



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Skyldners adgang til å finansiere driften under rekonstruksjonsforhandling

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR- 3902 vår 2023, Anne Regine Simonstø

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstillinger.....	1
1.2	Aktualitet	3
1.3	Særlige metodiske spørsmål	4
1.3.1	Forutsetninger for videre analyser.....	4
1.3.2	Høringsnotatet fra januar 2023.....	5
1.3.3	Rekonstruksjons- og insolvensdirektivet	5
1.3.4	Komparativ analyse av dansk rett	7
1.4	Videre fremstilling.....	8
2	Rekonstruksjonsinstituttets struktur	8
2.1	Introduksjon - en lovregulert rekonstruksjonsprosess.....	8
2.2	Rekonstruksjonsinstituttets motstridende hensyn.....	10
3	Rekonstruksjonsinstituttets historie.....	12
3.1	Introduksjon.....	12
3.2	Konkursloven av 1984.....	13
3.3	Etterkontroll av Falkangerutvalget og lovrevisjon i 1999.....	15
3.4	Oppsummering - en utvikling mot å tilføre mer likviditet?.....	18
4	Analyse av gjeldende rett	19
4.1	Innledning.....	19
4.2	Er dagens inngangsvilkår egnet for indirekte likviditetstilførsel?.....	21
4.2.1	Generelt om reglens innhold	21
4.2.2	Skyldners adgang til å begjære rekonstruksjon som grunnlag for indirekte likviditetstilførsel	21
4.2.3	Fordringshavers adgang til å begjære rekonstruksjon som grunnlag for indirekte likviditetstilførsel	23
4.3	Gir begrensningene i enkeltforfølgning egnet beskyttelse?	24

4.4	Er superprioritetspant og legalpant egnet til å øke skyldners likviditet?.....	26
4.4.1	Generelt om reglens innhold	26
4.4.2	Er superprioritetspantet egnet for å gi nødvendig likviditetstilførsel?.....	27
4.4.3	Er legalpantet egnet for å gi nødvendig likviditetstilførsel?	31
4.5	Tilsier rekonstruksjons- og insolvensdirektivet at gjeldende rett er egnet?	33
4.5.1	Generelt om relevante artikler etter direktivet	33
4.5.2	Gir norsk rett tilstrekkelig med varslingsregler for å sikre tidlig igangsettelse?.....	34
4.5.3	Gir norsk rett egnet og nødvendig beskyttelse mot enkeltforfølgning?	37
4.5.4	Gir norsk rett egnet og nødvendig beskyttelse av finansiering?	40
4.6	Oppsummering- er rekonstruksjonsloven egnet for å sikre skyldner nødvendig likviditetstilførsel?.....	45
5	Bør finansieringsmodellen videreutvikles?	48
5.1	Skal superprioritet tilbys i alle skyldners eiendeler?	48
5.2	Tilsier dansk rett en utvidet superprioritetsadgang?	49
5.3	Tilsier finansieringsmodellen <i>de lege lata</i> en utvidet superprioritetsadgang?	51
	Referanseliste	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Temaet for avhandlingen er skyldners mulighet til å finansiere driften under en rekonstruksjonsforhandling. Hvor en skyldner er i en alvorlig økonomisk situasjon, kan rekonstruksjonsforhandling begjæres for retten, av skyldneren eller dens fordringshavere.¹ Forhandlinger foretas da mellom skyldner og fordringshavere for å oppnå en økonomisk ordning som forhindrer konkurs, en såkalt rekonstruksjon.² Rekonstruksjon nødvendiggjøres av markedsvisninger i samfunnet og er tiltenkt virksomheter som på sikt kan være økonomisk lønnsomme.³ Dette omtales gjerne som virksomheter med *livets rett*.⁴

Under perioden med rekonstruksjonsforhandling må skyldner både finansiere driften av virksomheten og aktørene i forhandlingene.⁵ Flere forhold kan vanskeliggjøre skyldners finansieringsmuligheter. Blant annet kan fordringshavere kreve sikkerhet for lån og levering skyldner ikke kan innfri.⁶ Skyldner er avhengig av et regelverk som tilrettelegger for tilføring og sikring av likviditet for å kunne gjennomføre en vellykket forhandling og unngå konkurs.

Tradisjonelt har skyldner hatt begrensede muligheter til å skaffe seg likviditet til drift under forhandlingsperioden.⁷ Gjeldsstiftelse har i stor grad forutsatt samtykke fra en gjeldsneemd, som har medført at finansiering i stor grad har måttet betales kontant.⁸ Hvor lånesamtykke har vært gitt, har kreditten vært usikret og forbundet med høy risiko.⁹ Fordringshaveres godvilje har derfor vært nødvendig for bidrag til finansiering.¹⁰

I mai 2020 ble den midlertidige rekonstruksjonsloven vedtatt, for å forhindre at covid-19-utbruddet skulle få langvarige konsekvenser for norsk næringsliv og norske arbeidsplasser.

¹ Se midlertidig lov 7. mai 2020 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbruddet av covid-19 (rekonstruksjonsloven eller rekl.) § 2 om vilkårene for å begjære rekonstruksjon. Vilkårene vil bli nærmere redegjort for under kap. 4.2 i analysen av gjeldende rett.

² Se rekl. § 2 andre ledd hvor formålet med en rekonstruksjonsforhandling presenteres.

³ Leif Villars-Dahl, *Rekonstruksjon i turbulente tider - dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer*, utredning datert 29. februar. 2016, s. 3. Rekonstruksjonsinstituttet forklares nærmere i avhandlingens kap. 2.

⁴ Villars-Dahl (2016) s. 4.

⁵ Følger forutsetningsvis av rekl. § 19 som åpner for å gi pant med superprioritet og legalpant for lån til finansiering.

⁶ Sjur Swensen Ellingsæter og Marie Meling, «Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2020, Vol 25. nr. 1-2 s. 52-82, på s. 60. Se også lov 8. juni 1984 om fordringshavernes dekningsrett (dekn.) § 7-5 som er modifisert ved rekl. § 63 tredje ledd.

⁷ Se redegjørelsen i kapittel 3 nedenfor.

⁸ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven el. kkl.) § 14 andre ledd.

⁹ Nytt lån utgjør i stor grad massekrav etter andre klasse, jf. deknl. § 9-2 annet ledd nr. 2, men er usikret kreditt.

¹⁰ Villars-Dahl (2016) s. 44.

Loven erstatter konkurslovens regler om gjeldsforhandlinger til den oppheves og erstattes av ny konkurslov, senest 1. juli 2025.¹¹ Målet fra lovgiver er å innføre faste regler om rekonstruksjon som bygger på og videreutvikler den midlertidige lovens løsninger.¹²

Terminologien «gjeldsforhandling» fra konkursloven er i rekonstruksjonsloven erstattet med begrepene «rekonstruksjon» og «rekonstruksjonsforhandling». Endringen er ment å belyse at rekonstruksjon knytter seg til «nødvendig omlegging (rekonstruksjon) av virksomheten og måten den drives på, hvor sanering av gjelden (akkord) bare er en del av løsningen».¹³ I den videre fremstillingen vil terminologien rekonstruksjon brukes for å beskrive instituttet etter gjeldende rett. Den eldre terminologien vil kun benyttes ved gjengivelse av eldre rett.

Ved rekonstruksjonsloven er det innført flere regler som søker å styrke skyldners finansieringsmuligheter under rekonstruksjonsforhandlingene, for å oppnå vellykkede resultater.¹⁴ Den overordnede problemstillingen for avhandlingen er hvilken adgang skyldner etter rekonstruksjonsloven har til å finansiere driften under en rekonstruksjonsforhandling.

Etter mitt syn utgjør tre regelsett lovens mest sentrale verktøy for skyldners likviditetstilførsel under forhandling. For det første regulerer rekl. § 2 når forhandling kan starte. Tidlig igangsettelse kan sikre forhandlinger med mer ledig likviditet, såkalt indirekte likviditetstilførsel.¹⁵ For det andre begrenser rekl. § 18 enkeltforfølgning. Begrensingene kan tilrettelegge for styrking av skyldners finansieringsmuligheter.¹⁶ For det tredje åpner rekl. § 19 for å gi nye driftslån «superprioritet» og «legalpant».¹⁷ Prioritert sikkerhetsstillelse kan tenkes å øke fordringshaveres velvillighet til nye lån. Utgangspunktet er at panteretten som først stiftes i et panteobjekt går foran senere stiftet panteretter, jf. pantel. § 1-13.¹⁸ Rekl. § 19 representerer et unntak fra utgangspunktet om tidsprioritet i panteretten.

¹¹ Prop. 75 L (2019-2020) *Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbruddet av covid-19 (rekonstruksjonsloven)* s. 7. Justis- og beredskapsdepartementet, «Forlenger mellombels lov om rekonstruksjon», Regjeringen, 17. mars 2023, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/forlenger-mellombels-lov-om-rekonstruksjon/id2967013/> (lest 19. mars 2023).

¹² Høringsnotat om endringer i konkursloven mv. (rekonstruksjon) datert 13. januar 2023 s. 8.

¹³ Prop. 75 L (2019-2020) s. 12.

¹⁴ Innst. 244 L (2019-2020) *Innstilling fra Justiskomiteen om Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbruddet av covid-19 (rekonstruksjonsloven)* s. 1.

¹⁵ Se kap. 4.2 hvor det analyseres om inngangsvilkåret er egnet for å gi nødvendig likviditetstilførsel.

¹⁶ Se kap. 4.3 hvor det analyseres om reglene som begrenser enkeltforfølgning gir egnet beskyttelse.

¹⁷ Se kap. 4.4 hvor det analyseres om superprioritetspant og legalpant er egnet for å øke skyldners likviditet.

¹⁸ Lov 8. februar 1980 nr.2 om pant (panteloven el. pantel.)

De tre regelsettene vil samlet omtales som rekonstruksjonslovens finansieringsmodell.¹⁹ Oppgaven avgrenses mot øvrige bestemmelser med betydning for skyldners finansieringsadgang under en rekonstruksjonsforhandling.

Den første underproblemstillingen jeg vil drøfte i avhandlingen er om rekonstruksjonslovens finansieringsmodell er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene som forhindret vellykkede resultater under gjeldsforhandlingsinstituttet.²⁰ Formålet er å vurdere om den nye loven er egnet til å gi skyldner nødvendig likviditet. *Den andre underproblemstillingen* jeg vil drøfte er om skyldners finansieringsadgang bør utvides for å sikre skyldner nødvendig likviditet. Formålet er å undersøke om en utvidelse vil være i samsvar med rekonstruksjonsinstituttets to underliggende hensyn.²¹

1.2 Aktualitet

Det er ikke en ny oppfatning i norsk rett at markedsvisninger nødvendiggjør et regelverk som lar skyldner og dens fordringshavere forhandle om løsninger som kan forhindre konkurs. Allerede i 1899 ble det innført regler om akkordforhandlinger, som i 1984 ble erstattet av gjeldsforhandlingsinstituttet ved konkursloven.²² Ved etterkontroll, fant utvalget at et sterkt fordringshaververn ga skyldner likviditetsutfordringer og få vellykkede forhandlinger.²³ Det ble likevel ikke vedtatt endringer som var egnet for å øke skyldners likviditetstilgang.²⁴ Etter lovrevisjonen i 1999 var gjeldsforhandlingsinstituttet fortsatt lite anvendt, og i perioden 2006-2015 var det kun 114 kunngjøringer om åpning av gjeldsforhandlinger, hvorav ca. 19 % ikke endte med konkurs.²⁵

Nedgangstider i næringslivet i Norge og Europa, og frykt for store samfunnsmessige følger av Covid-19 har økt fokuset på rekonstruksjonsinstituttet de siste årene.²⁶ I 2016 gav Villars-Dahl ut en enkeltutredning med forslag til ny konkurslov. Utilstrekkelig likviditetstilgang hos skyldner ble igjen fremhevet som et hovedproblem ved gjeldsforhandlingsinstituttet. Det ble

¹⁹ Regelsettene nærmere innhold og betydning for skyldners finansieringsadgang vil drøftes i kap. 4.

²⁰ Se avhandlingens kap. 3.4 nedenfor hvor de de historiske utfordringene oppsummeres.

²¹ Se avhandlingens kap. 2.2 nedenfor hvor rekonstruksjonsinstituttets to underliggende hensyn forklares.

²² Lov 6. mai 1899 om akkordforhandling (akkordforhandlingsloven).

²³ Se avhandlingens kap. 3.3 nedenfor.

²⁴ Se avhandlingens kap. 3.3 nedenfor.

²⁵ Villars-Dahl (2016) s. 9 med innhentede opplysninger fra konkursregisteret.

²⁶ Villars-Dahl (2016) s. 3 og Directive (EU) 2019/1023 of the European parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency (Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens) fortale pkt. 1.

foreslått endringer for å sikre skyldnere nødvendig likviditet under forhandlingene.²⁷ Forslagene er fulgt opp i den midlertidige rekonstruksjonsloven, ovenfor omtalt som *rekonstruksjonslovens finansieringsmodell*. I 2016 kom også et EU-direktiv om rekonstruksjon og insolvens.²⁸ Direktivet ønsker å legge til rette for at virksomheter med livets rett skal leve videre.²⁹ Det er innført regler for å sikre tidligere igangsettelse av rekonstruksjonsforhandlinger og gi beskyttelse av ytt finansiering.³⁰

Den midlertidige rekonstruksjonsloven som ble vedtatt i 2021, søker å ta et oppgjør med tidligere likviditetsproblematikk.³¹ I januar 2023 kom et høringsnotat med forslag til permanente regler, som i hovedsak bygger på den midlertidige rekonstruksjonsloven.³² Rekonstruksjonsinstituttet er følgelig nytt og det er derfor få kilder som kaster lys over forståelsen og egnetheten av regelverkets nyvinninger, verken rettslig eller teoretisk. At rekonstruksjonsloven ønskes videreført, men er lite vurdert, er bakgrunnen for avhandlingens tematikk og problemstillinger. Begrensningen i tilgjengelig kilder skaper rom og behov for selvstendig nytenkning og refleksjon rundt tematikken, uten særlig rettslig forankring.

1.3 Særlige metodiske spørsmål

1.3.1 Forutsetninger for videre analyser

Hvor rekonstruksjonsloven viderefører konkurslovens regler og begreper uten tiltenkt realitetsendring, tilsier hensynet til likhet for loven at konkurslovens forståelser fortsatt anvendes. Rettskilder som belyser hvordan konkurslovens regler forstås, vil i utgangspunktet også kunne anvendes for tilsvarende regler i rekonstruksjonsloven. For rekonstruksjonslovens nyvinninger er det få tilgjengelige kilder. Dette medfører at sekundære rettskilder, som ikke i seg selv kan danne rettsregler, vil være viktige i avhandlingen.³³ Blant relevante rettskilder, reises tre metodiske spørsmål. Det er kilder som av ulike årsaker har en uklar stilling i norsk rett. Kildene står sentralt i avhandlingen og rettslige betydning drøftes derfor innledningsvis.

²⁷ Villars-Dahl (2016) s. 44 flg.

²⁸ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens.

²⁹ Se nærmere om direktivets formål under avhandlingens kap. 4.1.

³⁰ Se kap. 4.5 nedenfor.

³¹ Innst. 244 L (2019-2020) s. 1.

³² Høringsnotat av 13. januar 2023.

³³ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Tromsø 2018, s. 216.

1.3.2 Høringsnotatet fra januar 2023

Justis- og beredskapsdepartementet sendte i januar 2023 ut et høringsnotat om endringer i konkursloven, panteloven og dekningsloven.³⁴ I tillegg til endringsforslag inneholder høringsnotatet evalueringer av den midlertidige rekonstruksjonsloven.³⁵ Det er en kilde som kan kaste lys over hensiktsmessigheten av gjeldende rett. Som rettskilde er høringsnotatet et etterarbeid, en sekundær rettskilde.³⁶ Notatet er skrevet av ulike forfattere med god innsikt i saksfeltet. Rettskildeverdien ligger da i argumentasjonens overbevisningskraft.³⁷ Etterarbeid kan ha stor innflytelse på rettsutviklingen.³⁸ Dette gjelder særlig på områder med sparsommelig lovgivning, som i dette tilfellet.³⁹ Høringsnotatet er første forslag på vei mot permanent lovgivning, og forstås derfor å være et dokument av særlig viktighet.

1.3.3 Rekonstruksjons- og insolvensdirektivet

Den 20. juni 2019 vedtok EU det såkalte rekonstruksjons- og insolvensdirektivet. EU har markert direktivet som EØS-relevant. Dette begrunnes i at direktivets saksområde er selskapsrett, som knytter seg til EØS-avtalens vedlegg XXII.⁴⁰ EFTA-statene er uenige i at direktivet skal innlemmes i EØS-avtalen, men har ikke gitt særskilt begrunnelse for dette.⁴¹ Uenigheten om direktivets EØS-relevans reiser metodiske spørsmål om direktivets betydning i norsk rekonstruksjonsrett. Forrangsregelen i EØS-loven § 2 slår fast at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle norske forpliktelser etter EØS-avtalen, ved konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer andre forhold. Om norsk rett ikke endres for å tilpasse direktivet, reises spørsmålet om Norge har handlet i strid med en folkerettslig forpliktelse.

Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er presumsjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at norsk rett så vidt mulig bør tolkes slik at konflikt med Norges folkerettslige forpliktelser unngås, jf. Rt. 2000 s. 1811 s. 1826 (Finanger).⁴² Prinsippet innebærer at direktivet har

³⁴ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven eller deknl.).

³⁵ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 16 flg.

³⁶ Skoghøy (2018) s. 215-216.

³⁷ Skoghøy (2018) s. 216.

³⁸ Skoghøy (2018) s. 216.

³⁹ Skoghøy (2018) s. 216.

⁴⁰ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. (EØS-avtalen). Se EFTA, «Commission Decision (EU) 2022/2494 of 9 December 2022 on the approval of the request submitted by Lithuania for the revision of its performance targets for the third reference period». [324678 | European Free Trade Association \(efta.int\)](https://www.efta.int/324678) (EFTAs uttalelse om direktivet) (lest 2. februar 2023).

⁴¹ EFTAs uttalelse om direktivet.

⁴² Skoghøy (2018) s. 86 flg.

betydning som tolkningsmoment for norske lovbestemmelser selv om det ikke har direkte virkning.⁴³ Presumsjonsprinsippets gjennomslagskrav avhenger av karakteren til de aktuelle folkerettslige forpliktelsene og rettsområdet den nasjonale rettsregelen knytter seg til.⁴⁴ I høringsnotatet for endringer i konkursloven fra 2023 er det lagt til grunn at de norske rekonstruksjonsreglene, som et klart utgangspunkt skal harmoniseres med direktivet.⁴⁵ Dette begrunnes blant annet i at nasjonale ulikheter i vilkår og rammer for rekonstruksjon, kan føre til økte kostnader for investorer som skal vurdere risiko og ulike vilkår for tilgang til kreditt.⁴⁶ Harmonisering kan likevel unnlates hvor «viktige grunner» tilsier noe annet.⁴⁷ Uttalelsen tilsier høy terskel for unntak, men er vag og det etterspørres nærmere spesifisering.⁴⁸

Et utgangspunkt om harmonisering med en snever unntaksadgang virker å være i samsvar med presumsjonsprinsippet.⁴⁹ I tillegg til forholdene fremhevet i høringsforslaget, tilsier hensynet til å sikre reell etableringsfrihet i EU/EØS at direktivet og rekonstruksjonsloven skal harmoniseres.⁵⁰ Om medlemsstater ikke anerkjenner hverandres avviklingsregler kan det vanskeliggjøre etablering mellom medlemsstatene. I avhandlingen vil det legges til grunn at norsk rekonstruksjonsrett som utgangspunkt skal harmoniseres med direktivet.

Kjennskap til direktivets virkeområde er videre nødvendig i relasjon til direktivets relevans for norsk rett. Om virkeområdet er lite anvendelig på norske forhold, er det av liten praktisk betydning at regelverket søkes harmonisert. Direktivets virkeområde er negativt avgrenset i art. 1. Det følger av art. 1 nr. 2 at direktivet ikke får anvendelse for skyldnere angitt i bokstav a til h i bestemmelsen. Aktører som ikke opprampses faller inn under direktivets virkeområde.

For juridiske personer er direktivet anvendelig om det ikke er tale om bestemte typer finansielle foretak, institusjon og offentlige organer, jf. art. 1 nr. 2 bokstav a-g. Fysiske personer unntas direktivets virkeområde om de ikke er «entrepreneurs», jf. art. 1 nr. 2 bokstav h. Med «entrepreneur» menes «a natural person exercising a trade, business, craft or profession», jf. art. 2. nr. 1 pkt. 9. «Entrepreneurs» er kjernegruppen av direktivets

⁴³ Finangerdommen s. 1826.

