

Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt pr. e-post til Hoyringar_JD@jd.dep.no

DERES REF.: 23/251

VÅR REF.: 327514

DATO: 2. mai 2023

Høring – endringer i konkursloven mv. (rekonstruksjon)

1 Innledning

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettssikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

Denne høringsuttalelsen er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for konkurs, akkord, panterett, tvangsfullbyrdelse og inkasso. Lovutvalget består av Frank C. Aase (leder), Ole Magnus Karlsen, Reidar Myhre, Stine Dalen hag Snertingdalen, John Aksel Stav og Ellen Synnøve Schult Ulriksen, som alle har lang erfaring og god kompetanse innfor det aktuelle rettsområdet.

2 Sakens bakgrunn

Det vises til høringen til Justis- og beredskapsdepartementet, publisert den 13. januar 2023, med høringsfrist 13. april 2023. Høringsnotatet gjelder forslag til endringer i konkursloven, dekningsloven og panteloven, hvor hovedformålet er å innføre regler om rekonstruksjon som skal erstatte reglene om gjeldsforhandling i konkurslovens første del og reglene i den midlertidige loven om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven). Rekonstruksjonsloven har siden 11. mai 2020 trådt i stedet for reglene om gjeldsforhandling i konkurslovens første del.

Det vises videre til Advokatforeningens brev 1. mars 2023, hvor det ble redegjort for behovet for en grundigere forberedelse av de nye reglene og bedt om en utsettelse av høringsfristen, samt til

departementets svarbrev 13. mars 2023 hvor Advokatforeningen ble gitt slik utsettelse fra 13. april til 2. mai 2023.

Selv om store deler av høringsnotatet viderefører reglene i rekonstruksjonsloven, forslås det å introdusere en rekke nye konsepter i norsk insolvens- og restruktureringsrett, hvorav enkelte er omfattende og kan få vidtrekkende følger for partene i en rekonstruksjonsprosess. Blant annet kan nevnes introduksjonen av klassesdeling, gjennomtvingelse og en to-sporet prosess dels med og dels uten rekonstruktør. Disse reglene er svært komplekse og kan få vidtrekkende konsekvenser i praksis. Departementet har gjort en omfattende jobb, og Advokatforeningen mener at reglene som foreslås i høringsnotatet er en god start for å legge til rette for en første runde med innspill fra dem som skal praktisere reglene og som skal delta i slike prosesser. Like fullt er det Advokatforeningens syn at det gjenstår et betydelig arbeid for å få på plass tilstrekkelig gjennomarbeidede og pedagogiske regler som sikrer forutsigbarhet og en enhetlig praksis, og som fungerer godt i praksis. Dette forstås også å være departementets syn når departementet nå har foreslått å utsette fristen for innføring av permanente regler med to år (jf. punkt 4 nedenfor).

Advokatforeningen støtter forslaget om at det må brukes mer tid til utarbeidelse av endelige regler. Advokatforeningen stiller seg til disposisjon for departementet i det videre arbeidet med denne regelutformingen, ved møter/workshops, innspill til ulike deltemaer, høring av delproblemstillinger mv. Rekonstruksjonsprosessen er en utpreget praktisk prosess. Advokatforeningen oppfatter at flere høringsinstanser ønsker å bidra aktivt i arbeidet for å få lovregler som i størst mulig grad oppnår formålet: Å hindre at levedyktige virksomheter går konkurs, og dermed bevare arbeidsplasser og verdier for offentlige og private kreditorer, eiere og samfunnet som helhet.

Advokatforeningen ønsker også å peke på at selv om flere av konseptene som foreslås innført, er nye i norsk rett, har enkelte andre land operert med ulike varianter av disse over tid, blant annet innen EU. Videre har EU-landene nå implementert EUs direktiv 2019/1023 (heretter EU-direktivet) i nasjonal rett. Disse landene vil følgelig i tiden fremover få erfaring med hvordan deres lokale tilpasninger fungerer i praksis. Når departementet nå har foreslått å utvide virketiden for de midlertidige reglene i rekonstruksjonsloven med to år, får vi i Norge en gyllen mulighet til å lære av hva som viser seg å fungere godt og mindre godt i andre jurisdiksjoner. Advokatforeningen mener at det i det videre lovarbeidet bør settes av tilstrekkelig tid og ressurser til at departementet kan innhente informasjon om hvilke løsninger ulike EU-land har valgt, og om hvilke løsninger som har fungert godt og mindre godt i praksis.

3 Overordnet om hensyn som må ivaretas når det skal gis permanente regler om rekonstruksjon

Rekonstruksjon er en levende, forhandlingsbasert prosess for situasjoner der en virksomhet har, eller står i fare for å få, alvorlige økonomiske problemer, og i overskuelig fremtid ikke vil klare å oppfylle sine forpliktelser med rett ytelse til rett tid. Sån sett skiller rekonstruksjon seg vesentlig fra andre rettsområder, hvor forutsetningen for en rettsprosess er at en parts rettighet eller forpliktelse skal fastslås/etableres og honoreres. Når det ikke er penger nok til alle, er grunnideen i rekonstruksjoner at det er bedre at alle får mindre enn de har krav på, enn at de får vesentlig mindre eller ingenting i en konkurs. For å finne en løsning som er omfattende nok til å redde virksomheten og som kreditorene likevel aksepterer, krever dette oftest at alle parter er villige til å gi noe (for eksempel i form av ettergivelse av deler av et utestående krav, utsettelse av betalingsforfall mv.), og at summen av bidrag er tilstrekkelig til å redde virksomheten.

Høringsnotatet og EU-direktivet angir at formålet med å gi regler som regulerer slike prosesser, er å legge til rette for at løsninger kan oppnås for å unngå konkurs i ellers levedyktige virksomheter. Dermed kan man

forhindre tap av arbeidsplasser, knowhow og kompetanse, samt maksimere den samlede verdien for kreditorene, eierne og økonomien som helhet (sml. her punkt 2 i fortalen til EU-direktivet).

I rekonstruksjon må partene således avstå fra rettigheter de vitterlig har, som del av et finbalansert og skreddersydd "spleiselag" som avgjøres ved avstemming basert på demokratiske prinsipper. Det betyr at et mindretall ikke skal kunne ødelegge for at et flertall får redusert sine tap, forutsatt at løsningen er bedre for mindretallet enn alternativet som er konkurs.

Man kan kanskje spørre om hvorfor man behøver regler som åpner for at et mindretall av kreditorene kan tvinges med på en slik løsning, hvis man samtidig antar at kreditorer alltid stemmer i samsvar med det som er den økonomisk mest fordelaktige løsningen for dem. Slik er det imidlertid ikke i praksis. Kreditorer kan typisk stemme mot et forslag fordi de har antipatier mot skyldneren, fordi de tror at de kan få mer enn de øvrige kreditorene ved å opptre motvillig, fordi de ikke har tillit til at selskapet går konkurs om man ikke får en løsning, eller fordi de rett og slett ikke forstår at forslaget er bedre for dem enn det som i praksis vil være alternativet; konkurs. Videre må man i en utenrettslig restrukturering ha aktivt samtykke fra samtlige kreditorer for å ha et avtalerettslig grunnlag for å redusere krav/rettigheter til kreditorene, enten disse er små eller store. Det er også velkjent i slike prosesser at et betydelig antall kreditorer overhodet ikke svarer på utsendte forslag, og derfor gjentatte ganger må følges opp separat for at de skal avgi stemme.

En rekonstruksjonsprosess er intens, hektisk, arbeidskrevende og levende, og basert på dialog og fleksibilitet. Løsningene i ulike saker vil aldri være helt like, ettersom foretakenes utfordringer og kreditorenes interesser vil variere fra sak til sak. Det haster ofte å finne en endelig løsning, ettersom det er svært kostbart for foretaket og utmattende for de involverte å drive en slik prosess over tid. Videre kan markedet og kreditorenes tillit til virksomheten reduseres dersom det går for lang tid før en løsning foreligger.

I det store og hele er en rekonstruksjonsprosess ganske lik en utenrettslig restrukturering, men med en tilsyns- og kontrollfunksjon, og noen ytterligere virkemidler som kan tvinge på plass enkelte deler av en helhetlig løsning, forutsatt at denne er bedre enn konkurs.

Ovennevnte forhold gjør at reglene som gir rammeverket for rekonstruksjonen, og virkemidlene for å tvinge på plass en løsning mot enkelte aktørers vilje, må være *fleksible* med mulighet for å brukes på ulike saker i ulik grad. Samtidig vil aktørene, og da særlig foretaket selv og sikrede og prioriterte kreditorer, være opptatt av en viss *forutsigbarhet* for sine posisjoner i en rekonstruksjon. Det er følgelig viktig at lovgiver finner en balanse mellom hensynet til fleksibilitet/forhandlingsrom på den ene siden og forutsigbarhet for partene på den andre siden. Rettslige standarder og vagt/vidt formulerte kriterier gir for så vidt nødvendig fleksibilitet, men det er da viktig at bestemmelsene samtidig ledsages av retningslinjer om innholdet, enten direkte i lovteksten eller i forarbeidene, og at det sikres at domstolene er konsistente i sin praktisering av reglene. Dette gjelder for eksempel reglene om opptak av finansiering sikret på superprioritet, kriterier for å plassere kreditorer i ulike klasser og stemmerettsreglene, inklusive reglene om gjennomtvungelse.

Ovennevnte forhold – rekonstruksjonsprosessens natur – fremtvinger også behovet for *erfarne aktører* som er godt kjent med denne type prosesser. For å lykkes med rekonstruksjonen må disse kunne agere raskt, forstå de kommersielle og økonomiske forholdene som utgjør grunnlaget for forhandlingene og den endelige rekonstruksjonsplanen, samt avgjøre om virksomheten har livets rett og tilstrekkelig likviditet til å drifte gjennom rekonstruksjonsperioden. Særtrekkene ved en rekonstruksjonsprosess krever i det hele tatt særlig erfarne ledere, dvs. rekonstruktører, borevisorer og dommere. I tillegg til å kjenne rettsreglene godt, må disse aktørene kunne foreta løpende økonomiske vurderinger og forstå partenes ulike interesser. I praksis kan man ikke utelukkende lese seg til hvordan en rekonstruksjonsprosess bør ledes fra A til Å på en god, korrekt og effektiv måte.

Prosesen er kostnads- og arbeidskrevende, og krever fullt fokus fra foretakets ledelse og økonomifunksjon, eventuelle egne rådgivere for foretaket, rekonstruktør, boretvisor og kreditorutvalgsmedlemmer. Dette gir et betydelig kostnadspådrag for virksomheten, samtidig som virksomhetens fokus på salg, produksjon og daglig drift vil svekkes. Følgelig bør en rekonstruksjon avsluttes så snart det blir klart at denne ikke vil føre frem. Vurderingen av sannsynligheten for et slikt utfall bør foretas løpende. Foretaket og rekonstruktøren bør helst søke å avklare så tidlig som mulig med kreditorene som utgjør et flertall av stemmene, om disse vil støtte forslaget, samt avdekke om større kreditorer vil stemme imot forslaget. Videre bør foretaket og rekonstruktøren tidlig i prosessen forsøke å avklare omtrentlig størrelse på gjelden som skal akkorderes, samt verdiene som kan benyttes til dividende eller andre løsningsalternativer, dette for så tidlig som mulig å søke å identifisere strukturen i en rekonstruksjonsplan og nivået på dividenden som kan tilbys kreditorene.

Etter Advokatforeningens syn vil det vesentlig øke usikkerheten ved om rekonstruksjonen vil lykkes, dersom det for eksempel er uklart hvem som har stemmerett, i hvilken utstrekning betydelige krav skal motta dividende, hvilke avsetninger selskapet må gjøre for omtvistede krav, verdsettelse av pantekrav henholdsvis innenfor og utenfor pantenes verdi, mv. Disse spørsmålene bør helst avklares tidlig i prosessen. Lovutkastet legger imidlertid opp til at slike spørsmål skal utsettes til etter at avstemmingen er gjennomført. Dersom retten først etter avsluttet avstemming, og til tross for nødvendig stemmeflertall, beslutter å ikke vedta planen som følge av slike forhold, vil betydelige kostnader unødig ha påløpt på ekstra uker/måneder med rekonstruksjonsforhandlinger med løpende driftskostnader, utarbeidelse av rekonstruksjonsforslag, avstemmingsdokumenter, rekonstruktørens rapport, boretvisorens rapport, rekonstruksjonsutvalgets anbefaling av forslaget, undersøkelser og møtevirksomhet i den forbindelse, gjennomgang av og redegjørelse for avstemmingsresultatet, osv.

Nevnte kostnader og arbeid kunne i slike situasjoner vært unngått om det var mulig å avgjøre spørsmålene ved forenklede, rettslige prosesser på tidligere tidspunkter i prosessen. I de tilfellene hvor fortsatt drift i rekonstruksjonsperioden finansieres med såkalt "superprioritet", til foretrengsel for eksisterende panthavere (jf. punkt 9 nedenfor), vil en tidligere avklaring forhindre at eksisterende panthaveres rettigheter unødvendig forringes.

Advokatforeningen er kjent med at det av disse grunner er åpnet for raske avgjørelser av enkeltspørsmål underveis i prosessen for eksempel i de amerikanske Chapter 11-reglene og i de nederlandske rekonstruksjonsreglene (WHOA)¹. Kostnadene ved å avvente en avklaring til slutt, vil – dersom rekonstruksjonen som følge av dette mislykkes – være høyere enn kostnadene ved å avklare slike forhold løpende gjennom forenklede, rettslige prosesser. Etter Advokatforeningens syn er det derfor viktig at spørsmål som rekonstruktøren finner er av vesentlig betydning for rekonstruksjonen, kan prøves av retten løpende, slik man i dag har anledning til ved innsigelse fra panthaver mot opptak av rekonstruksjonsfinansiering (jf. rekonstruksjonsloven § 19 annet ledd). Videre er det viktig at avgjørelsene som retten tar i slike spørsmål, prejudisielle eller ikke, undergis en kort – eller ingen – ankefrist.

4 Forlengelse av virketiden for rekonstruksjonsloven fra 1. juli 2023 – behovet for ytterligere utredning av reglene

Advokatforeningen registrerer at departementet, etter at høringsnotatet ble sendt ut, har foreslått en ny endringslov hvor virketiden for rekonstruksjonsloven forlenges til 1. juli 2025, jf. Prop. 51 L (2022-2023) avgitt 17. mars 2023. Departementets begrunnelse er at man trenger mer tid for å kunne "*sikre eit godt og grundig lovarbeid*". Advokatforeningen registrerer at departementet dermed har skrinlagt ambisjonen om at de nye og

¹ WHOA – "*Wet homologatie onderhands akkoord*", også kjent som "*the Dutch scheme of arrangement*", i kraft fra 1. januar 2021.

permanente reglene skulle tre i kraft fra 1. juli 2023, dvs. samtidig som rekonstruksjonsloven opphører å virke i henhold til endringslov 22. desember 2021 nr. 167.²

Advokatforeningen støtter departementets forslag om å forlenge rekonstruksjonslovens virketid med nye to år. Advokatforeningen mener at denne loven, til tross for hastverket og de svært spesielle omstendighetene den ble gitt under (pandemiutbruddet våren 2020), har fungert noenlunde greit i praksis. Å gjeninnføre de midlertidig opphevede gjeldsforhandlingsreglene, vil etter Advokatforeningens syn representere et vesentlig skritt tilbake. Det er en kjensgjerning at disse gjeldsforhandlingsreglene knapt har vært brukt i praksis, verken fra 1986, da de opprinnelige reglene trådte i kraft, eller fra 2000 da reglene ble undergitt en betydelig revisjon og hvor siktemålet nettopp var å gjøre reglene mer anvendelige i praksis. Den midlertidige rekonstruksjonsloven har således avhjulpet en god del av svakhetene ved disse gjeldsforhandlingsreglene.

I brevet 1. mars 2023 har Advokatforeningen redegjort nærmere for behovet for at de nye og permanente reglene om rekonstruksjon bør utredes ytterligere. Det gjentas her kort at rekonstruksjon/gjeldsforhandlinger er et svært komplisert tema og som har vært gjenstand for omfattende diskusjoner og lovforberedelser i en rekke andre land. Ved utformingen av de konkrete reglene er det en betydelig utfordring å ivareta behovet for tilstrekkelige praktikable og fleksible løsninger, samtidig som reglene juridisk må tilpasses og harmonere med omfattende og komplekse "bakgrunnsregler" (insolvensrett, selskapsrett, mv.). Høringsforslaget bygger i stor grad på rekonstruksjonsloven, som igjen var basert på en enmannsutredning fra 2016, og hvor proposisjonen ble utarbeidet og stortingsbehandlingen gjennomført under den svært spesielle situasjonen som oppsto med pandemiutbruddet våren 2020. En rekke av innspillene som gis i nærværende høringsuttalelse, bekrefter etter Advokatforeningens syn at det er behov for ytterligere bearbeiding av lovforslaget. Som nevnt i punkt 2 ovenfor bør et slikt videre arbeid skje i samspill med involverte aktører. Advokatforeningen deltar gjerne på dette.

Advokatforeningen oppfatter også nevnte Prop. 51 L (2022-2023) slik at departementet selv mener det er behov for en grundigere forberedelse av de nye reglene. I brevet 1. mars 2023 oppfordret Advokatforeningen til at det blir nedsatt et eget lovutvalg med representasjon fra ulike interessegrupper som ellers er vanlig i større lovsaker som dette. Advokatforeningen registrerer at Konkursrådet i brev 8. mars 2023 har gitt uttrykk for tilsvarende synspunkter, altså at de permanente reglene bør undergis et grundigere hørings- og lovarbeid før de blir gitt. Advokatforeningen peker på det som er sagt i punkt 3 ovenfor om at rekonstruksjonsprosessen er en levende forhandlingsbasert prosess, og gjentar at det er viktig at departementet i fortsettelsen legger opp arbeidet slik at man innhenter innspill fra de aktører som deltar i rekonstruksjonsprosesser. Her kan det tenkes ulike former for kontakt; løpende dialog, møter/seminarer, opprettelse av referansegrupper, osv. Advokatforeningen stiller seg til departementets disposisjon i en slik prosess.

5 Rekonstruktør, rekonstruksjonsutvalg og dommere

5.1 Forslaget om at oppnevning av rekonstruktør ikke skal være obligatorisk

Nytt i forhold til rekonstruksjonsloven er at rekonstruktør ikke skal være obligatorisk i alle rekonstruksjonsforhandlinger (utkastet § 7). Rekonstruktør skal bare oppnevnes hvis det begjæres av skyldneren eller et flertall av kreditorene eller hvis rekonstruksjonen inneholder nærmere angitte elementer (klassing, forbud mot enkeltforfølgning, mv., jf. utkastet § 7 første ledd). Hvis det ikke oppnevnes rekonstruktør i forbindelse med åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen, foreslås det at rekonstruktør skal kunne oppnevnes på et hvert senere tidspunkt i prosessen.

² Sml. høringsnotatet side 79 hvor det sies at den midlertidige forskriften 11. mai 2020 nr. 974 "oppheves samtidig som rekonstruksjonsloven, 1. juli 2023".

Som det vil fremgå nærmere nedenfor, mener Advokatforeningen at ordningen slik den er foreslått, hvor det skal kunne gjennomføres rekonstruksjoner uten oppnevnt rekonstruktør, ikke vil fungere i praksis.

Advokatforeningen nevner først at man er positiv til at departementet ser på ulike måter man kan forenkle rettslige restruktureringer/ kreditorforhandlinger. Det bør tilstrebes å sikre at også mindre, ellers levedyktige virksomheter som ikke har råd til en rekonstruksjonsprosess, får tilgang til en rettslig prosess som gjør det mulig å redde virksomheten fra konkurs dersom et flertall av kreditorene støtter en slik løsning. Per i dag foreligger forskrift 19. juni 2020 nr. 1247 om forenklet rekonstruksjonsforhandling for små foretak. Advokatforeningen oppfatter imidlertid at denne forskriften har vært svært lite brukt i praksis.

Advokatforeningen utelukker ikke at man kan identifisere modeller i Norge som fungerer uten at det oppnevnes en rekonstruktør. Dette må imidlertid utredes vesentlig bedre enn i høringsnotatet, for å sikre ivaretagelse av hensynet til at kreditorene skal kunne ha tillit til prosessen. Ettersom domstolene har en forholdsvis tilbaketrukket rolle i rekonstruksjonsprosesser i Norge i dag, bør det vurderes om en eventuell tilsynsfunksjon eller et ansvar for at prosessen gjennomføres på en ordentlig og transparent måte, skal tillegges andre enn domstolen, f.eks. at kreditorene skal ha rett til å oppnevne en tilsynsperson (slik man har i nederlandske WHOA-prosesser) e.l.

Dagens rekonstruksjonslov (og tilsvarende de tidligere reglene om gjeldsforhandling i konkursloven) regulerer en prosess der det oppnevnes en rekonstruktør som skal kontrollere, føre tilsyn, skrive rapport, fastsette verdier, uttale seg om forslaget osv. De foreslåtte reglene i høringsforslaget er basert på rammen/strukturen i disse reglene, men for å oppnå målsettingen om at det ikke alltid skal oppnevnes rekonstruktør, har man fortløpende i lovutkastet fjernet henvisninger til rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg, men ellers gjort få justeringer i de materielle reglene.

Etter Advokatforeningens syn fungerer ikke denne løsningen. Å åpne for rekonstruksjoner som håndteres av skyldneren alene, uten en rettsoppnevnt rekonstruktør, vil være en betydelig endring i norsk rett. Man mister dermed den vesentlige tilsynsrollen som rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg ellers vil ha. Slike rekonstruksjoner bør i så fall etableres som en separat prosess, for eksempel som en forenklet prosess for visse type saker, eller som en prosess som kommer i forkant av en vanlig rekonstruksjon med rekonstruktør. Om man vever dette inn i selve rekonstruksjonsprosessen, bør man vurdere å endre strukturen i rekonstruksjonsprosessen mer helhetlig (jf. bl.a. slik dette er løst i de nederlandske WHOA-prosessene).

