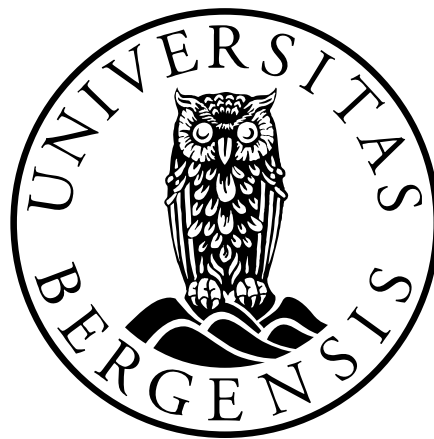


Panthavers stilling når pantsetter er under rekonstruksjon

Kandidatnummer: 157

Antall ord: 14 865



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

1	Introduksjon	3
1.1	Oppgavens problemstilling og struktur	3
1.2	Hvorfor trenger vi regler om rekonstruksjon? Formål og historikk	4
1.3	Avgrensninger	6
1.4	Rettskildebildet.....	7
2	Utgangspunkter om panthavers dekningsrett	9
3	Begrensningene etter rekonstruksjonsloven § 18.....	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	Forbud mot å gjennomføre tvangsdekning i skyldnerens eiendeler	10
3.2.1	Rekonstruktøren kan gi samtykke til å gjennomføre tvangsdekning	12
3.2.2	Realisasjon utenfor tvangsfullbyrdelseslovens regler	13
3.2.3	Tvangsinndrivelse av enkle pengekrav	13
3.2.4	Forhåndsavtale om realisasjon av verdipapirer	15
3.2.5	Forhåndsavtale i medhold av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 7	16
3.2.6	Pant i immaterielle rettigheter	17
3.3	Eiendeler som er skaffet etter at rekonstruksjonsforhandling er åpnet, faller utenfor eksisterende panteretter	18
3.3.1	I hvilke tilfeller vil rekonstruktøren gi samtykke til at eiendeler ervervet etter åpningstidspunktet, skal omfattes av pantet?	19
3.4	Skyldnerens adgang til å avhende pantsatt driftstilbehør og varelager	20
4	Lån sikret med pant foran eksisterende panthavere	25
4.1	Innledning.....	25
4.2	Debitors tilgang på finansiering før rekonstruksjonsloven.....	25
4.3	Rekonstruksjonsloven § 19: Finansiering med "superprioritet" foran eksisterende panthavere	26

4.3.1	Rekonstruksjonsutvalgets vurdering av om samtykke til lån etter § 19 skal gis	27
4.3.2	Omgjøring av samtykke til låneopptak etter § 19 – vilkåret "vesentlig forringet"	30
4.3.3	Legalpanterettens betydning	31
5	Bortfall av panteheftelser etter § 36	33
6	Rettspolitisk vurdering	36
6.1	Innledning – de legislative hensyn som gjør seg gjeldende	36
6.2	Innebærer begrensningene i § 18 en for stor svekkelse av panthavers dekningsadgang?	37
6.3	Pantsettelse med superprioritet etter § 19	39
6.3.1	Bør det kunne gis superprioritetspant i flere typer formuesgoder?	40
6.4	Bindende verdsettelse med utslettende virkning for panteheftelsen	42
6.5	Burde pantesikret gjeld omfattes av rekonstruksjon med tvangsakkord?	45
	Kilderegister	48

1 Introduksjon

1.1 Oppgavens problemstilling og struktur

Tema for avhandlingen er panthavers stilling når pantsetter er under rekonstruksjon etter rekonstruksjonsloven.

I begynnelsen av utbruddet av covid-19, innførte regjeringen en rekke tiltak for å avbøte den økonomiske innvirkningen som nedstengningen av samfunnet kunne få for norske bedrifter og norsk økonomi. Ett av tiltakene var å vedta nye, mer fleksible gjeldsforhandlingsregler. Resultatet ble *Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19* (heretter rekonstruksjonsloven eller rkl.). Loven trådte i kraft våren 2020. Loven erstatter konkurslovens del 1 om gjeldsforhandlinger frem til den løper ut i 2022, men det arbeides med å utarbeide nye, permanente regler som skal bygge på den midlertidige loven.¹

En rekonstruksjonsforhandling er en forhandling med skyldnerens kreditorer, hvor siktemålet er å gi skyldneren mulighet til å løse sine økonomiske problemer istedenfor å slås konkurs. Det oppstår dermed interessestrid mellom hensynet til skyldnerens virksomhet, hensynet til skyldnerens usikrede kreditorer og hensynet til panthaverne. Særlig skyldnerens behov for likviditet under og etter en rekonstruksjon står i et spenningsforhold med panthavers ønske om å oppnå dekning for kravet sitt. Pantekreditorer har tradisjonelt hatt en særlig vernet posisjon i norsk rett, men har de siste årene i større grad måttet stå tilbake for bredere samfunnshensyn.

I punkt 1.2 vil jeg gå nærmere inn på formål, hensyn og historikken bak rekonstruksjonsinstituttet. Dette vil legge et bakteppe for både løsningen av oppgavens spørsmål *de lege lata*, samt for den rettspolitiske drøftelsen. I kapittel 2 vil jeg gi en kort oversikt over de panterettslige utgangspunktene om panthavers dekningsrett. I kapittel 3, 4 og 5 gjøres det rede for det materielle innholdet i panthavers stilling og den historiske utviklingen av reglene som griper inn i denne.² I kapittel 6 vil jeg foreta en rettspolitisk

¹ Se Prop. 242 L (2020-2021), hvor det foreslås å forlenge rekonstruksjonsloven til 1. juli 2023 mens arbeidet med ny, permanent lovgivning pågår.

² Henholdsvis rekonstruksjonsloven §§ 18, 19 og 36.

drøftelse av hvorvidt reglene reflekterer en hensiktsmessig interesseavveining av panthavers og skyldnerens interesser. Jeg har valgt å drøfte reglene rettspolitisk i et eget kapittel fordi man da har fått en bedre oversikt over den samlede belastningen på panthaver.

1.2 Hvorfor trenger vi regler om rekonstruksjon? Formål og historikk

Inngangsvilkåret for at en skyldner skal kunne fremsette begjæring om rekonstruksjonsforhandlinger, er at skyldneren "har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer", jf. rkl. § 2.³ Det er mange mulige årsaker til at et selskap kan komme i en slik tilstand. Noen selskaper er mer eksponert for systematiske faktorer som prisendringer og konjunktursvingninger enn andre, eksempelvis olje- og offshorenæringen. I tillegg er det knyttet risiko til ulike *force-majeure*-liknende omstendigheter.

Noen virksomheter er ikke bærekraftige, og bør avvikles gjennom konkurs slik at ressursene kan benyttes i andre, mer lønnsomme virksomheter. Andre virksomheter har derimot, i alle fall delvis, en grunnleggende god forretningsmodell, men står overfor midlertidige økonomiske problemer som kan og bør løses. Det er et rådende synspunkt at en fornuftig reorganisering i større grad vil bevare verdier, selskapsintern kunnskap og arbeidsplasser enn det vil være mulig å oppnå ved konkurs.⁴ Forutsetningen for oppgaven er at selskapet under rekonstruksjon er vurdert til å ha livets rett.

Hvis en virksomhet med økonomiske problemer går inn i forhandlinger om rekonstruksjon, skjer dette normalt utenfor de norske domstolene.⁵ Det vanligste er å forhandle med kreditorene utenrettslig, og mange selskaper benytter andre jurisdiksjoner som har mer fleksible regler enn norsk rett.⁶ Avtalefriheten gir fleksibilitet, men skaper også usikkerhet siden enkeltkreditorer kan sette foten ned og hindre rekonstruksjonen. Det har derfor vært et

³ Vilkåret er videre enn etter konkursloven § 1 a, hvor det kun var en skyldner som var *illikvid* som kunne begjære åpnede gjeldsforhandlinger. Etter rekonstruksjonsloven har også kreditorer adgang til å begjære åpnede rekonstruksjonsforhandling hos skyldneren, men da på vilkår om at skyldneren er illikvid, se rkl. § 2 første ledd andre punktum.

⁴ Prop. 75 L (2019-2020) s. 1.

⁵ Dersom skyldneren er et aksjeselskap, stiller aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-4 krav om forsvarlig egenkapital og likviditet, som kan utløse en plikt til å gjennomføre tiltak etter § 3-5. Slike tiltak kan være kapitalforhøyelse, utfisjoner eller omlegging av den tapsbringende virksomhet eller liknende. Hvis selskapet har mye gjeld, er det behov for å forhandle med kreditorene. Utenrettslige restruktureringer kan være alt fra små endringer i lånevilkår til mer omfattende operasjonelle og finansielle rekonstruksjoner.

⁶ Dette krever at selskapet har en viss tilknytning til jurisdiksjonen, og er derfor bare aktuelt for enkelte bedrifter.

uttalt mål fra lovgiver at det skal eksistere et rettslig alternativ til de utenrettslige forhandlingene.⁷

Før rekonstruksjonsloven trådte i kraft, kunne en illikvid skyldner begjære åpnet gjeldsforhandlinger etter reglene i konkursloven del 1.⁸ Gjeldsforhandlingsinstituttet slik vi kjenner det i dag ble innført i norsk rett ved konkursloven 1984, men har røtter helt tilbake til akkordloven fra 1899.⁹ Da konkursloven ble vedtatt var det et siktemål at loven skulle gi et fullgodt rettslig alternativ til utenrettslige gjeldsforhandlinger og konkurs. Det skjedde imidlertid ingen økning i bruken av gjeldsforhandlingsinstituttet. Næringslivet kritiserte imidlertid reglene for å være for formalistiske, rigide og kostnadskrevende.¹⁰

Det ble nedsatt et utvalg for etterkontroll av konkurslovgivningen i 1990, hvor en sentral del av mandatet var å foreslå regler som gjorde gjeldsforhandlingsreglene mer effektive og praktikable.¹¹ Utvalget fremhevet at pantaverens sterke stilling i gjeldsforhandlinger "kan gjøre en gjeldsforhandling både vanskelig og nærmest formålsløs".¹² I praksis var det ofte en utfordring at skyldnerens eiendeler var overbeheftede, slik at det ikke var midler igjen til å dekke utgifter knyttet til gjeldsforhandlingene. I tillegg mente utvalget at pantavernes rett til å gjennomføre tvangssalg av eiendeler under gjeldsforhandlingene, samt skyldnerens (manglende) adgang til å avhende pantsatte eiendeler, gjorde det "unødvendig vanskelig" å finne frem til løsninger som kunne føre til en vellykket forhandling.¹³

Utvalget foreslo flere innskrenkninger i både pantsettelsesadgangen forut for insolvensbehandling, og i pantavers stilling under gjeldsforhandlinger og konkurs.¹⁴ De mest vidtrekkende forslagene ble ikke fulgt opp. Det ble likevel innført noen endringer som svekket pantavers stilling under gjeldsforhandlinger og konkurs. Relevant for denne oppgaven er endringene i gjeldsforhandlingsreglene: Forbudet mot å gjennomføre tvangsdekning ble utvidet (kkl. § 17 andre ledd), skyldneren fikk adgang til å råde over pantsatt varelager og driftstilbehør under gjeldsforhandlingene (kkl. § 17 tredje og fjerde

⁷ Forholdet til de utenrettslige gjeldsforhandlingene ble blant annet diskutert i NOU 1993:16 på s. 25 flg.

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

⁹ Lov 6. mai 1899 nr. 1 om akkordforhandling (opphevet).

¹⁰ Løvold (2015) s. 30.

¹¹ NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen mv. (Falkanger-utvalget).

¹² NOU 1993:16 s. 16.

¹³ NOU 1993:16 s. 20.

¹⁴ Det ble blant annet foreslått å oppheve adgangen til å avtale factoring- og varelagerpant.

ledd), og det ble vedtatt at panteheftelser som oversteg pantets antatte verdi skulle falle bort ved tvangsakkord (kkl. § 31).

Lovendringen fikk liten innvirkning på bruken av gjeldsforhandlingsinstituttet, og kritikken mot reglene har forblitt. I perioden 2010-2020 ble det kun åpnet 19 gjeldsforhandlinger, mens det i snitt ble åpnet rundt 5000 konkurser årlig.¹⁵ Rekonstruksjonsloven er et nytt forsøk på å effektivisere regelverket. Repertoaret av virkemidler er utvidet og de prosessuelle reglene er endret. En tvangsakkord kan nå, i tillegg til betalingsutsettelse og akkord, gå ut på konvertering av gjeld til egenkapital, overdragelse av hele eller deler av virksomheten til ny eier og overdragelse og avvikling av virksomheten.¹⁶ Videre er kravet om minimumsdividende og likebehandling av kreditorene fjernet, og det er tilstrekkelig med simpelt flertall for å vedta en rekonstruksjonsplan med tvangsakkord.¹⁷ Det er ikke gjort omfattende endringer i reglene som berører pantavers stilling, men de nevnte bestemmelsene som ble endret ved konkurslovrevisjonen er i stor grad videreført – og dekningsforbudet har eksempelvis blitt utvidet. Den mest ytterliggående endringen er at loven åpner for «superprioritetspantsettelse» på bekostning av de eksisterende pantaverne.¹⁸

1.3 Avgrensninger

Avhandlingen behandler reglene i rekonstruksjonsloven, og avgrensner mot problemstillinger som kan oppstå i etterfølgende konkurser. Det er vedtatt en forskrift til rekonstruksjonsloven som inneholder forenklete regler for små og mellomstore bedrifter.¹⁹ En redegjørelse for begge regelsettene ville blitt veldig omfattende, slik at avhandlingens utgangspunkt er aksje- og allmennaksjeselskaper som ikke omfattes av forskriften. Dette innebærer at også rekonstruksjoner for fysiske personer og andre selskapsformer faller utenfor.

Oppgaven omhandler panteretter stiftet ved avtale, dermed vil utleggspant og lovbestemt pant faller utenfor med mindre noe annet fremgår av teksten.

¹⁵ Statistikk fra konkursregisteret. Søkriterier: Kunngjøring om gjeldsforhandlinger i perioden 01.01.2010-01.01.2020.

¹⁶ Jf. rkl. § 34 (1) nr. 1-6.

¹⁷ Se rkl. § 42 om stemmekrav.

¹⁸ Jf. rkl. § 19. Jeg skriver om – og definerer – «superprioritetspant» i [kapittel 4](#).

¹⁹ Forskrift 19. juni 2020 nr. 1247 om forenklet rekonstruksjonsforhandling for små foretak.

De konkursrettslige reglene om omstøtelse kommer til anvendelse når det åpnes tvangsakkord, jf. dekningsloven § 5-1.²⁰ Omstøtelseskravet kan gjøres gjeldende av rekonstruksjonsutvalget, jf. rkl. § 38. Oppgaven forutsetter at panteretten er uomstøtelig.

For at en panterett skal kunne stå seg mot tredjeparter, må det etableres rettsvern for panteretten. Rettsvern skaffes på ulike måter for ulike panteretter, og vil ikke behandles i denne avhandlingen.²¹ Det forutsettes at panthaver har oppnådd rettsvern for panteretten sin, og at den er gyldig.

