

Nærings- og handelsdepartementet
Postboks 8014 Dep
0030 OSLO

Sendes også pr e-post: postmottak@nhd.dep.no

Oslo, 31. august 2007
Ref.: 1134546-2929 NILALB

FORSLAG TIL NY FORSKRIFT OM EIENDOMSSELSKAPERS ADGANG TIL Å STILLE SIKKERHET – HØRINGSUTTALELSE

1 Innledning

Det vises til høringsbrev datert 11. juli 2007.

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA håndterer jevnlig større eiendomstransaksjoner. På bakgrunn av dette erfaringsgrunnlag ønsker vi å komme med noen merknader til departementets høringsforslag.

Ved lånefinansierte erverv av eiendomsselskaper vil det regelmessig være en forutsetning for långiver at det oppnås pant i målselskapets faste eiendom. Etablering av slikt pant vil i utgangspunktet være i strid med aksjeloven § 8-10, 1. ledd, og det må da søkes om dispensasjon etter bestemmelsens 2. ledd.

Det norske transaksjonsvolumet for næringsseiendommer og eiendomsselskaper er gjennom de senere år økt betydelig. Dette kan til stor del forklares med en økt profesjonalisering i bransjen, samtidig som flere utenlandske aktører har fattet interesse for det norske eiendomsmarkedet. De administrative kostnadene dispensasjonssøknadene innebærer må både for departementet og søkerne i sum antas å være betydelige. Departementets forslag vil i så måte innebære en ressursbesparelse både for søkerne og for departementet selv. I tillegg kommer at man slipper avvente saksbehandlingstiden for endelig gjennomføring av transaksjonen. Denne tids- og ressursbesparende side av forslaget fremstår for oss som positivt.

Når det gjelder den konkrete utforming av forskriftsforslaget har vi enkelte merknader som vi vil redegjøre for nedenfor.

2 Ulike finansieringsmåter ved erverv av eiendomsselskaper

Departementet synes å forutsette at lånefinansiering av erverv av eiendomsselskaper skjer med to hoveddebitorer; et lån som ytes fra finansinstitusjonen til målselskapet til refinansiering av eksisterende pantegjeld og et annet lån til morselskapet til finansiering av netto kjøpesum. Banken vil for begge lån betinge seg pant i målselskapets eiendom.

Det er imidlertid heller ikke helt uvanlig at finansieringen skjer ved at det først ytes et lån fra finansinstitusjonen til morselskapet til finansiering av kjøpesum og til refinansiering av målselskapets gjeld. Nødvendig beløp for refinansiering av målselskapets gjeld lånes deretter til målselskapet fra morselskapet. Morselskapet får pant i målselskapets eiendom for refinansieringslånet, mens banken får tredjemannspant i eiendommen for kjøpesumslånet.

Sistnevnte modell har bl.a. den fordel at finansinstitusjonen slipper å forholde seg til mange debitorer, samt at dette sikrer et rettsgrunnlag for å føre likvider opp fra målselskap til morselskap.

Det vil derfor være hensiktsmessig om forskriften legger opp til likebehandling av begge finansieringsmodeller.

3 Forslaget omfatter kun pantsettelse av fast eiendom

Forskriftsforslaget er begrenset til sikkerhetsstillelse i form av pant i fast eiendom, jf § 1, 1. pkt. Etter vår vurdering bør også pant i enkelte andre formuesobjekter, samt lån fra datterselskap til morselskapet også omfattes av bestemmelsen.

3.1 Pant i andre formuesobjekter enn eiendommen

Hovedformålet med erverv av et eiendomsselskap vil være å få indirekte eiendomsrett til den faste eiendom. Et naturlig motstykke til dette er at den som finansierer dette også får pant i de verdier som den faste eiendom representerer. Dette inkluderer ikke bare den faste eiendom selv, men også de inntekter som den genererer.

I et slikt perspektiv vil det være naturlig å la forskriften også omfatte panterett i fordringer mot leietakere (factoringpant) og panterett i den konto som leie betales til. Man vil da også få panterett i de løpende kontantstrømmer som eiendommen genererer.

3.2 Andre disposisjoner enn pantsettelse

Forskriftsforslagets ordlyd omfatter rett til *pantsettelse* av målselskapets eiendom for morselskapets gjeld til finansinstitusjonen. Dette tilsier et det ikke er adgang for målselskapet å låne midler til morselskapet for betjening av oppkjøpslånet.

Et slikt utlånsforbud vil kunne være uheldig for konsernet som helhet. Målselskapet kan være i en utmerket finansiell stilling selv om morselskapet ikke klarer å betjene gjeld løpende -

eksempelvis på grunn av utbyttebegrensninger i datterselskapet. Dersom målselskapet ikke gis anledning til å yte lån til morselskapet for betjening pantegjelden, foreligger risiko for at eiendomskonsern under gitte omstendigheter vil kunne komme i en misligholdssituasjon og i verste fall en helt unødvendig tvangsrealisasjon. En konsernkontoordning kan heller ikke ses å løse dette uten at det gis dispensasjon.

På denne bakgrunn anbefales at forskriften, i tillegg til pantsettelse, også omfatter rett for datterselskapet til å låne ut midler til morselskapet slik at morselskapet kan betjene oppkjøpslånet. Selvsagt må disse lån oppfylle kravene asl. §§ 3-8, 3-9 og 8-7.

4 Tidspunktet for vurderingen

Departementet har på side 10 i punkt 3.3.2 spesielt bedt om synspunkter på det foreslåtte skjæringstidspunkt.

Fra vårt ståsted fremtrer forslaget om behov for et skjæringstidspunkt som fornuftig. Vi legger til at en regel uten konkret skjæringstidspunkt vil kunne hindre en dynamisk og forretningsmessig fornuftig utvikling av selskapet og konsernet det er del i.

Begrepet ”etablering av sikkerhet” kan imidlertid fremstå som noe uklart. Flere tidspunkt kan her være aktuelle; tidspunktet for inngåelse av låneavtale med forutsetning om pantstillelse, tidspunkt for inngåelse av særlig pantsettelsesavtale, utbetalingstidspunktet eller selve rettsvernstidspunktet.

I utgangspunktet skulle rettsvernstidspunktet være det naturlige tidspunkt i og med at notoriteten for dette normalt er best. I mange tilfeller foretas imidlertid forhåndstinglysning av panteretten. Dermed kan det på tinglysningstidspunktet foreligge annen gjeld som ennå ikke er refinansiert i målselskapet.

Tidspunktet for utbetaling av lånet fremstår derfor for oss som det mest naturlige skjæringstidspunkt. Dette tidspunktet vil dessuten ha god notoritet.

5 Ansatte i målselskapet

Det er lagt opp til at målselskapet ikke må ”ha eller få ansatte”.

Regelen vil kunne være uheldig overfor den enkelte ansatte og for selskapet. Bestemmelsen vil også være vanskelig å praktisere og rettsvirkningene ved overtredelse fremstår som uklare.

Det kan ikke ses at hensynene bak aksjeloven § 8-10 slår sterkere inn der selskapet har få ansatte. Dersom sikkerhetsstillelsen truer de ansattes kreditorposisjon skulle regelen om ”vesentlige kreditorer” i forslaget § 2, nr 3 komme inn. Hensynet til de ansatte vil dessuten i stor grad være ivaretatt gjennom regler om virksomhetsoverdragelse, og i verste fall dekningslovens regler om prioritet for lønnskrav og den statlige lønnsgarantiordning. For eksisterende langsiktige forpliktelser, slik som ansettelsesavtaler, kan regelen fremstå som uheldig.

