

Det panterettslige legalitetsprinsipp

- **en begrensning for utbygging av offshore vindkraft?**



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 571

Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 14 992 ord

25.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDENDE OM HVORVIDT DET MÅ VEDTAS EN LOVHJEMMEL FOR AT KONSESJONER ETTER HAVENERGILOVA KAN PANTSETTES.</u>	<u>3</u>
<u>2</u>	<u>DET PANTERETTSLIGE LEGALITETSPRINSIPP</u>	<u>5</u>
2.1	Utgangspunktet om det panterettslige legalitetsprinsipp	5
2.2	Innholdet av panteloven § 1-2 annet ledd	5
2.3	Historisk bakgrunn for legalitetsprinsippet	11
2.4	Panterettens legalitetsprinsipp i dag	20
2.5	Vil utvidende tolking av pantehjemler være i strid med legalitetsprinsippet?	24
2.6	Omgåelser av legalitetsprinsippet	28
<u>3</u>	<u>KAN KONSESJONEN PANTSETTES?</u>	<u>31</u>
3.1	Innledende om pantsettelse av konsesjoner	31
3.2	Hvorfor skal konsesjonen pantsettes?	31
3.3	Finnes hjemmel for pantsettelse av konsesjoner?	33
<u>4</u>	<u>AVTALER OM PANT I FORMUESGODER, HERUNDER VINDMØLLENE</u>	<u>35</u>
4.1	Avtaler om pant i vindmøller	35
4.2	Kommer panteloven til anvendelse på norsk kontinentalsokkel?	36
4.3	Kan vindmøller pantsettes som fast eiendom etter panteloven kapittel 2?	39
4.4	Kan vindmøller pantsettes som løsøre etter panteloven § 3-4?	40
4.5	Pant med hjemmel i andre lover	45
<u>5</u>	<u>PANT I AKSJER OG ENKLE FORDRINGER</u>	<u>46</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>48</u>

1 Innledende om hvorvidt det må vedtas en lovhjemmel for at konsesjoner etter havenergilova kan pantsettes.

En panterett innebærer at kreditor får en fortrinnsrett til dekning for sitt krav ved sikkerhet i et panteobjekt. Pant er kredittskapende og helt grunnleggende i et funksjonelt kredittliv fordi det øker tilførselen av kapital til næringsdrivende. Adgangen til å inngå avtaler om pant reguleres i lov av 8. februar 1980 nr. 2 om pant. Loven setter rammene for panteretten, og inneholder alminnelige bestemmelser og begrensninger for pantsettelsesadgangen, herunder panteloven § 1-2 annet ledd som tradisjonelt er omtalt som det panterettslige legalitetsprinsipp.

Lov om fornybar energiproduksjon til havs trådte i kraft i 2010. Loven regulerer utbygging av havvindmøller på norsk kontinentalsokkel og i sjøterritoriet – alminnelig omtalt som utbygging av *offshore vindkraft*. Utgangspunktet i fremstillingen er at det ikke finnes noen hjemmel for avtaler om pant i havenergilova. På bakgrunn av dette vil jeg redegjøre for hvilken adgang det er etter gjeldende rett til å inngå rettsgyldig avtale om pant ved finansieringen av energiproduksjon på havet. Sentralt i panteretten er kravet om lovhjemmel som begrenser pantsettelsesadgangen. Dersom en avtale er inngått uten at det finnes hjemmel er den ikke gyldig mellom partene eller overfor tredjemenn. Kravet om lovhjemmel er et inngrep i det grunnleggende prinsipp om avtalefrihet. Samtidig er panteretten en fordel for den kreditoren som har mulighet til å inngå avtale om sikkerhet. Disse kreditorene har en *særrett* til å søke dekning for sitt krav, jf panteloven § 1-1 første ledd, på bekostning av andre kreditorer uten panterett. Kravet om lovhjemmel må sees i sammenheng med forbudet mot generalpant og omsetningsbegrensningen i panteloven § 1-3. Forbudet mot generalpant innebærer at en skyldner ikke kan pantsette alt han eier og vil eie. Omsetningsbegrensningen innebærer at et panteobjekt må kunne realiseres. Til sammen utgjør dette innskrenkninger i adgangen til å inngå avtaler om pant.

Utbygging av vindmøller som skal produsere kraft fra vinden på havet må finansieres. En tradisjonell måte å gjøre dette på er ved lånefinansiering. En finansinstitusjon tilbyr finansiering, men pant eller annen sikkerhetsstillelse er normalt en nødvendig betingelse. Kredittinstitusjoner vil ha pant av høyest mulig verdi for å sikre sitt krav. Ved finansiering av kraftproduksjon vil panteobjektet normalt være den rettigheten som utgjør grunnlaget for produksjon av energi. Retten til grunneiendom utgjør

panteobjektet ved vindkraftproduksjon på land. Fallrettigheten er rettigheten for vannkraftverk. Som allerede nevnt i min innledende overskrift vil panteobjektet ved finansiering av havenergi være konsesjonen med tilhørende innretninger, i likhet med systemet for pantsettelse av utvinningstillatelser med innretninger etter petroleumsløven. Verken i havenergilova eller panteløven finnes hjemmel for pantsettelse av konsesjoner. Panteløven inneholder særskilte hjemler for pant. Formuesgoder som på grunn av ny teknologi har kommet til etter at panteløven trådte i kraft i 1980 kan ikke pantsettes med hjemmel i panteløven.

Jeg vil undersøke hvorvidt det er mulig å etablere rettsgyldig stiftelse av panterett i forbindelse med finansiering av offshore vindkraft. Finnes en løsning etter gjeldende rett, eller må utbygger vente på at lovgiver endrer havenergilova?

Fremstillingen vil vise at det panterettslige legalitetsprinsipp innebærer en reell begrensning i finansieringen av havenergi fordi det ikke er adgang til å benytte helt sentrale eiendeler som sikkerhet i finansieringsøyemed. I den forbindelse undersøker jeg panteløven § 1-2 annet ledd, og bruker havenergifinansiering som illustrasjon for legalitetsprinsippets praktiske betydning. Dersom det ikke finnes pantehjemmel, men behovet for kreditt er stort nok kan det bli slik at man likevel pantsetter innretningene. Dette betyr et avvik mellom praksis og formell rettstilstand. Dette reiser spørsmål om hvorvidt det panterettslige legalitetsprinsipp er aktuelt i dag – hva innebærer det, hvorfor finnes en slik regel.

2 Det panterettslige legalitetsprinsipp

2.1 Utgangspunktet om det panterettslige legalitetsprinsipp

Panterett er normalt en forutsetning for å få lån fordi kreditor får helt eller delvis dekning for sitt krav ved å realisere pantet. Den nærmest selvsagte begrunnelsen for en panterett er billigere lån, som er gunstig for samfunnsøkonomien fordi det medfører økt tilførsel av kapital som igjen fører til at flere prosjekter gjennomføres og aktivitetsnivået i økonomien øker. For både kreditor og debitor er en vid pantsettelsesadgang gunstig. Kravet om lovhjemmel i panteretten kan virke begrensende. Panteloven og bestemmelser om pant i særlovgivningen regulerer pantsettelsesadgangen.¹ I havenergilova er det ingen hjemmel for pant. Adgangen til å avtale pant i finansieringsøyemed beror da på hvor strengt kravet om lovhjemmel i panteloven § 1-2 annet ledd praktiseres. Panteretten for øvrig er relevant når innholdet av § 1-2 annet ledd skal avklares.

2.2 Innholdet av panteloven § 1-2 annet ledd

Oppfatningen om at det finnes et panterettslig legalitetsprinsipp er forankret i panteloven § 1-2 annet ledd. Det følger av bestemmelsen at:

”Ved avtale kan panterett bare stiftes rettsgyldig hvor dette er hjemlet i denne lov eller i annen lovbestemmelse.”

Kravet om lovhjemmel er utledet av nettopp denne setningen. Bestemmelsen angir yttergrensene for pantsettelsesadgangen, og dermed konsekvensmessig hva det ikke kan tas pant i.² En annen måte å uttrykke dette på er at panteretten er uttømmende regulert.

Lovkravet har i panterettslig teori blitt omtalt som et prinsipp av blant annet Skoghøy, som skriver at ”Bestemmelsen gir uttrykk for det man kan kalle *det panterettslige*

¹ At hjemmel kan finnes i særlover følger av panteloven § 1-2 annet ledd.

² Dette fremgår forutsetningsvis hos Brækhus (2005) side 190.

legalitetsprinsipp.³ Prinsippbegrepet blir brukt blant annet i lovforarbeider,⁴ av Justisdepartementets lovavdeling,⁵ og i annen juridisk teori.⁶ Prinsippbegrepet er ikke brukt i all panterettslitteratur. Falkanger omtaler panteloven § 1-2 annet ledd som ”kontraktpanterettens grunnsetning nr 2”.⁷ Kjelstrup omtaler § 1-2 annet ledd som en ”høyst viktig” bestemmelse.⁸ Prinsippbegrepet er heller ikke benyttet i de panterettslige fremstillingene til verken Sjur Brækhus eller Sandvik m.fl.⁹ Det er først i de senere år at det har utviklet seg en allmenn oppfatning om at bestemmelsen gir uttrykk for et legalitetsprinsipp.

Definisjonen av et legalitetsprinsipp er tradisjonelt forklart som at myndighetsutøvelse som inngriper i borgernes rettsfære må ha hjemmel i lov. En mer nyansert betegnelse er at ”visse tiltak krever hjemmel i lov på grunn av sitt innhold”.¹⁰ Et legalitetsprinsipp skal ivareta borgernes rettssikkerhet.¹¹ Legalitetsprinsippet i forvaltningsretten er grunnleggende i en rettsstat fordi det fastslår at offentlige myndigheter er bundet av rettsregler. Ved det strafferettslige legalitetsprinsipp som følger av Grunnloven § 96 er formålet at borgerne skal beskyttes mot vilkårlig straff uten hjemmel i formell lov. Straffehjemmelen må være av en viss klarhet og presisjon.¹² Begrepet *prinsipp* gir

³ Skoghøy (1995) side 58, og Skoghøy (2003) side 62.

⁴ Se for eksempel Prop. 30 (2010-2011) side 5, punkt 4.1, eller Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 470, punkt 16.11.

⁵ JDLOV-2001-7013, Justisdepartementets lovavdelingens uttalelser. Det vurderes hvorvidt panteloven § 4-4 kan tolkes utvidende eller analogisk.

⁶ Se for eksempel Rosén (2011) side 34.

⁷ Falkanger (2006) side 25.

⁸ Kjelstrup (1996) side 17.

⁹ Brækhus omtaler som nevnt bestemmelsen som en angivelse av yttergrensene av pantsettelsesadgangen. (Brækhus (2005) side 190). I Sandvik Krüger, Giertsen sin fremstilling er bestemmelsen redegjort for under kapittelet ”Særlige ugyldighetsregler”. Sandvik (1982) side 38.

¹⁰ Eckhoff (2006) side 325.

¹¹ Eckhoff (2006) side 331, skriver at stortingsbehandling kan verne om borgernes friheter og rettigheter.

¹² Andenæs (2005) side 112 følgende.

assosiasjoner til noe overordnet, men brukes tradisjonelt som navn på rettsregler av særlig grunnleggende karakter.¹³

Betegnelsen legalitetsprinsipp er en unyansert angivelse av panteloven § 1-2 annet ledd. Et panterettslig legalitetsprinsipp innebærer at *avtaler*¹⁴ om pant må ha hjemmel i lov, en avtale forutsetter enighet mellom partene. Imidlertid må avtaler om pant ha lov hjemmel fordi panteretten har virkning for andre enn partene. Panteloven § 1-2 annet ledd gjelder på lik linje som resten av panteloven. Bestemmelsen må stå tilbake for andre bestemmelser om pant, jf § 1-2 tredje ledd, og kan endres eller oppheves av stortinget som formell lov. At det panterettslige legalitetsprinsipp er av overordnet karakter har vi dermed ingen holdepunkter for. Det panterettslige legalitetsprinsipp gjelder ikke for hele panteretten, kun for avtalepant. Utleggspant og legalpant er lovregulert i pantelovens kapittel 5 og 6, og må ha hjemmel i lov fordi panteretten ikke følger av avtale mellom to parter.¹⁵ Det er dermed på det rene at det panterettslige legalitetsprinsipp ikke er et alminnelig legalitetsprinsipp.

Selv om bruken av begrepet er upresis, er det alminnelig akseptert at det i norsk rett gjelder et panterettslig legalitetsprinsipp. I det følgende vil jeg se nærmere på hva et slikt prinsipp innebærer. Det er på det rene at avtaler om pant må ha hjemmel i lov, men det stilles ingen krav til hjemmelen så lenge den er vedtatt i lovs form. I ordlyden må det fremkomme at det er adgang til å pantsette, ofte brukes betegnelsen ”kan pantsettes”, slik som i akvakulturloven § 20 hvor ordlyden er ”Akvakulturtillatelse kan pantsettes”. Hjemmelen kan imidlertid være vid, slik som hjemmelen til fast eiendomspant i panteloven § 2-1. Pant i fast eiendom omfatter ikke bare bygninger, men også grunnen, hus, andre byggverk, anlegg, tilbehør og rettigheter, jf § 2-2. En annen vid hjemmel finnes i panteloven § 3-2 som gir hjemmel for håndpantsettelse av alt løsøre som ikke kan registreres i et realregister. Pantehjemmel kan også følge forutsetningsvis slik som er tilfellet for petroleumsloven § 6-2, hvor det ikke er en eksplisitt hjemmel for pant av utvinningstillatelser, men hvor det står at ”Departementet

¹³ Eckhoff (2006) side 30 til 32, her redegjøres for bruken av begrepet prinsipp.

¹⁴ Betegnelsen avtale er noe upresist her da en ensidig panteerklæring også må ha hjemmel i lov, se Kjelstrup (1996) side 18. Begrepet avtale vil likevel bli brukt i fremstillingen.

¹⁵ Sandvik (1982) side 39.

kan samtykke i at rettighetshaver pantsetter hele tillatelsen(...)”. Tilsvarende gjelder i kraftledningsregisterloven § 7 hvor det heller ikke står eksplisitt at en kraftledning kan pantsettes, men pant og registrering er regulert i bestemmelsen.¹⁶ At det ikke stilles et eksplisitt krav til en hjemmelsbestemmelse kan sees i sammenheng med at panteloven må vike for bestemmelser om pant i andre lover, jf panteloven § 1-2 tredje ledd. Dermed ser vi at det er tilstrekkelig at panteadgangen er regulert for at kravet til lovhjemmel er oppfylt. For enkelthets skyld vil jeg i det følgende omtale kravet om at pantsettelsesadgangen må være regulert i lov som *kravet om lovhjemmel*.

I tillegg innebærer panteloven § 1-2 annet ledd at dersom bestemmelsen om pant inneholder *lovbestemte kvalifikasjonskrav* eller *andre krav i lovs form om hvordan avtalen om pant skal inngås* så er disse preseptoriske. Et slikt krav kan ikke utledes av ordlyden, men følger av en tolkning av bestemmelsen i en historisk kontekst.¹⁷ Dette vil bli nærmere omtalt i punkt 2.2. Et slikt kvalifikasjonskrav ser vi for eksempel ved at driftstilbehør må pantsettes i ”sin helhet” og fast eiendom bare kan få rettsvern ved tinglysing.