Rekonstruksjonsloven gir regler om både frivillig gjeldsordning og tvangsakkord. Dersom samtlige kreditorer blir enige om en frivillig rekonstruksjon, vil problemstillingene denne oppgaven tar for seg sjelden komme på spissen. Avhandlingen tar følgelig for seg forløpet fra åpning av rekonstruksjonsforhandlinger til vedtakelse av tvangsakkord, som kan besluttet av et flertall av kreditorene med stemmerett.²²

Øvrige avgrensninger vil foretas underveis i oppgaven.

1.4 Rettskildebildet

Panthavers stilling under rekonstruksjon er hovedsakelig regulert i rekonstruksjonsloven. Løsningen på oppgavens problemstilling beror derfor på lovtolkning etter alminnelig juridisk metode.

Lovens forarbeider er Innst. 244 L (2019-2020) og Prop. 75 L (2019-2020). Disse forarbeidene er basert på enkeltmannsutredningen *Rekonstruksjon i turbulente tider – dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer* av Leif Villars-Dahl fra 2016 (heretter *utredningen*). Både utredningen fra 2016 og proposisjonen til rekonstruksjonsloven vil være viktige rettskilder ved klarleggingen av innholdet i lovbestemmelsene.

Lovens innhold bygger i stor grad på konkurslovens regler om gjeldsforhandlinger. Hvor reglene i rekonstruksjonsloven og konkursloven sammenfaller, vil forarbeider og praksis

²⁰ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

²¹ Se eksempelvis panteloven § 4-5 (1), hvor det fremgår at pantsetting av enkle pengekrav får rettsvern ved at skyldneren "får melding om pantsettelsen".

²² Jf. rekonstruksjonsloven § 42.

knyttet til konkursloven være retningsgivende. De viktigste forarbeidene til konkursloven er NOU 1972:20, NOU 1993:16 og Ot. prp. nr. 26 (1998-1999).

Flere av reglene som skal gjennomgås inneholder skjønnspregede vilkår. Hvor verken lovtekst, forarbeider eller rettspraksis gir tilstrekkelig veiledning, vil de legislative hensyn som gjør seg gjeldende på området være av betydning ved tolkningen av de enkelte regler. Høyesterett har uttalt at det er "atskillig plass for å legge vekt på reelle hensyn" ved drøftelsen av panterettslige spørsmål hvor rettskildebildet ellers ikke gir et entydig svar.²³

Det finnes så vidt meg bekjent ingen rettspraksis fra Høyesterett som er relevant for de spørsmålene som drøftes i oppgaven. En naturlig forklaring på dette kan være at gjeldsforhandlingsinstituttet har vært lite brukt.

EU vedtok 20. juni 2019 direktiv 2019/1023 om forebyggende restruktureringsrammeverk. Det er ikke offentlig kjent om det er avgjort om direktivet skal gjøres til en del av EØS-avtalen. Direktivet vil uansett få indirekte betydning for norske bedrifters konkurranseevne, og vil være til inspirasjon ved den rettspolitiske vurderingen i kapittel 6.

²³ Rt-1995-1181 på s. 1187.

2 Utgangspunkter om panthavers dekningsrett

Panterett er i panteloven § 1-1 definert som en "særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere bestemte formuesgoder (pantet)". Under normale omstendigheter kan panthaver ved forfall kreve at pantekravet blir innfridd, og om nødvendig begjære tvangssalg av pantet.²⁴

Denne særretten til dekning gjør at pantekreditor med rettsvern for panteretten i utgangspunktet er uberørt av konkurs og rekonstruksjon i det omfang pantet gir dekning for kravet.²⁵ Dette følger eksplisitt av rekonstruksjonsloven § 54, hvor det fremgår at en rekonstruksjon med tvangsakkord er bindende for "alle fordringshavere med fordringer som skriver seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandling", med unntak av "fordringer som er sikret ved panterett [...] i skyldnerens eiendeler, i den utstrekning fordringen faller innenfor pantets antatte verdi".²⁶ Pantesikrede fordringer skal dermed fortsatt betjenes med renter og avdrag under rekonstruksjonen, og betales fullt ut ved forfall.

At pantsetter blir satt under rekonstruksjon er en sterk varselampe på sviktende økonomi, og kan medføre at panthaver ønsker å realisere pantet for å sikre egne interesser. Åpning av rekonstruksjon gir derfor panthaver rett til å bringe kravet mot pantsetteren til førtidig forfall, jf. panteloven § 1-9 første ledd bokstav c, jf. rkl. § 62. På dette stadiet er det heller ikke uvanlig at kravet allerede er misligholdt, noe som kan øke panthavers motivasjon for å komme seg ut av engasjementet.

Det er som nevnt innledningsvis ikke bare panthaver som har interesser på spill når det åpnes rekonstruksjonsforhandlinger hos skyldneren. I de neste kapitlene vil vi se at frasen om at panthaver er uberørt av konkurs og gjeldsforhandling så langt pantet rekker, kanskje ikke har så stor rekkevidde som ordlyden skal ha det til.

²⁴ Tvangsfullbyrdelsesloven § 4-4.

²⁵ Jf. forutsetningsvis dekningsloven § 8-14.

²⁶ Jf. § 54 første ledd nr. 2.

3 Begrensningene etter rekonstruksjonsloven § 18

3.1 Innledning

Rekonstruksjonsloven § 18 gir regler om rekonstruksjonens umiddelbare virkning for kreditorenes og debitors rådighet over debitors eiendeler. Bestemmelsen viderefører med noen få endringer konkursloven § 17. Siktemålet med bestemmelsen er å styrke skyldnerens likviditet og økonomiske handlefrihet under rekonstruksjonen. Dette kapittelet gir en drøftelse av hvilken betydning reglene i § 18 har for pantthaver, og hvordan de skiller seg fra tidligere lovgivning.

3.2 Forbud mot å gjennomføre tvangsdekning i skyldnerens eiendeler

Pantthavers normale adgang til å gjennomføre tvangsdekning i skyldnerens eiendeler, blir modifisert under en rekonstruksjon. Det følger av rkl. § 18 andre ledd at "[e]tter at rekonstruksjonsforhandling er åpnet og frem til den er avsluttet [...], kan tvangsdekning i skyldnerens eiendeler etter tvangsfullbyrdsloven kapittel 8 til 12 ikke gjennomføres uten rekonstruktørens samtykke."

Pantthaver får med andre ord ikke gjennomføre tvangsdekning så lenge det foregår rekonstruksjonsforhandlinger, med mindre rekonstruktøren samtykker til dette.

Hovedbegrunnelsen for dekningsforbudet i pantsatte eiendeler er å sørge for at skyldnerens driftsavhengige eiendeler holdes i virksomheten – realisasjon av formuesgoder som er nødvendige for driften vil kunne umuliggjøre gjennomføringen av en rekonstruksjon.²⁷

Argumentet gjør seg gjeldende både der driften holdes gående under forhandlingene, og der virksomheten skal selges.²⁸

²⁷ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 72.

²⁸ Verdien av et "going concern" med alle nødvendige eiendeler på plass vil være langt høyere enn en virksomhet som mangler elementært utstyr og liknende.

Det er kun selve *gjennomføringen* av tvangsdekningen som krever samtykke fra rekonstruktøren, slik at panthaver kan fremsette begjæring om tvangsdekning.²⁹ I så fall vil dekningen gjennomføres etter at rekonstruksjonen er avsluttet. Dette var også gjeldende rett etter konkursloven § 17.

Dekningsforbudet ble første gang innført ved konkursloven i 1984. Da omfattet forbudet kun "faste eiendommer og tinglyst bruksrett til fast eiendom" og "driftsløsøre", og var begrenset til å gjelde de første seks månedene etter åpning av gjeldsforhandlingene.³⁰ Grunnen til at forbudet var begrenset til visse formuesgoder var at det kunne gå sterkt ut over panthaver dersom han mistet muligheten til å søke dekning i gjenstander som er utsatt for sterke prissvingninger, slik som skip og luftfartøyer.³¹

For å legge til rette at flere gjeldsforhandlinger skulle lykkes, ble forbudet i 1999 utvidet til å omfatte samtlige pantsatte aktiva. Ved rekonstruksjonsloven er forbudet ytterligere utvidet til å gjelde under hele rekonstruksjonen. Begrunnelsen for å utvide suspensjonstiden er at skyldneren og rekonstruksjonsutvalgets behov for områdningsstid gjør seg gjeldende under hele rekonstruksjonsprosessen – også i de få tilfellene rekonstruksjonen varer lenger enn seks måneder.³² Noen prosesser er mer komplekse og tidkrevende enn andre, og det blir ikke mindre kritisk for skyldneren å gi tapt nødvendige eiendeler etter at seks måneder har gått.

Ved en nærmere undersøkelse av § 18 andre ledd ser en at begrensningen ikke er så vidtrekkende som ved første øyekast. For det første, kan rekonstruktøren gi samtykke til gjennomføring av tvangsdekning. Hva som skal til for at rekonstruktøren skal gi samtykke, gjøres rede for i punkt 3.2.1. For det andre, er det kun tvangsdekning som skjer etter reglene i tvangsl. kapittel 8-12 som begrenses av § 18 andre ledd. I punkt 3.2.2 til 3.2.6 vil jeg gå gjennom tilfeller som faller utenfor tvangsfullbyrdslovens regler, og som derfor tillater at pantekreditorer kan realisere pantet på tross av dekningsforbudet.

²⁹ Vilkårene for tvangskraft følger av tvangsfullbyrdsloven kapittel 4.

³⁰ Jf. kkl. § 17 andre ledd, som hadde følgende ordlyd: "*I de første seks månedene etter at gjeldsforhandling er åpnet, kan tvangsdekning i skyldnerens eiendeler etter tvangsfullbyrdsloven kapittel 8 til 12 ikke gjennomføres uten gjeldsnemndas samtykke*".

³¹ NOU 1972:20 s. 75 og Ot. prp. nr. 50 (1980-1981) s. 73.

³² Prop. 75 L (2019-2020) s. 55.

3.2.1 Rekonstruktøren kan gi samtykke til å gjennomføre tvangsdekning

Problemstillingen er hva som inngår i rekonstruktørens vurdering av om samtykke til tvangsdekning skal gis.

Lovteksten oppstiller ingen vilkår for samtykket. Den generelle formuleringen legger opp til en helhetsvurdering av panthaver og skyldnerens interesser. Denne forståelsen har støtte i forarbeidene til kkl. § 17, hvor det presiseres at gjeldsnemnda "ikke automatisk skal nekte gjennomføringen av tvangsdekning", men at det må gjøres en "konkret avveining mellom boets og panthavernes interesser".³³

Hvilken betydning den aktuelle eiendelen har for virksomheten trekkes frem som et moment som må tillegges "stor vekt" ved vurderingen. Det er nettopp skyldnerens behov for driftskritiske eiendeler som begrunner begrensningen i panthavers dekningsadgang. Debitor vil eksempelvis ha større bruk for produksjonslokalene sine enn kontorets kunstsamling. Tvangsdekning av førstnevnte vil som nevnt i punkt 3.2 kunne vanskeliggjøre gjennomføringen av rekonstruksjonen, slik at dekningsaksjoner bør begrenses til formuesgoder som skyldneren ikke har behov for.

Spørsmålet videre blir om rekonstruktøren motsetningsvis skal gi samtykke til gjennomføring av tvangsdekning dersom skyldneren ikke har behov for eiendelen.

I forarbeidene uttales det at panthaver normalt vil få samtykke til tvangsdekning dersom det er "reelt behov" for det, såfremt det ikke "vil skade en rekonstruksjonsløsning".³⁴ Ettersom panthaver under normale omstendigheter ikke må påvise noe ytterligere behov enn forfall i seg selv, er det vanskelig å utlede hva lovgiver mener kan være gode nok grunner til å si at panthaver har et "reelt behov" for å søke dekning under en rekonstruksjon, utover de grunner panthaver normalt har for å ta seg dekket.

Rekonstruktøren er etter § 18 femte ledd pliktig til å utarbeide en plan for ivaretagelsen av panthavers interesser.³⁵ Videre kan retten overprøve vedtak som er "åpenbart urimelig". jf. rkl. § 11 første ledd nr. 3. Disse mekanismene viser at lovgiver forutsetter at rekonstruktøren skal foreta en saklig avveining av de ulike interessene. Å nekte tvangsdekning i tilfeller hvor

³³ Ot.prp.nr. 26 (1998-1999) s. 211.

³⁴ Prop. 75 L (2019-2020) s. 55.

³⁵ Jeg går nærmere inn på planen i 3.4.

skyldneren ikke har behov for eiendelen, vil i realiteten bære preg av en forfordeling. Av hensyn til panthaver må rekonstruktøren i disse tilfellene gi samtykke til tvangsdekning.

3.2.2 Realisasjon utenfor tvangsfullbyrdelseslovens regler

Forbudet omfatter som nevnt bare tvangsdekning som gjennomføres etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 8 til 12.³⁶ Alle former for tvangsfullbyrdelse skal som hovedregel skje etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven – tvangsl. § 1-3 andre ledd oppstiller et uttrykkelig forbud mot forhåndsavtaler om at tvangsdekning skal skje på andre måter enn gjennom namsmyndighetene.

Det er flere årsaker til forbudet mot forhåndsavtaler om tvangsdekning.³⁷ Den viktigste er å ivareta rettssikkerhetshensyn ved å beskytte debitor mot urettmessige dekningsaksjoner fra panthavers side.³⁸ Videre er det nødvendig å ha mekanismer som kontrollerer at vilkårene for å gjennomføre tvangsdekning er oppfylt, og å beskytte debitor mot å akseptere ugunstige avtalevilkår som det er vanskelig å forutse konsekvensene av.³⁹ Disse hensyn ivaretas ved at tvangsinndrivelse etter tvangsfullbyrdelsesloven involverer myndighetene. Partene har frihet til å avtale alternativ tvangsfullbyrdelse etter at forfall er inntrådt.

I noen tilfeller erkjenner lovgiver at det av effektivitetshensyn kan være mer hensiktsmessig å benytte alternative fremgangsmåter. Lovgivningen gjør derfor unntak for visse typer formuesgoder. Noen av unntakene er nedfelt i tvangsl. § 1-3 andre ledd, og det er disse jeg vil konsentrere meg om i det følgende. Når forutsetningene for disse unntakene er oppfylt, gjelder ikke dekningsforbudet.

3.2.3 Tvangsinndrivelse av enkle pengekrav

Pengekrav som formuesgode og pantobjekt skiller seg fra fast eiendom og løsøre; et pengekrav er ikke et fysisk objekt som debitor trenger å beholde rådigheten over, men et krav på betaling som er ment å oppfylles. Dersom pantsetters virksomhet hovedsakelig går ut på

³⁶ Denne forståelsen har støtte i Ot. prp. nr. 26 (1998-1999) s. 209.

³⁷ Se Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 74 som drøfter hvorvidt det skulle innføres et forbud mot forhåndsavtaler. Før dette tidspunkt var det usikkert hva som var gjeldende rett.

³⁸ Se Brækhus (2005) s. 391 flg.

