

Justisdepartementet

Sendt på lovadelingen@jd.dep.no

Oslo, 1. november 2016

Ansvarlig advokat:
Kristoffer Aasebø

HØRINGSNOTAT TIL "REKONSTRUKSJON I TURBULKENTE TIDER" FRA NORDISK-BALTISK INSOLVENSNETTVERK

1. INNLEDNING

De undertegnede er de norske deltakerne i «Nordisk-Baltisk insolvensnettverk».

Det nordisk-baltiske nettverket ble dannet i 2010 for å bidra til mer harmoniserte og oppdaterte insolvensregler i det nordisk-baltiske området. Å styrke den nordisk-baltiske innflytelsen i den europeiske harmoniseringsdebatten, og vise at det er mulig å komme frem til harmoniserte regler på sentrale deler av insolvensjussen, er også viktige formål for nettverket.

En rekke akademikere og praktikere med spisskompetanse innen insolvensrettslige spørsmål fra Sverige, Norge, Danmark, Finland, Estland, Latvia og Litauen har møttes regelmessig gjennom seks år og diskutert seg frem til felles anbefalinger innenfor ulike insolvensrettslige områder. Etter oppstartsmøte i Tallinn har nettverket møttes i Uppsala, Helsingfors, Ålborg, Oslo, Riga, Vilnius, Tallinn og Stockholm.

I Oslo var Bull & Co Advokatfirma AS og partnerne Siv Sandvik, Saloume Djoudat og Kristoffer Aasebø vertskap for nettverket.

Hver nasjon har blitt organisert som en gruppe, som for svensk del har blitt ledet av nettverkets leder Erik Selander. De ulike kontaktpersonene her vært Siv Sandvik (Norge), professor Anders Ørgaard (Danmark), advokat Pekka Jaatinen (Finland), professor, advokat og tidligere justisminister Paul Varul (Estland), advokat Gatis Flinders (Latvia) og professor og formann i Litauens Høystesrett, Rimvydas Norkus.

I dette høringsnotatet vil vi gjennomgå forslagene i «Rekonstruksjon i turbulente tider» (forslagene) sett opp mot nettverkets anbefalinger og drøftelser (anbefalingene). Generelt kan man si at forslagene er i tråd med nettverkets arbeid, og at forslagene i stor grad bøter på de svakheter vi i dag ser ved gjeldsforhandlingsinstituttet. Alle forslagene er i tråd med nettverkets anbefalinger og er således et skritt på vei i riktig retning. På enkelte punkter har imidlertid nettverket anbefalinger som kommer i tillegg til forslagene, og som kan være avgjørende for en vellykket reform av gjeldsforhandlingsinstituttet. Disse forhold vil vi komme tilbake til i **pkt. 3**.

Enkelte av forslagene går også lenger enn nettverkets anbefalinger. Det foreslås for eksempel en mulighet for å finansiere restruktureringen med pant i skyldnerens eiendeler som går foran eksisterende kontraktspant. Dette er tanker nettverket støtter og som kan innføres i norsk rett uten at det er på tvers av nettverkets anbefalinger, men spørsmålet om prioritet i forhold til eksisterende kontraktspant er blitt ansett som et område der det er vanskelig å nå frem til forslag til en harmonisert, internasjonal regel, og nettverket har derfor ikke foreslått en slik løsning. Dette illustrerer de begrensninger som ligger i en harmonisert tilnærming, og nettverket understreker at dette ikke bør begrense at utviklingen i Norge går enda lenger i riktig retning.

Sluttproduktet *Nordic Insolvency Recommendations on Insolvency Law* ble ferdigstilt av professor Mikael Möller ved Uppsala Universitet i juni 2016. Hele det 54 sider lange dokumentet kan leses her <https://bankforeningen-public.sharepoint.com/Documents/1606%20Insolvency%20law.pdf>. Nettverkets ambisjon har vært å rette arbeidet mot de områdene av insolvensretten som det er viktigst å harmonisere. Denne innfallsvinkelen medfører at nettverkets anbefalinger berører en rekke spørsmål også utenfor det som var mandatet i denne omgang. En oversikt over nettverkets øvrige anbefalinger finnes i **pkt. 4**.