En avtale om pant som ikke har hjemmel, eller ikke er inngått i henhold til lovbestemte kvalifikasjonskrav, er verken gyldig mellom partene eller overfor tredjemenn. I bestemmelsen er betegnelsen ”rettsgyldig” brukt uten at dette gir et klart svar. En forklaring på begrepet rettsgyldig finnes ikke i forarbeidene.¹⁸ At ugyldighet mellom partene er virkningen følger av forarbeidene:

”Meininga er at avtaler i strid med denne regelen heller ikkje skal vera bindande for partane sjølve. Det er ein føremon å få ein grei regel om kva som gjeld og ikkje gjeld i slike tilfelle. Panterettar som ikkje gjev nemnande trygd, er det liten grunn til å halda oppe.”¹⁹

¹⁶ Denne loven er imidlertid fra før panteloven 1980, hvor det ikke fantes noe legalitetsprinsipp. Illustrasjonen har dermed begrenset verdi.

¹⁷ Sandvik (1982) side 39.

¹⁸ I Rådsegn 8 er betegnelsen rettsgyldig ikke brukt. I Ot.prp. nr 39 er det rettsgyldig brukt i forbindelse med forbudet mot generalpant, se side 79-80. I Innst.O. nr 19 er begrepet rettsgyldig ikke forklart, og kun benyttet i lovvedtaket, jf Innst.O. nr. 19. side 32.

¹⁹ Rådsegn 8 side 73.

I forarbeidene var forslaget ikke helt det samme som i dagens bestemmelse, og begrepet rettsgyldig var ikke benyttet i lovforslaget. Det er underforstått at ugyldighet mellom partene er konsekvensen dersom legalitetsprinsippet ikke er oppfylt, dette er lagt til grunn i praksis og teori.²⁰ Skoghøy er av samme oppfatning og viser i sin kommentarutgave til en avgjørelse i Borgarting fra 1997. Her var det lagt til grunn at det medførte ugyldighet at lovens regler ikke var fulgt:

”Saken her gjelder heller ikke rettsvernsregler, men det panterettslige legalitetsprinsipp at avtalepart ikke gyldig kan stiftes i formuesgoder som det ikke foreligger lovhjemmel for å pantsette, jf Skoghøy l. c. side 58. En panteavtale som ikke har lovhjemmel, mangler ikke bare rettsvern, men er også ugyldig i forholdet mellom partene.”^{21 22}

At konsekvensen er ugyldighet mellom partene gjelder i utgangspunktet både dersom kravet om lovhjemmel og kvalifikasjonskravene i bestemmelsen ikke er fulgt. Det er ikke like åpenbart at en avtaler som fraviker krav til fremgangsmåten er ugyldig. Skoghøy hevder at det kan tenkes tilfeller hvor disse er ugyldige kun for det forhold som fraviker panteloven, dersom det er et beskjedent avvik fra lovens regler.²³

Med dette er innholdet av det panterettslige legalitetsprinsipp fastslått. Prinsippet kan ikke utledes kun av panteloven § 1-2 annet ledd, men det følger av en tolkning av ordlyden, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Legalitetsprinsippet har to sider. Det er først når *kvalifikasjonskravene og kravet om hjemmel* er oppfylt at det er inngått en

²⁰ I juridisk teori er det underforstått at med rettsgyldig menes ugyldig mellom partene og overfor tredjemenn. Sandvik behandler panteloven § 1-2 annet ledd i kapittel 4 om ”Særlig ugyldsregler.” Sandvik (1982) side 39. Se for eksempel Rt 2008 side 1170 premiss 54, ugyldighet er forutsatt i denne avgjørelsen. Avgjørelsen er vist til av Skoghøy (2011) lovkommentar 16.

²¹ RG 1997 side 1269.

²² I loven skilles det mellom avtalerettslig ugyldighet og ugyldighet som en følge av at lovens krav ikke er fulgt.

²³ En slik forståelse følger av en ”(...) alminnelige prinsipper for tolking og revisjon av avtaler som er inngått under uriktige forutsetninger(...).” Skoghøy (2003) side 63.

rettsgyldig avtale om pant. Det er kravet om lovhjemmel det reises særlig spørsmål om når offshore vindkraft finansieres.

Legalitetsprinsippet må sees i sammenheng med pantelovens generelle bestemmelser for øvrig. Som nevnt tidligere er det ikke bare det panterettslige legalitetsprinsipp som er en alminnelig panterettslig begrensning. Vi har andre sentrale panterettslige begrensninger, herunder forbudet mot generalpant og omsetningsbegrensningen, jf §1-3. Det følger av første ledd at ”Panterett kan ikke rettsgyldig heftes under ett på alt det noen eier eller kommer til å eie.” Denne bestemmelsen omtales som forbudet mot generalpant. Bestemmelsen innebærer at det ikke er adgang til å inngå avtaler om pant i hele skyldnerens formue slik den er til enhver tid.²⁴ Regelen har i dag nokså formell karakter, den er ikke til hinder for at det vedtas hjemler som er en form for generalpant. Aksjepant i panteloven kapittel 4, og pantsettelse av driftstilbehør etter panteloven § 3-4, er pantehjemler som er en begrenset type generalpant. Generalpanteretter må stå tilbake for særretter, aksjepant står tilbake for pant i underliggende verdier. Pantsettelse av driftstilbehør er en begrenset form for generalpanterett fordi det gir en panterett i driftstilbehøret i sin helhet, slik det er til enhver tid.²⁵ Panteretten må stå tilbake for en salgspanterett, jf § 3-4 tredje ledd. Ettersom vi har et krav om lovhjemmel for avtaler om pant er forbudet mot generalpant overflødig, og uten reell betydning – avtaler om pant må uansett være lovregulert. Imidlertid gjelder forbudet mot generalpant både for utleggspant og legalpant.²⁶

I lovhistorien finnes forklaringen på hvorfor vi likevel har et forbud mot generalpant. Generalpant var vanlig før panteloven 1857, jf Ot.prp. nr. 39, side 22. Derfor ble et forbud mot slik pantsettelse innført med panteloven 1857 og videreført i panteloven 1980.²⁷ At det er overflødig på grunn av legalitetsprinsippet kan forklares ved historien bak legalitetsprinsippet. Etter Ot.prp. nr. 39 fremkommer det ikke at hensikten med dagens § 1-2 annet ledd var et krav om lovhjemmel, dermed var ikke forbudet mot generalpant opprinnelig overflødig. Se nærmere om bakgrunnen for legalitetsprinsippet i punkt 2.2.

²⁴ Skoghøy (2003) side 66.

²⁵ Skoghøy (2003) side 66.

²⁶ Skoghøy (2008) side 22.

²⁷ Skoghøy (2008) side 22.

Det følger av § 1-3 annet ledd at ”Når en rett ikke kan avhendes, eller bare kan avhendes på visse vilkår, gjelder samme begrensning med hensyn til å pantsette retten.” I det følgende vil bestemmelsen bli omtalt som *omsetningsbegrensningen*. Bestemmelsen omtales av Falkanger som ”panterettens grunnsetning nummer 1.”²⁸ Det kan utledes at det er et vilkår for pant at panteobjektet ikke har lovfestede eller avtafefestede begrensninger for omsettelse.²⁹ Dersom et objekt bare kan overdras på visse vilkår gjelder tilsvarende for panteadgangen. Omsetningsbegrensningen har sammenheng med panteloven § 1-1 første ledd, om at pant er en særrett til å søke dekning for et krav i bestemte formuesgoder. Av bestemmelsen kan det innfortolkes et krav om at panteobjektet må være omsettelig, altså ha salgsverdi.³⁰ For at panteobjektet skal ha økonomisk verdi for panthaver, må det være adgang til å omsette det ved realisasjon. I dag kan man se for seg at realisasjon ikke nødvendigvis skjer ved omsetning, men at panthaver i stedet trer inn i panteobjektet som rettighetshaver. Bestemmelsen er ikke til hinder for dette, men er avgjørende fordi dersom vilkårene for avhendelse ikke foreligger, vil avtalen om pant være ugyldig mellom partene.^{31 32}

2.3 Historisk bakgrunn for legalitetsprinsippet

Et panterettslig legalitetsprinsipp er ikke en selvfølge i norsk rett. Det er derfor av betydning å se nærmere på hvorfor vi har en slik regel. For å avklare dette må historien bak pantelovens § 1-2 annet ledd redegjøres nærmere for. Legalitetsprinsippet må sees i sammenheng med utviklingen av panteretten for øvrig.

²⁸ Falkanger (2006) side 25.

²⁹ Skoghøy (2008) side 22.

³⁰ Kjelstrup (1996) side 16.

³¹ Skoghøy (2003) side 68.

³² Omsetningsbegrensningens aktualitet er redegjort for nærmere for av Eriksen (2009) i artikkelen ”Omsettelighet som vilkår for gyldig pant”. Han hevder at kravet om lovhjemmel og kravet om omsettelighet har ”til en viss grad virket som bremseklosser” på næringslivets utvikling. (side 129).

En panterett gir panthaver et dekningsprivilegium på bekostning av andre kreditorer. At kreditor ved avtale med debitor kan skaffe seg en privilegert stilling krever en forklaring. Panteretten går langt tilbake i tid. Behovet for kreditt utviklet seg på 1800-tallet da Norge fremdeles var et bondesamfunn, men industri, håndverk, handel og samferdsel var næringer som økte og investeringene medførte behov for kapital.³³ Norges Bank lånte ut penger mot pant i fast eiendom, men ellers var ikke finansinstitusjoner utbredt. Vår første offentlige pantelovsbanken, Kongeriket Norges Hypotekerbank ble opprettet i 1852, og hadde i 1860 til sammen lånt ut 17, 8 millioner kroner. Rundt 1900 steg tallet til 130,4 millioner.³⁴ Med økonomisk vekst fulgte økt folketall, flere kredittinstitusjoner, aksjebanker, sparebanker. Imidlertid utgjorde private lån en betydelig rolle.³⁵

Christian V's norske lov fra 1687 inneholdt et eget pantekapittel, men vår første samlede pantelov er fra 1857. Den inneholdt viktige prinsipper som også gjelder i dag, herunder spesialitetsprinsippet og forbudet mot generalpant.³⁶ Fremgang i industrinæringen og økt folketall har gjennom 1900-tallet ført til at flere næringer fikk sterk vekst. Dette gjelder særlig transportnæringen; for eksempel økte sjøtransportnæringen i tiden 1930 til 1960 realkapitalen med 350%.³⁷ Etter annen verdenskrig ble det opprettet flere private og statlige banker. BNP økte og flere finansinstitusjoner, som trygdslag og pensjonsfond, ble opprettet. Tilbakeblikket på panterettens opphav viser at pant lenge har hatt en betydelig rolle i samfunnet.

Med panteloven av 1857 var en rekke panterettslige spørsmål ikke avklart. En vesentlig forskjell fra dagens rettsstilstand var at løssøre opprinnelig bare kunne pantsettes ved overlevering til panthaver.³⁸ På grunn av økende kredittbehov utviklet det seg unntak

³³ Rådsegn 8, side 160.

³⁴ Rådsegn 8, side 160.

³⁵ Rådsegn 8, side 161.

³⁶ Ot.prp.nr. 39, side 22 punkt 2. Spesialitetsprinsippet innebærer et krav til individualisering av pantet, og kan i dag utledes av panteloven § 1-4.

³⁷ Rådsegn 8, side 161.

³⁸ Innst.O. nr. 19, side 2.

fra dette i særlover, innenfor ulike bransjer og næringer.³⁹ Hvorvidt løsøre kunne pantsettes var etter hvert nokså tilfeldig. Det var store ulikheter mellom næringene, uten at det nødvendigvis var noe reelt grunnlag for dette.⁴⁰ Forskjellen i lovgivningen ble oppfattet som ”en særskilt begrunnet hjelp til enkelt næringer i kampen om kreditten.” Samtidig ble det opplevd som en kredittrestriksjon i de næringer som ikke kunne tilby underpantsettelse.⁴¹ Dermed var det behov for opprydding og rettsavklaring av panteretten. En komité ble opprettet og arbeidet med en ny pantelov satt i gang. Komiteen skulle særlig redegjøre og avklare behovet for å pantsette løsøre. Formålet var å skape likhet og rettferdighet mellom næringene.⁴² Komiteens arbeid resulterte i Rådsegn 8 fra 1970 som er en del av forarbeidene til panteloven 1980.

Panteloven 1857 inneholdt ikke noe krav om at pant må ha hjemmel i lov. Det nærmeste man kom var § 1 som satte en grense for adgangen til å inngå avtaler om pant for ”rørlig gods”, ved at slike avtaler bare kunne få rettsvern dersom formuesgodet fysisk ble fjernet fra rettighetshaverens rådighet. Rørlig gods var alle formuesgoder unntatt retten til fast eiendom.⁴³ Bestemmelsen er tilnærmet lik regelen som i dag gjelder for håndpantsettelse av løsøre etter panteloven § 3-2. Med panteloven 1980 var adgangen til å inngå avtaler om pant økt betraktelig, dette ser vi spesielt i reglene om underpantsettelse av løsøre for næringsdrivende i § 3-4.

Kravet om lovhjemmel er nytt med panteloven 1980. Begrunnelsen for bestemmelsen må søkes i lovforarbeidene. Her finnes ingen prinsipiell drøftelse om hvorvidt det skal være et krav om lovhjemmel i panteretten. Sivilbokutvalget foreslo i Rådsegn 8 at den nye panteloven skulle inneholde en bestemmelse som regulerte *panteadgangen*. Denne ble plassert i lovforslagets § 29 tredje ledd, under ”Del B” om avtalepant, med overskriften ”Pantsettingsmåter.” Det følger av forslaget at:

³⁹ Ot.prp. nr. 39, side 10.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 39, side 6.

⁴¹ Sandvik (1982) side 15.

⁴² Ot.prp.nr. 39, side 6

⁴³ Brækhus (2005) side 68.

”Avtale om underpant eller håndpant i andre ting eller verdier enn nevnt i første eller annet ledd, gjelder bare når det er særskilt fastsatt i lov.”⁴⁴

Adgangen til underpant er regulert i første ledd. Det følger ikke av forslaget at det er et eksplisitt krav til lovhjemmel:

”Stk. 1 fastset at det kan gjerast avtale om underpant i fast eiendom eller anna som går inn under tinglysning eller tilsvarande registreringsskipnad”⁴⁵

Forslaget var at håndpant skulle kunne avtales i løssøre som ikke var omfattet av tinglysning eller registreringsordning, jf *annet ledd*. Bakgrunnen for forslaget § 29 var en usikkerhet med hensyn til hvordan reglene om håndpant i fast eiendom og underpant i løssøre skulle forstås. I følge Sandvik m.fl var den vanlige oppfatning ”(...) at slike avtaler ikke kunne få rettsvern, men var gyldige mellom partene.”⁴⁶ Sivilbokutvalget opprettholdt ikke dette skillet.⁴⁷

Formålet med forslaget § 29 var å fastslå at avtaler om underpant uten rettsvern heller ikke var gyldig mellom partene. Som vi ser er dette en regulering av *fremgangsmåten* for pant.

