

Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt pr. e-post til kirsten.lange@jd.dep.no

DERES REF.: 23/251

VÅR REF.: 326070

DATO: 1. mars 2023

Høring - Endringer i konkursloven mv. (rekonstruksjon) - Anmodning om utsatt høringsfrist

1 Innledning

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. Advokatforeningens lovutvalg for hhv. konkurs, akkord, panterett, tvangsfullbyrdelse og inkasso, selskapsrett og bank og finansiering og valuta, har alle startet arbeidet med å gjennomgå høringsnotatet.

Advokatforeningen ber med dette om at fristen for å avgi høringsuttalelse *utsettes med to måneder, fra 13. april til 13. juni 2023.*

2 Nærmere om anmodningen om fristutsettelse

Begrunnelsen for anmodningen er at Advokatforeningen oppfatter høringsnotatet med tilhørende lovforslag som en svært omfattende og kompleks materie. Advokatforeningen trenger ganske enkelt mer tid for å sette seg godt nok inn i de mange temaene som tas opp i høringsnotatet og for å gi departementet tilstrekkelig gjennomtenkte og konstruktive innspill til lovforslaget.

Någjeldende lov (den midlertidige rekonstruksjonsloven 7. mai 2020 nr. 38) ble som kjent vedtatt under betydelig tidspress, som en direkte følge av pandemiutbruddet våren 2020. Loven innebar en lang rekke vesentlige endringer sammenlignet med reglene om gjeldsforhandling i konkurslovens første del. De midlertidige reglene er nå ment å skulle avløses av de nye og permanente reglene i høringsnotatet. Advokatforeningen oppfatter at det i tilknytning til at den midlertidige loven ble gitt i 2020, hele tiden har vært forutsatt, også fra departementets side, at de permanente reglene skulle undergis en langt grundigere forberedelse enn den midlertidige loven av 2020.

Advokatforeningen oppfatter imidlertid at man i høringsnotatet nå foreslår en rekke endringer – sammenlignet både med den midlertidige rekonstruksjonsloven og de midlertidig opphevede reglene om gjeldsforhandling i konkurslovens første del – som nettopp *ikke* er tilstrekkelig utredet og gjennomarbeidet. Advokatforeningen har i den forbindelse merket seg at man på en rekke punkter i høringsnotatet ber uttrykkelig om høringsinstansenes syn på ulike enkeltspørsmål/-temaer. Det er selvfølgelig ikke i seg selv påfallende eller uvanlig at man retter høringsinstansenes oppmerksomhet mot slike spesielle temaer. Advokatforeningen mener likevel at omfanget av disse anmodningene er uvanlig omfattende i denne høringsaken. Samlet etterlater de et inntrykk av at departementet selv har oppfattet de aktuelle temaene og reglene som svært kompliserte og hvor det vil være et særlig behov for ytterligere vurderinger og innspill fra høringsinstansene. Etter Advokatforeningens syn bør departementet da ha forståelse for at høringsinstansene også trenger tilstrekkelig tid til å trene inn i den samme materien.

Samtidig som de nye reglene er komplekse og utformingen av dem tidvis utfordrende å forstå, gis det for mange av bestemmelsene begrenset eller ingen veiledning i høringsnotatet om hvordan de skal forstås.

I den grad lovutkastet bare viderefører de eksisterende reglene i den midlertidige rekonstruksjonsloven, har man i høringsnotatet gjennomgående bare nøyd seg med å vise til nettopp dette – at reglene bare utgjør en slik videreføring – uten å kommentere nærmere innholdet i bestemmelsene. Som nevnt ble imidlertid den midlertidige rekonstruksjonsloven gitt under helt spesielle forhold, under betydelig tidspress. Når det nå tre år senere skal gis *permanente* regler om rekonstruksjon, hadde Advokatforeningen forventet at høringsforslaget på en mye grundigere måte også hadde behandlet innholdet i de reglene som foreslås videreført fra den midlertidige loven.