⁴⁴ Finangerdommen s. 1829.

⁴⁵ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 15.

⁴⁶ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 15.

⁴⁷ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 15.

⁴⁸ Hvordan jeg forstår unntaket «viktige grunner» drøftes nærmere under avhandlingens kap. 4.5.

⁴⁹ Slik dette fremgår av Finangerdommen.

⁵⁰ Etableringsretten er en rett tilhørende fri bevegelighet for personer, se EØS-avtalens Del III kap 2.

virkeområde.⁵¹ I høringsforslaget forstås «entrepreneur» som «næringsdrivende». Fysiske personer omfattes av direktivet om de er «næringsdrivende» etter nasjonal begrepsbruk.⁵² Tilsvarende forståelse er lagt til grunn i den danske konkursloven, og følges i avhandlingen.⁵³ Fysiske og juridiske personer under rekonstruksjonsforhandling i norsk rett, faller innenfor direktivets virkeområde om de ikke omfattes av opplistede unntak i art. 1 nr. 2.

1.3.4 Komparativ analyse av dansk rett

Det vil i kapittel 5.2 foretas en sammenligning med dansk rett i vurderingen av hvorvidt gjeldende retts finansieringsregler bør videreutvikles. Dansk rett har store likhetstrekk med norsk rett, og har vært et forbilde ved utformingen av nye rekonstruksjonsregler.⁵⁴ Dansk rett kan derfor inneholde argumentasjonskilder som kan kaste lys over hensiktsmessigheten av gjeldende rett. Rettskildeværdien til dansk rett ligger da i argumentets overbevisningskraft.⁵⁵

For å foreta en sammenligning må danske rettskilder analyseres. *Jon Petter Rui* har i en artikkel om sammenligning av strafferett- og prosess, presentert en måte å håndtere fremmede rettskilder på.⁵⁶ Rui foreslår at den komparativrettslige analysen først bør fokusere på sekundærkilder, herunder juridisk litteratur som har behandlet de utenlandske primærkildene.⁵⁷ Dette både med hensyn til tid og kapasitet som kreves for å analysere primære rettskilder på et annet språk.⁵⁸ Selv om artikkelen fokuserer på strafferett- og prosess, er betraktningene likevel av generell relevans ved analyse av fremmed rett med hensyn til fremgangsmåte. Av hensyn til tid og kapasitet, vil artikkelens retningslinjer danne de metodiske rammene for analysen av danske rettskilder. Det vil tas utgangspunkt i de danske primærkildene ved analysen, men hvordan kildene tolkes vil i hovedsak støtte seg på juridisk litteratur som analyserer dansk rett.⁵⁹

⁵¹ Direktiv 2019/ 1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 5 som fremhever gruppens særlige behov.

⁵² Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 25.

⁵³ Den danske konkursloven av 2011 (dansk kkl.) § 9 a og betænkning nr. 1579 s. 58.

⁵⁴ Villars-Dahl (2016) s. 21 og se blant annet høringsnotat av 13. januar 2023 s. 48 hvor dansk rett vurderes i relasjon til finansieringsadgangen under rekonstruksjonsforhandlinger.

⁵⁵ Sverre Magnus Bergslid Salvesen, *Kreditorvern*, Oslo 2021, s. 22.

⁵⁶ Jon Petter Rui, «Komparasjon innen strafferett og-prosess», *Tidsskrift for strafferett* nr. 04, 2009, s. 434-468 s. 459 flg.

⁵⁷ Rui (2009) s. 469.

⁵⁸ Rui (2009) s. 459.

⁵⁹ Rui (2009) s. 459 flg.

1.4 Videre fremstilling

Den videre analysen av gjeldende rett kan deles inn i fire sentrale deler. Det vil først settes søkelys på rekonstruksjonsinstituttets overordnede struktur og de motstridende hensyn instituttet bygger på (kap. 2). Kjennskap til utgangspunktene og hensynene instituttet bygger på, fremstår nødvendig for forståelsen og tolkningen av rekonstruksjonsreglene. For det andre skal det gis en historisk fremstilling av sentrale regelendringer for skyldners finansieringsmuligheter under gjeldsforhandlingene (kap. 3). Ved å analysere hvordan skyldners finansieringsadgang tidligere ble regulert, gis det innblikk i hensyn og forhold som tradisjonelt har vanskeliggjort nødvendig likviditetstilførsel under forhandlingene.

For det tredje skal finansieringsmodellen under rekonstruksjonsforhandlingene klarlegges og vurderes (kap. 4). Basert på forholdene fra den historiske redegjørelsen og rekonstruksjons- og insolvensdirektivet skal avhandlingens første underproblemstilling også besvares: Er rekonstruksjonsloven egnet for å bøte på likviditetsutfordringene som forhindret vellykkede resultater under gjeldsforhandlingsinstituttet? Avslutningsvis, basert på dansk rett og resultatene fra analysen i kap. 4 skal avhandlingens andre underproblemstilling besvares: Bør finansieringsmodellen videreutvikles (kap. 5)?

2 Rekonstruksjonsinstituttets struktur

2.1 Introduksjon - en lovregulert rekonstruksjonsprosess

For å sette oppgavens tema i en konkret rettslig kontekst vil det bli gitt en kortfattet forklaring av den lovregulerte rekonstruksjonsprosessen og dens motstridende hensyn. Kjennskap til utgangspunktene i en rekonstruksjonsprosess og hensynene prosessen bygger på er nødvendig for å få en tilstrekkelig forståelse av rekonstruksjonsinstituttets regelverk.

En rekonstruksjonsforhandling kan starte på to måter, etter begjæring fra skyldner eller fordringshaver til tingretten. Skyldner kan fremsette begjæring om forhandling hvor vedkommende «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer», jf. rekl. § 2 første ledd første punktum. Fordringshaver kan kreve rekonstruksjonsforhandling om skyldner «ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller», såkalt illikviditet,

jf. rekl. § 1 første ledd andre punktum.⁶⁰ Det er utfra dagens rettskildebilde uklart hva som er det konkrete innholdet i illikviditetsvilkåret.⁶¹

Kravene til begjæringens innhold vil langt på vei sammenfalle, uavhengig av om den fremsettes av skyldner eller fordringshaver. Det er blant annet krav om å forklare behovet for rekonstruksjon, hvordan skyldners drift skal finansieres under forhandling og forslag til gjennomføring av rekonstruksjonen, jf. rekl. § 3. Hvorvidt begjæringen tas til følge skal avgjøres «snarest mulig» av tingretten, jf. rekl. § 5 andre ledd. Tidsfristen er normalt kortere ved begjæring fra skyldner enn fra fordringshaver, jf. rekl. § 5 andre ledd.

Hvor det avsies kjennelse om åpning av rekonstruksjonsforhandling skal retten oppnevne ulike aktører. Dette reguleres av rekl. kap. 3. Det stilles blant annet krav om oppnevning av en «rekonstruktør» og et «kreditorutvalg», som sammen utgjør «rekonstruksjonsutvalget», jf. rekl. § 8 første ledd, jf. femte ledd. Rekonstruktøren skal være en «advokat med erfaring fra insolvensbehandling», jf. rekl. § 8 tredje ledd. Kreditorutvalget skal bestå av en til tre medlemmer, fortrinnsvis representanter fra «ulike grupper av fordringshavere», jf. rekl. § 8 fjerde ledd. Rekonstruksjonsutvalget skal søke å bistå skyldneren under forhandlingene, og samtidig ivareta fordringshavernes felles interesser, jf. rekl. § 8 andre ledd.

Virkningene av åpningsforhandling reguleres av rekl. kap. 4. Kjernen er for det første at skyldner underlegges et konkursvern, beholder rådigheten over virksomheten og kan tilføre driftskreditt, men begrenses av rekonstruksjonsutvalgets tilsyn. For det andre involveres fordringshaverne i forhandlingen og adgangen til enkeltforfølgning begrenses.⁶²

Proessen for utarbeidelsen av forslag til rekonstruksjon følger av rekl. kap. 5. Kjernen i prosessen er at skyldneren, som utgangspunkt, først skal fremlegge utkast til rekonstruksjon av virksomheten på et fordringshavermøte, jf. rekl. § 22 første til tredje ledd. I rekl. kap. 6-7 gis reglene om frivillig og tvungen rekonstruksjon. Frivillig rekonstruksjon er aktuelt hvor minst tre fjerdedeler av fordringshaverne omfattet av et rekonstruksjonsforslag, har godtatt forslaget og ingen har gått imot innen svarfristen, jf. rekl. § 29 andre ledd, jf. rekl. § 28. Ved slik enighet gir loven kun forslag til rekonstruksjonens innhold, jf. rekl. § 27 første ledd. Hvor en eller flere fordringshavere går imot et rekonstruksjonsforslag kan tvungen rekonstruksjon

⁶⁰ Inngangsvilkårenes nærmere innhold vil bli vurdert nedenfor under kap. 4.2 i analysen av gjeldende rett.

⁶¹ Den rettskildemessige uklarheten rundt illikviditetsvilkårets innhold vil bli redegjort for nedenfor i kap. 4.2.2.

⁶² Se kap. 4.3 hvor betydningen av begrenset enkeltforfølgning for skyldners likviditetsvern analyseres.

være aktuelt. For tvungen rekonstruksjon oppstiller loven en uttømmende liste for hva en rekonstruksjon kan bestå i, jf. rekl. § 34 første ledd. Tvungen rekonstruksjon er i utgangspunktet vedtatt ved simpelt flertall av eksisterende fordringshavere, jf. rekl. § 42.

Omfanget av fordringer som kan omfattes av en rekonstruksjon, er mer begrenset ved tvungen rekonstruksjon enn ved frivillig rekonstruksjon. Ved frivillig rekonstruksjon forpliktes alle krav omfattet av rekonstruksjonsforslaget, jf. rekl. § 29. Ved tvungen rekonstruksjon vil fortrinnsberettigete og pantesikrede krav holdes utenfor, jf. rekl. § 54 første ledd.

Fortrinnsberettigede krav er fordringer som etter dekl. §§ 9-3 og 9-4 har førsteprioritet ved en konkurs, eksempelvis ansattes lønnskrav. Slike krav og pantekrav vil dekkes fullt ut, så langt fortrinnsretten og pantesikkerheten rekker, jf. forutsetningsvis i rekl. § 54.

Forhandlingene avsluttes ved at skyldner innvilges rekonstruksjon eller innstilling med eller uten konkursåpning, jf. rekl. kap. 8.

2.2 Rekonstruksjonsinstituttets motstridende hensyn

Rekonstruksjonsinstituttet bygger særlig på to hensyn som ofte trekker i ulike retninger: På den ene siden hensynet til at virksomheter med livets rett skal kunne leve videre, og på den andre siden hensynet til å beskytte fordringshavere.⁶³

Hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre åpner for at konkurs vil være nødvendig og ønskelig i markedsøkonomien. I et dynamisk marked må nye ideer prøves. Det er da uheldig at tapsbringende virksomheter får fortsette.⁶⁴ Motsatt, hvor konkurs kan medføre samfunnsmessige tap for virksomheter som på sikt kunne ha blitt lønnsomme, er det ønskelig å foreta omlegginger i virksomheten for å sikre videre drift.⁶⁵ Det er slike forhold hensynet til at virksomheter med livets rett skal kunne levere videre søker å beskytte. Det er tale om et hensyn som gjør seg særlig gjeldende ved rekonstruksjonsinstituttet. Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor en restaurant som følge av Covid-19- utbruddets restriksjoner er midlertidig illikvid. Restauranten sitter på gunstige langsiktige kontrakter med leverandører som vanskelig kan overdras til en ny juridisk enhet.⁶⁶ I et slikt tilfelle tilsier hensynet til at

⁶³ Villars-Dahl (2016) s. 4 og høringsnotat av 13. januar 2023 s. 12 med henvisning til utrederens mandat.

⁶⁴ Villars-Dahl (2016) s. 11.

⁶⁵ Villars-Dahl (2016) s. 11-12.

⁶⁶ Villars-Dahl (2016) s. 11-12.

virksomheter med livets rett skal kunne leve videre at det foretas rekonstruksjon i virksomheten.⁶⁷

Etter den norske rekonstruksjonsmodellen må skyldner både finansiere driften av virksomheten og rekonstruksjonsforhandlingen mens forhandlingen pågår.⁶⁸ Skyldner er avhengig av likviditet under rekonstruksjonsforhandlingen for å unngå konkurs. Hensynet til at virksomheter med livets rett skal kunne leve videre taler for et regelverk som muliggjør likviditetstilførsel under forhandlingene. Rekl. § 19, som åpner for å stifte superprioritetspant for lån til finansiering av virksomheten under forhandlingen, er utslag av hensynet.

Hensynet til å beskytte fordringshavere er et mer allment hensyn i formueretten. Siktemålet med å ha regler som beskytter fordringshavere er å motvirke fordringshaversvik, jf. HR-2017-33-A avsnitt 40 i relasjon til tingl. § 23.⁶⁹ Fordringshaversvik kjennetegnes av at skylder illojalt søker å unndra midler fra et fordringshaverbeslag.⁷⁰ Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor en skylder overfører store mengder midler til fordringshaver A rett før en konkurs. Disposisjonen søker å tilgodese fordringshaver A, på bekostning av øvrige fordringshavere.⁷¹

Hensynet til å beskytte fordringshavere tilsier at det bør være klare prioritetsregler i dekningsretten, både for å redusere tvistenivået mellom fordringshavere ved en gjeldsforfølgning og for at aktuelle erververe skal kunne vite når et formuesgode er beheftet med rettigheter som kan svekke formuesgodets verdi.⁷² Prioritetsreglene ved en konkurs i deknl. kap. 9 og pantel. § 1-13 om panthaveres prioritet er utslag av hensynet.

Etter den norske rekonstruksjonsmodellen er skyldners finansieringsmuligheter mens rekonstruksjonsforhandlingene pågår i stor grad betinget av godkjennelse fra fordringshavere. Eksempelvis følger det av rekl. § 15 andre ledd at skyldner ikke uten «kreditorutvalgets tillatelse» kan stifte eller fornye gjeld, pantsette, avhende eller leie bort fast eiendom, sine forretningslokaler eller formuesgjenstander av «vesentlig betydning». Kravet til godkjennelse begrenser skyldners adgang til å foreta disposisjoner som kan svekke fordringshavernes

⁶⁷ Se forutsetningsvis i Villars-Dahl (2016) s. 11-12.

⁶⁸ Forutsettes i rekl. § 19 som åpner for å gi pant med superprioritet og legalpant for lån til finansiering.

⁶⁹ Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysningsloven el. tingl.). Se også Salvesen (2021) s. 46.

⁷⁰ Salvesen (2021) s. 46.

⁷¹ Salvesen (2021) s. 46.

⁷² Salvesen (2021) s. 125.

dekningsmuligheter. Ordningen fremstår derfor som utslag av hensynet til å beskytte fordringshavere.

Rekl. § 19 som åpner for å tillatte superprioritetspant ved rekonstruksjonsutvalgets samtykke er et illustrerende eksempel på hvordan de to motstridende hensynene kan komme i konflikt. At skyldners finansieringsmuligheter begrenses av et samtykkekrav eller lignende, kan vanskeliggjøre likviditetstilførsel for virksomheter med livets rett.⁷³ Hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre kan tilsa at samtykkekravet burde fjernes.⁷⁴

For skyldners eksisterende fordringshavere kan rekl. § 19 innebære begrensning i tilkjent dekning til fordel for nye fordringshavere.⁷⁵ Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor Sparebanken Sør fikk pant i virksomhet A sitt varelager etter pantel. § 3-11, før virksomheten kom under rekonstruksjonsforhandling. Under forhandlingen stifter virksomhet A superprioritetspant til nytt driftslån i varelageret for Nordea, på prioritet foran Sparebanken Sør. Forhandlingen ender i konkurs. Nordea får full dekning for sitt krav før Sparebanken Sør og det er ikke nok verdier i boet til å gi Sparebanken Sør særlig dekning. Hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere tilsier derfor at samtykkekrav eller andre regler som søker å ivareta fordringshaverne er nødvendig for å unngå fordringshaversvik.

For å ivareta rekonstruksjonsinstituttets to motstridende hensyn søkes et regelverk som både åpner for å gi skyldner likviditetstilførsel og gir fordringshaverne forsvarlig beskyttelse. Beskyttelsen må ikke i for stor grad begrense skyldners reelle mulighet for videre drift.

3 Rekonstruksjonsinstituttets historie

3.1 Introduksjon

Som et nødvendig bakteppe for vurderingen av gjeldende rett vil jeg gi en historisk fremstilling av tidlige sentrale regelendringer for skyldners finansieringsmuligheter under gjeldsforhandlingsinstituttet. Historikken skal forsøke å belyse hvilke forhold som har vært viktige for at regelverket ikke har fungert som ønskelig. Kjennskap til hensiktsmessigheten av tidligere regelverk er et godt verktøy til vurderingen av gjeldende rett.

⁷³ Den konkrete problematikken vil bli nærmere belyst i kap. 4.4.2 i avhandlingen.

⁷⁴ Se også hvordan samtykkekravet analyseres i kap. 4.4.2 i avhandlingen.

⁷⁵ Det er et regelverk som gjøre unntak fra prioritetsreglene i pantel. § 1-13, se kap. 1.1 i avhandlingen.

Gjeldsforhandlingsinstituttet har tradisjonelt vært lite anvendt. For sen begjæring og utilstrekkelig likviditetstilførsel under forhandlingene har vært presentert som to hovedbegrunnelser for at regelverket ikke har hatt ønsket effekt.⁷⁶ For å forstå bakgrunnen for gjeldsforhandlingsinstituttets dårlige oppslutning og effekt, vil jeg foreta analyser og vurderinger av tidligere rett. Det har i nyere tid vært foretatt en enkeltmannsutredning og lovendringer som søker å fjerne problemene ved gjeldsforhandlingsinstituttet.⁷⁷ For å unngå dobbeltbehandling vil kildene først presenteres i kapittel 4 under analysen av gjeldende rett.

3.2 Konkursloven av 1984

Ved vedtakelsen av konkursloven ble gjeldsforhandlingsinstituttet innført for å avløse akkordforhandlingsinstituttet.⁷⁸ Akkordforhandlingsloven var ansett som formalistisk, kostbar og tidskrevende. Videre var det rettet kritikk mot at akkordforhandlingene foregikk i full offentlighet og minnet om konkurs.⁷⁹ Dette bidro til uvilje mot å kreve akkordforhandlinger og for sent igangsatte forhandlinger.⁸⁰ Gjeldsforhandlingsinstituttet var ment å favne videre enn akkordforhandlingsinstituttet for å bøte mot tidligere kritikk og bli mer anvendt.⁸¹

I gjeldsforhandlingsinstituttet var et sentralt siktemål å få forhandlingene tidligere i gang. Gjeldsforhandlingene ble derfor inndelt i tre stadier, hvorav de to første stadiene var unntatt offentligheten.⁸² Forhandlinger unntatt offentligheten minnet mindre om konkurs, og uviljen mot å kreve slike forhandlinger var antatt å gjøre seg mindre gjeldende.⁸³ Lovendringen ble sett på som en vesentlig forutsetning for at gjeldsforhandlingene skulle bli et reelt alternativ til private forhandlinger.⁸⁴

Det ble likevel ikke vedtatt ytterligere regler for å oppnå formålet om tidligere igangsettelse av gjeldsforhandlingene. Tidspunktet skyldner tidligst kunne kreve forhandlinger var fortsatt hvor en skyldner ikke kunne «oppfylle sine forplikter etter hvert som de forfalt», illikviditet, jf. kkl. § 1 a. Utover å kunne bidra til flere gjeldsforhandlinger hvor skyldnere allerede var illikvide, åpnet ikke regelendringen for å tillatte tidligere oppstart av gjeldsforhandlinger. Den

⁷⁶ Villars-Dahl (2016) s. 9.

⁷⁷ Villars-Dahl (2016), rekonstruksjonsloven og Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens.

⁷⁸ NOU 1972: 20 *Gjeldsforhandling og konkurs* s. 4.

⁷⁹ NOU 1972: 20 s. 4.

⁸⁰ NOU 1972: 20 s. 4.

⁸¹ NOU 1972: 20 s. 4.

⁸² NOU 1972: 20 s. 4.

⁸³ NOU 1972: 20 s. 4.