I Ot.prp. nr. 39 ble det gjort store redaksjonelle endringer, og den ovennevnte bestemmelsen var ment å svare delvis til lovforslaget § 1-1 tredje ledd. Ordlyden var i forslaget: ”Avtale om pant i andre tilfelle enn nevnt i kapitlene 2 til 4 er bare gyldig når det følger av særskilt lov(...)”⁴⁸ I Innst.O. nr 19 ble ikke bestemmelsen ytterligere kommentert utover at det konstateres at adgangen til å inngå avtale om pant er uttømmende regulert i loven, med mindre det finnes hjemmel i særskilt lov. Bestemmelsen ble flyttet til § 1-2 annet ledd, hvor den også finnes i dag.⁴⁹

⁴⁴ Ot.prp.nr. 39, side 153.

⁴⁵ Rådsegn 8 side 73.

⁴⁶ Sandvik (1982) side 38.

⁴⁷ Sandvik (1982) side 38 viser til Rådsegn 8 side 72 - 74.

⁴⁸ Ot.prp.nr. 39, side 79 og 156.

⁴⁹ Innst.O. nr. 19 (1979-1980) side 5 og 32.

Generelt er Rådsegn 8 og det endelige forslaget innholdsmessig i det vesentlige likt, men det ble gjort en rekke strukturelle endringer som kan gjøre det vanskelig å finne begrunnelser for de enkelte regler.⁵⁰ Det er ikke helt tydelig hvorvidt regelen i Sivlbokutvalgets forslag og det endelige forslaget er den samme regelen. Det er ut i fra forarbeidene det kan utledes at panteloven § 1-2 annet ledd innebærer krav om pantsettelsesmåten, i tillegg til et krav om lovhjemmel. En gjennomgang av forarbeidene viser at bestemmelsen var ment for å skape klarhet i panteretten, og avverge at regler om pant utviklet seg i utakt i de forskjellige næringer. Selve kravet om lovhjemmel ble ikke redegjort for i lovforarbeidene. Forarbeidene gir ikke uttrykk for at kravet om lovhjemmel skulle være et sentralt prinsipp i panteretten, rekkevidden av en slik bestemmelse ble heller ikke redegjort nærmere for.⁵¹

Legalitetsprinsippet, forbudet mot generalpanterett og omsetningsbegrensningen, innskrenker avtalefriheten, og begrenser dermed *panterettens omfang*.

Finansinstitusjonene vil ha en vid pantsettelsesadgang og vil naturlig nok ønske å ta i bruk nye formuesgoder som panteobjekt. Som motargument til en vid pantsettelsesadgang anføres det at *personalkreditten*⁵² blir visket ut fordi dersom alt en skyldner har kan pantsettes, finnes ingen formuesgoder å ta utlegg i, og dermed ikke midler til utdeling ved en konkurs. Da står den usikrede kreditor der - på bar bakke. Med andre ord, begrensninger i pantsettelsesadgangen har vi av hensyn til de kreditorene som ikke er realkreditorer, de *usikrede kreditorer*. Dette omtales som hensynet til å ivareta personalkreditten.

Den usikrede kreditor er altså de øvrige kreditorene som ikke har inngått avtale om panterett ved ytelse av kreditt. Vurderingen er i hvilken grad en debitor bør ha adgang til å binde opp sin formue til sikkerhet for spesielle kreditorer, fremfor usikrede kreditorer. Dette sees på som forholdet mellom *realkreditt* kontra *personalkreditt*.

⁵⁰ Sandvik (1982) side 27.

⁵¹ Det kan dermed spørres om det ble tatt høyde for utvikling av ny teknologi og behovet for kreditt og pantsettelse som følger av dette, når panteloven § 1-2 annet ledd ble vedtatt.

⁵² *Personalkreditt* er en betegnelse på de lån som gis uten pant, som en motsetning til realkreditt, jf Gisele (2001) side 221.

Hensynene kan ikke sees på som likverdige motsetninger da kreditt med realsikkerhet er en langt større del av den totale kreditt.⁵³

Forskjellen mellom en usikret og en sikret kreditor er av betydning både ved betalingsmislighold og konkurs. Dersom skyldneren ikke betaler en *usikret kreditor* må vedkommende gå veien om søksmål for å få tvangsgrunnlag for kravet, og deretter få bistand av namsmannen til å ta utlegg for å få dekket sitt krav. Utlegget gir kreditor sikkerhet for kravet i form av en panterett, og formuesgodet kan deretter tvangsselges for å gi kreditor dekning.⁵⁴ For de tilfeller skyldneren ikke har noe formuesgode å ta utlegg i vil ikke kreditor få dekket sitt krav. Dersom skyldneren går konkurs har usikrede kreditorer kun krav på en dividende av konkursboet. I de tilfeller hvor det ikke er midler til utdeling ved konkurs får ikke den usikrede kreditor sitt krav dekket. Dette viser at en usikret kreditor kan ha en svak stilling overfor en betalingsuvillig eller betalingsudyktig debitor.

En *realkreditor* har derimot en ”særrett til å søke dekning for et krav i et eller flere bestemte formuesgoder (pantet).”⁵⁵ Veien om søksmål er ikke nødvendig, og sikkerheten står seg uavhengig av skyldnerens økonomiske situasjon.⁵⁶ Forskjellen mellom sikrede og usikrede kreditorer er naturlig nok av mindre betydning såfremt kreditor betaler sine forpliktelser.

Panterettens omfang er en prinsipiell debatt av politisk karakter som tas opp med jevne mellomrom. Det er ulike meninger om hvilke vekt hensynet til usikrede kreditorer skal ha. For å redegjøre nærmere for hvorvidt hensynet til usikrede kreditorer er aktuelt i dag vil jeg se på hvem de usikrede kreditorene er. En *frivillig* usikret kreditor er enhver kreditor som ikke har sikkerhet for sitt krav, det kan være en usikret lånekreditor eller en leverandør av tjenester som betales på etterskudd. Usikret kreditt er ofte mer risikofylt og naturlig nok dyrere, men kan gi større avkastningsmuligheter, som kan være formålet. En profesjonell kreditor som frivillig gir et usikret lån eller gjør en

⁵³ Ot.prp. nr. 39 side 15.

⁵⁴ Tvangsfullbyrdsloven § 4-1 jf lovens kapittel 7 og 8 og Ot.prp. nr. 39 side 12.

⁵⁵ Panteloven § 1-1 første ledd.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 39 side 13.

usikret investering, vet eller burde vite at sitt krav må stå tilbake for allerede eksisterende sikrede krav og etterfølgende sikrede krav. Dette omtales som at frivillige usikrede kreditorer tar en *kalkulert risiko*.⁵⁷

Andre hensyn gjør seg imidlertid gjeldende dersom det er en *ufrivillig usikret kreditor* som har et krav. En ufrivillig kreditor er en kreditor som ikke hadde mulighet til å skaffe seg realkreditt på forhånd.⁵⁸ Opprinnelig var en viktig gruppe ufrivillige kreditorer bedriftens arbeidstakere fordi lønn utbetales normalt etterskuddsvis. Etter prioritetsloven 1963 ble lønnstakere gitt en fortrinnsrett ved konkurs, men dette sikret ikke lønnstakere for såkalte ”nullboer”. I dag er det etablert en statlig garantiordning, jf lov 61/1973, med den betydning at staten er den ufrivillige kreditor for lønnskrav ved arbeidsgivers konkurs.⁵⁹ Dette har medført at lønnstakere ikke lenger er ufrivillige kreditorer ved arbeidsgivers konkurs.⁶⁰

En sjeldnere ufrivillig kreditor er den kreditor som har et krav om erstatning utenfor kontrakt, for eksempel på bakgrunn av en ulykke. Det er ingen alminnelig plikt til å tegne ansvarsforsikring, selv om dette er svært utbredt der hvor risikoen for skade er stor. Argumentet om at frivillige kreditorer tar en kalkulert risiko gjør seg i liten grad gjeldende her.⁶¹ De ufrivillige usikrede kreditorene har ikke en sentral plass i panterettslige fremstillinger.

Hensynet til behovet for kreditt må veies mot den usikrede kreditors rettsstilling. En usikret kreditor har helt og holden et krav, men har av en eller annen grunn ikke sikkerhet, og kan derfor ende opp med ikke å få tilbake sine penger. Kjernen i temaet som diskuteres er, når er det ønskelig at det blir igjen en dekningsreserve for de usikrede kreditorer, og dermed reguleringer som begrenser pantsettelsesadgangen. Ved

⁵⁷ Ot.prp. nr. 39 side 12.

⁵⁸ Brækhus (2005) side 243.

⁵⁹ Brækhus (2005) side 243.

⁶⁰ Brækhus (2005) side 248. Staten vil altså være kreditor for disse krav. Dette gjelder også ved skatt- og avgiftskrav. Deres krav har fortrinnsrett i konkurs, og dermed kan de ikke betegnes som usikrede kreditorer. (Brækhus (2005) side 243).

⁶¹ Brækhus (2005) side 244.

arbeidet med panteloven 1980 ble pantsettelsesadgangen for næringsdrivende redegjort for. Behovet for kreditt, som styrer behovet for pantsettelse, ble veid mot hensynet til de frivillige og ufrivillige usikrede kreditorer. I denne avveiiingen fikk behovet for kreditt avgjørende betydning. Pantsettelsesadgangen for næringsdrivende var vid, og formålet var at det ikke skulle være noen reelle begrensning. Det følger av Sandviks fremstilling at:

”Men for næringsdrivende er det ingen reel begrensning, bare basis for en regulering av pantsettelsesmåten. Loven gir nemlig hjemmel for at praktisk talt alle næringsdrivende kan pantsette både produksjonsapparat, varelager og utestående fordringer.”⁶²

Brækhus hevder tilsvarende i sin fremstilling, og her fremgår det at ”(...)praktisk talt alt næringsløsøre kan underpantsettes.”⁶³ Av dette følger det at i forberedelsen til panteloven 1980 fikk hensynet til kredittbehov i næringsvirksomhet avgjørende vekt i pantsettelsesadgangen. Dermed er restriksjoner i pantsettelsesadgangen for næringsrivende ikke er i tråd med lovens formål.

I etterkant har den vide pantsettelsesadgangen blitt kritisert og temaet er politisk omstridt. Brækhus hevder blant annet at med panteloven 1980 og utvidelsen av pantsettelsesadgangen ”(...)har vi fått en ekstrem situasjon.”⁶⁴

Siden fordelene ved sikret kreditt er store både for kreditor og debitor, kan det stilles spørsmål om hvorfor personalkreditten skal opprettholdes. Det er hevdet at personalkreditten er verdifull fra kredittpolitiske og samfunnsmessige synspunkter og at usikrede kreditorer satser mer på personlig dyktighet og innsatsvilje enn realkreditten, og derfor bør dette være en selvstendig kredittform som bør ivaretas.⁶⁵ Videre er

⁶² Sandvik (1982) side 15.

⁶³ Brækhus (2005) side 253.

⁶⁴ Brækhus (2005) side 241. Det ble opprettet et utvalg, Falkangerutvalget, som skulle redegjøre for pantsettelsesadgangen. Det ble foreslått innskrenkninger i for avtalepant. Forslagene ble i liten grad fulgt opp. Bankene reagerte negativt på forslagene, og de fikk gjennomslag for sitt syn. (NOU:1993: 16 side 9, vist til i Brækhus (2005) side 259).

⁶⁵ Brækhus (2005) side 242.

personalkreditten en raskere kredittform og mer smidig.⁶⁶ Avtale om pant er en tidkrevende prosess, den må normalt tinglyses for rettsvern for å være gyldig overfor tredjemenn.⁶⁷ I mange tilfeller er panterett upraktisk eller for kostbart, som for eksempel for leverandører og tjenesteytere, herunder ved levering av håndverkertjenester med rutinemessig fakturering etterskuddsvis.

Andre hensyn kan også begrunne regler som begrenser panterettens omfang. Dersom en næringsdrivende har pantsatt hele sin virksomhet er pantaveren den reelle eier av virksomheten, men uten ansvar. Resultatet er at ansvar og kapital ikke er plassert i samme rettssubjekt. Brækhus hevder at det ikke er ønskelig med et system hvor kapitaleierne "(...)reelt sett eier hele bedriften(...)", og hvor eierne ikke har noen fri kapital. Han hevder at et slikt system vil i det lange løp føre til "reaksjoner som i sin tur kan bringe realkreditten i fare,(...)".⁶⁸

En avgrensning av panterettens omfang har også en side til *pantsetteren selv*, vurderingen er i hvilken grad det skal tillates at en person pantsetter sine aktiva med den følge at eiendelene kan tvangsrealiseres hvorav skyldneren og dens familie står uten noen eiendeler. Privates kredittbehov er først og fremst i forbindelse med anskaffelse av bolig, hvor pantsettelsesadgangen er ubegrenset.⁶⁹ Adgangen til underpantsettelse for en privat skyldner er i dag svært begrenset, løssøre kan kun pantsettes etter reglene om håndpant i panteloven § 3-1. Personalkreditten er dermed en realitet i privat sektor.⁷⁰ Havenergi er næringsvirksomhet, pantsettelsesadgangen i den private sektor blir ikke nærmere omtalt.

Måter å begrense panterettens omfang på er drøftet og redegjort for i forarbeidene til panteloven 1980. Brækhus har både før og etter panteloven redegjort for ulike måter pantsettelsesadgangen kan tenkes begrenset. Blant annet foreslo han en avgrensning ved

⁶⁶ Brækhus (2005) side 242.

⁶⁷ Dette gjelder ikke alle avtaler om pant, håndpant og salgspant må ikke tinglyses, andre rettsvernsregler gjelder.

⁶⁸ Brækhus (2005) side 252.

⁶⁹ Brækhus (2005) side 253.

⁷⁰ Brækhus (2005) side 253.

at en viss prosentandel av et pantsatt formuesgode skulle være igjen til usikrede kreditorer.⁷¹ Han foreslo også avgrensninger etter blant annet kredittformål, pantets art, bransje, kredittvilkår eller kvalitativ avgrensning. Han hevder det er ved investeringskreditt panteretten står sterkest, fordi debitor får større kapital, økt omsetning og avkastning som kommer kreditor til gode. Sammenlignet med pantsettelse til sikring av driftskreditt, forbrukskreditt og ved pantsettelse til sikring for eldre gjeld hvor panteretten ikke står like sterkt. Forslagene var kjente før vedtakelsen av panteloven av 1980, men sivilbokutvalget fant ingen praktisk måte å begrense pantsettelsesadgangen på.⁷²

I dag har panteloven de begrensningene i pantsettelsesadgangen som følger av pantelovens kapittel 1, herunder legalitetsprinsippet. Det følger ikke eksplisitt av forarbeidene at formålet med legalitetsprinsippet er å avgrense panteretten. Et slikt formål følger forutsetningsvis når det tas i betraktning at det var tilsiktet å finne en rasjonell avgrensning av pantsettelsesadgangen. Når legalitetsprinsippet viser seg å begrense adgangen til inngå avtaler om pant for næringsdrivende, innebærer dette at prinsippet har fått en utilsiktet følge. Det er dermed av betydning å se nærmere på i hvordan legalitetsprinsippet fungerer i dag.