Det er nettverkets syn at det er en betydelig styrke dersom de norske reglene som nå utformes kommer til å bli mest mulig i tråd med lovgivningen i de øvrige nordiske og baltiske land over tid. Harmoniseringsarbeid i de øvrige deltakerlandene er også på trappene. Betydningen av harmoniserte løsninger redegjøres det for innledningsvis i **pkt. 2**.

2. BETYDNINGEN AV HARMONISERTE LØSNINGEN

Det nordisk-baltiske insolvensnettverket ble dannet på bakgrunn av finanskrisen i 2007-2008, som rammet de baltiske landene spesielt hardt. Nettverkets arbeid har avdekket flere vesentlige svakheter også ved norsk insolvenslovgivning som vil gjøre det vanskeligere enn nødvendig å håndtere en omfattende økonomisk krise i Norge.

Nettverkets forhåpninger er at arbeidet vil få betydning på EU-nivå, regionalt og nasjonalt, også i Norge. Nettverkets arbeid viser at det er mulig å komme frem til harmoniserte, internasjonale løsninger av god kvalitet på det insolvensrettslige området. Det banebrytende med dette arbeidet er at det er første gang at disse landene i felleskap har satt seg ned for å se på hvordan man kan gjøre også de materiellrettslige insolvensreglene mer likeartet over landegrensene, slik at man langt på vei oppnår rettsenhet og forutsigbarhet på dette viktige området.

En viktig forutsetning for et godt klima for entreprenørskap er at det finnes insolvensregulering som legger til rette for å ta risiko på en ansvarlig måte, og som aksepterer at man kan mislykkes uten å få personlig ansvar. Insolvensretten bør også motvirke konkurransevridding og illojale disposisjoner. En vellykket insolvenslovgivning beskytter levedyktige virksomheter, samtidig som kreditorenes interesser ivaretas, og bidrar således til økt verdiskaping.

Bakgrunnen for nettverkets arbeid var en erkjennelse av at det er betydelige forskjeller i insolvensretten i de ulike baltiske og nordiske land. Slike ulikheter har hatt en negativ effekt på investeringsviljen og tilgangen på finansiering. Dette har først og fremst

rammet de baltiske land. Nettverkets arbeid vil dermed kunne skape bedre rammebetingelser for virksomheter og finansinstitusjoner som arbeider mot de baltiske markeder.

Med en vedvarende lav oljepris og økt økonomisk usikkerhet i Norge kan den usikkerheten som rammet de baltiske land også ramme Norge. En ting er investeringsvilje og tilgang til finansiering i Norge i fremtiden, en annen sak er om vi har hensiktsmessige regler for å beskytte levedyktige virksomheter mot kreditorpågang ved insolvens. Per i dag er det en kjent oppfatning blant de som arbeider med insolvens om at vi ikke har virkemidlene for å løse oljeservice og supplyvirksomheter gjennom en langvarig krise ved hjelp av konkurslovgivningen. I stedet legger de eksisterende norske reglene opp til en rask sanering (nærmest en likvidering) som ødelegger verdiskapningen på sikt. Dette medfører at de restruktureringer som pågår, foregår helt og holdent utenfor domstolen og baserer seg på full avtalefrihet mellom alle parter i restruktureringen. Disse prosessene er svært tids- og kostnadskrevende, ikke minst for debitor som må dekke samtlige restruktureringskostnader for de involverte aktørene. Vi ser der også at det er en stor forskjell internt og mellom de ulike finansielle aktørene (banker, sikrede og usikrede bonds osv.) på den ene side og ordinære vare- og tjenesteleverandører på den annen side. Sistnevnte dekkes som gjerne løpende gjennom restruktureringsperioden, og er som hovedregel ikke involvert i selve restruktureringen (utenom de usikkerheter som presseoppslag mv. gjerne medfører og som minsker/fjerner viljen til ordinær kredittrisiko).

