

Innspill til permanente regler om rekonstruksjon

Notat 14.12.20

1. Behov for å sette ned et lovutvalg/arbeidsgruppe

1.1 Bakgrunn

Finans Norge er positive til at departementet allerede før arbeidet med revisjon av den midlertidige rekonstruksjonsloven konsulterer næringslivet, finansnæringen og andre berørte parter for å få innspill til det videre regelverksarbeidet. Etter vår vurdering er det også hensiktsmessig å involvere berørte parter tett i den kommende prosessen, for å sikre at forslaget som senere skal bli gjenstand for en ordinær høringsprosess, hensyntar behovet for et praktikabelt regelverk.

Vår erfaring er at disse hensyn best ivaretas ved at det settes ned et lovutvalg, arbeidsgruppe eller referansegruppe, som også involverer representanter for de interesser som deltar i rekonstruksjonsprosesser. Et lovarbeid på dette området fordrer «aktiv sparring» med de berørte parter, for å sikre et effektivt og praktikabelt regelverk som oppfyller sitt formål. I dette arbeidet vil ikke minst kompetanse om praktisk erfaring med gjeldsforhandlinger og rekonstruksjonsprosesser være viktig for å sikre både at de grunnleggende forutsetningene og den praktiske gjennomføringen ivaretas.

1.2 Bankene bør involveres i et tidlig stadium av lovarbeidet

Bankene har gjennom de siste fem årene vært delaktige i et betydelig antall større rekonstruksjoner innen bl.a. oljeservicenæringen. I alt vesentlig av rekonstruksjonsprosesser spiller kreditorene - og særlig bankene - en nøkkelrolle. Erfaringsmessig vil aldri en rekonstruksjonsprosess kunne gjennomføres med mindre bankene er tett involvert i prosessen.

For å sikre at et fremtidig regelverk bidrar til at levedyktige foretak og arbeidsplasser videreføres etter en rekonstruksjonsprosess, bør derfor bankene involveres på et tidlig stadium i lovarbeidet - sammen med andre viktige interesser som offentlige myndigheter (Skatt, NAV) og bobestyrere/rekonstruktører.

2. Bedre balanse mellom kreditorer, eier og medkontraktører

2.1 Bakgrunn

I utenrettslige restruktureringer er det en bærende forutsetning at alle bidrar i redningsaksjonen. I den midlertidige rekonstruksjonsloven er imidlertid ikke denne forutsetningen tilstrekkelig reflektert, ettersom loven kun har verktøy for å fremtvinge bidrag fra kreditorer med forfalte og/eller pantesikrede krav. Det vil i praksis innebære at det er debitors leverandører og bankforbindelse som er de vesentlige bidragsyterne i en rekonstruksjon.

Loven mangler verktøy for å involvere blant annet eiere, ansatte og kontraktsmotparter. De nevnte aktørene kan bidra på frivillig basis, men vi mener at den midlertidige loven legger til rette for en skjevhet ved at loven ikke gir selskapene mulighet til å involvere disse partene i større grad. Finans Norge anbefaler derfor at det bør utredes nærmere hvordan disse gruppene kan involveres i rekonstruksjonsprosessen, herunder i forhold til finansieringen.

2.2 Finansiering av virksomheten under rekonstruksjonsforhandling – «Superpant»

Erfaring viser at det kan være utfordrende å skaffe finansiering av driften under rekonstruksjonsforhandlingen. Likviditeten blir presset, blant annet som følge av at mange leverandører vil kreve kontant betaling. Når det gjelder avtaler om løpende ytelser setter § 63 tredje ledd, jf. dekningsloven § 7-5 annet ledd, begrensninger i leverandørens anledning til å kreve forskudd, men dette vil kun i mindre grad avhjelpe likvidasjonsbehovet.

Den midlertidige lovs § 19 gir anledning til å oppta lån til finansiering av drift, og til finansiering av selve rekonstruksjonsforhandlingen, med pant i driftstilbehør, varelager og fordringer. Slikt såkalt «superpant» vil ha prioritet foran eksisterende panthavere. Forutsetningen er at disses sikkerhet ikke blir vesentlig forringet, jf. § 19 annet ledd.

Lånet vil uansett ha sikkerhet innenfor det lovbestemte pantet etter panteloven § 6-5. Omfanget av superpantet er imidlertid begrenset, og vil neppe være tilstrekkelig til å dekke finansieringsbehovet. I tillegg vil mange rekonstruktører være tilbakeholdne med å anvende superpantet som sikkerhet for driftsfinansieringen, da det vil redusere mulighetene for å finansiere en eventuell etterfølgende konkursbehandling.

Vilkåret om at eksisterende panthavere må akseptere prioritet foran deres panterett, dersom deres rettigheter ikke blir vesentlig forringet, er skjønnsmessig. Kravet vil skape betydelige utfordringer og grunnlag for unødvendige tvister mellom rekonstruktøren og panthaverne. Finans Norge vil derfor anmode om at det vurderes inntatt en presisering, fortrinnsvis ved at det settes en ramme for hva panthaverne må akseptere.

I mange tilfeller er det kun én aktuell yter av denne driftsfinansieringen, foretakets bankforbindelse. I slike tilfeller vil det være denne banken som også er eksisterende panthaver, og forholdet skaper mindre utfordringer. I større foretak vil det derimot kunne være flere aktuelle kredittyttere. For å redusere mulighetene for konflikt, foreslår vi at den banken som allerede har finansiert foretakets drift - og som derfor sannsynligvis er eksisterende panthaver i de aktuelle omløpsaktiva - gis fortrinnsrett til å yte driftsfinansiering i rekonstruksjonsperioden, forutsatt at dette kan tilbys på markedsmessige vilkår.

2.3 Involvering av eiere

Egenkapitalen skal i prinsippet tapes før fremmedkapitalen. For å sikre at eierne ikke får en uberettiget fordel ved å gjennomføre en rekonstruksjon, bør den permanente loven ha verktøy som åpner for at eierne tvinges til å bidra. Som et minimum bør loven åpne for at kreditorene kan fremme alternative forslag til rekonstruksjon. Et alternativt forslag fra kreditorene kan for eksempel innebære at eierne må akseptere en emisjon. En slik løsning vil kunne gi kreditorene som bidrar i redningsaksjonen anledning til å ta del i en mulig oppside i fremtiden. Motsatt må nåværende eier vike plass dersom de ikke bidrar.

Dersom loven ikke åpner for å tvinge eierne til å bidra vil dette kunne føre til at de unnlater å skyte inn egenkapital i selskapet, som de normalt ville gjort, og at de i stedet tar risiko med de sikrede kreditorenes penger. Det vil også kunne gi eierne et forhandlingskort ovenfor blant annet sikrede kreditorer i utenrettslige restruktureringer.

2.4 Reforhandling og terminering av avtaler

Som nevnt over, begrenser den midlertidige loven seg til forfalte krav. Dekningsloven § 7-6 gir selskapene en ekstraordinær oppsigelsesadgang ved at selskapet kan terminere løpende kontrakter med sedvanlig eller tre måneders varsel. Kontraktsmotpartens erstatningskrav som oppstår som følge av oppsigelsen vil være et krav om omfattes av rekonstruksjonen. Dette er et nyttig verktøy, men det er ikke tilstrekkelig til å løse selskapets underliggende problemer. Selskapene har ofte langvarige og tyngende forpliktelser som enten må termineres eller reforhandles for å sikre videre drift med et forsvarlig kostnadsnivå.

Det bør for det første utredes hvorvidt den permanente loven bør ha regler som gir selskapet mulighet til å reforhandle tyngende avtaler som selskapet har behov for. En slik regulering vil i så fall bidra til at også kontraktsmotparter bidrar i en helhetlig løsning.

Selskapets ekstraordinære adgang til å terminere avtaler bør for øvrig opprettholdes. En utfordring som oppstår i praksis, for eksempel ved terminering av husleieavtaler med lang gjenværende løpetid, er hvordan kontraktsmotpartens erstatningskrav skal fastsettes. Kravene kan bli betydelige og selskapene har ofte ikke mulighet til å sette av dividende til betingede eller omtvistede krav. For å sikre at denne typen krav ikke er til hinder for at rekonstruksjonen kan gjennomføres, bør loven regulere selskapets rett til å be retten om å fastsette hvor mye dividende som skal settes av til betingede og omtvistede krav. Det er viktig at selskapet kan få avklaring i løpet av kort tid og loven bør pålegge retten å behandle spørsmålet innen en gitt frist. Slik vi ser det er det ikke nødvendig å foreta en reell prøving av kravet. Det er tilstrekkelig at retten foretar en prejudisiell prøving av kravet for å fastsette om selskapet plikter å sette av dividende og eventuelt hvor mye som skal settes av.

Det bør også vurderes om det i loven kan gis regler for hvor mye en kreditor kan kreve avsatt. I praksis ser man eksempler på aggressive kreditorer som bruker omtvistede krav som et forhandlingskort for å fremtvinge løsninger i sin favør. Det kan føre til at selskapet ser seg nødt til å finne «kreative» løsninger som for eksempel å overdra kravet til andre konsernselskaper, at morselskapet innfrir kravet mv. Ved å regulere hvor mye dividende en kreditor kan kreve avsatt forhindrer kan man til en viss grad slike situasjoner, samtidig som det vil gi selskapet forutsigbarhet.