Advokatforeningen mener uansett at en eventuell innføring av regler om rekonstruksjoner uten rekonstruktør, bør være gjenstand for separat utredning og høring. Det er heller ikke nødvendig at slike regler kommer på plass samtidig som det gis permanente regler om ordinære rekonstruksjoner.

Slik lovutkastet nå er utformet, hvor reglene under hele prosessen skal tilpasses alternativer med og uten rekonstruktør, blir konsekvensen et uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig regelverk, som en skyldner i normaltilfellene ikke vil ha forutsetninger for å anvende uten juridisk rådgiver. Det reduserer videre kvaliteten til rekonstruksjonsreglene generelt, etter som bestemmelsene blir unødig omfattende og kompliserte, og enkelte steder også lite tilpasset et alternativ uten rekonstruktør (se eksempler på dette nedenfor).

Inntil det eventuelt foreligger et nytt forslag til høringsinstansenes vurdering, hvor for eksempel en prosess uten rekonstruktør foreslås i form av en separat prosess eller som bygger på en mer helhetlig endring av dagens prosess, er det Advokatforeningens *klare anbefaling* at man viderefører ordningen i rekonstruksjonsloven (og i de tidligere gjeldsforhandlingsreglene i konkursloven § 7), hvor det *alltid og automatisk* skal oppnevnes rekonstruktør ved åpning av rekonstruksjonsforhandling. Hvis man skal åpne for rekonstruksjoner uten rekonstruktør, bør dette altså reguleres særskilt og ikke innlemmes i de generelle rekonstruksjonsreglene. En rekke forhold taler for dette:

Å lykkes med en rekonstruksjonsforhandling, vil normalt være krevende. Det forutsetter blant annet god kjennskap til et komplekst regelverk, samt en forståelse av de ulike partenes posisjoner. Videre er det avgjørende for at en rekonstruksjon skal lykkes at kreditorene har tillit til forslaget som fremmes – over 50 % av dem må jo stemme for forslaget og selskapet skal leve med sine forretningspartnere også etter en vellykket rekonstruksjon. Advokatforeningen tror det generelt kan rokke ved kreditorenes tillit til at rekonstruksjonsforhandlingen blir gjennomført i betryggende rammer, med korrekt og fullstendig informasjon, dersom skyldneren skal håndtere prosessen alene, uten at rettsoppnevnte parter utøver et visst tilsyn. Tilsynsrollen til rekonstruktøren/rekonstruksjonsutvalget (sml. blant annet lovutkastet § 14 nr. 1 til 3) gir økt trygghet for at kreditorene får fullstendig og korrekt informasjon, og at forslaget som fremmes, er rimelig og balanserer partenes interesser.

Selv med spesialiserte, kommersielle og aktive dommere vil det være utfordrende å ha kontroll med og fungere som et tilstrekkelig korrektiv til skyldneren i rekonstruksjoner uten rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg. Særlig vil det være utfordrende for retten å ivareta sine kontrolloppgaver i henhold til de ulike "sikkerhetsventilene" iblant annet lovutkastet §§ 51 til 54 (nektelse av stadfestelse mv.) der det ikke er oppnevnt rekonstruktør.

At det skal kunne oppnevnes rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg når som helst senere i prosessen, altså etter at det i en periode har vært drevet rekonstruksjonsforhandlinger som skyldneren har håndtert alene, kan i seg selv komplisere oppgavene som deretter skal utføres av rekonstruktøren/rekonstruksjonsutvalget. Disse vil da kunne komme inn på et sent stadium i prosessen, hvor det kan være vanskelig å få tilstrekkelig oversikt og kontroll på hva som har skjedd i perioden etter åpningen (dialogen med kreditorer, utarbeidelse av likviditetsbudsjetter, forslag til rekonstruksjonsplan, osv.). Man risikerer å måtte starte hele prosessen på nytt for å få den nødvendige kontroll/oversikt. Dette vil bryte med behovet for en effektiv prosess, samtidig som kreditorenes tillit til prosessen kan bli redusert.

Advokatforeningen påpeker videre at lovutkastets to-sporede ordning (åpning med og uten rekonstruktør, og hvor rekonstruktør alltid kan oppnevnes senere) medfører behov for en rekke særbestemmelser og tilpasninger ellers i loven, ikke bare i form av et eget kapittel (sml. utkastet kapittel IV A), men også i form av en rekke tilpasninger i andre enkeltbestemmelser. Ved formuleringene av lovens enkeltbestemmelser må man altså hele veien "dra med seg" de to alternativene rekonstruksjon med og uten rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg, og med muligheten for etterfølgende oppnevning. Advokatforeningen mener at dette i sum bidrar til å forvanske lovteksten og gjøre prosessen mer uoversiktlig. Dermed reduseres tilgjengeligheten for brukerne i strid med det Advokatforeningen oppfatter et av hovedformålet med reglene; å gjøre rekonstruksjonsprosessen enklere og mer tilgjengelig for brukerne.

Advokatforeningen frykter at den nevnte, to-sporede ordningen i seg selv øker risikoen for nye uklarheter om hva som egentlig gjelder for ulike situasjoner/forhold. Som et tilfeldig eksempel på slik uklarhet, nevnes utkastet § 42 om omstøtelse som etter ordlyden forutsetter at det er oppnevnt rekonstruktør. Spørsmålet her blir hva som skal gjelde hvis det *ikke* er oppnevnt rekonstruktør. I høringsnotatet gis følgende, knappe kommentar om dette spørsmålet (jf. s. 171): "*Departementet ser ikke behov for særlige regler i denne bestemmelsen for tilfeller hvor det ikke er oppnevnt rekonstruktør og viser til dekningslovens alminnelige regler.*" Uttalelsen er uklar og gir ingen veiledning eller refleksjon over konsekvensene av denne henvisningen. Skal omstøtelsesreglene også gjelde i slike tilfeller, eller skal de bare gjelde hvis det er oppnevnt rekonstruktør? Og hva menes her med henvisningen til "*dekningslovens alminnelige regler*"? Lovutkastet har jo ingen egne, materielle regler om omstøtelse, altså vil det bero på de vanlige reglene i dekningsloven kapittel 5 om en disposisjon kan omstøtes i forbindelse med rekonstruksjonsforhandlinger. Departementet foreslår ingen presiseringer om dette i dekningsloven § 5-1 som angir i hvilke boer omstøtelse kan skje. Hvis meningen er at omstøtelsesreglene også skal gjelde hvor det ikke er oppnevnt rekonstruktør (og slik bør det jo være), blir det neste spørsmålet *hvilken part* som da skal forfølge omstøtelseskravene. Det er vel da i praksis

ingen andre enn *skyldneren selv* som kan fremme et slikt krav, men skyldneren er altså den som har foretatt disposisjonen som det er aktuelt å omstøtte. Høringsnotatet gir ingen svar på disse spørsmålene som altså bare oppstår hvis man skal ha en ordning hvor rekonstruktør ikke er obligatorisk, i de generelle rekonstruksjonsreglene.

I punkt 16.2.2 nedenfor gis ytterligere eksempler på at enkeltbestemmelser i lovutkastet er blitt misvisende/uklare som følge av valget av den to-sporede ordningen.

I punkt 6 nedenfor foreslår Advokatforeningen at man viderefører ordningen i rekonstruksjonsloven om at skyldneren *alltid* og *automatisk* får kreditorbeskyttelse ved åpning av rekonstruksjonsforhandling. Når det i høringsnotatet foreslås at rekonstruktør alltid skal oppnevnes dersom det begjæres forbud mot enkeltforfølgning (utkastet § 7 første ledd tredje punktum), vil en ordning hvor det automatisk gis kreditorbeskyttelse ved åpning av rekonstruksjonen, også bety at det alltid skal oppnevnes rekonstruktør. De to temaene henger altså nøye sammen.

Ut ifra høringsnotatet kan det virke som at begrunnelsen for forslaget om at det ikke alltid skal oppnevnes rekonstruktør, er basert på en oppfatning om at dette er ordningen som følger av EU-direktivet. Departementet kobler således dette opp mot spørsmålet om hvorvidt åpningen av rekonstruksjonsforhandling alltid skal gi skyldneren kreditorbeskyttelse. I høringsnotatet side 39 heter det:

"Etter direktivet skal det alltid oppnevnes en rekonstruktør dersom individuell kreditorforfølgning suspenderes. Direktivet synes imidlertid ikke å åpne for at det alltid kan gjelde en slik suspensjon av adgangen til forfølgning (et automatisk "stay"), men derimot at dette må begjæres av skyldneren. (...) Dersom norske regler skal harmoniseres med direktivets krav på dette punktet, antar departementet at det må åpnes for at det ikke alltid skal oppnevnes en rekonstruktør, og at det ikke kan gjelde et automatisk forbud mot enkeltforfølgning." (understrekninger gjort her)

Advokatforeningen har ikke hatt mulighet til å undersøke nærmere hva det aktuelle EU-direktivet innebærer på dette punktet. Men det registreres uansett at EU-medlemmet Sverige synes å ha valgt samme ordning som den Advokatforeningen nå anbefaler, altså at det alltid skal oppnevnes rekonstruktør og at åpningen alltid skal gi skyldneren kreditorbeskyttelse. Se her omtalen av de svenske reglene i høringsnotatet side 38:

"Etter den svenske företaksrekonstruktionslagen (2022:964) skal det alltid oppnevnes en rekonstruktør ved åpning av rekonstruksjonsforhandlinger, jf. 2 kap. 13 §, og mens rekonstruksjonen pågår, gjelder det en generell suspensjon av individuell kreditorforfølgning, jf. 2 kap. 23 §. I SOU 2021:12 på side 281 er det vist til at direktivet åpner for at medlemsstatene kan fastsette at det alltid skal oppnevnes en rekonstruktør dersom individuell forfølgning suspenderes."

Basert på ovennevnte mener Advokatforeningen at et eventuelt ønske om harmonisering med EU-direktivet ikke bør begrunne en ordning uten rekonstruktør og kreditorbeskyttelse som del av den generelle rekonstruksjonsprosessen. Det fremgår av høringsnotatet at EU-direktivet ikke er EØS-relevant, og som nevnt har svenskene uansett ikke oppfattet at EU-direktivet er til hinder for en ordning hvor rekonstruktør oppnevnes i alle rekonstruksjoner og kreditorbeskyttelse automatisk inntreffer fra åpningen.

Som nevnt ovenfor utelukker ikke Advokatforeningen at det kan være mulig å finne en god, forenklet prosess uten rekonstruktør som ivaretar og legger til rette for utveksling av korrekt og fullstendig informasjon til retten og kreditorene, kreditorkontradiksjon og reell mulighet for domstolskontroll. Advokatforeningen gjentar imidlertid at en slik ordning bør reguleres/etableres som en separat prosess som eventuelt kan gå over i en rekonstruksjon, i et eget kapittel i konkursloven, i forskrift e.l., og at reglene bør utformes basert på en separat

utredning/høring. Alternativt må man gjennomgående endre systematikken i loven enn den som er utgangspunktet for oppbyggingen av dagens regler, hvor man alltid oppnevner rekonstruktør og skyldneren alltid får kreditorbeskyttelse ved åpning. Det fungerer ikke slik dette er foreslått regulert i høringsnotatet, hvor reglene om prosessene uten rekonstruktør er innarbeidet som to spor som løper parallelt i de generelle reglene.

5.2 Oppnevning av rekonstruksjonsutvalg mv.

Advokatforeningen støtter forslaget i utkastet § 7 annet ledd som regulerer i hvilke tilfeller det skal oppnevnes kreditorutvalg og dermed rekonstruksjonsutvalg.

5.3 Hvem som kan oppnevnes som rekonstruktør

Advokatforeningen støtter forslaget i utkastet § 7 første ledd om at rekonstruktør alltid skal være en advokat med erfaring med insolvensbehandling. Rekonstruksjonsforhandlinger vil alltid måtte gjennomføres med insolvensrettslige regler som et sentralt og avgjørende bakteppe. Særlig reglene som nå foreslås om klassing av krav mv. (jf. punkt 10 nedenfor), er både nye, svært komplekse og krever god juridisk kunnskap. At rekonstruksjonsreglene nødvendigvis må inneholde en del utpregede rettslige standarder ("vesentlig forringelse", "støtende", "urimelig", mv.), tilsier også et behov for juridisk kunnskap og erfaring med anvendelsen av slike rettslige standarder.

Ved behov for særskilt økonomisk og regnskapsmessig kompetanse, sikres dette gjennom oppnevningen av borevisor, medlemmer til kreditorutvalget og/eller innleie av spesialkompetanse til for eksempel ulike typer verdsettelse. Advokatforeningens inntrykk er for øvrig at det har vært oppnevnt borevisor i de fleste rekonstruksjoner etter rekonstruksjonsloven.

Advokatforeningen er kjent med at revisorer også oppnevnes som ledere av rekonstruksjonsprosesser i jurisdiksjoner med angloamerikansk rett, som for eksempel i USA og Storbritannia. I disse jurisdiksjonene er imidlertid domstolen en reell og aktiv juridisk leder av forhandlingene, og det avholdes hyppige rettsmøter underveis i prosessen hvor de ulike aktørene bistås av hver sin juridiske rådgiver for å avklare økonomiske og juridiske spørsmål. I de kontinentaleuropeiske jurisdiksjonene har imidlertid ikke domstolen en like fremtredende rolle, og etter det Advokatforeningen forstår er det i disse landene oftest advokater som oppnevnes som ledere av insolvensprosessene.

5.4 Dommere i rekonstruksjonssaker

Flere steder i denne høringsuttalelsen peker Advokatforeningen på særegenheter ved rekonstruksjonsprosessen, bestemmelser i EU-direktivet og vurderinger fra våre naboland og andre EU-land. Disse forholdene tilsier at ikke bare rekonstruktørene som oppnevnes bør være erfarne insolvensadvokater som er vant til å lede rekonstruksjonsprosesser, men at også dommerne som håndterer rekonstruksjonene bør ha erfaring med å lede rekonstruksjonsprosesser fra domstolens side.

Advokatforeningen har merket seg at EU-direktivet legger opp til at så vel rekonstruktørene som dommerne skal være særlig kompetente til å lede rekonstruksjonsprosesser. Følgende er uttalt i EU-direktivets fortale (85) og (86):

"(85) [...] Det er nødvendig at fastholde og øge gennemsigtheden og forudsigeligheden i procedurerne med hensyn til levering af resultater, der er gunstige for bevarelsen af virksomheder og for, at iværksættere kan gives en ny chance, eller som muliggør en effektiv likvidation af ikkelevedygtige virksomheder. Det er også nødvendigt at afkorte de uforholdsmæssigt lange insolvensprocedurer i mange medlemsstater, der

resulterer i retsikkerhet for kreditorer og investorer og lave inndrivelsesrater. I betraktning af de mekanismer for forsterket samarbejde mellem retter og sagsbehandlere i grænseoverskridende sager, der blev indført i henhold til forordning (EU) 2015/848, er det desuden nødvendigt, at alle involverede aktørers faglighed bringes op på et ensartet højt niveau i hele Unionen. For at nå disse mål bør medlemsstaterne sikre, at medlemmerne af de judicielle og administrative organer, der beskæftiger sig med procedurer for rekonstruktion, insolvensbehandling og gældssanering, er passende uddannet og har den fornødne ekspertise i forhold til deres ansvarsområder. Sådan passende uddannelse og ekspertise kan eventuelt også erhverves under udøvelsen af hvervene som medlem af en juridisk eller administrativ myndighed eller, inden udnævnelsen til et sådant hverv, under udøvelsen af andre relevante hverv.

(86) Sådan træning og uddannelse bør gøre det muligt effektivt at træffe afgørelser, der potentielt kan have betydelige økonomiske og samfundsmæssige konsekvenser, og bør ikke forstås således, at medlemmer af en juridisk myndighed udelukkende skal behandle spørsmål om rekonstruktion, insolvens og gældssanering. Medlemsstaterne bør sikre, at procedurerne for rekonstruktion, insolvensbehandling og gældssanering kan håndteres effektivt og hurtigt. Oprettelsen af spesialiserte domstole eller afdelinger eller udnævnelse af spesialiserte dommere i overensstemmelse med national ret samt en koncentration af jurisdiktion hos et begrænset antal judicielle eller administrative myndigheder vil være effektive midler til at nå målene om retssikkerhet og effektive procedurer. Medlemsstaterne bør ikke være forpligtet til at kræve, at procedurer for rekonstruktion, insolvensbehandling og gældssanering prioriteres frem for andre procedurer." (understreket her)

I Norge har det vært lang tradisjon for at dommere i størst mulig grad er generalister som behandler alle typer saker. En slik ordning er opprettholdt til tross for at samfunnet som helhet, næringslivet, forskning og teknologi, kriminalitetsformer osv. er blitt stadig mer fragmentert og spesialisert. Advokatforeningen antar at når man anser denne ordningen som forsvarlig, er det blant annet fordi man i ordinære rettsprosesser vil ha (minst) to parter som har tilstrekkelig tid og anledning til å presentere sakens faktiske og rettslige sider fra alle synsvinkler, og hvor dommeren har god tid til å sette seg inn i saken, behandle denne i retten og utforme en dom.

Som nevnt i blant annet punkt 3 ovenfor, er imidlertid situasjonen en noe annen i en rekonstruksjonsprosess. Her må det raskt foretas en rekke vurderinger og avgjørelser som krever betydelig forretningsmessig forståelse, erfaring og spesialkompetanse, samt kapasitet/tilgjengelighet hos den involverte dommeren til å behandle saken raskt. Videre vil som nevnt rekonstruksjonsreglene nødvendigvis måtte inneholde en del rettslige standarder. Tolkningen av slike rettslige standarder vil fort kunne sprike dersom svært mange tingretter rundt om i landet skal utøve skjønnet, tidvis av dommere uten erfaring i denne type problemstillinger eller kommersiell kompetanse. Det er en kjensgjerning at rekonstruksjonsprosesser i dag ofte ledes av dommere og domstoler som ikke tidligere har håndtert slike prosesser, og som ikke har forutgående kjennskap til rekonstruksjonsreglene.³ Når dette tidvis i tillegg skjer i kombinasjon med at den rekonstruktøren som oppnevnes, heller ikke har ledet rekonstruksjonsprosesser tidligere, vil dette fort gå på bekostning både av prosessens effektivitet og behovet for en enhetlig praktisering av reglene. Vedkommende dommer kan kanskje også være opptatt med en rekke andre saker som prioriteres (straffesaker, familierettsaker, osv.), hvilket i praksis gjør dommeren lite tilgjengelig for å håndtere problemstillinger så raskt som påkrevet.

³ Illustrerende her er for så vidt saken i LB-2021-171458 hvor verken tingretten, lagmannsretten eller involverte parter fanget opp at de gjeldsforhandlingsregler i konkursloven som var tema i saken, var erstattet av rekonstruksjonsloven i 2020

I sum medfører dette gjerne at partene i rekonstruksjonsprosessen blir usikre på om prosessen vil gjennomføres med den nødvendige forutsigbarhet, tyngde, effektivitet og profesjonalitet som kreves, og om partenes interesser vil bli tilstrekkelig og korrekt ivaretatt.

Advokatforeningen forstår at man i Sverige nylig har foreslått en ordning hvor et mindre antall av tingrettene behandler alle rekonstruksjoner i landet. Dette skyldes nettopp en erkjennelse av at regelverket og sakene er for kompliserte til å bli behandlet av alle førsteinstansdomstoler. I den svenske Prop. 2021/22:215 s. 332-333 sies følgende om dette:

"I insolvensdirektivet anges ... att effektiva sätt att uppnå rättssäkra och ändamålsänliga insolvensförfarande skulle kunna vara att koncentrera behörigheten till ett begränsat antal rättsliga eller administrativa myndigheter (skäl 86). I dag handläggs ärenden om företagsrekonstruktion av landets samtliga 48 tingsrätter. ... De frågor som ska prövas i tingsrätterna väntas dessutom att bli färre och mer komplicerade. ... Den nuvarande ordningen har ifrågasatts av det skälet att kompetensen att hantera dessa ärenden varierar mellan olika domstolar. Många domstolar har ett mycket begränsat antal ärenden vilket innebär svårigheter att bygga upp och upprätthålla nödvändig specialistkompetens. Även om ärendena är få till antalet är de ofta komplicerade och omfattande vilket gör behovet av sådan kompetens särskilt tydligt. Som utredningen konstaterar kommer genomförandet av insolvensdirektivet dessutom att innebära nya och mer komplicerade regler än de som finns i den nuvarande lagen om företagsrekonstruktion. Detta kommer att ställa större krav på de domare som handlägger ärenden om företagsrekonstruktion. Inte minst regeringens förslag till nytt planförfarande aktualiserar flera svåra frågor. Rätten ska t.ex. självmant pröva gruppindelning inför omröstningen om en rekonstruktionsplan. Efter invändning av en berörd part kan det också bli aktuellt att göra en jämförelse med vilket utfall den berörda parten hade fått i gäldenärens konkurs för att bedöma om testet om borgenärens bästa intresse är uppfyllt. Med en koncentration av ärendena till vissa tingsrätter skulle de domare som handlägger dessa ärenden kunna utveckla en kompetens som annars kan vara svår att uppnå. Detta gäller inte minst med tanke på de fåtal ärenden om företagsrekonstruktion som handläggs årligen vid vissa tingsrätter.

En lämplig utgångspunkt bör vara att en tingsrätt i varje län ges sådan behörighet men i linje med vad Entreprenörskapsutredningen och vissa remissinstanser föreslår kan det finnas anledning att överväga en koncentration till färre tingsrätter än så. Regeringen har för avsikt att ge Domstolsverket i uppdrag att lämna förslag på vilka tingsrätter som ska vara behöriga att pröva ansökningar om företagsrekonstruktion."

Advokatforeningen er også kjent med at man i Nederland har en ordning som går ut på at spesialiserte dommere, en "pool of judges" med særlig erfaring og kompetanse, alltid deltar i håndteringen av saker under deres rekonstruksjonslov (WHOA), og hvor særlige spørsmål kan tas opp til vurdering samlet i denne dommergruppen.