2.4 Panterettens legalitetsprinsipp i dag

Som vi har sett i punkt 2.2 er det underforstått at formålet med legalitetsprinsippet er å avgrense panterettens omfang, hovedsakelig av hensyn til usikrede kreditorer, men også ut ifra et perspektiv om at det ikke er heldig at kapital og risiko er plassert i forskjellige rettssubjekter. Spørsmålet er hvilke konsekvenser prinsippet får ved finansieringen av havenergi.

⁷¹ Ot.prp. nr. 39 side 19.

⁷² Forslagene fremkom også av Jussens venner bin XI hefte 6 for 1976, ”Realkreditt kontra personalkreditt – et apropos til den forestående kodifikasjon”. Artikkelen er vist til i Ot. Prp. Nr 39. side 19. Synspunktene hadde liten gjennomslagskraft, de ble kun referert til i forarbeidene. (Brækhus (2005) side 254 følgende og side 258.

Næringslivets kredittbehov forandres i takt med utvikling av ny teknologi. Finansinstitusjoner ønsker å ta i bruk nye formuesgoder som kan tjene som sikkerhetsobjekter for å kunne tilby finansiering.⁷³ Fullgod sikkerhet gjør det unødvendig å spre risikoen ved kreditt til flere kreditorer fordi risikoen minskes, og realsikkerhet er dermed av betydning for kredittstrukturen.⁷⁴ Ved finansiering av for eksempel fast eiendom har kreditor fullgod sikkerhet fordi lånet ikke er større enn verdien av den faste eiendom, kreditor innehar kun risikoen for svingninger i markedsprisen på fast eiendom. Panterett er dermed den eneste sikkerhet kreditor trenger for sitt krav. Dette reiser spørsmål om hva fullgod sikkerhet innebærer ved finansieringen av havenergi, og om det er mulig å oppnå.

Offshore vindkraft kan finansieres etter en struktur kalt prosjektfinansiering,⁷⁵ som hovedsakelig innebærer at sikkerheten ligger i et prosjektselskap, og ikke i eiernes balanse. Lån og renter skal da nedbetales med inntekter for salg av kraft. Lånet vil være betraktelig større enn det som finnes av aktiva i selskapet, nettopp fordi prosjektselskapet ikke innehar andre eiendeler enn hva som er nødvendig for virksomheten. Fullgod finansiering er mulig dersom det tas pant i fremtidige inntekter for salg av kraft.⁷⁶ Denne panteretten forutsetter imidlertid at det blir et havenergi prosjekt. Det er en rekke faktorer som kan medføre at prosjektet ikke ferdigstilles, dette kalles projektrisiko.⁷⁷ Dersom en projektrisiko inntreffer vil ikke

⁷³ Eriksen (2008) side 129 diskuterer omsetningsbegrensningens rolle i dag.

⁷⁴ Sandvik (1982) side 14.

⁷⁵ Normalt innebærer dette at sikkerheten ligger i havvindprosjektet og ikke andre aktiva. Dette gjøres vanligvis ved at det opprettes et rendyrket prosjektselskap, gjerne omtalt som SPV, *single-purpose project company*, jf Wood (2007) side 3 og 111. I denne fremstillingen blir dette omtalt som *prosjektselskapet*. Prosjektfinansiering er en praktisk måte å finansiere offshore vindkraft på. Ved et ordinært banklån forutsettes det at eierne har andre aktiva som kan pantsettes. Da gjør ikke de særlige panterettslige problemstillinger tilknyttet pantsettelse av konsesjon og vindmøller seg gjeldende. Prosjektfinansiering er normalt en langsiktig finansiering, og vil være gunstig når lånet skal nedbetales med salgsinntekter. Dette har en sammenheng med at det går mange år fra startfasen av et prosjekt til ferdigstillelse.

⁷⁶ Pant i utestående fordringer forutsetter nødvendigvis at avtaler om salg av kraft er inngått. At kraften blir solgt kan sikres på forhånd ved at prosjektselskapet inngår avtaler om salg av kraft. Disse avtalene kalles normalt *Power Purchase Agreements (PPA)*. Bankene må ta del på et tidlig sted i finansieringen for å sikre at slike avtaler blir inngått, jf Wood (2007) side 28. Bankene må sørge for at *insolvensrisikoen* ikke ligger hos kreditorene til prosjektselskapet.

⁷⁷ Dette omtales som "*project risks*" i prosjektfinansieringen. Kjernen i prosjektfinansiering er å analysere disse og fastsette hvem som skal bære denne risikoen. Tenkelige "project risks" er særlig

pant i fremtidige salgsinntekter ha noen verdi, da vil det ikke bli solgt kraft. Dermed er pant i salgsinntekter en begrenset form for fullgod sikkerhet. Ved finansieringen vil panterett kun utgjøre en av flere tiltak for å sikre at kreditor får tilbake sine penger. Andre tiltak for å redusere kreditors risiko i investeringen er en sentral del av finansieringen, og dette omtales som å gjøre prosjektet ”bankable”.⁷⁸ Dette innebærer hovedsakelig å eliminere risikoen for økonomisk ansvar dersom en projektrisiko skulle inntreffe. Dette gjøres ved avtaler mellom prosjektselskapet og andre aktører, blant annet kan det avtales at leverandører av vindturbiner må være ansvarlig for at vindturbinene produserer en på forhånd bestemt mengde kraft. At et prosjekt er ”bankable” er en forutsetning for å få finansiering.

Altså er det ikke bare pant som er avgjørende for finansieringen av havenergi, men også hvorvidt prosjektet svarer til bankens ”bankable” standard. Finansinstitusjonene må forholdet seg til norske panterettslige begrensninger, i tillegg til en rekke andre regler som er av betydning for avtaler som skal eliminere prosjektselskapets økonomiske ansvar dersom en projektrisiko inntreffer. Disse reglene kan være internasjonale regler, skatterettslige forhold, andre lands rettsregler og lignende. Dette viser at panterett er nødvendig, men ikke tilstrekkelig for å få finansiering. Begrensninger i pantsettelsesadgangen kan påvirke finansieringen ved mer kostbare lån, eller ved at prosjektet ikke får finansiering.⁷⁹ Dette viser at panterett i store prosjekter som offshore vindkraft, har fått en annen rolle enn opprinnelig forutsatt for panteloven. Panteloven er tilpasset blant annet lånefinansiering av fast eiendom, hvor det altså ikke nødvendig å ta hensyn til andre måter kreditor må eliminere risikoen for tap på. Som vi vet inneholder

risikoen for at prosjektet ikke blir ferdigstilt på grunn av blant annet feil i teknologi, kostnadsoverskridelse, force majeure eller forsinkelser. Låntakere kan ofte ikke ta denne risikoen og kan kreve ”completion guarantee” av eiere. ”Project risk” omfatter også risikoen for at det ikke blir tildelt konsesjon, risikoen for offentligrettslige reguleringer av betyding for salgspris, risikoen for ulykker, risikoen for at ressursen går tom etc, jf Wood (2007) side 5 følgende.

⁷⁸ Woods (2007) side 13.

⁷⁹ Fordi risikoen ved finansiering av havenergi er svært høy kan bankene normalt ikke låne ut en sum av en slik størrelse. En bank kan ikke ta risikoen som er forbundet med lånet alene. Risikoen kan fordeles mellom flere kreditorer ved at det inngås avtaler mellom andre finansinstitusjoner og investorer. Slike avtaler kalles gjerne for *credit agreements*. Dette kan gjøres på forskjellige måter, for eksempel ved at en bank utad fremstår som representant, men at lånet oppsplittes på en rekke långivere og investorer ved *andelsbevis*. Det kan også gjøres ved et samvirke mellom banker og investorer, ved *lånesyndikater*. Dette er spesielt vanlig ved internasjonalt samarbeid om finansiering. (Brækhus (2005) side 361 og Woods (2007) side 3).

pantelovens kapittel 1 formelle begrensninger av stor betydning. Da er spørsmålet om en avgrensning i pantedgangen som kan få følger for finansieringen er i overensstemmelse med begrunnelsen for legalitetsprinsippet.

Det kan tenkes en rekke usikrede kreditorer, herunder kontraktsparter, leverandører eller investorer med etterfølgende prioritet. Med forbehold om en eventuell ufrivillig usikret kreditor⁸⁰ så har kreditorene frivillig gitt kreditt. Disse kreditorene er ikke private som er ment omfattet og beskyttet av reglene i panteloven. I panteloven 1980 var hensikten at det ikke skulle være noen begrensninger i pantsettelsesadgangen for næringsdrivende. Oppfatningen er også lagt til grunn av Brækhus, som skriver at ”(...)og pantel. 1980 har derfor likestilt all næringsvirksomhet.” Vi står da igjen med hensynet om at kapital og risiko ikke bør være plassert i forskjellige rettssubjekter. Dette er ikke viet særlig oppmerksomhet, og er ikke brukt som tunge argumenter i juridisk litteratur og forarbeider. For å få finansiering må eierne av prosjektselskapet ha betydelig egenkapital. De har fullt ansvar og risiko for sitt innskudd. Eierne vil også gjerne måtte stille garantier eller lignende som en del av finansieringen, hvilket påfører dem mer økonomisk risiko. Panthaverne har risiko men ikke ansvar. Dermed ser vi at kapital og ansvar er fordelt mellom eiere og finansinstitusjoner ved prosjektfinansiering av offshore vindkraft.

Dersom det ikke er adgang til å få sikkerhet i finansieringsøyemed, er virkningen at prosjektselskaper blir ekskludert fra muligheten til å bygge ut havenergi fordi de ikke får finansiering. Valg av selskapsstruktur kan dermed få stor betydning. Vi står da igjen med et uforklart skille mellom samme type næring til land og til havs. For å få finansiering ved havenergi må eierne av prosjektselskapet inn med egne eiendeler. Dette utelukker at selskaper uten tilgjengelig aktiva kan få finansiering. Per november 2011 er det kun Statoil, med pilotprosjektet Hywind,⁸¹ som har ferdigstilt en offshore

⁸⁰ For offshore vind kan dette for eksempel være en fisker hvor fartøyet har blitt ødelagt på grunn av utbyggingen

⁸¹ *Hywind* er plassert 12 km utenfor Karmøy. Det består av en flytende vindmølle på 220 meters havdyp. Understellet går 100 meter ned fra sjøoverflaten, og deretter er det festet til grunn med vaiere. Prosjektet fikk 59 millioner i investeringsstøtte av Enova, totalprisen er over 400 millioner. Turbinen er 65 meter høy over vann, med en diameter på 82,4 meter. Den veier 138 tonn. (Statoil (2011) *Hywind*).

vindstasjon på norsk kontinentalsokkel. Hywind er finansiert av Enova⁸² og Statoil selv. Dersom det er ønskelig med flere aktører på markedet innenfor havvind er det en forutsetning at det er mulig å få finansiering.

Avtaler om pant ved finansieringen av offshore vindkraft er i samsvar med utgangspunktet om at det ikke skulle være noen reelle begrensninger i pantsettelsesadgangen for næringsdrivende. I forlengelsen av dette kan det reises spørsmål om hvorvidt det panterettslige legalitetsprinsipp, og generelle panterettslige begrensninger er aktuelle i dag. Panterettens omfang er politisk omstridt, hvilket taler for at beslutningen bør tillegges Stortinget. Frem til i dag har ikke Stortinget latt være å vedta pantehjemmel når en slik er foreslått. Dette taler for at behovet for kreditt fremdeles anses å ha større betydning enn hensynet til usikrede kreditorer, vi ser dermed en utvikling mot at mer og mer kan pantsettes.⁸³ Dette kan forstås som at legalitetsprinsippet ikke er en reell men kun en formell begrensning ved pantsettelsesadgangen for næringsdrivende. Ved innføringen av nye aktivagrupper må nye hjemler vedtas i stedet for å sortere det inn under allerede eksisterende systemer som fungerer i praksis. Vi ser da at legalitetsprinsippet legger opp til et lite fleksibelt system tatt i betraktning utgangspunktet om at all næringsvirksomhet skulle være likestilt. I den forbindelse reises spørsmål om det åpnes opp for å tolke prinsippet litt mindre strengt enn tidligere.

2.5 Vil utvidende tolking av pantehjemler være i strid med legalitetsprinsippet?

En utvidende tolking av hjemler for pant er rimelig ved finansiering i næringsvirksomhet. Spørsmålet er hvor strengt man må forholdet seg til ordlyden i pantehjemlene. Dersom det ikke finnes hjemmel for avtaler om pant, enten fordi det er et nytt formuesgode, eller dersom et formuesgode som det på grunn av endrede

⁸² I tillegg til lånefinansiering er fornybar-energi prosjekter i dag avhengig av statlige støtteordninger. Enova er et statsforetak som har til formål å støtte opp om blant annet miljøvennlig omlegging av energiproduksjon. De gir betydelig statsstøtte ved utbygging av vindkraft til lands og på havet. I dag er denne ordningen helt avgjørende fordi utbygging av kraft koster mer enn for kraft. Enova (2011) *Om enova og Vindkraftverk støttet av Enova 2001-2010*.

⁸³ Se for eksempel Lov om finansiell sikkerhetstillelse er i følge Brækhus "Et ytterligere eksempel på at lovgiver ensidig har lagt vekt på panthaverinteressene i konkurransen med de personlige kreditorer". (Brækhus (2005) side 261)

samfunnsforhold kan være gjenstand for kreditt, vil ikke avtaler om pant i disse tilfeller være gyldige. Når dette gjelder næringsvirksomhet vil ikke avtaler om pant være i strid med utgangspunktet om at behovet for kreditt opprinnelig fikk større betydning enn hensynet til usikrede kreditorer. Spørsmålet er om det dermed kan utledes et unntak fra det panterettslige legalitetsprinsipp. Pant vil jo være i tråd med forarbeidene til panteloven 1980, hvor pantadgangen for næringsdrivende var ment å omfatte alt som kunne tenkes pantsatt på den tiden da panteloven 1980 ble vedtatt.⁸⁴

Legalitetsprinsippets eksistens og grenser blir sjeldent utfordret. Det kan være flere årsaker til dette. Det viser at det er en nokså entydig oppfatning av hva regelen innebærer. I tillegg kan det være fordi kreditorer ikke kan ta den risikoen som er forbundet med å få en panteavtale underkjent, noe som faktisk innebærer at kreditors krav stiller likt som en usikret kreditors krav. Men det kan også være på grunn av at pantsettelsesadgangen er vid og behovet for pant når det ikke finnes hjemmel sjeldent melder seg. Til sist kan det være at kreditor finner andre løsninger for å få sikkerhet for sitt krav.

Det er på det rene at det ikke kan utledes noe eksplisitt unntak fra det panterettslige legalitetsprinsipp for de tilfeller dette er i samsvar med forarbeidene. Et slikt unntak må foreligge i lovs form. Imidlertid kan det reises spørsmål om hjemlene for pant i takt med utviklingen av samfunnet kan tolkes utvidende.

