



Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.:

Dato: 14. desember 2020

Vår ref.: 304998

Innspill til permanente regler om rekonstruksjon

1 INNLENDING

Vi viser til departementets brev av 14.10.2020 vedrørende ovennevnte.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser og innspill. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for konkurs, akkord, panterrett, tvangsfullbyrdelse og inkasso. Lovutvalget består av Håvard Wiker (leder), Frank C. Aase, Odd Bovim, Jorunn Kristin Moltu Jacobsen, Reidar Myhre og Jon Stav.

2 GENERELT

Advokatforeningen er enig i at det foreligger behov for permanente regler om rekonstruksjon som bygger på og videreutvikler løsningene i den midlertidige loven, og som vil erstatte konkurslovens regler om gjeldsforhandling fra 01.01.2022. Formålet med en rekonstruksjon er å unngå konkurser i levedyktige virksomheter. Det er viktig at reglene bidrar til å nå dette målet. All den tid departementet er i en tidlig

fase i lovarbeidet, vil Advokatforeningen i denne høringsuttalelsen komme med innspill som kan bidra til å kartlegge utfordringene med den midlertidige loven, herunder peke på områder hvor det er behov for endringer. For øvrig henvises det til utredningen fra Leiv Villars-Dahl, «Rekonstruksjon i turbulente tider – dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer» fra 2016.

Rekonstruksjonsloven har forbedret mulighetene for vanskeligstilte virksomheter til å komme ut av sine økonomiske problemer, og har bidratt til en økning av formelle gjeldsforhandlingsprosesser gjennom domstolene. Advokatforeningen mener derfor at Rekonstruksjonsloven bør videreføres.

Advokatforeningen er i tillegg av den oppfatning at loven bør forbedres på enkelte områder. Disse er kommentert nedenfor.

3 ANSATTES RETTIGHETER

Etter dagens regler er fremdeles de ansattes krav på lønn og feriepenger fortrinnsberettiget. Lønnskostnadene er en betydelig del av selskapets driftskostnader. Dagens hovedutfordring ved rekonstruksjon er at fortrinnsreglene medfører at det er få midler igjen til å gjennomføre akkord. Dette kan medføre at mange virksomheter heller velger konkurs, for så å starte på nytt igjen. Advokatforeningen er av den oppfatning at de nye reglene bør følge løsningen som det er lagt opp til i utredningen fra Leif Villars-Dahl fra 2016, pkt. 14.3 og 14.4.

Gjennom lønnsgarantiordningen dekker Staten det vesentlige av de ansattes krav på lønn og feriepenger som er fortrinnsberettiget ved en konkurs. Dette bør også gjelde ved en rekonstruksjon slik at lønnsgarantiloven § 1 bør utvides. Dette vil forenkle likviditetsutfordringene under rekonstruksjonsbehandlingen. Dette vil etter Advokatforeningens syn være med å sikre arbeidsplasser og forhindre at verdien av virksomheten blir redusert i rekonstruksjonsperioden. Det er bare i få tilfeller at ansatte har lønnskrav går ut over det som dekkes av lønnsgarantiordningen, og da regelmessig for høytlønnede.

Advokatforeningen mener at departementet bør vurdere om det skal skilles mellom lønns- og feriepengekrav før rekonstruksjon er åpnet og lønn i rekonstruksjonsperioden, jf. utredningen fra Leif Villars-Dahl fra 2016 pkt. 14.3.

Endelig mener Advokatforeningen at departementet bør vurdere om man ved rekonstruksjon bør ha samme muligheter for nedbemanning som ved konkurs, jf. pkt. 14.4 i Leif Villars-Dahls utredning.

4 PRIORITET FOR MERVERDIAVGIFT OG SKATTEKRAV

I forbindelse med innføringen av den midlertidige loven om rekonstruksjon vedtok ble det vedtatt å unnta merverdiavgifts- og skattekrav fra prioritetsreglene i dekningsloven § 9-4. Advokatforeningen anmoder sterkt om at dette unntaket videreføres fast i den permanente loven. Erfaringen så langt viser at denne endringen har hatt vesentlig betydning for muligheter for løsninger etter loven. Det er samtidig grunn til å anta at statens samlede tap ved dette ikke øker. Vellykkede løsninger innebærer videreføring av virksomheter som bidrar til økning av statens inntekter. Samtidig vil en forskjell i behandlingen av slike krav under rekonstruksjon og konkurs gi insentiver for kreditorene til å bidra til vedtakelse av et rekonstruksjonsforslag.