Advokatforeningen anbefaler at lignende ordninger vurderes for Norge. Om man ser hen til det svenske forslaget, kan man for eksempel etablere en ordning hvor én tingrett i hvert lagdømme utpekes til å håndtere rekonstruksjoner, og at det i disse tingrettene er bestemte dommere med erfaring fra slike saker som forutsettes å håndtere – eller iallfall føre oppsyn med – rekonstruksjonssakene. Om man ser på den nederlandske ordningen, utpekes der minst én spesialisert dommer i hvert "lagdømme" som fører tilsyn med rekonstruksjonsprosessen og som rådføres før beslutninger fattes, selv om en dommer i den aktuelle domstolen oppnevnes til å lede saken (det kan m.a.o. være flere dommere involvert i disse sakene). Formålet

her er nettopp å sikre tilstrekkelig erfaring og kompetanse, samt ikke minst: å sikre en enhetlig praktisering av rekonstruksjonsreglene som igjen gir nødvendig forutsigbarhet på hvordan reglene vil anvendes i praksis.

Advokatforeningen mener at en ordning som nevnt vil sikre nødvendig forutsigbarhet og gi en mer effektiv prosess. Dermed øker mulighetene for at rekonstruksjonsreglene vil fungere etter sitt formål; å ivareta verdier og arbeidsplasser ved at ellers levedyktige virksomheter ikke går konkurs. Med henvisning til ovennevnte sitater fra EU-direktivet, antar Advokatforeningen videre at en slik ordning i større grad vil tilfredsstille EU-direktivet enn den ordningen som lovutkastet legger opp til.

6 Beskyttelse mot kreditorpågang

Nytt i forhold til rekonstruksjonsloven er forslaget om at det ikke automatisk skal gjelde et forbud mot kreditorpågang ved åpning av rekonstruksjonsforhandling, jf. utkastet §§ 16 flg. Et slikt forbud forutsetter at skyldneren begjærer det, og at retten deretter treffer separat beslutning om det. Det foreslås videre at skyldneren kan begjære et slikt forbud på ethvert tidspunkt under rekonstruksjonsforhandlingen, og at det skal innkalles til eget fordringshavermøtet hvis forbudet besluttes senere i forhandlingene, jf. utkastet § 16 annet ledd. Advokatforeningen forstår at forslaget henger sammen med forslaget om en to-sporet prosess hvor det er mulig å innlede rekonstruksjonsforhandlinger uten at rekonstruktør oppnevnes. Departementet foreslår således at det alltid skal oppnevnes rekonstruktør hvis det begjæres forbud mot enkeltforfølgning (utkastet § 7 første ledd).

Som redegjort for i punkt 5.1 ovenfor, mener Advokatforeningen imidlertid at de foreslåtte reglene ikke vil fungere slik de er utformet i lovutkastet. Slik forslaget nå er presentert, mener Advokatforeningen at man i stedet skal videreføre dagens ordning med alltid å oppnevne en rekonstruktør. Konsekvensen av dette må samtidig bli at skyldneren automatisk får kreditorbeskyttelse ved åpning av rekonstruksjonsforhandling, slik som i rekonstruksjonsloven § 17 og § 18.

Advokatforeningen kan ikke se noe behov for at man skal operere med et to-sporet system; rekonstruksjoner med og uten kreditorbeskyttelse, og hvor retten underveis i rekonstruksjonsforhandlingen kan beslutte slik kreditorbeskyttelse som ikke har gjeldt tidligere under forhandlingene. Etter Advokatforeningens syn vil skyldnere i praksis alltid ha behov for beskyttelse mot kreditorpågang. All erfaring med rekonstruksjonene som har vært åpnet etter rekonstruksjonsloven, tilsier således at en av de viktigste grunnene (om ikke den viktigste) for at skyldnere begjærer rekonstruksjon, nettopp er å oppnå kreditorbeskyttelse. Advokatforeningen mener at dette i normaltilfellene vil være helt avgjørende for at man kan lykkes med rekonstruksjonen. I det hele tatt mener Advokatforeningen at det er lite realistisk å tro at det i praksis vil være behov for å åpne rekonstruksjonsforhandlinger uten denne automatiske beskyttelsen mot kreditorpågang.

Advokatforeningen mener videre at en ordning hvor det først på et senere tidspunkt i forhandlingene besluttes forbud mot kreditorpågang, kan medføre uklarheter med hensyn til kravforhold og disposisjoner som er foretatt i mellomperioden. Dette unngår man helt hvis kreditorbeskyttelsen inntreer automatisk ved åpningen. En ytterligere fordel er at retten slipper å treffe en separat beslutning om spørsmålet. Prosedyrene som utkastet § 16 annet ledd foreskriver hvis det senere begjæres forbud mot kreditorpågang – innkalling til eget fordringshavermøte osv. – kan i seg selv forsinke prosessen og dermed redusere sjansene for å lykkes med rekonstruksjonen. På dette punktet medfører således ikke lovutkastet en forenkling av reglene som kan bidra til flere vellykkede rekonstruksjoner. Uten automatisk kreditorbeskyttelse kan det også tenkes at kreditorer fremsetter hastige og uønskede utleggsbegjæringer og konkursbegjæringer før retten har truffet sin beslutning, noe som igjen kan vanskeliggjøre gjennomføringen av rekonstruksjonsforhandlingen.

På samme måte som for spørsmålet om oppnevning av rekonstruktør skal være obligatorisk (jf. punkt 5.1 ovenfor), synes forslaget om at det ikke alltid og automatisk skal inntre forbud mot kreditorpågang å være

begrunnet med en oppfatning om at dette er ordningen som følger av EU-direktivet. Følgende sies i høringsnotatet side 44:

"Direktivet synes også å forutsette at suspensjonen av individuell forfølgning og vernet mot konkursåpning ikke kan inntre automatisk ved åpning av rekonstruksjonsforhandling, men må begjæres av skyldneren. (...) Videre forstår departementet direktivet slik at det ikke kan gjelde en automatisk suspensjon av adgangen til individuell forfølgning av krav og konkursåpningsbeskyttelse, men at dette må begjæres av skyldneren og besluttes av domstolen. Dersom norsk rett skal følge direktivet på dette punktet, må reglene endres sammenliknet med rekonstruksjonslovens regler. På bakgrunn av dette foreslår departementet at skyldnere må begjære forbud mot enkeltforfølgning." (understrekninger gjort her)

Advokatforeningen har heller ikke hatt mulighet til å undersøke hvordan EU-direktivet nærmere skal forstås på dette punktet. Men det registreres at EU-medlemmet Sverige synes å ha valgt en ordning hvor det alltid og automatisk skal inntre forbud mot kreditorpågang ved åpning av rekonstruksjon, og at dette ikke skal bero på en begjæring fra skyldneren og separat beslutning fra retten, jf. redegjørelsen for de svenske reglene i høringsnotatet side 43.

Dersom departementet likevel skulle gå videre med forslaget om at det ikke alltid skal oppnevnes rekonstruktør, mener Advokatforeningen at skyldneren – i tilfellene hvor det ikke oppnevnes rekonstruktør – ikke skal ha rett til kreditorbeskyttelse. Advokatforeningen er således enig med departementet i at kreditorbeskyttelse alltid må være betinget av det er oppnevnt rekonstruktør.

I høringsnotatet side 44-45 reises spørsmål om det også er behov for beskyttelse mot midlertidig sikring og arrest. Advokatforeningen ser ikke behov for at hindringsvirkningen ved rekonstruksjon også skal omfatte arrest og midlertidig sikring. Advokatforeningen antar at det i praksis vil være vanskelig å sannsynliggjøre en sikringsgrunn når en tilsyns- og kontrollfunksjon er opprettet i form av en rettslig prosess med en rekonstruktør, og at arrest og midlertidig sikring av denne grunn sjelden vil være aktuelt under rekonstruksjon. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det i enkelttilfeller kan foreligge sikringsgrunn også under rekonstruksjon. Dersom departementet deler Advokatforeningens syn på at terskelen for å sannsynliggjøre sikringsgrunn normalt vil være svært høy under rekonstruksjon, bør det kommenteres i forarbeidene til permanente regler.

Når det gjelder muligheten til å forlenge beskyttelsesperioden for kreditorpågang ut over tolv måneder (jf. spørsmålet reist i høringsnotatet side 45), antar Advokatforeningen at det ikke vil være behov for dette i særlig mange saker. Advokatforeningen kan likevel ikke utelukke at det i enkelte saker kan være behov for dette. Dersom det besluttes å gi adgang til å forlenge beskyttelsen ut over tolv måneder, bør dette formuleres som et snevert unntak som må begrunnes godt og med overveiende sannsynlighet for at rekonstruksjonen lykkes dersom beskyttelsesperioden forlenges.

7 Frivillig rekonstruksjon som alternativ til rekonstruksjon med tvangsakkord

Høringsutkastet viderefører (med noen tilpasninger) dagens ordning hvor en rekonstruksjon kan bestå i enten en frivillig rekonstruksjon eller en rekonstruksjon med tvangsakkord. Dette to-sporede systemet har medført behov for en rekke spesialregler, både et eget kapittel V som kun gjelder for frivillig rekonstruksjon og tilpasninger i flere andre bestemmelser i lovens øvrige kapitler.

Advokatforeningen mener at alternativet frivillig rekonstruksjon kan tas helt ut av loven, altså at den bare regulerer én type rekonstruksjon; den tvungne.

Advokatforeningen kan ikke se noe praktisk behov for å ha regler om frivillig rekonstruksjon, særlig ikke når begrensningene i hva et forslag om tvangsakkord kan innebære, i praksis foreslås fjernet i høringsnotatet (hvilket støttes av Advokatforeningen). Sml. her utkastet § 37 som fastslår at et forslag til tvangsakkord nå kan gå ut på *"de tiltak som anses nødvendige for å avhjelpe skyldnerens økonomiske vanskeligheter og sikre at skyldnerens virksomhet helt eller delvis skal kunne videreføres av skyldneren eller noen andre"*.

Frivillig rekonstruksjon forutsetter enstemmighet blant kreditorene, som i praksis er et krav om at ingen stemmer mot, og at minst tre firedeler stemmer for forslaget (jf. utkastet § 32 som tilsvarer rekonstruksjonsloven § 29). Hvis det foreligger slik enstemmighet, vil man enklere (og gjerne billigere) kunne gjennomføre rekonstruksjonen *utenrettslig*, basert på rent avtalerettslige løsninger. Det er typisk når man *ikke* har lyktes i oppnå slik enighet, at rekonstruksjon kan fremstå som et egnet alternativ. Da sier det seg selv at det bare er den tvungne ordningen – rekonstruksjon med tvangsakkord – som kan løse problemet. Det kan tenkes tilfeller der man har behov for virkemidlene i rekonstruksjonsprosessen, og tid og arbeidsro uten pågang fra kreditorene for å få til en løsning som alle er enige i. Advokatforeningen kan imidlertid ikke se at det skulle være noe i veien for at man likevel er i en forhandling om tvangsakkord som ender med en plan som ingen av kreditorene stemmer mot.

Tas reglene om frivillig rekonstruksjon ut av loven, vil lovens tilgjengelighet og brukervennlighet øke.

Advokatforeningen har endelig merket seg at verken Sverige eller Danmark har regler om frivillig rekonstruksjon (jf. høringsnotatet side 121).

8 Skyldnerens kontrakter

Departementet har vurdert, men ikke foreslått, regler som gir skyldneren anledning til ensidig å endre uforholdsmessig tyngende avtaler. Departementet er tilbakeholden med å foreslå regler som legger til rette for at skyldneren benytter rekonstruksjonsforhandlinger til å endre kontraktsvilkår (jf. høringsnotatet side 62 og side 143). 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. Selv om det antas at for uforholdsmessig tyngende avtaler for skyldneren vil en revisjon/reforhandling kunne bidra til smidigere løsninger og øke mulighetene for vellykkede rekonstruksjoner, er Advokatforeningen enig i at en ensidig/tvungen revisjonsadgang vil kunne være for inngripende for den annen part.

Etter Advokatforeningens oppfatning bør det imidlertid vurderes å gi regler som tillater at skyldneren får avklart/fastsatt størrelsen på (betingede) erstatningskrav gjennom en forenklet rettslig prosess.

De mest praktiske tilfellene er erstatningskrav som oppstår som en konsekvens av at skyldneren må tre ut av langvarige avtaler. Slike erstatningskrav kan bli vesentlige i forhold til annen usikret gjeld som inngår i rekonstruksjonsplanen. Det kan følgelig være avgjørende for selskapets utsikter til å lykkes og for forslaget utforming (herunder dividendeprosenten), hvor stort beløp som må utbetales eller avsettes for et slikt krav.

I høringsnotatet side 143 er det sagt at denne type utmålingsspørsmål neppe skiller seg fra andre utmålingsspørsmål domstolen regelmessig tar stilling til. Utmålingen vil blant annet bero på en sannsynlighetsvurdering av fremtidig utvikling, for eksempel når man får leid ut lokaler, maskiner eller skip på nytt, prisutviklingen mv. Partene må føre bevis for sine syn på sannsynlig tap, og en domstol må utøve skjønn for søke å identifisere det sannsynlige tapet.

Advokatforeningen foreslår at denne type spørsmål avklares som skiftetvist med endelig virkning mellom partene i henhold til prosessreglene i konkursloven § 145. For å unngå stort press på domstolen, kan det

vrderes regler hvor slike saker kun skal kunne igangsettes av skyldneren, og eventuelt med samtykke fra rekonstruktøren. Se nærmere om dette i punkt 11.4 nedenfor.

9 Finansiering sikret på superprioritet / rekonstruksjonsfinansiering

9.1 Innledning

Departementet fremmer i høringsnotatet to alternative forslag til regler om finansiering sikret på "superprioritet" (jf. utkastet § 20).

Alternativ 1 er at alle skyldnerens eiendeler gjøres tilgjengelig for en slik finansiering, uten noen fast øvre grense knyttet til en andel av eiendelenes verdi eller et beløp.

Alternativ 2 er at reglene i rekonstruksjonsloven videreføres uendret, hvor en slik finansiering – som kun kan benyttes til drift under rekonstruksjonen og rekonstruksjonskostnader – sikres med pant på inntil 5 % av verdien av alle skyldnerens pantsatte eiendeler, dog slik at superprioritetspant kan tas også utover 5 % av verdien i eiendeler som er beheftet med tingsinnbegrepspant. Finansielle sikkerheter er unntatt fra bestemmelsen, jf. panteloven § 6-5 (2) som viser til § 6-4 (9), og er ikke tilgjengelig for pantsettelse til sikkerhet for slike lån..

I begge tilfeller skal rekonstruksjonsutvalget samtykke til finansieringen, etter gjennomgang av budsjett fremlagt av skyldneren som viser at det er behov for et slikt lån. Pantøverne kan innen én uke etter at de ble underrettet begjære for retten at rekonstruksjonsutvalgets samtykke omgjøres. Retten kan omgjøre beslutningen dersom eksisterende panthavers sikkerhet blir vesentlig forringet ved superprioritetspantene, eller dersom retten finner at det ikke er tilstrekkelig behov for slikt lån.

9.2 Alternativ 2 (videreføring av dagens modell)

Alternativ 2 kom inn med rekonstruksjonsloven § 19. Etter det Advokatforeningen kjenner til, er en slik finansiering kun benyttet i noen svært få av de mellom 50 og 60 rekonstruksjonene som per i dag er blitt åpnet.

Advokatforeningen forstår det slik at flere av aktørene har erfart at verdien av den totale sikkerhetspakken som tilgjengeliggjøres gjennom bestemmelsen, i større saker har vært for begrenset til å monne i forhold til det likviditetsbehovet skyldneren har for å kunne drifte gjennom rekonstruksjonsperioden.

Advokatforeningen minner i den forbindelse om at pantsettelsesadgangen er utvidet flere ganger i norsk rett de siste tiårene. Dette har skjedd med lovgivers gjentatte påpeking av at man må følge med på om slike utvidelser vil innebære en for stor fortrenghet av de usikrede kreditorene. Pantsettelsesadgangen i Norge er nå svært vid ("*banken har pant i alt*"). Erfaringen i de fleste norske konkurser er at det er få eller ingen ubeheftede eiendeler i boet som kan tjene som dekning for usikrede kreditorer. Utenom konkurs – i en rekonstruksjon – vil slike tilfeller bety at skyldneren ikke har noen ubeheftede eiendeler som kan tjene som sikkerhet for driftsfinansiering under rekonstruksjonsperioden. Advokatforeningen forstår det slik at den norske situasjonen her er en annen enn for eksempel i Sverige, hvor en del av "företakshypoteket" utgjør frie midler i konkursboet, og hvor den som er villig til å gi rekonstruksjonsfinansiering gis dekning i disse verdiene ved eventuell konkurs.⁴

⁴ Den svenske ordningen synes følgelig å ha likhetstrekk med det som ble opprinnelig foreslått, men forkastet under lovarbeidet med innføring av boets legalpant i Norge. Her ble det opprinnelig foreslått at boets legalpant skulle benyttes også til dividende til usikrede kreditorer, dvs. tilfalle boet som frie midler. I stedet valgte man en ordning hvor boets legalpant kun kan benyttes til å dekke nødvendige boomkostninger.

Behovet for å ha en tilstrekkelig god og omfattende ordning som sikrer at selskapet kan ta opp finansiering for å dekke rekonstruksjonskostnadene, må sees i lys av denne omfattende pantsettelsesadgangen i Norge.

Advokatforeningen forstår det slik at i minst ett av tilfellene hvor rekonstruksjonen har gått over i konkurs etter at det ble tatt opp slik finansiering, var boets legalpant brukt opp til rekonstruksjonsfinansieringen uten at rekonstruktøren hadde rukket å foreta nevneverdige undersøkelser av debitors økonomiske forhold, som er blant de forholdene boets legalpantmidler etter panteloven § 6-4 særlig er ment å finansiere. Departementet bør særlig vurdere hvorvidt rekonstruksjonsfinansieringen fortsatt skal begrense og tre istedenfor boets legalpant, eller om reglene bør endres på dette punktet.

For øvrig viser Advokatforeningen til ytterligere merknader i punkt 9.4 nedenfor som gjelder uavhengig av om Alternativ 1 eller Alternativ 2 velges.

9.3 Alternativ 1 (utvidelse av dagens modell)

Alternativ 1 vil gi økt fleksibilitet til å vurdere hvor mye av hvilke eiendeler som benyttes som sikkerhet på superprioritet for rekonstruksjonsfinansieringen. Videre antar Advokatforeningen at dette alternativet vil gi mulighet til å tilby bedre sikkerhet for rekonstruksjonsfinansieringen enn dagens ordning.

At tingsinnbegrepspantene (driftstilbehør, varelager, utestående fordringer m.fl., jf. panteloven §§ 3-4, 3-8, 3-9, 3-10 og 4-10) er tilgjengelig som sikkerhet for slik finansiering etter rekonstruksjonsloven § 19, er begrunnet med at disse sikkerhetene uansett har usikre og fluktuerende verdier.⁵ Samme forhold vil imidlertid også den som skal bidra med ny finansiering legge til grunn i sin kredittvurdering for rekonstruksjonsfinansieringen: tingsinnbegrepspantene vil vurderes å ha usikker/begrenset verdi for panthaver. Dermed kan det bli utfordrende å sikre rekonstruksjonsfinansiering hovedsakelig basert bare på disse eiendelene.

Det kan være at det i den enkelte sak ville være mer praktisk å få en større andel enn 5 % i sikkerhet for én type eiendeler, og en mindre andel i andre eiendeler, uten at man dermed vesentlig forringer eksisterende panthaveres sikkerhet. For eksisterende panthavere som ikke har tilstrekkelig pantesikkerhet for sitt engasjement, kan det å rykke bakover i prioritetsrekkefølgen for 5 % av verdien, redusere deres dekning med inntil 5 %. For andre panthavere kan imidlertid en slik avståelse være av liten eller ingen betydning, som følge av mulighetene for dekning i andre eiendeler. Etter Advokatforeningens syn vil Alternativ 1 legge til rette for rekonstruksjonsfinansieringer som i større grad enn ved eksisterende ordning er tilpasset hvordan eksisterende panthavernes sikkerheter er fordelt på de ulike eiendelene i selskapet.

Som departementet påpeker i høringsnotatet side 51, kan en adgang for superprioritetspant i tingsinnbegrepspant, men ikke i andre eiendeler, i praksis avskjære en del virksomheter fra å ha mulighet til å ta opp rekonstruksjonsfinansiering med pant sikret på superprioritet. Da oppstår det økte forskjeller i og mellom ulike bransjer når der gjelder kredittrisiko og muligheten til å stille sikkerhet. Helt siden panteinstituttet ble reformert med vedtakelsen av panteloven av 1980, har et utstrakt mål med regelverket vært å oppnå økt likestilling av ulike virksomhetstyper. Etter Advokatforeningens syn bør dette også være et mål ved utformingen av rekonstruksjonsreglene. Advokatforeningen mener at Alternativ 1 i større grad enn dagens regler vil likestille ulike virksomhetstyper.

Advokatforeningen anbefaler etter dette at Alternativ 1 bør innføres.

Departementet har bedt om høringsinstansenes syn på hvorvidt en utvidet adgang til å oppta lån sikret på superprioritet vil redusere tilgjengeligheten av kreditt. Tatt i betraktning at rekonstruksjonsfinansiering kun

⁵ Jf. Leif Villars-Dahls utredning side 45

skal ha blitt etablert i noen veldig få av de rekonstruksjoner som er åpnet under de tre årene rekonstruksjonsloven har vært virksom, kan det ikke forventes at en noe videre adgang til å etablere superprioritetspant, generelt vil påvirke tilgjengeligheten for eller vilkårene ved opptak av kreditt. En endring av reglene på dette punkt vil for bankene øke risikoen med begrensede beløp i et meget begrenset antall saker. Videre vil selskapets bankforbindelse/hovedfinansiører uansett ofte ha en sterk posisjon i en rekonstruksjon. Disse er ikke forhindret fra å tiltre finansielle sikkerheter eller si opp trekkfasiliteter under rekonstruksjonsforhandlingen (dette rammes ikke av hindringsvirkningen/forbudet mot kreditorpågang), og skyldneren vil som oftest være avhengig av å ha dem med seg i sitt videre liv etter en vellykket rekonstruksjon.

Advokatforeningen foreslår imidlertid at noen presiseringer bør inntas direkte i lovteksten for å gi eksisterende panthavere økt forutsigbarhet når det gjelder vilkårene for å oppta slik finansiering. Det vises til punkt 9.4 nedenfor med generelle merknader til regler om rekonstruksjonsfinansiering. Videre bør lovgiver eksplisitt omtale i lovtekst eller i forarbeidene hvorvidt superprioritetsfinansieringen skal begrense boets rett til legalpant iht. panteloven § 6-4, samt hvorvidt finansielle sikkerheter er unntatt fra å kunne benyttes som sikkerhet på superprioritet for rekonstruksjonsfinansiering.

9.4 Felles merknader for Alternativ 1 (utvidet pantsettelsesadgang) og Alternativ 2 (videreføring)

Ettersom sikkerhetsretten på superprioritet griper inn i eksisterende panthaveres rettigheter, mener Advokatforeningen at det er viktig at det fremgår klart av loven hvilke forhold rekonstruksjonsutvalget skal vektlegge når det skal ta stilling til om finansieringen skal tillates. Det er viktig for bankene og andre som finansierer selskapet, å ha en viss forutsigbarhet for – eller iallfall forståelse av – i hvilke tilfeller og i hvilken utstrekning slik rekonstruksjonsfinansiering vil tillates.

Uavhengig av hvilket alternativ departementet faller ned på, mener Advokatforeningen derfor at bestemmelsen bør utformes klarere med hensyn til hva rekonstruksjonsutvalget og retten skal vurdere når man skal ta stilling til om en slik superprioritetsfinansiering skal godkjennes. Advokatforeningen mener at følgende forhold/momentene i det minste bør inngå i denne vurderingen:

- (i) Det bør foreligge et likviditetsbudsjett (som er satt opp under oppsyn av borevisor der slik er oppnevnt) som viser at foretaket med rekonstruksjonslånet vil ha tilstrekkelig likviditet til å drifte og dekke sine kostnader gjennom hele rekonstruksjonsperioden,
- (ii) det bør foreligge en grovkisse til en rekonstruksjonsplan som rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalget og retten vurderer som sannsynlig vil kunne gjennomføres / få tilstrekkelig flertall,
- (iii) skyldneren må ha uttømt andre finansieringsmuligheter og således være helt avhengig av å få slik finansiering for å unngå konkurs, og
- (iv) finansieringen må ikke vesentlig forringe eksisterende panthaveres sikkerhet.

Når det gjelder (iv) ovenfor, mener Advokatforeningen det er viktig at lovtekst og/eller forarbeid bidrar til en viss klargjøring og forutsigbarhet knyttet til hvordan vilkåret "*vesentlig forringelse*" skal forstås, både av hensyn til eksisterende panthaver og skyldneren, men også fordi et slikt vilkår ellers kan bli tolket forskjellig av ulike tingretter/rekonstruksjonsutvalg (som kan være mer eller mindre erfarne, se punkt 5 ovenfor). Om man ser hen til U.S. Chapter 11 § 364, som også høringsnotatet henviser til, forstår Advokatforeningen at terskelen for opptak av lån på superprioritets sikkerhet er at eksisterende panthaverer som må vike, fortsatt skal ha "*adequate protection*". Det følger videre av U.S. Chapter 11 § 361 at "*adequate protection*" blant annet kan

opnås ved at eksisterende panthaver får avdragsbetjening under rekonstruksjonsperioden, alternativ sikkerhet eller annet som trer istedenfor den tapte sikkerhetsverdien, for på den måten å sørge for at panthavernes sikkerhet for engasjementet totalt sett har adekvat sikkerhet.

Advokatforeningen antar at det ved vurderingen av om panthavers sikkerheter blir vesentlig forringet, er verdien av vedkommende panthavers totale sikkerhetspakke som må vurderes. Advokatforeningen antar videre at vurderingen vil måtte gjøres med en tilnærming som likner bankenes kredittvurderinger. Departementet bør videre vurdere om man kan tolerere en større "forringelse" der verdien på pantet vil svekkes vesentlig i en konkurs. Altså: Kan man tillate et større inngrep i eksisterende pant i tilfellene hvor panthaver har en betydelig interesse i å unngå konkurs, enn i tilfellene hvor panthaver vil komme (like) godt ut ved en konkurs? Skal slike avbøtende tiltak som endrede finansieringsvilkår som nevnt i U.S Chapter 11 § 361 hensyntas? Skal vurderingen være strengere der det "tvinges inn" en ny panthaver mot eksisterende panthaveres vilje, enn der eksisterende panthaver selv tilbyr å stille slik finansiering? Vedrørende (real)kausjoner og garantier panthaver har fått fra tredjepart: Skal slike sikkerheter hensyntas i vurderingen av om sikkerhetspakken blir "vesentlig forringet"?

Ovennevnte er spørsmål Advokatforeningen forventer vil oppstå i praksis, og som bør vurderes og klargjøres i det videre arbeidet med endelige rekonstruksjonsregler, i samarbeid med dem som skal praktisere og som berøres av rekonstruksjonsreglene.

Advokatforeningen mener at den panthaveren hvis sikkerheter forringes som følge av superprioritetspantet, bør få fortrinnsrett til å stille sikkerhet for rekonstruksjonsfinansieringen med sikkerhet på superprioritet, forutsatt at vedkommende tilbyr markedsmessige vilkår som samsvarer med de vilkår skyldneren ellers kunne oppnådd.

For øvrig mener Advokatforeningen at ankefristen for rettens avgjørelse av panthavers klage bør settes til maksimalt 7 dager, som tilsvarer klagefristen panthaver har i rekonstruksjonsloven § 19 (2). Avgjørelsen bør ikke være gjenstand for anke, alternativt bør ankefristene i alle instanser settes til maksimalt syv dager per instans. Det er svært viktig for skyldnerens overlevelse at spørsmålet om rekonstruksjonsfinansiering kan avgjøres raskt og kostnadseffektivt for skyldneren.

10 Klassing og avstemming

10.1 Overordnet – alle må ha anledning til å bidra i en demokratisk prosess i sine klasser

Advokatforeningen vil kommentere reglene om klassing og reglene om avstemming samlet, ettersom disse griper inn i hverandre og hvor den samlede effekten vil avgjøre kreditorenes mulighet til å påvirke utfallet.

I utkastet § 45 foreslås at kreditorene som normalordning skal deles inn i klasser, der fordringshavere som har sammenlignbare interesser iht. kontrollerbare kriterier, skal plasseres i samme klasse.

Som for flere av de andre nye reglene i lovutkastet som er hentet fra EU-direktivet, angir ikke høringsnotatet hva som er formålet med innføring av kreditorklasser i de norske reglene.

Av EU-direktivets fortale (44) fremgår:

"For at sikre, at rettigheter, som i alt væsentligt ligner hinanden, behandles ensartet, og at rekonstruktionsplaner kan vedtages uden urimelig skade for de berørte parter, rettigheder, bør de berørte parter behandles i særskilte klasser, der modsvarer kriterierne

for klasseinndeling i national ret. »Klasseinndeling« indebærer inndelingen af de berørte parter i grupper med henblik på vedtagelsen af en plan på en sådan måde, at deres rettigheder og gældsklasser, der er knyttet deres krav og interesser, afspejles."

Videre sies det i fortalens punkt (47):

"National ret bør fastlægge regler om påkrævede flertal for at sikre, at et mindretal af berørte parter i hver klasse ikke kan hindre vedtagelsen af en rekonstruktionsplan, der ikke forringer deres rettigheder eller interesser i urimeligt omfang."

Advokatforeningen forstår disse sitatene slik at konseptet om klasseinndeling ialfall skal fylle følgende to formål:

- (i) Gi økt fleksibilitet til i større grad å kunne forhandle frem skreddersydde løsninger for ulike kreditorer, basert på en erkjennelse av at ulike kreditorer har ulike interesser og foretrekker ulike type løsninger, men slik at disse likebehandles innenfor klasser av likeartede kreditorer, og
- (ii) forhindre at et fåtall kreditorer skal kunne ødelegge for en løsning som et flertall kreditorer med samme interesser ønsker, så lenge løsningen er bedre enn konkurs, hvilket fordrer at hver klasse må få muligheten til å delta i en demokratisk prosess innenfor sin klasse.

Hva skulle ellers formålet med å dele inn i klasser være, om ikke samtlige klasser skal kunne delta i forslaget/"spleiselaget" og stemme over dette?

Om man legger denne forståelsen til grunn, må det nødvendigvis også i Norge utarbeides regler som tillater skyldneren å inkludere alle klasser i sitt forslag til løsning / i "spleiselaget". Så får den enkelte klasse – etter en demokratisk avstemmingsprosess innenfor hver klasse – godta eller forkaste forslaget. Dette bør også gjelde for sikrede kreditorer, og for fortrinnsberettigede kreditorer (eventuelt med unntak av arbeidsvederlag og forskuddsskatt).

Rekonstruksjonsloven har ikke regler om inndeling av kreditorerne i klasser, men gjennom de tilknyttede reglene i dekningsloven kapittel 9 deles kreditorerne/krav i fem prioriteter, henholdsvis:

- (i) pantesikrede krav,
- (ii) fortrinnsberettigede krav av første klasse (lønn og annet arbeidsvederlag),
- (iii) fortrinnsberettigede krav av annen klasse (skatte- og avgiftskrav),
- (iv) alminnelige dividendekrav og
- (v) etterprioriterte krav.

Dagens regler fratrar fire av disse prioriteterne/kreditorgruppene retten til å være del av forslaget og stemme. Kreditorerne for kravene i (i) til (iii) ovenfor er lovpålagt å få full dekning (med mindre hver og en av dem frivillig avtaler noe annet) og de avskjæres dermed fra stemmerett, jf. rekonstruksjonsloven § 54 (1), jf. § 41 (1) nr. 1). Etterprioriterte krav (gruppe (v)) er utelukket fra å stemme etter rekonstruksjonsloven § 41 (1) nr. 6. Det er således kun kreditorgruppe (iv) ovenfor – de alminnelige, uprioriterte og usikrede kreditorerne – som etter dagens regler kan foreslås å gi noe for å redde selskapet, og som dermed også har anledning til å delta i en demokratisk prosess for å stemme over rekonstruksjonsforslaget. Det betyr i praksis at gjeldende rett bare legger opp til en sanering av leverandørkreditorer og annen usikret gjeld, samt skatte- og avgiftskrav der det er gjort unntak for fortrinnsretten.

Rekonstruksjonsloven har etter dette ikke tilrettelagt for at det kan etableres rekonstruksjonsløsninger som hovedsakelig omfatter *finans kreditorerne* og *egenkapitalen/eierne*, men hvor alminnelige kreditorer /

leverandørene holdes utenfor rekonstruksjonsplanen. Slike finansielle restruktureringer gjøres ofte i de *utenrettslige* restruktureringene av større og mer profesjonelle virksomheter, hvor restruktureringsprosessen innledes så tidlig at virksomheten ennå ikke har begynt å misligholde sin leverandørgjeld. Norge har savnet rettslige prosesser for disse større restruktureringene. Flere av disse har dermed blitt årelange, utenrettslige "kick the can"-prosesser, hvor rente- og/eller avdragsutsettelse med finanskreditorene har utsatt problemene, men ikke løst dem. Videre har noen få finanskreditorer/pantavere kunnet stanse løsninger som et flertall i denne kreditorgruppen har ønsket. Utenlandske virksomheter i samme bransje kan ha fått redusert sin gjeld betydelig gjennom rettslige rekonstruksjonsprosesser i utlandet, for eksempel den amerikanske Chapter 11-prosessen, og dermed fått et konkurransefortrinn fremfor de norske virksomhetene som fortsatt har en for høy gjeldsbyrde.

Advokatforeningen mener det generelt er viktig når man nå skal gi regler om klassing, at alle klasser/prioriteter (eventuelt med unntak av arbeidsvederlag og forskuddsskatt) ved avstemming må kunne ta stilling til et forslag fra selskapet hvor de gir noe for å unngå konkurs. Regler som unntar sikrede og fortrinnsberettigede krav fra å delta i "spleiselaget", bør fjernes (eventuelt med unntak for arbeidsvederlag og forskuddsskatt).

Utkastet § 45 holder imidlertid fortsatt sikrede og fortrinnsberettigede krav helt utenfor "spleiselaget", ved at forslaget det skal stemmes over, ikke skal berøre rettighetene til disse kreditorene.

Det er riktignok gjort unntak der en sikret kreditor uttrykkelig frafaller sin sikkerhetsrett for en større del av fordringen, eller der en fortrinnsberettiget kreditor uttrykkelig frafaller fortrinnsretten, jf. utkastet § 45 annet ledd. Unntaket tilrettelegger imidlertid ikke for en demokratisk prosess for disse klassene. Hver og en må således frafalle sin sikkerhet/fortrinnsrett, dvs. det kreves frivillighet fra hver enkelt, og dermed enstemmighet, dersom løsningen skal være lik for alle de sikrede/fortrinnsberettigede kreditorene. Videre er konseptet om frafall av sikkerhet/fortrinnsrett en komplisert måte å inkludere disse kravene i "spleiselaget" på, da det innebærer at deler av kravene må omkategoriseres i henhold til prioritetsreglene i dekningsloven kap. 9, og de må deretter behandles i henhold til ny prioritet for denne delen av kravet, og antakelig også i egne klasser. En enklere løsning vil være at sikkerheten/prioriteten til disse kreditorene ikke berøres, men at kravene klasseres i egne klasser og at alle kreditorer i klassen stemmer over skyldnerens forslag til hvordan de respektive klassene skal bidra inn i rekonstruksjonen/"spleiselaget".

I det hele tatt mener Advokatforeningen at utkastet § 45, som unntar sikrede og fortrinnsberettigede krav fra å være en del av en løsning ved en demokratisk prosess, undergraver hele formålet bak klasseinndelingen. Utkastet § 45 hindrer tidlige *rettslige*, finansielle restruktureringsprosesser som omtalt ovenfor, der en eller noen få pantekreditorer i dag kan stenge for en løsning som flertallet av pantekreditorene ønsker, og hvor pantekreditorene og eierne/egenkapitalen bidrar, men ikke leverandørene, forbrukerne og de øvrige alminnelige kreditorer ettersom disse ennå ikke er misligholdt/berørt. Lovutkastet legger kun til rette for det motsatte: Det er bare leverandørkreditorer, forbrukere og andre alminnelige kreditorer, og eventuelt eierne, som skal ta støytten for å redde selskapet, da planen kun kan berøre disse.

Viktigheten av at også sikrede kreditorer får delta i et demokratisk basert spleiselag, påpekes også i EU-direktivets fortale (47):

"National ret bør fastlægge regler om påkrævede flertal for at sikre, at et mindretal af berørte parter i hver klasse ikke kan hindre vedtagelsen af en rekonstruktionsplan, der ikke forringer deres rettigheder eller interesser i urimeligt omfang. Uden en flertalsregel, som binder sikrede kreditorer, der ikke samtykker, ville det i mange tilfælde ikke være muligt at gennemføre en tidlig rekonstruktion, f.eks. når der er behov for en finansiell rekonstruktion, men virksomheden ellers er levedygtig." (understreket her)

Videre er følgende sagt i fortalen (3):

"Adgang til effektive rammer for forebyggende rekonstruksjon ville sikre, at der skrides ind, før virksomhederne misligholder deres lån, og dermed bidrage til at mindske risikoen for, at lån bliver misligholdt i nedgangstider, og således afbøde den negative indvirkning på den finansielle sektor."

EU-direktivet har følgelig vektlagt at også sikre krav medtas i forslaget, og at disse kreditorer skal kunne stemme over et forslag hvor de ettergir noen av sine rettigheter / noe av sitt sikre krav for å unngå konkurs. De pantsatte eiendelene vil i de fleste saker ha vesentlig høyere verdi ved videre drift enn ved en konkurs, og eiendelens verdi vil normalt falle etter hvert som virksomhetens økonomiske utfordringer tiltar. Dette gjør at også sikre kreditorer ofte vil ha et incentiv til å gi noe for å hindre en konkurs, og å delta i finansielle restruktureringer på et tidlig stadium. Det er likevel ikke slik at alle sikre kreditorer alltid vil opptre rasjonelt. Hele begrunnelsen for at man har behov for regler om demokratiske avstemmingsprosesser i rekonstruksjoner, er at ikke alle kreditorer uttrykkelig aksepterer å frasi seg noen av sine rettigheter/krav, selv om det fremstår som det økonomisk mest rasjonelle. Det kan være manglende forståelse for norske regler, manglende tillit til selskapet eller dennes verdsettelse og løsningsforslag, eller kanskje mest praktisk: Forsøk på å skaffe seg en bedre posisjon enn de andre kreditorer ved å gjøre seg vanskelig ("hold-out-kreditorer").

At også fortrinnsberettigede krav (eventuelt med unntak for skattetrekk) må kunne omfattes av et forslag om betalingsutsettelse eller akkord / delvis gjeldsettergivelse, blir svært viktig dersom unntaket fra fortrinnsrett fjernes, jf. punkt 12 nedenfor. Det vises til det som er sagt der med hensyn til betydningen av at også fortrinnsberettigede krav har akseptert en delvis gjeldsettergivelse i de rekonstruksjonene som har vært vellykket så langt.

For fortrinnsberettigede krav av annen klasse – *skatte- og avgiftskravene* – bør dette være uproblematisk. Det vil sjelden være slike krav fra andre enn Skatteetaten⁶. Staten kan i så fall selv beslutte hvordan man skal stemme i den enkelte sak i tråd med interne instruksjoner/retningslinjer mv., for eksempel om staten skal akseptere ettergivelse av hovedstol og/eller renter og gebyrer, betalingsutsettelse e.l. Dette er en bedre løsning enn at lovgiver skal bestemme at staten ikke skal bidra i noen saker med mindre man frasier seg selve fortrinnsretten, og at staten dermed heller ikke gis stemmerett.

Når det gjelder fortrinnsberettigede krav av første klasse – *lønnskravene* – , kan det være rasjonelt og ønskelig at også kreditorer for disse kravene, dvs. de ansatte, skal kunne stemme over å få bidra i en løsning. I en konkurs vil NAV lønnsгарantis dekning være begrenset til i hovedsak opptjent lønn, feriepenger og 30 dagers oppsigelseslønn, og dette vil først utbetales flere måneder etter at konkurs ble åpnet. Ut over dette vil den ansatte måtte søke dagpenger, som gir en lavere utbetaling enn full lønn. Dersom det ikke er midler i konkursboet til fortrinnsberettigede krav av første klasse (noe som ofte er situasjonen), vil dette være det eneste de ansatte får ved en konkurs. Således kan det være vesentlig bedre for de ansatte at de for eksempel aksepterer et forslag om en viss lønnsreduksjon i en begrenset periode, eller utsatt betaling av en mindre del av lønnen, fremfor at arbeidsgiver går konkurs. Da vil også flere av dem beholde sine arbeidsplasser. Om for eksempel 80 % av de ansatte ønsker en slik lønnsreduksjon – bør de ikke da kunne binde de resterende 20 %, så lenge denne løsningen for samtlige er bedre enn en konkurs? Advokatforeningen erkjenner samtidig at det kan være kontroversielt politisk å innføre en mulighet til å fremme forslag til avstemming for fortrinnsberettigede krav av første klasse, og for skattetrekk – som egentlig er en del av bruttolønnen som selskapet skal betale til staten på vegne av den ansatte.

⁶ Tidvis kan det være andre kreditorer med fortrinnsberettigede krav av annen klasse, f.eks. budfirmaer.

Det bør imidlertid ikke være kontroversielt at andre fortrinnsberettigede krav av annen klasse enn skattetrekk kan inkluderes i et rekonstruksjonsforslag og gis anledning til å stemme over dette, ettersom staten antakelig alltid vil ha flertall i denne klassen.

Oppsummeringsvis mener Advokatforeningen at det sentrale må være at alle kreditorgrupper gis muligheten til, gjennom en demokratisk avstemmingsprosess, å beslutte selv om de ønsker å være med på en løsning hvor de ettergir noe for å hindre et potensielt betydelig tap i en konkurs. Man bør ikke frata disse gruppene/klassene retten til å stemme over om de skal bidra i "spleiselaget". I lovutkastet er sikrede krav og krav med fortrinnsrett fratatt denne muligheten, og man legger dermed i realiteten bare opp til klassing av uprioriterte krav og eiere/aksjonærer.

10.2 Nærmere om høringsnotatets forslag mht. klassing og avstemming

Advokatforeningen har forståelse for at reglene om klassing og gjennomtvungelse i EU-direktivet ikke er lett tilgjengelig. Likevel ønsker Advokatforeningen innledningsvis å påpeke at utkastets regler om klassing, avstemming og gjennomtvungelse fremstår som unødig komplisert utformet. I de endelige reglene bør man bestrebe seg på mer pedagogisk utformede bestemmelser, både i ordlyd og systematikk.

Videre er ordningen med klassing, hvor alle klassene skal ha stemmerett og hvor klasser kan gjennomtvunges, et helt nytt konsept i norsk rett. Det er her utfordrende blant annet å etablere tersklene for når et flertall skal kunne binde et mindretall i spørsmålet om å frasi seg rettigheter/dekning, og hvem som skal kunne bli bundet gjennom avstemming og gjennomtvungelse. Advokatforeningen mener det er behov for ytterligere vurderinger av spørsmålet, i samvirke med og med innspill fra aktørene som skal praktisere og/eller vil bli berørt av de nye reglene. Advokatforeningen stiller seg gjerne til disposisjon for diskusjoner og innspill på enkeltspørsmål underveis i departementets videre arbeid med disse reglene. Dette kan skje i form av arbeidsmøter, del-høringer eller på annen måte. Etter Advokatforeningens syn vil det være et særlig behov for en slik prosess når det gjelder reglene om klassing, avstemming og gjennomtvungelse.

Helt konkret nevner Advokatforeningen at den sentrale bestemmelsen i lovutkastet § 46 er *ekstremt vanskelig tilgjengelig*. Her kan blant annet pekes på:

- (i) "*Oppnås ikke tilstrekkelig tilslutning*" i § 46 tredje ledd første punktum sammenholdt med "*får tilslutning*" i tredje ledd nr. 1. og "*gir tilslutning*" i tredje ledd nr. 2, kan tolkes slik at man må fremme et *nytt forslag* etter tredje ledd som skal være gjenstand for gjennomtvungelse. Advokatforeningen antar imidlertid at det ikke er meningen å avholde en ny avstemming – det er kun tale om å telle stemmene fra den allerede avholdte avstemmingen etter § 46 andre ledd på en annen måte, for å undersøke om avstemmingen gir grunnlag for gjennomtvungelse.
- (ii) Det kan være uklart hva "*hvorav minst én*" i § 46 tredje ledd nr. 1 viser til. Advokatforeningen antar at man har ment å vise til "*et flertall av klassene*", og at "*hvorav alle*" i samme punkt skal vise til "*minst halvparten av klassene*".
- (iii) Det er upraktisk at minst én av klassene i § 46 tredje ledd nr. 1 skal være sikret eller fortrinnsberettiget fordringshaver, dersom man i Norge fastholder at disse klassene skal holdes utenfor forslaget (slik høringsnotatet altså legger opp til), og følgelig utenfor avstemmingen. Dette gjør i så fall at det blir liten mening å plassere disse kravene i en egen klasse.
- (iv) Det er uklart om det med formuleringen "*kan forventes å få betalt ved en konkurs*" i § 46 tredje ledd nr. 1 menes får *fullt* betalt eller får *delvis* betalt/dividende (vil f.eks. kr. 1 være tilstrekkelig?). Eller er meningen å angi at vedkommende forventes å få "*bedre betalt ved en konkurs*", ettersom

det i svært mange saker ikke blir noen dividende til andre krav enn de prioriterte og fullsikrede kravene (som uansett ikke har stemmerett), og usikrede krav dermed ikke vil omfattes av "forventes å få betalt ved en konkurs"? I så fall ville dette medføre at ingen klasser kvalifiserer til kriteriet "forventes å få betalt ved en konkurs". (For øvrig nevnes at formuleringen "som kan forventes å få betalt ved konkurs" også brukes i utkastet §§ 51 nr. 1 og 53 første ledd nr. 1, og reiser tilsvarende uklårheter der.)

- (v) Utkastet § 46 tredje ledd nr. 2 viser avslutningsvis til "*med mindre annet følger av tredje ledd*". Det antas at det er feilskrift for *fjerde* ledd.
- (vi) Advokatforeningen antar at henvisningen til "*tredje ledd nr. 3*" i § 46 fjerde ledd siste punktum, er feilskrift og at korrekt henvisning skal være "*tredje ledd nr. 2*". Det bør således ikke være grunn til å gi unntak fra tredje ledd nr. 3, som nedfeller prinsippet om at intet krav skal motta mer en full dekning. Dette er etter Advokatforeningens oppfatning et grunnleggende prinsipp i alle rekonstruksjons- og insolvensprosesser.⁷ Derimot er det all grunn til gjøre unntak fra regelen om *absolutt prioritet* på klassenivå i § 46 tredje ledd nr. 2, der det anses nødvendig eller rimelig for å nå målene med rekonstruksjonsforslaget og forslaget ikke urimelig skader de berørte partenes rettigheter eller interesser. Departementet understreker selv at dette er viktig for å kunne la eierne beholde deler av sine verdier dersom eierne er viktige for virksomhetens videre liv, selv om usikrede alminnelige fordringer må ta et tap. Etter det Advokatforeningen forstår er dette også den vanligste løsningen i de rekonstruksjonene som er vedtatt hittil; eierne beholder noen verdier samtidig som de alminnelige kreditorene ettergir en meget betydelig del av sine krav.

Forutsatt at Advokatforeningens forståelse er korrekt, altså at det i utkastet § 46 fjerde ledd siste punktum skulle vært gjort unntak fra tredje ledd nr. 2, støtter Advokatforeningen et slikt unntak fra klassevis absolutt prioritet og klassevis likebehandling. Det betyr at så lenge flertallet i klassen (f.eks. panthaveres rentekrav) aksepterer å bli behandlet dårligere enn en annen klasse i samme prioritet (f.eks. driftskritiske kreditorer), må mindretallet i panthaverklassen akseptere dette. Tilsvarende – dersom flertallet i klassen (f.eks. leverandørkreditorer) aksepterer å ettergi deler av sine krav, selv om en klasse med lavere prioritet (f.eks. eierne) får beholde noen av sine verdier, må mindretallet i leverandørkreditorklassen akseptere dette.

- (vii) I høringsnotatet side 110 heter det: "*Det antas imidlertid sentralt at en eventuell adgang til gjennomtvinging må begrenses til tilfeller hvor skyldneren er insolvent.*" Et slikt krav fremgår imidlertid ikke av loven, og strider imot rekonstruksjonslovens grunntanke om at man skal kunne åpne rekonstruksjon, og helst løse problemene og komme ut igjen som "friskmeldt", *før* man blir insolvent. Det er ikke slik at hvis man ikke klarer å komme seg ut av rekonstruksjon ved å bevise at man er solvent, så er man per definisjon insolvent. Rekonstruksjon skal åpnes når skyldneren "*har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer*" (jf. utkastet § 1). På intet punkt under rekonstruksjonsforhandlingen er det i rekonstruksjonsloven eller i lovutkastet inntatt krav om en insolvenstest. Likevel bør det være mulig å gjennomtvinge forslaget i de rekonstruksjoner hvor man deler kreditorene inn i klasser, uavhengig av at det innføres en insolvenstest. Poenget er jo at man skal kunne få gjennomført en rekonstruksjon for å unngå å bli insolvent.

⁷ Det kan reises spørsmål om en kreditor som får aksjer som stiger i verdi og dermed blir verdt mer enn kravets beløp, kan rammes av bestemmelsen i utkastet § 46 tredje ledd nr. 3. Advokatforeningens forståelse er imidlertid at kreditoren må tilbys en eierpost som tilsvarer den økonomiske dividende verdi på forslagstidspunktet. Om aksjene senere skulle stige i verdi, innebærer dette etter Advokatforeningens syn ikke at kreditoren kan anses å ha fått mer enn full dekning.

For øvrig vises til punkt 16.2 nedenfor hvor Advokatforeningen påpeker noen ytterligere uklarheter knyttet til utformingen av reglene om klassing.

Advokatforeningen har ikke kommentarer til inndelingen av klasser, men skulle gjerne sett at høringsnotatet ga veiledning om hvilke etterprøvbare kriterier som skal legges til grunn for klassingen, samt eksempler på hvilke ulike typer uprioriterte kreditorer som typisk kan utgjøre egne klasser. Tenker man for eksempel at følgende parter typisk skal kunne klasseres i egne klasser: Pantekreditorenes usikrede krav, forbrukere, driftskritiske leverandører, utleierye av leide lokaler som får avbrutt sine kontrakter, eller annet? Kan én kreditor alene utgjøre en klasse, f.eks. Skatteetaten, dersom det ikke er andre prioriterte kreditorer? Skal/må alle aksjeeiere samles i én klasse?

Advokatforeningen mener videre at man bør beholde stemmeterskelen på 50 % for uprioriterte krav, eiere og etterprioriterte krav. Dersom det tillates at også kreditorer for sikrede og/eller prioriterte krav kan stemme over et forslag som berører dem (slik Advokatforeningen foreslår, jf. ovenfor), kan terskelen eventuelt settes høyere for disse, for eksempel til 2/3 flertall, ettersom disse kravene har særretter gjennom pantsettelse eller ved lov. Dersom stemmeterskelen heves, og for enhver situasjon der stemmeterskelen er høyere enn 50 %, mener Advokatforeningen at det er viktig at kun de som avgir stemme telles med, slik at de som avstår fra å stemme holdes utenfor opptellingen istedenfor å bli talt som nei-stemmer. Dette mener Advokatforeningen følgelig også bør gjelde ved gjennomtvngelse, som er foreslått til 2/3 flertall innenfor hver klasse.

Advokatforeningen mener imidlertid det bør vurderes om det skal være samme stemmeterskler for de ulike klassene ved gjennomtvngelse, som ellers, dvs. 50 %.

Videre må *enten* alle klasser gis mulighet til å bidra inn i "spleiselaget" ved å gi noe i en demokratisk prosess i sin klasse, dvs. også sikrede og prioriterte kreditorer, slik Advokatforeningen mener det bør være, eller så må reglene i § 46 tredje ledd nr. 1 endres slik at de fungerer i praksis. Så lenge sikrede og prioriterte krav ikke har stemmerett fordi de skal dekkes fullt, og hensett at uprioriterte krav ofte ikke får noen som helst dividende i konkurs, vil det ofte være slik at ingen av alternativene i utkastet § 46 tredje ledd nr. 1 kommer til anvendelse.

Slik Advokatforeningen forstår utkastets regler om klassing og gjennomtvngelse, er tanken at man først skal dele kreditorer som berøres av forslaget inn i klasser og orientere dem om hvilken klasse de tilhører og hva som er den foreslåtte løsningen for de enkelte klassene. Deretter stemmes det over forslaget, og det telles opp om man har fått 50 % tilslutning i samtlige klasser. Dersom man *ikke* har fått slikt flertall, dvs. én eller flere klasser oppnår ikke tilstrekkelig antall ja-stemmer (man har fått mer enn 50 % nei-stemmer eller mange kreditorer har ikke stemt), telles det – med skyldnerens samtykke – opp om forslaget likevel kan vedtas fordi de oppfyller kravene til gjennomtvngelse, uten at det i denne mellomperioden kommuniseres noe utad, eller sendes ut et nytt forslag, til kreditorene.

Advokatforeningen gjentar at reglene om gjennomtvngelse bør vurderes nærmere, og at de flertallskrav og gjennomtvngelseskrav man til slutt velger, bør begrunnes ut fra hvordan disse vil fungere i praksis i de typiske rekonstruksjonene man har og vil se fremover i Norge. Som nevnt bidrar Advokatforeningen gjerne med praktisk erfaring og kunnskap inn i prosessen med å utforme endelige bestemmelser.

10.3 Forslaget om at rekonstruktøren kan fremme nytt rekonstruksjonsforslag (utkastet § 47 første ledd tredje punktum)

Departementet har foreslått at også rekonstruktøren, med rekonstruksjonsutvalgets anbefaling, kan fremme et nytt forslag dersom skyldnerens opprinnelige forslag ikke oppnår tilstrekkelig tilslutning, jf. utkastet § 47 første ledd tredje punktum.

En rekonstruksjonsprosess er en forhandlingsprosess som er drevet frem av skyldneren med bistand fra rekonstruktøren og hvor det i utgangspunktet er overlatt til skyldneren med bistand fra rekonstruktøren å utarbeide og fremsette et forslag til rekonstruksjon. Skyldneren må kunne oppfylle, ha eierskap til og leve med forslaget, også etter at dette er vedtatt. Hvis det opprinnelige forslaget ikke vedtas, følger det av utkastet § 47 første ledd *første* og *annet* punktum at skyldneren kan fremme et nytt forslag såfremt rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalget anbefaler det. Rekonstruktøren har følgelig betydelig påvirkning på utformingen av forslaget, gjennom sin rolle som veileder og den muligheten rekonstruksjonsutvalget har til å stanse et nytt forslag ved å ikke anbefale dette. Advokatforeningen ser dermed ingen grunn til at man i tillegg skal ha en ordning hvor rekonstruktøren skal kunne fremme et eget forslag, jf. § 47 første ledd *tredje* punktum. Dette vil fort kunne fremstå som et konkurrerende forslag som rokker ved hele forutsetningen om at rekonstruksjonsprosessen skal drives av skyldneren selv. Advokatforeningen mener derfor at ordningen i § 47 første ledd *tredje* punktum bør utgå.

11 Saksbehandlingsregler – tvister

11.1 Overordnet om behovet for løpende avklaring av spørsmål underveis i prosessen

En viktig forutsetning for en vellykket rekonstruksjon er at forhandlingene ikke pågår for lenge. Prosessen er kostnadskreven, og for skyldneren er det utfordrende og belastende å kombinere forhandlinger med drift av virksomheten. Etter Advokatforeningens syn er det også viktig at prosessen avsluttes så snart det fremstår som klart at en løsning ikke vil kunne oppnås. Avgjørende her vil ofte være om et tilstrekkelig flertall av kreditorene vil støtte forslaget, størrelsen på skyldnerens gjeld, samt hvilken dividende som kan tilbys.

Under gjeldsforhandling (etter konkursloven) og rekonstruksjon (etter rekonstruksjonsloven) er det ikke regler om fordringsprøvelse, slik som ved konkurs. Det er forutsatt at eventuelle stemmerettstvister først skal avgjøres i forbindelse med stadfestelse, etter at avstemmingen er foretatt. Retten tar på dette tidspunktet i så fall kun prejudisiell stilling til krav hvis det er nødvendig for å fastslå utfallet av avstemmingen (stemmerettstvist) eller hvis kreditor krever avsetning av den dividende som faller på en omtvistet fordring (avsetningstvist).

Advokatforeningen mener at det er behov for raske, effektive og enkle prosessregler for håndtering av disse spørsmålene og eventuelle tvister. Som det vil fremgå nedenfor, mener Advokatforeningen at skyldneren, med rekonstruktørens samtykke, bør gis adgang til å få avklart tvister (eventuelt kun med prejudisiell virkning for stemmerett og/eller dividendeavsetning) på et tidligere tidspunkt enn i forbindelse med stadfestelse, dersom en slik avklaring er nødvendig av hensyn til gjennomføringen av rekonstruksjonsforhandlingene.

11.2 Stemmerettstvister

Når departementet ikke har foreslått endringer i reglene om stemmerettstvister, har man fremholdt behovet for fremdrift og vektlagt at en utstrakt prøvingsadgang vil kunne være kostnadsdrivende (jf. høringsnotatet side 135). Ifølge departementet "*kan det bidra til å opprettholde fremdriften i forhandlingene at disse spørsmålene ikke avgjøres før ved stadfestelsen*".

Dette er relevante hensyn. Advokatforeningen mener imidlertid at behovet for forutberegnelighet for skyldneren, rekonstruktøren og kreditorer med hensyn til å avklare om en løsning er mulig å oppnå på et tidligere tidspunkt, taler for at det ved behov også bør være mulig å avklare stemmerettstvister av vesentlig betydning for utfallet av avstemmingen tidligere under rekonstruksjonsforhandlingen, før stadfestelsestidspunktet. Det er uansett i skyldnerens interesse å sikre fremdrift og holde kostnader på et akseptabelt nivå. Da bør også skyldneren gis muligheten til å vurdere om det i det konkrete tilfellet er hensiktsmessig å få avklart spørsmål om stemmerett forut for stadfestelse. Etter Advokatforeningens vurdering er det dessuten nærliggende å tro at en tvist vil være like kostnadskreven uavhengig av når tvisten behandles, men det øvrige (og muligens unødvendige) kostnadspådraget vil kunne stanses ved tidligere prøving. Et krav om samtykke fra rekonstruktøren til slik forhåndsavklaring, vil kunne motvirke bekymring for at en slik adgang vil medføre en vesentlig økning av antall prosesser. Av denne grunn vil Advokatforeningen ikke foreslå at kreditorer skal kunne få avgjort stemmerettstvister forut for stadfestelse.

Etter utkastet § 41 skal rekonstruktøren, eller skyldneren der det ikke er oppnevnt rekonstruktør, uten opphold underrette en fordringshaver dersom en anmeldt fordring helt eller delvis blir bestridt. Kreditor får derved en oppfordring til å grunnge kravet ytterligere. Dersom skyldneren fastholder sin posisjon, og det er nødvendig med en avklaring, mener Advokatforeningen at skyldneren bør gis anledning til å bringe spørsmålet inn for retten. Konkursloven § 149 fjerde ledd sikrer kontradiksjon forut for rettens avgjørelse.

Advokatforeningen ser behov for fleksibilitet hva gjelder prosessen, herunder at retten kan forelegge med korte frister og innkalle partene til rettsmøte (også for mekling) før avgjørelse, men presiserer samtidig at det er nødvendig og ønskelig med et tempo tilsvarende saker om midlertidig forføyning og arrest. Det følger av hele rekonstruksjonsprosessens natur at avgjørelsen bør foreligge så snart som mulig. Advokatforeningen er usikker på om det bør fastsettes en absolutt frist for rettens avgjørelse. Ankefristen bør være tilsvarende som for når avgjørelsen treffes i forbindelse med stadfestelse, altså én uke. Videre anke bør ha samme ankefrist.

11.3 Avsetninger for omtvistede fordringer

Departementet vurderer om det bør åpnes for at kreditor kan kreve spørsmålet om avsetning for omtvistede fordringer avgjort på et tidligere tidspunkt og har også bedt om innspill på om også skyldneren bør kunne be retten om avklaring av spørsmålet om avsetning (høringsnotatet side 142).

Advokatforeningen er enig i at hovedregelen bør være at avsetningsspørsmålet avgjøres sammen med stemmerettsspørsmålet, og at utgangspunktet bør være at spørsmålet avklares ved stadfestelse. Imidlertid bør skyldneren på samme måte som for avklaring av stemmerett (jf. punkt 11.2 ovenfor), gis anledning til å få avklart spørsmålet om avsetning på et tidligere tidspunkt dersom dette er av vesentlig betydning for rekonstruksjonsplanen, slik at dette kan hensyntas i skyldnerens arbeid med forslaget til rekonstruksjonsplan.

Vi viser ellers til det som er sagt i punkt 11.2 om saksbehandling, frister for avgjørelse og anke.

Advokatforeningen støtter for øvrig forslaget om å presisere hva som skal vektlegges ved vurderingen av om det skal avsettes for omtvistede krav, og at det skal kunne avsettes for dividendeutbetaling av et lavere beløp enn kreditors pretenderte krav (utkastet § 50 tredje ledd). Slik regelen nå er utformet, kan en kreditor med en stor pretendert, men omstridt, fordring lett velte en rekonstruksjon ved å kreve et stort sikkerhetsbeløp som ellers kunne vært benyttet til dividende.

11.4 Adgang til å avgjøre omtvistede krav ved skiftetvist med bindende virkning

I høringsnotatet foreslås ikke regler for prøving av omtvistede krav. Departementet bemerker at man ikke er overbevist om at det bør foreslås regler som fraviker prinsippet om at rettstvister skal undergis alminnelig

domstolsbehandling (høringsnotatet side 143). Slike regler foreligger imidlertid allerede i dag i konkursloven, se dennes § 145⁸.

Under de tidligere gjeldsforhandlingsreglene (etter konkurslovens første del) ble det ikke foretatt noen fordringsprøvelse, slik som ved konkurs. Slik prøving gjelder heller ikke under de midlertidige reglene i rekonstruksjonsloven. Retten tar kun prejudisiell stilling til krav dersom det er nødvendig for å fastslå utfallet av avstemningen (stemmerettstvist) eller en kreditor krever avsetning av den dividende som faller på en omtvistet fordring (avsetningstvist).

Ved fordringsprøvelse i konkurs gir konkursloven § 145 første ledd nr. 3 den retten som har konkurssaken til behandling, kompetanse til å prøve fordringer. Utenom tilfeller hvor muntlig forhandling er nødvendig, er hovedregelen at retten selv bestemmer prosessformen hva enten det gjelder ordinær skiftebehandling eller prøvelse av tvister i forbindelse med denne. For saksbehandlingen for retten gjelder det kontradiktoriske prinsipp, slik at partene "så vidt mulig" skal gis anledning til å uttale seg før avgjørelse treffes i "tvist". Retten kan dessuten samtykke til eller henvise til at en tvist til behandling ved allmennprosess dersom retten finner det påkrevd eller hensiktsmessig, jf. § 154. Rettens kjennelser kan ankes, jf. § 151 og 152. Advokatforeningen anser en slik forenklet behandling forsvarlig.

Etter konkursloven § 145 nr. 4 har retten kompetanse til å avgjøre tvist om hvorvidt en fordring *vedrører en gjeldsforhandling*, forutsatt at gjeldsnemnda har samtykket i at tingretten avgjør tvisten. Det er noe uklart om bestemmelsen faktisk åpner for en snever fordringsprøvelsesadgang med virkning for partene. Følgende fremkommer i den forbindelse i omtalen av omtvistede fordringer i *Håvard Wiker og Knut Ro: Konkursloven, Kommentirutgave (2003), side 148 (kommentar til konkursloven § 37)*:

"Skyldner og gjeldsnemnda kan velge å avvise et krav og overlate til vedkommende kreditor å forfølge saken for domstolen. Etter § 145 nr 4 kan skyldneren med gjeldsnemndas samtykke også velge å la den tingrett som behandler akkorden, avgjøre kravet med endelig virkning, se kommentaren til § 145."

Slik Advokatforeningen forstår bestemmelsen, åpnes det for en snever og begrenset adgang til prøving av en fordring. Dette bør imidlertid klargjøres i arbeidet med de permanente lovreglene, og en henvisning til adgangen til å få prøvet krav iht. konkursloven § 145 bør inntas i kapitlet om rekonstruksjon.

Advokatforeningen mener i alle tilfeller at skyldneren (men ikke andre parter), med rekonstruktørens samtykke, bør gis adgang til å avklare omtvistede krav med endelig virkning også i en rekonstruksjonsprosess såfremt en slik avklaring er nødvendig for gjennomføring av rekonstruksjonen. Det er ikke behov for å innføre regler om fordringsprøvelse av alle krav, men kun å gi skyldneren muligheten til å avklare eksistensen og størrelsen på omtvistede krav i den utstrekning det er nødvendig for utarbeidelsen og fremsettelsen av rekonstruksjonsforslaget.

I høringsnotatet side 140 vises det videre til at det ikke er samme behov for å avgjøre tvister om fordringer under rekonstruksjonsforhandlinger som ved konkurs hvor alle skyldnerens midler skal fordeles, fordi formålet med rekonstruksjon er at virksomheten skal drives videre.

Advokatforeningen er uenig i dette synspunktet. Nettopp det forhold at skyldnerens virksomhet skal drives videre basert på en restrukturert balanse, tilsier at det er viktig å avklare størrelsen på skyldnerens gjeld. For både skyldneren og kreditor vil det være viktig å avklare skyldnerens gjeldsbetjeningssevne også etter en rekonstruksjon, og det vil da også være relevant å avklare størrelsen på skyldnerens gjeld og det totale

⁸ Reglene om fordringsprøving som forenklet rettslig behandling, gjelder blant annet også ved offentlig avvikling av finansinstitusjoner, jf. lov om finansforetak og finanskonsern § 20-31 (2).

omfanget av krav. Dessuten vil avklaring av størrelsen på gjelden også være vesentlig for å avklare hvilken dividende som kan tilbys kreditorene.

Uten en slik avklaring under rekonstruksjonsforhandlingen kan skyldneren bli tvunget til å legge til grunn et vesentlig høyere krav enn det skyldneren mener kreditor er berettiget til. Skyldneren vil derfor ved utarbeidelse av rekonstruksjonsforslaget i praksis måtte ta høyde for "worst case"-situasjonen ved beregning av gjelden. Uklarhet omkring dette vil få konsekvenser for dividenden som tilbys (øvrige kreditorer) i akkorden, og øvrige kreditorer vil derved bli stilt dårligere enn om skyldneren kunne ha tilbudt en høyere dividende som følge av en forutgående avklaring av det omtvistede kravet. Det er ikke sannsynlig eller praktisk at "gevinsten", altså det som kunne vært tilbudt, i etterkant kan tilfalle kreditorene i form av en etterutlodning. Alternativt må skyldneren søke å oppnå enighet med kreditor for det omtvistede kravet. Manglende mulighet for avklaring tidlig i prosessen kan lede til at skyldneren får en svært dårlig forhandlingsposisjon og i praksis må akseptere "ethvert" forlik eller gå konkurs. Dette kan medføre at vedkommende kreditor i realiteten får en vesentlig bedre løsning enn andre kreditorer. Dette strider mot likebehandlingsprinsippet, dvs. prinsippet om at alle kreditorer skal bidra forholdsmessig omtrent like mye (hensett sin prioritet) i en rekonstruksjonsløsning. Selv en begrenset og snever hjemmel til rettslig prøving vil imidlertid kunne bidra til et nødvendig "ris bak speilet" slik at forhandlingene blir mer balanserte.

Advokatforeningen mener det er viktig at også slike tvister tillates løst i en forenklet rettsprosess forut for stadfestelse. Det vises til det som er sagt i punkt 11.2 om saksbehandling, frister for avgjørelse og anke.

12 Fortrinnsrett for skatte- og avgiftskrav

Departementet har i høringsnotatet ikke foreslått permanente regler for å gjøre unntak fra fortrinnsretten, men henvist til at forskriftshjemmelen vil videreføres. I høringsnotatet side 81 uttales at "[d]et begrensede grunnlaget som foreligger for å vurdere hvilken betydning endringer i reglene om fortrinnsrett for skatte- og avgiftskrav vil ha for antall rekonstruksjoner, så vel som for statens proveny, tilsier etter departementets syn tilbakeholdenhet med å foreslå permanente løsninger nå". Departementet foreslår å videreføre en forskriftshjemmel for å gi unntak fra fortrinnsretten inntil videre, og viser til at reglene om fortrinnsrett "vil bli vurdert på et senere tidspunkt".

I brev til Advokatforeningen 13. mars 2023 viser departementet til at høringsnotatet ikke berører spørsmålet om forskrift 11. mai 2020 nr. 974, som i dag gir unntak fra fortrinnsretten, skal videreføres. I brevet påpekes at forskriften hører under Finansdepartementet og at en eventuell videreføring av forskriften vil behandles i en separat prosess.

Advokatforeningens klare anbefaling er at unntak fra fortrinnsreglene videreføres fast i de nye og permanente reglene om rekonstruksjon. At unntaket kun er inntatt som en forskrift gir ikke tilstrekkelig forutberegnelighet, jf. også begrunnelsen i Prp.75 (2019-2020) punkt 4.4, side 15-16, om hvorfor det opprinnelig ble foreslått en forskriftshjemmel:

"En forskriftshjemmel som foreslått vil gi fleksibilitet til å vurdere om og i så fall hvor lenge det kan være hensiktsmessig tiltak å gjøre unntak fra fortrinnsretten for de aktuelle kravene. Forskriftshjemmelen sikrer også at et slikt tiltak ved behov kan vedtas og oppheves raskt".

Erfaringene etter at rekonstruksjonsloven trådte i kraft, har vært meget gode. Etter det Advokatforeningen erfarer har det at selskapene har fått aksept for å akkordere de offentlige kravene som er unntatt fra fortrinnsretten, vært en forutsetning for så vel åpning som stadfestelse i flere av de rekonstruksjonene som har lyktes så langt. Advokatforeningen er kjent med at Konkursrådet i forbindelse med den foreliggende

høringsrunden har gjennomført en undersøkelse av de stadfestede rekonstruksjonene som bekrefter nettopp dette. I de tre årene rekonstruksjonsloven har vært i kraft, er det åpnet ca. 50-60 rekonstruksjoner. Av disse er 22 rekonstruksjoner blitt registrert stadfestet i Brønnøysundregistrene. Etter det Advokatforeningen kjenner til, viser resultatet av Konkursrådets undersøkelse nokså entydig at unntaket fra fortrinnsretten har hatt vesentlig betydning for muligheten til å oppnå en vellykket rekonstruksjon. Advokatforeningen kan ikke se at dette erfaringsgrunnlaget er for begrenset til at man kan mene noe om betydningen av unntaket fra fortrinnsrett.

Etter Advokatforeningens oppfatning bør departementet også se hen til reglene i våre naboland, Sverige og Danmark, der unntak fra fortrinnsretten for skatte- og avgiftskrav er inntatt som en permanent ordning. Som påpekt i høringsnotatet side 80 ble fortrinnsretten i Danmark med enkelte unntak opphevet allerede i 1969, mens den i Sverige ble opphevet i 2004.

Videre forstår Advokatforeningen at skattemyndighetene i for eksempel Nederland regelmessig aksepterer akkordløsninger / delvis oppgjør i de såkalte WHOA-prosessene.

Hvis fortrinnsretten nå gjeninnføres i de permanente reglene, mener Advokatforeningen at de praktiske konsekvensene vil bli at rekonstruksjonsinstituttet blir mindre vellykket, slik gjeldsforhandlingsreglene i konkursloven var frem til de ble avløst av reglene om rekonstruksjon i rekonstruksjonsloven. Ettersom gjeldende regler i rekonstruksjonsloven (som videreføres i høringsnotatet) binder skyldnerne til å dekke fullt ut alle fullsikrede og fortrinnsberettigede krav, vil rekonstruksjon i så fall (igjen) reduseres til et institutt for sanering kun av usikrede, alminnelige krav / leverandørgjeld.

Oppsummeringsvis mener Advokatforeningen at en opprettholdelse/gjeninnføring av fortrinnsretten for skatte- og avgiftskrav i rekonstruksjoner, vil bidra til færre åpnede og vellykkede rekonstruksjoner, som dermed vil medføre at flere ellers levedyktige virksomheter går konkurs. Unødige virksomhetsnedleggelse og konkurser vil medføre økt tap for staten i form av tapt dividende i rekonstruksjon (i konkurs er det sjelden midler til fortrinnsberettigede krav av annen klasse), økt lønnsgarantiutbetalinger (det er ofte ikke midler i en konkurs til å betale ut NAV Lønnsgarantis regresskrav i boet), økt utbetaling av dagpenger ved arbeidsledighet, og reduserte skatteinntekter.

Som kreditor, garantist, trygdemyndighet og skattemottaker, er staten selv den aktøren med størst økonomisk interesse i at forutsetningene for å lykkes med en rekonstruksjon er så gode som mulig. At også statens krav (med unntak av krav på skattetrekk) deltar i en akkordløsning, eventuelt ved permanente regler om unntak fra fortrinnsretten, er etter Advokatforeningens syn svært viktig for å sikre dette.

13 Ansatte / Lønnsgarantiordning

Departementet foreslår ingen endringer i reglene om ansattes rettigheter ved rekonstruksjonsforhandlinger, jf. høringsnotatet side 78. Videre viser departementet til at spørsmålet om arbeidstakernes lønnskrav mv. bør dekkes av lønnsgarantiordningen, *"er spørsmål som først og fremst berører lønnsgarantiloven, og som eventuelt må vurderes i en separat prosess uavhengig av forslagene i dette høringsnotatet"*.

Advokatforeningen viser til innspillrunden i oktober 2020, hvor sentrale aktører ble bedt om å gi innspill til permanente regler om rekonstruksjon, og Advokatforeningens uttalelse 14. desember 2020 i den forbindelse.

I tråd med tidligere innspill til departementet mener Advokatforeningen at de nye reglene bør følge løsningen som det er lagt opp til i utredningen fra Leif Villars-Dahl fra 2016, punkt 14.3 og 14.4. Det vises til Advokatforeningens uttalelse fra 2020:

"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.

[...]

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."

Det vises til at det både i Sverige og Danmark eksisterer regler hvor lønnsgarantiordningen gir mulighet til å gi lån/støtte til å dekke lønnskostnader under en rekonstruksjon. Slike regler bidrar til at levedyktige virksomheter kan unngå konkurs.

Advokatforeningen mener videre at det bør skilles mellom henholdsvis lønns- og feriepengekrav før rekonstruksjon er åpnet og lønn i rekonstruksjonsperioden, i tråd med utredningen til Villars-Dahl fra 2016.

Endelig er Advokatforeningen av den oppfatning at departementet bør se nærmere på om *arbeidsgiveravgift* knyttet til lønn opparbeidet før åpningen av rekonstruksjon eller konkurs, skal gjøres til et dividendekrav og ikke et massekrav. Det vises i den forbindelse til Advokatforeningens uttalelse 14. desember 2020:

"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."

14 Eiernes rettigheter

14.1 Innledning – gjeldende regler i rekonstruksjonsloven

I rekonstruksjonsloven ble det gitt nye regler som la til rette for at rekonstruksjonen kunne gå ut på at gjeld konverteres til egenkapital, jf. lovens § 27 nr. 3 og § 34 nr. 3. Beslutningen krever samtykke fra generalforsamlingen, likevel slik at aksjelovgivningens krav om at minst to tredjedeler av "*så vel av de avgitte stemmer som av den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen*" (jf. asl/asal. § 5-18 første ledd), er redusert til et krav om simpelt flertall. Etter rekonstruksjonsloven er dermed simpelt flertall tilstrekkelig

både for beslutning om kapitalforhøyelse, beslutning om kapitalnedsettelse og beslutning om utstedelse av finansielle instrumenter når beslutningen treffes i forbindelse med rekonstruksjon av selskapet.

Etter rekonstruksjonsloven må spørsmålet behandles i generalforsamlingen etter at rekonstruksjonsforslaget er godkjent. Som også påpekt i høringsnotatet side 108, innebærer de gjeldende reglene at aksjeeierne, "med alminnelig flertall i generalforsamlingen, kan forhindre gjennomføringen av en rekonstruksjonsplan som omfatter konvertering av gjeld til egenkapital", noe som ikke nødvendigvis er rimelig.

Advokatforeningen registrerer at det også i Sverige har vært diskusjoner knyttet til spørsmålet om eiernes rolle under rekonstruksjonen, jf. Prop. 2021/22:215 s. 175:

"Det har bl.a. riktats kritik mot att företagsägarna inte kan tvingas att göra avkall på sitt ägande som ett led i rekonstruktionen. I stället får ägarna behålla sitt ägande samtidigt som borgenärerna kan tvingas skriva ned sina fordringar genom ett ackord. Detta har ansetts vara problematiskt eftersom företagets framtida lönsamhet går till företagets ägare genom det bibehåll-na ägandet. Samtidigt saknas det tvingande rättsliga instrument för att låta borgenärerna få del av framtida vinster i verksamheten, trots att det är dessa som genom ackordet skapar det framtida värdet (se SOU 2010:2 Del 2 s. 298 f. och där gjorda hänvisningar)."

14.2 Eiernes innflytelse og rolle

Departementet har i høringsnotatet side 108-111 vurdert løsninger for å kunne tvinge gjennom tiltak for å unngå at aksjeeierne kan forhindre vedtagelsen av en restruktureringsplan.

Nytt i forhold til rekonstruksjonsloven er forslaget om at en vedtatt og stadfestet rekonstruksjonsplan skal erstatte eventuelle nødvendige generalforsamlingsbeslutninger, jf. utkastet § 39 nr. 1.

Advokatforeningen er positiv til at departementets forslag om at en restruktureringsplan skal erstatte eventuelle nødvendige generalforsamlingsbeslutninger, jf. utkastet § 39 nr. 1, for å unngå at aksjeeierne kan forhindre vedtakelsen av en restruktureringsplan i generalforsamlingen. Etter Advokatforeningens syn er det en uheldig konsekvens av reglene i rekonstruksjonsloven – hvor et restruktureringsforslag, som innebærer at gjeld konverteres til egenkapital, må fremlegges for generalforsamlingen – at flertallet av aksjeeierne i praksis har en vetorett. Som departementet selv påpeker i høringsnotatet s. 108, kan det fremstå som lite rimelig at et flertall av aksjeeierne skal kunne sikre seg at eierskapet overhodet ikke begrenses på bekostning av kreditorenes rettigheter. På tidspunktet for rekonstruksjonsforhandlingene vil skyldner ofte være insolvent, eller på vei mot insolvens, og ved en konkurs vil aksjeeierne ha tapt sine aksjeinnskudd.

Viktigheten av å sikre at eierne ikke har mulighet til på en urimelig måte å forhindre eller vanskeliggjøre vedtakelsen, stadfestelsen eller gjennomføringen av et rekonstruksjonsforslag, fremgår også av EU-direktivet, jf. art. 12. Etter det Advokatforeningen er kjent med, skal det også i Sverige og Danmark være innført regler om at en vedtatt rekonstruksjonsplan skal tre i istedenfor en generalforsamlingsbeslutning.

Departementet mener at en slik regel, hvor en vedtatt og stadfestet rekonstruksjonsplan skal erstatte nødvendige generalforsamlingsbeslutninger, i så fall må kombineres med at eierne gis visse stemmerettigheter ved vedtakelsen av rekonstruksjonsforslaget der eierne berøres, jf. utkastet § 45 fjerde ledd. Lovforslaget innebærer videre at dette kun omfatter tilfeller der de stemmeberettigede er delt inn i klasser, jf. utkastet § 38 første ledd tredje punktum.

Advokatforeningen viser videre til at EU-medlemmet Sverige skal ha innført regler hvor eiere som berøres, får delta i avstemmingen, jf. Prop. 2021/22:215 side 191:

"Utredningen föreslår att de borgenärer och företagsägare som hade en fordran eller rättighet som uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion ska delta i planförhandlingen."

Av høringsnotatet s. 106 fremgår at eierne ikke har tilsvarende stemmerett i Danmark. Fra det danske Konkursrådets betænkning (nr. 1579/2022) om revision af reglerne om rekonstruktion, herunder implementering af rekonstruktions- og insolvensdirektiv, ses følgende om stemmerett (side 129-130):

"Kapitalejere, som udelukkes fra anvendelsen af direktivets artikel 9-11, skal af medlemsstaterne hindres i på anden måde urimeligt at forhindre eller skabe hindringer for vedtagelsen, stadfæstelsen eller gennemførelsen af en rekonstruktionsplan, jf. direktivets artikel 12, stk. 1 og 2. Medlemsstaterne kan tilpasse, hvad det vil sige urimeligt at forhindre eller skabe hindringer i henhold til denne bestemmelse. Sådanne tilpasninger kan foretages for bl.a. at tage hensyn til, hvorvidt skyldner er en SMV, de foreslåede rekonstruktionsforanstaltninger, der berører kapitalejernes rettigheder, kapitalejertypen, om skyldner er en juridisk eller fysisk person, eller om parterne i en virksomhed har begrænset eller personlig hæftelse, jf. direktivets artikel 12, stk. 130 3. Som "kapitalejer" defineres i direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 3, en person, som har en ejendomsinteresse i en skyldner eller en skyldners virksomhed, herunder en aktionær, for så vidt den pågældende person ikke er fordringshaver. Medlemsstaterne kan ifølge direktivets præambelbetragtning nr. 57 benytte forskellige midler til at nå dette mål, f.eks. ikke at give kapitalejere ret til at stemme om en rekonstruktionsplan og ved ikke at gøre vedtagelsen af en rekonstruktionsplan betinget af samtykke fra kapitalejere, der efter en værdiansættelse af virksomheden ikke ville modtage nogen betaling eller anden erstatning, hvis den normale prioritetsrækkefølge i en konkurs blev anvendt."

Etter Advokatforeningens syn er det ikke gitt at aksjeeierne i en virksomhet skal gis stemmerett i en rekonstruksjonsprosess, og dermed kunne forhindre eller forverre muligheten for vedtakelse av et rekonstruksjonsforslag som vil kunne sikre en vellykket restrukturering av kreditorenes gjeld, og trygge arbeidsplasser for de ansatte. Når forslaget innebærer at aksjeeierne ved avstemmingen settes i en egen klasse, jf. utkastet § 38 første ledd tredje punktum, kan dette medføre at aksjeeierne kan forhindre vedtakelse av rekonstruksjonsforslaget etter hovedregelen i § 46 annet ledd om alminnelig flertall i samtlige klasser, jf. også bemerkningen i høringsnotatet side 109.

Prinsipielt har spørsmålet om hvilken innflytelse aksjeeierne skal få i denne situasjonen, likhetstrekk med problemstillingen som gjelder adgangen til å skille eierrettigheter og utbytteretten. Etter aksjeloven § 8-3 er adgangen til å skille eierrettigheter og utbytteretten begrenset fordi aksjeeierens forutsetninger for å stemme i samsvar med selskapsinteressen (selskapets interesse i å bevare/skape verdier for å fortsette å bestå som rettssubjekt), anses svekket når aksjeeieren ikke egentlig har økonomisk interesse i selskapsforholdet. Etter Advokatforeningens syn kan det innvendes mot at aksjeeierne skal stemmerett ved vedtakelsen av rekonstruksjonsforslag (at de på dette tidspunktet ikke har den primære økonomiske interessen i selskapsforholdet fordi verdiene er tapt eller tilnærmet tapt, og kreditorene har fortrinnsrett til det som er igjen. Samtidig må aksjeeierens interesse i selskapsforholdet likevel også ivaretas ved rekonstruksjonen, så lenge de fortsatt er eiere av selskapet på tidspunktet rekonstruksjonsplanen vedtas og rekonstruksjonen forutsetter at virksomheten skal drives videre. Etter Advokatforeningens syn kan det likevel argumenteres for at aksjeeierinteressen ivaretas ved hjelp av misbruksregler i rekonstruksjonsloven, og eventuelt ved en domstolsbehandling av rekonstruksjonsplanen.

Det samme vil være tilfellet ved en vurdering av *selskapsinteressen*. Det legges til grunn at selskapsinteressen er selskapets interesse i å skape og bevare verdier, i samsvar med kreditorenes dekningsinteresse og

aksjeeiernes avkastningsinteresse. Når verdiene har gått tapt eller er i ferd med å gå tapt, er det, sett hen til at aksjeeiernes avkastningsinteresse er en residualinteresse slik at kreditorene har første prioritet, i utgangspunktet dekningsinteressen som er styrende for selskapsinteressen. På den annen side forutsetter altså en rekonstruksjon at virksomheten skal drives videre og at dette alt i alt er det beste for kreditorene og selskapets øvrige interessenter. I alle fall der aksjeeierne ikke skal utraderes helt ut, er det relevant å se hen til også deres interesser. Etter Advokatforeningens oppfatning betyr det likevel ikke at aksjeeierne nødvendigvis skal ha stemmerett. Også her kan eierinteressene anses ivaretatt ved misbruksreglene.

En mulig mellomløsning kan være at rekonstruksjonsforslaget legges frem for aksjeeierne for en rådgivende avstemming. Utfallet vil kunne være relevant både for blant annet kreditorene, rekonstruktøren og dommeren som skal ta stilling til forslaget.

Dersom eierne skal gis stemmerett, er Advokatforeningen enig i departementets forslag om at stemmerettigheter for eierne uansett må begrenses til tilfeller der rekonstruksjonsforslaget berører eierne mer direkte, slik at grensen trekkes ved tiltak som kapitalforhøyelse, beslutning om kapitalnedsettelse og beslutning om utstedelse av finansielle instrumenter når beslutningen treffes i forbindelse med rekonstruksjon av selskapet. I så fall bør nok aksjeeierne også deles inn i en egen klasse, jf. utkastet § 38 første ledd tredje punktum.

Som nevnt ovenfor har departementet vurdert løsninger for å kunne tvinge gjennom tiltak for å unngå at aksjeeierne kan forhindre vedtagelsen av en restruktureringsplan. Lovutkastet går ut på at et rekonstruksjonsforslag bare kan tvinges gjennom uten samtykke fra skyldneren der denne er et stort foretak, jf. utkastet § 46 fjerde ledd første punktum. For små og mellomstore foretak forutsettes således at skyldneren samtykker, jf. høringsnotatet punkt 17.6.3 og utkastet § 46 tredje ledd.

Dersom rekonstruksjonsforslaget ikke får tilstrekkelig flertall i alle klasser, blir det et spørsmål i små og mellomstore foretak om skyldneren ønsker at forslaget eventuelt likevel skal vedtas ved gjennomtvungelse. Og det er først hvis skyldneren samtykker til dette, at det blir et spørsmål om vilkårene i utkastet § 46 tredje og eventuelt fjerde ledd er oppfylt.

Advokatforeningen mener at nevnte samtykkekrav dermed vil ha stor betydning for hvor praktisk de foreslåtte reglene vil bli. Det fremgår av høringsnotatet side 97 at 99,7 % av samtlige foretak i Norge pr. 7. september 2022 var små og mellomstore foretak som vil omfattes av denne definisjonen. Dette tilsier at hovedregelen etter lovutkastets ordning vil være at gjennomtvungelse forutsetter samtykke fra skyldnerens ledelse. Advokatforeningen antar at skyldneren i mange små og mellomstore virksomheter vil være tilbakeholden med å samtykke til klassing der eierne vil unngå at rekonstruksjonsplanen skal gjennomtvunges. Eventuelt vil generalforsamlingen selv velge å bytte ut et styre som mot eiernes vilje samtykker eller ønsker å samtykke til klassing. Det er dermed risiko for at de foreslåtte reglene i praksis ikke vil medføre noen endring sammenlignet med dagens regler, hvor beslutningen krever særskilt samtykke fra generalforsamlingen, jf. asl./asal. § 5-18 første ledd.

Etter Advokatforeningens syn bør det være større rom for å tvinge igjennom et rekonstruksjonsforslag uten samtykke fra skyldner, også for små og mellomstore foretak.

Så lenge det er skyldneren selv som har fremmet forslaget, mener Advokatforeningen at skyldneren ikke skal kunne forhindre en gjennomtvungelse av forslaget dersom vilkårene for gjennomtvungelse ellers er oppfylt etter utkastet § 46 annet ledd.

14.3 Saksbehandlingsreglene når det skal treffes beslutning etter aksjeloven/allmennaksjeloven kapittel 10, 11 eller 12

Nytt i forhold til rekonstruksjonsloven er at det foreslås en rekke endringer i saksbehandlingsreglene, jf. høringsnotatet punkt 18.6.2. Advokatforeningen støtter forslagene og mener at det vil bidra til en forenkling av dagens prosess.

14.4 Eiere i ulike sammenslutninger/organisasjonsformer

I høringsnotatet side 104 heter det:

"Rekonstruksjonsloven stiller ikke særskilte krav til skyldnerens organisasjonsform og gjelder derfor i prinsippet for enhver skyldner. Både virksomheter og fysiske personer er i utgangspunktet omfattet av reglene. Dette er foreslått videreført i forslaget her, se omtalen i punkt 6. Rekonstruksjon fremstår likevel i praksis som mest aktuelt for aksje- og allmennaksjeselskaper."

Advokatforeningen er enig i at rekonstruksjon fremstår mest aktuelt for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Advokatforeningen savner likevel en omtale og behandling i høringsnotatet av eiernes stilling i *andre sammenslutninger/organisasjonsformer* enn aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper. Lovutkastet §§ 38, 39, 45 og 46 har regler som uttrykkelig gjelder for aksjeeiere i aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper. Hva gjelder for eiere i andre sammenslutninger? Skal de for eksempel kunne ha stemmerett og klasser slik som aksjeeiere?

15 Verdsettelse

Verdsettelse av skyldnerens eiendeler er en svært viktig del av rekonstruksjonsprosessen og uenighet om verdi vil kunne være til hinder for at et forslag vedtas.

Det følger av utkastet § 25 første ledd at rekonstruktøren skal gjennomgå skyldnerens regnskaper og forretningsførrel og søke å utarbeide en uttømmende oversikt over eiendeler og gjeld. Eiendelene skal dessuten verdsettes av rekonstruktør med eventuell bistand fra sakkyndig, jf. rekonstruksjonsloven § 25 annet ledd. Av § 25 annet ledd følger at *"[s]å vidt mulig, angis den verdien som eiendelene antas å ville ha dersom skyldnerens virksomhet fortsetter, og hva eiendelene, samlet eller delt, kan antas å ville innbringe ved salg."* Hensikten med denne gjennomgangen er å gi rekonstruktøren og kreditorene et best mulig beslutningsgrunnlag for å vurdere om et forslag om rekonstruksjon som fremsettes av skyldneren, skal anbefales av rekonstruktøren eller vedtas av kreditorene. Den relevante sammenligningen for både rekonstruktør og kreditor vil da være salgsverdien i det alternative scenariet – avvikling/konkurs – og om skyldnerens forslag til rekonstruksjon er bedre enn dette alternativet. Etter Advokatforeningens oppfatning bør det enten i ordlyden i utkastet § 25 annet ledd eller i premissene reflekteres at det med *"innbringe ved salg"*, siktes til salg i den alternative situasjonen, dvs. (som oftest) konkursscenarioet.

Verdsettelse av pantsatte eiendeler har også stor betydning for panthaveres deltagelse og posisjon i en rekonstruksjon. En vedtatt tvangsakkord er i dag ikke bindende for kreditorer med fordringer som er sikret med panterett *"innenfor pantets antatte verdi"*, jf. rekonstruksjonsloven § 58. Etter lovens § 40 første ledd vil *"panteheftelser som ligger utenfor pantets antatte verdi"*, bortfalle. Videre vil en panthaver kun ha stemmerett for *"den del av fordringen som sikkerheten antas ikke å ville gi dekning for"*, jf. § 45 annet ledd. Ordlyden i sistnevnte bestemmelse tilsier at det er den antatte tvangsdekningsverdien av sikkerheten som er avgjørende ved vurderingen av omfanget av panthavers stemmerett. Etter Advokatforeningens oppfatning er det imidlertid noe uklart hva som er vurderingstemaet etter §§ 58 og 40 første ledd som viser til *"pantets antatte verdi"*, herunder om det er en annen vurdering/verdi som skal legges til grunn enn ved stemmerett.

Disse bestemmelsene kan med fordel klargjøres i det videre arbeidet, med hensyn til om de skal baseres på verdsettelse i et tvangsdekningsscenario eller verdsettelse basert på at rekonstruksjonsplanen lykkes. En slik klargjøring vil kunne skape forutberegnelighet og redusere potensialet for uenighet om hvilke prinsipper for verdsettelse som skal gjelde for de ulike spørsmålene.

I utkastet § 40 tredje ledd er det foreslått endringer i prosessen for verdsettelse ved innsigelse fra en pantthaver med sikkerhet utenfor pantets antatte verdi. Hensikten er å gjøre prosessen enklere og mindre tidkrevende. Advokatforeningen er enig i at gjeldende regler om skiftetakst ikke er tilfredsstillende, først og fremst fordi en slik prosess tar for lang tid.

Den foreslåtte løsningen i utkastet § 40 tredje ledd, hvor retten kan beslutte at det i stedet skal innhentes en uavhengig verdsettelse som er bindende, støttes av Advokatforeningen. At partene utpeker verdsetter i fellesskap, alternativt at de utpeker hver sin verdsetter som deretter utpeker en tredje verdsetter, er en kjent tvistemekanisme ved uenighet om verdi.

Advokatforeningen mener imidlertid at retten bør kunne sette kortere, men tilstrekkelige, frister for å sikre fremdrift. I utkastet § 40 tredje ledd annet punktum foreslås at verdsettelsen foretas av en verdsetter partene blir enige om, men det sies ingenting om at retten skal sette frist for å oppnå enighet om en verdsetter eller frist for når eventuell felles verdsettelse skal foreligge. Det bør retten kunne gjøre, og det bør fremgå av lovteksten.

Blir partene ikke enige om en felles verdsetter, legges det opp til at hver av partene utpeker en verdsetter og at disse to deretter utpeker den tredje verdsetter. Etter Advokatforeningens syn bør det settes en vesentlig kortere frist enn tre uker for å få på plass verdsettelse, f.eks. én uke. Med forslaget i høringsnotatet vil det kunne gå fire uker fra det (udefinerte) tidspunkt hvor det kan konstateres at partene ikke kan bli enige om en felles verdsetter, uten at arbeid med selve verdsettelsen er påbegynt.

Hvis partsoppnevnte verdsettelse ikke er oppnevnt innen den frist retten har fastsatt, bør retten selv kunne avgjøre spørsmålet om verdi etter fri bevisbedømmelse, og hvor partene kan føre sakkyndige vitner og retten eventuelt kan oppnevne sakkyndige. En slik prosess kan følge reglene om skiftetvist i konkursloven § 145. Det bør følgelig være unødvendig å innhente skiftetakst etter arveloven § 106, som neppe er raskere og rimeligere enn om verdien fastsettes av retten som håndterer rekonstruksjonsprosessen.

16 Diverse

16.1 Behovet for at motivene inneholder mer utfyllende veiledning om lovens bestemmelser

Etter Advokatforeningens syn er en rekke av enkeltbestemmelsene i lovutkastet komplekse og innholdet i dem tidvis utfordrende å forstå. I punkt 16.2 nedenfor vil det bli gitt flere eksempler på dette. En svakhet ved høringsnotatet er at det for mange av disse bestemmelsene gis begrenset eller ingen veiledning i høringsnotatet om hvordan de skal forstås. Jo vanskeligere tilgjengelig en lovtekst er, jo større behov er det for utfyllende informasjon om hvordan reglene skal forstås i motivene.

I den grad lovutkastet bare viderefører de eksisterende reglene i rekonstruksjonsloven, har man i høringsnotatet gjennomgående bare nøydt seg med å vise til nettopp dette – at reglene bare utgjør en slik videreføring – uten å si noe mer om innholdet i bestemmelsene. Advokatforeningen mener dette er en uheldig fremgangsmåte når permanente regler nå skal gis. Som kjent ble den midlertidige rekonstruksjonsloven gitt under helt spesielle forhold våren 2020, under betydelig tidspress, og hvor

forarbeidene og motivene til de enkelte bestemmelsene da nødvendigvis også måtte bli knappe. Når det nå skal gis permanente regler om rekonstruksjon, bør man på en mye grundigere måte også etterprøve/behandle innholdet i de reglene som eventuelt skal videreføres fra rekonstruksjonsloven.

Advokatforeningen oppfatter at en rekke vilkår og formuleringer av enkeltbestemmelser i lovutkastet er hentet fra eller inspirert av EU-direktivet. Gjennomgående er det imidlertid vanskelig å lese denne forbindelsen ut av høringsnotatet – for eksempel sies det lite om dette i de knappe spesialmerkene i høringsnotatet punkt 28. Advokatforeningen har forståelse for at det ofte kan være utfordrende å klarlegge det nærmere innholdet i EU-direktiver. Men hvis man først velger å kopiere løsninger fra EU-direktivet inn de norske bestemmelsene, mener Advokatforeningen at man i det minste bør presisere nettopp dette i motivene. Om ikke annet vil rettsanvenderen da bli informert om at EU-direktivet og rettskilder knyttet til dette kan gi veiledning ved tolkingen av de norske reglene. Hvis man her velger å tie helt om tilknytningen til tilsvarende vilkår i EU-direktivet, skaper dette bare ytterligere, unødig usikkerhet om hva som er innholdet i den aktuelle regelen. Lovreglenes brukervennlighet svekkes da ytterligere.

16.2 Kommentarer til enkeltbestemmelser

16.2.1 Innledning

I det følgende kommenteres innholdet og utformingen av en del enkeltbestemmelser i lovutkastet. Innspillene her kan ikke oppfattes som noen uttømmende angivelse av mangler som må rettes opp i lovforslaget. Gitt den betydelige kompleksiteten som knytter seg til lovforslaget, har tiden kort og godt ikke strukket til for å foreta en grundig utredning og detaljert vurdering av alle de reguleringer/bestemmelser som er foreslått.

Advokatforeningen har ovenfor på flere punkter anbefalt endringer i lovforslaget. Blant annet foreslår Advokatforeningen at det alltid bør oppnevnes rekonstruktør og at rekonstruksjonsåpning alltid og automatisk bør medføre forbud mot kreditorpågang (jf. punkt 5 og 6 ovenfor). Hvis departementet på disse punktene likevel skulle velge løsningene i høringsnotatet, vil det nedenfor også påpekes noen forhold som Advokatforeningen da mener må justeres i lovforslaget. Dette vil altså være innspill av en mer subsidiær karakter; de forutsetter at departementet velger å ikke imøtekomme innvendingene som reises av Advokatforeningen på de aktuelle punktene.

16.2.2 Utformingen av ulike bestemmelser hvor rekonstruktør ikke er oppnevnt

Det vises til punkt 5.1 ovenfor hvor Advokatforeningen fraråder at det skal kunne åpnes rekonstruksjonsforhandling uten rekonstruktør.

Hvis man likevel velger løsningen som høringsnotatet legger opp til, med rekonstruksjoner med og uten rekonstruktør og hvor denne to-sporede ordningen fortløpende er innpasset i bestemmelsene, er det viktig at man nøye gjennomgår samtlige bestemmelser og vurderer/avstemmer om lovteksten er tilstrekkelig dekkende. Advokatforeningens inntrykk er at man ved utarbeidelsen av lovforslaget ikke alltid har vært bevisst dette forholdet. Noen tilfeldige eksempler til illustrasjon:

- (i) Utkastet § 6 siste ledd sier at føreren av Konkursregisteret skal sørge for at "*melding om åpning av forhandling om rekonstruksjon med rekonstruktør*" tinglyses/registreres i Løsøreregisteret, grunnboken mv.: Hva gjelder hvis rekonstruktør ikke er oppnevnt? Advokatforeningen tar for gitt at behovet for slik tinglysing/registrering er det samme her.
- (ii) Utkastet § 18 *fjerde* ledd sier at skyldneren ikke uten rekonstruktørens samtykke kan avhende varer av pantsatt varelager og driftstilbehør. Hva gjelder hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør? Skal skyldneren da stå fritt til å avhende slike pantsatte eiendeler? Ordningen med at

rekonstruktøren skal samtykke, skal verne panthavernes interesser. Skal en skyldner hvor rekonstruktør ikke er oppnevnt, ha plikt til å forelegge spørsmålet om salg for de berørte panthaverne? Er meningen at dette reguleres av pantelovens alminnelige regler?

- (iii) I forlengelsen av ovennevnte: Utkastet § 18 siste ledd pålegger rekonstruktøren å utarbeide en plan for ivaretagelse av panthavernes interesser og kan i den forbindelse bestemme at panthaveren skal motta en andel av vederlaget ved salg som nevnt i § 18 fjerde ledd. Hva gjelder hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør? Skal skyldneren da ha denne plikten til å utarbeide plan?
- (iv) Formuleringen "*eller skyldneren*" i utkastet § 43 siste ledd *første* punktum: Tenkes det her på tilfellene hvor det ikke er oppnevnt rekonstruktør? I så fall bør det presiseres.
- (v) Utkastet § 43 siste ledd *siste* punktum lyder: "*Avstemningen skjer ved fordringshavernes skriftlige meldinger til rekonstruktøren*". Hva gjelder hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør?
- (vi) Utkastet § 47 første ledd siste punktum lyder: "*Er det ikke oppnevnt rekonstruktør, kan forslaget bare fremmes dersom skyldneren finner at det er god utsikt til å få forslaget vedtatt.*" Bestemmelsen virker lite gjennomtenkt. Det er jo skyldneren selv som fremmer dette forslaget, uten at rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg er oppnevnt. Da ligger det selvsagt ingen beskyttelsesmekanisme i at samme skyldner må mene at det er god utsikt til at forslaget kan vedtas!
- (vii) Utkastet § 47 annet ledd sier at det nye forslaget skal sendes til kreditorene "*med rekonstruksjonsutvalgets anbefaling vedlagt*". Hva gjelder hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg?
- (viii) Utkastet § 49 første ledd annet punktum om rettsmøte som eventuelt skal holdes innen tre uker etter at retten har mottatt rekonstruktørens redegjørelse for avstemningen: Hva gjelder hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør og det dermed ikke foreligger noen redegjørelse fra rekonstruktøren?
- (ix) Utkastet § 56 første ledd sier at rekonstruktøren etter stadfestelse av planen skal sende melding til alle kjente kreditorer som ikke er tilsagt full dekning. Hva gjelder om slik utsendelse hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør?
- (x) Utkastet § 59 c siste ledd om at rekonstruktøren skal sørge for sletting av melding: Hva gjelder hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør?

16.2.3 Bruken av begrepene "rekonstruktør", "rekonstruksjonsutvalget" og "kreditorutvalget"

Utkastet § 7 første ledd fastslår at rekonstruktør og kreditorutvalg sammen utgjør rekonstruksjonsutvalget. Utkastet § 7 annet ledd åpner for at det ikke alltid skal oppnevnes kreditorutvalg, og at rekonstruksjonsutvalgets gjøremål da skal utføres av rekonstruktøren.

Når man ellers i lovforslaget bruker betegnelsen "*rekonstruksjonsutvalget*", fremstår det ikke alltid like klart om man skal forstå dette som "*rekonstruktøren*" hvis det ikke er oppnevnt kreditorutvalg og det derfor heller ikke foreligger noe rekonstruksjonsutvalg. Hvordan skal man for eksempel forstå utkastet § 47 første ledd tredje punktum, som fastslår at rekonstruktøren bare kan fremme et nytt forslag hvis rekonstruksjonsutvalget

har anbefalt det, hvis det ikke er oppnevnt rekonstruksjonsutvalg og rekonstruktørens har overtatt rekonstruktørens gjøremål? Skal dette da leses slik at rekonstruktøren ikke kan fremme nytt forslag uten at rekonstruktøren har anbefalt det?

Flere bestemmelser i lovforslaget omtaler rollen til kreditorutvalget. Hvor det ikke oppnevnes kreditorutvalg (og det dermed heller ikke oppnevnes rekonstruksjonsutvalg, jf. ovenfor), går Advokatforeningen ut fra at man må se bort fra disse bestemmelsene. Se som tilfeldig eksempel utkastet § 26 siste ledd om foreleggelse av rekonstruktørens redegjørelse for kreditorutvalget, og den påfølgende utsendelsen av redegjørelsen med kreditorutvalgets merknader. Det bør fremgå klarere av loven at de aktuelle bestemmelsene ikke gjelder hvor kreditorutvalg ikke er oppnevnt, for eksempel ved at man bruker formuleringene "et *eventuelt* kreditorutvalg" eller "..., og *dersom det er oppnevnt kreditorutvalg*, ..." eller lignende.

Utkastet § 43 siste ledd første punktum sier at retten etter begjæring fra "*rekonstruktøren eller kreditorutvalget*" kan beslutte at det skal avholdes kreditormøte til drøftelse av forslaget. Hva med *rekonstruksjonsutvalget* som altså består av rekonstruktøren og kreditorutvalget?

16.2.4 Fordringshavermøte i forbindelse med etterfølgende begjæring om forbud mot kreditorpågang (utkastet § 16 annet ledd)

I punkt 6 ovenfor har Advokatforeningen anbefalt at åpningen alltid og automatisk skal medføre forbud mot kreditorpågang.

Hvis man likevel går videre med forslaget i høringsnotatet om at retten må treffe separat beslutning om slikt forbud og at dette kan skje på et hvert trinn av rekonstruksjonsforhandlingen, bør utkastet § 16 annet ledd klargjøres/presiseres. Her fastslås at det skal innkalles til fordringshavermøte dersom skyldneren begjærer forbud mot enkeltforfølgning på et senere tidspunkt i forhandling. Ut fra ordlyden skal møtet holdes senest fire uker *etter* at retten har truffet avgjørelsen om slikt forbud. Det er uklart for Advokatforeningen hva dette møtet skal handle om. Det gis ingen veiledning i spesialmotivene (høringsnotatet s. 165). Er tanken at retten i møtet skal motta kreditorenes syn på om rettens allerede trufne beslutning skal omgjøres/oppheves? Eller skal kreditorene bare orienteres om hva forbudet innebærer? Uansett er en frist på fire uker mye i en rekonstruksjonsforhandling hvor det normalt vil være mange forhold som må arbeides med og avklares innenfor et kort tidsrom.

16.2.5 Hva henholdsvis en frivillig rekonstruksjon og rekonstruksjon med tvangsakkord kan gå ut på (utkastet §§ 30 og 37)

Som nevnt i punkt 7 ovenfor mener Advokatforeningen at alternativet frivillig rekonstruksjon bør tas helt ut av loven, altså at ordningen kun skal gå ut på rekonstruksjon med tvangsakkord.

Hvis man likevel skal videreføre frivillig rekonstruksjon som et alternativ, bør det foretas justeringer i utkastet §§ 30 og 37 som angir hva disse to ordningene kan gå ut på. Utkastet § 30 angir detaljert, i seks underpunkter, hva et forslag til frivillig rekonstruksjon kan gå ut på. Når det gjelder innholdet i et forslag til rekonstruksjon med tvangsakkord, er tilsvarende bestemmelse formulert mye kortere og åpent, jf. § 37 første ledd som sier at forslaget kan "*gå ut på de tiltak som anses nødvendige for å avhjelpe skyldnerens økonomiske vanskeligheter og sikre at skyldnerens virksomhet helt eller delvis skal kunne videreføres av skyldneren eller noen andre*".

Advokatforeningen ser ingen grunn for at loven detaljert skal beskrive hva en frivillig rekonstruksjon kan gå ut på, mens tilsvarende ikke gjøres hva gjelder innholdet i en rekonstruksjon med tvangsakkord. Så lenge en frivillig rekonstruksjon altså forutsetter samtykke fra samtlige kreditorer, burde det heller være stikk motsatt: At en frivillig rekonstruksjon kan gå ut på "hva som helst", mens det bør være visse begrensninger for en ordning som kan påtvinges kreditorer.

16.2.6 Oppbyggingen av utkastet §§ 16, 17 og 18 – bruken av "forbud mot enkeltforfølgning"

Tittelen i utkastet § 17 lyder "*Virkninger av forbud mot enkeltforfølgning for konkursbegjæringer*". Tatt i betraktning at konkurs tradisjonelt regnes som fellesforfølgning og dermed som noe annet enn enkeltforfølgning, blir denne tittelen pussig når bestemmelsen eller bare regulerer forholdet til konkurs. Advokatforeningen antar at formuleringene som er valgt her kan ha sin begrunnelse i departementets forslag om at en åpning av rekonstruksjonsforhandling ikke alltid og automatisk skal gi beskyttelse mot kreditorpågang (fellesforfølgning eller enkeltforfølgning). I punkt 6 ovenfor har Advokatforeningen anbefalt at det alltid og automatisk skal inntre slik kreditorbeskyttelse ved åpning av kreditorforfølgning. Velger man denne løsningen, kan lovutkastet §§ 16-18 omformuleres i samsvar med rekonstruksjonsloven §§ 17 og 18 (som har tilsvarende paralleller i konkursloven §§ 17 og 18), hvor virkningene i forhold til henholdsvis enkeltforfølgning og fellesforfølgning reguleres i hver sin paragraf.

16.2.7 Virkninger av forbud mot enkeltforfølgning (utkastet § 18 annet ledd)

Utkastet § 18 annet ledd bygger på rekonstruksjonsloven § 18 annet ledd som igjen bygger på konkursloven § 17 annet ledd. Bestemmelsen fastslår at tvangsdekning av skyldnerens eiendeler etter "*tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 8 til 12*" ikke kan skje uten rekonstruktørens samtykke. Når det her vises uttrykkelig til spesifikke bestemmelser i den *norske* tvangsfullbyrdelsesloven, er det naturlig å forstå bestemmelsen slik at kreditorer *ikke* forbyes å gjennomføre tvangsdekning av tilsvarende eiendeler *i utlandet*.

Advokatforeningen ser ingen grunn for at forbudet mot tvangsdekning under en norsk rekonstruksjon skal være begrenset til tvangsdekning av eiendeler i Norge. Når det gjelder konkursboets legalpant (jf. panteloven § 6-4) er det for eksempel lagt til grunn at legalpantet også omfatter pantsatte eiendeler som måtte befinne seg i utlandet. Advokatforeningen foreslår etter dette at det presiseres i lovteksten at forbudet mot tvangsdekning også skal gjelde for eventuelle eiendeler i utlandet. For eksempel kan § 18 annet ledd lyde slik (endring understreket):

"Så lenge forbudet mot enkeltforfølgning gjelder, kan tvangsdekning i skyldnerens eiendeler etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 8 til 12, ikke gjennomføres. Det samme gjelder for tvangsdekning av tilsvarende eiendeler som befinner seg i utlandet."

En annen sak er at det kan oppstå problemer å få håndhevet forbudet når eiendelene befinner seg i utlandet. Men dette bør ikke hindre at det oppstilles et slikt forbud for norske rekonstruksjoner.

16.2.8 Virkningen av skyldnerens fravær i fordringshaver møte (utkastet §§ 24 annet ledd og 29 femte ledd)

Skyldneren pålegges å være til stede på fordringshaver møtet hvor det skal fremlegges et utkast til rekonstruksjon, sml. § 24 annet ledd (rekonstruktør oppnevnt) og § 29 femte ledd (rekonstruktør ikke oppnevnt). Av samme bestemmelser fremgår at skyldneren ikke må stille dersom skyldneren har lovlig fravær eller har fått tillatelse av retten til å være fraværende.

Det er uklart hva som er konsekvensene av et slikt lovlig eller godkjent fravær av skyldneren. Slik bestemmelsene er utformet, synes det som at fordringshaver møtet skal gjennomføres selv om skyldneren uteblir. Men hvordan kan disse møtene gjennomføres når poenget med møtene er at *skyldneren* skal fremlegge et utkast til rekonstruksjon? Er meningen da at det i stedet er *rekonstruktøren* som skal fremlegge utkastet for kreditorene? Og hvem skal fremlegge utkastet hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør, jf. § 29 femte ledd?

Tilsvarende møteplikt for skyldneren og unntak fra denne møteplikten gjelder for rettsmøte før stadfestelse, jf. utkastet § 49 annet ledd. Her også oppstår spørsmålet om hva som skjer hvis skyldneren uteblir og det enten er eller ikke er oppnevnt rekonstruktør.

16.2.9 Behandlingen av utleggsbegjæringer (utkastet § 18 første ledd siste setning)

Bestemmelsen lyder slik:

"Behandlingen av en begjæring om utlegg skal likevel ikke utsettes lenger enn til begjæringen om forbud mot enkeltforfølgning er rettskraftig avgjort."

Hvor fremgår det at en utleggsbegjæring skal "utsettes" dersom den fremsettes etter at tingretten har besluttet forbud mot enkeltforfølgning, jf. at en slik utsettelse fremgår som et premiss her?

Videre kan formuleringen forstås slik at en utleggsbegjæring kan behandles (og tas til følge?) *så snart begjæringen om forbud er rettskraftig avgjort*. Advokatforeningen går ut fra at en slik utleggsbegjæring ikke skal gjenopptas til behandling av namsmyndighetene dersom den rettskraftige avgjørelsen går ut på at det vedtas et forbud mot enkeltforfølgning, altså at meningen eventuelt har vært å åpne for at utleggsbegjæringen kan gjenopptas til behandling dersom nevnte avgjørelse går ut på at det *ikke* nedlegges forbud mot enkeltforfølgning?

16.2.10 Vedrørende opphør av forbud mot enkeltforfølgning (utkastet § 19 tredje ledd siste punktum)

Utkastet § 19 regulerer opphør av forbud mot enkeltforfølgning. Ifølge § 19 siste ledd *første* punktum skal en beslutning om slikt opphør kunngjøres i Brønnøysundregistrene. Utkastet § 19 siste ledd *siste* punktum fastslår at *"§ 6 første ledd gjelder tilsvarende."* Nevnte § 6 første ledd inneholder imidlertid en rekke detaljer om hva en kunngjøring om *åpning* av rekonstruksjonsforhandling skal inneholde (oppnevning av rekonstruktør, fordringshaver møte mv.) Disse reglene/detaljene passer ikke tilsvarende for kunngjøring av en beslutning om å oppheve forbud mot kreditorforfølgning. Henvisningen til § 6 første ledd skaper altså tvil om *hvilke nærmere bestemmelser* i § 6 første ledd som skal gjelde tilsvarende her. Bestemmelsen i § 19 tredje ledd siste punktum må klargjøres på dette punktet.

16.2.11 Bruken av "utkast" og "forslag" til rekonstruksjon (utkastet §§ 24 og 29)

Utkastet §§ 24 og 29 bruker ordet "utkast" om det som skal forelegges kreditorene på et fordringshaver møte og som de skal kunne uttale seg om. I etterfølgende bestemmelser brukes ordet "forslag" om det som skal forelegges kreditorene for avstemming og senere stadfestelse av retten.

Etter Advokatforeningens mening oppfattes "utkast" og "forslag" gjerne som synonyme uttrykk, og det er da forvirrende om disse ordene betyr forskjellige ting i loven her. For å klargjøre forskjellen på de to dokumentene, kan det være bedre å bruke for eksempel "foreløpig forslag", "foreløpig utkast" eller "foreløpig skisse" om det som skal behandles i det innledende fordringshaver møtet, og "forslag" eller "endelig forslag" om det som skal behandles formelt gjennom utsendelse, avstemming og stadfestelse.

Uansett blir det forvirrende å bruke "forslag" i overskriften til utkastet kapittel IV A og § 29 når bestemmelsene her omhandler det man ellers har angitt som "utkast".

16.2.12 Omstøtelse (utkastet § 42)

Det vises til punkt 5.1 ovenfor vedrørende klarheten om hva som gjelder om omstøtelse dersom det ikke er oppnevnt rekonstruktør. Som nevnt der forstår ikke Advokatforeningen hva som menes når høringsnotatet her viser til "*dekningslovens alminnelige regler*".

For øvrig bør dekningsloven § 5-1, som angir virkeområdet for omstøtelsesreglene, presiseres slik at det fremgår klart at reglene gjelder ved "*rekonstruksjon med tvangsakkord*". Dagens formulering – "*forhandling om tvangsakkord*" – knytter seg til de eksisterende, nå midlertidig opphevede reglene om tvangsakkord i konkursloven kapittel VI hvor denne formuleringen er brukt. Se også punkt 16.2.14 nedenfor.

16.2.13 Tidligere mislighold (utkastet § 59)

Utkastet § 59 lyder slik:

"En kontraktspart kan ikke etter stadfestet rekonstruksjonsplan påberope seg skyldnerens mulige mislighold i tiden før rekonstruksjonsbehandling ble innledet."

I høringsnotatet s. 175 sies det ikke annet enn at bestemmelsen viderefører rekonstruksjonsloven § 55.

Bestemmelser reiser flere uklare spørsmål.

Hva menes med at kontraktsparten etter stadfestet rekonstruksjonsplan ikke kan "*påberope seg*" et slikt mulig mislighold? Er dette ment som en særskilt reklamasjonsregel som avskjærer kontraktsparten fra å fremsette krav mot skyldneren etter dette tidspunktet?

I forarbeidene til rekonstruksjonsloven § 55 gis det også svært liten veiledning om dette. I proposisjonen sies følgende: "*Dersom misligholdet fortsetter etter at rekonstruksjonen er gjennomført, vil motparten derimot kunne påberope seg dette på vanlig måte*" (Prp. 75 L (2019-2020) s. 74). Hva menes her med at "*misligholdet fortsetter*"? Hvis skyldneren for eksempel har solgt en mangelfull gjenstand, kan dette utgjøre et mislighold som gir kontraktsparten (kjøper) et mangelskrav, for eksempel krav på erstatning eller utbedring. Hvis de samme manglene ikke er utbedret og dermed fortsatt består etter stadfestelsen – skal kontraktsparten da likevel kunne påberope manglene etter stadfestelsen, fordi de må ses på som et "*fortsatt mislighold*"? Eller sikter man med dette bare til helt nye ytelser (varer eller tjenester) som ytes av skyldneren etter stadfestelse?

Et annet spørsmål er hvordan utkastet § 55 er tilpasset utkastet § 58 tredje ledd. Sistnevnte bestemmelse sier at en "*ukjent fordringshaver som hadde rett til å delta i avstemningen har rett til betaling etter de vilkår som gjelder for den mest sammenliknbare klassen av fordringshavere*". Ved levering av varer eller tjenester som er mangelfulle, anses tradisjonelt misligholdet å ha oppstått ved levering. En kontraktspart kan her tenkes å bli kjent med misligholdet (og dermed kjent med sin kreditorposisjon) på et senere tidspunkt enn stadfestelsestidspunktet. Skal et slikt mangelskrav gi dekning etter § 58 tredje ledd, selv om kontraktsparten ikke har "*påberopt seg*" kravet etter § 55 før stadfestelsen?

16.2.14 Oppretting av terminologien i dekningsloven – "gjeldsforhandling" og "forhandling om tvangsakkord" vs. "rekonstruksjonsforhandling" "rekonstruksjon med tvangsakkord"

En rekke bestemmelser i dekningsloven bruker begrepene "*gjeldsforhandling*" og "*forhandling om tvangsakkord*". Når de eksisterende reglene om gjeldsforhandling i konkurslovens først del forutsettes erstattet av de nye og permanente reglene om rekonstruksjon, bør terminologien endres slik at dekningsloven også bruker "*rekonstruksjonsforhandling*" og ikke "*gjeldsforhandling*". I lovutkastet brukes også begrepet

"rekonstruksjon med tvangsakkord" som vel skal erstatte "tvangsakkord" slik dette brukes i dagens regler i konkurslovens første del.

Basert på ovennevnte mener Advokatforeningen at det i hvert fall er behov for å justere ordlyden i følgende bestemmelser i dekningsloven:

- § 1-1 (fristdagen ved gjeldsforhandling),
- § 1-2 annet ledd (fristen ved konkurs etter forutgående gjeldsforhandling),
- § 1-3 første ledd (fristdagen i andre tilfeller),
- § 1-4 (tidspunktet for åpning av bobehandlingen mv.), § 1-6 (lovens virkeområde),
- § 5-1 første ledd (virkeområdet for omstøtelsesreglene),
- § 5-15 (frist for gjennomføring av omstøtelse),
- § 7-3a (om skyldnerens avtaler ved åpning av gjeldsforhandling, her må tittelen også endres), og
- § 7-4a (virkningen av at avtalen løper videre under gjeldsforhandling).

16.2.15 Oppnevning av rekonstruktør hvis det skal tas opp lån med superprioritetssikkerhet (utkastet §§ 7 første ledd og 20 første ledd)

Utkastet § 7 første ledd angir når det skal oppnevnes rekonstruktør. Foruten at dette skal skje når skyldneren eller et flertall av kreditorene bestemmer det, skal rekonstruktør oppnevnes hvis det begjæres forbud mot enkeltforfølgning eller hvis rekonstruksjonsplanen skal vedtas ved gjennomtvungelse overfor stemmeklasser.

Advokatforeningen forstår imidlertid at rekonstruktør også skal oppnevnes hvis det skal tas opp lån med superprioritet. Dette forutsettes i høringsnotatet s. 55: "*Etter departementets syn bør det være oppnevnt en rekonstruktør for at det skal gis adgang til å ta opp lån med superprioritetssikkerhet, se lovforslaget § 20 første ledd*".

Det fremgår imidlertid ikke klart av § 20 første ledd som det vises til, at rekonstruktør må oppnevnes hvis det skal etableres lån med superprioritet – dette fremgår bare indirekte/motsetningsvis ved ordene i innledningen: "*Er det oppnevnt rekonstruktør...*". I alle tilfeller bør dette presiseres også i § 7 første ledd som jo er hovedbestemmelsen om i hvilke tilfeller det skal oppnevnes rekonstruktør.

16.2.16 Vedr. utkastet § 48 siste ledd

Utkastet § 48 siste ledd er ny sammenlignet med rekonstruksjonsloven. Rekonstruktøren pålegges her, når redegjørelsen med dokumentasjon nevnt i § 48 første ledd sendes til retten, å sende tilsvarende dokumentasjon "*til samtlige som rekonstruksjonsforslaget vil være bindende for etter § 58*".

Etter Advokatforeningens syn er dette en altfor omfattende dokumentasjons-/informasjonsplikt, og den bør begrenses. Dokumentasjonen som angis i § 48 første ledd, og som man altså pålegges å sende til alle som omfattes av rekonstruksjonsforslaget, kan også tenkes å omfatte forretningsmessige forhold eller andre forhold som det er unaturlig at alle involverte skal få kopi av (se f.eks. § 48 første ledd nr. 3 om "*kopi av fordringsanmeldelsene og innsigelsene og de relevante dokumentene som foreligger*"). I større rekonstruksjoner kan det dreie seg om et betydelig antall parter som skal motta denne dokumentasjonen (alle kreditorer og aksjeeiere i selskapet). Videre har retten oppnevnt en rekonstruktør, og eventuelt også et rekonstruksjonsutvalg og en borevisor, til å føre tilsyn og kontroll på detaljnivå, og disse skal ivareta interessene til kreditorene som dermed ikke selv enkeltvis bør ha behov for, eller få, innsyn i selskapets dokumenter.

16.2.17 Vedr. utkastet § 53 første ledd

Det er svært vanskelig å få tak på innholdet i utkastet § 53 første ledd nr. 1. I innledningen til nr. 1 fremstår det som ett av flere vilkår for at retten skal nekte stadfestelse at "*forslaget ikke er blitt vedtatt med nødvendig flertall*". Advokatforeningen legger til grunn at forslaget *alltid* skal nektes stadfestet hvis slikt flertall ikke foreligger. Slik nr. 1 er utformet nå, ser det ut som at det kreves mer for at forslaget i slike tilfeller skal nektes stadfestet, jf. tillegget i forlengelsen: "... og dette skyldes at forslaget...".

Hva er sammenhengen mellom utkastet § 53 første ledd nr. 1 og § 51 nr. 2, jf. at begge bestemmelser handler om nektelse av stadfestelse hvor nødvendig flertall for rekonstruksjonsforslaget ikke er oppnådd?

16.2.18 Noen ytterligere eksempler på formuleringer/vilkår som bør omformuleres eller forklares bedre i motivene

- (i) Utkastet § 20 første ledd (Alternativ 2), uttrykket "*driftstilbehør, varelager og utestående fordringer etter panteloven §§ 3-4, 3-8, 3-10, 3-11 og 4-10*": Det bør tilføyes for eksempel et "mv." etter oppregningen "*driftstilbehør, varelager og utstående fordringer*", da lovbestemmelsene som listes opp i fortsettelsen i samme setning, også omfatter andre eiendeler enn det man tradisjonelt oppfatter som "*driftstilbehør, varelager og utstående fordringer*", sml. henholdsvis § 3-8 om *motorvogner*, § 3-9 om *landbruksmaskiner* og § 3-10 om *fiskeredskaper*).
- (ii) Utkastet § 28 første ledd nr. 6: Hva menes med passusen "*involvering av ansatte så langt*"? Hvilken involvering siktes det til?
- (iii) Utkastet § 28 første ledd nr. 7: Hva menes med passusen "*eventuelle generelle konsekvenser for ansettelsesforhold*"? *Generelle* konsekvenser i motsetning til *spesielle* konsekvenser?
- (iv) Utkastet § 28 første ledd nr. 8 som sier at forslaget skal inneholde en begrunnelse for hvorfor det "*har rimelige utsikter til å avverge skyldnerens insolvens*". Selv om det ikke kreves insolvens for å få åpnet rekonstruksjonsforhandlinger etter utkastet § 1, antar Advokatforeningen at mange skyldnere som begjærer rekonstruksjon, vil være insolvente. I slike tilfeller blir det pussig å beskrive i forslaget hvordan skyldneren skal "*avverge*" insolvens.
- (v) Utkastet § 46 tredje ledd innledningen, formuleringen "... kan ... *anses vedtatt dersom* ...": Har man ment "... skal ... *anses vedtatt dersom* ..."?
- (vi) Utkastet § 46 tredje ledd nr. 2, formuleringen/vilkåret "*gir full dekning før en klasse med lavere prioritet gis dekning eller beholder noen rettigheter etter forslaget*": Sml. også kommentarene i punkt 10.2 ovenfor. Betyr dette at aksjeeiere ikke kan beholde noe før alle kreditorer har fått full dekning? I forlengelsen av samme bestemmelse gjøres følgende unntak: "... *med mindre annet følger av tredje ledd*". Den riktige henvisningen her skal vel være "*fjerde*" ledd og ikke "*tredje*" ledd? Hvis det riktige er å vise til fjerde ledd: Det aktuelle sted i fjerde ledd er vel da fjerde ledd annet punktum som lyder slik: "*Tredje ledd nr. 2 skal ikke være til hinder for at et forslag kan gå ut på at enhver fordringshavers samlede tilgodehavende skal dekkes fullt ut opptil en viss sum, eller at det kan foreslås rimelige endringer i tidspunktet for innfrielse av en fordring og hvilke betalingsmidler en fordring kan innfris med*". For å bruke eksempelet med aksjeeiere ovenfor: Betyr dette at aksjeeierne kan beholde noe dersom kreditorerne får en eller annen fastsatt minstesum (men denne summen kan opplagt ikke være den samme for alle kreditorer i og med at de vil ha forskjellig dekningsprioritet og derfor må forskjellsbehandles)?

- (vii) Utkastet § 46 fjerde ledd tredje punktum lyder: "*Forslaget kan også i særlige tilfeller omfatte tiltak som avviker fra vilkåret i tredje ledd nr. 3 dersom det anses nødvendig eller rimelig for å nå målene med rekonstruksjonsforslaget og forslaget ikke urimelig skader de berørte parter rettigheter eller interesser*". Bestemmelsen inneholder en rekke utpreget skjønnsmessige kriterier ("*særlige tilfeller*", "*nødvendig eller rimelig*", "*ikke urimelig skade*"): Advokatforeningen kan ikke se at det i motivene sies noe om hva som ligger i disse formuleringene. Og skal henvisningen til "*tredje ledd nr. 3*" her være "*tredje ledd nr. 2*"?
- (viii) Utkastet § 46 siste ledd: Det mangler et "*for*" foran "*forslaget*".
- (ix) Utkastet § 51 nr. 3 lyder: "*hvis fordringshavere med tilstrekkelig enhetlige interesser i samme klasse ikke er likebehandlet og behandlet på en måte som står i forhold til fordringene*". I motivene vises bare kort til at bestemmelsen samsvarer med EU-direktivet (høringsnotatet side 174). Advokatforeningen savner ytterligere veiledning om innholdet i bestemmelsen. Hva menes for eksempel med formuleringene "*tilstrekkelig enhetlige interesser*" og "*behandlet på en måte som står i forhold til fordringene*"?
- (x) Utkastet § 52 første ledd nr. 1, uttrykket "*ikke er rimelig og rettferdig*": Er det meningen at "*ikke rimelig*" og "*ikke rettferdig*" her skal være to kumulative vilkår?
- (xi) Utkastet § 52 første ledd nr. 3 og § 59 bruker ordet "*rekonstruksjonsbehandling*". Det antas at dette er en skrivefeil for "*rekonstruksjonsforhandling*".
- (xii) Utkastet § 56 tredje ledd siste punktum som sier at det ved "*håndpant eller pant i enkle krav*" skal sendes melding om bortfall av pantheftelser til henholdsvis "*den besitter pantet, eller til skyldneren for kravet*": Hva med andre, pantsatte formuesgoder som ikke er håndpantsett løsøre og enkle pengekrav, og som heller ikke omfattes av rettsvernsregistre som nevnt i § 56 tredje ledd første punktum, for eksempel pant i uregistrerte aksjer?
- (xiii) Utkastet § 59 a, uttrykket "*med tilbakelevering til skyldneren*" i tittelen: Det oppfattes kunstig å snakke om "*tilbakelevering til skyldneren*" i en rekonstruksjon hvor skyldneren ikke har mistet rådigheten over virksomheten. Uttrykket "*tilbakelevering*" benyttes ved konkurs (jf. konkursloven § 136), men der mister altså skyldneren all rådighet fra konkursåpningen. For øvrig sies det heller ingenting i selve teksten i utkastet § 59 a om "*tilbakelevering til skyldneren*", og tittelen blir da uansett misvisende.
- (xiv) Utkastet § 59 a annet ledd: Det bør fremgå at innstilling av rekonstruksjonsforhandlingen som nevnt forutsetter at skyldneren *begjærer* det. Så lenge insolvens ikke er et vilkår for å åpne rekonstruksjonsforhandling etter utkastet § 1, blir det meningsløst å pålegge retten en plikt til å innstille forhandlingen bare ved at skyldneren kan godtgjøre solvens.
- (xv) Utkastet § 59 a tredje ledd lyder: "*§ 56 gjelder tilsvarende*". Henvisningen skaper uklarhet om hva i § 56 som skal gjelde tilsvarende ved slik innstilling. Dette bør presiseres i § 59 a. Det tas for eksempel for gitt at § 59 a *tredje* ledd ikke får noen anvendelse i disse tilfellene.



Jon Wessel-Aas
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

SAKSBEHANDLER: Hedda Emilie Berntsen
heb@advokatforeningen.no