Advokatforeningen mener videre at det er en svakhet ved høringsnotatet at det ikke adresserer helt sentrale temaer som burde vært behandlet når det nå skal gis permanente regler om rekonstruksjon. Dette gjelder blant annet reglene om *fortrinnsrett for skatte- avgiftskrav* i dekningsloven § 9-3. Disse reglene har vært satt til side i virketiden for den midlertidige loven, jf. forskrift 11. mai 2020 nr. 974. Det er uklart hvorvidt departementet nå foreslår å oppheve denne tilsidesettelsen fra 1. juli 2023, altså å *gjeninnføre* fortrinnsretten for skatte- og avgiftskrav under rekonstruksjon. I den forbindelse bemerkes det bare kort i høringsnotatet at reglene om fortrinnsrett for skatte- og avgiftskrav "*vil bli vurdert på et senere tidspunkt*" (jf. høringsnotatet s. 82). Dette uttales etter at departementet selv i høringsnotatet peker på de unisone tilbakemeldingene som ble gitt i innspillsrunden og evalueringen av de midlertidige reglene om at det forhold at skatte- og avgiftskrav (med unntak av skattetrekk) er gjort til del av akkorden, har vært et av de viktigste suksesskriteriene ved den midlertidige loven.

Advokatforeningen mener det er viktig at dette temaet også behandles når de permanente reglene nå skal gis, og at fortrinnsretten ikke gjeninnføres uten en grundig utredning. Om fortrinnsretten gjeninnføres, samtidig som man beholder regler om absolutt prioritet, risikerer man igjen at rekonstruksjonsinstituttet begrenses til en sanering av gjelden til de alminnelige kreditorene, slik tilfellet var under gjeldsforhandlingsinstituttet i konkurslovens første del. Etter Advokatforeningens syn vil dette innebære et betydelig steg tilbake, og hvor de minste og svakeste kreditorene, vil bli dårligere stilt. Advokatforeningen oppfatter også at dette bryter helt med ett av hovedformålene med rekonstruksjonsreglene; å bidra til at rekonstruksjon skal være et reelt alternativ for å unngå konkurs også for de mindre og mellomstore virksomhetene, som erfaringsmessig oftere har betydelige offentlige restanser enn de større virksomhetene.

Tilsvarende har man i høringsnotatet unnlatt å gå inn på sentrale forhold knyttet til *ansattes rettigheter* under rekonstruksjon (fortrinnsrett for lønnskrav, oppsigelse mv.), samt statlig støtte til lønn gjennom lønnsgarantiordningen, jf. høringsnotatet punkt 14. Høringsnotatet viser her kort til Hurdalsplattformens forutsetninger om at det i fremtiden skal nedsettes et offentlig utvalg som skal gjennomgå konkurslovgivningen, og at det i påvente av en slik gjennomgang, "*ikke [er] naturlig å foreslå endringer i disse*

reglene nå". Advokatforeningen hadde for sin del klart ansett det naturlig at ansattes rettigheter ble vurdert og avklart i forbindelse med utarbeidelsen av forslag til de nye og permanente lovreglene. Uansett burde ikke Hurdalsplattformens forutsetninger være til hinder for at man nå utreder om lønnsgarantien også kan inntre ved rekonstruksjon, hvor lønnsgarantiordningen forskutterer de ansattes lønn mot å få et regresskrav mot selskapet. Dette berører ikke de ansattes rettigheter, tvert imot vil det styrke et av formålene med rekonstruksjon; å sikre/redde arbeidsplasser.

Selv om det ikke synes å fremgå klart av høringsnotatet, oppfatter Advokatforeningen at departementet tar sikte på at de nye lovreglene skal vedtas av Stortinget i vår slik at reglene trer i kraft allerede 1. juli 2023, det vil si samtidig som den midlertidige loven opphører å virke i henhold til endringslov 22. desember 2021 nr. 167. Advokatforeningen tar for gitt at dette tidsløpet *ikke* er mulig å tilpasse en slik grundigere bearbeiding av lovforslaget som Advokatforeningen mener er helt påkrevd.

Advokatforeningens anbefaling er etter dette at departementet nå i stedet forbereder en ny endringslov hvor den midlertidige lovens virketid forlenges ytterligere, dette i påvente av at et forslag til permanente regler kan undergis en grundigere forberedelse og behandling. Etter Advokatforeningens syn bør en slik forlengelse i det minste gjelde for *halvannet år*, slik som den forrige endringsloven 22. desember 2021 nr. 167 hvor lovens virketid ble forlenget til 1. juli 2023. Slik situasjonen fremstår med det foreliggende høringsforslaget og tidsløpet som synes lagt av departementet, vil Advokatforeningen uansett *sterkt fraråde* at man nå haster igjennom en vedtakelse av de permanente reglene for at disse skal kunne tre i kraft allerede 1. juli 2023.