For et tilfelle utviklet det seg en praksis som ikke var i overensstemmelse med krav til lovhjemmel i panteretten. Bakgrunnen for dette var samfunnets endrede synd på overdragelse av konsesjoner. Det konkrete tilfellet gjaldt pantsettelse av fisketillatelse hvor det ikke fantes noen eksplisitt hjemmel. Det var spørsmål om fisketillatelsen som man etter deltakerloven må ha for å drive ernæringsmessig fiske, fulgte med som en del av fartøypantet etter sjøloven § 45. Dette var i en lang periode omstridt, men ble avklart i *Rt 2009 side 1502*. Kreditor, Nordea Bank AS og eieren av fartøyet, Barents Eagle AS, hadde avtalt pant i fartøyet og tillatelse i henhold til praksis og gjeldende forskrifter. Konkursboet hevdet at avtalen ikke var gyldig. Barents Eagle gikk konkurs, og Nordea

⁸⁴ Se nærmere om dette i punkt 2.

ville realisere pantet i henhold til avtalen. Tvisten dreide seg om hvorvidt avtalen om pant i fartøyet og tillatelsen kunne opprettholdes.

Høyesterett så på dette som et spørsmål om tillatelsen var omfattet av fartøypantet, og svarte bekreftende på dette. Dermed ble avtalen om pant i tillatelsen opprettholdt. Dette var svært betydningsfullt for bankens dekningsmuligheter, pant i tillatelsen medførte at panteobjektet hadde betraktelig større verdi, fordi det i tillegg til stålverdien av fartøyet inneholdt en verdifull rett til fiske, som er en begrenset ressurs. Høyesterett begrunner resultatet med at tillatelsen faller utenfor pantelovens anvendelsesområde, jf panteloven § 1-1 første ledd. Høyesterett drøfter først om tillatelsen er et ”bestemt formuesgode”, men kommer til at fisketillatelse ikke er et bestemt formuesgode i pantelovens forstand fordi den ikke har økonomisk verdi isolert sett. Begrunnelsen for dette er at konsesjonen tilhører et bestemt fartøy, og er uoverdragelig uten dette fartøyet.⁸⁵ Avgjørelsen omhandler ikke legalitetsprinsippet direkte, Høyesterett ser ikke på dette som et spørsmål om det finnes hjemmel for pantsettelse av konsesjoner, men en vurdering om hvorvidt fisketillatelsen er en del av fartøypantet. Dermed blir det ikke relevant å ta stilling til hvorvidt det finnes noe hjemmel – legalitetsprinsippet kommer ikke til anvendelse. Høyesterett underbygger standpunktet med at fisketillatelsene er like tillatelser tilknyttet fast eiendom, fordi disse tillatelsene heller ikke kan overdras uten den faste eiendom.⁸⁶ Petroleumstillatelser og akvakulturtillatelser kan overdras uten tilhørende innretninger.⁸⁷ Det følger av avgjørelsen at:

”Selv om pantsettelsesadgangen i de nevnte sektorene også gjelder pantsettelse av rettigheter til utnyttelse av naturressurser, styres hver sektor av individuelle hensyn og individuelle løsninger.”⁸⁸

⁸⁵ Rt 2009 side 1502, premiss 62 til 70.

⁸⁶ ”Det er alminnelig enighet om at den verdiøkning slike tillatelser kan tilføre eiendommen, vil komme en pantehaver til gode i en dekningsituasjon, og før det blir noe til fordeling blant de usikrede kreditorene.” jf Rt 2009 side 1502, premiss 73.

⁸⁷ Rt 2009 side 1502, premiss 73.

⁸⁸ Rt 2009 side 1502, premiss 73.

Til støtte for synspunktet viser Høyesterett til Skoghøy som skriver at en offentligrettslig tillatelse ikke kan skilles fra det formuesgodet som tillatelsen knytter seg til. Skoghøy bekrefter dette også i etterkant, og er tydeligere i sitt standpunkt:

”I tilfeller hvor det kreves en offentligrettslig tillatelse til å utnytte et formuesgode eller drive en nærmere angitt virksomhet, kan den verdi som tillatelsen representerer, ikke skilles fra det formuesgode som tillatelsen knytter seg til, men må anses som en del av dette, se Rt. 2009 s. 1502 avsnitt 63.”⁸⁹

Adgangen til å pantsette fisketillatelser må sees i en historisk kontekst.

Offentligrettslige tillatelser var frem til 1993 forbudt å overdra⁹⁰ og ved omsetning av fiskefartøy ble konsesjonen ”skjult” ved at den ble bakt inn i prisen. Fartøyet kunne pantsettes etter sjøloven § 45, men verdien av pantet utgjorde mer enn verdien av fartøyet fordi tillatelsen fulgte med overdragelsen. Når forbudet ble opphevet fikk konsesjonen økonomisk verdi fordi den åpent kunne overdras sammen med fiskefartøyet. Dermed kunne konsesjonen danne grunnlag for kreditt ved finansiering. Imidlertid var lovgiver på etterskudd her, det ble ikke vedtatt noen hjemmel for pant av konsesjoner. Som en reaksjon på mangler i lovgivningen utviklet det seg en praksis for pant i konsesjoner fordi behovet for kreditt var stort. I dag har en fisketillatelse betydelig større verdi enn fartøyet, og fartøyet følger med fordi konsesjonene i hovedsakelig ikke kan omsettes uten fartøyet.

Avgjørelsen er et eksempel på at legalitetsprinsippets eksistens presses fordi behovet for kreditt medførte at det utviklet seg en praksis for pant uten hjemmel. Etter en tolking av ordlyden ”fartøy” omfattes ikke offentligrettslige tillatelser, og avgjørelsen kan tolkes dit hen at Høyesterett har tolket hjemmelen for pant av fartøy utvidende. I dette tilfellet fikk kredittpraksis avgjørende betydning noe som trekker i retning av at tilstrekkelig med ”ulovlig” kredittpraksis kan presse legalitetsprinsippet. Endring i fiskenæringen har hatt avgjørende betydning i avgjørelsen.

⁸⁹ Skoghøy (2011) lovkommentar 16.

⁹⁰ Prisloven av 1953 § 22 jf § 52 (opphevet). Med den pristiltaksloven av 1993 ble forbudet opphevet

Avgjørelsen er konkret i sin form og behandler de særlige forhold som gjør seg gjeldende i fiskenæringen, og dette svekker dens prejudikatsverdi. Likevel åpner den opp for at der hvor en konsesjon og tilhørende formuesgode ikke kan omsettes uten hverandre, så kan konsesjonens verdi være omfattet av pantsettelses av formuesgodet. Utover dette danner den ikke grunnlag for utvidende tolking av pantehjemler på generell basis.

Vi har sett at tilstrekkelig med kredittpraksis kan medføre at en utvidende tolking av hjemmel for pant blir akseptert av domstolene. Dette har nær sammenheng med at i disse tilfeller er det rimelig med pant. Frem til det foreligger tilstrekkelig med kredittpraksis så er ikke gyldig avtale om pant inngått dersom det ikke finnes hjemmel i lov. Legalitetsprinsippet fremstår i dag som en rettsregel med klare rammer. En kreditor vil være tilbakeholden med å sette dette på prøve. Fem mot en lovhjemmel må kreditor finne andre måter å sikre sitt krav på.

2.6 Omgåelser av legalitetsprinsippet

Frem til Stortinget vedtar en pantehjemmel må *andre avtalemekanismer* erstatte sikkerheten realkreditt gir. For å sikre kreditor i størst mulig grad innebærer dette nokså omfattende avtaler, i form av rådighetsklausuler eller lignende, men det kan også føre til omgåelser i lovverket som formelt sett ikke er en panterett. I forarbeidene er det presisert at:

”Her er det grunn til å halda fram at det nyttar lite med formale og restriktive krav til pant, ifall ein kan koma utanom med å kalla det noko anna og likevel berga realiteten. Panteføresegnene vert då lett berre eit halvtomt skal, som ikkje tener til noko gagnleg. Praksis hjelper seg med kvasiløysingar. Eit slikt rettstilstand har ymse ulemper med seg. Det vert ekstra bry med å passa på formalitetar som ikkje har nokon indre samanheng med det røynelege innhaldet.”⁹¹

⁹¹ Rådsegn 8 side 40-43.

Det er altså presisert at det ikke er hensikten å etablere restriktive og formelle krav til pant. Legalitetsprinsippet kan omgås av lovgiver dersom det blir vedtatt andre lovfestede sikkerhetsretter. I januar 2011 ble dekningsloven § 7-14 vedtatt, bestemmelsen innebærer at avtale om inntredelsesrett i kraftavtaler står seg i en konkurs. Bestemmelsen er et unntak fra konkursboets inntredelsesrett i avtaler, jf § 7-3, og innebærer at garantistiller for kraftavtaler kan avtale inntredelsesrett på vegne av kjøper. Ifølge departementet er dette en avtalesfestet sikkerhetsrett og ikke en alminnelig panterett.⁹² Ved arbeidet med bestemmelsen drøftes ulike måter garantistiller kan sikres på, herunder pant i kraftavtalen. Pantsettelse av avtaler forutsetter at de er å regne som finansielt instrument jf panteloven § 4 -1, noe som vil blant annet legge føringer for avtalen. Ved inngåelse av kraftavtaler vil det være behov for skreddersydde og individualiserte avtaler. Å opprette en lovhjemmel for pantsettelse ble av departementet ansett for å være for tid- og ressurskrevende fordi dette vil nødvendiggjøre et register for å oppnå publisitet og notoritet.⁹³ Myndighetene ønsket ikke å regulere avtaletypen mellom kraftkjøper og selger, og uttalte i den forbindelse at dette:

”(…)vanskeliggjør bruk av alminnelig panterett som sikkerhetsform. At vi i Norge ikke har noen tradisjon for pant i kontrakter, taler også for å finne andre løsninger enn panterett i selve kraftavtalen.”⁹⁴

På denne bakgrunn ble en bestemmelse om inntredelsesrett for garantistiller vedtatt. Lovhjemmelen er helt klart en *særrett* for kreditor, på bekostning av usikrede kreditorer. Som ellers fikk hensynet til behovet for kreditt avgjørende vekt; inntredelsesrett for garantistiller kan bidra til nye investeringer i kraftintensiv industri.

Når behovet for kreditt er stort nok vil kreditor sikre seg på andre måter dersom de ikke finnes muligheter for pant i panteloven. Begrensninger i pantsettelsesadgangen kan dermed medføre omgåelser i form av avtaler, men også lovfestede sikkerhetsretter som omgår pantelovens formelle krav. Lover som gir avtaler om inntredelsesrett rettsvern i

⁹² Prop.30 L kapittel 4.

⁹³ Prop.30 L kapittel 4.

⁹⁴ Prop.30 L side 6.

konkurs kan igjen medføre tilfeldige særordninger i enkelte næringer. I panteloven 1980 har vi sett at formålet var å rydde opp i slike særordninger, og det følger av forarbeidene at det ikke var hensikten å innføre restriktive regler:

”Reglane i lova bør ikkje vera for restriktive, men ta fullt omsyn til kva som trengst og er rimeleg å krevja etterlevt i dei ymse slag tilfelle. Dei mest praktiske framgangsmåtane må ikkje stengjast eller kompliserast meir enn strengt turvande.”⁹⁵

Dette trekker i retning av at det er på tide å tillate en mer romslig tolking av pantelovens formelle regler. Til tross for at det ovennevnte trekker i retning av at legalitetsprinsippet har utspilt sin rolle, fremstår det i dag som et klart prinsipp som finansinstitusjoner må forholde seg til når avtaler om pant inngås. Det er utgangspunktet for det videre fremstilling når jeg redegjør for hvorvidt det finnes hjemmel til å inngå avtaler om pant ved finansieringen av offshore vindkraft.

⁹⁵ Rådsegn 8 side 42.

3 Kan konsesjonen pantsettes?

3.1 Innledende om pantsettelse av konsesjoner

I vurderingen av om et objekt kan pantsettes er spørsmålet nettopp om det finnes en hjemmel. Finnes ikke en slik hjemmel er avtalen er ugyldig overfor tredjemenn, og mellom partene, jf punkt 2.1.

Behovet for å pantsette konsesjonen og innretninger er aktuelt når havenergi finansieres som prosjektfinansiering. Prosjektselskapet er da pantsetter, men selskapet vil ikke inneha andre aktiva enn de som er nødvendig for virksomheten.⁹⁶

Det er på det rene at det ikke finnes noen løsninger for dette i annen lovgivning. Vindmøller kan ikke pantsettes etter sjøloven. Skip avgrenses mot faste innretninger som er festet til bunnen.⁹⁷ De omfattes heller ikke av andre innretninger etter sjølovens § 33. Petroleumslovens register kan ikke anvendes analogisk for havenergi, selv om dette kunne tenkes som en hensiktsmessig løsning.

3.2 Hvorfor skal konsesjonen pantsettes?

Rettigheten til å produsere energi er det mest verdifulle formuesgodet i et prosjekt som har til formål å produsere energi. Den gir rett til å produsere kraft, selge kraften og dermed krav på salgsinntekter. Denne rettigheten kan erverves som *eiendomsrett/servitutt*, eller ved en *konsesjon*.

For vannkraftverk erverves *fallrettigheten*,⁹⁸ da har utbygger rett til å produsere kraft av vannet. For landvind må retten til å produsere kraft av vinden erverves ved eiendomsretten til *grunneiendommen* hvor vindmøllene er plassert, jf Rt 2011 side 780, premiss 60. Fallrettigheter og retten til å produsere kraft av vinden kan pantsettes fordi

⁹⁶ Dette er fordi den økonomiske risikoen for eierne av prosjektselskapet skal begrenses til kun de aktiva som finnes i prosjektet. Eiernes risiko er begrenset til deres innskudd av egenkapital såfremt ikke de gir eksterne garantier. Dette innebærer at eierne ikke går konkurs selv om selskapet gjør det, jf Wood (2007) side 9.

⁹⁷ Brækhus (2005) side 59.

⁹⁸ Definisjonen av en fallrettighet er ”retten til å utnytte kombinasjonen av vannføringen og høydemeterne i et vassdrag til kraftproduksjon”, jf blant annet HR-2011-2010- A, premiss 25.

de følger med pant i fast eiendom jf panteloven § 2-2. Ved realisasjon av pantet kan panthaver enten produsere energi og motta salgssinntekter, eller overdra anlegget og motta en engangssum.⁹⁹

Havområdene utenfor grunnlinjen er ikke underlagt eiendomsrett, og det kan ikke erverves grunneierrettigheter. Retten til å produsere energi av vinden på kontinentalsokkelen og i sjøterritoriet erverves etter søknad om *konsesjon*, jf havenergilova § 3-1. Etter § 1-3 har staten rettighetene til produksjon av kraft. Ved konsesjon erverves ikke eiendomsrett til havområdene, kun en *rett til å utnytte vinden til produksjon av kraft*. Konsesjonen er dermed istedenfor grunneierrettigheter.¹⁰⁰ Finansinstitusjonene vil inngå avtaler om pant i konsesjonen. Som vi vet finnes ingen hjemmel for dette i havenergilova. Det må da vurderes om konsesjonen kan pantsettes med hjemmel i panteloven.