Det spørsmålet nettverket stilte seg er om de forskjeller i insolvenslovgivningen som vi finner mellom de ulike nordiske og baltiske land er hensiktsmessige og godt begrunnede, eller om man kunne finne frem til mer harmoniserte regler. Nettverkets anbefalinger inneholder forslag til harmoniserte regler som burde kunne innpasses i alle de nordiske og baltiske land og på EU-nivå.

Harmonisering er nødvendig på grunn av den økende globaliseringen, som stiller økende krav til forutsigbare, samordnede og harmoniserte regelverk for å skape en effektiv og mer globalisert økonomi.

Investorer og finansieringsvirksomheter ønsker på sin side regler som tilbyr forutsigbarhet, effektive regler som minimerer unødvendig tidsspille, og som gir sikkerhet for investeringene både for långiver og låntaker. Dersom slike regler savnes vil investorer eller finansieringsvirksomheter ha mindre interesse for investerings-/finansieringsmuligheten. Ved insolvens kan vi også se at dersom slike regler savnes kan virksomheter søke å skifte jurisdiksjon for å komme under en mer kvalifisert og effektiv insolvensregulering, såkalt «forum shopping». På samme måte ønsker man å unngå at restruktureringer av større virksomheter kun blir lagt til bestemte land der insolvenslovgivningen er kjent for å gi bedre muligheter for å sikre en "fresh start".

Finanskrisen rettet særlig fokus mot systemkritiske banker i en økonomisk krise. I EU har dette ledet til direktiv 2014/59/EU «Framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms» datert 15. april 2014, det såkalte «krisehåndteringsdirektivet». Formålet med direktivet er å ha regler som sørger for en avvikling av finansinstitusjoner som er insolvente, samtidig som systemkritiske funksjoner ivaretas. Disse reglene gjelder imidlertid kun for finansinstitusjoner og har ingen generell relevans.

Dette direktivet antas å være EØS-relevant, men er ikke ennå tatt inn i EØS-avtalen. Direktivet legger kompetanse til European Banking Authority (EBA), som innebærer at det ikke kan tas inn i EØS-avtalen før det er funnet en generell EØS-tilpasning til EUs finanstilsynsmyndigheter. Banklovkommisjonen utreder, parallelt med EØS-prosessen, norsk regelverk på området. Utredningen er ventet til neste år, og vil deretter bli sendt på høring.

Utenfor banksektoren må det konstateres at EUs insolvensforordning fra 2002 ikke er et tilstrekkelig redskap for å skape harmoniserte regler. Dette da den i stor grad bestemmer hvilket lands lovgivning som skal komme til anvendelse på et tilfelle, og i hovedsak ikke regulerer eller stiller krav til den materielle retten på området. Også etter revisjonen av forordningen i 2015 har denne liten betydning. Innad i de ulike landene spriker den materielle lovgivningen stort. Vi har fra før ikke regulering av grenseoverskridende insolvenssaker i norsk rett utover den nordiske konkurskonvensjonen (1933). EUs insolvensforordning er ikke del av EØS-avtalen og regler om grenseoverskridende insolvensprosesser er heller ikke blitt inkorporert i norsk rett på unilateral basis. Professor Mads Henry Andenæs har på oppdrag fra Justisdepartementet skrevet et forslag til en regulering av slike norsk-internasjonale insolvensspørsmål, der han anbefaler en bilateral fremgangsmåte, men også anbefaler at dette gjøres unilateralt hvis man ikke oppnår avtaler med EU-landene. I Prop. 88 L (2015–2016) - Endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling) foreslår regjeringen nasjonale (og ensidige) endringer i konkursloven i tråd med professor Andenæs' forslag.

Nettverket konstaterer at det ikke finnes tilstrekkelig regulering på EU-nivå som adresserer samordningsspørsmålene innenfor insolvensjussen, og at kvaliteten på de nasjonale reguleringene varierer i betydelig grad. På internasjonalt plan har en rekke organisasjoner og institusjoner utarbeidet retningslinjer for hvordan insolvenslovgivning burde være utformet og samordnet. Dette gjelder for eksempel Verdensbanken, UNCITRAL, ELI (European Law Institute), INSOL International, INSOL Europe og International Insolvency Institute.