Advokatforeningen mener for øvrig at de nye og permanente lovreglene burde vært forberedt på en langt bredere basis – typisk ved at det ble nedsatt et eget lovutvalg med representasjon fra ulike interessegrupper som ellers er vanlig i større lovsaker som dette. Det gjentas at temaet rekonstruksjon/gjeldsforhandlinger er svært komplisert. Regelutformingen bør ivareta behovet for tilstrekkelige praktiske og fleksible løsninger, samtidig som reglene juridisk må tilpasses og harmonere med omfattende og kompliserte "bakgrunnsregler" (insolvensrett, selskapsrett, mv.). Det minnes om at lovforslaget i stor grad bygger på den midlertidige rekonstruksjonsloven, som igjen var basert på en enmannsutredning fra 2016. Til sammenligning nevnes at arbeidet med den siste revisjonen av gjeldsforhandlingsreglene i konkurslovens første del, ble påbegynt ved at departementet i oktober 1990 nedsatte det bredt sammensatte Falkanger-utvalget. Utvalget avga sin innstilling i april 1993, departementet fremmet lovproposisjonen i desember 1998 og lovendringene ble vedtatt av Stortinget i september 1999. Selv om tidsbruken her ikke i seg selv var forbilledlig, mener Advokatforeningen likevel at den sier en del om kompleksiteten i utformingen av denne typen regler og grundigheten man tidligere har utvist ved forberedelsen av slike lovregler.

Advokatforeningen påpeker også at dette rettsområdet har utviklet seg betydelig på den internasjonale arena de seneste årene. Ikke minst har de fleste europeiske landene, inkludert Sverige og Danmark, fått nye og harmoniserte regler. Advokatforeningen er enig med departementet i at det er viktig i størst mulig grad å harmonisere de norske reglene med EU-retten av hensynet til økt internasjonal handel og stadig flere grenseoverskridende insolvensprosesser. Dette medfører at vi må innføre mer fleksible, omfattende og komplekse regler. Ettersom det i arbeidet med permanente rekonstruksjonsregler er besluttet å ikke nedsette et bredt utvalg, og det er bedt om høringsinstansenes forslag til regulering på flere punkter, anser Advokatforeningen at høringsinstansenes innspill blir særlig viktige som del av lovforarbeidet. Det er dermed også viktig å sikre at høringsinstansene gis tilstrekkelig tid til å foreta grundige og gjennomarbeidede vurderinger.

Advokatforeningen kan ikke se at noen vesentlige interesser vil bli skadelidende ved at man utsetter innføringen av de nye og permanente reglene til et lovforslag er blitt bedre forberedt og utformet. Selv om Advokatforeningen mener at også den midlertidige rekonstruksjonsloven har sine mangler (noe som nok særlig skyldes at loven ble vedtatt under helt spesielle forhold, ekstremt tidspress), har loven likevel fungert

godt i praksis og således avhjulpet en rekke mangler som knyttet seg til de nå midlertidig, opphevede reglene om gjeldsforhandlinger i konkurslovens første del. Dette har også vært den entydige tilbakemeldingen i evalueringene som departementet har inntatt i høringsnotatet. Men igjen – når regler om rekonstruksjon nå skal gis på *permanent* basis, vil Advokatforeningen sterkt anbefale at man forbereder disse reglene grundigere.

Nedenfor nevnes kort noen temaer som Advokatforeningen umiddelbart oppfatter er utilstrekkelig gjennomarbeidet og redegjort for i høringsnotatet med lovutkast. Listen er ikke ment å være uttømmende – den er bare ment å gi noen eksempler på slike mangler ved høringsnotatet.

1) Klassing (høringsnotatet punkt 17, lovutkastet §§ 38, 46 m.fl.):

Lovforslaget representerer her noe helt nytt i norsk insolvensrett, også i forhold til den midlertidige loven. Temaet klassing av kreditorer har i en årrekke hatt betydelig internasjonal oppmerksomhet, hvor ulike jurisdiksjoner har valgt forskjellige løsninger. Etter Advokatforeningens syn er for eksempel hovedbestemmelsen om virkningen av klassing, utkastet § 46, svært tungt tilgjengelig. I høringsnotatets motiver gis det begrenset veiledning om det nærmere innholdet i bestemmelsen.

Som et annet og tilfeldig eksempel på uklarheter som ligger i utformingen av lovutkastet, kan nevnes utkastet § 38 første ledd annet punktum: "*Fordringshavere som etter kontrollerbare kriterier har tilstrekkelig sammenlignbare interesser, skal plasseres i samme klasse.*" Ingenting er sagt i høringsnotatet om det nærmere innholdet og vurderingstemaet i det helt nye og svært vage vilkåret/kriteriet "*som etter kontrollerbare kriterier har tilstrekkelig sammenlignbare interesser*". Advokatforeningen mener dette skaper betydelige problemer for rettsanvenderen.