³⁹ Dette poenget er blant annet trukket frem i Falkanger (1982) s. 213-215.

fraktføring, vil det ha lite å si for den daglige driften om panthaver får rådigheten over pengekrav som oppstod før rekonstruksjonen.

Hovedregelen for pant i enkle pengekrav er at når "ikke annet følger av det som er avtalt, har panthaveren samme rett i forhold til skyldneren og samme rett til å disponere rettslig over pantsatt enkelt krav som pantsetteren selv hadde." Det samme gjelder ved samlet pantsettelse (factoringpant), jf. § 4-10 tredje ledd som gir § 4-6 tilsvarende anvendelse.⁴⁰

Tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3 henviser til panteloven § 4-6, og klargjør dermed at § 1-3 første ledd ikke er ment å begrense panthavers rett til å ta seg dekket i det pantsatte pengekravet etter panterettslige regler.

At panthaveren gis "samme rett i forhold til skyldneren" over kravet som pantsetteren hadde, innebærer at panthaveren trer inn som ny kreditor for det pantsatte kravet ved inngåelsen av avtalen. Panthaveren får "samme rettsstilling som om han hadde fått overført selve kravet til eie".⁴¹ Dette innebærer at panthaver oppnår dekning gjennom å motta frivillig oppgjør eller gjennom inndrivelse av pengekravet mot kravets skyldner.

Formuleringen "når ikke annet følger av det som er avtalt" viser at bestemmelsen ikke er til hinder for at partene inngår avtale som avviker fra hovedregelen. Det kan eksempelvis avtales at pantsetter skal beholde rådigheten over pengekravet inntil panthaver tiltrer pantet. Ved avtale om factoringpant etter panteloven § 4-10 er det vanlig å avtale at panthaver først får rådighet over de pantsatte kravene ved mislighold. Det er i dag uomtvistet at panthaver i disse tilfellene ikke behøver å involvere namsmyndighetene for å realisere, men kan tiltre pantet gjennom å gi melding til pantsetteren om at panthaveren overtar kreditorbeføyelsene.⁴² Når meldingen er kommet frem til pantsetteren, har ikke pantsetteren rett til å motta betaling for kravene. Det er ikke krav om at debitor cessus må få melding.

Kreditorer med pant i enkle pengekrav kan dermed ta seg dekket i pantsatte enkle pengekrav som oppstod før rekonstruksjonen, på tross av dekningsforbudet i rekonstruksjonsloven § 18. Panteloven § 4-6 gir en praktisk løsning av rådighets- og dekningsmåten ved pant i enkle pengekrav. På sikringsstadiet er det hensiktsmessig å ikke måtte sondre mellom pantsettelser, sikringscesjon og vanlig cesjon. På dekningsstadiet sparer skyldneren ressurser på at det skjer

⁴⁰ Se også Rt-2002-1136.

⁴¹ Ot.prp. nr. 39 1977-1978 s. 130.

⁴² Se motsetningsvis Brækhus (2005) s. 456-457.

et samtidig oppgjør av to gjeldsforhold, samtidig som debitor cessus vet at han trygt kan betale til panthaveren med befriende virkning. Realisasjon av fordringen er ikke et inngrep i skyldnerens drift, slik som tilfellet kan være ved pant i fast eiendom og løsøre. Det ville videre vært svært upraktisk om pantsetteren skulle få tilbake rådigheten over et krav som i praksis er overdratt til en ny kreditor.⁴³

3.2.4 Forhåndsavtale om realisasjon av verdipapirer

Det følger av tvangsl. § 1-3 tredje ledd at det for "verdipapirer som er notert på regulert marked og fondsaktiver" kan inngås "forhåndsavtale om salg gjennom uavhengig megler".

"Verdipapirer" er i § 1-8 definert som "omsetningsgjeldsbrev og dermed likestilte dokumenter, samt omsetningspapirer som representerer en andelsrett i et selskap". Disse må videre være "notert på regulert marked". Begrepet "fondsaktiver" er i verdipapirhandelloven § 2-2 erstattet med begrepet "finansielle instrumenter". Det faller utenfor oppgavens rekkevidde å foreta en detaljert redegjørelse for innholdet i begrepet. Sentrale eksempler er selskapsrettigheter som børsnoterte aksjer og tegningsrettigheter, obligasjoner og liknende.

Før vedtakelsen av tvangsløven var det vanlig at bankene inntok en klausul om at de (selv eller via megler) kunne selge verdipapirer sikret med håndpant ved mislighold. Departementet ønsket at det fortsatt skulle være adgang til privat underhåndsrealisasjon for børsnoterte verdipapirer og fondsaktiver, men at realisasjonen måtte skje gjennom uavhengig megler.⁴⁴

Begrunnelsen for at dekningsaksjoner i verdipapirer ikke må følge tvangsfullbyrdelseslovens regler er blant annet at det er et særlig behov for effektivitet og forutberegnelighet i verdipapirmarkedet. Handel med verdipapirer er viktig for både næringslivet, banker og myndighetene, men også forbundet med risiko. Adgangen til å forhåndsavtale realisasjonsmåte muliggjør en rask omsetning av markedssensitive verdipapirer, som gjør det tryggere for aktørene å inngå avtaler og gjøre investeringer. Videre kravet om at instrumentet er "notert på regulert marked" gjør at det ikke oppstår konflikter knyttet til prising – prisen bestemmes av tilbudet og etterspørselen i markedet på salgstidspunktet.⁴⁵

⁴³ Dette ble blant annet pekt på i NUT 1970:2 på s. 109. Det ble uttalt at det ville vært en uholdbar løsning dersom det fremstod som uklart hvem som var berettiget til å motta betaling fra debitor cessus.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 74.

⁴⁵ Falkanger (2008), kommentar til tvangsl. § 1-3.

I likhet med pengekrav, er heller ikke verdipapirer eiendeler som skyldneren trenger til driften av virksomheten. Det vil derfor ikke vanskeliggjøre gjennomføringen av en rekonstruksjon at pantnaver tar seg dekket i disse formuesgodene. Unntaket får størst betydning ved at det stenger for at skyldneren kan frigjøre likviditet gjennom å selge verdipapirene selv.

3.2.5 Forhåndsavtale i medhold av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 7

Etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 7 kan "stilt finansiell sikkerhet" realiseres "på den måte og på de vilkår som følger av skriftlig avtale mellom partene". Avtalefriheten begrenses kun av kravet om skriftlighet og loven § 8, hvor det kreves at realisasjonen skjer på "kommersielt rimelige vilkår". Det er forutsatt at realisasjon skal kunne iverksettes umiddelbart og uten forutgående varsel når avtalens vilkår om realisasjon er oppfylt.⁴⁶

Loven er en gjennomføring av minimumsdirektiv 2002/47/EF om gyldighet av finansielle avtaler. Direktivet tar sikte på å "samordne konkurs- og panteregler slik at de profesjonelle aktørene i finansmarkedene på forhånd vil kunne vite hva som vil skje dersom motparten i en avtale ikke innfrir sine forpliktelser".⁴⁷

Anvendelsesområdet er "avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse" som er inngått mellom aktører som nevnt i § 1 tredje ledd, jf. § 1 andre og tredje ledd. Et fellestrekk for de nevnte aktørene er at de er profesjonelle parter som opererer i finansmarkedet, slik som banker, sentralbanker, verdipapirforetak og offentlige myndigheter. Loven gis et enda videre anvendelsesområde gjennom passasjen i fjerde ledd, hvor det fremgår at loven også gjelder for avtaler som er inngått mellom "enhver juridisk person og en institusjon som nevnt i tredje ledd". Loven vil følgelig regulere ethvert tilfelle hvor et aksjeselskap inngår en avtale om finansiell sikkerhetsstillelse med en bank.

Det ligger utenfor oppgavens rekkevidde å redegjøre grundig for det rettslige innholdet i "finansiell sikkerhet". Typiske eksempler på finansiell sikkerhet er gjeldsfordringer og kontante bankinnskudd. Unntaket for finansiell sikkerhetsstillelse blir dermed aktuelt for mange pantnavere: Enhver låneavtale mellom et aksjeselskap og en bank, hvor banken har panterett i eksempelvis kundens innestående på konto, aksjeportefølje eller liknende, vil omfattes. Det er dermed adgang for pantnaver å inngå avtale om umiddelbar realisasjon ved

46 Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) side 41.

47 Ot.ptp. nr. 22 (2003-2004) s. 5.

åpning av insolvensbehandling – på tross av dekningsforbudet i § 18. Også finansiell sikkerhet er driftsuavhengige formuesgoder, slik at begrunnelsen for tvangsdekningsbegrensningen i § 18 ikke slår til.

3.2.6 Pant i immaterielle rettigheter

I likhet med pengekrav og finansielle instrumenter, er immaterielle rettigheter helt særegne som pantobjekter; de bygger på rettslige strukturer som ikke eksisterer på andre områder.⁴⁸ Kjennetegn på slike rettigheter er at de kan være tidsbegrensede, ha tydelige ideelle sider ved seg, og kan inngå i større rettighetskomplekser. Det kan være vanskelig å få noe ut av rettighetene uten at de holdes samlet.⁴⁹

Dersom de immaterielle rettighetene inngår i et driftstilbehørspant, vil de holdes naturlig samlet ved en eventuell tvangsdekning. Det er imidlertid også adgang til å særskilt pantsette visse immaterialrettigheter, herunder patenter, lisenser og planteforedlerretter.⁵⁰

For disse tilfellene gjør panteloven § 4-17 eksplisitt unntak fra tvangsl. § 1-3.⁵¹ Det følger av bestemmelsen at særskilt pant i immaterielle rettigheter kan "realiseres på den måte som følger av skriftlig avtale mellom partene", jf. pantel. § 4-17. Avtalefriheten begrenses av kravet om skriftlighet. Andre ledd oppstiller i tillegg noen prosessuelle regler:

Realisasjonsretten kan først utøves "når to uker er gått etter at varsel er sendt innehaveren av den pantsatte søknaden eller rettigheten og andre kjente rettighetshavere", jf. pantel. § 4-17 andre ledd.

Årsaken til at lovgiver ønsket å gjøre det mulig å inngå forhåndsavtale om realisasjon er at "markedet for omsetning av immaterialrettigheter, enten det er ved salg eller ved lisensiering, er så vidt spesielt at det kan være behov for spesialkompetanse som namsmyndigheten ikke har tilgang til, og at det kan være behov for å gjennomføre dekning på andre måter enn de som namsmannen råder over".⁵² Det var også anbefalt av United Nations Commission on

⁴⁸ Løtveit (2021) s. 56.

⁴⁹ Løtveit (2021) s. 57.

⁵⁰ Se panteloven §§ 4-11-4-17 om hvilke patenter og planteforedlerretter som kan pantsettes. Se også lov 12. juni nr. 67, som åpner for ytterligere pantsettelse av blant annet varemerke og design når den trer i kraft.

⁵¹ Unntaket kommer også frem av ordlyden i tvangsl. § 1-3.

⁵² Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterielle rettigheter* (2011) s. 126.

International Trade Law (UNCITRAL) at det skal være adgang til å realisere pantsatte immaterialrettigheter uten å involvere offentlige myndigheter.⁵³

For panthaver innebærer regelen at det gyldig kan inngås forhåndsavtale om dekningsadgang i særskilt pantsatte immaterielle rettigheter ved skyldnerens mislighold, åpning av insolvensbehandling eller liknende. Immaterielle eiendeler kan i motsetning til pengekrav, verdipapirer og finansiell sikkerhet være viktige for skyldnerens drift.⁵⁴ Tvangsdekning i slike eiendeler kan derfor vanskeliggjøre gjennomføringen av en rekonstruksjon.

3.3 Eiendeler som er skaffet etter at rekonstruksjonsforhandling er åpnet, faller utenfor eksisterende panteretter

En panterett i tingsinnbegrep omfatter formuesmassen slik den er til enhver tid. Hvis pantsetteren foretar nye innkjøp, vil de nye aktiva som utgangspunkt omfattes av panteretten. Når pantsetter er under rekonstruksjon, er utgangspunktet motsatt. Det følger av § 18 tredje ledd at "eiendeler som skyldneren erverver etter at rekonstruksjonsforhandling er åpnet, omfattes ikke uten rekonstruktørens samtykke av panteretter stiftet før åpningstidspunktet". Åpningstidspunktet er det tidspunktet begjæring om rekonstruksjon har kommet inn til tingretten, jf. rekonstruksjonsloven § 5 fjerde ledd.

Alle formuesgoder som skyldneren skaffer seg etter dette tidspunktet, og som normalt ville inngått i en eksisterende pantavtale, vil altså falle utenfor eksisterende panteavtaler hvis ikke rekonstruktøren samtykker til noe annet. Regelen ble innført ved konkurslovrevisjonen i 1999, og ga en avklaring på et spørsmål som tidligere var tvilsomt.⁵⁵

Formålet med bestemmelsen er å gi skyldneren et styrket økonomisk fundament, ved at kjøp av varer som er gjort i samarbeid med rekonstruksjonsutvalget, ikke skal tilfalle panthaverne. Bestemmelsen tar sikte på å ramme tingsinnbegrepspant.⁵⁶ Regelen er ikke ment å omfatte gjenstander som skal inkorporeres eller sammenføres med en pantsatt hovedgjenstand, slik som tilbehør til fast eiendom eller skip.⁵⁷

⁵³ Se Prop. 101 L (2013-2014) på s. 16.

⁵⁴ Jeg skriver mer om denne problemstillingen i punkt 6.2.

⁵⁵ Se NOU 1993:16 s. 35.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 210.

⁵⁷ NOU 1993:16 s. 34. Her kan det oppstå problemstillinger i relasjon til hva som skal regnes som "tilbehør". Av plasshensyn avgrensers handlingen mot en behandling av disse problemstillingene.

3.3.1 I hvilke tilfeller vil rekonstruktøren gi samtykke til at eiendeler ervervet etter åpningstidspunktet, skal omfattes av pantet?

Lovteksten gir ikke eksplisitt uttrykk for hva som skal inngå i rekonstruktørens vurdering av om samtykke til at nyinnkjøpt formuesgode skal omfattes av en eksisterende pantavtale skal gis. I forarbeidene pekes det på at innkjøp som foretas etter åpning av rekonstruksjonsforhandlinger, som regel vil være foretatt i samarbeid med gjeldsnemnda med sikte på videre drift.⁵⁸ Hvis ervervet er finansiert ved tilførsel av ny kapital, uten å involvere panthaver, taler det sterkt for at panteretten ikke skal omfatte de nye eiendelene. En opprettholdelse av panteretten vil i slike tilfeller bære preg av forfordeling, og kan bidra til at nye kreditorer avstår fra å gi kreditt under rekonstruksjonen.

I praksis er det ofte panthaverne som finansierer innkjøp under rekonstruksjonen, for eksempel ved å opprettholde eller utvide kassakreditten. Dersom de ervervede aktiva er finansiert av en eksisterende panthaver, eller gjennom midler som er frigjort av et salg av pantsatte eiendeler etter § 18 fjerde ledd, er det rimelig om eiendelen omfattes av pantet. Det vil oppleves som svært inngripende dersom panthaver i disse tilfellene må akseptere at pantet reduseres, og kan føre til at panthavere ikke ønsker å bidra med finansiering under og etter rekonstruksjonen. I disse tilfellene bør rekonstruktøren gi samtykke til at de ervervede formuesgodene skal omfattes av panteretten.