EU-kommisjonen har igangsatt et lovendringsforslag om insolvensrett som ventes i slutten av 2016. Kommisjonen har vist betydelig interesse for nettverkets arbeid. En ekspertgruppe med 22 personer ble i desember 2015 satt ned for å arbeide med utkastet til et slikt lovendringsforslag. Fra nettverkets side vil professor Michael Möller fra Uppsala Universitet delta, som eneste skandinaviske deltaker. En fremtidig forordning fra EU vil sannsynligvis bare innebære en forsiktig samordning på begrensede områder, da den skal kunne aksepteres av alle stater. Sannsynligvis vil spillerrommet for de enkelte nasjonalstater bli relativt store. Videre skal ekspertgruppens arbeid foreligge allerede i slutten av 2016, slik at det uansett er tid til å ta hensyn til eventuelle justeringer som EU-prosessen skulle innebære. Det endelige EU-direktivet antas å ligge noen år frem i tid. EU-direktivet som til slutt vil bli presentert antas å ha et relativt begrenset omfang, basert på den informasjonen som er kommet fra disse prosessene så langt.

3. NETTVERKETS ANBEFALINGER SETT OPP MOT FORSLAGENE

3.1 Muligheten for gjeldsforhandling under gjeldsnemndslederens rådighet (nettverkets anbefalinger kap. I)

I henhold til forslaget skal ikke bare skyldneren selv, men også en fordringshaver, kunne begjære åpning av en gjeldsforhandling (rekonstruksjon). Betingelsen for dette er at kreditoren i den sammenheng må redegjøre for hvordan rekonstruksjonen skal gjennomføres og finansieres.

Forslaget må i hovedsak anses som overensstemmende med nettverkets anbefalinger. I mange utenlandske regelverk, som det danske, finske, amerikanske og tyske, gis det muligheter til gjeldsforhandlinger uten skyldnerens samtykke. Gjeldsforhandlingen skjer da av en oppnevnt gjeldsnemndsleder. Rådigheten går over til gjeldsnemndslederen når gjeldsforhandlingen åpnes eller på et senere tidspunkt, og normalt etter begjæring fra en kreditor. En slik mulighet for kreditorene vil gi et press for at skyldneren søker gjeldsforhandling i tide, øke bedriftens egne anstrengelser for å komme til enighet med sine kreditorer og det vil øke tilliten og troverdigheten til at man kan oppnå en gjeldsforhandling, spesielt for små og mellomstore bedrifter som ofte selv mangler kompetansen til å gjennomføre en gjeldsforhandling.

I nettverkets anbefaling går det frem at et vilkår for at gjeldsforhandling kan åpnes uten skyldnerens samtykke er at skyldneren er insolvent og at det er mulig å gjøre endringer i eier- og ledelsesstruktur for å kunne drive videre med varig lønnsomhet (anbefalingenes kap. I pkt. 4). Dette henger sammen med at anbefalingene åpner for at man under gjeldsforhandling bør kunne gjøre endringer i ledelses- og eierstruktur dersom det er nødvendig for å finne en løsning (nettverkets anbefalinger kap. X). Bakgrunnen for at betingelsen knyttet til endringer i ledelses- og eierstruktur er inntatt er at det er vanskelig å se for seg en vellykket gjeldsforhandling som ledes av personer som har motsatt seg åpningen av gjeldsforhandlingen.