Hvorvidt selskapet kjøper inn tjenester som er nødvendige for selskapets og eiendommens drift eller har egne ansatte til å forestå dette, vil gjennomgående være basert på en vurdering av hva som er kommersielt hensiktsmessig for selskapet. Dersom man har valgt en løsning med ansatte til å forestå driften er det uheldig dersom dette skulle være til hinder for omsetning av eiendommen. En regel om forbud mot å ha ansatte vil også kunne resultere i at de ansatte sies opp forut for overdragelsen. Slik sett vil de ofte komme i en mer utrygg stilling enn uten forbudsbestemmelsen.

Når det gjelder forbudet mot fremtidige ansettelser, kan dette også i konkrete tilfelle være uheldig for en forretningsmessig og dynamisk utvikling av selskapet. Slike inngrep i den fremtidige avtalefrihet bør ha en særlig sterk begrunnelse.

Dersom forbudet om fremtidige ansettelser brytes, vil dette reise særspørsmål i forhold til rettsvirkningene av overtredelsen. Hovedregelen vil vel da være at pantet er ugyldig, jf aksjeloven § 8-11, 1. ledd, 1. pkt.

Imidlertid må man her normalt legge til grunn at pantøver er i aktsom god tro i forhold til denne etterfølgende forskriftsovertredelse, jf aksjeloven § 8-11, 1. ledd, 2. pkt.. Pantøver vil i de fleste tilfeller være ukjent med en slik etterfølgende ansettelse. Det vil også i praksis være vanskelig og ressurskrevende for pantøver å løpende skulle kontrollere dette. Dersom regelen opprettholdes bør det derfor også vurderes hvilken aktsomhetsplikt som påhviler kreditorene etter sikkerhetsstillelsen.

6 Krav til disposisjonen – ”ordinære kommersielle vilkår”

Vilkåret i forslaget § 4 om at både ervervet og sikkerhetsstillelsen må foretas på ”ordinære kommersielle vilkår” reiser også noen spørsmål.

Det antas garantistillelse som er i samsvar med asl. § 8-7, jf. §§ 3-8 og 3-9, vil tilfredsstillende vilkåret om ”ordinære kommersielle vilkår”. Noe krav om at garantisten skal motta garantiprovisjon oppstilles normalt sett ikke i konsernforhold, idet garantistillelsen vil være til fordel for konsernet som en helhet og dermed indirekte også garantisten selv.

Eksemplene i høringsuttalelsen knytter seg bare til *selve lånet* og *ervervet* av aksjene. Forskriften § 4 sier imidlertid eksplisitt at også *sikkerhetsstillelsen* skal være på kommersielle vilkår. Det er også sagt i høringsnotatet side 15, punkt 3.6 at vilkåret om revisorbekreftelse skal gjelde for ytelsen mellom konsernselskapene, dvs. at revisor må bekrefte at vederlaget for sikkerhetsstillelsen tilfredsstillende lovens vilkår. Det bør derfor klargjøres om det også ligger i dette at det oppstilles krav om garantiprovisjon for garantistillelsen. Vi kan ikke se at et slikt krav vil være hensiktsmessig.

Et krav om garantiprovisjon vil særlig være problematisk i forhold til den finansieringsmodell hvor målselskapet etablerer pant overfor banken for morselskapets gjeld til banken. Målselskapets sikkerhetsstillelse overfor långiver vil da være tredjemannspant. Et krav om forretningsmessig provisjon vil føre til en pengestrøm som går fra mor til datter som vil

svekke morselskapets evne til å betjene egen gjeld. Dette vil normalt være uheldig for konsernet som helhet.

Dersom vilkåret om kommersielle vilkår ikke er oppfylt, vil sikkerhetsstillelsen i utgangspunktet være ugyldig. Det er derfor viktig å få klargjort hvorvidt kravet til ”ordinære kommersielle vilkår” går lenger enn det som ville fulgt av asl. § 3-8 og 3-9.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA



Albert Fiddan Nilsen
advokat



Robert Sveen
advokat