2.5 Forholdet til lønnskrav

De ansattes rettigheter gjør som regel videre drift urealistisk når kassen er i ferd med å tømmes i hurtig tempo. Dette gjelder særlig SMB bedrifter hvor lønnsutgifter utgjør et vesentlig innhugg i likviditeten. Ofte teller hvert minutt hvis selskapet skal reddes og det er sjelden tid eller penger til å følge arbeidsmiljølovens fremgangsmåte for å få redusert antall ansatte. I praksis vil dette heller ikke la seg gjennomføre, ettersom ny eier av virksomheten etter en konkurs står svært fritt til både å velge hvilke ansatte - og hvor mange - det er behov for, og hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal gjelde. Ny eier har heller ikke ansvar for krav på lønn og feriepenge, som de ansatte måtte ha opparbeidet seg i den konkursrammede virksomhet. Det er således en skjevhet ved den midlertidige loven ved at et selskap som begjærer oppbud sletter hele lønnsforpliktelsen, mens et selskap i rekonstruksjon må stå ved alle lønns- og ansettelsesforpliktelser til sine arbeidstagere.

Etter Finans Norges vurdering er ovennevnte forskjeller i regelverket med tanke på konkurs lite hensiktsmessig. Loven gir riktignok långiver rett til å få `superprioritet` som skal betales tilbake foran

andre låneforpliktelser i kundefordringer, driftsmiddel og varelager hvis det gis lån til videre drift i en forhandlingsperiode. Verdien av disse eiendelene er imidlertid i fritt fall i en virksomhet som går dårlig. Bankene vil derfor kvie seg for å gi nye lån med dårlig sikkerhet til tross for `superprioriteten`.

Loven motiverer heller ikke bank og andre kreditorer til å ettergi betydelige beløp hvis hovedutfordringen – antall ansatte og deres arbeidsvilkår – ikke løses samtidig. Rekonstruksjonsloven får slik kanskje mest betydning for større selskaper hvor banker og andre kreditorer trenger tid til å områ seg om det finnes bedre løsninger enn konkurs. SMB bedrifter har ikke denne fordelene, tapet for kreditorene er ikke like stort.

2.6 Positive erfaringer fra andre land

Hvis rekonstruksjonsloven skal få reell betydning og kunne få tilsvarende virkning i norske restruktureringer som `Chapter 11` har i USA – må loven løse de ansattes rettigheter etter tilsvarende modell som i konkurs. Finans Norge mener derfor at selskaper i rekonstruksjon bør omfattes av samme lønnsgarantiordning som et selskap i konkurs.

I Sverige har man allerede en slik ordning. Den er ansett som en suksess og et vesentlig moment i at 50 prosent av alle svenske selskaper i rekonstruksjon unngår konkurs. Om rekonstruksjonen lykkes, betaler selskapet tilbake den lønnsgarantien som er utbetalt, men uten å betale sosiale kostnader, og avkortet på linje med andre kreditorer i en tvangsakkord. Kostnaden er lav i forhold til skatte- og avgiftsinntektene fra rekonstruerte selskaper som overlever. Etter vår vurdering vil dette innebære en «vinn, vinn» situasjon for alle parter som er involvert i rekonstruksjonen.

3. Forholdet til skatte- og avgiftskrav

3.1 Bakgrunn

I dag er skatte- og avgiftskrav, i likhet med de ansattes krav på lønn og feriepenger, fortrinnsberettigede krav ved en konkurs. Dette følger av dekningsloven §§ 9-3 og 9-4. I en gjeldsforhandling/akkord må alle de fortrinnsberettigede krav dekkes først. I praksis betyr det at en akkord bare vil gjelde for de uprioriterte og etterprioriterte kravene.

Samtidig med vedtakelsen av den midlertidige rekonstruksjonsloven ble det vedtatt en forskrift om midlertidig unntak fra prioritetsreglene under rekonstruksjon i medhold av den midlertidige loven. Forskriften er hjemlet i dekningsloven §9-4 fjerde ledd. Forskriften følger lovens løpetid frem til 01.01.2022. I forskriften er det gjort unntak for fortrinnsretten for skatte- og avgiftskrav, dog slik at ansvar for skattetrekk fortsatt er fortrinnsberettiget i medhold av dekningsloven §9-4 første ledd nr 2.

3.2 Behov for permanente endringer i skatte- og avgiftsreglene

I arbeidet med den midlertidige rekonstruksjonsloven anså departementet det for omfattende å gå inn på spørsmålet om mer permanente endringer i fortrinnsreglene ved gjeldsforhandling. Det vises i proposisjonen punkt 4.4. til at i et senere lovarbeid om en permanent lov, bør spørsmål om endringer i fortrinnsreglene utredes nærmere.

Finans Norge støtter at man i det kommende arbeidet foretar en slik utredning. Selv om ikke skatte- og avgiftskravs prioritet alene er avgjørende, så kan de være en medvirkende årsak til at det er vanskelig å oppnå gjeldsordning. Spørsmålet om skatte- og avgiftskravenes fortrinnsrett har vært

gjenstand for diskusjon flere ganger tidligere og flere har stilt spørsmål ved dens berettigelse, jf. NOU 1972:20 og NOU 1993:16.

Skatte- og avgiftskravs særstilling må ses opp imot de samfunnsmessige gevinstene ved en rekonstruksjon. Det har fra skattemyndighetenes side vært argumentert med at allmennpreventive hensyn tilsier at skatte- og avgiftskrav bør ha prioritet. Vår erfaring er at det er lite kjennskap til reglene om fortrinnsrett og vi kan således vanskelig se at det er noen sammenheng mellom skattemoralen i samfunnet og prioritetsreglene i dekningsloven. Den risikoen man eventuelt løper må kunne kompenseres ved økte kontrolltiltak. Fortrinnsretten gjelder uansett bare enkelte skatte- og avgiftskrav og det ligger også en begrensning i at forfallstiden ikke må ligge lenger tilbake enn 6 måneder.

Etter hva Finans Norge er kjent med er det ikke foretatt beregninger av hva den provenymessige effekten av fortrinnsretten utgjør for staten. Det forhold at det er en tidsmessig begrensning tilsier imidlertid at den provenymessige effekten for staten vil være begrenset ved å gi avkall på fortrinnsretten. Ved å avskaffe fortrinnsretten for disse kravene vil man styrke stillingen for de uprioriterte kravene, herunder også den delen av skatte- og avgiftskravene som er uprioriterte. Det forhold at flere bedrifter gjennom dette kan unngå en konkurs tilsier at statens inntektsgrunnlag som helhet ikke reduseres.

3.3 Positive erfaringer fra andre nordiske land

Danmark og Sverige avskaffet fortrinnsretten for skatte- og avgiftskrav for mange år siden og der synes myndighetene å være fornøyde med ordningen. En avvikling av fortrinnsretten kan medføre at skatte- og avgiftsmyndighetene blir mer effektive i sin innfordring ved at de får incentiver til å komme raskere i gang, noe som i seg selv kan bidra til at man kan finne løsninger på et tidligere stadium slik rekonstruksjonsloven legger opp til.

Vi kan derfor ikke se at det er spesielle forhold i Norge som tilsier at man skal fastholde fortrinnsretten for skatte- og avgiftskrav, ei heller under konkurs. Finans Norge anbefaler på denne bakgrunn en nærmere utredning av skatte- og avgiftskravs stilling under gjeldsforhandling og konkurs.

4. Justering av lovens virkeområde

4.1 Bakgrunn

Det følger av lovens § 2, sammenholdt med § 3, at rekonstruksjon bare kan åpnes i det enkelte foretak, «skyldneren». Større virksomheter er som oftest organisert i konsern. Den operative virksomheten, og eierskapet til virksomhetens aktiva kan ligge i datterselskaper, samtidig som finansieringen er gjort i morselskapet. Variasjonene er mange. I slike konserner er det som oftest betydelige interne fordringer som følge av kjøp av varer og tjenester internt og gjensidig utnyttelse av konsernets likviditet i form av konsernkontosystemer. I og med at kontantstrøm og aktiva ofte ligger i andre selskaper enn der finansieringen er tatt opp, vil det også kunne være kryssende pant eller garantier.

4.2 Ny lov bør tilpasses konsernstruktur

I Finans Norges innspill til den midlertidige loven (vårt brev til Justiskomiteen datert 21. april 2020) ga vi uttrykk for at konsekvensene for større bedrifter med avansert kapitalstruktur ikke var tilstrekkelig

vurdert til at loven også burde omfatte slike. Vi mener imidlertid, slik vi også her understreket, at dette bør vurderes i forbindelse med arbeidet med en permanent lov.

Som følge av at rekonstruksjon må åpnes i det enkelte foretak, er den midlertidige loven lite egnet for større virksomheter. Disse er derfor henvist til enten å forhandle private avtaler eller, der dette er mulig, å gjøre rekonstruksjoner etter andre lands rett.

Selv om private rekonstruksjoner, eller slike som er gjennomført etter andre lands rett, ofte har vist seg å være vellykket, mener vi at det vil være en betydelig fordel at den permanente loven også legger til rette for rekonstruksjon av større virksomheter. Dette vil etter vårt syn tilsi at det åpnes for rekonstruksjon av konserner som enhet, og ikke i det enkelte foretak. I tillegg vil større virksomheter ofte ha en mer sammensatt kreditorgruppe. I dagens lov vil sikrede krav ikke omfattes av en rekonstruksjon, så langt sikkerhetene dekker. Erfaring fra de private rekonstruksjonene viser at det ofte kan være behov for også å gjøre endringer og tilpasninger i sikrede lån. En vesentlig årsak til at det oppstår et behov for rekonstruksjon er store utfordringer med hensyn til likviditet. Det vil derfor regelmessig være behov for avdragsutsettelse eller andre tilpasninger av løpetid eller nedbetaling av lån, også i lån som er sikret med pant.

4.3 Behov for kreditorklasser

Innenfor en gruppe av sikrede kreditorer vil det kunne være forskjellige interesser. Dersom en rekonstruksjon er avhengig av enighet mellom samtlige, vil prosessen kompliseres og innebære større usikkerhet.

Finans Norge vil derfor foreslå at det utredes om kreditorene kan inndeles i ulike grupper, for eksempel sikrede og usikrede, som i så fall vil stemme over forslag som er tilpasset den enkelte gruppes posisjon. En slik mulighet finnes i anerkjente internasjonale regimer, for eksempel det engelskrettslige *Scheme of Arrangement*, som også finnes igjen i det irske *Examination*.

5. Endringene i regelverket må samkjøres med øvrige nordiske land

5.1 Bakgrunn

Det norske næringslivets samhandling med næringslivet ellers i Europa er betydelig. Graden av samhandling og tilstedeværelse varierer, fra kun kontraktsforhold, til avdelinger og egne datterselskap. For SMB-virksomheter er tilknytning til de øvrige nordiske land mest avgjørende.

5.2 Ny lov må tilpasses internasjonale regler

Enkelte norske selskaper utøver en stor del av sin virksomhet utenfor Norge, og motsatt er en rekke internasjonale foretak etablert i Norge. I Prop 75 L (2019-2020), kapittel 3 skriver Departementet at også forholdet til EU-direktivet om insolvens og restrukturering (Direktiv 2019/1023 EU) også vil måtte vurderes i arbeidet med utformingen av permanente regler.

Vi støtter dette. Den rettslige virkning i Norge av insolvensbehandling eller rekonstruksjon åpnet i et annet land, er i beste fall usikker. Den irske behandlingen av Norwegian Air Shuttle ASA's irske datterselskaper er et godt eksempel på dette. Selv om Direktiv 2019/1023 ikke nødvendigvis blir tatt inn i norsk rett i løpet av 2021, er det god grunn til å forberede slik implementering i den permanente

rekonstruksjonsloven. Etter vårt syn bør dette også ses i sammenheng med de vedtatte nye regler i konkurslovens kapittel 4, som foreløpig ikke er trådt i kraft.

5.3 Nordisk perspektiv i ny lov

Det vurderes som særlig viktig med enhetlige regler i de nordiske land. Mange virksomheter har hele Norden som sitt hjemmemarked. Gjennomføringen av insolvensdirektivet (2019/1023) vil trolig medvirke til en overordnet tilpassing, men åpner for individuelle tilpassinger i det enkelte medlemsland. Etter Finans Norges vurdering vil det være en klar fordel med et nordisk lovsamarbeid som sikrer like regler i de nordiske land. Likelydende regler vil medvirke til en mer kostnadseffektiv restrukturering av slike virksomheter. Dette vil sikre bedre forutberegnelighet og «legal certainty» ved rekonstruksjon av virksomheter med aktivitet i flere land - enten det er i form av separate datterselskap, filial eller avtaler inngått med medkontrahtenter.

Internasjonalisering av næringslivet med store konsern med virksomhet i mange land åpner for mulige valg av land for rekonstruksjon basert på det enkelte lands lovgivning. Et lovsamarbeid med like rettsregler i de nordiske land vil hindre en slik praksis og medføre at virksomhetene gjennomfører rekonstruksjon i «hovedlandet», ref. også ovenfor.

Finans Norge står til disposisjon dersom departementet ønsker ytterligere kommentarer eller merknader til våre innspill.

Med vennlig hilsen

Sign.
Carl Flock
Juridisk direktør

Sign.
Victoria Egeli
Juridisk seniorrådgiver