3.2 Skyldnerens avtaler ved konkurs og gjeldsforhandling (nettverkets anbefalinger kap. IV)

Nettverkets anbefalinger når det gjelder skyldnerens avtaler er stort sett i tråd med reguleringen i dekningsloven kap. 7. I forslaget legges det ikke opp til noen endringer når det gjelder reguleringen av kontrakter i konkurs og gjeldsforhandling. I nettverkets anbefalinger foreslås det imidlertid at konkurs- eller gjeldsforhandlingsboet gis en rett til å overdra kontraktsposisjoner, noe lovgivningen i dag ikke åpner for dersom avtalen selv ikke gir en slik adgang. Betingelsene for å kunne gjennomføre en slik overdragelse er at boet erklærer at avtalen skal oppfylles som avtalt, at det ikke kan settes spørsmål ved erververens evne til å oppfylle avtalen og at kontraktsmotparten ikke har noen vesentlig ulempe av overdragelsen (nettverkets anbefalinger kap. IV pkt. 15). Etter nettverkets syn er det vanskelig å se motargumentene mot en slik rett til overdragelse. En slik rett til overdragelse vil kunne være helt vesentlig for å vareta verdier i de aller fleste tilfeller. Ikke minst vil dette gjelde for eksempel der spesialprodusert produksjonsutstyr er knyttet opp til bestemte leveransekontrakter.

3.3 Prioritetsreglene (nettverkets anbefalinger kap. VIII)

Forslaget innebærer ingen endringer i prioritetsreglene. Nettverket anbefaler at man også vurderer om innholdet i prioritetsreglene er hensiktsmessige i forhold til å legge til rette for vellykkede gjeldsforhandlinger.

Prioritetsreglene som nettverket anbefaler samsvarer i hovedsak med de prinsipper som de norske reglene i deknl. kap. 9 bygger på. Nettverket bemerker imidlertid at det å gi annet enn pantesikrede krav fortrinnsmessig dekning bør kreve en meget sterk begrunnelse (nettverkets anbefalinger kap. VIII pkt. 4). Nettverket registrerer at spørsmålet om fortrinnsrett er et utpreget politisk spørsmål, og har derfor ikke gitt nærmere anbefalinger på prioritetsrekkefølgen. Det er imidlertid verdt å merke seg at nettverket ikke har funnet det naturlig å anbefale at skatte- og avgiftskrav gis prioritet, slik de gis i norsk rett i dag i deknl. § 9-3. Denne fortrinnsretten er en medvirkende grunn til at det er vanskelig å nå frem i mange gjeldsforhandlinger.

Allerede i NOU 1972:20 foreslo professor Sjur Brækhus at prioriteten til skatte- og avgiftskrav skulle avskaffes helt. Falkanger-utvalget (NOU 1993:16) foreslo igjen å oppheve prioriteten til skatte- og avgiftskrav. Forslagene har imidlertid ikke blitt fulgt opp av lovgiver. Internasjonalt har trenden gått mot avskaffelse av fortrinnsrett for skatte- og avgiftskrav. Danmark opphevet denne fortrinnsretten i 1969, Finland i 1992 og Sverige i 2003. I mange andre europeiske land har det samme skjedd. Fortrinnsretten til skatte- og avgiftskrav har en rekke uheldige effekter, og i et harmoniseringsperspektiv kan denne fortrinnsretten være et avgjørende hinder for en bedre samordning av norske og utenlandske insolvensregler. I tillegg opplever man et stadig mer profesjonelt og løpende oppfølgings- og innkrevningsarbeid hos skatte- og avgiftsmyndighetene både på regionalt og kommunalt plan. Dette innebærer at det store behovet for å opprettholde særprioriteringen med bakgrunn i at skatte- og avgiftsmyndighetene er en "ufrivillig" kreditor ikke er like sterkt som tidligere.

3.4 Forvaltningen av gjeldsforhandlingsbo (anbefalingene kap. XI)

Forslaget regulerer ikke spørsmål om forvaltningen av gjeldsforhandlingsboet. Fra et internasjonalt perspektiv er regler som sikrer en god forvaltning av gjeldsforhandlingsboet sentralt for tilliten til gjeldsforhandlingene. Dersom norske regler gir en svakere regulering av dette enn harmoniserte internasjonale standarder kan det svekke tilliten til norske gjeldsforhandlinger.