Rettigheten som følger av konsesjonen skiller seg ikke i så stor grad fra en rettighet av fysisk verdi, for eksempel fast eiendom, ved pantsettelse av fast eiendom er det jo nettopp *eiendomsretten* som pantsettes, da det er denne retten – eiendomsretten – som for det tilfellet av realisasjon blir overført til panthaver.¹⁰¹

I de tilfeller hvor det er behov for at konsesjoner pantsettes er hjemmel for avtaler om pant normalt plassert i den lov som regulerer næringsvirksomheten. Det er der hvor det ikke er grunneierrettigheter som kan pantsettes at behovet for å pantsette konsesjoner gjør seg særlig gjeldende. Dette ser vi særlig ved næringsvirksomhet utenfor norsk territorium. Her er hjemler for pant i særlovgivningen utbredt. For eksempel kan konsesjoner etter havbeiteloven § 8 og oppdrettstillatelser etter akvakultuloven § 20 pantsettes. Ved finansiering av utvinning av olje på norsk kontinentalsokkel kan det avtales pant i utvinningstillatelsen, og denne registreres i petroleumsregisteret. Dette er

⁹⁹ Forutsatt at panthaver får konsesjon. Behovet for å pantsette konsesjoner gjelder ikke bare i fiskerinæringen, men er også tilstede når fallrettigheter pantsettes. Etter dagens rettstilstand hører ikke konsesjonen med, og det må søkes konsesjonsmyndigheten på nytt når pantet – fallrettigheten – realiseres.

¹⁰⁰ Tilsvarende gjelder rett til utvinning av petroleum jf petroleumsloven § 1-1, utbygger erverver denne ved søknad om konsesjon, jf § 1-3. Rettigheten utgjør konsesjonen som utbygger innehar.

¹⁰¹ Panteloven § 2-1 første ledd: "Eiendomsrett til fast eiendom" og Brækhus (2005) side 46

særskilt regulert i petroleumsloven kapittel 6. Det har praktiske grunner for seg å plassere en pantehjemmel i den lov som regulerer den gjeldende næring.¹⁰²

3.3 Finnes hjemmel for pantsettelse av konsesjoner?

I havenergilova¹⁰³ som regulerer kraftproduksjon på havet finnes ingen hjemmel for pant av konsesjoner. Sikkerhetsstillelse ved finansiering av offshore vindkraft ble ikke vurdert i forarbeidene.¹⁰⁴ Lovgiver må vedta en hjemmel for pant av konsesjoner med innretninger dersom en slik løsning skal gjelde havenergi.¹⁰⁵

Panteloven inneholder ingen uttrykkelig hjemmel for pant av konsesjoner. Loven har hjemler for avtalepant i kapittel 2 til 4. Kapittel 2 som omhandler pantsettelse av fast eiendom er ikke anvendelig fordi kontinentalsokkelen og sjøterritoriet ikke er underlagt privat eiendomsrett. Kapittel 3 om pantsettelse av løsøre gir ikke hjemmel fordi konsesjoner verken kan karakteriseres som driftstilbehør eller er ikke å anse som en immateriell rettighet, jf § 3-4. Konsesjoner kan heller ikke regnes som verdipapirer og finansielle instrumenter etter panteloven kapittel 4.

Vi har dermed ingen generell lovhjemmel for pantsettelse av konsesjoner. Denne oppfatningen er også lagt til grunn i juridisk teori av blant annet Sandvik m.fl: ”I det hele må man som hovedregel gå ut fra at offentlige lisenser og bevilninger ikke kan

¹⁰² Sandvik (1982) side 39.

¹⁰³ Loven gjelder utbygging utenfor grunnlinjen jf § 1-2. Innenfor grunnlinjen, i det indre farvann, kommer energiloven til anvendelse jf energiloven § 1-1. For det tilfellet at en vindpark plasseres både innenfor og utenfor grunnlinjen kan havenergilova få anvendelse dersom det er fastsatt i forskrift, jf havenergilova § 1-2 femte ledd og Dahl (2011) lovkommentar 1. Dette er praktisk for at konsesjonsprosessen kan behandles sammen.

¹⁰⁴ Loven inneholder forskriftshjemler, og hensikten er at regelverket skal utfylles ”(...)når det er aktuelt med konsesjon etter havenergilova.” jf Ot.prp. nr. 107 (2008-2009) side 8.

¹⁰⁵ For eksempel med tilsvarende system som ved pantsettelse av utvinningstillatelser etter petroleumsloven. Her kunne tenkes et man har ett felles register, slik at petroleumsregisteret gis anvendelse også for offshore vindkraft. (Et petroleum – og havenergiregister?)

være gjenstand for overdragelse eller pantsettelse.”¹⁰⁶ Brækhus er også av den oppfatning at en konsesjon ikke kan pantsettes isolert sett.¹⁰⁷

Bakgrunnen for at det ikke finnes en generell adgang til å pantsette konsesjoner er ikke åpenbar. I dag er det ingen tvil om at konsesjoner etter havenergilova har en økonomisk verdi, den kan overdras med samtykke fra departementet.¹⁰⁸ Tradisjonelt har ikke det vært adgang til å overdra konsesjoner, men endringer i lovgivningen tyder på at synet på offentlige tillatelser har endret seg. Som vi vet var konsesjoner opprinnelig forbudt å overdra,¹⁰⁹ og da kunne de naturlig nok ikke pantsettes fordi pant forutsetter at panteobjektet kan overdras, jf omsetningsbegrensningen. Utviklingen har imidlertid gått i retning av at flere konsesjoner kan overdras.¹¹⁰ Dette trekker i retning av at konsesjoner ikke var vurdert som et panteobjekt ved panteloven 1980.

I forbindelse med pant ved finansiering av havenergi bemerkes det at pant i en konsesjon ikke har tilsvarende verdi som pant i grunneierrettighetene ved finansieringen av kraftproduksjon på land. Dette er fordi grunneierrettigheter har en egenverdi uavhengig av om det blir kraftproduksjon. Konsesjoner har ingen verdi hvis det ikke blir noe prosjekt fordi den er en rett til å produsere kraft av vinden et nærmere angitt sted i et begrenset tidsrom. Dette viser at pant i konsesjonen har begrenset verdi i finansieringsøyemed.

Pant utelukkende i konsesjonen er ikke i seg selv tilstrekkelig dersom ikke vindmøllene også følger med panteobjektet. Uten pant i konsesjon kan ikke panthaver tre inn i driften, og uten pant i vindmøllene har ikke panthaver rett til å produsere kraft av vinden. Pant i *tillatelse og innretninger* med tilsvarende systemet etter petroleumsloven kan tenkes. I petroleumsnæringen kan tillatelsen pantsettes og registreres på et eget blad

¹⁰⁶ Sandvik (1982) side 53.

¹⁰⁷ Brækhus (2005) side 191.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 107 side 82.

¹⁰⁹ Se punkt 2.5.

¹¹⁰ Dette gjelder for eksempel tillatelser etter akvakulturloven, jf akvakulturloven § 19.

i petroleumsregisteret. Innretninger som hører med er pantsatt sammen med konsesjonen.¹¹¹

4 Avtaler om pant i formuesgoder, herunder vindmøllene

4.1 Avtaler om pant i vindmøller

Siden det ikke er hjemmel for pant av konsesjoner kan det være et alternativ å avtale pant i vindmøllene. Panteadgangen beror på hvordan man kan forstå pantelovens særskilte hjemler. Avklaringen er viktig fordi vindmøller er kostbare innretninger som utgjør en stor verdi av de totale kostnadene. I punkt 4.4 vil pant i andre formuesgoder kort bli omtalt.

Det er på det rene at pant i vindturbinene og andre formuesgoder ikke gir noen inntredelsesrett i prosjektet. Vindturbinene må realiseres, og markedsverdien er panteobjektets verdi. Hvorvidt pant i vindmøller isolert sett er en sikker løsning for bankene beror på om det er mulig å omsette vindmøllene. Brækhus påpeker tilsvarende problemstilling i forbindelse med pantsettelse av faste innretninger som benyttes i petroleumsvirksomheten:

”Deres verdi ligger utelukkende i de inntekter de kan gi ved (fortsatt) drift. En flytning av innretningene, eller en demontering av dem med sikre på å benytte komponentene i annen virksomhet, vil normalt ikke komme på tale.”¹¹²

Dette kan sammenlignes med pant i vindmøller. De faktiske problemstillinger i forbindelse med omsetning av vindmøller blir ikke omtalt nærmere. Rettslig sett er det ikke noe i veien for at en vindmølle omsettes, og det er det som er av relevans i fremstillingen.

¹¹¹ Petroleumsloven kapittel 6.

¹¹² Brækhus (2005) side 60.

4.2 Kommer panteloven til anvendelse på norsk kontinentalsokkel?

Siden vindmøllen befinner seg utenfor norsk territorium vil jeg for det første avklare hvorvidt panteloven kommer til anvendelse.

Panteloven har ingen stedlige bestemmelser. En lovs anvendelse på norsk kontinentalsokkel beror på generelle folkerettslige og norske regler. I havenergilova § 1-2 finnes norsk hjemmel til å plassere et vindmølleanlegg på norsk sjøterritorium, og på kontinentalsokkelen. Hva som utgjør norsk sjøterritorium og kontinentalsokkelen reguleres av Lov om Norges territorialfarvann og Havrettskonvensjonen.¹¹³

Sjøterritoriet er havområdet fra grunnlinjen og ut til 12 nautiske mil, jf territorialfarvannsloven § 2. Kontinentalsokkelen er havbunnen og undergrunnen før bunnen skrår nedover i forlengelsen av sjøterritoriet til kontinentalmarginen eller maksimalt ut til en avstand av 200 nautiske mil fra grunnlinjen, jf Havrettskonvensjonen art 76.

På kontinentalsokkelen og i sjøterritoriet har ikke Norge eksklusiv lovgivningsmyndighet og tvangsmakt slik som i det indre farvann, hvor kyststatens jurisdiksjon er i samme omfang på som på norsk territorium.¹¹⁴ Kyststatens jurisdiksjon utenfor det indre farvann er begrenset, og regulert i blant annet Havrettskonvensjonen. Etter artikkel 56 (1) (a)¹¹⁵ er det på det rene at kyststaten har rett til å utnytte vinden til produsere energi i det indre farvann, på kontinentalsokkelen og i den eksklusive økonomiske sone.

Dersom en havvindpark plasseres på norsk kontinentalsokkel eller i sjøterritoriet er vi altså utenfor det som regnes som en del av det norske territorium. En stats lovgivnings- og jurisdiksjonskompetanse beror da på folkerettslige regler.

¹¹³ Havrettskonvensjonen trådte i kraft i Norge 16.11.1994.

¹¹⁴ Fleicher (2000) side 104.

¹¹⁵ Det følger av bestemmelsen at: "1. In the exclusive economic zone, the coastal State has: (a) sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the sea-bed and of the sea-bed and its subsoil, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds."

Utgangspunktet er at kyststaten har eksklusiv jurisdiksjon i *sjøterritoriet*, men med visse begrensninger for uskyldig gjennomfart, jf territorialfarvannsloven § 2 annet ledd. Dette følger av at sjøterritoriet regnes som å være en del av staten.¹¹⁶ Dette innebærer at lovgivningen kan gis anvendelse, og det kan utøves doms- og tvangsmakt. Folkerettslige regler er dermed ikke til hinder for anvendelse av panteloven på sjøterritoriet. Anvendelse av panteloven beror da på norske regler om pantelovens territoriale grense.

På *kontinentalsokkelen* har kyststaten suverene rettigheter for funksjonelt begrensede formål, og ikke suverenitet.¹¹⁷ Som nevnt gir Havrettskonvensjonen art 56 kyststatens suverene rettigheter til å utnytte vinden til energiproduksjonen. Spørsmålet er om det er i tråd med folkeretten å gi den norske pantelov anvendelse i disse områdene. Dette reguleres i artikkel 60 (1) (b) som får tilsvarende anvendelse på kontinentalsokkelen, jf art 80. I den eksklusive økonomiske sone har kyststaten enerett til å “construct and to authorize and regulate, operation and use of” (b) “installations and structures for the purpose provided in article 56 and other economic purposes;” Dette betyr at kyststaten har rett til å oppføre og regulere innretninger og anlegg for de formål som er fastsatt i artikkel 56.

Forarbeidene til havnergilova kan forstås som at det er forutsatt at vindmøllene er å regnes som ”installations” eller ”structures” etter artikkel 60.¹¹⁸ En slik tolking av forarbeidene følger av at det konkluderes med at utbyggingen og regulering av vindmøller er i tråd med folkeretten. Fleicher er av den oppfatning at installasjoner kan være mobile eller permanente anlegg.¹¹⁹ Etter dette legges det til grunn at en vindmølle er å regne som en installasjon eller innretning.¹²⁰ Pantelovens anvendelse beror da på reglene om kyststatens jurisdiksjon over reglene. Etter konvensjonens artikkel 60 seksjon 2 har kyststaten:

¹¹⁶ Fleicher (2000) side 113.

¹¹⁷ Fleicher (2000) side 151.

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 107 side 58.

¹¹⁹ Fleicher (2000) side 125.

¹²⁰ Med forbehold om at dette kan problematiseres ytterligere.

“(…)exclusive jurisdiction over such artificial islands, installations and structures, including jurisdiction with regard to customs, fiscal, health, safety and immigration laws and regulations”.

Bestemmelsen innebærer at jurisdiksjonen over installasjoner ikke er funksjonelt begrenset til utnyttelse av naturressursen.¹²¹ Bestemmelsen er et unntak fra kyststatens jurisdiksjon på kontinentalsokkelen som innebærer “sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources”, jf art 77 (1). Begrunnelsen for den utvidede jurisdiksjon er at det er behov for at én stat kan utøve all myndighet over innretningene.¹²² På bakgrunn av det ovennevnte legges det til grunn at folkerettslige regler ikke er til hinder for at panteloven gis anvendelse på innretninger og installasjoner som finnes på sjøterritoriet og på norsk kontinentalsokkel.

Pantelovens anvendelse på kontinentalsokkelen og i sjøterritoriet beror dermed på norske regler. Panteloven og dens forarbeider inneholder ingen uttalelser om stedlige begrensninger. Problemstillingen er ikke satt på spissen i rettspraksis. Områdene utenfor sjøterritoriet regnes ikke som en del av det norske riket. Det geografiske virkeområde for en norsk lov beror på frie overveielser, i lys av lovens formål og reelle hensyn, jf blant annet Rt 1974 side 897. Avgjørelsen omhandler straffelovens anvendelse på en oljeplattform, hvor straffeloven fikk anvendelse.¹²³ Vindmøller vil være forankret til havbunnen og har visse likhetstrekk med en oljeplattform. I petroleumsløven kapittel 6 er det forutsatt av Nordtveit i lovkommentarer til petroleumsløven § 6-3 at innretninger kan pantsettes som driftsløsøre, og at § 3-4 gjelder så langt den passer.¹²⁴ Da er det underforstått at panteloven kommer til anvendelse. At panteloven kan anvendes på en oljeplattform på kontinentalsokkelen taler for at den også kan anvendes på en vindmølle på kontinentalsokkelen.

¹²¹ Fleicher (2000) side 126-127. Dette kan imidlertid problematiseres hva denne jurisdiksjonen innebærer. Fleichers er av den oppfatning at dette er feil, og at hans oppfatning følger av en tolking av hele konvensjonen. Jeg legger i det følgende til grunn Fleichers tolkning.