I det hele tatt fremstår det langt på vei som uklart hva en klassing egentlig innebærer etter lovutkastet, i hvilke tilfeller det er behov for klassing og hvordan klassingen nærmere skal gjennomføres. Inndeling av panthavere i klasse innføres, mens man i en senere bestemmelse synes å fjerne effekten av en slik klasseinndeling. Videre forstår Advokatforeningen det slik at også eierinteressene til aksjeeiere skal kunne klasseres, men det synes for eksempel ikke klart hvordan en dekning til aksjeeiere skal kunne forenes med kravet om absolutt prioritet som lovutkastet ellers synes å bygge på, se her høringsnotatet s. 102 og utkastet § 46 tredje ledd nr. 2 som fastslår at hver klasse skal "*gis full dekning før en klasse med lavere prioritet gis dekning eller beholder noen rettigheter etter forslaget*". Betyr dette at aksjeeiere ikke kan "*beholde noen rettigheter*", dvs. eierinteresser, uten at samtlige kreditorer – både sikrede, fortrinnsberettigede, alminnelige og etterstående kreditorer – har fått full dekning? Dette er sentrale spørsmål som må løses klart i loven.

2) Eiernes innflytelse (høringsnotatet punkt 18, lovutkastet § 39 mv.):

Nytt sammenlignet med den midlertidige loven er at også aksjeeiere i et selskap under rekonstruksjon skal kunne klasseres og bli påtvunget ulike selskapsbeslutninger knyttet til kapitaltilførsel mv. Disse endringene berører en rekke bestemmelser i lovutkastet som fremstår som vanskelig tilgjengelig. Advokatforeningen kan umiddelbart se at det her kan oppstå en rekke spørsmål som ikke synes berørt i høringsnotatet. På dette punktet har lovforslaget også en vesentlig side til aksjelovgivningen. For Advokatforeningen virker det blant annet som at man ikke har tilstrekkelig gjennomtenkt reglene som går ut på at beslutninger truffet under rekonstruksjonsforhandlingene skal tre i stedet for selskapets generalforsamlingsbeslutninger.

3) Superprioritetspant / DIP-finansiering (høringsnotatet punkt 9.4, utkastet § 20)

I høringsnotatet presenteres to alternative regler om etablering av superprioritetspant for å finansiere driften under rekonstruksjonsforhandling. Alternativ 1 innebærer at det åpnes opp for superprioritetspant i alle skyldnerens pantsatte eiendeler, mens alternativ 2 er en videreføring av ordningen i den midlertidige loven hvor superprioritetspant er begrenset til å omfatte tingsinnbegrepspantsatte eiendeler, samt at pantet i tillegg er sikret med 5 % legalpant i henhold til panteloven § 6-5.

Også disse reglene virker utilstrekkelig utredet. For eksempel oppfatter Advokatforeningen begge alternativene slik at det ikke skal gjelde noen beløpsbegrensninger for superprioritetspantene (bortsett fra den 5 %-grensen som er knyttet til legalpantet, jf. panteloven § 6-5). Et superprioritetspant vil medføre et innhugg i eksisterende panthaveres økonomiske interesser. Beskyttelsesmekanismen for eksisterende panthavere synes å bestå i dels at rekonstruksjonsutvalget alltid må samtykke til at superprioritetspant etableres, og dels i at misfornøyde, eksisterende panthavere kan få samtykket overprøvd av tingretten. Vurderingstemaet for tingretten vil da være om enten eksisterende panthaveres sikkerheter blir "*vesentlig forringet*" eller om det er "*tilstrekkelig behov for*" et slikt superprioritetspant. Advokatforeningen registrerer at det ikke er sagt noe i høringsnotatet om hva som skal være de nærmere vurderingstemaene når tingretten skal vurdere vilkårene "*vesentlig forringet*" eller "*tilstrekkelig behov for*" superprioritet. Etter Advokatforeningens syn er nevnte uttrykk vage, uklare og innbyr til tvister som kan vanskeliggjøre gjennomføringen av en rekonstruksjon. Om ikke lovteksten selv presiserer nærmere hva som ligger i disse uttrykkene, bør i det minste motivene gi mer veiledning til rettsanvenderen.