Selv om en bostyrer eller gjeldsnemndsleder har et generelt profesjonsansvar for uaktsomme handlinger, anbefaler nettverket at det tas inn uttrykkelige regler om bostyrer og gjeldsnemndslederens ansvar for økonomisk tap som oppstår for boet/selskapet, skyldneren, en kreditor eller en tredjeperson, og som skyldes gjeldsnemndslederens eller bostyrers uaktsomme utførelse av sitt verv (anbefalingene kap. XI pkt. 12).

Nettverket ser at flere land innfører krav til domstolens kompetanse til å håndtere insolvensprosesser, som spesielt er viktig når domstolene i nye europeiske regelverk får en mer sentral rolle i forhold til gjeldsforhandling etter amerikansk modell. Nettverket anbefaler at konkurser, gjeldsforhandlinger og andre insolvensprosesser håndteres av spesialdomstoler eller avdelinger og/eller enkeltdommere med spesiell innsikt i og kunnskap om det insolvensrettslige området. Dersom domstolen som har jurisdiksjon i

saken ikke kan møte dette kvalitetskrav, bør ikke domstolen få en sentral eller aktiv rolle i insolvensprosessen (anbefalingene kap. XI pkt. 13-14).

3.5 Restruktureringsplanen (anbefalingene kap. XII)

Det foreslås at aksjeeiernes rettigheter kan bli endret gjennom planen, en mulighet som vi i dag ikke har i Norge. Dette vil øke sannsynligheten for at restruktureringsplaner blir vedtatt og forslaget er på dette punktet i tråd med nettverkets anbefalinger.

I tråd med den internasjonale utviklingen anbefaler nettverket at restruktureringsplanen i tillegg også skal inneholde den mer forretningsmessige delen av restruktureringen, slik at også denne delen skal gjennomgå av retten og tas opp til avstemming.

I forslaget legges det ikke opp til vesentlige endringer i avstemmingssystemet. Her går nettverket i sine anbefalinger ett skritt videre. Nettverket anbefaler at hele avstemmingssystemet endres, og at man etter amerikansk/anglosaksisk modell etablerer avstemmingsgrupper der kreditorer og aksjeeiere med likeartede interesser stemmer sammen. Hensikten med et slikt gruppesystem er å skape større fleksibilitet og gi større spillerom for kreative men juridisk bindende ordninger innenfor og mellom de ulike interessentgruppene enn de vi har gjennom det eksisterende prioritetssystemet.

Dette gruppesystemet og det forholdet at også aksjeeiernes interesser kan berøres av planen, åpner for å kunne konvertere gjeld til egenkapital, og for at enkelte kreditorer kan få oppgjør i annet enn penger til en verdi som tilsvarende andre grupper av samme prioritet får utbetalt i penger. I forbindelse med domstolens prøving av restruktureringsplanen sikres det at en gruppe kreditorer (for eksempel aksjeeierne) får beholde større økonomiske verdier enn en annen gruppe med bedre prioritet (for eksempel leverandørene), uten at de bedre prioriterte interessentene samtykker til det.

Det foreslås at skyldneren under rekonstruksjon kan beslutte ikke å tre inn i arbeidskontrakter, men utover dette beholdes kontraktens «superprioritet» i gjeldsforhandlinger i forslaget. Nettverket anbefaler imidlertid at rekonstruksjonsplanen også skal kunne gripe inn i kontraktsforpliktelser, og omgjøre disse til alminnelige konkursfordringer (uprioriterte krav). Nettverket ser ikke hvorfor kontraktsregulerte leveranseforpliktelser skal ha en annen prioritet enn kontraktsregulerte finansielle forpliktelser. Omfattende leveranseforpliktelser, gjerne til forhåndsavtalte regulerbare priser, kan i fallende markeder medføre at driften går med tap. Slike leveransekontrakter kan gjøre det umulig å fortsette virksomheten, og med dagens regelverk vil slike leveransekontrakter ikke kunne endres under gjeldsforhandlingen. I forslaget legges det opp til alternativet å selge ut virksomheten, slik at leveranseforpliktelsen blir liggende igjen som en uoppfylt forpliktelse i et selskap som deretter helt sikkert går konkurs. En hel- eller delvis virksomhetsoverdragelse i en slik situasjon vil nokså sikkert måtte skje til sterkt rabatterte priser. En ordning der slike leveransekontrakter kan omgjøres til en alminnelig konkursfordring ivaretar både hensynet til virksomheten, de ansatte og hensynet til likebehandling av kreditorerne på en langt bedre måte.