⁸⁴ NOU 1972: 20 s. 5.

ufullstendige lovendringen illustrerer hvordan problemet rundt for sen begjæring av gjeldsforhandlinger tradisjonelt ikke har vært viet tilstrekkelig oppmerksomhet.

Det opprinnelige regelverket om gjeldsforhandlinger var videre preget av et omfattende vern av sikrede fordringshavere. Vernet la betydelige begrensninger på skyldners mulighet til å tilføre nødvendige driftsmidler under en forhandling. Et illustrerende eksempel på hvordan skyldners finansieringsadgang ble begrenset, var samtykkekravet i kkl. § 14. Selv om skyldner beholdt rådighet under gjeldsforhandlingen, kunne han ikke stifte gjeld eller pantsette formuesgjenstander «av vesentlig betydning» uten gjeldsnemndas samtykke, jf. kkl. § 14 andre ledd. Gjeldsnemndas funksjon tilsvarte i all hovedsak rekonstruksjonsutvalget.⁸⁵

Ordlyden «av vesentlig betydning» tilsier at det var en høy terskel for at samtykkekravet skulle gjøre seg gjeldende. Forarbeidene la opp til en «skjønnsmessig» vurdering, hvor kjernen lå i at disposisjoner truffet under gjeldsforhandlingene skulle være «lojale og forsvarlige».⁸⁶ Selv om ønsket disposisjon var lojal og forsvarlig, oppstilte ikke bestemmelsen plikt for gjeldsnemnda til å samtykke. Kravet til samtykke åpnet derfor for at skyldners likviditetstilførsel kunne bli sterkt begrenset under en gjeldsforhandling.

Et forhold som videre antas å ha hatt sentral betydning for at skyldner ikke fikk nødvendig likviditetstilførsel under en gjeldsforhandling, var manglende vern av ny kreditt. Långivere under gjeldsforhandlingene fikk ved en eventuell konkurs, kun dekning hvor det var noe igjen etter fortrinnsberettigede og sikrede fordringshavere, jf. dekl. § 9-4. Lån til finansiering under en forhandling var dermed risikofylt og lite lukrativt.⁸⁷ Manglende vern av ny kreditt fremstår som et utslag av hensynet til å beskytte fordringshavere. Om ny kreditt ble gitt vernet prioritet, kunne det gått på bekostning av eksisterende fordringshaveres dekningsmuligheter.⁸⁸

At lån til finansiering under gjeldsforhandlingene krevde samtykke fra gjeldsnemnda og var risikofylt for långiver, er illustrerende for hvordan hensynet til at virksomheter med livets rett skal kunne levere videre tradisjonelt har måttet vike for hensynet til å beskytte fordringshavere.

⁸⁵ Se Prop. 75 L (2019-2020) s. 65 til rekl. § 8 hvor det presiseres at kkl. § 7 videreføres med visse endringer.

⁸⁶ NOU 1972: 20 s. 69.

⁸⁷ Villars-Dahl (2016) s. 44-45.

⁸⁸ Betydningen av denne problematikken i relasjon til gjeldende rett drøftes kort i kap. 4.4. og kap. 5.3.

Det var ett forhold ved det opprinnelige regelverket som gav et visst likviditetsvern. Fordringshavere var i de første seks månedene etter åpnet forhandling, avskåret fra å ta utlegg eller gjennomføre tvangsdekning, jf. kkl. § 17. Regelverket åpnet for at ledige likviditet kunne benyttes til å finansiere drift i stedet for å betale eksisterende gjeld.⁸⁹ Eksempelvis kunne Sport AS ha utestående krav, men betale husleie til videre drift under forhandlingene.

Vernet mot tvangsdekning var imidlertid begrenset til tvangssalg av skyldnerens faste eiendom og bruksrett til fast eiendom, samt driftstilbehør m.v. som nevnt i pantel. §§ 3-4, 3-8 og 3-9, jf. den opprinnelige kkl. § 17 andre ledd.⁹⁰ Fordringshavere kunne ta tvangsdekning i øvrige eiendeler under hele gjeldsforhandlingen. Begrensningene i tid og omfang i vernet mot enkeltforfølgning, indikerer at den reelle likviditetsbeskyttelsen var nokså moderat.

3.3 Etterkontroll av Falkangerutvalget og lovrevisjon i 1999

Falkangerutvalget ble oppnevnt i 1990 til å foreta etterkontroll av konkursloven, panteloven og dekningsloven.⁹¹ Formålet med etterkontrollen var å undersøke hvorvidt lovene hadde virket slik de var tiltenkt og gjøre nødvendige regelendringer utfra praktiske erfaringer av lovenes hensiktsmessighet.⁹² Etterkontrollen tok sikte på å forbedre nåværende lovverk, og ikke utrede ny konkurslovgivning.⁹³ Falkangerutvalget fant at forventet økning i bruken av gjeldsforhandlingsinstituttet var uteblitt.⁹⁴ Utvalget fremsatte en rekke forslag med sikte på å gjøre reglene om gjeldsforhandlinger enklere og raskere.⁹⁵

For å sikre tidligere oppstart av gjeldsforhandlinger, foreslo utvalget at forhandlinger kunne åpnes ved både illikviditet og, når skyldners eiendeler og inntekter ikke dekket skyldners forpliktelser, insuffisiens.⁹⁶ Forslaget åpnet for at en likvid men insuffisient virksomhet kunne begjære gjeldsforhandling. Tidligere igangsettelse ble nå foreslått løst ved å se til det

⁸⁹ Ellingsæter og Meling (2020) s. 61 i relasjon til rekl. § 18, men samme forhold gjelder her.

⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) *Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.* s. 209 om den eldre kkl. § 17 hvor dette kommenteres ved lovrevisjonen.

⁹¹ NOU 1993:16 *Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.* s. 9. [Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v. : rapport fra et utvalg oppnevnt av Justisdepartementet 26. oktober 1990 for etterkontroll av konkurslovgivningen m.v. ; avgitt til Justisdepartementet i april 1993 \(nb.no\)](#) (lest 20. februar 2023).

⁹² NOU 1993:16 s. 9.

⁹³ NOU 1993:16 s. 9.

⁹⁴ NOU 1993:16 s. 18.

⁹⁵ NOU 1993:16 s. 12. flg.

⁹⁶ NOU 1993:16 s. 18. Se 3.2 ovenfor hvor illikviditetsvilkåret i konkursloven defineres.

økonomiske aspektet i inngangsvilkåret. Forslaget ble likevel ikke fulgt opp ved revisjonen av konkursloven i 1999.

Falkangerutvalget foreslo også regelendringer for å begrense vernede fordringshaveres sterke posisjon, og styrke skyldners mulighet for likviditetstilførsel under gjeldsforhandlingene. Det ble blant annet foreslått å oppheve factoringpantet og varelagerpantet som sådan, samt å begrense adgangen til å ta salgspant i varer beregnet til forbruk, bearbeidelse og videresalg.⁹⁷

Ved lovrevisjon av konkursloven i 1999 ble enkelte av Falkangerutvalgets forslag med formål om å tilrettelegge for likviditetstilførsel og-sikring under gjeldsforhandlingene fulgt opp. Skyldner og gjeldsnemnda ble i kkl. § 17 andre til femte ledd forsøkt gitt mer handlefrihet for å bedre mulighetene til å sikre videre drift av skyldnerens virksomhet.⁹⁸ Bestemmelsen lød:

«(2) I de første seks månedene etter at gjeldsforhandling er åpnet, kan tvangsdekning i skyldnerens eiendeler etter tvangsfullbyrdsesloven kapittel 8 til 12 ikke gjennomføres uten gjeldsnemndas samtykke.

(3) Eiendeler som skyldneren erverver etter at gjeldsforhandling er åpnet, omfattes ikke uten gjeldsnemndas samtykke av panteretter stiftet før åpningstidspunktet.

(4) Skyldneren kan med gjeldsnemndas samtykke avhende varer av pantsatt varelager og driftstilbehør som nevnt i panteloven §§ 3-4, 3-8, 3-9 og 3-10, hvis dette skjer innenfor rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet og panthaverens sikkerhet ikke blir vesentlig forringet. Retten kan etter begjæring fra en panthaver forby salg som ikke oppfyller vilkårene i første punktum.

(5) Gjeldsnemnda skal utarbeide en plan for ivaretagelse av panthaverens interesser og kan i den forbindelse bestemme at panthaveren skal motta en andel av vederlaget ved salg som nevnt i fjerde ledd.»

Forbudet mot enkeltforfølgning under gjeldsforhandling ble i kkl. § 17 andre ledd utvidet til å omfatte skyldnerens eiendeler etter tvangsl. kap. 8-12.⁹⁹ Tidsbegrensningen på seks måneder ble videreført. Utvidelsen medførte blant annet at det ikke lenger kunne tas tvangsdekning for

⁹⁷ NOU 1993:16 s. 146 flg.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 209-210.

⁹⁹ Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsl).

løssøre som ikke var omfattet av driftstilbehøret under forhandlinger, jf. tvangsl. kap. 8. Reguleringen la til rette for styrking av skyldners likviditet i større omfang enn tidligere.

Begrensningen i adgangen til å foreta tvangsdekning i eiendeler etter tvangsl. kap 8-12 innebar at pant i enkle pengekrav ikke var vernet.¹⁰⁰ Hvor fordringshaver hadde pant i skyldners bankkonto, kunne vedkommende ta dekning i midlene om skyldneren misligholdt betaling av sikret krav.¹⁰¹ Fordringshavere med pant i bankkontoer kunne dermed frata skyldner viktige driftsmidler under en gjeldsforhandling. Dette kunne skape et økt behov for likviditet hos skyldner.¹⁰²

Betydningen av kkl. § 17 tredje ledd for skyldners likviditetstilførsel kan illustreres ved et eksempel: DNB har pant i varelageret til Ski AS til sikkerhet for en kassakreditt. Ski AS har en sesongbasert omsetning og varelageret med ski er tomt ved sesongslutt. Det åpnes gjeldsforhandling hos virksomheten. For å fortsette videre drift fyller Ski AS opp varelageret under forhandlingen. Innkjøp av eiendeler foretas uten finansiell bistand fra DNB og eiendelene vil derfor ikke omfattes av panteavtalen inngått med DNB før forhandlingen. DNB kan ikke kreve dekning i varelageret ved å begjære konkurs.¹⁰³ Da nye eiendeler ikke ble omfattet av panteretten stiftet før gjeldsforhandlingen, stod skyldner følgelig friere til å omsette og tilføre driftsmidler under forhandling enn tidligere. Kkl. § 17 tredje ledd har derfor vært et egnet virkemiddel for å styrke skyldners økonomiske stilling under forhandling.¹⁰⁴

Revisjon av kkl. § 17 fjerde ledd åpnet for at skyldner under visse vilkår kunne «avhende pantsatt driftstilbehør, varelager og ting beheftet med salgspant». Eksempelvis kunne virksomhet A selge lekebiler omfattet av varelagerpant for å sikre videre drift av virksomheten under en gjeldsforhandling. Regelen innebar et unntak fra reglene om salgsforbud ved tvangsdekning i pantel. §§ 3-7 annet ledd og 3-13 annet ledd.

Skyldners adgang til å selge eiendeler beheftet med pant for å tilføre likviditet var strengt begrenset. Salg måtte skje «innenfor rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet» og

¹⁰⁰ Utslag av at tvangsdekning i enkle pengekrav ikke nødvendiggjør namsmyndighetens medvirkning, jf. tvangsl. § 1-3.

¹⁰¹ Ellingsæter og Meling (2020) s. 64-65 i tilknytning til rekl. § 18 med samme begrensning. Se også Thor Falkanger, «Sikkerhet i egen forpliktelse», *Lov og Rett* (2020) s. 325–337 på s. 326 flg.

¹⁰² Ellingsæter og Meling (2020) s. 64 i tilknytning til rekl. § 18 med samme begrensning.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 210.

¹⁰⁴ Dette var også hensikten bak regelen, se Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 210.

panthaverens sikkerhet måtte ikke bli «vesentlig forringet», jf. kkl. § 17 fjerde ledd. Ordlyden «ikke blir vesentlig forringet» tilsier at skyldner ikke kunne foreta salg for å tilføre frie midler i et større omfang enn det som var nødvendig for å kjøpe inn nye eiendeler. Forarbeidene bygget på tilsvarende forståelse, men fremhevet at «millimeterrettferdighet» ikke var tilstrebet.¹⁰⁵ Skyldner kunne følgelig ikke selge store deler av pantsatt varebeholdning for å tilføre driftsmidler uten å tilbakeføre det vesentlige av verdiene til varelageret. Vilkårene satte begrensninger for adgangen til å tilføre ny nødvendig driftslikviditet under gjeldsforhandling.

Sikrede fordringshavere ble videre søkt ivaretatt i kkl. § 17 femte ledd.¹⁰⁶ Regelen gav gjeldsnemnda plikt til å utarbeide en plan for å ivareta panthavernes interesser og åpnet for at panthavere kunne motta en andel av vederlaget ved salg av panteobjekt. I forarbeidene illustreres det at vederlagsadgangen særlig skulle aktualiseres hvor panthavernes sikkerhet var forringet etter kkl. § 17 fjerde ledd.¹⁰⁷ Bestemmelsen åpnet med dette for å begrense tilgang på nye midler tilført under en gjeldsforhandling, av hensyn til sikrede fordringshavere.

Redegjørelsen har illustrert at skyldners mulighet for likviditetstilførsel fortsatt var begrenset i en revidert kkl. § 17. Ved lovrevisjonen i 1999 ble også flere av reglene som tidligere bidro til å begrense nødvendig likviditetstilførsel opprettholdt. Eksempelvis samtykkekravet i kkl. § 14. Videre ble det ikke innført nye regler som beskyttet tilført kreditt under forhandlingene. Flere av forslagene Falkangerutvalget hadde fremsatt for å begrense sikrede fordringshaveres stilling ble ikke fulgt opp. Dette gjaldt blant annet forslaget om å oppheve visse typer pant.¹⁰⁸

3.4 Oppsummering - en utvikling mot å tilføre mer likviditet?

Utover et visst vern mot enkeltforfølgning, var det mangler på regler som søkte å gi skyldner nødvendig likviditetsbeskyttelse eller- tilførsel i reglene om gjeldsforhandlinger fra 1984. Muligheten til å få tilstrekkelig driftsmidler under en gjeldsforhandling var sterkt begrenset av et inngangsvilkår som sikret for sen igangsettelse, et omfattende samtykkekrav for å tilføre likviditet og manglende sikkerhetsstillelse for nye fordringshavere.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 211.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 210.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 26 (1998-1998) s. 211.

¹⁰⁸ NOU 1993:16 s.146 flg.

Ved lovrevisjonen i 1999 ble det vedtatt flere regelendringer som søkte å gi skyldner mer handlefrihet.¹⁰⁹ Vernet mot tvangsdekning ble utvidet til å omfatte flere av skyldners eiendeler, nye ervervede eiendeler kunne holdes utenfor opprinnelige panteretter og skyldneren ble gitt en videre adgang til å selge pantsatte eiendeler i næringsvirksomhet. Dette var regler egnet til å sikre skyldner likviditet under gjeldsforhandling. Den reelle muligheten til å sikre nødvendige driftsmidler under gjeldsforhandling var likevel fortsatt sterkt begrenset av de samme manglene som tidligere. Det var ikke en utvikling som bidro til mer likviditet.¹¹⁰

Den historiske redegjørelsen har illustrert at gjeldsforhandlingsinstituttet har vært preget av et fordringshaververn, som har vanskeliggjort likviditetstilførsel under forhandlingene. Sagt på en annen måte: Hensynet til å beskytte fordringshavere har vært vektet på bekostning av hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre.

4 Analyse av gjeldende rett

4.1 Innledning

Den historiske redegjørelsen i kapittel 3 har vist at lovgiver tradisjonelt har mislykkes i å skape et regelverk som sikrer skyldner nødvendige driftsmidler under gjeldsforhandling. Et inngangsvilkår som gav sen igangsettelse, et omfattende samtykkekrav for å tilføre midler og manglende sikkerhetsstillelse for nye lån, var sentrale årsaker til likviditetsproblematikken.¹¹¹

Rekonstruksjonslovens finansieringsmodell bygger i stor grad på Villars-Dahls utredning fra 2016.¹¹² Formålet med utredningen var å skape mer fleksible gjeldsforhandlingsregler, som kunne redde flere virksomheter, arbeidsplasser og verdier.¹¹³ For å sikre flere vellykkede rekonstruksjonsforhandlinger ble det ved rekonstruksjonsloven innført regler som søker å styrke skyldners finansieringsmuligheter under forhandling.¹¹⁴ Det er både regler som tar sikte på å tilføre likviditet, samt å beskytte eksisterende likviditet.¹¹⁵

Hovedtemaet videre er hvorvidt finansieringsmodellen under rekonstruksjonsforhandling etter gjeldende rett, er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene ved gjeldsforhandlingsinstituttet.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 209.

¹¹⁰ Villars-Dahl (2016) s. 44 flg.

¹¹¹ Se kap. 3.4 hvor de historiske likviditetsutfordringene ved tidligere regelverk oppsummeres.

¹¹² Prop. 75 L (2019-2020) s. 5. Se også punkt 1.2 ovenfor hvor dette er kort kommentert.

¹¹³ Villars-Dahl (2016) s. 4.

¹¹⁴ Innst. 244 L (2019-2020) s. 1.

¹¹⁵ Prop. 75 L (2019-2020) s. 66-67 til rekl. §§ 18- 19.

For å vurdere finansieringsmodellens egnethet vil jeg starte med å analysere rekonstruksjonslovens nærmere innhold. Først vil jeg analysere om dagens inngangsvilkår åpner for tidligere igangsettelse av forhandlingene. Tidligere start kan sikre indirekte likviditetstilførsel.¹¹⁶ Deretter vil jeg analysere om reglene som begrenser enkeltforfølgning tilrettelegger for styrking av skyldners finansieringsmuligheter. Ytterligere vil jeg analysere hvorvidt adgangen til å gi tilført kreditt prioritet foran eksisterende panthavere i rekl. § 19 sikrer nødvendig likviditet. Regelens innhold omtales som superprioritetspant og legalpant.¹¹⁷

I vurderingen av finansieringsmodellens egnethet vil jeg videre analysere om gjeldende rett er i samsvar med rekonstruksjons- og insolvensdirektivets finansieringsregler. Etter mitt syn er tre regelsett i direktivet av særlig betydning for skyldners finansieringsadgang. Det er for det første artikkel 3 som stiller krav om «early warning tools» for å sikre tidlig igangsettelse, for det andre kapittel 4 som gir regler om beskyttelse av finansiering, og for det tredje artikkel 5, 6 og 7 som oppstiller regler om vern mot enkeltforfølgning. Det er tale om regler som både søker å tilføre og beskytte likviditet under forhandlingene.¹¹⁸ Oppgaven avgrenses til å se på de tre fremhevede regelsettene, som vil omtales som direktivets finansieringsregler.

Innføringen av direktivets finansieringsregler må ses i lys av at EU ønsker å legge til rette for mer restrukturering, da:

«Preventive restructuring frameworks should (...) enable debtors to restructure effectively at an early stage and to avoid insolvency, thus limiting the unnecessary liquidation of viable enterprises. Those frameworks should help to prevent job losses and the loss of know-how and skills, and maximise the total value to creditors – in comparison to what they would receive in the event of the liquidation of the enterprise’s assets or in the event of the next-best-alternative scenario in the absence of a plan – as well as to owners and the economy as a whole. »¹¹⁹

Uttalelsen illustrerer at rekonstruksjons- og insolvensdirektivet langt på vei har samme siktemål som rekonstruksjonsloven.¹²⁰ Det er ønskelig å innføre tiltak som kan sikre at

¹¹⁶ Fremhevet kort hva som legges i indirekte likviditetstilførsel i kap. 1.1 ovenfor.

¹¹⁷ Prop. 75 L (2019-2020) s. 67.

¹¹⁸ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 5.

¹¹⁹ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 2.

¹²⁰ Se kap. 2.2 ovenfor hvor rekonstruksjonslovens siktemål forklares i form av hensyn.

virksomheter med livets rett skal kunne leve videre.¹²¹ Samsvarende siktemål tilsier at direktivets innhold kan kaste lys over finansieringsmodellens egnethet etter gjeldende rett.

4.2 Er dagens inngangsvilkår egnet for indirekte likviditetstilførsel?

4.2.1 Generelt om reglens innhold

Etter konkursloven kunne gjeldsforhandling bare starte etter begjæring av en illikvid skyldner.¹²² Etter rekonstruksjonsloven kan rekonstruksjonsforhandling starte etter begjæring fra skyldner eller fordringshaver, med noe ulike vilkår.¹²³ Formålet med dette kapittelet er å vurdere hvorvidt inngangsvilkårene nå er bedre egnet enn under tidligere rett til å sikre skyldner indirekte likviditetstilførsel under en rekonstruksjonsforhandling.

4.2.2 Skyldners adgang til å begjære rekonstruksjon som grunnlag for indirekte likviditetstilførsel

Skyldner kan kreve rekonstruksjonsforhandling hvor vedkommende «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer», jf. rekl. § 2 første ledd. Ordlyden «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer» tilsier at rekonstruksjon kan begjæres hvor skyldner har eller antas å få betalingsvansker eller gjeldsproblemer. I forarbeidene er det fremhevet at illikviditet og/eller insuffisiens alltid vil oppfylle vilkåret, men at bestemmelsen er ment å favne videre enn de to tilfellene.¹²⁴

For sen begjæring ble fremhevet som et hovedproblem ved gjeldsforhandlingsinstituttet.¹²⁵ Skyldnere hadde da lite eller ingen likvide midler, og forholdet til fordringshaverne var ofte fastlåst.¹²⁶ Det ble derfor fremmet et ønske i Villars-Dahls utredning om en regel som åpnet for at også en likvid skyldner, forventet illikvid 6 til 24 måneder frem i tid, skulle kunne fremsette begjæring om rekonstruksjon.¹²⁷

Utreders forståelse av illikviditetsvilkåret og behovet for nytt inngangsvilkår ble fulgt opp i rekonstruksjonsloven.¹²⁸ Hensikten med det nye inngangsvilkåret for skyldner er å åpne for

¹²¹ Se kap. 2.2 ovenfor.

¹²² Se kap. 3.2 og 3.3 ovenfor hvor det redegjøres for tidligere inngangsvilkår.

¹²³ Se kap. 2.2 ovenfor hvor det kort vises til inngangsvilkårene etter rekonstruksjonsloven.

¹²⁴ Prop. 75 L (2019-2020) s. 18.

¹²⁵ Villars-Dahl (2016) s. 33.

¹²⁶ Villars-Dahl (2016) s. 33.

¹²⁷ Villars-Dahl (2016) s. 33.

¹²⁸ Prop. 75 L (2019-2020) s. 19.

igangsettelse av forhandling også før skyldner blir illikvid.¹²⁹ Det endrede inngangsvilkåret bygger på tanken om at det er større sannsynlighet for vellykket rekonstruksjonsforhandling om den igangsettes hos en likvid skyldner.¹³⁰ Etter lovgivers forståelse må det derfor legges til grunn at dagens endrede inngangsvilkår for skyldner er bedre egnet for indirekte likviditetstilførsel enn tidligere regelverk.¹³¹

Det har i teorien vært stilt spørsmål ved om endringen av inngangsvilkåret medfører noen endring for når rekonstruksjonsforhandlinger kan igangsettes i praksis.¹³² Uenigheten må ses som et resultat av ulike forståelser av illikviditetsvilkårets innhold.¹³³ Villars-Dahls hevdet i sin utredning at illikviditet som lå «særlig lenger enn seks måneder frem i tid», vanskelig kunne gi «grunnlag for å åpne gjeldsforhandling».¹³⁴ Ellingsæter og Meling hevder imidlertid at illikviditetsvilkåret kan være oppfylt for alle fremtidige betalingsmislighold, så lenge det kan sannsynliggjøres at skyldneren ikke vil betale et lån som forfaller frem i tid.¹³⁵ Om det eksempelvis kan sannsynliggjøres at skyldner ikke vil kunne betale lån som forfaller om tre år, er illikviditetsvilkåret etter deres oppfatning oppfylt.¹³⁶ Det er en uenighet i forståelsen om at kun nær forestående fremtidige betalingsmislighold oppfyller illikviditetsvilkåret. Ellingsæter og Melings syn fremstår å være begrunnet i at det lenge har vært antatt i teorien at skyldner kan være illikvid selv om vedkommende enda ikke har misligholdt betalingsforpliktelser.¹³⁷ Videre antar Ellingsæter og Meling at deres oppfatning er i samsvar med ordlyden i kkl. § 1 som oppstiller illikviditetsvilkåret.¹³⁸

Etter Ellingsæter og Melings syn vil den praktiske betydningen av det nye åpningsvilkåret, om Villars-Dahls illikviditetsforståelse legges til grunn, begrenses til tilfeller hvor det fremstår klart at skyldnerens betalingsevne først vil svikte et stykke frem i tid.¹³⁹ Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor virksomhet A driver med salg av møbler, hvor salget av bambusstoler er særlig viktig for bedriftens likviditetstilførsel. Rapporter fra leverandøren av

¹²⁹ Prop.75 L (2019-2020) s. 17 som siterer utredningen og tilslutning til forslaget fra en rekke høringsinstanser.

¹³⁰ Prop.75 L (2019-2020) s. 17 som siterer utredningen og tilslutning til forslaget fra en rekke høringsinstanser.

¹³¹ Prop.75 L (2019-2020) s. 18-19.

¹³² Se blant annet Ellingsæter og Meling (2020) s. 56.

¹³³ Villars-Dahl (2016) s. 33 og Ellingsæter og Meling (2020) s. 56.

¹³⁴ Villars-Dahl (2016) s. 33.

¹³⁵ Ellingsæter og Meling (2020) s. 56.

¹³⁶ Ellingsæter og Meling (2020) s. 57.

¹³⁷ Ellingsæter og Meling (2020) s. 56 med henvisning til flere.

¹³⁸ Ellingsæter og Meling (2020) s. 57.

¹³⁹ Ellingsæter og Meling (2020) s. 57.

bambusstolene viser at produksjonen av bambus skal ha en pauseperiode på tre måneder om to år. Dette vil medføre at bedriften om to år vil ha en periode på tre til fire måneder hvor den ikke får tilført bambusstoler. Det er ingen forhold som tilsier at virksomhet A vil ha svekket likviditetstilførsel før denne perioden. Det er tale om et tilfelle hvor det fremstår klart at skyldnerens betalingsevne først vil svikte et stykke frem i tid.

At endringen har en begrenset betydning, begrunnes med at retten i stor grad må bygge på informasjon og vurderinger gitt av skyldner selv ved vurderingen av om skyldner skal anses som illikvid. Om skyldner selv argumenterer for at kassen er tom, eksempelvis gjennom å fremme et likviditetsbudsjett, vil det i praksis være vanskelig for retten å overprøve dette.¹⁴⁰

Analysen har så langt illustrert at synet på hvorvidt det endrede inngangsvilkåret er egnet for å sikre tidligere igangsettelse av rekonstruksjonsforhandlinger, vil variere utfra forståelsen av illikviditetsvilkårets innhold. Det er nødvendig å se til inngangsvilkårets praktiske betydning for å vurdere egnethet. I etterkant av lovendringen har en rekke instanser stilt seg positive.¹⁴¹ Det har ikke kommet tilbakemeldinger på at vilkåret byr på utfordringer i praksis.¹⁴² Dette tilsier at endringen av inngangsvilkåret for når skyldner kan begjære rekonstruksjon, kan bidra til å bevisstgjøre skyldner på det tidligste tidspunktet forhandling kan kreves. Bevisstgjøring virker egnet for å sikre tidligere igangsettelse av forhandlinger hvor skyldnere har tilgang til større mengder likvide midler. Min oppfatning er derfor at det endrede inngangsvilkåret er egnet for å sikre skyldner indirekte likviditetstilførsel.

4.2.3 Fordringshavers adgang til å begjære rekonstruksjon som grunnlag for indirekte likviditetstilførsel

Fordringshavere kan kreve rekonstruksjonsforhandling hvor skyldner er illikvid.¹⁴³ At fordringshavere kan kreve forhandlinger representerer en nyvinning ved rekonstruksjonsloven. Endringen begrunnes i at fordringshavere bør gis anledning til å ivareta sine interesser, hvor skyldner ikke selv forstår alvoret i situasjonen i tide.¹⁴⁴ En tidlig igangsettelse av prosessen kan redusere fordringshavernes tap og gjøre sjansen for å lykkes

¹⁴⁰ Ellingsæter og Meling (2020) s. 57.

¹⁴¹ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 31 hvor det vises til positive tilbakemeldinger fra Oslo byfogdembete, flere advokatfirmaer og Stavanger tingrett.

¹⁴² Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 32.

¹⁴³ Se kap. 4.2.1 ovenfor hvor det gis en redegjørelse av illikviditetsvilkårets nærmere innhold.

¹⁴⁴ Prop. 75 L (2019-2020) s. 19-20.

med rekonstruksjonen større.¹⁴⁵ Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor en skyldner forsøker å drive en illikvid virksomhet, og fordringshavernes dekningsmuligheter stadig begrenses av driften. I en slik situasjon kan det være aktuelt for en fordringshaver å kreve rekonstruksjonsforhandling.¹⁴⁶

At også fordringshavere kan begjære rekonstruksjonsforhandlinger kan bidra til å sikre igangsettelse på et tidspunkt der skyldner ikke selv har forstått sin økonomiske situasjon. Endringen fremstår derfor som et egnet virkemiddel for å sikre indirekte likviditetstilførsel. Det fremhevede forholdet indikerer at dagens inngangsvilkår er bedre egnet enn tidligere regelverk for å sikre indirekte likviditetstilførsel. Skyldner har imidlertid alltid en vetorett til å nekte forhandlinger begjært av fordringshavere, jf. rekl. § 5 første ledd nr. 4. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvor stor praktisk betydning nyvinningen har for indirekte likviditetstilførsel.

Oppsummert legges det til grunn at endringene ved dagens inngangsvilkår for å kreve rekonstruksjonsforhandlinger er bedre egnet enn tidligere regelverk for å sikre indirekte likviditetstilførsel. Det er regelendringer som søker igangsettelse av forhandling før skyldners økonomi blir så dårlig at forhandling ikke kan gi vellykket resultat.

4.3 Gir begrensningene i enkeltforfølgning egnet beskyttelse?

En fordringshaver kan i utgangspunktet ikke ta utlegg eller gjennomføre tvangsdekning mens rekonstruksjonsforhandlingene pågår, jf. rekl. § 18. Regelen er langt på vei en videreføring av kkl. § 17 med terminologiske endringer.¹⁴⁷ Formålet med dette kapitlet er å vurdere om rekl. § 18 likevel er egnet til å gi bedre likviditetsbeskyttelse under forhandling enn tidligere rett.

Begrensningen i adgangen til å foreta tvangsdekning under forhandling er i rekl. § 18 andre ledd avgrenset på samme måte som etter kkl. § 17 andre ledd.¹⁴⁸ Regelen legger til rette for å verne skyldners likviditet under rekonstruksjonsforhandling, men fordringshaver med pant i bankkontoer kan fortsatt frata skyldneren viktig driftslikviditet.¹⁴⁹ Ved rekonstruksjonsloven er tidsfristen for beskyttelse mot enkeltforfølgning under gjeldsforhandlingene på seks

¹⁴⁵ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 33.

¹⁴⁶ Se forutsetningsvis forståelsen fra lovgiver i Prop. 75 L (2019-2020) s. 19-20.

¹⁴⁷ Prop. 75 L (2019-2020) s. 66.

¹⁴⁸ Se kap. 3.3 ovenfor.

¹⁴⁹ Se kap. 3.3 ovenfor.

måneder opphevet.¹⁵⁰ Etter rekl. § 18 andre ledd er en fordringshaver dermed avskåret fra å kreve tvangsdekning under hele forhandlingsperioden om ikke rekonstruktøren samtykker.

Den utvidede beskyttelsestiden må ses som utslag av et ønske om å gi skyldner og rekonstruktør «fred» under rekonstruksjonsforhandling, for å oppnå vellykket rekonstruksjon.¹⁵¹ Vekten under forhandling bør ligge på fordringshaverfellesskapets og virksomhetens interesser.¹⁵² Enkeltfordringshavere bør ikke gis mulighet til å forfølge egeninteresser på de øvriges bekostning.¹⁵³ Etter min oppfatning må det forventes at rekonstruktøren kun samtykker til tvangsdekning etter rekl. § 18 andre ledd hvor det er et reelt behov og tvangsdekning ikke vil skade en rekonstruksjonsløsning. Dette virker å være en naturlig følge av rekonstruktørens oppgave om å bistå skyldner under forhandling.¹⁵⁴

Betydningen av utvidet beskyttelsestid i relasjon til enkeltdekning kan illustreres ved et eksempel. Det tenkes en situasjon hvor virksomhet A er under rekonstruksjonsforhandling. Det er et større selskap hvor mange fordringshavere må involveres, og forhandlingene varer mer enn seks måneder. Etter det eldre regelverket ville en fordringshaver da kunne krevd tvangsdekning i eiendeler av viktighet for videre drift.¹⁵⁵ Den utvidede beskyttelsestiden mot enkeltforfølgning fremstår derfor egnet for å bedre likviditetsbeskyttelsen under en forhandling hvor denne strekker ut i tid, sammenlignet med tidligere regelverk.

Spørsmålet som reises videre er hvor stor betydning utvidet beskyttelsestid i praksis har for skyldner. Om rekonstruksjonsforhandlinger sjelden varer lenger enn seks måneder, kan utvidelsen ikke antas å være et egnet virkemiddel for å øke skyldners likviditetsbeskyttelse.

I høringsnotatet til ny konkurslov fra januar 2023 er det opplyst at det ble åpnet og avsluttet 12 rekonstruksjonsforhandlinger i perioden mai 2020 til 25. mars 2021.¹⁵⁶ Syv forhandlinger ble avsluttet med tvangsakkord, fire endte i konkurs, mens én forhandling resulterte i frivillig rekonstruksjon. Mediantiden fra åpning til avslutning var 102 dager (3-4 måneder).

Varigheten var kortere hvor forhandlingene endte i konkurs; 68,5 dager (2-3 måneder).

¹⁵⁰ Se kkl. § 17 andre ledd og kap.3.3 ovenfor.

¹⁵¹ Villars-Dahl (2016) s. 73.

¹⁵² Villars-Dahl (2016) s. 73.

¹⁵³ Villars-Dahl (2016) s. 73.

¹⁵⁴ Se rekl. § 8 andre ledd som fremhevet i kap. 2.1.

¹⁵⁵ Se kap. 3.3 ovenfor hvor tidsfristen kun fremheves kort.

¹⁵⁶ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 18.

Forhandlingen som tok lengst tid, var den ene som endte i frivillig rekonstruksjon; 192 dager (6-7 måneder).¹⁵⁷

I fremhevet periode var det kun ved den frivillige rekonstruksjonen utvidelsen kan ha hatt betydning. At det kun var ett tilfelle utvidelsen kan ha hatt betydning, kan isolert sett tilsi at endringen var av liten viktighet. Frivillig rekonstruksjon er likevel særlig ønskelig da det er godtatt fra alle involverte parter.¹⁵⁸ Da denne forhandlingen varte lengre enn seks måneder, kan dette indikere at utvidet beskyttelsestid er egnet for å øke skyldners likviditetsbeskyttelse. Høringsnotatets begrensede informasjon gir likevel ikke grunnlag for å trekke generelle slutninger.¹⁵⁹ Det er derfor vanskelig å si noe konkret om utvidelsens praktiske egenhet.

Oppsummert legges det til grunn at regelen som beskytter mot enkeltforfølgning er et egnet, men ikke tilstrekkelig virkemiddel, for å sikre likviditet under rekonstruksjonsforhandling. Regelen viderefører i all hovedsak tilsvarende regler etter konkursloven, som ikke sikret skyldneren nødvendig likviditet.¹⁶⁰

4.4 Er superprioritetspant og legalpant egnet til å øke skyldners likviditet?

4.4.1 Generelt om reglenes innhold

Rekl. § 19 er en nyvinning innført ved rekonstruksjonsloven. Regelen åpner for at skyldner kan stifte *superprioritetspant* og *legalpant* til sikkerhet for ny finansiering under rekonstruksjonsforhandlinger, og gjøre unntak fra prinsippet om *først i tid, best i rett*.¹⁶¹

Superprioritetspantet går ut på at skyldner kan tilby prioritert pantesikkerhet i visse eiendeler til fordringshavere som gir driftslån under rekonstruksjonsforhandling, jf. rekl. § 19 første ledd. Ethvert driftslån gitt under forhandling har også legalpant i skyldners pantebeheftede formuesgoder opp til en begrenset sum, jf. rekl. § 19 første ledd, jf. pantel. § 6-5.

Rekl. § 19 andre ledd setter krav til inngåelse og omgjøring av sikrede låneavtaler under en rekonstruksjonsforhandling. Kjernen i regelsettet er at lånet forutsetter samtykke fra

¹⁵⁷ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 18.

¹⁵⁸ Se rekl. § 29 som gir vedtaksreglene ved frivillig rekonstruksjon, som er kort redegjort for i kap. 2.1.

¹⁵⁹ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 18.

¹⁶⁰ Se kap. 3.3 ovenfor.

¹⁶¹ Se den korte redegjørelsen i kap. 1.1 ovenfor om pantel. § 1-13.

rekonstruksjonsutvalget, fremleggelse av budsjett fra skyldner som viser behov og mulighet for berørte panthavere til å kreve omgjørelse.

Innføringen av dekningsprioritet for lån under rekonstruksjonsforhandling må ses som et forsøk på å løse skyldners likviditetsproblematikk under gjeldsforhandlingsinstituttet.¹⁶² Særlig risikoen forbundet med nytt lån søkes løst.¹⁶³ Formålet med dette kapitlet er å vurdere om reglene om superprioritetspant og legalpant er egnede virkemidler for å tilføre skyldner nødvendig likviditet under rekonstruksjonsforhandling. For å besvare oppgavens spørsmål vil jeg foreta en analyse av de ulike vilkårene i rekl. § 19, og vurdere om regelen er egnet for å bøte på likviditetsproblemene i tidligere regelverk.¹⁶⁴

4.4.2 Er superprioritetspantet egnet for å gi nødvendig likviditetstilførsel?

Spørsmålet som reises i dette kapitlet er om superprioritetspantet er et egnet virkemiddel for å bøte på likviditetsutfordringene ved gjeldsforhandlingsinstituttet, som vanskeliggjorde vellykkede gjeldsforhandlinger. Sagt på en annen måte, er superprioritetspantet egnet for å gi skyldner nødvendig likviditet under en rekonstruksjonsforhandling?

Rekl. § 19 første ledd første punktum åpner for at skyldner kan stifte «panterett i driftstilbehør, varelager og utestående fordringer» for lån til «finansiering av drift av virksomheten under rekonstruksjonsforhandling, og til finansiering av selve rekonstruksjonsforhandlingen» med «prioritet foran eksisterende panthavere».

At det kan stiftes «panterett» med «prioritet foran eksisterende panthavere» åpner for avvik fra det alminnelige utgangspunktet i panteretten og formueretten, *først i tid, best i rett*, jf. pantel. § 1-13.¹⁶⁵ Tidsprioriteringen er et utslag av en veloverveid interesseavveining mellom ulike fordringshavere, som ikke bør fravikes uten gode grunner. Hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere har tradisjonelt vanskeliggjort likviditetstilførsel for skyldner under en gjeldsforhandling.¹⁶⁶ At rekl. § 19 åpner for å fravike tidsprioriteringen og gjøre vernet kreditt mindre sikker, er et forsøk på å bøte på denne problematikken. Etter min oppfatning har regelen derfor gode grunner for seg.

¹⁶² Se de oppsummerte problemene i kap. 3.4 ovenfor.

¹⁶³ Prop.75 L (2019-2020) s. 29.

¹⁶⁴ Se kap. 3.4 overfor hvor de ulike forholdene som utgjør sammenligningsgrunnlaget presenteres.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 39 (1977-1978) *Om pantelov* s. 98. Se kap. 1.1 ovenfor hvor dette også ble kort fremhevet.

¹⁶⁶ Se kap. 3 ovenfor.

Superprioritetspant begrenser pantedgangen til kostnader knyttet til «finansiering av drift av virksomheten» og «rekonstruksjonsforhandlingen», jf. rekl. § 19 første ledd første punktum. Ordlyden «finansiering av drift» tilsier at pantedgangen skal avgrenses til å sikre kostnader til videreføring av virksomheten. En slik forståelse er i samsvar med forarbeidene som viser til at utgifter til rekonstruktør, kreditorutvalg og borevisor er blant utgiftene som omfattes.¹⁶⁷ Om eksempelvis virksomhet A trenger driftslån for å betale rekonstruktøren og kreditorutvalget under rekonstruksjonsutvalget åpner rekl. § 19 for at långiver kan gis prioritert pant i virksomhetens driftstilbehør, om rekonstruksjonsutvalget samtykker.

Bakgrunnen for at superprioritetsadgangen begrenses til driftsmidler er sammensatt. For det første må det ses i lys av hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere.¹⁶⁸ Om superprioritetsadgangen blir for vid kan det skape problemer i det generelle kredittmarkedet, da pantesikkerhet oppleves mindre sikkert. For det andre må begrensningen ses i lys av at det er driftsmidler til videreføring av virksomheten, som er nødvendig for å nå forhandlingens formål; å oppnå en vellykket rekonstruksjon, jf. rekl. § 2 andre ledd.¹⁶⁹ Skyldneren skal ikke tjene på å bli satt under en rekonstruksjonsforhandling, ved å tilføres andre midler enn det som er nødvendig for å sikre videreføring av virksomheten.¹⁷⁰

Betydningen av prioritert dekning for driftsfinansiering under rekonstruksjonsforhandlinger vil bli belyst med et eksempel. Det kan tenkes en situasjon hvor virksomhet A trenger midler for å betale strøm til virksomheten under forhandlingen, en driftskostnad. Virksomhet A har et varelager pantsatt til Nordea for krav. DNB er villig til å gi driftslån under forhandlingen mot pant i varelageret. Om nødvendig samtykke oppnås fra rekonstruksjonsutvalget, vil DNB gis pant i varelageret på prioritet foran Nordea i samsvar med rekl. § 19.

At ny långiver kan få prioritert dekning for driftslån under rekonstruksjonsforhandling slik eksempelet over illustrerer, medfører at ny långivning er mindre risikofylt enn under konkursloven.¹⁷¹ Dette er et forhold som taler for at superprioritetspantet er et egnet virkemiddel for å sikre nødvendig likviditet til driften under rekonstruksjonsforhandling.

¹⁶⁷ Prop. 75 L (2019-2020) s. 67.

¹⁶⁸ Se kap. 2.2 ovenfor hvor det gis en generell redegjørelse av hensynet til å beskytte fordringshaverne.

¹⁶⁹ Se forutsetningsvis i redegjørelsen av gjeldsforhandlingsinstituttet under kap. 2.1.

¹⁷⁰ Se i lys av det som er sagt under avhandlingens kap. 2.2 om rekonstruksjonsinstituttets motstridende hensyn.

¹⁷¹ Se kap. 3 ovenfor som illustrerer hvorfor ny långivning tidligere var risikofylt.

Superprioritetspantet er begrenset til stiftelse av «panterett i driftstilbehør, varelager og utestående fordringer etter pantel. §§ 3-4, 3-8, 3-9, 3-10-, 3-11 og 4-10», jf. rekl. § 19 første ledd. Begrensningen innebærer at superprioritetspant er av liten aktualitet for virksomheter uten verdier i de aktuelle eiendelene.¹⁷² Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor virksomhet A hovedsakelig har sine verdier i fast eiendom, såkalt realregistrerte formuesgoder. For virksomhet A vil muligheten for å få sikkerhetsstillelse ved superprioritetspant være begrenset.

Begrenset tilgang på driftstilbehør, varelager og utestående fordring er vanlig for større selskaper og konserner, hvor eiendelene ligger helt eller delvis hos datterselskaper.¹⁷³ Finansiering med superprioritetspant er derfor lite aktuelt ved større rekonstruksjoner. Ordningen fremstår uheldig, da det er i større virksomheter rekonstruksjon ofte er særlig ønskelig, både for virksomheten selv og for markedet.¹⁷⁴

Hvor skyldner har tilgang til de aktuelle panteobjektene stiller rekl. § 19 andre ledd krav til inngåelsen av sikrede låneavtaler under forhandling. Slike lån kan bare inngås med «samtykke» fra rekonstruksjonsutvalget etter at skyldner har fremlagt budsjett for driften, som viser behov for lånet, jf. rekl. § 19 andre ledd.¹⁷⁵

Samtykke- og budsjettkravene har sammenheng med at det er tale om å gi lån som kan svekke fordringshavernes dekningsmuligheter. Hensynet til å beskytte berørte fordringshaverne taler for at låneavtaler kun bør aksepteres hvor dette fremstår nødvendig.¹⁷⁶ Spørsmål reises om samtykkekravet begrenser skyldners mulighet for likviditetstilførsel i for stor grad.

Samtykkekravet åpner for at rekonstruksjonsutvalget kan avslå kostnader som i driftsbudsjettet fremstår nødvendige for en vellykket rekonstruksjon. Samtykkekravet kan følgelig medførte at rekonstruksjonsutvalget nekter viktig likviditetstilførsel under en rekonstruksjonsforhandling. Dette er forhold som tilsier at samtykkekravet kan begrense likviditetstilførsel i for stor grad og bør avgrenses.

¹⁷² Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 51.

¹⁷³ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49.

¹⁷⁴ Se forutsetningsvis det som er sagt under kap. 2.2 om hensynet til å sikre videre drift for virksomheter med livets rett. Slik hensynet forstås er det særlig hvor virksomheter er av et visst omfang at en konkurs vil gi samfunnsmessige tap som gjør at rekonstruksjon er ønskelig.

¹⁷⁵ Se kap. 2.1 hvor det gis en kort oversikt over hvem som sitter i utvalget.

¹⁷⁶ Se i lys av det som er sagt under kap. 2.2 om hensynets nærmere innhold.

Eksisterende panthaverne kan likevel få sine dekningsmuligheter begrenset ved superprioritetspant.¹⁷⁷ Om slik pant kan stiftes uten at eksisterende panthavere eller representanter kan påvirke valget, taler dette for at hensynet til fordringshaverne blir for lite ivaretatt i regelverket. Hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere tilsier derfor at samtykkekravet ikke begrenser skyldners likviditetstilførsel i større grad enn nødvendig.

Det er vanskelig å tenke seg en rettslig ordning hvor hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere blir tilstrekkelig ivaretatt ved superprioritetspant uten et samtykkekrav. Etter mitt syn begrenser derfor ikke samtykkekravet ved superprioritetsordningen likviditetstilførsel i større grad enn nødvendig av hensyn til eksisterende fordringshavere.

Hvor rekonstruksjonsutvalget samtykker til sikret lån, kan berørte panthavere innen en uke etter utvalget har informert om lånet fremsette begjæring for retten om at utvalgets «samtykke skal omgjøres», jf. rekl. § 19 andre ledd. Samtykke kan da omgjøres om «eksisterende panthaveres sikkerhet blir vesentlig forringet», eller retten finner at «det ikke er behov for slikt lån». Vilkårene «vesentlig forringet» og «ikke behov for slikt lån» indikerer at terskelen for å foreta omgjøring er nokså høy. I forarbeidene er det presisert at rettens kontroll skal avverge mulige urimelige utslag av reglene for eksisterende panthavere i enkelttilfeller.¹⁷⁸

Omgjørelsesregelens innhold kan illustreres ved et eksempel. Det kan tenkes en situasjon hvor rekonstruksjonsutvalget samtykker til at virksomhet A stifter superprioritetspant til Nordea i varelageret, for lån til finansiering av rekonstruktøren; en driftskostnad.

Sparebanken Sør har allerede pant i virksomhet A sitt varelager. Superprioritetspantet vil innebære at Sparebanken Sør får sitt krav dekket etter Nordea ved en konkurs. Sparebanken Sør har kun pant i virksomhet A sitt varelager. Lånet for finansieringen av rekonstruktøren er dessuten av en slik størrelse at det vil kreve et superprioritetspant på mesteparten av varelageret for å dekke pantet. Sparebanken Sør er bekymret for at verdiene i varelageret ikke er tilstrekkelig til å dekke bankenes krav, og fremsetter begjæring om at samtykke omgjøres.

Retten mener Sparebanken Sør sin sikkerhet blir vesentlig forringet av Nordeas superprioritetspant og omgjør rekonstruktørens samtykke, jf. rekl. § 19 andre ledd.

Eksempelet illustrerer at omgjøring kan bidra til at skyldners likviditetstilførsel begrenses.

¹⁷⁷ Se også kap. 2.2 hvor dette eksemplifiseres ytterligere.

¹⁷⁸ Prop. 75 L (2019-2020) s. 34.

Spørsmål videre er om omgjørelsesadgangen i for stor grad kan svekke skyldners mulighet for likviditetstilførsel. Rekonstruksjonsutvalget skal ivareta både hensynet til det eksisterende fordringshaverfellesskapet og skyldner ved samtykkevurderingen.¹⁷⁹ Når utvalget anser samtykke forsvarlig, tilsier hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre at samtykke ikke skal kunne omgjøres.¹⁸⁰ Forholdet taler for at dagens omgjørelsesadgang åpner for å svekke skyldners likviditetstilførsel i for stor grad under en rekonstruksjonsforhandling.

Rekl. § 19 andre ledd åpner likevel for at rekonstruksjonsutvalget kan gi et lånesamtykke, av hensyn til skyldners likviditetsbehov, selv om en enkeltfordringshavers dekningsmulighet blir svært begrenset.¹⁸¹ Hensynet til å beskytte den enkelte fordringshaver, taler derfor for at samtykke bør kunne overprøves og omgjøres etter dagens strenge vilkår, som en sikkerhetsventil. Forholdet tilsier at rettens omgjørelsesadgang, ikke åpner for å svekke skyldners likviditetstilførsel i større grad enn nødvendig.

Som for samtykkekravet er det vanskelig å tenke seg en rettslig ordning hvor hensynet til eksisterende fordringshavere blir tilstrekkelig ivaretatt uten en snever omgjørelsesadgang. Etter mitt syn begrenser derfor ikke omgjørelsesadgangen ved superprioritetspant etter gjeldende rett likviditetstilførsel i større grad enn nødvendig av hensyn til fordringshaverne.

Analysen har illustrert at superprioritetspant er et egnet verktøy for å sikre nødvendige driftsmidler for virksomheter med tilgang på de aktuelle panteobjektene. Nyvinningen bøter på risikoutfordringen ved ny långivning i konkursloven for visse virksomheter, men ikke alle.

4.4.3 Er legalpantet egnet for å gi nødvendig likviditetstilførsel?

Spørsmålet som reises i dette kapittelet er om legalpantet er et egnet virkemiddel for å bøte på likviditetsutfordringene for virksomheter som ikke omfattes av superprioritetsordningen.¹⁸²

Lån til finansiering av virksomhetens drift under en rekonstruksjonsforhandling og selve rekonstruksjonsforhandlingen har «dessuten» «sikkerhet som lovbestemt pant med prioritet

¹⁷⁹ Se kap. 2.1 hvor det vises til interessene rekonstruksjonsutvalget skal ivareta.

¹⁸⁰ Som fremhevet i kap.2.2 er tilstrekkelig likviditetstilførsel en forutsetning for å sikre videre drift.

¹⁸¹ Se kap. 2.1 hvor det vises til at rekonstruksjonsutvalget også skal søke å bistå skyldneren.

¹⁸² Se kap. 4.4.2 som viser at det er særlige likviditetsutfordringer for slike virksomheter.

foran eksisterende panthavere etter pantel. § 6-5», jf. rekl. § 19. Ordlyden «dessuten» indikerer at driftslån har legalpant uavhengig av om det sikres med superprioritetspant.¹⁸³

Legalpant kan stiftes i «ethvert formuesgode beheftet med pant som tilhører skyldneren på tidspunktet da rekonstruksjonsforhandlingen ble åpnet, og som kan være gjenstand for utlegg eller konkursbeslag», jf. pantel. § 6-5 første ledd. Ordlyden «ethvert formuesgode beheftet med pant» illustrer at legalpantet gjelder flere typer panteobjekter enn superprioritetspantet, som kun gjelder driftstilbehør, varelager og utestående fordringer. Eksempelvis kan virksomhet A trenge driftsmidler under en forhandling, men kun ha fast eiendom beheftet med pant. Långiverens krav kan i dette tilfelle gis sikkerhet ved legalpant i det omfanget som tillates etter pantel. § 6-5, selv om det ikke kan tilbys superprioritetspant.

Legalpantet er begrenset til skyldnerens «formuesgode» og «fem prosent av formuesgodets beregnede verdi eller av det et salg av formuesgode innbringer, men maksimalt 700 ganger rettsgebyret i hvert realregistrerte panteobjekt», jf. pantel. § 6-5 første ledd. Rettsgebyret er fra 1. januar 2023 1 243 kr.¹⁸⁴ Maksimal legalpant som kan sikres er 870 100 kr.¹⁸⁵ Tilsvarende begrensing gjelder legalpant for boomkostninger etter pantel. § 6-5. For virksomheter uten mulighet for superprioritetspant er det en begrenset sum som kan sikkerhetsstilles på førsteprioritet.

Det er ofte større selskaper og konserner som mangler tilgang på de aktuelle panteobjektene for superprioritetspant.¹⁸⁶ Det er følgelig typisk ved større rekonstruksjoner, hvor likviditetsbehovet er stort, at det kun kan tilbys en begrenset sikkerhetsstillelse. Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor et konsern er under rekonstruksjonsforhandling. Konsernet har behov for driftslån på 3 millioner, men panteobjektene for superprioritetspant ligger hos datterselskaper. Konsernet kan da kun tilby legalpant for maksimalt 870 100 kr. Uten velvillige fordringshavere er videre drift umulig for konsernet, som risikerer konkurs.¹⁸⁷

Det oppstilte eksempelet illustrerer at legalpantet ikke er egnet for å bøte på tidligere likviditetsutfordringer for virksomheter som ikke omfattes av superprioritetsordningen. Det reises spørsmål ved om superprioritetsadgangen bør utvides til å omfatte alle skyldners

¹⁸³ Prop. 75 L (2019-2020) s. 67.

¹⁸⁴ Forskrift 15. februar 1983 nr. 86 § 2-1 til lov 17. juni 1982 nr. 86 om rettsgebyr § 2.

¹⁸⁵ 700 x rettsgebyret på kr 1243 fra 1. januar 2023, jf. pantel. § 6-5 første ledd.

¹⁸⁶ Se kap. 4.4.2 ovenfor.

¹⁸⁷ Se fra kap.3 hvor det illustreres at usikret långivning var problematisk i tidligere regelverk.

eiendeler for å sikre en egnet finansieringsadgang for alle typer virksomheter under rekonstruksjonsforhandling. En utvidelse er foreslått i høringsnotatet fra 2023.¹⁸⁸ Hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre taler for en slik løsning, mens hensynet til å beskytte sikrede fordringshavere taler mot.¹⁸⁹ Hvorvidt en utvidelse av superprioritetsadgangen til alle skyldners eiendeler er hensiktsmessig, vil vurderes i oppgavens kapittel 5.

4.5 Tilsier rekonstruksjons- og insolvensdirektivet at gjeldende rett er egnet?

4.5.1 Generelt om relevante artikler etter direktivet

Formålet med dette kapittelet er å vurdere om rekonstruksjons- og insolvensdirektivets finansieringsregler tilsier at rekonstruksjonslovens finansieringsmodell er egnet.¹⁹⁰

Rekonstruksjons- og insolvensdirektivet oppstiller i artikkel 3 krav om at medlemsstatene skal gi skyldnere tilgang til «one or more clear and transparent early warning tools», jf. direktivets art. 3 nr. 1. Varslingsmekanismene skal avdekke forhold som kan medføre sannsynlighet for insolvens og gi skyldner signaler om behov for umiddelbare tiltak, jf. art. 3 nr. 1.

Opplysninger om varslingsmekanismer og fremgangsmåten til en rekonstruksjon skal være tilgjengelig, både for skyldner og arbeidstakere, jf. art. 3.3 og 3.4.

I kapittel 4 oppstiller direktivet regler om beskyttelse av finansiering. I tilfelle senere «insolvency» hos skyldneren, gir direktivet regler medlemsstatene må oppfylle for å gi finansiering «adequately» beskyttelse, jf. art. 17 nr. 1. For å sikre finansiering nødvendig beskyttelse, tillater direktivet at finansiering kan gis prioritert dekningsrett, jf. art. 17 nr. 4.

I artikkel 5, 6 og 7 gis det regler om vern mot enkeltforfølgning. Etter direktivet skal enkeltforfølgning kunne utsettes under rekonstruksjonsforhandlingene, jf. art. 6. Vernet mot forfølgning er imidlertid underlagt flere begrensninger. Analysen avgrenses til å se på kravet til tidsbegrensning og kravet til begjæring fra skyldner om suspensjon mot enkeltforfølgning. Det er to krav som ikke følger av gjeldende norsk rett, men som etter mitt syn virker egnet til

¹⁸⁸ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 52 flg.

¹⁸⁹ Se i kap. 2.2 ovenfor og kap. 5.3 nedenfor.

¹⁹⁰ Hva som forstås som direktivets finansieringsregler og bakgrunnen for dette er kort presentert i kap. 4.1.

å begrense skyldners likviditetsvern.¹⁹¹ Det er følgelig regelsett som kan ha særlig betydning for skyldneres finansieringsadgang under rekonstruksjonsforhandlinger.

For å besvare oppgavens problemstillinger vil jeg først foreta en analyse av de nevnte artiklene og vurdere om gjeldende norsk rett er i overensstemmelse med direktivet. Om gjeldende rett ikke er i samsvar med direktivets regler, vil det videre vurderes om *vektige grunner* kan begrunne manglende harmonisering, eller om det må konstateres brudd.¹⁹² Nasjonale tiltak som fremstår bedre egnet enn direktivets regler til å sikre nødvendige driftsmidler under en rekonstruksjonsforhandling antas å kunne være slike *vektige grunner*.

4.5.2 Gir norsk rett tilstrekkelig med varslingsregler for å sikre tidlig igangsettelse?

Spørsmålet som reises i dette kapittelet er om norsk rett er egnet til å sikre tidlig igangsettelse av forhandlinger, slik direktivets regler om tidlige varslingsmekanismer stiller krav til.

Rekonstruksjons- og insolvensdirektivets art. 3. nr. 1 oppstiller krav om at medlemsstatene skal gi skyldnere tilgang til «one or more clear and transparent early warning tools».

Ordlyden «early warning tools» tilsier krav om opprettelse av egne varslingsverktøy utover de som tradisjonelt kan komme fra skyldnerens fordringshavere. I direktivets fortale er det fremhevet at tidligere varslingsmekanismer skal advare skyldner om pressende behov for handling, og sikre tidligere igangsettelse av forhandlinger.¹⁹³ Det fremstår vanskelig å gi skyldner konkret advarsel om pressende behov for handling uten særskilt verktøy med slikt siktemål. Formålet bak å presentere krav om tidligere varslingsverktøy taler derfor for krav om egne verktøy.¹⁹⁴

I art. 3 nr. 2 a-c uttrykkes det at «early warning tools may include» varslingsmekanismer ved uteblitt betaling, rådgivningstjenester og tiltak som gir tredjepersoner med opplysninger om skyldner insentiver til å gjøre skyldner oppmerksom på negativ utvikling.¹⁹⁵ Ordlyden «may include» indikerer at art. 3 nr. 2 bare gir eksempler på varslingsmekanismers innhold.

For privatpersoner tilbyr NAV bistand både på sine nettsider og ved individuell veiledning.¹⁹⁶ Små virksomheter som oppfyller vilkårene i rekl. § 2 første ledd, kan anmode tingretten om

¹⁹¹ Se nærmere om begrensningenes innhold og betydning i avhandlingens kap. 4.5.3. nedenfor.

¹⁹² Se kap. 1.3.2 ovenfor hvor det foretas en redegjørelse av direktivets betydning i norsk rett.

¹⁹³ Se Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 17 og pkt. 2.

¹⁹⁴ Se Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 17.

¹⁹⁵ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 27-28.

¹⁹⁶ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 29.

oppnevning av rådgiver til bistand med utarbeidelse av rekonstruksjonsforslag, jf. forskrift om forenklet rekonstruksjonsforhandling for små foretak § 3. Privatpersoner og små virksomheter tilbys etter norsk rett rådgivningstjenester fra offentlige organisasjoner som eksemplifisert i direktivet, jf. art. 3 nr. 2 bokstav b. Min forståelse er derfor at gjeldende norsk rett oppfyller kravene til «early warning tools» for privatpersoner og små foretak.

For øvrige virksomheter er det ikke vedtatt egne varslingsmekanismer. Lovgiver antar at skyldner blir oppmerksom på eget betalingsmislighold ved betalingspåminnelser og inkassovarsler, og i ytterste konsekvens ved rettslig inndrivelse.¹⁹⁷ Spørsmålet reises om gjeldende rett kan oppfylle direktivets krav til «early warning tools» i art. 3 nr. 1 når det ikke er vedtatt egne varslingsmekanismer for alle virksomheter. Direktivet er nytt og andre EU-lands løsninger for å oppfylle direktive kan være relevant for å besvare spørsmålet.

En rekke EU-land har ordninger for å tilby gratis rådgivning til næringsdrivende for å forebygge eller avhjelpe økonomiske problemer.¹⁹⁸ I Danmark bistår Early Warning Danmark foretak i økonomisk krise med å utarbeide en handlingsplan, og om nødvendig vurdere rekonstruksjon eller avvikling.¹⁹⁹ Organisasjonen finansieres primært av den danske stat.²⁰⁰ Ifølge organisasjonen selv har 50 % av hjulpede virksomheter gått fra motgang til medgang.²⁰¹ I et dansk lovforslag er det lagt til grunn at Early Warning-programmet skal videreføres.²⁰² I Tyskland tilbyr Team U kostnadsfri rådgivning til entreprenører gjennom en hjelpelinje på telefon, selvhjelpsgrupper og onlinesupport. Organisasjonen er uavhengig av staten.²⁰³

At det i andre EU-land er opprettet kostnadsfrie aktører for å sikre tidlig varslings, kan tilsi at den norske ordningen ikke er tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav.²⁰⁴ Da flere av de opprettede aktørene i andre land er uavhengige av staten, indikerer dette likevel at art. 3 gir stor frihet i utformingen av varslingskravet. En slik forståelse er lagt til grunn i

¹⁹⁷ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 29 hvor det foretas analyse av gjeldende rett.

¹⁹⁸ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 28.

¹⁹⁹ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 28.

²⁰⁰ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 28.

²⁰¹ Early Warning, «Vi hjelper dig og din virksomhed igennem modgang- før det er for sent», <https://earlywarning.dk/> (lest 24. mars 2023).

²⁰² Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 28 med henvisning til dansk lovforslag L 181 s. 44.

²⁰³ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 28.

²⁰⁴ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 28.

høringsforslaget til ny konkurslov.²⁰⁵ I høringsforslaget antas derfor gjeldende rett å være i samsvar med kravene til varslingsmekanismer, også for større virksomheter.²⁰⁶

På bakgrunn av den varierende forståelsen av kravet til tidligere varslingsmekanismer i EU-land, er mitt syn at gjeldende rett, med inkassovarsler og betalingspåminnelser, oppfyller direktivets krav til «early warning tools». Ønske om å sikre skylder tidligere igangsettelse, hvor vedkommende er likvid, tilsier likevel at det bør innføres en gratis rådgivningstjeneste i norsk rett, for å gjøre finansieringsmodellen bedre egnet.²⁰⁷ I samme retning taler de positive tilbakemeldingene fra den danske ordningen.²⁰⁸

I direktivets art. 3 nr. 3 og 4 stilles det videre krav til at skyldnere og arbeidstakere skal ha tilgang til oppdatert informasjon om «early warning tools» og fremgangsmåte og tiltak knyttet til rekonstruksjon. Informasjonen skal være tilgjengelig på internett og for «SMEs» skal informasjonen være «easily accessible and presented in a user-friendly manner», jf. art. 3 nr. 4. Med «SMEs» siktes det til «micro, small and medium-sized enterprises», slik de er definert i nasjonal rett, jf. art. 2 nr. 2 c. Det er i Norge vanlig å definere små og mellomstore bedrifter (SMB) som bedrifter under 100 ansatte, slik at 99 % av alle virksomheter i Norge er SMB.²⁰⁹ Det særlige informasjonskravet aktualiseres i stor grad for norsk rett.

Informasjon om vilkårene for og gjennomføring av rekonstruksjonsforhandlinger er tilgjengelige på Norges domstolars nettsider.²¹⁰ Informasjonen er gitt i punkter med store overskrifter og fremstår formulert på en brukervennlig måte.²¹¹ Jeg mener derfor at norsk rett oppfyller informasjonskravet i direktivets art. 3 nr. 3 og 4.

Analysen av direktivets regler om «early warning tools» har illustrert at gjeldende norsk rett trolig oppfyller direktivets krav. Hensynet til å sikre igangsettelse av forhandlinger på et tidlig tidspunkt, tilsier likevel at det bør innføres kostnadsfrie rådgivningsaktører i norsk rett.

²⁰⁵ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 29.

²⁰⁶ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 29.

²⁰⁷ Se avhandlingens kap. 4.2 om bakgrunnen for endret inngangsvilkår i norsk rett.

²⁰⁸ Som fremhevet ovenfor må det likevel tas i betraktning at det kommer fra organisasjonen selv.

²⁰⁹ NHO, «Fakta om små og mellomstore bedrifter (SOM) <https://www.nho.no/tema/sma-og-mellomstore-bedrifter/artikler/sma-og-mellomstore-bedrifter-smb/> (lest 24. mars 2023)

²¹⁰ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 30.

²¹¹ Norske domstoler, «Rekonstruksjon. Hentet fra <https://www.domstol.no/no/konkurs-eiendom-og-gjeldsordning/konkurs/rekonstruksjon/> (lest 24. mars 2023)

4.5.3 Gir norsk rett egnet og nødvendig beskyttelse mot enkeltforfølgning?

Spørsmålet som reises i dette kapittelet er om norsk retts regler om beskyttelse av enkeltforfølgning, gir egnet og nødvendig beskyttelse i lys av direktivets regler.

Etter direktivet skal enkeltforfølgning, i form av utlegg eller tvangsrealisasjon, kunne utsettes under rekonstruksjonsforhandlingene, jf. art. 6. Formålet med slik suspensjon skal være å kunne fortsette drift eller i det minste bevare boets verdier under forhandlingene.²¹² Som fremhevet ovenfor er forfølgningsvernet underlagt flere begrensninger, og analysen vil se på kravet til tidsbegrensning og begjæring av suspensjon mot enkeltforfølgning.

Direktivet innfører krav til tidsbegrensning for vernet mot enkeltforfølgning, med mulighet for forlengelse, jf. direktivets art. 6. Tidsbegrensningen skal innledningsvis være på maks fire måneder, med mulighet for forlengelse opptil tolv måneder, jf. direktivets art. 6 nr. 6 og 8. Forlengelse kan blant annet være begrunnet hvor det er gjort relevante fremskritt i forhandlinger eller videreføring ikke er urimelig til skade for involverte parter, jf. art. 6 nr. 7 bokstav a og b.²¹³ Tidsbegrensningen må ses i lys av ønsket om rimelig balanse mellom skyldneres og fordringshaveres rettigheter.²¹⁴ Skyldner trenger fred i forhandlingsperioden, men det kan oppleves urettferdig for fordringshavere å vente lenge i uvisshet på dekning.²¹⁵ Hensynet til å beskytte fordringshaverne tilsier derfor behov for tidsbegrensning.

Etter gjeldende norsk rett gis ikke tidsbegrensninger for vern mot enkeltforfølgning.²¹⁶ Norsk rett åpner derfor for å innskrenke rettighetene til fordringshavere i større grad enn direktivet tillater. Selv om norsk rett gir et bedre vern overfor skyldneren, er det følgelig motstrid med direktivet. Spørsmålet reises om det foreligger vektige grunner for å opprettholde løsningen i norsk rett.²¹⁷ Det kan argumenteres for at krav om tidsbegrensning for enkeltforfølgningsvernet kan bidra til å effektivisere forhandlingene. Om forhandlingene presses til å gjøres kortere i tid, kan prosessen tenkes mindre kostbar og mer tilgjengelige. Fremhevede forhold taler mot opprettholdelse av den norske løsningen.

²¹² Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 32.

²¹³ Se høringsnotat av 13. januar 2023 s. 42.

²¹⁴ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 35.

²¹⁵ Se avhandlingens kap. 4.3 hvor behovet for fred fremheves som en begrunnelse bak den utvidede beskyttelsestiden i norsk rett.

²¹⁶ Se kap. 4.3 ovenfor hvor det redegjøres for enkeltforfølgningsvernet etter rekl. § 18.

²¹⁷ Harmonisering kan etter lovgivers syn unnlates i slike tilfeller, se avhandlingens kap. 1.3.3.

Det er imidlertid sentralt å påpeke at det ble gjennomført få vellykkede gjeldsforhandlinger i norsk rett hvor det gjaldt en tidsfrist på seks måneder på enkeltforfølgningsvernet.²¹⁸

Manglende likviditetsvern hos skyldner under forhandlingene har vært en viktig faktor for instituttets svake gjennomslagskraft.²¹⁹ Hvor en rekonstruksjonsprosess trekker ut i tid, vil en tidsbegrensning på beskyttelsen mot enkeltforfølgning medføre at skyldners likviditet ikke lenger vernes.²²⁰ Manglende likviditetsvern kan da vanskeliggjøre vellykket rekonstruksjon.²²¹ Likviditetsbehovet til en virksomhet som ønsker videre drift tilsier derfor at det ikke bør være tidsbegrensninger i forfølgningsvernet. Dette er forhold som taler for at det foreligger vektige grunner for å opprettholde den norske løsningen.

Av rekonstruksjonsforhandlingene foretatt i perioden mai til november 2020 var det likevel ingen forhandlinger som varte lengre enn syv måneder.²²² Når direktivets art. 7 nr. 2 åpner for å forlenge en forhandling med opptil tolv måneder, tilsier dette at direktivets tidsfrister ikke nødvendigvis vil virke likviditetsdempende for skyldnere i praksis. At tidsforlengelse krever begrunnelse er etter min forståelse videre egnet for å sikre nødvendig likviditetsvern for virksomheter med livets rett.²²³ Hvor en forhandling ikke har gjort nødvendig fremskritt, vil en videreføring kunne virke urimelig til skade for en fordringshaver. Det fremstår da riktig og viktig at forhandlingene ikke forlenges, av hensyn til fordringshaverne.²²⁴

Etter mitt syn illustrerer analysen at en tidsbegrensning av rekonstruksjonsforhandlingene med mulighet for forlengelse, er den beste løsningen for å ivareta både hensynet til skyldner og fordringshaverne i en forhandling. Det foreligger ikke vektige grunner mot en slik ordning i norsk rekonstruksjonsrett. Regelverket bør derfor endres for å harmoniseres.

Direktivets regler om oppnevning av rekonstruktør og suspensjon tilsier videre at skyldner selv må kreve suspensjon av enkeltforfølgning, jf. direktivets art 5, jf. art. 6 nr. 3.²²⁵ Etter gjeldende norsk rett skjer slik suspensjon automatisk når rekonstruksjonsforhandling starter, uten særskilt begjæring, jf. rekl. § 18. Min forståelse er derfor at rekonstruksjonslovens

²¹⁸ Se kap. 1.2 ovenfor hvor det illustreres at det ble gjennomført få vellykkede gjeldsforhandlinger.

²¹⁹ Se kap. 3.4 ovenfor.

²²⁰ Se kap. 4.3 ovenfor hvor dette belyses nærmere i relasjon til rekl. § 18.

²²¹ Se kap. 4.3 ovenfor hvor dette eksemplifiseres i relasjon til rekl. § 18.

²²² Se kap. 4.3 overfor.

²²³ Se fra kap. 2.2 som viser det nærmere innholdet i hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre.

²²⁴ Se kap.2.2 overfor som illustrer at hensynet til at virksomhetet med livets rett skal leve videre også åpner for at konkurs kan være nødvendig og riktig.

²²⁵ Se høringsnotat av 13. januar 2023 s. 42 flg.

finansieringsmodell ikke er i samsvar med direktivet på dette punktet. Spørsmålet er om vektige grunner tilsier opprettholdelse av gjeldende norsk rett.

At skyldner selv må fremsette begjæring om vern kan medføre ulik beskyttelse av ulike skyldners likviditet avhengig av deres årvåkenhet. Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor virksomhet A, en nøkkelbedrift i Stavanger, på grunn av nedgangstider i oljesektoren er blitt illikvid. Virksomheten har holdt på i 20 år og det er enighet om at virksomheten har livets rett. Virksomhet A begjærer rekonstruksjonsforhandling, men glemmer å begjære suspensjon av individuell forfølgning og konkurs. En større fordringshaver av virksomheten krever tvangsdekning og får ta utlegg i store deler av virksomhetenes varelager, jf. tvangsl. kap 8. At deler av varelageret forsvinner skaper økt likviditetsbehov som virksomheten ikke klarer løse. Om virksomhet A hadde krevd suspensjon av enkeltforfølgning, hadde tvangsdekning trolig ikke vært mulig. Da direktivets løsning kan bidra til ulik likviditetsbeskyttelse hos skyldnere, stilles det spørsmål ved egnetheten av begjæringskravet.

At skyldner selv må kreve suspensjon av enkeltforfølgning i direktivet antas å være et utslag av hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere. Da fordringshaverne allerede er gitt et omfattende vern under en norsk rekonstruksjonsforhandling, fremstår kravet uhensiktsmessig i lys av skyldners likviditetsbehov.²²⁶ Formålet med rekonstruksjonsloven er å legge til rette for vellykkede rekonstruksjoner.²²⁷ Om skyldner har krevd suspensjon av enkeltforfølgning eller ikke, bør ikke være avgjørende for om forhandlingene lykkes. De fremhevede forholdene utgjør etter mitt syn vektige grunner for å beholde gjeldende norsk rett på dette punktet.

Analysen av direktivets regler om enkeltforfølgningsvern under rekonstruksjonsforhandling illustrerer at direktivet gir større begrensninger i skyldners likviditetsbeskyttelse enn norsk rett. Det foreligger motstrid mellom norsk rett og EU-rett. I relasjon til kravet om tidsfrister, er min forståelse at direktivets ordning er bedre egnet for å ivareta hensynet til både skyldner og fordringshavere. Norsk rett bør endres for å bli harmonisert. For direktivets regel om at skyldner selv må kreve vern mot enkeltforfølgning, fremstår opprettholdelse av rekonstruksjonslovens løsning nødvendig for å sikre alle skyldnere nok likviditet. Etter mitt syn foreligger det derfor vektige grunner for å unnlate harmonisering på dette punktet.

²²⁶ Se eksempelvis beskyttelsen av fordringshaverne ved kravene etter rekl. § 19 andre ledd.

²²⁷ Se rekl. § 2 andre ledd.

4.5.4 Gir norsk rett egnet og nødvendig beskyttelse av finansiering?

Spørsmålet som reises i dette kapittelet er om de norske reglene om beskyttelse av finansiering under en rekonstruksjonsforhandling, er egnet og nødvendig i lys av rekonstruksjons- og insolvensdirektivets regler.

I rekonstruksjons- og insolvensdirektivets kapittel 4 oppstilles blant annet regler om beskyttelse av ny og midlertidig finansiering.

Det må først vurderes når beskyttelsen kommer til anvendelse etter den norske rekonstruksjonsloven.

Ny finansiering er i direktivets art. 2 nr. 7 definert som:

« [...] any new financial assistance provided by an existing or a new creditor in order to implement a restructuring plan and that is included in that restructuring plan».

Midlertidig finansiering er i direktivets art. 2 nr. 8 definert som:

« [...] any new financial assistance, provided by an existing or a new creditor, that includes, as a minimum, financial assistance during the stay of individual enforcement actions, and that is reasonable and immediately necessary for the debtor's business to continue operating, or to preserve or enhance the value of that business».

Forskjellen mellom ny og midlertidig finansiering forstås å ligge i tidspunktet og formålet med finansieringen. Om virksomhet A under en rekonstruksjonsforhandling har et akutt likviditetsbehov for å finansiere driften mens forhandlingene pågår og enkeltforfølging er suspendert, er det tale om midlertidig finansiering. Hvor finansiering gis til en virksomhet for å gjennomføre en utarbeidet rekonstruksjonsplan og behovet for finansiering er inkludert i planen, vil det være tale om ny finansiering. Betydningen av skillet mellom ny og midlertidig finansiering må imidlertid ikke overdrives. Ulike beskyttelseskrav oppstår først hvor det gis midlertidig finansiering til en illikvid skyldner. Dette vil belyses nedenfor. Avhandlingen avgrenses til å se på virkeområdet for midlertidig finansiering i norsk rett. Det er finansiering gitt under en rekonstruksjonsforhandling og innenfor avhandlingens tematikk.

Det er i direktivets fortale uttalt at «financial assistance» bør forstås i bred forstand, slik at blant annet «provisions of money or third-party guarantees and the supply of stock, inventory,

raw materials» omfattes.²²⁸ I norsk rett er det flere regelsett som åpner for at skyldner kan tilføres nye midler, varer eller andre ytelser under en rekonstruksjonsforhandling. For det første åpner rekl. § 15 første ledd for at skyldner i utgangspunktet beholder egen rådighet under en forhandling. I kraft av egen rådighet forutsettes en mulighet for å skaffe seg økonomisk bistand. Mitt syn er derfor at ulike typer økonomisk bistand, slik direktivet oppramser, kan oppnås etter rekl. § 15 første ledd.

For det andre åpner rekl. § 18 fjerde ledd for at skyldner kan foreta salg av pantsatt varelager og driftstilbehør, forutsatt en form for motytelse.²²⁹ Motytelsen for salg kan blant annet bestå i «provision of money» og «raw materials» og utgjøre «financial assistance» etter direktivet.²³⁰ For det tredje åpner rekl. § 19 for at skyldner kan skaffe seg driftslån under en forhandling.²³¹ Driftslån er «provision of money» og utgjør «financial assistance» etter direktivet.²³²

Bistanden som oppnås i kraft av de tre regelsettene kan følgelig utgjøre «financial assistance» etter direktivet. Mens rekl. § 19 kun åpner for «provision of money», som alltid vil utgjøre «financial assistance» etter direktivet, må det vurderes i det konkrete tilfelle hvorvidt bistand fått i kraft av rekl. §§ 15 og 18 omfattes av direktivet. Videre drøftelse forutsetter at ytt finansielle bistand utgjør «financial assistance».

Spørsmålet som reises er om den finansielle bistanden som ytes i medhold av rekl. §§ 15, 18 og 19 faller inn under anvendelsesområde til direktivets kap. 4 om midlertidig finansiering.

For at finansiell bistand skal anses som midlertidig finansiering som underlegges beskyttelse, stiller direktivets art. 2 nr. 8. både krav til den faktiske situasjonen i forhandlingene og krav til innholdet i selve finansiering som ytes. Det må være en finansiell bistand «provided by an existing or new creditor [...] during the stay of individual enforcement actions», jf. art. 2 nr. 8. Bistanden må videre være «reasonable and immediately necessary for the debtor's business to continue operating or to preserve or enhance the value of that business», jf. art. 2 nr. 8.

²²⁸ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 66.

²²⁹ Forstås som forutsetning for at salg skal skje «innenfor rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet», jf. rekl. § 18 fjerde ledd.

²³⁰ Forutsetningen er bare at det er innenfor selgers «vanlige næringsvirksomhet». Se kap. 3.3 ovenfor hvor innholdet i bestemmelsens forgjenger drøftes nærmere.

²³¹ Se nærmere om regelens nærmere innhold i avhandlingens kap. 4.4.

²³² Se Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 66.

Kravene til den faktiske situasjonen er i alle tilfeller oppfylt. Det er tale om finansiell bistand «provided by an existing or new creditor [...] during the stay of individual enforcement actions», jf. art. 2 nr. 8, jf. rekl. § 18 første og andre ledd. Spørsmålet er om disposisjonene som foretas er «reasonable and immediately necessary for the debtor's business to continue operating or to preserve or enhance the value of that business», jf. art. 2 nr. 8.

Ordlyden «reasonable and immediately necessary for the debtor's business to continue operating or to preserve or enhance the value of that business» indikerer at det må være tale om tiltak som er nødvendig for å sikre videre drift, og unngå konkurs. Forståelsen samsvarer med direktives formål om å innføre tiltak som kan hjelpe virksomheter med livets rett.²³³ Hvorvidt direktivets vilkår er oppfylt, må ses i sammenheng med bistandens siktemål.

Skyldners generelle adgang til å foreta lovlige disposisjoner i medhold av sin rådighet, herunder stifte gjeld eller pantsette eiendom, er i stor grad betinget av tillatelse fra kreditorutvalget, jf. rekl. § 15 andre ledd. Lovligheten av en disposisjon er nært knyttet til disposisjonens betydning for fordringshaverfellesskapet, og ikke betydningen for virksomhetens drift. På denne bakgrunn er min oppfatning at ikke enhver finansiell bistand skyldner oppnår ved egen rådighet vil være «reasonable and immediately necessary for the debtor's business to continue operating or to preserve or enhance the value of that business». Hvorvidt slik bistand er midlertidig finansiering, avhenger av den enkelte bistands siktemål.

Motytelsen som gis etter rekl. § 18 og lånet som ytes etter rekl. § 19 fra en fordringshaver tar sikte på å sikre skyldner videre drift.²³⁴ Så lenge finansiering gis i samsvar med regelverkets begrensninger, er derfor mitt syn at bistanden er «reasonable and immediately necessary for the debtor's business to continue operating». Om retten eksempelvis anser ett av omgjørelsesvilkårene etter rekl. § 19 oppfylt, forstås ikke avtalen om driftslån å være midlertidig finansiering etter direktivet som underlegges beskyttelse.

Min forståelse er etter dette at finansiell bistand som lovlig ytes i medhold av rekl. § 18 fjerde ledd eller rekl. § 19 faller inn under anvendelsesområde til kap. 4 for midlertidig finansiering.

²³³ Se avhandlingens kap. 4.1 om Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 2.

²³⁴ Se avhandlingens kap. 4.4.2 som illustrerer at lån gitt i medhold av § 19 skal gå til finansiering av drift. Se rekl. § 18 fjerde ledd som krever at salg kun skjer innen rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet.

Hvorvidt bistand som ytes skyldner i samsvar med skyldners rådighet i rekl. § 15 faller inn under regelens virkeområde avhenger av siktemålet bak den enkelte bistand.

Ved senere «insolvency» hos skyldner, oppstiller direktivet regler som medlemsstatene må oppfylle for å gi ny og midlertidig finansiering «adequately» beskyttelse, jf. direktivets art. 17 nr. 1. Det er *minimumskrav*, og manglende oppfyllelse vil medføre direktivbrudd.²³⁵ Statene kan gi bedre beskyttelse.²³⁶ Insolvensbegrepet forstås etter nasjonal rett, jf. art. 2 nr. 2 a. Når skyldner ikke kan oppfylle sine forpliktelser ved forfall og gjeld er større enn eiendeler og inntekter, er beskyttelsesreglene i direktivets art. 17 nr. 1 anvendelig i norsk rett, jf. kkl. § 61.

Om skyldner er insolvent skal ny og midlertidig finansiering ikke erklæres ugyldig, omstøtelig eller være umulig å håndheve, jf. art. 17 nr. 1 bokstav a. Videre skal yteren av slik finansiering ikke kunne pådra seg et sivilrettslig, administrativt eller strafferettslig ansvar med den begrunnelsen at finansieringen er skadelig for fordringshaverne, jf. art. 17 nr. 1 bokstav b.

I direktivets fortale er det fremhevet at en rekonstruksjonsplans suksess, ofte avhenger av at det ytes finansiell bistand til virksomhetens drift under rekonstruksjonsforhandlingen og gjennomføringen av selve rekonstruksjonsplanen.²³⁷ At det i art. 17 åpnes for å gi beskyttelse av finansiell bistand som ytes forstås som utslag av det fremhevede synspunktet. Finansiell bistand må vernes for å tilføre skyldner driftslikviditet nødvendig for å lykkes. Forståelsen samsvarer med synspunkter som ligger til grunn i norsk rett. Det er tiltak som øker tilgangen på likvide midler, som hovedsakelig kan redde en virksomhet.²³⁸

I norsk rett er skyldner alltid insolvent ved en konkurs, men kan bli insolvent allerede under en rekonstruksjonsforhandling.²³⁹ Beskyttelsesreglene vil da aktualiseres.²⁴⁰ Verken rekonstruksjonsloven eller konkursloven gir anledning til å erklære midlertidig finansiering ugyldig, omstøtelig eller umulig å håndheve, jf. direktivets art. 17 nr. 1 bokstav a og b. Norsk rett antas å oppfylle direktivets beskyttelseskrav.

Det reises likevel spørsmål ved om hensynene som ligger til grunn for direktivets art. 17 nr. 1 tilsier at kravene i rekl. § 19 andre ledd bør fjernes. Rekonstruksjons- og insolvensdirektivet

²³⁵ Se avhandlingens kap. 1.3.2 hvor det redegjøres for direktivets rettslige stilling i norsk rett.

²³⁶ Følger forutsetningsvis av at det er minimumskrav.

²³⁷ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 66.

²³⁸ Innst. 244 L (2019-2020) s. 5.

²³⁹ Se forutsetningsvis reglene som nekter fordringshavere å begjære konkurs under en forhandling, jf. rekl. § 17.

²⁴⁰ Se ovenfor om at beskyttelsesreglene aktualiseres ved nasjonal insolvens.

art. 17 nr. 1 bygger blant annet på synet om at en rekonstruksjonsplans suksess avhenger av om det ytes finansiell bistand til virksomhetens drift under rekonstruksjonsforhandlingen.²⁴¹ Da samtykkekravet og omgjørelsesadgangen i rekl. § 19 andre ledd kan bringe skyldners likviditetstilgang i fare, kan hensynene bak artikkelen tilsi at de to reglene bør oppheves.²⁴²

Finansieringen bør likevel ikke beskyttes i et slikt omfang at eksisterende fordringshavere føler seg tilsidesatt.²⁴³ Hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere tilsier derfor at samtykkekravet og omstøtelsesregelen er nødvendig.²⁴⁴ Direktivet bygger på en interesseavveining av hensyn som i norsk rett.²⁴⁵ Dette indikerer at behovet for samtykkeplikt og en omgjørelsesadgang kan utledes og aksepteres av artikkelens underliggende hensyn. Etter mitt syn illustrerer fremhevede forhold at rekl. § 19 andre ledd er i samsvar med art.17 nr. 1 sine underliggende hensyn.

Direktivets art. 17 nr. 3 åpner for at medlemsstatene kan la være å anvende minimumskravene i art. 17 nr. 1 for midlertidig finansiering når skyldner har blitt «unable to pay its debts as they fall due», såkalt illikviditet.²⁴⁶ Begrensningen må ses i sammenheng med at konkurs i slike tilfeller kan virke nært forestående.²⁴⁷ Hensynet til å beskytte fordringshaverne kan tilsi at det da vil være akseptabelt å gi finansiering mindre beskyttelse.²⁴⁸ Illikviditet er en forutsetning for at en fordringshaver kan kreve rekonstruksjonsforhandling etter norsk rett.²⁴⁹ I praksis innebærer dette at enhver finansiering gitt under forhandlinger begjært av fordringshavere ikke må underlegges beskyttelseskravene etter direktivets art. 17 nr. 1, jf. art. 17 nr. 3.

Norsk rett skiller ikke skyldners finansielle beskyttelse basert på om vedkommende er illikvid eller ikke, slik art. 17 nr. 1 åpner for. Avgjørende i norsk rett for at finansiell bistand underlegges beskyttelse er generelt om bistanden forringer eksisterende fordringshaveres dekningsmuligheter, og er ulovlig, jf. blant annet lovgivers forståelse av rekl. § 18 femte

²⁴¹ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 66.

²⁴² Se nærmere i kap. 4.3.2 som fremhevet problematikken i analysen av superprioritetspant.

²⁴³ Se fra avhandlingens kap. 2.2 hvor det redegjøres for rekonstruksjonsinstituttets motstridende hensyn.

²⁴⁴ Se fra avhandlingens kap. 4.3.2 hvor jeg gjør nærmere rede for dette.

²⁴⁵ Se forutsetningsvis Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 66 og pkt. 37 som illustrerer at begge de to hensynene søkes ivaretatt ulike steder i regelverket.

²⁴⁶ Se kap. 4.2.1 hvor det redegjøres for illikviditetsvilkårets innhold i norsk rett.

²⁴⁷ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 71.

²⁴⁸ En finansiering kan gå utover deres dekningsmuligheter, se blant annet fra kap. 2.2.

²⁴⁹ Se rekl. § 2 første ledd.

ledd.²⁵⁰ Det er følgelig noe ulike tilnærminger i hvilke forhold som skal begrense skyldners finansielle beskyttelse etter norsk rett og EU-rett.

At det i norsk rett ikke foretas et skille i skyldners finansielle beskyttelse basert på om vedkommende er illikvid eller ikke, tilsier at norsk rett gir et noe bedre vern enn EU-direktivet krever. Når skyldner er illikvid, er det naturlig at en konkurs virker nært forestående. I slike tilfeller har skyldneren også et særskilt likviditetsbehov.²⁵¹ Den norske tilnærmingen er derfor både riktig og nødvendig for å sikre flere vellykkede forhandlinger.

For at ny og midlertidig finansiering skal sikres tilstrekkelig beskyttelse er det i direktivet åpnet for at finansiering kan gis prioritert dekningsrett, jf. art. 17 nr. 4. Det er følgelig ikke en plikt, men en adgang for å ha slike regler. At prioritert dekning tillattes, må ses i lys av synet om at en rekonstruksjonsplans suksess, ofte avhenger av at det ytes finansiell bistand til virksomheten.²⁵² Rekl. § 19 om superprioritetspant og legalpant er tillatt etter regelverket.

Analysen av direktivets regler om beskyttelse av finansiering har illustrert at gjeldende norsk rett åpner for å gi bedre beskyttelse av finansiering enn direktivet oppstiller som minstekrav. At gjeldende rett gir en bedre finansieringsbeskyttelse enn direktivets minimumskrav taler for at rekonstruksjonslovens finansieringsmodell er et egnet verktøy for å sikre likviditetstilførsel.

4.6 Oppsummering- er rekonstruksjonsloven egnet for å sikre skyldner nødvendig likviditetstilførsel?

Analysen i kapittel 4 viser at ulike regler ved rekonstruksjonsloven fremstår egnet for å direkte eller indirekte sikre skyldner likviditet under en rekonstruksjonsforhandling.

Spørsmålet reises om rekonstruksjonsloven er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene som forhindret vellykkede forhandlinger ved gjeldsforhandlingsinstituttet. Sagt på en annen måte: Er rekonstruksjonsloven egnet for å sikre skyldner nødvendig likviditetstilførsel under en rekonstruksjonsforhandling? Basert på funnene fra analysen over er det flere forhold som taler for at spørsmålet kan besvares bekreftende.

²⁵⁰ Se Prop. 75 L s. 66 om at rekl. § 18 fjerde ledd viderefører kkl. § 17 femte ledd, redegjort for i kap. 3.3. Se også omgjørelsesvilkårene etter rekl. § 19 andre ledd som er redegjort for i kap. 4.4.2.

²⁵¹ Se fra avhandlingens kap. 1.1 hvor det er fremhevet forhold som skaper særlig likviditetsbehov hos skyldner.

²⁵² Se Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 66 som fremhevet tidligere i kapittelet.

For det første fremstår de endrede inngangsvilkårene for å kreve rekonstruksjonsforhandling å være bedre egnet enn tidligere regelverk for å sikre skyldner indirekte likviditetstilførsel under forhandlingene.²⁵³ Regelendringene søker å igangsette forhandlinger før skyldners økonomi blir så dårlig at forhandlingene ikke kan gi et vellykket resultat. Hvorvidt endringene åpner for tidligere begjæring, har vært diskutert i teorien.²⁵⁴ De nye vilkårene har likevel blitt møtt positivt i praksis.²⁵⁵ Det legges derfor til grunn at regelendringen er egnet for å bevisstgjøre skyldner på det tidligste tidspunktet forhandlinger kan kreves. Bevisstgjøringen kan føre til at forhandlinger igangsettes på et tidspunkt skyldner har tilgang på mer midler.

For det andre ble det i kap. 3.3 vist til at reglene som begrenset enkeltforfølging under gjeldsforhandling fremsto egnet for å verne skyldners likviditet under forhandlingene. Reglene medførte at skyldners eiendeler i hovedsak var unntatt tvangsdekning.²⁵⁶ At rekonstruksjonsloven primært viderefører tilsvarende regler virker derfor hensiktsmessig for å verne skyldners likviditet under forhandling.²⁵⁷

For det tredje fremstår nyvinningene med superprioritetspant og legalpant som egnede verktøy for å sikre skyldner likviditetstilførsel under rekonstruksjonsforhandling. Den historiske redegjørelsen i kap. 3 har illustrert at ny långivning under forhandlingene tradisjonelt har vært usikret, og derfor vært ansett risikofyllt og vanskelig å få. Nyvinningene i rekl. § 19 åpner for sikkerhetsstillelse av lån til finansiering under forhandlingene.²⁵⁸ Sikkerhetsstillelsen som tilbys fremstår egnet for å sikre likviditetstilførsel under en rekonstruksjonsforhandling, da den fjerner risikoen tidligere forbundet med å tilby lån.

At finansieringsmodellen etter gjeldende rett er egnet for å tilføre skyldner likviditet under en rekonstruksjonsforhandling underbygges av at rekonstruksjonsloven gir bedre beskyttelse av finansiering gitt under forhandlingene enn rekonstruksjons- og insolvensdirektivet krever.²⁵⁹

Etter mitt syn viser forholdene ovenfor at finansieringsmodellen under rekonstruksjonsloven er bedre egnet for å sikre skyldner likviditet under forhandlingene enn konkursloven. Det er

²⁵³ Se kap. 4.2 ovenfor hvor innholdet av dagens inngangsvilkår vurderes.

²⁵⁴ Se blant annet Ellingsæter og Meling (2020) s. 56 som fremhevet i kap. 4.2.

²⁵⁵ Se kap. 4.2.1 ovenfor hvor det henvises til ulike aktører i høringsnotatet fra 2023 som har vært positive.

²⁵⁶ Se kap. 3.3 ovenfor.

²⁵⁷ Se kap 4.3 ovenfor hvor det redegjøres for innholdet av rekl. § 18.

²⁵⁸ Se kap. 4.4 ovenfor hvor det foretas en inngående analyse av de to nyvinningene.

²⁵⁹ Se kap. 4.5.3 ovenfor.

innført nye regler egnet til å øke skyldners mulighet for å tilføre og beskytte likvide midler under en rekonstruksjonsforhandling.

Analysen i kapittel 4 belyser likevel at det fortsatt er forhold som taler mot at rekonstruksjonsloven er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene som forhindret vellykkede forhandlinger under gjeldsforhandlingsinstituttet. Som fremhevet i kap. 4.4, er superprioritetsordningen begrenset til visse panteobjekter og legalpanteordningen er avgrenset i størrelse. De to begrensningene innebærer at muligheten for nødvendig sikkerhetsstillelse til lånefinansiering er vanskelig for visse, særlige større, virksomheter og konserner.²⁶⁰ Det er ikke innført kompensierende tiltak for å bøte på utfordringene manglende mulighet for sikkerhetsstillelse har for slike virksomheter. Ny finansiering er fortsatt risikofylt.²⁶¹ De fremhevede begrensningene fremstår derfor som svakheter ved dagens finansieringsmodell. De to svakhetene taler mot at rekonstruksjonsloven er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene under gjeldsforhandlingsinstituttet.

Videre er det sentralt å trekke frem den negative betydningen av at rekl. § 18 andre ledd er avgrenset på samme måte som kkl. § 17 andre ledd.²⁶² Regelen åpner for at fordringshavere med pant i bankkontoer kan frata skyldner viktig driftslikviditet under en forhandling.²⁶³ Dette kan skape økt likviditetsbehov hos skyldner for å foreta nødvendige finansieringer.²⁶⁴ Forholdet taler mot at rekonstruksjonsloven er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene under gjeldsforhandlingsinstituttet.

Ytterligere illustrerer analysen i kap. 4.5 av rekonstruksjons- og insolvensdirektivet at flere forhold ved direktivet tilsier at finansieringsmodellen etter gjeldende rett ikke er egnet. I lys av forståelsen fra høringsnotatet er mitt syn at norsk rett oppfylder direktivets krav til «early warning tools».²⁶⁵ Praksis fra andre EU-land tilsier likevel at finansieringsmodellen bør endres for å sikre at rekonstruksjonsforhandlinger igangsettes så tidlig som mulig.²⁶⁶ Motstrid mellom norsk rett og praksis fra medlemsland indikerer at finansieringsmodellen etter gjeldende rett ikke er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene ved tidligere regelverk.

²⁶⁰ Se kap 4.4.1 og 4.4.2 ovenfor.

²⁶¹ Se kap 4.4.1 ovenfor.

²⁶² Se kap. 3.3 og 4.3 ovenfor hvor det gis en redegjørelse av de to reglenes innhold.

²⁶³ Se kap. 3.3 og 4.3 ovenfor hvor det gis en redegjørelse av de to reglenes innhold.

²⁶⁴ Ellingsæter og Meling (2020) s. 64.

²⁶⁵ Se kap. 4.5.2 ovenfor.

²⁶⁶ Se kap. 4.5.2 ovenfor.

I norsk rett oppstilles videre ikke tidsbegrensning med mulighet for forlengelse i enkeltforfølgingsvernet, slik direktivet forutsetter.²⁶⁷ Etter mitt syn kan muligheten for forlengelse både bevare likviditetsbeskyttelsen for virksomheter med livets rett, og samtidig gi fordringshavere større forutsigbarhet for sikkerhet.²⁶⁸ For å skape et regelverk hvor både hensynet til å beskytte fordringshavere og hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre ivaretas, virker det derfor nødvendig å innføre direktivets tidsbegrensning i enkeltforfølgingsvernet i norsk rett.²⁶⁹

Oppsummeringsvis er mitt syn at finansieringsmodellen *de lege lata* ikke er egnet for å bøte på likviditetsutfordringene under gjeldsforhandlingsinstituttet. Av særlig relevans for min slutning, er det forhold at finansieringsmodellen ikke muliggjør nødvendig sikkerhetsstillelse for lånefinansiering under forhandlinger for større virksomheter og konsern.²⁷⁰ Større virksomheter og konsern har ofte en sterk markedsposisjon, og konkurs kan få store samfunnsmessige virkninger.²⁷¹ Hensynet til at virksomheter med livets rett skal leve videre gjør seg derfor særlig gjeldende.²⁷² At regelverket ikke legger til rette for nødvendig likviditetstilførsel hos større virksomheter og konsern oppfattes derfor utilstrekkelig. Risikofylt långivning var blant hovedproblemene bak tidligere likviditetsproblematikk.²⁷³ Når risikoproblemet ikke er søkt løst for alle virksomheter, er det etter min oppfatning vanskelig å havne på en annen forståelse enn den fremhevede.

5 Bør finansieringsmodellen videreutvikles?

5.1 Skal superprioritet tilbys i alle skyldners eiendeler?

Analysen i kapittel 4 har illustrert at likviditetsproblematikken ved konkursloven ble forsøkt løst ved rekonstruksjonsloven uten tilstrekkelig hell. Det reises derfor spørsmål ved om finansieringsmodellen bør videreutvikles. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses analysen til å se på en løsning på problemet ved at dagens superprioritetsordning ikke er anvendelig for alle virksomheter. Manglende sikkerhetsstillelse for nytt lån for alle virksomheter ble også i kapittel 4.6 fremhevet som en særlig årsak til hvorfor dagens

²⁶⁷ Se kap. 4.3 og 4.5.3 ovenfor.

²⁶⁸ Se kap. 4.5.3 ovenfor.

²⁶⁹ Se til kap 2.2 hvor det gis en redegjørelse av hensynene som må avveies mot hverandre.

²⁷⁰ Se kap. 4.4.2 og 4.4.3 ovenfor.

²⁷¹ Se kap. 2.2 ovenfor hvor dette er fremhevet som forhold regelverket søker å ivareta.

²⁷² Se kap. 2.2 ovenfor.

²⁷³ Se kap. 3.4 ovenfor.

regelverk ikke åpner for å tilføre nødvendig likviditet. En videreutvikling av ordningen antas derfor å kunne ha størst effekt på å tilføre skyldneren nødvendig likviditet.

I høringsforslaget til ny konkurslov fra 2023 er det foreslått å utvide finansieringsmodellen ved å innføre superprioritetspant for alle skyldnerens pantsatte eiendeler.²⁷⁴ Forslaget må ses i lys av tilbakemeldinger fra innspillsrunden etter rekonstruksjonsloven.²⁷⁵ Flere av aktørene som arbeider med og involveres i rekonstruksjonsforhandlinger anser utvidelsen nødvendig for å sikre skyldner tilstrekkelig likviditet under forhandlingene.²⁷⁶ Som fremhevet i analysen, er det vist til at loven avskjærer en del virksomheter fra superprioritetspant ved å kun tillatte slik pantstillelse for visse formuesgoder.²⁷⁷

Spørsmålet som reises i det følgende er om den foreslåtte utvidelsen av superprioritetspantet er egnet for å løse likviditetsproblematikken ved finansieringsmodellen *de lege lata*.

For å besvare spørsmålet vil det først foretas en analyse av dansk rekonstruksjonsrett. Norsk rekonstruksjonsrett er utviklet etter inspirasjon fra dansk rett. Dansk rett fremstår derfor egnet til å kaste lys over om superprioritetsordningen bør utvides for å sikre skyldner nødvendig likviditet under forhandlingene.²⁷⁸ Videre vil det analyseres om den norske finansieringsmodellen etter gjeldende rett tilsier at en utvidelse vil være egnet for å sikre skyldner nødvendig likviditet. Her vil argumentene fra analysens kapittel 4, funnene fra dansk rett og høringsforslaget fra 2023 stå sentralt.

5.2 Tilsier dansk rett en utvidet superprioritetsadgang?

Danmark fikk i 2011 ny konkurslov med nye regler om rekonstruksjon.²⁷⁹ Regelendringene søkte å representere et fokusskifte fra fordringshavernes interesser til virksomhetens interesser.²⁸⁰ Spørsmålet som reises i det følgende er om dansk rett taler for en utvidelse av den norske superprioritetsadgangen under en rekonstruksjonsforhandling.

Dansk rett skiller mellom forebyggende rekonstruksjon og rekonstruksjon. Den sentrale forskjellen mellom disse rekonstruksjonsformene er at kun forebyggende rekonstruksjon

²⁷⁴ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 51.

²⁷⁵ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 51.

²⁷⁶ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 48 og 51.

²⁷⁷ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 51.

²⁷⁸ Se Villars-Dahl (2016) s. 21. Se også det som er fremhevet under avhandlingens kap. 1.3.4.

²⁷⁹ Dansk kkl.

²⁸⁰ Villars-Dahl (2016) s. 21.

krever begjæring fra skyldner for at rekonstruktør skal oppnevnes og at enkeltforfølgning skal forbys, jf. dansk kkl. kap. 1 b. Hvor begjæring fremsettes, er rettsvirkningene for de to formene langt på vei sammenfallende. Skyldneren er blant annet avskåret fra disposisjoner av «væsentlig betydning uten rekonstruktørens samtykke», jf. dansk kkl. § 12. Skillet i forhandlingsformer må ses i lys av ønsket fra EU om mer effektive rekonstruksjoner.²⁸¹

Gjeld tatt opp med rekonstruktørens samtykke under en rekonstruksjonsforhandling gis fortrinnsrett ved en etterfølgende konkurs, jf. dansk kkl. § 94 pkt. 2.²⁸² Tilsvarende gjelder ved forebyggende rekonstruksjon hvor rekonstruktør er oppnevnt og suspensjon av enkeltforfølgning er innvilget, jf. dansk kkl. § 9 d. Fortrinnsretten innebærer at nytt lån blir massekrav av andre klasse ved en senere konkurs, jf. dansk kkl. § 94 pkt. 2.

I relasjon til prioritetsystemer for panteretter opererer dansk rett med konseptet *eierpant*. I dansk TL § 40 stk. 1 uttrykkes dette slik at om en panterett «ophører» eller viser seg «ikke at være gyldig stiftet», har eieren av eiendommen rett til å besette den «ledige plads med en ny panteret».²⁸³ Eierpant innebærer et pantesystem med faste plasser, hvor plassene reserveres til bruk for eier.²⁸⁴ Hvor det under rekonstruksjonsforhandling eksempelvis viser seg at panterett i en eiendom på andre prioritet ikke er gyldig stiftet, medfører eierpantet at skyldner i utgangspunktet kan stifte nytt pant for nytt lån på denne prioriteten.²⁸⁵

Eksempelet over illustrer at eierpantordningen kan bidra til at nytt lån gis prioritert pantesikkerhet under en rekonstruksjonsforhandling. Fra erfarne danske rekonstruktører har det likevel vært uttalt at mangel på finansiering av drift under en rekonstruksjonsforhandling er en hovedutfordring ved rekonstruksjonsordningen i Danmark. Det etterspørres en adgang for skyldner til å finansiere driften med superprioritet under forhandlingene, såkalt «DIP»-finansieringer.²⁸⁶ Eierpantens rolle for sikring til ny kreditt må følgelig ikke overdrives.

Spørsmålet videre er om dansk rett tilsier at den norske adgangen til superprioritetspant bør utvides. Den norske fortrinnsrettsordningen i dekl. § 9-2 andre ledd nr. 2 sammenfaller med den fremhevede fortrinnsretten i dansk rett. Begge reglene gjør nytt lån til massekrav av andre

²⁸¹ Direktiv (EU) 2019/1023 om rekonstruksjon og insolvens fortale pkt. 22.

²⁸² Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 48.

²⁸³ Marthinussen (2010) s. 221 med henvisning til dansk TL § 40 stk. 1.

²⁸⁴ Marthinussen (2010) s. 221.

²⁸⁵ Marthinussen (2010) s. 222.

²⁸⁶ Villars-Dahl (2016) s. 27.

klasse, forutsatt at forpliktelsen er påført skyldner med rekonstruksjonsutvalgets samtykke. Den danske eierpanteordningen er som fremhevet ikke egnet for å tilby sikkerhetsstillelse for lån i samme omfang som superprioritetspant. Forholdene illustrer at norsk rett går lenger enn dansk rett i å tilby skyldner sikkerhet for finansieringer under en rekonstruksjonsforhandling.

Dansk rett har vært ansett forbilledlig ved utviklingen av norsk rekonstruksjonsrett, og en utvidet superprioritetsadgang vil gjøre regelverkene mer ulike. At norsk rett går lenger enn dansk rett i å kunne tilby sikkerhet for finansiering under en forhandling kan derfor tilsa at dansk rett taler mot en utvidelse av den norske superprioritetsordningen.

Som fremhevet ovenfor er det imidlertid etterspurt en superprioritetsordning til finansiering av skyldners drift også i dansk rett. Etterspørselen indikerer at den danske fortrinnsretten og eierpantet ikke har vært tilstrekkelig for å sikre skyldner nødvendige driftsmidler i dansk rett. Dette tilsier at gjeldende dansk rekonstruksjonsrett ikke bør være forbilledlig for utviklingen av regler om likviditetstilførsel i norsk rekonstruksjonsrett. En utvidet superprioritetspant i norsk rett til alle skyldners eiendeler, antas videre å være i samsvar med ønsket fokusskifte i dansk rett, fra fordringshavernes interesser til virksomhetens interesser. Det er en løsning som kan hjelpe flere virksomheter til å skaffe seg nødvendig likviditet.²⁸⁷ Etter mitt syn tilsier fremhevede forhold at dansk rett taler for en utvidet superprioritetsadgang i norsk rett.

5.3 Tilsier finansieringsmodellen *de lege lata* en utvidet superprioritetsadgang?

Spørsmålet som reises i det følgende er om finansieringsmodellen etter gjeldende rett tilsier at superprioritetsordningen bør utvides til å omfatte alle skyldners eiendeler. I analysen i kapittel 4.4.2 er det fremhevet ulike utfordringer med superprioritetsordningen etter gjeldende rett. I høringsnotatet fra 2023 er mulige fordeler og ulemper med en utvidelse av dagens finansieringsmodell gitt fra ulike aktører som anvender regelverket i praksis.²⁸⁸ Analysen i kapittel 4 og høringsnotatet vil sammen med analysen av dansk rett i kap. 5.2 danne argumentasjonskildene for vurderingen.

²⁸⁷ Se forutsetningsvis fra avhandlingens kap. 4.4.2, som illustrer hvordan dagens løsning begrenser muligheten for sikkerhetsstillelse for visse virksomheter.

²⁸⁸ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 50 flg.

For å gjøre analysen oversiktlig vil jeg først gi en oversikt over forhold som taler mot å foreta en utvidelse av superprioritetsadgangen, før jeg gir en oversikt over forhold som taler for en utvidelse. Avslutningsvis vil jeg forsøke å gi et svar på spørsmålet som er reist.

Det er etter mitt syn særlig hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere som taler mot en utvidet superprioritetsadgang til alle skyldners eiendeler. En slik utvidelse vil i større grad enn dagens ordning kunne gå utover eksisterende panthaveres sikkerhet, da enhver pantesikring kan svekkes.²⁸⁹ Usikkerhet for tidligere sikret kreditt kan medføre økt vanskelighet med å få nødvendig kreditt, og kreditt på akseptable renter.²⁹⁰ Eksempelvis kan det tenkes en utvikling hvor banker og andre sentrale fordringshavere øker rentene for ethvert kredittlån, selv om skyldnere tilbyr pantesikkerhet for lånene, for å sikre seg mot en eventuell rekonstruksjonsforhandling. For virksomheter med dårlig økonomi, antas rentekravene å kunne ha særlig uheldige konsekvenser for videre driftsmuligheter. I ytterste konsekvens kan det tenkes at rentekrav resulterer i behov for rekonstruksjonsbehandling og/eller konkurs.

Eksempelet over illustrerer at viktigheten av å ivareta hensynet til sikrede fordringshavere ikke må undervurderes i finansieringsmodellen under en rekonstruksjonsforhandling. Dette kan tale for en opprettholdelse av dagens regelverk.

Flere forhold taler likevel for at en adgang til superprioritetspant i alle skyldners eiendeler er nødvendig for å løse dagens likviditetsproblematikk. Det mest fremtredende forholdet er at utvidet superprioritetsadgang kan gi en sikret finansieringsmulighet for flere virksomheter. Finansieringsmodellen etter gjeldende rett begrenser superprioritetspant til visse panteobjekter, jf. rekl. § 19. Dette har særlig gått utover større virksomheter, hvor aktuelle panteobjekter ofte ligger hos datterselskaper.²⁹¹ For større virksomheter er ikke legalpantet som tilbys tilstrekkelig for å sikre videre drift.²⁹² Muligheten for å tilby sikrede finansieringsmuligheter til flere, særlig større virksomheter, taler for at det vil være hensiktsmessig å utvide superprioritetsadgangen.

Det har vært et problem at etterfølgende konkursbo ikke lenger har hatt legalpantemidler etter pantel. § 6-4 til rådighet hvor en rekonstruksjonsforhandling har endt i konkurs.²⁹³ Dette må

²⁸⁹ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49-50.

²⁹⁰ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49-50.

²⁹¹ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49.

²⁹² Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 51.

²⁹³ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49.

ses som et utslag av at finansieringsmodellen etter gjeldende rett åpner for å tilby legalpant for lån til driftsfinansiering under forhandlingene, jf. rekl. § 19, jf. pantel. § 6-5. De praktiske utfordringene ved dagens løsning for senere konkursbo, taler for at superprioritetsadgangen bør utvides til alle skyldners eiendeler og at legalpanteordningen bør avskjæres.

Analysen av dansk rett i kap. 5.2 har illustrert at det danske regelverket ikke går like langt som norsk rett i å tilby sikkerhet for lån under en rekonstruksjonsbehandling. I dansk rett etterspørres likevel en superprioritetspantordning og regelverket søker å bli mer skyldnervennlig. Min forståelse er derfor at det danske regelverket taler for at en utvidet superprioritetsadgang er egnet og nødvendig i norsk rett.

Etter mitt syn tilsier de ovenfornevnte forholdene at det er nødvendig med en utvidelse av superprioritetspantet til alle skyldners eiendeler for å sikre skyldner nødvendig likviditet under en rekonstruksjonsforhandling. I analysens kap. 4.6 har det forhold at risikoen ved ny finansiering ikke har vært forsøkt løst generelt, vært fremhevet som en hovedgrunn for hvorfor finansieringsmodellen etter gjeldende rett ikke er egnet. Om problemet med risikofylt långivning søkes løst for alle virksomheter ved en utvidet superprioritetsordning, er det etter min oppfatning et viktig virkemiddel for å bøte på likviditetsutfordringene ved tidligere regelverk. Sammen med inngangsvilkårene og reglene om enkeltforfølgingsvern etter gjeldende rett, antas derfor en utvidelse å være egnet for å løse likviditetsutfordringene ved gjeldsforhandlingsinstituttet.²⁹⁴

For å også bøte på problemene et svekket vern for fordringshavere kan ha for den generelle tilgangen på kreditt, er det etter mitt syn videre nødvendig med kompenserende tiltak.²⁹⁵ Det foreslås å gi eksisterende fordringshavere en generell fortrinnsrett til å yte ny finansiering.²⁹⁶ Forslagets mulige egnethet forsøkes belyst i det følgende med utgangspunkt i et eksempel:

Det kan tenkes en situasjon hvor DNB har ytt kreditt til virksomhet A og fått pantesikring for lånet i virksomhetens eiendom, jf. pantel. kap. 2. Sparebank1 har pant i virksomhetens varelager, jf. pantel. § 3-11. To år senere begjærer virksomhet A rekonstruksjonsforhandling, og trenger nye likvide midler til å finansiere virksomheten under forhandlingen. Både DNB og Sparebanken Sør er villige til å yte kreditt med superprioritetspant. Sparebanken sør tilbyr

²⁹⁴ Se kap.4.2 og 4.3 ovenfor hvor inngangsvilkårene og reglene om enkeltforfølgingsvern analyseres.

²⁹⁵ Fremhevet av ulike aktører i høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49.

²⁹⁶ Fremhevet av DNB Bank ASA og Finans Norge i høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49.

kreditt på lavere renter enn DNB. Da DNB er en eksisterende fordringshaver, har disse likevel fortrinnsrett til å yte finansiering. DNB får superprioritetspant for sitt krav i virksomhet A sitt varelager.

I det illustrerende eksempelet vil den nye kreditten som tilbys ikke gå utover DNBs dekningsvern, men Sparebank1 vil kunne få sin sikkerhet begrenset. Det er følgelig tale om en ordning som ikke alltid vil komme alle opprinnelige fordringshavere til gode. Det legges likevel til grunn at en fortrinnsrett for eksisterende fordringshavere til å tilby lån kan være et egnet kompenserende tiltak. Dette gir eksisterende fordringshavere en økt beskyttelse.

Etter mitt syn utgjør den presenterte fortrinnsretten sammen med dagens samtykkekrav og omgjørelsesadgang, tilstrekkelig kompenserende tiltak for å beskytte eksisterende fordringshaverne. Det er tale om regelsett som søker å ivareta hensynet til å beskytte eksisterende fordringshavere både før og etter skyldner innvilges superprioritetslån. Mens samtykkekravet og omgjørelsesadgangen skal hensynta eksisterende fordringshavere ved avgjørelsen av om superprioritetslån skal innvilges, kan den presenterte fortrinnsretten beskytte eksisterende fordringshavere ved en senere pantrealisasjon.²⁹⁷

Finansieringsmodellen etter gjeldende norsk rett tilsier at superprioritetspantet bør utvides til å omfatte alle skyldners eiendeler for å sikre alle virksomheter nødvendig likviditet under rekonstruksjonsforhandling. Om det også innføres kompenserende tiltak som vist, er en utvidelse av superprioritetsordningen etter mitt syn egnet for å sikre likviditet uten at fordringshaverne blir tilsidesatt.

Da det ikke er mulig å analysere seg frem til et endelig svar på virkningen av en utvidet superprioritetsadgang slutter jeg meg til forståelsen fra høringsnotatet om at en utvidelse bør prøves i praksis og heller revideres senere.²⁹⁸ Rekonstruksjonsinstituttet er et praktisk verktøy for å forhindre konkurs hos levedyktige virksomheter. Det er da naturlig at det også er den praktiske effekten av en utvidelse som senere kan danne grunnlag for revisjon.²⁹⁹

Funnene i avhandlingen er etter mitt syn egnet til å belyse en problematisk tendens i norsk formuerett. Pantesikrede fordringshavere er generelt gitt et svært omfattende vern, som

²⁹⁷ Se kap. 4.4.2 ovenfor.

²⁹⁸ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 52.

²⁹⁹ Analysen i kapittel 3 viser at dette historisk har vært fremgangsmåten i norsk gjeldsforhandlingsrett.

vanskeliggjør en skyldners mulighet til å tilføre nye midler i egen virksomhet. Dette kan medføre at flere virksomheter med livets rett havner under rekonstruksjon eller konkurs, som følge av illikviditet. Hensynet til at virksomheter med livets rett skal kunne leve videre, kan tale for å svekke den sterke stillingen til pantesikrede fordringshavere.

Hensynet til å beskytte fordringshavere som ved pant har en særrett til dekning for krav må likevel ikke undergraves. Mindre sikkerhet for pantesikret kreditt kan gi økte vanskeligheter med å få nødvendig kreditt, og kreditt på akseptable renter.³⁰⁰ Det etterspørres derfor en generell revisjon av det norske panteinstituttet som søker å nyansere den sterke stillingen til pantesikrede fordringshavere, uten å undergrave beskyttelseshensynet.³⁰¹ Kanskje kan superprioritetspantet i fremtiden gis et virkeområde utover rekonstruksjonsretten?

³⁰⁰ Høringsnotat av 13. januar 2023 s. 49-50.

³⁰¹ Var allerede forslått av Falkangerutvalget, men ble ikke fulgt opp, se kap. 3.3 ovenfor.

Referanseliste

Lover:

Norske lover:

Lov 6.mai 1899 om Akkordforhandling (akkordforhandlingsloven).

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

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

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

Lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr. (rettsgebyrloven)

Midlertidig lov 7.mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven)

Danske lover:

Den danske konkursloven av 2011 (dansk kkl.)

Den danske tinglysingsloven av 1926 (ansk TL).

Internasjonale avtaler og direktiver:

Internasjonale avtaler:

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

Direktiver:

Directive (EU) 2019/1023 of the European parliament and of the Council 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 (Rekonstruksjons- og insolvensdirektivet).

Rettspraksis:

Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811 s. 1826 (Finanger)

HR-2017-33 A

Forarbeider:

Norske lovforarbeider:

NOU 1972: 20 (1972) *Gjeldsforhandling og konkurs.*

NOU 1993: 16 (1993) *Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.* [Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v. : rapport fra et utvalg oppnevnt av Justisdepartementet 26. oktober 1990 for etterkontroll av konkurslovgivningen m.v. ; avgitt til Justisdepartementet i april 1993 \(nb.no\)](#) (lest 20. februar 2023).

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

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

Prop. 75 L (2019-2020) *Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbruddet av covid-19 (rekonstruksjonsloven).*

Innst. 244 L (2019-2020) *Innstilling fra Justiskomiteen om Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbruddet av covid-19 (rekonstruksjonsloven).*

Danske lovforarbeider:

Dansk lovforslag L 181 *Forslag til lov om ændring af konkursloven.*

Betænkning nr. 1579 om revision af reglerne om rekonstruktion, herunder implementering af rekonstruktions- og insolvensdirektivet.

Forskrift:

Forskrift 15 februar 1983 nr. 86 § 2-1 til lov 17. juni 1982 nr. 86 om rettsgebyr § 2.

Høringsnotat:

Høringsnotat om endringer i konkursloven mv. (rekonstruksjon) av 13. januar 2023.

Litteratur:

Rui, Jon Petter, «Komparasjon innen strafferett og-prosess», *Tidsskrift for strafferett* nr. 04, (2009), s. 459 flg.

Marthinussen, Hans Fredrik, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Cappelen Akademiske Forlag, (Foldnes 2010).

Villars-Dahl, Leif, *Rekonstruksjon i turbulente tider - dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer*, (Oslo 2016).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, (Oslo 2018).

Ellingsæter, Sjur Swensen og Meling, Marie, «Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger» s 46. *Tidsskrift for forretningsjus* (2020) Vol 26. Utg. 1-2 s. 52-82.

Falkanger, Thor, «Sikkerhet i egen forpliktelse», *Lov og Rett* (2020), s. 325–337 (s. 326 flg.).

Sverre Magnus Bergslid Salvesen, *Kreditorvern*, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2021).

EFTA, «Commission Decision (EU) 2022/2494 of 9 December 2022 on the approval of the request submitted by Lithuania for the revision of its performance targets for the third reference period». [324678 | European Free Trade Association \(efta.int\)](https://european-council.europa.eu/media/efta-int) (lest 2. februar 2023).

Justis- og beredskapsdepartementet, «Forlenger mellombels lov om rekonstruksjon», Regjeringen, 17. mars 2023, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/forlenger-mellombels-lov-om-rekonstruksjon/id2967013/> (lest 19. mars 2023).

Early Warning, «Vi hjelper dig og din virksomhed igennem modgang- før det er for sent», <https://earlywarning.dk/> (lest 24. mars 2023).

NHO, «Fakta om små og mellomstore bedrifter (SOM)», <https://www.nho.no/tema/sma-og-mellomstore-bedrifter/artikler/sma-og-mellomstore-bedrifter-smb/> (lest 24. mars 2023)

Norske domstoler, «Rekonstruksjon», <https://www.domstol.no/no/konkurs-eiendom-og-gjeldsordning/konkurs/rekonstruksjon/> (lest 24. mars 2023)