5 ARBEIDSGIVERAVGIFT

Arbeidsgiveravgift anses pådratt ved utbetaling av den korresponderende lønnen. Dette innebærer at arbeidsgiveravgift på lønn som utbetales på dividendeberettiget lønn (lønn opparbeidet før åpningen av rekonstruksjon eller konkurs) skal betales i sin helhet og ikke være gjenstand for akkordering.

Tilsvarende vil denne arbeidsgiveravgiften bli å anse som massekravsberettiget i en eventuell etterfølgende konkurs.

Disse reglene innebærer at rekonstruktøren vil kunne være tilbakeholden med å akseptere at lønn opparbeidet før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingene utbetales, idet rekonstruktøren i tilfelle må sikre seg at arbeidsgiveravgiftskravet er sikret i tilfelle av en etterfølgende konkurs. En slik løsning er ikke heldig.

Departementet bør se nærmere på om arbeidsgiveravgift knyttet til dividendekrav tilsvarende gjøres til dividendekrav.

6 JUSTERINGSFORPLIKTELSE MVA

De samme synspunkter som nevnt ovenfor gjør seg gjeldende for eventuelle merverdiavgiftskrav knyttet til justeringshendelser. Det er uheldig at man risikerer at skyldneren under rekonstruksjon ikke tør å gjennomføre disposisjoner til kreditorfellesskapets beste, av frykt for merverdiavgiftskrav som eventuelt oppstår som følge av justeringshendelse og rekonstruktørens krav om at justeringsbeløpet må avsettes i sin helhet til sikkerhet for den forpliktelsen som derved oppstår.

7 BEHOVET FOR Å SKILLE MELLOM FRIVILLIGE ORDNINGER OG TVANGSAKKORD

Departementet kan vurdere om det fortsatt er behov for å opprettholde skillet mellom frivillige gjeldsordninger og tvangsakkord. I og med at de frivillige løsningene krever enstemmighet blant kreditorene, vil frivillige løsninger alltid kunne vedtas avtalerettslig. Det skulle derfor være tilstrekkelig med bestemmelsene i rekonstruksjonsloven §§ 56 og 57.

8 MULIGHETEN FOR Å BEGRENSE KRAV KNYTTET TIL LANGSIKTIGE LØPENDE AVTALER

Etter dekningsloven § 6-2 vil også betingede fordringer være dividendeberettiget ved rekonstruksjon eller konkurs. Dette innebærer bl.a. at skyldneren i forbindelse med et rekonstruksjonsforslag må hensynta krav i henhold til langsiktige løpende avtaler, typisk leieforhold. Slike krav har krav på likebehandling med øvrige dividendefordringer i påvente av om betingelsen inntreffer.

Fremtidige betingede krav vil i mange tilfeller utgjøre store beløp og uoverstigelige likviditetsmessige utfordringer for skyldneren i forbindelse med finansieringen av en frivillig gjeldsordning eller tvangsakkord. Typisk vil langsiktige leieforhold kunne utgjøre svært høye beløp av samlede krav under rekonstruksjon i et selskap som driver detaljhandel til tross for at utleiernes endelige tap ventelig vil reduseres i betydelig grad ved utleie til nye aktører.

Departementet bes vurdere om det bør inntas en tidsbegrensning for hvor langt frem i tid slike fremtidige krav skal ha krav på dividende, f.eks. et år. Alternativt vil det kunne reguleres hvor stor andel av slike krav som skal medregnes ved finansiering av løsningen, hvoretter kreditor etter utløpet av den aktuelle perioden vil ha sitt akkorderte beløp i behold, dog slik at skyldneren ikke blir tvunget til å avsette for dividendebeløpet i forbindelse med gjennomføring av den vedtatte løsningen.

9 AVKLARING MHT. REGLER SOM FORUTSETTER ÅPNING AV TVANGSAKKORD

Det foreligger enkelte regelsett utenfor rekonstruksjonsloven som forutsetter at det er åpnet forhandlinger om tvangsakkord. Dette gjelder f.eks. reglene om omstøtelse, som bare får anvendelse ved forhandlinger om tvangsakkord, eller reglene i tinglysningsloven § 23.

Ved gjeldsforhandlinger etter konkursloven var det klart når slike regler fikk anvendelse. Dette skillet er ikke lenger like klart, eller i alle fall ikke tydelig uttalt. Det har etter lovens ikrafttreden blant praktikere vært anført at åpning av rekonstruksjon i forhold til disse reglene må være å likestille med åpning av forhandlinger om tvangsakkord. Begrunnelsen har bl.a. vært at skyldneren fra dette tidspunkt vil ha en rett til å fremsette forslag til tvangsakkord.

Det er Advokatforeningens oppfatning at det vil kunne være fornuftig å avklare dette tydelig i den permanente loven.

10 MELLOMRENTEN – DEKNINGSLOVEN § 6-2

Etter dekningsloven § 6-2 annet ledd skal det for ikke-rentebærende fordringer svares mellomrente for tiden fra åpning av bobehandlingen til den dag da fordringen, uten hensyn til insolvensen, ville ha forfalt. Etter bestemmelsen skal Kongen fastsette mellomrentens størrelse.

Denne renten har stått urørt i svært mange år, og er med dagens rentenivå urimelig høy. Dette innebærer at slike krav i dag ikke får sin rettmessige andel av skyldnerens dividendeutbetalinger. Mulighet til å reforhandle uforholdsmessig tyngende avtaler

Det vises til Utredning 2016 pkt. 15.1. Departementet bes vurdere om det i den permanente loven bør gis regler hvor det skyldneren gis anledning til å reforhandle uforholdsmessig tyngende avtaler. I dag er skyldneren gitt anledning til enten å videreføre avtaler eller til å tre ut av dem fullstendig. Mellomløsninger må i dag forhandles fritt. Det antas at for uforholdsmessig tyngende avtaler for skyldneren vil en regulering kunne bidra til smidigere løsninger og øke mulighetene for vellykkede rekonstruksjoner. I forhold til kontraktspartener skulle en slik løsning uansett kunne være mindre belastende enn at skyldneren ble tvunget til å tre ut av avtaleforholdet.

11 AVSTEMMING I KLASSER/GRUPPER AV KREDITORER

Det foreligger i dag i svært begrenset grad mulighet for å forskjellsbehandle kreditorer. I dagens rekonstruksjonslov kan slik forskjellsbehandling skje på to måter; ved bruk av hjemmelen til minimumsdekning etter § 34 annet ledd, eller ved at enkeltkreditorer på avtalebasis aksepterer å bli

svakere stilt enn øvrige usikrede uprioriterte kreditorer.

Erfaringen fra svært mange utenrettslige restruktureringer, spesielt i offshore-sektoren, har vist behovet for slik klassing. Det vil for mange virksomheter være avgjørende å sørge for at enkeltgrupper (spesielt leverandørsiden) i mindre grad blir berørt av en rekonstruksjon. I dag klasseres kreditorene gjennom prioritetsreglene. Disse reglene er lite fleksible og muliggjør ikke forskjellsbehandling blant de uprioriterte kreditorene. I mange tilfeller vil forhandlingene om rekonstruksjon eller løsning for kreditorene i realiteten være forhandlinger med skyldnerens finanskreditorer. Løsninger om klassing av kreditorgrupper foreligger i dag i flere land.

Advokatforeningen mener departementet bør vurdere å lage regler som åpner for å dele kreditorgrupper inn i klasser. Det vises i denne sammenheng Utredningen pkt. 11.1 s 47 flg.

12 FINANSIERING AV DRIFT.

Etter rekonstruksjonsloven § 19 er det åpnet for etablering av pantesikkerhet med «superprioritet» (prioritet foran allerede etablerte pantheftelser) til sikkerhet for finansiering av drift under rekonstruksjonsforhandlingen og selve forhandlingen. Pantet kan gis i driftstilbehør, varelager og fordringer. Advokatforeningen mener departementet bør vurdere å åpne for adgang til pant også i øvrige eiendeler. Typisk vil det for større selskaper f.eks. kunne foreligge finansieringsmuligheter i fast eiendom eller skip. Det er for foreningen ikke umiddelbart åpenbart hvorfor slike eiendeler skal kunne benyttes på samme måte, samtidig som det for enkelte skyldnere og långivere vil være mer naturlige pantobjekter. Samtidig mener Advokatforeningen det er et klart behov for å nærmere klargjøre grensene for omfanget av de sikkerheter som skal kunne stilles med slik «superprioritet» under rekonstruksjon. I dagens lov ligger begrensningen i formuleringen om at retten kan omgjøre rekonstruksjonsutvalgets samtykke dersom «eksisterende panthaveres sikkerhet blir vesentlig forringet». Denne formuleringen er vag, og lite egnet til å skape trygghet for skyldnerens planer for finansiering av driften under forhandlingene. Et pant og verdien av dette, vil normalt være avgjørende for panthaver ved en konkurs hos skyldneren, hvor virksomheten ikke videreføres. Det er i disse tilfellene pantet normalt har lavest verdi, og skyldnerens betalingsevne lavest. Advokatforeningen mener panteverdiene ved vurderingen av «vesentlig forringelse» etter § 19 derfor bør knyttes opp mot verdiene av pantet i disse tilfellene.

13 AVSTEMNINGSREGLENE

I gjeldende lov er kravet at minimum 50% av kreditorene (i beløp) aktivt må ha stemt for forslaget. Erfaringsmessig er det ofte en rekke kreditorer som velger å ikke delta i avstemningen, og slik sett heller ikke har gitt uttrykk for at de er imot det fremsatte forslaget. Departementet bør vurdere om det skal åpnes for at et forslag skal anses vedtatt dersom ikke mer enn 50% av kreditorene (i beløp) har stemt mot forslaget. En slik regel kan eventuelt kombineres med et krav om at kreditorene skal gjøres oppmerksom på at å unnlate å stemme vil telle som en ja-stemme.

14 SIKKERHETSVENTIL

Etter rekonstruksjonsloven § 41 første ledd nr. 1 kan retten nekte å stadfeste en akkord, til tross for at forslaget har fått nødvendig flertall, dersom det vil virke støtende å stadfeste rekonstruksjonsforslaget skyldneren har fremsatt, eller retten finner at rekonstruksjonsforslaget ikke er rimelig og rettferdig overfor

fordringshaverne.

Advokatforeningen mener regelen må videreføres, men ønsker at departementet vurderer også å speilvende regelen, slik at et forslag som ikke har mottatt nødvendig flertall likevel kan stadfestes dersom det vil virke støtende å ikke stadfeste rekonstruksjonsforslaget skyldneren har fremsatt, og retten finner at rekonstruksjonsforslaget er rimelig og rettferdig overfor fordringshaverne.

Advokatforeningen mener det kan være klokt at det foreligger en sikkerhetsventil også denne veien, for det tilfeller hvor forslaget åpenbart er i kreditorfellesskapets interesse, et kvalifisert flertall i antall kreditorer har stemt for forslaget, og den eller de kreditorer som har stemt mot ikke har en aktverdig grunn for å avvise forslaget. Tilsvarende vil det kunne være et behov en slik sikkerhetsventil dersom et stort antall av kreditorene har unnlatt å stemme, men et kvalifisert flertall av de om har avgitt stemme faktisk har stemt for forslaget.

15 REGLER OM «PRE-PACK»/ «PRE-SALES»

Advokatforeningen ber departementet vurdere å utarbeide regler som i større grad tilrettelegger for forhåndsavtalt løsninger (pre-pack). For enkelte skyldnere vil det f.eks. kunne være vanskelig å drive virksomheten som normalt under rekonstruksjon. Langvarig rekonstruksjonsforhandlinger kan også være uheldig for skyldnerens verdier. Også for kreditorene vil det i enkelte saker kunne være en fordel om det åpnes for at forhandlinger under gitte omstendigheter i større grad kan foregå under hånden, men slik at løsningen gjennomføres ved en raskere og etterfølgende rekonstruksjon.

Advokatforeningen mener derfor det bør vurderes om det i større grad skal åpnes for dette, f.eks. ved at retten gis anledning til å oppnevne rekonstruktør uten at dette blir offentlig. Det kan i denne sammenheng f.eks. stilles krav til den dokumentasjonen som skal foreligge for at forslag skal kunne fremsettes (erklæringer, verdsettelse, forhåndssamtykker fra kreditorer e.l.).

Vennlig hilsen



Jon Wessel-Aas
leder



Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude K. Molvik
tm@advokatforeningen.no