3.6 Miljøansvar ved konkurs og gjeldsforhandling (nettverkets anbefalinger kap. XIII)

Det ligger utenfor forslagets mandat å se på forholdet ved miljøansvar i forbindelse med gjeldsforhandlinger. Nettverket mener imidlertid at miljøperspektivet er helt sentralt

samfunnshensyn, og at hensynet til miljøet bør hensyntas også ved en gjeldsforhandling. Forslaget inneholder ingen regulering av miljøhensyn.

I norsk rett kan et miljøansvar i prinsippet være et dividendekrav, men vi har ingen regler i norsk rett som sikrer dette på en klar og tydelig måte. Nettverket anbefaler at det gis uttrykkelige regler som sikrer at forurensningsmyndighetenes krav som har sammenheng med skyldnerens handlinger eller unnlaterer før insolvensprosessen tok til, skal være en dividendefordring.

Det anbefales at miljøansvar i form av økte eller nye krav fra forurensningsmyndighetene og som oppstår under fortsatt drift ved gjeldsforhandling (eller konkurs) skal være et massekrav og/eller et krav som ikke omfattes av gjeldsforhandlingen. Slik prioritet oppnås i norsk rett i prinsippet bare dersom gjeldsnemnda eller bostyrer uttrykkelig påtar seg et slikt ansvar. Denne prioriteten kan i prinsippet også oppstå ved konkludent adferd, og det kan diskuteres i hvilken grad miljøansvar ved fortsatt drift kan gis en slik prioritet uten uttrykkelig vedtakelse. Nettverkets anbefaling innebærer at det bør gis regler som sikrer miljøkrav som oppstår under fortsatt drift under gjeldsforhandling/konkurs fortrinnsrett, slik at mulig miljøansvar hensyntas ved beslutning om videre drift under gjeldsforhandling eller konkurs.

Videre anbefales det at dersom det foreligger oppfylte eller uoppfylte etablerte krav fra forurensningsmyndighetene knyttet til forurensning av en eiendom eller annen eiendel på starttidspunktet for insolvensbehandlingen, så skal slike miljøkrav ha fortrinnsrett til dekning i kjøpesummen for den aktuelle eiendel når den selges. Dersom den aktuelle eiendel ikke dekker de påløpte eller fremtidige opprydningskostnadene vil et slikt overskytende krav i hvert fall være et dividendekrav. Hvorvidt et slikt overskytende krav også burde få prioritert status anser nettverket som et politisk spørsmål som det ikke tar stilling til.

3.7 Beskyttelse for utenrettslige gjeldsforhandlinger (nettverkets anbefalinger kap. XV)

Forslaget har ikke regler om beskyttelse av utenrettslige gjeldsforhandlinger. Nettverket anbefaler at domstolene etter begjæring fra skyldner kan gi en midlertidig beskyttelse fra kreditorpågang i tre uker mens utenrettslige gjeldsforhandlinger pågår. Noen slik mulighet finnes ikke i norsk rett i dag. Anbefalingen er at domstolen kan gi slik beskyttelse dersom kreditorer og andre interessenter som ved gjeldsforhandling har en adekvat beskyttelse av sine rettigheter, ikke påføres skade gjennom den midlertidige beskyttelsen. Videre må det være sannsynlig at gjeldsforhandlingene kan føre frem.