4) Åpning av rekonstruksjonsforhandling uten rekonstruktør/rekonstruksjonsutvalg:

Nytt sammenlignet med den midlertidige loven er at det ikke skal oppnevnes rekonstruktør i alle rekonstruksjonsforhandlinger. Rekonstruksjon skal bare oppnevnes hvis skyldneren ber om det, eller hvis rekonstruksjonen går ut på nærmere angitte forhold (klassing, superprioritet mv.). Forslaget betyr videre at rekonstruktør kan bli oppnevnt på et senere stadium i rekonstruksjonen. Alt dette har medført behov for en lang rekke særtilpasninger i lovteksten. Den valgte ordningen skaper imidlertid en rekke uklarheter om hva som egentlig gjelder i ulike situasjoner. Dette skal altså være prosessuelle regler som bør være enkle å forstå, som skal praktiseres i hele landet, av små og store tingretter og av små og store virksomheter. For å unngå unødige tvistesporsmål (som igjen kan skape unødig, økt arbeidsbelastning for involverte tingretter), for å gi tilstrekkelig veiledning for å legge til rette for en ensartet praksis rundt om i landets tingretter, og ikke minst for å gjøre det forståelig for brukerne hva de to ulike alternativene innebærer, mener Advokatforeningen at reglene bør utformes på en langt klarere måte, og antakelig som to ulike prosesser.

Tilsvarende uklarheter oppstår for øvrig når lovforslaget ikke tilstrekkelig grad klargjør hva som skjer med oppgaver som er tillagt rekonstruksjonsutvalget, i tilfellene hvor det enten ikke er oppnevnt rekonstruktør eller bare oppnevnt en rekonstruktør og ikke et rekonstruksjonsutvalg. Disse uklarhetene synes for øvrig også å smitte over på andre regler i lovforslaget. For eksempel er det ikke mulig å forstå hva som skal gjelde om *omstøtelse* hvis det ikke er oppnevnt rekonstruktør/ rekonstruksjonsutvalg, jf. lovutkastet § 42. I høringsnotatet gis bare 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.*" Hva betyr det at "*dekningslovens alminnelige regler*" skal gjelde hvor det ikke er oppnevnt rekonstruktør? Dersom departementet har ment at omstøtelsesreglene også skal gjelde i slike tilfeller, blir jo neste spørsmål *hvilken part som da skal forfølge omstøtelseskravene*. Man mener vel ikke at dette skal være *skyldneren* som selv har foretatt den omstøtelige disposisjonen?

5) Kreditorbeskyttelse (høringsnotatet punkt 9.2, lovutkastet §§ 16 flg.)

Nytt sammenlignet med den midlertidige loven er at kreditorbeskyttelse for skyldneren (forbud mot kreditorpågang) ikke skal inntre automatisk ved åpning av rekonstruksjonsforhandling. En separat beslutning om kreditorbeskyttelse skal imidlertid kunne treffes av tingretten når som helst på et senere tidspunkt i rekonstruksjonsforhandlingene. Videre skal en beslutning om kreditorbeskyttelse senere kunne oppheves. Alle disse nyvinningene har medført behov for en rekke særskilte tilpasninger i ulike bestemmelser i lovutkastet. Advokatforeningens umiddelbare syn er at man har lyktes dårlig med disse tilpasningene, blant annet fordi det i forlengelsen av dem oppstår nye spørsmål og temaer som ikke virker tenkt på. Lovutkastet inkluderer i én og samme prosess et antall alternative valg av regler og veier å gå, der det nok fremstår for Advokatforeningen som lovteknisk klarere, og mer hensiktsmessig og pedagogisk, å dele inn i ulike typer insolvensprosesser / "pre-insolvency"-prosesser.

3 Avsluttende merknader

I lys av ovennevnte ber Advokatforeningen om å få utsatt høringsfristen med to måneder, til 13. juni 2023. Høringsfristen 13. april 2023 er for knapp til at det er realistisk for Advokatforeningen å kunne vurdere høringsforslaget tilstrekkelige grundig og gi gode og gjennomarbeidede innspill på alle de komplekse problemstillinger høringsnotatet reiser.

Advokatforeningen mener at lovutkastet på en rekke punkter virker utilstrekkelig forberedt og gjennomarbeidet. Når det nå for første gang skal gis permanente regler om rekonstruksjon, bør forberedelsen av reglene etter Advokatforeningens syn være langt grundigere enn dem som ble gjort i forbindelse med vedtakelsen av den midlertidige rekonstruksjonsloven i 2020. Basert på at den midlertidige loven oppfattes å ha fungert noenlunde greit i praksis og avhjulpet mangler ved de tidligere reglene om gjeldsforhandling i konkurslovens første del, anbefaler Advokatforeningen at departementet nå forbereder en ny forlengelse av virketiden for denne loven, i påvente av at permanente regler kan undergis en tilstrekkelig grundig forberedelse.

Med vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær