om å stille sikkerhet er inngått mellom de institusjonene som vanligvis opptrer på finansmarkedet, hvis kreditorer kan forventes å kjenne til, og derfor ta høyde for, at debitor kan være forpliktet til å stille sikkerhet i perioden før konkurs.¹⁰⁶ Etter finansikl. § 1 fjerde ledd vil loven også gjelde der avtalen er inngått mellom en av institusjonene, for eksempel en bank, og «enhver juridisk person», hvilket etter lovforarbeidene skal forstås som «alle rettssubjekter med alminnelig partsevne [...], med unntak av fysiske personer».¹⁰⁷ Omstøtelsesvernet vil med andre ord kunne ramme *enhver* usikret kreditor.

På den annen side må det ikke tapes av syne at også avtaler som gir kreditor rett til senere å kreve sikkerhet dersom debtors kredittverdighet reduseres, er inngått senest samtidig med gjeldspådragelsen. Selv om det regelmessig vil være lite igjen til de usikrede kreditorene dersom debitor har inngått en slik avtale, er altså sikkerhetsstillelsen i utgangspunktet ikke

¹⁰⁴ Rosén (2011) s. 62.

¹⁰⁵ Se i samme retning Rosén (2011) s. 62.

¹⁰⁶ Institusjonene er listet opp i finansikl. § 1 tredje ledd bokstav a til d, se Rosén (2011) s. 21. Etter direktivet artikkel 1 nr. 3 hadde medlemsstatene adgang til å begrense gjennomføringslovens virkeområde til avtaler inngått mellom disse institusjonene, men adgangen ble ikke benyttet, se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 30.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 28.

illojal.¹⁰⁸ Dessuten synes det først og fremst å være de institusjonene som vanligvis opptrer på finansmarkedet, som i praksis inngår avtaler som gir kreditor en slik rett.¹⁰⁹ Risikoen for at sikkerhetsstillelsen kommer til ulempe for øvrige kreditorer, for eksempel en usikret leverandør til en industribedrift som har inngått en slik avtale med en bank, kan med andre ord antas at i praksis ikke er så stor.¹¹⁰

Det kan videre vises til at betalingssystemloven § 4-4 første ledd, som verner mot omstøtelse etter dekl. § 5-7 av finansiell sikkerhet «stilt overfor en sentralbank innenfor EØS-området, en operatør, eller en deltaker i interbank- eller verdipapiroppgjørssystem», *ikke* har et vilkår om at sikkerheten ble stilt med et bestemt formål, for eksempel for å ta høyde for verdiendringer.¹¹¹ En innfortolkning av et verdiendringsvilkår vil dermed innebære at omstøtelsesvernet i finansikl. § 5 annet ledd blir svakere enn i betalingssystemloven § 4-4. Det synes imidlertid ikke å være noen grunn til at adgangen til omstøtelse av en finansiell sikkerhet som er stilt på grunn av debtors reduserte kredittverdighet skal bero på hvorvidt sikkerheten er stilt i et interbank- eller verdipapiroppgjørssystem, eller i henhold til en rammeavtale utenfor slike systemer. Hensynet til system og koherens, som er et viktig hensyn innen formueretten, taler dermed mot å innfortolke et verdiendringsvilkår.¹¹² Betalingssystemloven § 4-4 (og § 10-3 i den opphevede verdipapirhandelloven av 1997) ble for øvrig også vist til i forarbeidene til finansikl. § 5 annet ledd, hvilket svekker en hypotese om at det ikke var lovgivers intensjon å gå lenger enn direktivet på dette punkt.¹¹³

Dessuten vil ikke en innfortolkning av et verdiendringsvilkår bringe norsk rett i samsvar med en felles rettsstilstand i øvrige skandinaviske land. I dansk rett risikerer riktignok forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av debtors reduserte kredittverdighet å bli omstøtt etter

¹⁰⁸ Se kapittel 3.5.

¹⁰⁹ Dette baserer jeg på omtalen av slik sikkerhetsstillelse i Rosén (2011) s. 61-62.

¹¹⁰ Denne antakelsen er imidlertid ikke sikker. Selv om det riktignok ikke eksisterer rettspraksis knyttet til finansikl. § 5 annet ledd, er det ikke usannsynlig at et konkursbo som har stått overfor en slik sikkerhetsstillelse har unnlatt å påberope seg omstøtelse av ressurs hensyn.

¹¹¹ Verdipapirhandelloven § 14-3 (som avløste verdipapirhandelloven av 1997 § 10-3) inneholdt et tilsvarende unntak fra omstøtelse etter dekl. § 5-7, men ble opphevet etter endringslov nr. 91/2016 ved gjennomføringen av forordning 648/2012/EU, ettersom vilkåret i forordningen artikkel 17 nr. 4 om at en sentral motpart bare kan få tillatelse til å drive virksomhet i Norge dersom den er godkjent som verdipapiroppgjørssystem etter betalingssystemloven § 4-1 innebærer at betalingssystemloven § 4-4 uansett kommer til anvendelse, se Prop. 166 L (2015-2016) s. 28.

¹¹² Se i samme retning Rosén (2011) s. 62. Om betydningen av hensynet til system og koherens i formueretten, se Lilleholt (2018) s. 24 med videre henvisninger.

¹¹³ Se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 58. Bestemmelsene hadde et for snevert virkeområde til å gjennomføre direktivet, ettersom verdipapirhandelloven av 1997 § 10-3 ikke omfattet «finansielle instrumenter som opsjoner, terminer og bytteavtaler vedrørende verdipapirer og indekser og heller ikke for gjenkjøpsavtaler, tegningsretter og warrants», jf. s. 58.

konkursloven § 70, ettersom kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2 bare verner mot omstøtelse av sikkerhet som «er stillet for *ændringer i værdien af sikkerheder eller fordringer*, som er indtrådt efter aftalens indgåelse og skyldes markedsbetingede forhold» (mine kursiveringer).¹¹⁴ I svensk rett vil imidlertid ordinærreservasjonen i konkurslagen kap. 4 12 § antakeligvis komme sikkerhetsstillelsen til unnsetning.¹¹⁵ Reservasjonen ble riktignok primært inntatt for å verne «avtalsvillkor som är utformade så att säkerställandet aktualiseras först senare, t.ex. ett villkor att kompletterande säkerhet skall ställas *om en tidigare ställd säkerhet sjunker i värde*» (mine kursiveringer).¹¹⁶ Dette kan imidlertid ikke tas til inntekt for at forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av andre forhold, nødvendigvis er ment å falle utenfor, jf. formuleringen «t.ex.». Dessuten fremgår det uansett at det avgjørende for hvorvidt reservasjonen kommer til anvendelse, er om «säkerhetsställandet vid en helhetsbedömning av omständigheterna avviker från vad som kan anses vara normalt och naturligt». ¹¹⁷ Når avtaler som gir kreditor rett til senere å kreve sikkerhet dersom debtors kredittverdighet reduseres er benyttet i stor utstrekning på finansmarkedet, og dermed både er normalt og naturlig, ligger det nært å anta at en sikkerhet som er stilt i henhold til en slik avtale vil være å anse som «ordinär[...]».¹¹⁸

En innfortolkning av et verdiendringsvilkår innebærer en tolkning på tvers av ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd. Som redegjort for innledningsvis, må dette kreve et solid rettskildemessig grunnlag.¹¹⁹ Når det både er i tråd med omsetningshensynet, lovens formål og hensynet til system og koherens å verne mot omstøtelse av forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av debtors reduserte kredittverdighet, og det dessuten ikke eksisterer en felles rettstilstand i øvrige skandinaviske land som tolkningen vil bringe norsk rett i samsvar med, foreligger det etter min vurdering ikke et slikt rettskildemessig grunnlag. Uklarheten i lovforarbeidene om hvorvidt det var lovgivers intensjon å gå lenger enn direktivet på dette punkt, synes bare å gi grunnlag for å reise spørsmålet om det skal innfortolkes et

¹¹⁴ Se i samme retning Lau Hansen (2020) s. 890. Direktivets omstøtelsesvern er altså i dansk rett gjennomført fullt ut, se også fotnote 31.

¹¹⁵ Se for øvrig fotnote 31.

¹¹⁶ Prop. 2001/02:57 s. 14. På dette punkt var altså svensk rett allerede i samsvar med direktivets omstøtelsesvern da direktivet ble implementert, se DS 2003:38 s. 132-133.

¹¹⁷ Prop. 2001/02:57 s. 15. Det presiseres riktignok på s. 14 at ordinærreservasjonen «tar främst sikte på rättshandlingar som inte utlöses av gäldenärens betalningssvårigheter eller förestående konkurs». Sett i sammenheng med de øvrige uttalelsene, er imidlertid denne presiseringen antakelig en henvisning til sikkerhetsstillelse som *ikke* er forhåndsavtalt.

¹¹⁸ Hvorvidt ordinærreservasjonen også kommer til anvendelse dersom avtalen er inngått mellom for eksempel en bank og en industribedrift, er imidlertid mer tvilsomt. I så fall er det i utgangspunktet ikke like «normalt och naturligt» at slik sikkerhet stilles, jf. Prop. 2001/02:57 s. 14.

¹¹⁹ Se kapittel 1.3.

verdiendringsvilkår, og utgjør altså ikke et argument for tolkningen.¹²⁰ Det kan da ikke være avgjørende at forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av debtors reduserte kredittverdighet styrker sikkerhetshaverens stilling overfor kreditorfellesskapet i betydelig større grad enn der sikkerhetsstillelsen er betinget av verdiendringer, og at slik sikkerhetsstillelse vil kunne ramme enhver usikret kreditor, all den tid sikkerhetsstillelsen i utgangspunktet ikke er illojal. Konklusjonen er dermed at finansikl. § 5 annet ledd ikke kan tolkes innskrenkende ved å innfortolke et verdiendringsvilkår.¹²¹

4.4.3 En innskrenkende tolkning til å kun verne sikkerhetsstillelse som er forhåndsavtalt

Lovens omstøtelsesvern rekker som nevnt ikke bare lenger enn direktivet ved at det også omfatter forhåndsavtalt sikkerhet som er stilt på grunn av andre forhold enn verdiendringer. Det rekker også lenger ved at det etter ordlyden i finansikl. § 5 annet ledd heller ikke er et vilkår for vern mot omstøtelse at en sikkerhet som er stilt for eldre gjeld i det hele tatt var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen. Et alternativ til å tolke finansikl. § 5 annet ledd innskrenkende ved å innfortolke et verdiendringsvilkår, er dermed å tolke bestemmelsen innskrenkende til å kun verne mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som *har* grunnlag i en slik forhåndsavtale.¹²²

Dersom finansikl. § 5 annet ledd tolkes innskrenkende til å kun verne mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som er forhåndsavtalt, vil sikkerhetsstillelse som *ikke* er det, og som i utgangspunktet er illojal overfor kreditorfellesskapet, kunne omstøtes etter dekl. § 5-7. Samtidig vil bestemmelsen oppfylle forpliktelsene etter direktivet, og imøtekomme markedets behov for å avtale en rett for kreditor til senere å kreve sikkerhet dersom debtors kredittverdighet reduseres.

Tolkningen vil dessuten bringe finansikl. § 5 annet ledd i samsvar rettstilstanden i både dansk og svensk rett, og dermed harmonere med direktivets formål om å etablere felles europeiske regler knyttet til avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse: En sikkerhetsstillelse som ikke er

¹²⁰ Se i samme retning Rosén (2011) s. 61. Se motsatt Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt v.

¹²¹ Se likedan Skog-Hauge punkt 5.4.2 underpunkt v og Rosén (2011) s. 62.

¹²² Spørsmålet er, etter hva jeg kan se, ikke reist i litteraturen. Rosén nevner riktignok, som et alternativ til å innfortolke et verdiendringsvilkår, at «[d]et er mulig man bør operere med et krav om at retten til å kreve sikkerhet har vært motiverende for at det ikke ble etablert sikkerhet initialt», jf. Rosén (2011) s. 62. Slik jeg leser Rosén, synes imidlertid et slikt krav å skulle bero på en *subjektiv* bedømmelse av forholdene. I så fall er det av retts tekniske hensyn nærliggende å slutte seg til Roséns konklusjon i påfølgende setning om at «[e]t slikt kriterium vil [...] kunne gi så vidt store avgrensingsutfordringer at det ikke bør oppstilles på ulovfestet grunnlag».

forhåndsavtalt, vil – selv om sikkerheten er stilt på grunn av verdiendringer – ikke oppfylle verdiendringsvilkåret i den danske kapitalmarkedsloven § 202 stk. 2.¹²³ Ordinærreservasjonen i den svenske konkurslagen kap. 4 12 § vil i utgangspunktet heller ikke komme til anvendelse.¹²⁴

Når det gjelder forholdet til betalingssystemloven § 4-4, vil også denne tolkningen innebære at omstøtelsesvernet i finansikl. § 5 annet ledd blir svakere: Det er heller ikke betalingssystemloven § 4-4 første ledd et vilkår for vern mot omstøtelse at en sikkerhet som er stilt for eldre gjeld var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen. Imidlertid synes det ikke problematisk ut fra hensynet til system og koherens dersom betalingssystemloven § 4-4 rekker lenger enn finansikl. § 5 annet ledd på dette punkt. Også betalingssystemloven § 4-4 – og de opphevede bestemmelsene i verdipapirhandelloven og verdipapirhandelloven av 1997 – tar nemlig «særlig sikte på å verne tilleggsikkerhet [forhåndsavtalt sikkerhetsstillelse] mot omstøtelse etter § 5-7».¹²⁵ Det kan i den forbindelse også vises til at lov om finansiell sikkerhetsstillelse har et mye bredere virkeområde enn betalingssystemloven, slik at et unntak fra omstøtelse av illojale sikkerhetsstillelser vil kunne ramme langt videre.¹²⁶

Et argument *mot* å tolke finansikl. § 5 annet ledd innskrenkende til å kun verne mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som er forhåndsavtalt, er imidlertid at bestemmelsen i så fall blir retts teknisk vanskelig å praktisere. Det vil kunne fordre vanskelige bevisspørsmål for konkursboet dersom det avgjørende for om en finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld kan omstøtes etter dekl. § 5-7, er hvorvidt sikkerhetsstillelsen var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen.¹²⁷ Omstøtelse vil samtidig bli enkelt å omgå ved at partene inntar og antedaterer en klausul i låneavtalen om rett til senere å kreve sikkerhet.¹²⁸ Med andre ord blir heller ikke notoritets hensynet ivaretatt.

¹²³ Dette fremgår klart til av lovforarbeidene, se L 155 (2017) s. 291.

¹²⁴ En forutsetning for dette er imidlertid at det ikke foreligger grunner som taler mot at sikkerhetsstillelsen «vid en helhetsbedömning av omständigheterna avviker från vad som kan anses vara normalt och naturligt», jf. Prop. 2001/02:57 s. 15. Se for øvrig også fotnote 117.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 58. Det samme fremgår forutsetningsvis i Ot.prp. nr. 96 (1998-1999) s. 40 i relasjon til betalingssystemloven § 4-4.

¹²⁶ Grunnen til at betalingssystemloven § 4-4 første ledd likevel gjør et generelt unntak fra omstøtelse etter dekl. § 5-7, er, slik jeg leser lovforarbeidene, at bestemmelsen etter lovgivers syn i motsatt fall ville vært i strid med direktiv 98/26/EF artikkel 9 nr. 1, hvor det fremgår at sikkerhetsstillelsene «berøres ikke af insolvensbehandling mod den sikkerhedsstillende deltager eller den sikkerhedsstillende medkontrahent for medlemsstaternes centralbanker eller den fremtidige europæiske centralbank», se Ot.prp. nr. 96 (1998-1999) s. 45-46.

¹²⁷ Tolkningen synes på den annen side ikke å gjøre finansikl. § 5 annet ledd til gjenstand for rettslig avgrensingsproblematikk; enten er en sikkerhetsstillelse avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, eller så er den ikke det.

¹²⁸ Se fotnote 30.

Dessuten står ikke kreditorfellesskapet på bar bakke dersom finansikl. § 5 annet ledd tolkes etter sin ordlyd. En sikkerhet som er stilt for eldre gjeld uten at det var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen, vil nemlig etter omstendighetene uansett kunne omstøtes etter den subjektive regelen i deknl. § 5-9. Det fremgår uttrykkelig av lovforarbeidene at finansikl. § 5 annet ledd ikke gjør unntak fra slik omstøtelse.¹²⁹ Et vern mot omstøtelse på subjektivt grunnlag er videre intet krav etter direktivet.¹³⁰ Etter hva jeg kan se, er det heller ikke i litteraturen hevdet at omstøtelse etter deknl. § 5-9 i prinsippet er utelukket.

Skog-Hauge legger imidlertid til grunn at finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-9 dersom *den eneste årsaken* til at sikkerheten er «utilbørlig», er at den er stilt for eldre gjeld.¹³¹ Synspunktet er at sikkerheten i så fall «omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt», jf. finansikl. § 5 annet ledd.¹³² Myhre synes å legge til grunn det samme, når han uttaler at «hvis man skal se bort fra at sikkerheten er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt, kan nok utilbørlighetskriteriet i deknl. § 5-9 utelukke omstøtelse på dette grunnlag».¹³³

Etter min vurdering er det ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen på denne måten. At en sikkerhet som er stilt for eldre gjeld er «utilbørlig», og derfor etter omstendighetene kan omstøtes etter deknl. § 5-9, innebærer ikke at sikkerheten i så fall «omstøtes alene på det grunnlag» (min kursivering), jf. finansikl. § 5 annet ledd. Det er nemlig ikke tilstrekkelig for omstøtelse etter deknl. § 5-9 at utilbørlighetsvilkåret er oppfylt. Bestemmelsen krever også at debtors økonomiske stilling var «svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen», at disposisjonen påførte kreditorfellesskapet tap, jf. ordlyden «til skade for dem», og at den begunstigede «kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Det har heller ingen støtte i de øvrige rettskildene å tolke finansikl. § 5 annet ledd som et unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-9 dersom den eneste årsaken til at sikkerheten er «utilbørlig» er at den er stilt for eldre gjeld; tvert imot.

¹²⁹ Se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 55.

¹³⁰ Se fortalen punkt 16 siste setning: «Dette [vernet i artikkel 8 nr. 3 punkt ii] er dog ikke til hinder for, at det i henhold til national lovgivning skal være muligt at anfægte [...] etableringen af finansiell sikkerhed [...], f.eks. når denne [...] er sket med det formål at stille andre kreditorer dårligere (dette dækker bl.a. søgsmål begrundet i svig eller tilsvarende omstødelsesregler, som måtte være gældende i en nærmere fastsat periode)».

¹³¹ Se Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt v.

¹³² Se Skog-Hauge (2005) punkt 5.4.2 underpunkt v.

¹³³ Myhre (2005) punkt 3.3.1. Det samme antydes i Lilleholt m.fl. (2005) s. 166: «Men så vidt eg kan sjå, har ein gjort eit heilt unntak frå regelen om omstøyting av pant for eldre gjeld – iallfall den objektive regelen og kanskje også den subjektive regelen» (mine kursiveringer).

Det kan videre nevnes at selv om vilkårene for omstøtelse etter dekl. § 5-9 ikke er oppfylt, vil en sikkerhetshaver som på uaktsomt og illojalt vis har blitt begunstiget på bekostning av kreditorfellesskapet uansett risikere erstatningsansvar etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Dessuten vil sikkerhetsstilleren, uavhengig av hvorvidt dekl. § 5-9 kommer til anvendelse, risikere straff etter straffeloven § 402.¹³⁴ Konkurskarantene kan etter omstendighetene også bli pålagt etter konkursloven § 143.¹³⁵

En innskrenkende tolkning av finansikl. § 5 annet ledd til å kun verne mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som er forhåndsavtalt, innebærer, i likhet med en innfortolkning av et verdiendringsvilkår, at bestemmelsen tolkes på tvers av ordlyden. Ettersom tolkningen vil bringe norsk rett i samsvar med rettsstilstanden i både dansk og svensk rett, og ikke synes problematisk ut fra verken omsetningshensynet, lovens formål eller hensynet til system og koherens, er imidlertid det rettskildemessige grunnlaget for denne tolkningen sterkere. Dessuten er det på dette punkt som nevnt ikke bare uklart, men lite sannsynlig at lovgiver hadde intensjon om å gå lenger enn direktivet.

På den annen side har ikke tolkningen støtte i *samlige* legislative hensyn. Finansikl. § 5 annet ledd vil være retts teknisk enklere å praktisere dersom enhver finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld omfattes, enn dersom omstøtelse etter dekl. § 5-7 beror på hvorvidt sikkerhetsstillelsen var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen (selv om et konkursbo riktignok vil komme bedre ut med en slik objektiv omstøtelsesregel enn ingen objektiv omstøtelsesregel overhodet). Det er dessuten begrenset hvilken praktisk betydning tolkningen vil ha når omstøtelse etter dekl. § 5-7 vil være enkelt å omgå, og dekl. § 5-9 uansett kan være aktuell.

Tolkningen har heller ingen klar forankring i lovforarbeidene. Og det er ikke helt usannsynlig at det var et bevisst valg fra lovgiver å gjøre et fullstendig unntak fra omstøtelse etter dekl. § 5-7, selv om direktivet ikke krever det. Synspunktet *kan* ha vært at ettersom finansiell sikkerhet ofte stilles på finansmarkedet i henhold til standardiserte rammeavtaler, vil det i praksis sjeldent forekomme at en sikkerhet som er stilt eldre gjeld ikke var avtalt senest samtidig med

¹³⁴ Etter straffeloven § 402 straffes med bot eller fengsel inntil 2 år «en skyldner som forsettlig eller grovt uaktsomt gir en fordringshaver oppgjør eller sikkerhet, når skyldneren er eller blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent og av den grunn forringer fordringshaveres dekningsutsikt i betydelig grad».

¹³⁵ Konkursloven § 143 er riktignok ikke primært vedtatt som en sanksjon mot illojale kreditorbegunstigelser eller boforringelser, men for «å stoppe såkalte 'konkursgjengangere', som etter å ha vært innblandet i en eller flere konkurser stifter nytt selskap og fortsetter som forretningsdrivende inntil også det nye selskap går overende, og hvor det er mistanke om mislige forhold i forbindelse med forretningsdriften», jf. Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 50.

gjeldspådragelsen, slik at et fullstendig unntak fra deknl. § 5-7 da er like greit. Omstøtelsesvernet blir jo i så fall retts teknisk enkelt å praktisere. Hvorvidt et slikt synspunkt gir uttrykk for en god løsning, kan det være delte rettspolitiske meninger om, særlig tatt i betraktning lovens brede virkeområde. Det kan på bakgrunn av lovens ordlyd, og lovforarbeidenes taushet, likevel ikke utelukkes at det er slik lovgiver har tenkt.

Etter min vurdering er det ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke finansikl. § 5 annet ledd innskrenkende til å kun verne mot omstøtelse av sikkerhetsstillelse som er forhåndsavtalt. Den sentrale betydningen av lovens ordlyd på dette rettsområdet må antakelig innebære at en innskrenkende tolkning i det minste ivaretar omtrent samtlige legislative hensyn, eller – hvis ikke – har en klar forankring i lovforarbeidene. Når det i tillegg tas i betraktning at illojale sikkerhetsstillelser etter omstendighetene uansett kan omstøtes etter deknl. § 5-9, og at også andre regler i fraværet av deknl. § 5-7 kan ivareta en viss reparerende og/eller preventiv funksjon, konklusjonen etter min vurdering nokså nærliggende.

5 Konklusjon og avsluttende refleksjoner

Konklusjonen på oppgavens problemstilling er at finansikl. § 5 annet ledd gjør unntak fra både omstøtelse av sikkerhet for eldre gjeld etter dekl. § 5-7 bokstav a og omstøtelse på grunn av forsinket rettsvern etter dekl. § 5-7 bokstav b (i den grad unntak fra bokstav b er nødvendig). Videre gjelder unntaket *enhver* finansiell sikkerhet som er stilt for eldre gjeld, uavhengig av hvorvidt sikkerhetsstillelsen var avtalt senest samtidig med gjeldspådragelsen eller stilt på grunn av verdiendringer i stilt sikkerhet eller den sikrede forpliktelsen.

Dersom det ikke var lovgivers intensjon å vedta et så omfattende unntak fra dekl. § 5-7, bør en lovendring åpenbart vurderes. Dette særlig tatt i betraktning lovens brede virkeområde.¹³⁶ En lovendring bør etter min vurdering også vurderes dersom det *var* lovgivers intensjon å vedta finansikl. § 5 annet ledd etter sin ordlyd, ettersom det i så fall er anledning til å rydde av veien den usikkerhet knyttet til rekkevidden av omstøtelsesvernet som ordlyden og lovforarbeidene gir grunnlag for; en usikkerhet som er egnet til – og kanskje også har – svekket lovens og direktivets formål om å styrke det finansielle markedet.

Dersom lovgiver finner grunn til å komme på banen, kan et lovendringsforslag etter inspirasjon fra svensk rett være å innføre en ordinærreservasjon i dekl. § 5-7.¹³⁷ Som Sæbø fremholder, er det i så fall «mulig at de nevnte bestemmelsene i særlovgivningen [den opphevede § 14-3 i verdipapirhandelloven, betalingssystemloven § 4-4 og finansikl. § 5 annet ledd] i alle fall delvis kan oppheves».¹³⁸ En innføring av en ordinærreservasjon kan også mer generelt ha gode grunner for seg. Som oppgaven har illustrert, nærmer dekl. § 5-7 seg grensen for hvor objektivt en omstøtelsesregel kan utformes uten at det griper for sterkt inn i omsetningslivet – kanskje gjør den det allerede.¹³⁹ En ordinærreservasjon vil dessuten gjøre dekl. § 5-7 tilpasningsdyktig mot fremtidig utvikling innen pantsettelse og annen sikkerhetsstillelse.

¹³⁶ Uttalelsen i Lilleholt (2005) s. 1 om at «stortingsnemnda – etter dokumenta å dømme – trudde det var tale om ei lov berre for større internasjonale transaksjonar», er i denne forbindelse nokså oppsiktsvekkende.

¹³⁷ Et slikt lovendringsforslag er i norsk rett først og fremst drøftet i Sæbø (2010) s. 306-308.

¹³⁸ Sæbø (2010) s. 307.

¹³⁹ Se i samme retning Sæbø (2010) s. 307: «Det er neppe slik at omsetningshensynet bare skulle tilsi begrensninger i adgangen til å omstøte betaling av gjeld, og ikke også sikkerhetsstillelse for egen gjeld.» I tillegg til eksemplene i den opphevede § 14-3 i verdipapirhandelloven, betalingssystemloven § 4-4 og finansikl. § 5 annet ledd, vises det på samme side til tilfellet der partene driver tradisjonell factoringvirksomhet.

Kilderegister

Litteratur¹⁴⁰

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utg., M.H. Andenæs 2009.
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus, *Grunnleggende juridisk metode: En introduksjon til rett og rettstenkning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2012.
- Brækhus (1969) Brækhus, Sjur, «Factoring: Sikringscessionen i et nytt perspektiv», i *Nordisk gjenklang: Festskrift til Carl Jacob Arnholm 18. desember 1969*, Knut S. Selmer (red.), Johan Grundt Tanum Forlag 1969, s. 331-357.
- Brækhus/Høgetveit Berg (2005) Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet*, 3. utg. ved Borgar Høgetveit Berg, Universitetsforlaget 2005.
- Falkanger (2019) Falkanger, Thor, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – et regelverk med viktige avvik fra tradisjonell norsk jus» *Tidsskrift for Forretningsjus* 02/2019, s. 208-285.
- Franklin (2012) Franklin, Christian, «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning» *Jussens Venner* 05/2012, s. 269-317.
- Johansen (1996) Johansen, Johnny, «Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse» *Lov og Rett* 1996, s. 233-243.
- Lau Hansen (2020) Lau Hansen, Jesper, *Kapitalmarkedsløven: Med kommentarer*, Djøf Forlag 2020.

¹⁴⁰ Henvisninger til litteratur gjøres i oppgaveteksten til punkter dersom litteraturen ikke har sidetall.

- Lilleholt m.fl. (2005) Lau Hansen, Jesper, Kåre Lilleholt og Göran Millqvist, «Collateraldirektivet og dets implementering i nordisk ret», i *Kreditretten i en EU/EØS-dimensjon*, Kai Krüger (red.), Rune Sæbø (red.), Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen 2005, s. 143-173 [Lilleholts kapittel s. 163-166.]
- Lilleholt (2005) Lilleholt, Kåre, «Europeisk kontraktsrett» *Lov og Rett* 01-02/2005, s. 1-2.
- Lilleholt (2006) Lilleholt, Kåre, «Finansiell trygdgjeving», i *Håkonarmål 2006*, Knut Høivik (red.), Tore Lunde (red.), Philip Truyen (red.) og Amund Tørum (red.), Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen 2006, s. 22-31.
- Lilleholt (2018) Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode*, 2. utg., Universitetsforlaget 2018.
- Marthinussen (2010) Marthinussen, Hans Fredrik, «Konkurs av Mads Henry Andenæs. Eget forlag. Tredje utgave Oslo 2009, 464 sider» *Lov og Rett* 2010, s. 439-442.
- Marthinussen (2019) Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene – Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2. utg., Cappelen Damm Akademisk 2019.
- Mellqvist/Welamson (2017) Mellqvist, Mikael og Lars Welamson, *Konkurs och annan insolvensrätt*, Wolters Kluwer Sverige 2017.
- Myhre (2005) Myhre, Reidar, «Nytt i konkurs- og pantelovgivningen fra 2005 – legalpant/finansiell sikkerhetsstillelse: Legalpant for boomkostninger, lov om finansiell sikkerhetsstillelse m v», publisert på konkurstrådet nettsider: <https://www.konkursradet.no/nytt-i-konkurs-og-pantelovgivningen-fra-2005-legalpantfinansiell->

- [sikkerhetsstillelse.5305096-307312.html](https://www.konkursradet.no/lov-om-finansiell-sikkerhetsstillelse.5305096-307312.html) (lastet ned 10. desember 2020).
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004.
- Rosén (2004) Rosén, Karl, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – en innføring» *Tidsskrift for forretningsjus* 02/2004, s. 159-185.
- Rosén (2011) Rosén, Karl, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse: Med kommentarer*, Gyldendal Akademisk 2011.
- Skaar (2013) Skaar, Martine Elisabeth, «Om omstøtelse av tilleggssikkerhet og rekkevidden av unntaket i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5», masteroppgave ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen 2013, publisert på BORAs nettsider (Bergen Open Research Archive):
<http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/11993/116160976.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (lastet ned 10. desember 2020).
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2018.
- Skog-Hauge (2005) Skog-Hauge, Kjersti, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – med særlig fokus på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld», masteroppgave ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo 2005, publisert på konkursrådets nettsider:
<https://www.konkursradet.no/lov-om-finansiell-sikkerhetsstillelse.5305110-307312.html> (lastet ned 10. desember 2020).

- Sæbø (2010) Sæbø, Rune, «Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser», i *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholt (red.), Gyldendal Akademisk 2010, s. 302-311.
- Tjaum (1996) Tjaum, Arne, *Valuta- og renteswaper – En rettslig studie*, Universitetsforlaget 1996.
- Wibe (2004) Wibe, Kjetil, «Nye rammebetingelser for bruk av innskudd og finansielle instrumenter som sikringsobjekt i den nye loven om finansiell sikkerhetsstillelse» *Tidsskrift for Forretningsjus* 02/2004, s. 147-158 [artikkelen er lest på idunns nettsider: https://www.idunn.no/tidsskrift_for_forretningsjus/2004/02/nye_rammebetingelser_for_bruk_av_innskudd_og_finansielle_in (lastet ned 10. desember 2020)].

Lover

Norske lover:

Lov 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling (opphevet) [Concursloven].

Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov 19. juni 1997 nr. 97 om verdipapirhandel (opphevet) [verdipapirhandelloven av 1997].

Lov 17. desember 1999 nr. 95 om betalingssystemer m.v [betalingssystemloven].

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven).

Lov 16. desember 2016 nr. 91 om endringer i lov om endringer i lov om EØS-finanstilsyn, lov om kredittvurderingsbyråer, lov om forvaltning av alternative investeringsfond og verdipapirhandelloven (oppfølging av EØS-finanstilsyn) [endringslov nr. 91/2016].

Lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv. (verdipapirsentralloven).

Danske lover:

Lov nr. 11 af 6. januar 2014 om konkurs [konkursloven].

Lov nr. 459 af 24. april 2017 om kapitalmarkeder [kapitalmarkedsloven].

Svenske lover:

Konkurslag (1987:672) 11. juni 1987 [konkurslagen].

Lovforarbeider¹⁴¹

Norske lovforarbeider:

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs.

Ot.prp. nr. 39 (1977-1978) Om pantelov.

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.

NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.

Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

¹⁴¹ Henvisninger til norske lovforarbeider gjøres i oppgaveteksten til sidetallet i lovforarbeidets versjon på lovdata (dersom dokumentet er publisert på lovdata).

Ot.prp. nr. 96 (1998-1999) Om lov om betalingssystemer m.v.

Utkast til lov om finansiell sikkerhetsstillelse, Om implementering av direktiv 2002/47/EF i norsk rett, Rapport fra arbeidsgruppe oppnevnt av Finansdepartementet 25. oktober 2002, avgitt 1. mars 2003 [arbeidsgruppens rapport].

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

Innst. O. nr. 48 (2003-2004) Innstilling fra finanskomiteen om lov om finansiell sikkerhetsstillelse.

Ot.prp. nr. 34 (2006-2007) Om lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) og lov om regulerte markeder (børsloven).

Prop. 166 L (2015-2016) Endringer i lov om EØS-finanstilsyn, lov om kredittvurderingsbyråer, lov om forvaltning av alternative investeringsfond og verdipapirhandelloven (oppfølging av EØS-finanstilsyn).

Danske lovforarbeider:

Lovforslag nr. L 155, Forslag til lov om kapitalmarkeder, 15. marts 2017.

Svenske lovforarbeider:

Prop. 2001/02:57, Återvinning av säkerhet i konkurs.

DS 2003:38, Finansiella säkerheter.

Rettspraksis¹⁴²

Norges Høyesterett:

Rt. 1878 s. 193.

Rt. 1997 s. 285.

Rt. 2000 s. 1811.

¹⁴² Henvisninger til rettspraksis gjøres i oppgaveteksten til avsnitt, og til sidetall dersom avgjørelsen ikke er inndelt i avsnitt.

Rt. 2005 s. 394.

Rt. 2009 s. 441.

Rt. 2009 s. 546.

HR-2017-370-A.

EFTA-domstolen:

Sak E-9/07 og E-10/07, L'Oréal Norge AS mot Aarskog Per AS med flere og Smart Club Norge.

EU-direktiver og -forordninger og traktater

Europaparlamentets og Rådets direktiv 98/26/EF av 19. mai 1998 om endelig oppgjør i betalingssystem og oppgjørssystem for verdipapir.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2002/47/EF av 6. juni 2002 om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.

Europaparlamentets og Rådets forordning nr. 648/2012/EU av 4. juli 2012 om OTC-derivater, sentrale motparter og transaksjonsregistre.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1. januar 1994 [EØS-avtalen].