¹²² Fleicher (2000) side 126.

¹²³ Fleicher (2000) side 126 viser til avgjørelsen.

¹²⁴ Nordveit (2011) lovkommentar 78.

Videre kan tvangsloven anvendes på kontinentalsokkelen.¹²⁵ Dette taler for at panteloven får anvendelse på kontinentalsokkelen. I motsatt fall vil man ikke få rettsvern for utlegg tatt der. Sammenhengen i lovsystemet taler således for at panteloven gis anvendelse.

Etter dette finner jeg ikke noe prinsipielt i veien for at panteloven anvendes på norsk kontinentalsokkel og i sjøterritoriet. Det legges dermed til grunn at panteloven kan anvendes på innretninger på kontinentalsokkelen når det i det følgende redegjøres for hvorvidt innretninger kan pantsettes.

4.3 Kan vindmøller pantsettes som fast eiendom etter panteloven kapittel 2?

Panteloven § 2-1 er hjemmel for avtaler om pant i fast eiendom. Spørsmålet er om sjøgrunn er fast eiendom i pantelovens forstand. Pant i fast eiendom omfatter ”hus og andre byggverk og anlegg” på grunn som pantsetteren eier jf § 2-2. Alle slags innretninger som er knyttet til grunnen ved menneskelig innsats omfattes av pant i fast eiendom. Den fysiske tilknytningen til grunnen må være av varig karakter.¹²⁶ Det er med hjemmel i panteloven § 2-2 vindmøller på land kan pantsettes. Når festeretten eller eiendomsretten til grunnen pantsettes følger vindmøller med fordi de er å regne som varige anlegg. Panteretten blir registrert på grunnboksbladet.

Det er ingen definisjon av fast eiendom i panteloven, men avtale om pantsettelse av fast eiendom forutsetter enten at utstederen har grunnbokshjemmel eller et samtykke fra hjemmelsinnehaver, jf tinglysingsloven § 13 første ledd.¹²⁷

Systemet for pantsettelse av fast eiendom med registrering i grunnboksregisteret kan ikke anvendes utenfor norsk territorium.¹²⁸ Pant av fast eiendom forutsetter at pantsetteren har rettigheter til grunnen, i form av eiendomsrett, festerett eller annen rett

¹²⁵ Etter tvangsfullbyrdelsesloven § 1-5 kan det tas utlegg på kontinentalsokkelen. Dette forutsetter at loven kommer til anvendelse.

¹²⁶ Skoghøy (2003) side 192.

¹²⁷ Skoghøy (2003) side 188.

¹²⁸ Tilsvarende var lagt til grunn før vedtakelse av systemet for petroleumsloven, Brækhus (2005) side 60.

som kan pantsettes. Hvorvidt sjøområdene utgjør fast eiendom er det dermed ikke nødvendig å ta stilling til fordi havbunnen ikke er underlagt privat eiendomsrett.

4.4 Kan vindmøller pantsettes som løsøre etter panteloven § 3-4?

For pantsettelse av *vindmøllen* står vi dermed igjen panteloven kapittel 3 om løsørepant. Enkeltvis pantsettelse av løsøre er det kun adgang til ved overlevering til panthaver, jf § 3-2. Dette er åpenbart ikke mulig. Etter § 3-4 kan næringsdrivende pantsette driftstilbehør i sin helhet i næringsvirksomhet. Driftstilbehørspantet omfatter driftstilbehøret slik det er til enhver tid er pantsatt. På grunn av legalitetsprinsippet vil et avtale som avviker fra § 3-4 ikke være gyldig.

Det er på det rene at utbygger av havvind er næringsdrivende, jf § 3-5, og kan pantsette sitt driftstilbehør. Spørsmålet er om vindmøller på havet er driftstilbehør. Vindturbinen utgjør en stor verdi men kan ikke pantsettes etter andre regler. Avklaring er derfor sentralt for kreditor i finansieringsøyemed.

Betegnelsen *driftstilbehør* indikerer at det er tale om tilbehør til noe. Skoghøy hevder at betegnelsen ikke skal tillegges vekt, og at det ikke er et krav om tilknytning til en hovedting. Såfremt gjenstanden har karakter av å være et driftsmiddel i pantsetterens næringsvirksomhet så er det driftsløsøre.¹²⁹ Skoghøys oppfatning er i samsvar med at kravet om at driftstilbehøret skulle være tilknyttet fast eiendom ble opphevet i 2001. Endringen har sammenheng med en økning av verdifullt produksjonsutstyr som ikke var tilknyttet fast eiendom.¹³⁰

Panteloven § 3-4 annet ledd inneholder en uttømmende liste over hva som regnes for å være driftstilbehør.¹³¹ Etter andre ledd litra a er driftstilbehør ”maskiner, redskaper, innbo og annet utstyr”. Spørsmålet er om en vindturbin kan karakteriseres for en maskin, et redskap, innbo eller annet utstyr. Maskiner regnes som produksjonsutstyr av mer komplisert karakter enn redskaper.¹³² ”Annet utstyr” er ment å fange opp

¹²⁹ Skoghøy (2008) side 62, han bruker terminologien *driftsløsøre* i sin fremstilling.

¹³⁰ Skoghøy (2003) side 229.

¹³¹ Skoghøy (2003) side 236 som viser til Rt.1992 side 1269.

¹³² Skoghøy (2003) side 236.

driftsmidler som verken regnes som et redskap eller maskin.¹³³ Dermed blir det ikke nødvendig å skille mellom kategoriene. Driftstilbehør omfatter driftsmidler av varig karakter som brukes i virksomheten uten å bli forbrukt,¹³⁴ med minimum ett års varighet.

Brækhus hevder at maskiner som produserer energi er driftstilbehør, og skriver at:

”Men også utstyr som produserer (omdanner) energi, vil bli regnet som maskiner (kraftmaskiner), f.eks. dampmaskiner, turbiner, generatorer, elektriske motorvogner og eksplosjonsmotorer.”¹³⁵

I følge Skoghøys omfatter driftstilbehørspanet ”Alle løsøregjenstander som brukes som driftsmidler i virksomheten, eller som er bestemt til slik bruk,(...)”¹³⁶ Kjelstrup har uttalt at ”Faktisk skal man være ganske kyndig for å finne eksempler på løsøre som ikke kan underpantsettes av næringsdrivende.”¹³⁷

Ved en isolert anvendelse av § 3-4 er det tilsynelatende ukomplisert å komme til at vindturbiner omfattes av driftstilbehørspanet fordi panteretten omfatter alt som kan tenkes pantsatt i næringsvirksomhet. Imidlertid er det tradisjonelt en kultur for at driftstilbehøret i næringsvirksomhet er løsøre. Dette følger av plasseringen i panteloven, under kapittel 3 om ”Avtalepant i løsøre”. I forarbeidene er betegnelsen driftsløsøre brukt,¹³⁸ hvilket tilsier et krav om at det er en løsøregjenstand. Av Skoghøy er driftstilbehørspanet begrunnet ut ifra en økning av løst produksjonsutstyr i næringsvirksomhet.¹³⁹ Brækhus redegjør for driftstilbehørpant i kapittel ”212.

¹³³ Skoghøy (2003) side 236.

¹³⁴ Skoghøy (2003) side 237 viser til Innst.O. 1980 side 13-14.

¹³⁵ Brækhus (2005) side 80.

¹³⁶ Skoghøy (2003) side 236-237.

¹³⁷ Kjelstrup (1996) side 36

¹³⁸ Se for eksempel Ot.prp. nr 39 side 45.

¹³⁹ Skoghøy (2003) side 230.

Kontraktspant i løsøre som ikke er realregistrert.”¹⁴⁰ Dermed er det underforstått at driftstilbehørspant er løsøre.

Spørsmålet er da om vindmøller på havet kan karakteriseres som løsøre. Begrepet har ingen legaldefinisjon i panteloven, men av ordlyden kan det utledes at det er noe løst, i motsetning til noe fast. Fast eiendom er forankret til grunnen og dermed ikke ”løst.” Bunnfaste vindmøller er festet til grunnen ved at de er boret ned i havbunnen eller er av stål med så stor vekt at turbinen holdes på havbunnen.¹⁴¹ Vi ser her en forankring til grunnen som kan sammenlignes med fast eiendom. Det er imidlertid et skille mellom bunnfaste og flytende turbiner. Flytende turbiner som plasseres på havet er festet til havbunn med for eksempel moringer, ankerfester eller vaiere.¹⁴² Disse bærer i større grad preg av å være løse. Selv om disse ikke har samme forankring i grunnen ser jeg ikke at det er grunnlag for å skille flytende og bunnfaste vindmøller. Vindturbinen Hywind er 65 meter over havet. Ny teknologi og utvikling i de seneste år innebærer at vindmøller er av annen karakter fordi de er betraktelig større og kan produsere mer kraft. Det er tvilsomt om Brækhus hadde vindturbiner av den størrelse da han hevdet at vindturbiner var omfattet av driftstilbehørspantet.

Som vi vet kan vindmøller på land pantsettes som ”hus og andre byggverk og anlegg på grunnen” jf § 2-2 første ledd bokstav b. Dersom vindmøller skulle tenkes pantsatt både som *løsøre* og *fast eiendom* kan det reises spørsmål om det er noe prinsipielt i veien for at samme formuesgode kan pantsettes etter flere hjemler, med ulike regelsett for rettsvern. Etter panteloven er det ikke noe uttrykkelig i veien for en slik tolking. Imidlertid er grensen mellom driftstilbehør og tilbehør til fast eiendom av betydning her. *Tilbehør til fast eiendom* kan ikke være driftstilbehør etter § 3 -4 fjerde ledd, jf § 2 -2 første ledd bokstav c. Forholdet mellom driftstilbehør og tilbehør til fast eiendom er regulert, men forholdet mellom driftstilbehør og ”hus og andre byggverk og anlegg på grunnen” er ikke regulert. At anlegg på fast eiendom ikke er nevnt i § 3 -4 kan være fordi det ikke er å regne som løsøre i pantelovens forstand. Sammenhengen i lovsystemet trekker altså i retning av at vindmøller ikke er løsøre.

¹⁴⁰ Se for eksempel Brækhus (2005) side 8.

¹⁴¹ Norsk vindkraftforening (2011) Hva er offshore vind.

¹⁴² Norsk vindkraftforening (2011) Hva er offshore vind.

På bakgrunn av sammenhengen i lovsystemet og vindmøllenes forankring i havbunnen er det ikke forsvarlig å komme til at vindmøller er løsøre og dermed omfattes ikke disse av driftstilbehørspantet. Dette betyr at det ikke finnes noen hjemmel for pantsettelse av vindmøller.

Problemstillingen kommer imidlertid på spissen dersom en utbygger og kreditor har inngått avtale om pant i driftstilbehør ved finansieringen, og pantet må realiseres. Det er ikke avklart i rettspraksis hvorvidt vindmøller kan omfattes av driftstilbehøret. Kreditor vil naturligvis hevde at vindturbinene omfattes av driftstilbehørspantet og konkursboet vil hevde at dette ikke er tilfellet. Siden det er usikkerhet hvorvidt vindmøller er driftstilbehør vil jeg i det følgende redegjøre for andre forhold som er av betydning dersom vindmøller omfattes av driftstilbehørspantet. Redegjørelsen har sammenheng med at pantsettelse som driftstilbehør kunne vært en mulig løsning siden det allerede finnes et eksisterende system.

Driftstilbehørspant og forholdet til salgspant

Leverandører og andre kontraktsparter kan avtale salgspant eller forbeholde seg eiendomsrett som sikkerhet for sine krav, jf panteloven §§3-14 følgende.¹⁴³ Regelen gjelder salgspant i løsøre, og er ikke aktuelt siden vindmøller ikke kan regnes som løsøre. Imidlertid er det en viss usikkerhet tilknyttet dette, og salgspanterettens forhold til driftstilbehørspantet blir derfor kort omtalt. Salgspant er ikke til hinder for avtale om underpantsettelsen, men underpanteretten får prioritet etter salgspantet jf forutsetningen i § 3-4 tredje ledd. Etter panteloven § 3-4 tredje ledd første alternativ omfatter pant i driftstilbehøret ”den rett som pantsetteren til enhver tid har i vedkommende ting”. Her siktes det til blant annet de rettigheter en salgspantehaver har i tingen. Dette innebærer at avtale om salgspant går foran driftstilbehørspantet. Det er spesielt i en byggefase dette får betydning. Det er av betydning for kreditor som yter lån mot driftstilbehørspant å få kunnskap om når salgspantet opphører. I de tilfeller hvor salgspantgjenstanden blir fast forbundet/inkorporert med hovedgjenstanden faller salgspantet bort ved sammenføyelse dersom utskillelse vil medføre ”uforholdsmessige omkostninger eller urimelige verditap” jf § 3-19. Dette kan gjøre salgspanterett mindre gunstig som sikkerhet, men rettslig sett er ikke avtale om salgspant en hindring for pantsettelse av driftstilbehør.¹⁴⁴

¹⁴³ Panteloven § 3-22 gir forbehold om eiendomsrett samme status som salgspant

¹⁴⁴ Derimot kan salgspanteretten, for det tilfellet at det ikke faller bort på grunn av sammenføyelse, være av betydning for driftstilbehørets verdi som panteobjekt. For eksempel dersom en leverandør leverer *hele* vindturbinen og forbeholder seg salgspant. For en leverandør av vindturbiner vil det være mer praktisk å avtale sikkerhet i form av for eksempel garanti fra eierne av prosjektselskapet.

Driftstilbehøret får rettsvern ved registrering i løsreregisteret

Driftstilbehørspantet får rettsvern ved registrering i løsreregisteret jf panteloven § 3-6. Pantet må registreres på løsrerebladet til selskapet som eier havvindparken. Løsreregisteret er ikke et realregister da det ikke er ”ordnet etter de formuesgoder som rettigheten gjelder.” jf panteloven § 1-1 fjerde ledd. For kreditor er ikke registrering i løsreregisteret like ”trygt” som registrering i et realregister. Dette er fordi det ikke er noen garanti for at registeret gir en uttømmende liste over beheftede formuesgoder,¹⁴⁵ både salgspant og håndpant kan være gyldig avtalt, med rettsvern, uten registrering i løsreregisteret. Videre er rettsvern kun oppnådd mot pantsetterens kreditorer, og ikke til hinder mot godtroende omsetningsserververe, etter godtroervervloven § 1 nr, jf panteloven § 1-2 fjerde ledd. Registrering i løsreregisteret beskytter ikke mot overdragelse og verner derfor ikke mot andre kreditors avtale om pant. Dette er fordi formuesgodet ikke har noe eget ”blad” og ved overdragelse vil det bero på den nye eiers kreditor om den vet hvem som er tidligere kreditor, for så å undersøke eventuelle heftelser registrert i løsreregisteret. Dersom et selskap endrer selskapsform må det registreres på nytt.¹⁴⁶ Dette illustrerer at løsreregisteret ikke gir det samme trygge grunnlaget for opplysninger om heftelser, slik som ved registrering i et realregister.

Blir konsesjonen pantsatt sammen med vindmøllen?

For det tilfellet at vindturbiner er å regne som løsrere og dermed pantsatt som driftstilbehør reises det spørsmål om konsesjonen etter havenergilova følger med som en del av panteobjektet. Grunnlaget for en slik tolking er rettsavgjørelsen om overdragelse av fisketillatelse, se nærmere punkt 2.4. Spørsmålet er om det på bakgrunn av avgjørelsen har utviklet seg en regel om at konsesjoner følger med det objektet det tilhører. Konsesjoner etter havenergilova kan omsettes med samtykke fra departementet. Fisketillatelse kan kun omsettes sammen med det bestemte fartøyet det tilhører. Dermed blir det ikke nødvendig å ta stilling til om det på bakgrunn av avgjørelsen har utviklet seg en generell regel om dette. En slik regel måtte uansett kun gjelde de tilfeller hvor konsesjoner og formuesgode kun kan omsettes sammen.

Kort om vilkåret ”brukes eller er bestemt for hans næringsvirksomhet” i panteloven § 3-4

Etter panteloven § 3 -5 må pantsetteren være næringsdrivende. Dette er tilfellet hvis foretaker er registrert i foretaksregisteret med registreringsplikt etter foretaksregisterloven. Etter § 2-1 1 nr 1 og 2 skal alle aksjeselskaper registreres, det derfor ingen tvil om at vilkåret er oppfylt. Imidlertid er det i tillegg et vilkår etter panteloven § 3 -4 at driftstilbehøret som pantsettes ”brukes i eller er bestemt for hans

¹⁴⁵ Falkanger (2006)b side 534.

¹⁴⁶ Falkanger (2006)b side 534.

næringsvirksomhet”. Vilkåret er av betydning ved *prosjektfinansiering*. Bestemmelsen innebærer at prosjektselskapet må eie og drifte prosjektet for at driftstilbehøret skal kunne pantsettes. Dersom det opprettes både et prosjektselskap og et eierselskap kan ikke driftstilbehøret pantsettes. Dette er spesielt av betydning dersom vindmøllene omfattes av driftstilbehørspantet fordi kreditor går glipp av panterett i en betydelig del av prosjektets verdi. På bakgrunn av dette ser vi at preseptoriske reguleringer av pantsettelsesmåten også legger føringer for selskapsstrukturen.

4.5 Pant med hjemmel i andre lover

Det er naturligvis hjemmel i andre lover til å inngå avtaler om pant ved finansieringen av offshore vindkraft. Det kan for eksempel tenkes pant i kraftledninger med hjemmel i kraftledningsregisterloven, og pant i fartøy etter sjøloven. Slik panterett vil være nødvendig som en del av finansieringen, men vil ikke i seg selv gi tilstrekkelig sikkerhet. Dette blir ikke nærmere omtalt. Imidlertid vil jeg kort omtale forholdet til pant i elsertifikater i finansieringssammenheng. Innføringen av et Svensk-norsk sertifikatmarked med grønne sertifikater skal bidra til at markedsprisen på fornybar energi øker ved at det blir tildelt sertifikater som har økonomisk verdi og kan omsettes. Elsertifikater skal bidra til økt produksjon av elektrisk energi fra fornybare energikilder, jf elsertifikatloven § 1. Hjemmel for pantsettelse finnes i § 13. Imidlertid vil ikke pant i elsertifikater ha betydning for investeringskreditt. Dette er fordi pantsettelse av sertifikatene forutsetter at disse er utdelt. Sertifikatene blir utdelt etter driftstart når anlegget produserer fornybar energi, jf § 6. Statlig investeringsstøtte må tilbakebetales for å få tildelt sertifikatene, jf § 8. Sertifikatmarkedet belager seg på at fornybar energi skal bli markedsbasert. I dag er ikke det mulig for offshore vindkraft siden kostnadene er betraktelig større enn salgsinntektene, og utbyggingen er avhengig av statstøtte. På bakgrunn av dette ser vi at elsertifikater ikke er av betydning som sikkerhetsstillelse ved finansiering av offshore vindkraft.

5 Pant i aksjer og enkle fordringer

Som vist i fremstillingen kan det ikke stiftes panterett i verken vindmøllene eller konsesjonen. Da gjenstår panteloven kapittel 4 som har en rekke hjemler for avtaler om pant i verdipapirer etc. I det følgende vil jeg undersøke i hvilken grad pant i aksjer og utestående fordringer er en aktuell løsning for sikkerhetsstillelse ved finansieringen.

Etter panteloven § 4-2 a kan *aksjer* pantsettes såfremt ikke noe annet er bestemt i vedtektene til aksjeselskapet. Aksjepant får rettsvern ved melding til selskapet, jf annet ledd. Panteretten skal innføres i aksjeeierboken, jf aksjeloven § 4-8 tredje ledd. Aksjene i *prosjektselskapet* kan pantsette som sikkerhet for kreditor ved finansieringen. Det er av betydning for kreditor å vite hva det innebærer å ha pant i aksjer. Ved pant i for eksempel vindmøller er verdien av panteobjektet stålverdien av vindmøllen, og ved pant i konsesjonen er verdien en rettighet som kan omgjøres til penger i form av salgsinntekter. For aksjepant stilles ingen ytterligere krav til individualisering av pantets verdi fordi spesialitetsprinsippet ikke kommer til anvendelse, jf aksjeloven § 4-8 annet ledd og panteloven § 4-2a annet ledd. Pant i aksjer innebærer et unntak fra forbudet mot generalpant fordi panteobjektets verdi er bestemt ut fra de underliggende verdier i selskapet. Aksjepant gir imidlertid ingen separatistrett i selskapets eiendeler, og er ikke til hinder for andre avtaler om pant, for eksempel salgspant, pant i driftstilbehør og varelager. Dette innebærer at pant i aksjepant kan variere i verdi, og kan skape uforutsigbarhet for kreditor.

For offshore vindkraft er det ikke andre panteobjekter det kan avtales pant i. Verdien av både vindmøllene og konsesjonen er dermed omfattet av aksjepantet. Aksjepant vil sikre kreditor rett til konsesjonen og vindmøllene. Panteretten tilsvarer dermed hva man kan tenkes seg pantsatt med en særskilt lovhjemmel.

I tillegg forutsetter aksjepant at prosjektselskapet – eller det selskapet som får tildelt konsesjonen - er et aksjeselskap. Dersom et annet selskap eier vindmøllene må dette også være et aksjeselskap, og det må avtales pant også i eierselskapets aksjer. Aksjepantet må realiseres i begge selskapene for at kreditor skal være sikret både konsesjonen og vindmøllene.

Imidlertid er det en rekke usikkerheter knyttet til pant i et verdipapir fremfor pant i et formuesgode. Panthaver innehar risikoen for at aksjeselskapet er tomt, for eksempel på grunn av overdragelse eller oppløsning. Da vil panteobjektet og dermed sikkerheten være uten verdi. Kreditor kan forsøke å forhindre dette på forhånd med innflytelse i aksjeselskapet i form av styreverv eller andre avtaler om rådighetsinnskrenkninger. Slike avtaler har imidlertid ikke rettsvern, og kreditor er ikke sikret mot avtalebrudd. Det er altså en rekke usikkerhetsmomenter knyttet til panteobjektets verdi, som fører til at sikkerheten aksjepantet ikke nødvendigvis er tilstrekkelig for kreditor. At det kun kan avtales pant i selskapsverdier innebærer at kreditor ikke kan få tilsvarende sikkerhet som ved pant i underliggende verdier, og at kreditor ikke får pant i det mest sentrale formuesgodet i prosjektet - vindmøllen.

I tillegg reiser aksjepant særlige spørsmål i forhold til *realisasjon* som er av avgjørende betydning for aksjepantets verdi. I den sammenheng vil jeg påpeke at avtale om aksjepant¹⁴⁷ ved finansiering av havenergi kan gå under lov om finansiell sikkerhetsstillelse, hvor realisasjon kan avtales på forhånd etter § 7 jf tvangsfullbyrdsloven § 1 -3.

For at banken skal sikres mot en betalingsu villig debitor kan det avtales pant i utestående fordringer, jf § 4 -10. Utgangspunktet er at det ikke er adgang til å avtale pant i kontrakter i norsk rett.¹⁴⁸ Det nærmeste man kommer er pantsettelse av den eller de fordringer som springer ut av avtalen. Dette vil være en utestående fordring som kan pantsettes etter panteloven § 4 -10, og får rettsvern ved registrering i løsreregisteret, jf § 4-10 annet ledd. En slik panterett forutsetter at avtale om salg av kraft er inngått, se nærmere om dette i note 79. Avtalen sikrer levering av kraft til en bestemt pris, og sikrer dermed inntekt uavhengig av prisen på kraft på det tidspunktet hvor det blir produsert energi. Dersom panthaver ikke mottar betaling for lån og renter kan de realisere den utestående fordringen. Realisasjon av panteobjektet innebærer at panthaver har rett til å innkassere fordringen ved forfall. Dette forutsetter at kraft blir produsert slik at kjøper av kraft får levering i henhold til avtale.

¹⁴⁷ Det er antatt at det ikke er et krav at det på forhånd er bestemt at det er en avtale etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse, jf Rosén (2011) side 103.

¹⁴⁸ Såfremt ikke avtalen er å regne som et finansielt instrument som kan registreres i verdipapirregisterloven, jf panteloven § 4 -1.

6 Litteraturliste

Lover

1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov

1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvoll den 17ne mai 1814

1857 Lov, indeholdende nærmere Bestemmelser om Pant og Thinglæsing, av 12. Oktober nr 3 (opphevet)

1927 Lov om registrering av elektriske kraftledninger (kraftledningsregisterloven) av 1. Juli nr 1

1963 Lov om rekkefylgja for krav i konkurs o.a. (prioritetslova) av 31. mai nr 2. (opphevet)

1973 Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. (lønnsgarantiloven) av 14. desember nr 61

1935 Lov om tinglysing (tinglysingsloven) av 7. juni nr 2

1953 Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold av 26. juni nr 4

1978 lov om godtroererverv av løssøre (godtroerervervloven) av 2. juni nr. 37

1980 Lov om pant (panteloven) av 2.august nr 2

1985 Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni nr 78

19980 Lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) av 26. mars nr 15

1990 Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) av 29. juni nr 50

1991 Lov om endringer i lov av 26. Juni 1953 nr 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven) av 22. mars nr 6

1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) 26. juni nr 86

1994 Lov om sjøfarten (sjøloven) av 24.juni 1994 nr. 3

1996 Lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven) 29. november nr 72

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

2000 Lov om havbeite av 21. desember nr 118

2003 Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (territorialfarvannsloven) av 27. juni nr 57

2005 Lov om akvakultur (akvakulturloven) 17. juni nr 79

2010 Lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova) av 4.juni nr 21

2011 Lov om elsertifikater (elsertifikatloven)av 24. Juni nr 39

Forarbeider

NUT-1970-2. Rådsegn 8 – om pant (lovdata)

NOU:1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v. (Falkangerutvalget)
(rettsdata)

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

Ot.prp.nr 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28
(lovdata)

Ot.ptp.nr.107 (2008-2009). Om lov om fornybar energiproduksjon til havs
(havenergilova) (lovdata)

Prop. 30 (2010-2011) Endringer i dekningsloven.(rettsvern for avtaler om
inntredelsesrett i langsiktige kraftavtaler) (lovdata)

Innst.O. nr. 19 (1979-1980) Innstilling fra justiskomiteen om pantelov og lov om
endringer i lov av 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing og i en del andre lover. (rettsdata)

Domsregister (lovdata)

Rt 1974 side 897

Rt.1992 side 1269

Rt 2008 side 1170

Rt 2009 side 1502

Rt 2011 side 780

HR-2011-2010- A

RG 1997 side 1269

Konvensjoner

Havrettskonvensjonen, UNCLOS, the united Nations Convention on the Law of the Sea

Litteraturliste

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. Utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2005 Universitetsforlaget

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2*, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg. 2005, Universitetsforlaget

Eckhoff ,Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningrett*, 8. utgave 2006, Universitetsforlaget

Dahl, Gunnar Frogner, *Kommentarer til havenergilova: Norsk lovkommentar (nettbasert)* [sitert 20. november 2011]

- Eriksen, Gunnar, *Omsettelighet som vilkår for gyldig pant*, fra festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år 2009 side 115 (lovdata)
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave, 2006, Universitetsforlaget (kalt b)
- Falkanger, Thor, *Introduksjon til panteretten*, 2. opplag 2006, Universitetsforlaget
- Fleischer, Carl August, *Folkerett*, 7. utgave, 2000, Universitetsforlaget
- Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 2. utgave 2002, Kunnskapsforlaget
- Kjelstrup, Carl – Bernhard, *Liten panterett*, 4. utgave 1996 Tano Aschehoug
- Nordtveit, Ernst, *Kommentarer til lov om petroleumsvirksomhet: Norsk lovkommentar (nettbasert)* [sitert 22. november 2011]
- Selvig, Erling, Marius nr 72: *Pant i utvinningstillatelser og off-shore installasjoner*, Oslo Mars 1982
- Selvig, Erling, Marius nr 106: *Prosjektlån og prosjektpant etter petroleumsløven*, Oslo Mars 1985
- Skoghøy, Jens Edvin A, *Panteloven, kommentarer til lov av 8. februar 1980 nr 2 om pant og en artikkel om tilbakeholdsrett*, 1995, Ad Notam Gyldendal
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Panteloven, kommentarer til lov av 8. februar 1980 nr 2 om pant og en artikkel om tilbakeholdsrett*, 2. utgave 2003, Gyldendal Norsk Forlag AS
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Panterett*, 2. utgave 2008, Universitetsforlaget
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Kommentarer til panteloven: Norsk lovkommentar (nettbasert)* [sitert 20. november 2011]
- Rosén, Karl, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse*, 2011, Gyldendal Norsk forlag
- Sandvik, Tore, Krüger, Kai og Giertsen, Ole Johan, *Norsk panterett*, 2. utgave 1981, Universitetsforlaget
- Wood, Philip R, *Project Finance, Securitisations, Subordinated Debt*, 2nd edition, 2007, Thomson

Uttalelser

JDLOV-2001-7013 Justisdepartementets lovavdeling

Annet:

Brækhus, Sjur, ”Realkreditt kontra personalkreditt – et apropos til den forestående kodifikasjon” Artikkel i Jussens venner bind XI hefte 6, 1976

Norsk vindkraftforening (2011) *Hva er offshore vind*. Via:
<http://www.vindkraft.no/Default.aspx?ID=204> [sitert 22.11.2011]

Statoil (2011) *Hywind*. Via:
<http://www.statoil.com/no/TechnologyInnovation/NewEnergy/RenewablePowerProduction/Offshore/Hywind/Pages/HywindPuttingWindPowerToTheTest.aspx> [sitert 22.11.2011]

International Finance Corporation (2006) *Wind Power projects on project finance basis: Risk Allocation*. Via: http://www.energy-base.org/fileadmin/media/sefi/docs/documentation_menarec/Mekan.pdf [sitert 22.11.2011]

Enova (2010) *Vindkraftverk støttet av Enova 2001-2010*.
via:<http://naring.enova.no/sitepageview.aspx?articleID=405>, [sitert 22.11.2011]

Enova: (2011) *Om Enova*. <http://www.enova.no/sitepageview.aspx?sitePageID=115>, [sitert 22.11.2011]