En situasjon som kan skape usikkerhet er dersom panthaver forut for rekonstruksjonen har ytt kreditt til finansiering av et prosjekt eller driftstilbehør som genererer inntekter etter åpningstidspunktet. Panthaver har eksempelvis bidratt med finansiering av en anleggsmaskin som ledd i en redningsaksjon, og etablert factoringpant i fordringer som oppstår knyttet til den aktuelle anleggsmaskinen. Ettersom disse fordringene "erverves" fortløpende, vil de fordringene som oppstår etter rekonstruksjonsåpningen falle utenfor panteretten. Dette til tross for at inntektene ikke ville eksistert uten panthavers kredittytting.

I likhet med vurderingen etter § 18 andre ledd, må rekonstruktøren foreta en saklig avveining av interessene til panthaver og skyldneren. Rekonstruktøren bør ta panthavers bidrag i betraktning ved vurderingen av om samtykke skal gis dersom dette fremstår som viktig for

⁵⁸ NOU 1993:16 s. 35.

panthaver, selv om panthavers finansiering ikke er gjort i direkte forbindelse med rekonstruksjonen.

Hvorvidt nyinnkjøpte eiendeler skal omfattes av panteretten eller ikke, er et moment som må trekkes inn i planen som skal utarbeides etter § 18 femte ledd. Dersom det er besluttet salg av pantsatte eiendeler, må rekonstruktøren vurdere om nyinnkjøp skal omfattes av panteretten.

3.4 Skyldnerens adgang til å avhende pantsatt driftstilbehør og varelager

Panthaver har normalt rett til å nekte pantsetteren å avhende pantsatt driftstilbehør og varelager dersom han har "tatt skritt til å inndrive pantkravet", jf. panteloven §§ 3-7 andre ledd og 3-13 andre ledd. Dette er for å unngå at en skyldner i mislighold foretar disposisjoner som reduserer pantets verdi. Under en rekonstruksjon mister panthaver denne retten; rekonstruksjonsloven åpner for at skyldneren med rekonstruktørens samtykke kan avhende "varer av pantsatt varelager og driftstilbehør [...], dersom dette skjer innenfor rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet og panthaverens sikkerhet ikke blir vesentlig forringet", jf. § 18 fjerde ledd. Regelen tilsvarende konkursloven § 17 fjerde ledd.

For panthaver innebærer avhendelsen at panteretten faller bort når kjøperen får rettsvern overfor selgerens kreditorer, jf. panteloven § 3-7 tredje ledd og § 3-13 tredje ledd.⁵⁹ Under normale omstendigheter vil nye anskaffelser og kundefordringer omfattes av panteretten. Som redegjort for i 3.3, er utgangspunktet motsatt når pantsetter er under rekonstruksjon. Det er derfor mulighet for at panthavers sikkerhet blir redusert som følge av disposisjoner som skyldneren gjør i medhold av § 18 fjerde ledd.

Vilkårene for salgsadgangen er at avhendelsen skjer "innenfor rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet" og at panthavers sikkerhet ikke blir "vesentlig forringet". Hvorvidt salgsretten kan utøves må sees i sammenheng med femte ledd, hvor det stilles krav om at rekonstruktøren utarbeider en "plan for ivaretagelse av panthaverens interesser". Det kan blant annet bestemmes at "panthaveren skal motta en andel av vederlaget" ved salget.

⁵⁹ Jeg går ikke nærmere inn på vurderingen av når rettsvern oppnås.

Dersom pantthaver mener at vilkårene ikke er oppfylt, kan han fremsette begjæring for retten om å forby salget. Spørsmålet er hva som ligger i vilkårene.

Etter en naturlig språklig forståelse av formuleringen "innenfor rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet" vil i alle fall alminnelig salg av varelager og nødvendige utskiftninger av driftstilbehør aksepteres. Motsetningsvis kan ikke pantsetteren foreta avhendelser som har andre formål. Lovteksten gir likevel få holdepunkter for hvor grensen går.

Det følger av panteloven § 3-13 første ledd at varer av pantsatt varelager kan avhendes "fritt innenfor rammen av pantsetterens vanlige næringsvirksomhet". For pant i driftstilbehør bestemmer panteloven § 3-7 første ledd at pantthaveren har rett til å "skifte ut" eller "avhende" pantsatt driftstilbehør "så langt dette er i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer pantthaverens sikkerhet". Forarbeidene til konkursloven § 17 forutsetter at kilder knyttet til panteloven §§ 3-7 og 3-13 vil være relevant ved tolkningen av § 17 fjerde ledd.⁶⁰ Det samme må gjelde for rekonstruksjonsloven § 18.

I enhver normal virksomhet vil det kjøpes inn og selges ut varer fra varelageret utenfor pantthavers kontroll. Pantthaver må være forberedt på at varelageret kan være gjenstand for store svingninger ut fra sesong og etterspørsel. En butikk må eksempelvis kunne selge julevarer til reduserte priser i januar, selv om dette på kort sikt vil redusere varelageret og dermed også pantets verdi. Det vil motsetningsvis falle utenfor skyldnerens normale næringsvirksomhet å selge hele lageret samlet, eller dersom skyldneren går over til en annen type virksomhet.⁶¹

Driftstilbehør er mer varige driftsmidler som skyldneren bruker til sin næringsvirksomhet, og vil ikke rullere på samme måte som et varelager.⁶² Formuleringen som benyttes i § 18 – avhendelsen må skje innenfor skyldnerens «normale næringsvirksomhet» - er nok ikke ment å innebære en realitetsforskjell fra «forsvarlig drift». Begge vurderingstemaene er skjønnsmessige, og tar utgangspunkt i hva som er normalt i den konkrete virksomheten. Skoghøy fremholder at det må være rom for en viss omlegging av driften innenfor den samme

⁶⁰ Ot. prp. nr. 26 (1998-1999) s. 211.

⁶¹ Dette er også forutsatt av Skoghøy i relasjon til pantel. § 3-13. Se Skoghøy (2021) s. 241.

⁶² Se panteloven § 3-4 om hvilke eiendeler som regnes som driftstilbehør.

virksomheten, forutsatt at det er bedriftsøkonomisk forsvarlig.⁶³ Salg som bærer preg av kreditorbegunstigelse, personlig vinning og liknende, vil falle utenfor.⁶⁴

Når skyldneren går gjennom en rekonstruksjonsforhandling, er imidlertid risikoen som panthaver utsettes for større enn under normale omstendigheter. Det er ikke gitt at varelageret vil fylles opp igjen før konkurs er en realitet. I tillegg er hovedregelen under rekonstruksjoner som nevnt at nye eiendeler ikke omfattes av den eksisterende panteretten. Skyldneren er med andre ord i en slik situasjon som panteloven §§ 3-13 og 3-7 andre ledd er ment å gi panthaver vern mot. Hvorvidt avhendelsen er innenfor skyldnerens normale næringsvirksomhet, må derfor vurderes i sammenheng med vilkåret om at panthavers sikkerhet ikke må bli "vesentlig forringet" av avhendelsen.

Formuleringen "vesentlig forringet" angir en høy terskel, slik at panthaver må finne seg i at pantesikkerheten reduseres noe som følge av salg av pantsatte varer. Lovteksten sier ikke noe konkret om hvor stor reduksjon som kan aksepteres, eller hvilke momenter som inngår i vurderingen. Det må derfor foretas en skjønnsmessig vurdering av hvordan panthavers sikkerhet påvirkes av avhendelsen.

Formålet med salgsadgangen er ikke å frigjøre likviditet, men å opprettholde skyldnerens ordinære virksomhet – uten at det går på bekostning av panthaverne. Forarbeidene sier om dette at loven ikke tilstreber noen "millimeter-rettferdighet", men det er likevel tenkt at panthaver "normalt kan kreve at skyldneren kjøper inn nye eiendeler i omtrent samme størrelsesorden som de som selges ut", forutsatt at rekonstruksjonsutvalget samtykker til at de nye eiendelene skal omfattes av eksisterende panteretter.⁶⁵ Disse uttalelsene viser at siktemålet er at panthavers sikkerhet skal holdes på noenlunde samme nivå, men at avvik må aksepteres.

I forarbeidene til panteloven er det uttalt at vurderingen av vesentlig forringet må skje "særskilt etter tilhøva i verksemda".⁶⁶ Det blir påpekt at panthaver i større grad må akseptere tap av sikkerhet dersom avhendelsen er en del av den vanlige driften. Ettersom vilkåret "vesentlig forringet" i rekonstruksjonsloven kommer *i tillegg til* vilkåret om vanlig

⁶³ Skoghøy (2016) s. 296.

⁶⁴ Saksforholdet i Rt-1985-769-A gir et eksempel på dette, hvor en gårdseier solgte 16 pantsatte dyr for å tjene til eget underhold.

⁶⁵ NOU 1993:16 s. 36.

⁶⁶ NUT 1970:2 s. 98.

næringsvirksomhet, taler det for at terskelen er høyere etter rekonstruksjonsloven. Også hensynet til panthaver underbygger en høyere terskel.

Hvorvidt panthavers sikkerhet skal anses for å være "vesentlig forringet" må videre sees i sammenheng med § 18 femte ledd, som krever at rekonstruktøren utarbeider en "plan for ivaretagelse av panthaverens interesser" hvoretter det kan bestemmes at "panthaveren skal motta en andel av vederlaget ved salg som nevnt i fjerde ledd". I forarbeidene til den tilsvarende regelen i konkursloven ble det forutsatt at planen redegjør for hva som ønskes solgt, hvilke nyinnkjøp som er planlagt, om de nye eiendelene skal inngå i eksisterende panteretter, og i hvilken utstrekning panthaverne skal få dekning i deler av salgssummen.⁶⁷ Kravet om en slik plan er begrunnet med at avhendelsesretten ikke skal gå på bekostning av panthaverne.⁶⁸

Rekonstruktøren må vurdere hvilke tiltak som er nødvendige for å ivareta formålet om å holde panthavers sikkerhet på omtrent samme nivå. Dersom de solgte eiendelene ikke skal erstattes med nye, eller det ikke gis samtykke i at nye eiendeler omfattes av panteretten, vil det bli aktuelt å tilskrive panthaver en andel av vederlaget for å unngå at sikkerheten blir "vesentlig forringet", jf. femte ledd.

Et spørsmål som aktualiseres, er om rekonstruktøren ved vurderingen skal ta hensyn til om panthaver har betryggende sikkerhet i andre eiendeler, og om det er besluttet at det skal gjøres andre disposisjoner som kan forringe panthavers sikkerhet (for eksempel pantsettelse med superprioritet jf. rkl. § 19).

Ordlyden "panthavers sikkerhet" er vid nok til å omfatte en slik bredere vurdering. Dette er også i tråd med panterettens formål om å tjene til dekning for et underliggende krav. Det er et alminnelig synspunkt at panteretten ikke bør sette større begrensninger i pantsetters rådighet over pantobjektet enn det som er nødvendig for å sikre panthaveren oppgjør av den personlige fordringen.⁶⁹ Dette synspunktet gjør seg ikke mindre gjeldende når driften skal opprettholdes under en rekonstruksjon. Dersom panthaver allerede har betryggende sikkerhet i andre formuesgoder, må rekonstruktøren kunne legge vekt på dette.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 211.

⁶⁸ NOU 1993:16 s. 35.

⁶⁹ Skoghøy (2021) s. 235.

Dersom det er besluttet at det skal tas opp lån med superprioritet med pant i varelager eller driftstilbehør etter § 19, vil dette også kunne øke panthavers risiko for å ikke få dekning. Hensynet til panthaver taler for at rekonstruktøren også må se hen til eventuelle slike lånopptak ved vurderingen av om salg av pantsatte eiendeler medfører at panthavers sikkerhet blir vesentlig forringet.

Som nevnt skal rekonstruktøren etter femte ledd utarbeide en plan for ivaretagelsen av panthavers interesser. Lovteksten regulerer ikke innholdet i denne planen, men det er forutsatt i forarbeidene at det vil være "en viss grad av kommunikasjon og samarbeid" mellom skyldneren, rekonstruksjonsutvalget og panthaverne.⁷⁰ Når pantsettelse med superprioritet i dag er et ytterligere virkemiddel som kan tas i bruk, er det nærliggende at dette også må innlemmes i planen.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 211.

4 Lån sikret med pant foran eksisterende panthavere

4.1 Innledning

Rekonstruksjonsloven § 19 er en helt ny regel i norsk rett, og gjør det mulig for debitor å ta opp lån til finansiering av rekonstruksjonen og driften av virksomheten ved å tilby panterett med "superprioritet" – det vil si pant som får prioritet foran eksisterende panteretter i formuesgodet. Formålet med å åpne for slik pantsettelse er å senke risikoen ved å tilby finansiering under rekonstruksjonsforhandlinger.⁷¹

Før jeg tolker bestemmelsen i punkt 4.3, vil jeg gi en kort redegjørelse for hvilke finansieringsmuligheter en skyldner under gjeldsforhandlinger hadde før rekonstruksjonsloven trådte i kraft.

4.2 Debitors tilgang på finansiering før rekonstruksjonsloven

Dekningsforbudet og de øvrige begrensningene i § 18 legger forholdene til rette for at skyldneren kan fortsette sin næringsvirksomhet. Det har likevel vist seg siden revisjonen i 1999 at skyldneren også har behov for å tilføre likviditet for å klare å holde tritt med utgifter tilknyttet rekonstruksjonen. Skyldneren er normalt avhengig av at hovedbankforbindelsen er velvillig og opprettholder driftskreditten, eller tilbyr ny finansiering. Dette er ikke uten videre enkelt. At skyldneren får tillatelse til å ta opp lån fra kreditorutvalget er ikke ensbetydende med at verken eksisterende bankforbindelser eller andre aktører ønsker å yte kreditt til et selskap under gjeldsforhandlinger.

En utfordring er at den beskyttelsen som kreditorene får gjennom dekningslovens regler om prioritet, ikke anses for å være tilstrekkelig av potensielle långivere. Utgifter til drift av virksomheten behandles som alminnelige konkursfordringer.⁷² Utgifter knyttet til gjeldsforhandlinger vil ved en konkurs være likestilt med massefordringer som dekkes før annen gjeld, men bare "[i] den utstrekning det er midler til det", jf. dekningsloven § 9-2 tredje

⁷¹ Prop. 75 L (2019-2020) s. 29-30.

⁷² Jf. deknl. § 9-6.

ledd nr. 1-3. Fortrinnsretten gir ingen separatistrett. Etter en kostbar gjeldsforhandling er det som regel få midler igjen til å dekke massefordringene etter at alle panthaverne på første prioritet og massekravene etter § 9-2 første og andre ledd er betalt.

Legalpanteretten i panteloven § 6-4 er en sikkerhetsventil som kan benyttes til å dekke utgifter til «nødvendige boomkostninger» inntil fem prosent av formuesgodets verdi, eller 700 ganger rettsgebyret. Dette kan ikke brukes til å dekke driftsutgifter.

Når kreditor vet at han vil være relativt dårlig stilt i en konkurssituasjon, samtidig som statistikken viser at de fleste gjeldsforhandlinger ender med konkurs, er det lite attraktivt å gi lån til finansiering av gjeldsforhandlinger.⁷³ Mangel på kreditt betyr mangel på likviditet, og av denne grunn stanser mange gjeldsforhandlinger svært tidlig, eller blir aldri satt i gang fordi selskapet ikke makter å utarbeide en realistisk finansieringsplan.⁷⁴

4.3 Rekonstruksjonsloven § 19: Finansiering med "superprioritet" foran eksisterende panthavere

Panteretten kan stiftes i "driftstilbehør, varelager og utestående fordringer [...] med prioritet foran eksisterende panthavere" jf. § 19 første ledd. Det er vilkår om at pantet skal tjene som sikkerhet for lån til "finansiering av drift av virksomheten under rekonstruksjonsforhandling" eller "finansiering av selve rekonstruksjonsforhandlingen". I andre punktum fremgår det at "[s]like lån har dessuten sikkerhet ved lovbestemt pant med prioritet foran eksisterende panthavere etter panteloven § 6-5". Dette innebærer at lån som tas opp etter § 19 også får sikkerhet etter pantelovens regler for legalpant for nødvendige boomkostninger. Panteloven § 6-5 er tilføyd ved vedtakelsen av rekonstruksjonsloven, og gir legalpant i "ethvert formuesgode beheftet med pant som tilhører skyldneren på tidspunktet da rekonstruksjonsforhandling ble åpnet".⁷⁵

Panterett stiftet i medhold av rkl. § 19 må etableres og sikres rettsvern på vanlig måte etter panterettslige regler.⁷⁶

⁷³ Utredningen fra Villars-Dahl gjengir statistikk fra Konkursregisteret, hvor det fremgår at bare 19 % av gjeldsforhandlingene mellom 2006 og 2015 lyktes (utredningen s. 9).

⁷⁴ Prop. 75 L (2019-2020) s. 30.

⁷⁵ Bestemmelsen behandles særskilt i punkt 4.3.3.

⁷⁶ Prop. 75 L (2019-2020) s. 67.

For eksisterende panthavere blir virkningen av at det tas opp lån med "superprioritet" at deres pantesikkerhet i varelager, driftstilbehør og utestående fordringer, samt eiendeler som gis legalpant etter panteloven § 6-5, får prioritet bak den nye långiveren.⁷⁷ En slik forrykkelse av panterettene utgjør et unntak fra rettsvernsreglene og utgangspunktet om tidsprioritet som følger av panteloven § 1-13, og rokker ved panthaveres berettigede forventning om å være sikret i pantobjektet.

Andre ledd bestemmer at "[a]vtale om lån med sikkerhet som nevnt i første ledd kan bare inngås med samtykke fra rekonstruksjonsutvalget". Samtykke gis basert på fremlagt "budsjett for driften som viser at det er behov for slikt lån".

Berørte panthavere kan fremsette begjæring for retten om omgjøring av samtykket, jf. andre ledd tredje punktum. Vilkårene for omgjøring er at låneopptaket medfører at eksisterende panthaveres sikkerhet blir "vesentlig forringet", eller at det "ikke er tilstrekkelig behov for slikt lån".

Bestemmelsen er vagt utformet, og reiser en rekke problemstillinger. Jeg skal i det følgende gjøre rede for hva som inngår i vurderingen når rekonstruksjonsutvalget skal beslutte om samtykke til låneopptak sikret med "superprioritet" skal gis, og hva som skal til for at retten omgjør samtykket dersom panthaver begjærer det.

4.3.1 Rekonstruksjonsutvalgets vurdering av om samtykke til lån etter § 19 skal gis

Rekonstruksjonsutvalget må etter ordlyden vurdere om det, basert på fremlagt budsjett, er "behov" for å ta opp lånet. Ordlyden "behov" tilsier at skyldneren trenger driftsmidler, og oppstiller ikke særlig høye krav til hva som skal til for at samtykke gis. Den vide ordlyden gir rekonstruksjonsutvalget rom til å foreta en helhetlig vurdering av hvorvidt låneopptak med superprioritet er hensiktsmessig i den aktuelle rekonstruksjonen.

Forarbeidene gir lite veiledning om hvilke momenter som inngår i vurderingen av om det er behov for låneopptak. Det er inntatt en henvisning til amerikansk lovgivning, hvor retten

⁷⁷ Se eksempelvis panteloven § 3-1 a, som fastslår at panteretter etter "§ 3-3, -§§ 3-8 til 3-10 og 3-11 til sikring av lån til finansiering under rekonstruksjonsforhandling etter [rekonstruksjonsloven] § 19 [...] går foran alle andre heftelser i formuesgodene pantsettelsen omfatter. Panteretten kan bare benyttes til å dekke slike lån", jf. også pantel. § 4-10 fjerde ledd.

utøver en "streng sensur" av både behovet for lånet og at pantesikkerheten til eksisterende panthavere ikke blir vesentlig skadet.⁷⁸ Henvisningen forstås slik at vilkåret skal tolkes strengt også etter rekonstruksjonsloven.

Lånopptak med superprioritet er ett av flere virkemidler som rekonstruksjonsutvalget må vurdere, og det er derfor vanskelig å angi presist hvilke momenter det skal legges vekt på. Dersom rekonstruksjonen går ut på konvertering av gjeld til egenkapital, kan det hende at dette er tilstrekkelig for å dekke skyldnerens likviditetsbehov.⁷⁹ Av hensyn til panthaver bør rekonstruktøren undersøke om det er mulig å skaffe likviditet på andre måter.

Bestemmelsens inngripende karakter taler for en høy terskel for lånopptak. Ettersom retten kan omgjøre lånopptak som *vesentlig forringer* panthavers sikkerhet, bør rekonstruksjonsutvalget også ta dette vilkåret i betraktning når de vurderer om samtykke skal gis.⁸⁰ Hva som inngår i den øvrige vurderingen vil arte seg forskjellig for finansiering av selve rekonstruksjonsprosessen, og finansiering av skyldnerens drift under rekonstruksjonsprosessen.

i. Finansiering av rekonstruksjonsprosessen

Utgifter til *selve rekonstruksjonen* er sammenfallende med utgiftene som dekkes som massefordringer etter dekl. § 9-2 andre ledd. Gjennomføring av en rekonstruksjon forutsetter at slike utgifter dekkes. Dersom skyldneren mangler likvide midler, og rekonstruksjonsutvalget mener at rekonstruksjonen bør gjennomføres, vil det derfor etter ordlyden være "behov" for å ta opp lånet.

Rekonstruksjonsutvalget må derfor vurdere hvor realistisk det er at rekonstruksjonen lykkes dersom lånet tas opp. Sentrale momenter vil være størrelsen på underbalansen hos skyldneren, likvidsituasjonen, signaler fra kreditorer og motivasjon hos skyldneren.⁸¹ Hvis en stor del av skyldnerens gjeld er pantesikret, og de eksisterende panthaverne stiller seg negative til rekonstruksjonen, vil rekonstruksjonen trolig ikke kunne gjennomføres selv om det tas opp lån på superprioritet. Dersom utvalget finner det lite sannsynlig at rekonstruksjonen vil

⁷⁸ Prop. 75 L (2019-2020) s. 31.

⁷⁹ Se rkl. § 34 om hva en rekonstruksjon med tvangsakkord kan gå ut på.

⁸⁰ Vilkåret behandles særskilt i punkt 4.3.2.

⁸¹ Sml. vurderingen av om retten skal avslå begjæring om åpning av rekonstruksjonsforhandling etter rkl. § 5. Rekonstruksjonens realisme trekkes frem som et vesentlig moment i Prop. 75 L (2019-2020) s. 22.

lykkes, vil lånopptak etter § 19 sløse med kreditorenes midler og spise av pantekreditors sikkerhet, og samtykke bør ikke gis. Det blir likevel for strengt å oppstille vilkår for lånopptak at rekonstruksjonen med *sikkerhet* vil lykkes, da skyldneren ofte trenger slik finansiering tidlig i prosessen. På dette tidspunktet kan det være vanskelig å forutse rekonstruksjonens utvikling.

ii. Finansiering av drift av virksomheten

Også for finansiering av driften bør rekonstruktøren vurdere hvor realistisk det er at rekonstruksjonen vil lykkes.

Siktemålet med en rekonstruksjon er at selskapet etter endt prosess skal opprettholde en bærekraftig og lønnsom drift. Ofte er det nettopp driften - eller deler av den - som har lagt opp til de økonomiske problemene i utgangspunktet. Virksomheten kan eksempelvis benytte ineffektive produksjonsmåter, selge varer som mangler etterspørsel eller ha dårlig styring av enkelte avdelinger. Rekonstruksjonsutvalget må derfor konkret vurdere hvilke deler av virksomheten som bør opprettholdes, og om hele eller deler av driften bør innstilles under prosessen (og eventuelt avvikles fullstendig).⁸² Dette gjøres basert på et fremlagt driftsbudsjett og finansieringsplan, jf. rkl. § 15 tredje ledd. Hva som anses som hensiktsmessig vil variere sterkt mellom ulike typer bedrifter. Under nedstengningen i 2020 ville det eksempelvis vært uforsvarlig å gi lån til å opprettholde drift av virksomheter som ikke kunne drives i tråd med myndighetenes retningslinjer. I andre tilfeller er hele eller deler av virksomheten sesongbasert, og da er det ikke noe poeng i å finansiere noe annet enn faste utgifter utenfor sesong. Dersom selskapet derimot driver med helårsproduksjon, vil det kunne være nødvendig med låneopptak for å sørge for at virksomheten får tilført nødvendig driftsmateriell og for å unngå tap av markedsandeler.

⁸² Se også rkl. §§ 23 og 30, hvor det fremgår at henholdsvis en frivillig rekonstruksjon og rekonstruksjon med tvangsakkord blant annet kan gå ut på helt eller delvis avvikling av skyldnerens formue eller en "nærmere avgrenset del av denne".

4.3.2 Omgjøring av samtykke til låneopptak etter § 19 – vilkåret "vesentlig forringet"

Det er retten som overprøver rekonstruksjonsutvalgets samtykke. Vilkårene for omgjøring er at eksisterende panthaveres sikkerhet blir "vesentlig forringet", eller at det ikke er "tilstrekkelig behov for slikt lån".

Retten vurderer av hvorvidt det er "tilstrekkelig behov for slikt lån" vil være lik rekonstruksjonsutvalgets vurdering av hvorvidt det er "behov" for lånet, og jeg nøyer meg derfor med å vise til analysen ovenfor. Problemstillingen blir hva som skal til for at panthavers "sikkerhet" anses for å bli "vesentlig forringet".

Formuleringen gir anvisning på en helhetsvurdering av panthavers samlede dekningsmuligheter dersom det gis lån med superprioritet foran eksisterende panthaver. Det må følgelig foretas en sammenlikning av panthavers stilling med og uten låneopptak i medhold av § 19. På samme måte som etter § 18, angir ordlyden "vesentlig forringet" isolert en høy terskel for omgjøring. Samtidig taler både forarbeidenes henvisning til den strenge sensuren i USA og hensynet til panthaver at sikkerheten bør holdes på omkring samme nivå som før.⁸³

Ifølge forarbeidene er innholdet i vilkåret "vesentlig forringet" sammenfallende med vilkåret i § 18 fjerde ledd første punktum, og at retten skal prøve om låneopptaket "vil virke særlig urimelig for panthaverne".⁸⁴ Formuleringen gir ikke så mye mer enn lovtekstens ordlyd.

Det er vanskelig å angi et tall eller prosent for hvor stor verdiforringelse panthaver må akseptere. Det er nærliggende at det må ses hen til panthavers totale sikkerhet for den personlige fordringen, slik som antatt etter § 18. I så fall er det et mål å holde panthavers sikkerhet på noenlunde samme nivå som før.

Situasjonen er usikker dersom størrelsen på superprioritetslånet nærmer seg grensen for panthaverens sikkerhet. Hvis panthaverens engasjement er på 1.000.000 kr med pant i driftstilbehør som er verdt 1.500.000 kr, og det tas opp et lån på 600.000 kr, vil en realisasjon medføre et tap på 100.000 (10 %) for eksisterende panthaver.

⁸³ Sml. vurderingen av det tilsvarende vilkåret etter rkl. § 18 i punkt 3.4.

⁸⁴ Prop. 75 L (2019-2020) s. 31.

Ordlyden "vesentlig forringet" kan isolert omfatte en slik reduksjon av sikkerheten. Samtidig tilsier hensynet til panthaver at en reduksjon på 10 % vil være for høyt, ettersom dette med stor sannsynlighet vil påføre panthaver et direkte tap. Dette kan igjen påvirke panthavers velvilje til å yte kreditt i disse formuesgodene, og samarbeidsvilje under rekonstruksjonen.

Lovgiver har bevisst unnlatt å ta inn nominelle og relative grenser for superprioritetslån i lovteksten.⁸⁵ Dette underbygger synspunktet om at rekonstruksjonsutvalget må foreta en helhetlig vurdering av panthavers samlede situasjon.

Rekonstruksjonsutvalget og skyldneren er lite tjent med at det foretas disposisjoner som panthaver – som normalt er hovedbankforbindelsen – er uenig i. I praksis vil sannsynligvis rekonstruksjonsutvalget ta kontakt med eksisterende panthaver før lånopptaket, både for å forebygge at det oppstår tvist, og for å forsøke å få panthaveren til å selv gi finansiering. Det er likevel ingen garanti for at dette vil gjøres, og vilkårets uklarhet gjør panthavers situasjon mer usikker.⁸⁶

4.3.3 Legalpanterettens betydning

Panterett stiftet i medhold av § 19 første ledd første punktum er begrenset til å omfatte driftstilbehør, varelager og utestående fordringer. Retten til å pantsette på superprioritet etter første punktum vil derfor bare gjøre det lettere å hente finansiering for virksomheter som sitter på slike formuesgoder av en viss verdi. Hvis skyldnerens driftstilbehør er leiet eller leaset, eller selskapets verdier ligger i andre typer formuesgoder, kan det være utfordrende å skaffe tilstrekkelig finansiering gjennom § 19.⁸⁷

For disse virksomhetene kan den lovbestemte panteretten etter panteloven § 6-5 være til hjelp. Legalpanteretten er ikke begrenset til å kun omfatte tingsinnbegrep, men stiftes automatisk i "*ethvert formuesgode beheftet med pant som tilhører skyldneren på tidspunktet da rekonstruksjonsforhandling ble åpnet, og som kan være gjenstand for utlegg eller konkursbeslag*" (min kursivering), jf. panteloven § 6-5.⁸⁸ Dette medfører at også skip, fast

⁸⁵ Prop. 75 L (2019-2020) s. 34.

⁸⁶ Jeg skriver mer om denne problematikken i den rettspolitiske drøftelsen i 6.3.

⁸⁷ Som også fremholdt av Meling og Ellingsæter i *Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger*, 2020, s. 11.

⁸⁸ At pantet må tilhøre skyldneren skiller seg fra legalpantbestemmelsen i pantel. § 6-4, som også omfatter "formuesgoder som en tredjeperson har stilt som pantesikkerhet for konkursskyldnerens gjeld". Om begrunnelsen for dette, se Prop. 75 L (2019-2020) s. 39.

eiendom og liknende formuesgoder blir gjenstand for legalpanterett, dersom de er beheftet med pant. Denne forståelsen av ordlyden bekreftes i proposisjonen, hvor det uttales at ordet "dessuten" innebærer at legalpanteretten gjelder "uansett om slike lån i tillegg er sikret med pant i driftstilbehør, varelager eller fordringer som nevnt i første punktum".⁸⁹

Formuleringen i § 19 andre punktum "slike lån har dessuten ..." viser tilbake til første punktum, som omfatter lån til både selve rekonstruksjonsforhandlingen og til finansiering av drift av virksomheten under rekonstruksjonsprosessen. Ordlyden i pantel. § 6-5 er at legalpanteretten stiftes til fordel for "lån til finansiering under rekonstruksjonsforhandling etter § 19". Ordlyden i begge bestemmelsene er klar på at også driftsutgifter omfattes av legalpanteretten. Dette er en utvidelse sammenlignet med legalpanteretten i konkurs, som bare gir panterett i lån til utgifter til å "dekke nødvendige boomkostninger".⁹⁰

Legalpanteretten er begrenset til å utgjøre "fem prosent av formuesgodets beregnede verdi eller av det et salg av formuesgodet innbringer", og "maksimalt 700 ganger rettsgebyret i hvert realregistrerte panteobjekt", jf. panteloven § 6-5 første ledd andre punktum. Med et rettsgebyr på 1199 kr, kan panterammen være maksimalt 839 300 kr per realregistrerte formuesobjekt.⁹¹ Hvis pantsetter er et rederi som eier fire skip for 600 millioner kroner, vil det maksimalt kunne tas opp lån med superprioritet på i overkant av 3 millioner kroner – 0,6 % av formuesgodenes samlede verdi. I en seksjonert bygning vil hvert bruksnummer utgjøre et eget formuesgode, og kan dermed gi grunnlag for høyere låneopptak. Ordningen vil kanskje passe godt for middels store eiendomsselskaper som driver med utleie.

Dersom panteretten etter § 6-5 benyttes, følger det av første ledd siste punktum at boets panterett etter § 6-4 reduseres "tilsvarende". Sammenlignet med rettstilstanden før rekonstruksjonsloven, medfører legalpanteretten etter § 6-5 dermed ingen beløpsmessig endring av hvor stor forringelse panthaver maksimalt må være forberedt på. Utvidelsen av *hvilke typer* utgifter som kan omfattes, kan likevel øke sannsynligheten for at det blir nødvendig å ta legalpanteretten i bruk.

⁸⁹ Prop. 75 L (2019-2020) s. 67.

⁹⁰ Jf. pantel. § 6-4 første ledd siste punktum.

⁹¹ Forskrift 15. februar 1983 nr. 86 etter rettsgebyrloven m.m. (rettsgebyrforskriften) § 2-1.

5 Bortfall av panteheftelser etter § 36

Som konstatert ovenfor i kapittel 2, vil ikke pantefordringer som anses fullstendig sikret bli omfattet av rekonstruksjon med tvangsakkord, jf. § 54 jf. § 36. Hvis en del av fordringen overstiger pantets antatte verdi, vil den overskytende delen bli omfattet av rekonstruksjon med tvangsakkord. Dette får flere konsekvenser for panthaver.

Hvis panthavers krav mot skyldneren opprinnelig er på 100.000 kr, og pantet vurderes til å være verdt 70.000 kr, blir de resterende 30.000 kr regnet som usikret og behandlet deretter. Hvis rekonstruksjonsplanen går ut på 50 % reduksjon av gjelden, får panthaver et dividendekrav på 15.000 kr, mens fordringen på 70.000 består. Hvis planen ikke går ut på reduksjon av gjelden, vil hele den personlige fordringen på 100.000 bestå etter rekonstruksjonen.

Panthaver gis stemmerett i henhold til det usikrede kravets størrelse, jf. § 41 andre ledd. I eksempelet ovenfor får panthaver i begge tilfeller stemmerett for det usikrede kravet på 30.000 kr. Jo større del av kravet som anses usikret, desto større innflytelse får panthaveren når det skal stemmes over rekonstruksjonsplanen etter § 42, eller dersom kreditorer går sammen om å begjære konkurs etter § 17 fjerde ledd.⁹² Panthaver kan frafalle hele eller deler av sin sikkerhetsrett hvis han ønsker mer innflytelse over prosessen, jf. § 42 andre ledd.

I dette kapittelet er fokuset på den panterettslige virkningen av at panthavers fordring ikke anses som fullt ut sikret. Det følger av rekonstruksjonsloven § 36 at "[v]ed rekonstruksjon med tvangsakkord *bortfaller panteheftelser* som ligger utenfor pantets antatte verdi" (min kursivering). Verdsettelsen foretas av rekonstruksjonsutvalget, jf. § 36 andre ledd. Regelen ble innført ved 1999-revisjonen for å gi skyldneren et bedre økonomisk grunnlag for videre drift.⁹³ Før var det bare den personlige fordringen som falt bort ved tvangsakkord med gjeldsreduksjon.

At panteheftelser bortfaller innebærer at panthavers særrett til å søke dekning i pantet for den personlige fordringen blir utslettet for det beløpet som overstiger verdsettelsen. Dersom rekonstruksjonen går ut på overdragelse av virksomheten, representerer § 36 et unntak fra det

⁹² Lovgiver har styrket skyldnerens beskyttelse mot konkursåpning, ved at det kreves at konkursbegjæring fremsettes av "minst tre dividendeberettigede fordringshavere hvis fordringer utgjør minst en halvdel av de kjente dividendeberettigedes fordringenes samlede beløp", jf. rkl. § 17 fjerde ledd.

⁹³ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 47.

panterettslige utgangspunktet om at overdragelse av et pantsatt aktivum ikke berører panteretten.⁹⁴ Ordlyden forutsetter at tvangsakkord stadfestes for at bortfall av panteretten skal komme på tale. Dersom det ikke oppnås flertall for en tvangsakkord, eller retten av andre årsaker nekter stadfestelse, vil panteretten være i behold.⁹⁵

Gjennom § 36 mister panthaver muligheten til å utnytte panteretten på et senere tidspunkt i fall det skjer en verdiøkning. Hvis skyldneren selger pantet på et senere tidspunkt, og salget innbringer en større sum enn antatt, kommer dette skyldneren til gode. Skyldneren må motsetningsvis bære kostnaden dersom pantet i ettertid synker i verdi.

Et viktig spørsmål er hvordan verdsettelsen av pantet skal foretas. Problemstillingen knytter seg både til det rettslige valget av verdsettelsesprinsipp, og til den konkrete skjønnsutøvelsen ved verdsettelsen.

Verdsettelsen skal som nevnt foretas av rekonstruksjonsutvalget, og skal ifølge forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i konkursloven skje etter hovedregelen i kkl. § 20 (rekonstruksjonsloven § 24).⁹⁶ Bestemmelsen gir anvisning på to ulike verdsettelsesprinsipper. Det første alternativet er å angi "den verdi eiendelene antas å ville ha dersom skyldnerens virksomhet fortsetter" (bruksverdien). Det andre alternativet er "hva eiendelene, samlet eller delt, kan antas å ville innbringe ved salg" (realisasjonsverdien). Hvilket alternativ som velges, vil avhenge av om den aktuelle eiendelen er tenkt videreført i skyldnerens drift eller ikke.⁹⁷

Verdsettelse er et stort tema, og det faller utenfor oppgaven å gjøre en dyptgående redegjørelse for dette.⁹⁸ Jeg vil likevel knytte noen bemerkninger til enkelte problemstillinger som oppstår når pantobjekter skal verdsettes med bindende virkning. Hvor treffsikker verdsettelsen er vil bero på hvilket formuesgode det er tale om. Verdien av en genusytelse vil være langt enklere å finne markedsprisen av enn formuesgoder som er spesialtilpasset skyldnerens virksomhet, eller som er særlig utsatt for verdiendringer. Det er kun transaksjoner som kan gi riktig pris, og rekonstruksjonsutvalgets verdsettelse vil lett kunne innby til tvist.

⁹⁴ Jf. forutsetningsvis panteloven § 1-11.

⁹⁵ Se rkl. §§ 47-49 om rettens adgang til å nekte stadfestelse. Se også §§ 56 til 58 om innstilling av rekonstruksjonsforhandlingene.

⁹⁶ NOU 1993:16 s. 28-29.

⁹⁷ NOU 1993:16 s. 28-29. I en rekonstruksjon er det normalt å bygge på fortsatt drift.

⁹⁸ Se Huser (1987) s. 313 flg. for en grundig gjennomgang av ulike verdsettelsesprinsipper.

Dersom rekonstruksjonsutvalget kommer til at panthaver ikke er fullt ut sikret, gis han en mulighet til å "bringe verdsettelsen inn for retten med begjæring om at det holdes skiftetakst" jf. § 36 andre ledd andre punktum. Muligheten er en viktig rettssikkerhetsgaranti for panthaver hvis han mener at verdsettelsen er feil, men panthaver må selv bære omkostningene dersom endringen er på mindre enn ti prosent.⁹⁹ For å unngå en kostnadskrevenende tvist, vil rekonstruksjonsutvalget i praksis trolig forsøke å imøtegå panthaveren når verdsettelsen foretas i første omgang.

⁹⁹ Se Wiker og Ro (2003) s. 138.

6 Rettspolitisk vurdering

6.1 Innledning – de legislative hensyn som gjør seg gjeldende

Som vi har sett, medfører ikke rekonstruksjonsloven store endringer for pantøverne sammenlignet med tidligere lovgivning. Det har likevel skjedd en utvikling siden loven trådte i kraft i 1984, hvor pantøver har fått en gradvis svakere posisjon – av hensyn til å oppnå flere vellykkede rekonstruksjonsforhandlinger.

Hovedformålet med rekonstruksjonsloven er å nettopp legge til rette for flere vellykkede rekonstruksjoner. Dette er igjen begrunnet i samfunnshensyn, hensynet til arbeidstakere og hensynet til kreditorfellesskapet.¹⁰⁰ På et makroplan er det en målsetning at samfunnets ressurser allokeres dit disse blir utnyttet mest effektivt, og insolvensreglene er et viktig virkemiddel for å legge til rette for dette.¹⁰¹ Muligheten til rekonstruksjon er et viktig sikkerhetsnett som gjør at det blir mindre risikabelt for næringsdrivende å ta sjanser som kan komme samfunnet til gode.

De samme hensynene er trukket inn i forord til EUs restruktureringsdirektiv.

Rekonstruksjoner skal i henhold til direktivet "enable debtors to restructure effectively at an early stage to avoid insolvency, thus limiting the unnecessary liquidation of viable enterprises". Formålet er "to prevent job losses and the loss of know-how and skills, and maximise the total value to creditors" – til det beste for "owners and the economy as a whole".¹⁰²

Formålet med en pantrett er som kjent å gi kreditor en særrett til dekning dersom skyldneren misligholder kravet. At en kreditor kan avtale seg til et slikt dekningsprivilegium er motivert av pantedrettens kredittskapende effekt; adgangen til å stille pantesikkerhet er avgjørende for næringslivets tilgang på kreditt på rimelige vilkår.¹⁰³ Uten realkreditt, vil det være vanskelig for næringsdrivende å ta de sjansene som nevnt ovenfor. Pantretten har derfor en svært sterk stilling i norsk rett, og pantsettelsesadgangen har siden 80-tallet blitt stadig utvidet til å

¹⁰⁰ Prop. 75 L (2019-2020) s. 1.

¹⁰¹ Se eksempelvis Meld. St. 1 (2020-2021) på s. 142-143.

¹⁰² Direktiv (EU) 2019/1023, forord avsnitt 2.

¹⁰³ Brækhus skriver utfyllende om diskusjonen rundt pantsettelsesadgangen i *Omsetning og kreditt II* (2005) på s. 240 flg. Det er i dag bred enighet om at pantsettelsesadgangen bør være vid av hensyn til næringslivets tilgang på kreditt, se Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 167.

omfatte nye formuesgoder.¹⁰⁴ Det er nærliggende å anta at hvordan panthaver behandles under en rekonstruksjon, vil ha betydning for hvordan banker og andre finansinstitusjoner foretar kredittvurderinger – og dermed næringslivets tilgang på kreditt på rimelige vilkår.

Samtidig er det klart at en for sterk panthaverposisjon vil kunne stå i veien for målet om å oppnå flere rekonstruksjoner. I en studie fra Finland ble det påvist en betydelig sammenheng mellom sannsynligheten for rekonstruksjon og graden av kreditorenes sikkerhet; jo mer sikret kreditorer er, desto mindre sannsynlig er det at de støtter en rekonstruksjon.¹⁰⁵ Sikrede kreditorer må i stor grad bære kostnaden dersom rekonstruksjonen mislykkes, og vil ofte foretrekke konkurs foran rekonstruksjon.¹⁰⁶ Forskjellene i prioritet skaper konflikt mellom de sikrede og de usikrede kreditorene, noe som svekker den konsensusen som er nødvendig for at en rekonstruksjon skal kunne lykkes – selv om den totale utbetalingen til kreditorene er større ved rekonstruksjon enn konkurs.

I det følgende vil jeg vurdere hvorvidt reglene som griper inn i panthavers stilling på en god måte balanserer de hensyn som gjør seg gjeldende. Det er vanskelig å si med sikkerhet hvordan reglene burde utformes for å sikre en så effektiv ressursutnyttelse som mulig. Regler om pant, prioritet og insolvens er bare en liten andel av de faktorer som påvirker atferden til banker og andre aktører i næringslivet. Utgangspunktet for drøftelsen er at lovgiver ønsker å verne om realkreditten.

6.2 Innebærer begrensningene i § 18 en for stor svekkelse av panthavers dekningsadgang?

Da § 18 ble revidert var det diskusjoner om hvorvidt begrensningen i panthavernes dekningsadgang og skyldnerens rådighet over pantsatte eiendeler ville innebære en for vesentlig svekkelse av panthavers posisjon, men spørsmålet er lite behandlet i ettertid.¹⁰⁷

Det er allerede konstatert i kapittel 3 at det for skyldneren er klare fordeler med å bli beskyttet mot dekningsaksjoner av nødvendige eiendeler samtidig som han får mulighet til å fortsette med sin forretningsførsel, jf. § 18 andre til fjerde ledd. Etter min mening gir bestemmelsen

¹⁰⁴ Det ble eksempelvis mulig å særskilt pantsatte patenter m.m. i 2015 ved lov 23. januar 2015 nr. 4.

¹⁰⁵ Bergström, Eisenberg og Sundgren (2002).

¹⁰⁶ Dette gjelder spesielt hvis pantobjektets verdi er litt lavere enn pantkravet, se samme artikkel som i forrige note.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 38.

skyldneren en nyttig garanti og gode virkemidler som ikke foreligger ved utenrettslige rekonstruksjoner.¹⁰⁸

Innvendingene mot begrensningene i § 18 knytter seg primært til markedsrisikoen panthaver utsettes for ved å ikke kunne utnytte panteretten på ønsket tidspunkt, samt prinsipielt at panthavers særlige rettigheter knyttet til pantet begrenses.¹⁰⁹ Varelageret og driftstilbehøret kan selges ned av skyldneren, og enkelte markedseksponeerte formuesgoder kan oppleve hurtige verdiforringelser. Sett i sammenheng med skyldnerens adgang til å stille superprioritetspant i tingsinnbegrepene kan situasjonen for panthaver bli veldig usikker. Når skyldneren er under rekonstruksjon har han jo kommet til det tidspunktet hvor panteretten kommer på spissen – mislighold er inntrådt, og mange panthavere vil ønske å komme seg ut av engasjementet.

Ulempene for panthaver må veies opp mot formålet bak regelen, som er å legge til rette for at skyldneren skal kunne fortsette å drive sin næringsvirksomhet. Det fremstår etter min mening som urealistisk å opprettholde et rekonstruksjonsinstitutt uten å samtidig operere med en regel som § 18. Et alternativ kunne vært å oppstille begrensninger i tid eller type formuesgode, eller å stille krav om en form for kompensasjon for panthaver.¹¹⁰ Slike begrensninger vil imidlertid kunne føre til at det blir tilfeldig hvilke bedrifter som kan dra nytte av § 18. Et ubetinget krav om løpende kompensasjoner vil eksempelvis gjøre det vanskelig å gjennomføre en rekonstruksjon med mindre skyldneren har likvide midler tilgjengelig. Slike skjevheter ser vi gjennom de unntakene som allerede finnes, ved at dekningsforbudet kun gjelder tvangsdekning som krever involvering av namsmyndighetene.¹¹¹ I praksis er det kun pantekreditorer med pant i fast eiendom og løsøre som vil rammes. Av den grunn kan det tenkes flere tilfeller hvor dekningsforbudet etter § 18 ikke vil strekke til.

Et eksempel er virksomheter som har særskilt pantsatt immaterielle rettigheter. Begrunnelsen for unntaket fra tvangsfullbyrdelseslovens regler henger sammen med de immaterielle rettighetenes egenart som formuesgoder, og det faller utenfor oppgavens rekkevidde å gjøre en fullgod analyse av dette. Det er likevel verdt å peke på problemstillingen. Hvis pantsetter

¹⁰⁸ I utenrettslige rekonstruksjoner er det vanlig å inngå såkalte "stand-still-avtaler" med liknende virkning, men det er ingen garanti for at disse holdes av partene gjennom hele prosessen.

¹⁰⁹ Eksempelvis retten til å holde seg til skyldnerens formuesgode for å oppnå dekning, rett til å nekte skyldneren å foreta avhendelser av pantsatte eiendeler mv.

¹¹⁰ En slik kompensasjonsordning finnes blant annet i Danmark, jf. konkursloven § 12 c stk. 5.

¹¹¹ Se gjennomgangen i punkt 3.2.2 til 3.2.6.

har akseptert en avtaleklausul om at panthaver kan ta seg dekket i de immaterielle rettighetene ved åpning av insolvensbehandling, kan det hindre virksomheten fra å fortsette driften dersom realisasjonen medfører at rettigheten ikke lenger kan utnyttes. Til illustrasjon, vil et selskap som tilbyr nettbaserte tjenester sjelden ha verdifulle varelagre, driftstilbehør eller løsøre, men kan ha betydelige verdier bundet opp i immaterielle rettigheter – som de også trenger for å drive virksomheten.

At panthaver i en begrenset periode må stå tilbake fra å gjennomføre tvangsdekning, er etter min mening ikke så inngripende at det kan begrunne regler som i stor grad vil kunne fortrenge en vellykket rekonstruksjonsbehandling. Lovgiver bør utrede hvorvidt også særskilt pantsatte immaterielle rettigheter kan beskyttes gjennom § 18.

6.3 Pantsettelse med superprioritet etter § 19

Som påpekt i kapittel 4.2, er tilgang på finansiering en grunnleggende forutsetning for å kunne gjennomføre en rekonstruksjon. Eksempler på mulige långivere er aksjonærer, finansinstitusjoner eller investorer som ønsker å kjøpe selskapet dersom rekonstruksjonen stadfestes. Hvis regelen tas i bruk, vil den kunne øke kriserammede selskapers muligheter til å betjene utgifter knyttet til rekonstruksjonen og driften av virksomheten, og dermed også utsiktene til å få til en vellykket rekonstruksjon. Spørsmålet er om adgangen til å ta opp lån med superprioritet etter rkl. § 19 er en god regel for å legge til rette for finansiering.

Den viktigste innvendingen mot regelen er at pantsettelse som får prioritet foran eksisterende panthavere griper *direkte* inn i panthavers berettigede forventning om at pantobjektet skal tjene til sikkerhet for kreditten. Dette er betenkelig fordi det går imot vernet som lovgiver har ønsket å gi panthavere siden panteloven ble innført.

Denne argumentasjonslinjen ble anført av Finans Norge i høringsrunden, som fremholdt at pantsettelse med superprioritet rokker ved hensynet til omsetningsinteresser og forutberegnelighet ved at "panteobjektene fungerer som sikkerhet for noe annet enn det de var tiltenkt", som kan føre til "utilsiktede konsekvenser".¹¹² Basert på antagelsene presentert innledningsvis i dette kapittelet, er det nærliggende å anta at muligheten til å tilby

¹¹² Prop. 75 L (2019-2020) s. 32.

superprioritetspant vil kunne medføre at det blir vanskeligere å reise kreditt med sikkerhet i disse formuesgodene utenfor insolvenstilfellene.

Lovgiver møter disse innvendingene ved å peke på de sikkerhetsmekanismene som lovteksten legger opp til: Rekonstruksjonsutvalget må gi samtykke til lånet, lånet kan ikke medføre at panthavers sikkerhet blir vesentlig forringet, og panthaver kan kreve rettslig overprøving av samtykket.¹¹³ Etter lovgivers mening vil disse mekanismene være tilstrekkelig for å veie opp mot usikkerheten for panthaver. I tillegg kommer at tingsinnbegrepene av natur er usikre som pantobjekter – kreditorer med pant i disse formuesmassene vil aldri kunne være sikre på hvor langt panteretten vil rekke i fremtiden.¹¹⁴

Gjennomgangen i punkt 4.3 viser imidlertid at det ikke er så klart om sikkerhetsmekanismene er tilstrekkelige. Lovteksten er vagt utformet både med hensyn til hvor stor verdiforringelse panthaver risikerer, når samtykke til slike lån gis, og hva som skal til for at panthaver kan få samtykket omgjort. Det er derfor vanskelig for partene å forutse hvordan regelen vil slå ut i praksis, noe som kan føre til at mulige långivere vil være varsomme med å gi lån etter § 19 – samtidig som de eksisterende panthaverne stiller seg kritisk fordi de risikerer å tape sikkerhet. Dette kan føre til at det både blir vanskelig for bedrifter skaffe långivere ved hjelp av § 19 under rekonstruksjonen, og som nevnt mer krevende å reise kreditt med sikkerhet i formuesgodene som kan bli beheftet med superprioritetspant.

Etter hvert som regelen tas i bruk, vil det komme praksis som avklarer hvor de ulike tersklene ligger. Dette kan bøte på problematikken rundt den manglende forutberegneligheten. Samtidig, vil det sannsynligvis gå en stund før det regelens innhold festner seg i praksis. I tillegg vil det være en risiko for at regelen anvendes ulikt på ulike steder i landet. Lovgiver bør derfor utrede om sikkerhetsmekanismene som skal ivareta panthaver kan utformes på en klarere måte.

6.3.1 Bør det kunne gis superprioritetspant i flere typer formuesgoder?

Vi har sett at adgangen til å tilby pant med superprioritet i all hovedsak vil være til fordel for skyldnere med driftstilbehør, varelager og kundefordringer av en viss verdi – og selv da kan muligheten være begrenset. Potensielle långivere vet at disse formuesmassene raskt kan endre

¹¹³ Jf. § 19 andre ledd.

¹¹⁴ Prop. 75 L (2019-2020) s. 34.

verdi, særlig når skyldneren er i en presset økonomisk situasjon. Legalpanteretten har et snevert virkeområde.¹¹⁵ Størrelsen på lånene som er gitt i medhold av rkl. §§ 19 og panteloven § 6-5 vil derfor trolig ikke bli så store. Samtidig er det nettopp mangelen på likviditet som ofte setter kjepper i hjulene for rekonstruksjonsprosesser. Kan man akseptere en noe svekket panthaversituasjon dersom dette kan bidra til flere vellykkede rekonstruksjoner? En forutsetning må være at regelens rekkevidde er mer festnet, jf. drøftelsen ovenfor.

I amerikansk rett er det på nærmere vilkår adgang for å stifte panterett med "super priority" i *alle skyldnerens eiendeler* i "Chapter 11"-prosesser.¹¹⁶ Chapter 11-prosessen er kompleks, og kan bare behandles av et fåtall spesialiserte domstoler. Reglene er derfor ikke direkte sammenlignbare med det norske rekonstruksjonsinstituttet. Det kan likevel være hensiktsmessig å lete etter inspirasjon i enkelte deler av lovgivningen. Finansieringsordningen kalles *Debtor-in-possession financing* (DIP), og lånet må godkjennes av konkursdomstolen. Dersom lånet skal sikres med superprioritetspant er det strenge vilkår: Skyldneren må bevise at han ikke klarer å skaffe finansiering på andre måter, og panthavers interesser må være underlagt "adequate protection".¹¹⁷ Skyldneren kan blant annet pålegges å betale regelmessig kompensasjon til panthaver.¹¹⁸

En utvidelse av superprioritetsregelen til å omfatte flere eiendeler bør, for å imøtegå hensynet til panthaver, føre med seg klarere sikkerhetsmekanismer som sikrer at det ikke tas opp lån i medhold av § 19 til rekonstruksjoner som ikke er realistiske, eller som er sterkt urimelige for panthaverne.

Etter § 18 kan rekonstruksjonsutvalget bestemme at det skal betales vederlag til panthaver etter hvert som pantobjekter selges ut. En liknende regel kunne vært aktuelt i tilfeller hvor det tas opp lån med superprioritet, i likhet med bestemmelsen i amerikansk rett.

En annen mekanisme kan være å prosentvis eller beløpsmessig begrense hvor store lån som kan tas opp med superprioritet. Dette vil i praksis likne ordningen som allerede finnes med legalpant. En slik begrensning ble blant annet foreslått av Advokatforeningen i høringsrunden

¹¹⁵ Se mer om dette i [punkt 4.3.3](#).

¹¹⁶ Chapter 11 er et kapittel i United States Bankruptcy Code, og regulerer rettslig rekonstruksjon i USA. Reglene har en annerledes struktur enn rekonstruksjonslovens bestemmelser, og er kjent for å være svært fleksible – men også både dyre og kompliserte.

¹¹⁷ United States Code Title 11. Bankruptcy, 1978, section 364 bokstav c og d.

¹¹⁸ 11 USC § 361.

til rekonstruksjonsloven.¹¹⁹ Hvis panthaver på forhånd kan beregne hvor stor andel av pantefordringen som risikeres å måtte stå tilbake for ved en fremtidig rekonstruksjon, ivaretas hensynet til forutberegnelighet.

Motargumentet er at slike begrensninger vil legge bånd på rekonstruksjonsutvalgets fleksibilitet til å finne løsninger som passer i den enkelte rekonstruksjon. Det er allerede fastslått at den kvantitative begrensningen i pantel. § 6-5 gjør at legalpantet får et snevert anvendelsesområde, noe som motarbeider hensynene som begrunner ønsket om å utvide pantsettelsesadgangen.

6.4 Bindende verdsettelse med utslettende virkning for panteheftelsen

Regelen i § 36 om bortfall av panteheftelser utover pantets antatte verdi er et utslag av en bevisst avveining mellom interessene til skyldneren og panthaver.¹²⁰ For panthaver innebærer et bortfall av panteretten et betydelig innhugg i hans rettsstilling og utgangspunktet om at insolvensbehandling hos skyldneren ikke påvirker panthavers sikkerhetsrett. Denne bestemmelsen utgjør sammen med dekningsforbudet i § 18 andre ledd at panthaver helt mister mulighet til å søke dekning i pantobjektet så lenge det pågår en rekonstruksjonsprosess, herunder å selv kjøpe pantet under dekningsaksjonen i påvente av en mulig verdistigning.

En situasjon hvor dette kan oppleves som inngripende er dersom pantets verdi midlertidig oppleves å være lavt, men øker sterkt i pris i etterkant av verdsettelsen. Pantobjekter som skip, luftfartøy og borerigger er mer utsatte for verdisvingninger enn andre.

Videre er selve muligheten til å velge tidspunkt for realisasjon en verdi i seg selv for panthaver, og er ofte innkalkulert i långiverens kredittvurdering av kredittkunden.

Begrunnelsen for at panteheftelsene må bortfalle er at dette gir et bedre økonomisk fundament for skyldneren i etterkant av rekonstruksjonen.¹²¹ Det er en fordel for virksomheten at den får mulighet til å starte med så blanke ark som mulig etter rekonstruksjonen. Virksomhetens likviditetsbehov opphører ikke når rekonstruksjonen avsluttes. Falkanger-utvalget trakk særlig

¹¹⁹ Prop. 75 L (2019-2020) s. 31.

¹²⁰ Se blant annet NOU 1993:16 s. 27.

¹²¹ NOU 1993:16 s. 27.

frem at overbeheftede eiendeler i stor grad kan stenge for at nye långivere ønsker å bidra med kreditt ettersom disse vil bli prioritert bak eksisterende panthaver.¹²²

Dette argumentet står seg dersom rekonstruksjonen går ut på sletting av gjeld. Et av formålene med rekonstruksjonsloven er imidlertid å understreke av det er tale om en "nødvendig omlegging av virksomheten og måten den drives på, hvor en sanering av gjelden bare er en del av løsningen".¹²³ Det er sannsynlig at det vil finne sted rekonstruksjoner hvor det ikke skjer en reduksjon av gjelden, men bare en betalingsutsettelse, konvertering av gjeld til egenkapital eller overdragelse av virksomheten.¹²⁴ Hvis den "nye" virksomheten senere kommer i mislighold eller går konkurs, vil panthaver bare få dekning for fordringen opp til den tidligere verdsettelsen, mens en potensiell oppside vil tilfalle skyldneren eller konkursboet.

På den andre siden, er det kun i et fåtall tilfeller at panthaver kan regne med det vil skje en verdiøkning i pantet. Pantet kan også tape verdi. I så tilfelle er det skyldneren/konkursboet som har risiko for verdiforringelsen, all den tid verdsettelsen også blir bindende for skyldneren.

I forlengelsen av dette, er det i praksis sjelden at panthaver i realiteten kan velge et markedsmessig gunstig tidspunkt å realisere pantet på. Normalt skjer tvangsdekning når en konkurs er nært forestående, og da er tiden knapp – prisen som panthaver oppnår ved enkeltvis tvangssalg vil ofte være lavere enn markedspris. Utenfor rekonstruksjonstilfellene kan imidlertid panthaver kjøpe pantet selv og selge det videre for å utnytte en eventuell verdistigning.¹²⁵ Denne muligheten har ikke panthaver når panteheftelsen faller bort ved en teoretisk verdsettelse, noe som fører til at pantesikrede kreditorer kan ønske å heller begjære skyldneren konkurs.

Falkanger-utvalget fremholdt i sin argumentasjon at regelen ikke medfører et sterkt inngrep i panthaverens rettigheter fordi panthaverne ikke utsettes for noen *faktisk* avkortning i sine dekningsmuligheter, ettersom de uansett ikke vil kunne få mer ut av pantet enn det verdien av pantet er til enhver tid. At panthaver må gi fra seg en panteheftelse som bare teoretisk sett kan

¹²² NOU 1993:16 s. 27.

¹²³ Prop. 75 L (2019-2020) s. 5-6.

¹²⁴ Jf. rkl. § 34.

¹²⁵ Sett bort fra tvangsdekningsbegrensningene i kkl. § 117 og § 17.

innbringe større verdi i fremtiden, anses for å være en "så lite forutsigbar mulighet at utvalget har funnet ikke å kunne legge avgjørende vekt på den".¹²⁶

Denne argumentasjonen har etter min mening noen svakheter. Hvis mulighetene for at pantet stiger i verdi er så lite forutsigbar som Falkanger-utvalget synes å forutsette, er det vanskelig å forstå på hvilket grunnlag utvalget mener at nye långivere skal ønske å tilby kreditt mot sikkerhet i objekter med prioritet bak de eksisterende panthaverne med sanering etter § 36. I noen tilfeller vil man med ganske stor sikkerhet kunne si at formuesgodets verdi vil stige i fremtiden – som nevnt vil enkelte formuesgoder fluktuere i pris. Da er det i så fall et argument at skyldnerens behov for en sanering av pantegjelden og likviditet også vil være til stede der det ikke skjer en reduksjon av gjelden. Hensynet til vellykkede rekonstruksjoner veier tyngre enn hensynet til panthaver.

Etter min mening er det nettopp hensynet til flere vellykkede rekonstruksjoner som er det viktigste argumentet for å opprettholde regelen. At det skjer en automatisk sanering også av panteheftelser gjør det lettere for rekonstruksjonsutvalget å få oversikt over skyldnerens økonomi og mulige scenarioer. At rekonstruksjonsutvalgets verdifastsettelse blir bindende, gjør at man får avgjort en gang for alle om en pantekreditor reelt har dekning for hele kravet sitt, eller om deler av fordringen må anses som usikret. Man unngår å måtte gjennomføre et etteroppgjør, eller å risikere å bruke kritiske midler til en for høy dividende til panthaver.¹²⁷ Hvis panteretten ikke er effektiv for pålydende, er det ressursparende at rekonstruksjonsutvalget ikke trenger å ta stilling til de enkelte fordringenes omfang. Disse momentene taler sterkt for at § 36 bør bestå slik den er i dag.

Et alternativ kunne vært å åpne for at pantsetter kan be om ny verdsettelse dersom det skjer en vesentlig endring i verdien. En slik adgang vil imidlertid kunne være konfliktskapende, og dermed motarbeide vellykkede rekonstruksjoner.

Samlet mener jeg at hensynet til den videre drift og muligheten til å oppnå vellykkede rekonstruksjoner må veie tyngre enn hensynet til panthaver i disse tilfellene. Det kan være en idé å utrede muligheten for å ta inn en mekanisme i loven som gjør at panthaver ved en fremtidig konkursavvikling kan ta seg dekket for realisasjonssummen for hele den personlige fordringen dersom summen er lik eller overstiger denne. En slik adgang vil imidlertid kunne

¹²⁶ NOU 1993:16 s. 28.

¹²⁷ Sml. konkurssituasjonen, hvor feil i verdsettelsen skal komme panthaverne til gode.

by på flere problemstillinger som det ikke er rom for å drøfte i denne avhandlingen. I praksis er det svært vanskelig å gjennomføre en rekonstruksjon uten at pantehaverne frivillig frasier seg hele eller deler av pantegjelden, og rekonstruktøren vil nok forsøke å komme til enighet med pantehaverne.

6.5 Burde pantesikret gjeld omfattes av rekonstruksjon med tvangsakkord?

Dekningsforbudet som gjelder under rekonstruksjonsperioden, får liten betydning dersom pantehaver etter rekonstruksjonen realiserer eiendeler som skyldneren trenger i sin næringsvirksomhet. Videre utgjør den pantesikrede gjelden ofte en stor gjeldspost, og det kan være sterkt behov for å reforhandle låneavtalen for å få lavere løpende utgifter.

Rekonstruktøren må i dag forhandle med hver enkelt pantekreditor for å komme frem til en løsning.¹²⁸ Dette reiser spørsmål om også den pantesikrede gjelden bør kunne omfattes av rekonstruksjonen.

Å åpne for en akkordering av pantesikret gjeld står i sterk kontrast til det sterke vernet pantehaver nyter etter norsk rett, og krever derfor en god begrunnelse.

Avhandlingen har vist at likviditetstiltakene i §§ 18 og 19 ikke nødvendigvis vil strekke til dersom skyldneren mangler midler. Fordelen med å inkludere pantesikret gjeld i rekonstruksjonen er at dette med stor sannsynlighet vil kunne føre til flere vellykkede rekonstruksjoner – både etter loven, men også fordi muligheten til å inkludere pantesikret gjeld i en rekonstruksjon med tvangsakkord kan fungere som et ris bak speilet ved utenrettslige rekonstruksjoner.

På den andre siden, er det svært vanskelig å forutse hvilke konsekvenser en slik adgang vil kunne ha for næringslivets tilgang på realkreditt.

For det første, vil en slik regel innebære at skillet mellom sikrede og usikrede fordringer viskes ut. Det er stor sannsynlighet for at dette vil medføre at banker og andre långivere vil tilby dårligere vilkår for pantesikrede lån, som videre vil bidra til at virksomheter blir mer

¹²⁸ Det er svært vanlig at flere banker går sammen om å yte større lån (banksyndikater). I praksis kan det oppstå problemstilling om et flertall av deltakerne kan binde mindretallet til å gå med på en sanering av gjelden, eller om rekonstruktøren kan holde seg til agenten for lånet. Dette beror på avtalen mellom partene, og vil ikke behandles nærmere.

avhengig av å ha egenkapital. Dette kan særlig tenkes å gi utslag for oppstartsbedrifter som ennå ikke har opparbeidet seg så mye egenkapital, men også virksomheter som opererer i næringer som tradisjonelt har hatt en gjeldstung kapitalstruktur.¹²⁹

Det kan videre oppleves som svært urimelig for en panthaver som har mistet tilliten til virksomheten og derfor ønsker å tre ut av engasjementet, å tvinges med på en løsning som forutsetter et videre engasjement etter rekonstruksjonen.

De samfunnsøkonomiske interessene trekker dermed i begge retninger. Det er interessant å se hen til hvordan problematikken løses i andre jurisdiksjoner.

EUs restruktureringsdirektiv krever at medlemsstatenes insolvenslovgivning sikrer at "berørte parter" deles inn i klasser som gjenspeiler deres interesser i rekonstruksjonen.¹³⁰ Pantesikrede kreditorer skal etter artikkel 9.2 utgjøre en egen klasse. Etter artikkel 11 kan et flertall av de lavere rangerte klassene tvinge gjennom en rekonstruksjonsplan selv om enkelte klasser har stemt mot, forutsatt at klassen(e) som har stemt mot forslaget behandles minst like gunstig som klasser av samme rang, og minst like bra som alternativet til rekonstruksjon.¹³¹

Medlemslandene kan velge å utforme reglene slik at også panthavere kan tvinges med på rekonstruksjonen.¹³² Formålet med denne adgangen er å legge til rette for flere vellykkede rekonstruksjoner.¹³³ I Sverige er det foreslått å innføre et slikt system etter modell fra direktivet.¹³⁴

En liknende løsning er blant annet kjent fra USA, England og Frankrike.¹³⁵ En slik klasseoverskridende "cram-down" kan bare skje dersom visse rettssikkerhetsgarantier er tilstede. I USA er det eksempelvis krav om at retten anser planen som "fair and equitable" overfor den dissenterende klassen.¹³⁶

Det er vanskelig å sammenlikne norsk rett med disse jurisdiksjonene. Domstolene er mer spesialiserte enn i Norge, og derfor har en mer fremtredende rolle i rekonstruksjonen. På

¹²⁹ Eksempelvis luftfartsnæringen, sml. Norwegian.

¹³⁰ Direktivet artikkel 9 nr. 4.

¹³¹ Jf. direktivet artikkel 11.1 c).

¹³² Jf. direktivet artikkel 11.1.

¹³³ Fortalen avsnitt 47.

¹³⁴ SOU 2021:12 s. 472 flg.

¹³⁵ Se Villars-Dahls utredning på s. 13 flg. for en grundig gjennomgang av fremmed rett.

¹³⁶ Jf. USC § 1129 (b) (2) (A), hvor det fremgår at panthaverne minst må kompenseres opp til pantets verdi på tidspunktet for planens ikrafttredelsesdato. Dette er ikke til hinder for at planen omfatter eksempelvis betalingsutsettelse av pantesikret gjeld.

denne måten vil pantekreditorene være sikre på at rettssikkerheten og interessene til alle involverte blir ivaretatt av kompetente aktører. Det er i dag ingen spesialiserte domstoler i Norge. En inndeling av kreditorklasser med mulighet for å overkjøre panthaverne vil i det minste kreve en utredning av hvorvidt domstolene er egnet til å gjennomføre slike prosesser, herunder hvordan tvister som oppstår underveis tenkes løst.

Det er den kredittskapende effekten som begrunner panterettens sterke vern, og det er vanskelig å måle nøyaktig hvilket utslag enkeltregler vil gi. Å åpne for å restrukturere pantesikret gjeld, også der det skjer gjennom et klassesystem, vil trolig kunne skade næringslivets tilgang på rimelig kreditt. Potensielle konsekvenser for realkreditten må derfor utredes grundig. Hvorvidt hensynet til realkreditten skal veie tyngre enn hensynet til flere vellykkede rekonstruksjoner, er et politisk spørsmål. Hensynet til panthavers behov for forutberegnelighet og sikkerhet tilsier at eventuelle regler som åpner for at pantesikret gjeld omfattes av rekonstruksjonen, må utformes på en måte som gir panthaver et tilstrekkelig minimum av rettssikkerhetsgarantier.

Det er mange årsaker til at rekonstruksjonsinstituttet ikke blir så mye brukt, og denne oppgaven har bare pekt på noen få. Men hvis målet er at flere bedrifter skal kunne ta i bruk rekonstruksjonsinstituttet, er det gode grunner for å utrede om det skal være mulig å gjøre noe med den pantesikrede gjelden. Hensynet til panthaver og realkreditten er tungtveiende, men næringslivets kompleksitet gjør at det ikke nødvendigvis er en motsetning mellom panthavers interesser og skyldnerens interesser – i alle fall ikke på sikt. De nye reglene bør gi et rammeverk som medfører at flere virksomheter overlever og blir bærekraftige. På den måten vil både banker og andre kreditorer trolig få større tillit til at prosessen fører til noe positivt.

Kilderegister

Litteratur

- Berg (2021) Berg, Borgar Høgetveit, *Beslagsretten. Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*, Universitetsforlaget, 2021
- Bergström (2002) Bergström, Clas, Eisenberg, Theodore og Sundgren, Stefan, "Secured debt and the likelihood of reorganization", *International Review of Law and Economics* 2002, ISSN 0144-8188, Vol. 21, no 4. Hentet fra <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818801000758> 1. desember 2021.
- Brækhus (2005) Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg, Universitetsforlaget, 2005
- Ellingsæter og Meling (2020) Ellingsæter, Sjur og Meling, Marie, "Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger", 2020. Hentet fra <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-85238> 6. september 2021.
- Falkanger (1982) Falkanger, Thor, "Tvangslov og Fravikelighet", *Lov og Rett* 1982/4.
- Falkanger (2008) Falkanger, Thor, Flock, Hans og Waaler, Thorleif, *Tvangsfullbyrdelsesloven – Kommentartutgave*, Bind I, 4. utgave, 2008
- Hagstrøm (2013) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2013.
- Huser (1987) Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs*, bind I, Juristinformasjon A/S, 1987.
- Lund (2011) Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterielle rettigheter* (2011) s. 126.

- Løvteit (2021) Løvteit, Bjørn, *Pantsettelse av immaterialrettigheter*, Universitetsforlaget, 2021.
- Løvold (2015) Løvold, Vibeke Irene, Brækhus' Omsetning og kreditt I – Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2015.
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A., *Panteloven med kommentarer*, 3. utgave, Gyldendal Norsk Forlag, 2016.
- Skoghøy (2021) Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2021.
- Villars-Dahl (2016) Villars-Dahl, Leif, "Rekonstruksjon i turbulente tider. Dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer", 2016.
- Wiker og Ro (2003) Wiker, Håvard og Ro, Knut, *Konkursloven kommentarutgave*, Universitetsforlaget, 2003.

Norske lover og forskrifter

- 1899 Lov 6. mai 1899 nr. 1 om akkordforhandling (akkordloven) (opphevet).
- 1980 Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandlinger og konkurs (konkursloven).
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- 1992 Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven).
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).
- 2004 Lov 26. mars 2004 nr. 17 om finansiell sikkerhetsstillelse.

2020	Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).
2020	Lov 12. juni 2020 nr. 67 om endringer i varemerkeloven og tolloven mv. (gjennomføring av nytt varemerkedirektiv mv.)
1983	Forskrift 15. februar 1983 nr. 86 etter rettsgebyrloven m.m. (rettsgebyrforskriften).
2020	Forskrift 19. juni 2020 om forenklet rekonstruksjonsforhandling for små foretak.

Lovforarbeider

1970	NUT 1970:2 Rådsegn 8 – Om pant.
1972	NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs.
1977	Ot.prp. nr. 39 1977-1978
1980	Ot.prp.nr.50 (1980-1981)
1990	Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)
1993	NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen mv.
1998	Ot.prp. nr. 26 (1998–1999)
2003	Ot.prp. nr. 22 (2003-2004)
2019	Prop. 75 L (2019-2020)
2020	Prop. 242 L (2020-2021)

Høyesterettsavgjørelser

Rt-1985-769
Rt-1987-35
Rt-1995-1181
Rt-2002-1136

Internasjonale rettskilder

USA	United States Bankruptcy Code (1978) Title 11 of the United States Code (1978).
Danmark	Lov nr. 11 af 6. januar 2014 om konkurs [konkursloven].
Sverige	SOU 2021:12: Andra chans för krisande företag – En ny lag om företagsrekonstruktion.

EU-direktiver

2002	Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.
2019	Directive (EU) 2019/1023 of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132.

Nettsider

Brønnøysundsregistrene (2021)	https://w2.brreg.no/kunngjoring/ (hentet 14. november 2021)
-------------------------------	--