4. EN KORT REDEGJØRELSE FOR NETTVERKETS ØVRIGE FORSLAG

4.1 Innledning

Som nevnt har nettverkets innfallsvinkel vært å fokusere på alle deler av insolvensreguleringen som med fordel kan harmoniseres. Selv om nettverkets øvrige forslag ligger på kanten av eller utenfor det mandatet som dommer Leif Villars-Dahl har fått, og således ikke nødvendigvis er på agendaen i denne omgangen, nevnes de viktigste øvrige forslag nedenfor. Det er nettverkets mål at også disse forslag vil tas opp når man ser på nødvendige revisjoner av konkurs- og dekningsloven.

4.2 Styreansvar ved fortsatt drift av insolvente selskap (anbefalingene kap. II)

Ledelsens ansvar ved drift på kreditors regning er et sentralt insolvensrettslig tema. De er også sentrale i spørsmål som reises av styrer og administrasjon i samtlige utenrettslige gjeldsforhandlinger. anbefalinger til lovregulering av dette ble presentert av UNCITRAL i 2014 i en fjerdedel av lovgivningsguiden for insolvensretten. I kap. VI anbefaler nettverket omstøtelsesregler lignende de vi finner i den norske dekningsloven kap. 5, herunder regelen om subjektiv omstøtelse (actio pauliana) i dekl. § 5-9. I dekl. § 5-9 benyttes denne regelen som vilkår for omstøtelse på subjektivt grunnlag i stedet for en mer generell culperegulering som er ansvarsgrunnlaget for styreansvar i aksjeloven § 17-1.

Nettverket anbefaler at det gis en erstatningsregel i tråd med den subjektive omstøtelsesregel. Dette kan ikke ses som en skjerping eller lemping av ansvarsgrunnlaget i forhold til culperegelen, men innebærer først og fremst en mer presis angivelse av vurderingstemaet. Dette antas å gjøre de skjønsmessige temaene lettere anvendbare når ansvarsgrunnlaget skal vurderes i insolvenssituasjonen. De sentrale delene av anbefalingen lyder slik (anbefalingene kap. II pkt. 3 første og andre ledd):

“If a company’s business has improperly been continued after a company became insolvent, and a representative of the company knew or should have known about the insolvency and the circumstances that made the continued operations improper, the representative shall be required to pay compensation to the company’s insolvency estate corresponding to the total disadvantage incurred by the estate due to the improper continued operation.”

The recommended legal effect means that all creditors in the insolvency proceedings in priority order will share the compensation for the loss which the continued operations have caused the estate compared with the outcome of a hypothetical insolvency proceeding on the first day of the liability period.”

4.3 Verdibeskyttelse for panterrettigheter (anbefalingene kap. III)

I insolvensreguleringen er det et vesentlig poeng å sikre tilgang til kapital nasjonalt og internasjonalt. Dette krever at de sikkerhetsretter som kredittgivere og investorer har fått etablert har en adekvat og forutsigbar beskyttelse. Det anbefales at man har regler som gir en kreditor som har en sikkerhetsrett rett til erstatning dersom sikkerhetens verdi reduseres fordi den benyttes ved fortsatt drift under gjeldsforhandling eller konkurs (anbefalingene kap. III pkt. 9).

4.4 Skyldnerens tvister under konkurs (anbefalingene kap. V)

I forbindelse med ny tvistelov fikk vi i tvl. § 16-16 (1) bokstav c) en bestemmelse om at saken stanser dersom saksøkerens bo blir tatt under konkursbehandling og tvistegjenstanden inngår i bomassen. Den opprydding og lovregulering av disse spørsmål som det var behov for, fikk vi imidlertid ikke. anbefalingene til nettverket er inspirert av de regler som praktiseres i Norge og Finland når det gjelder skyldnerens tvister, men for norsk rett bør dette ytterligere lovreguleres for å unngå de uklarheter dagens regler kan medføre.

Nettverket foreslår en løsning i tre trinn av skyldnerens tvister under konkurs. Det foreslås at konkursboet skal ha rett til å velge mellom å tre inn i tvisten eller ikke, noe som må antas å gjelde i norsk rett i dag basert på en fortolkning av dekl. kap. 7 og tvl. § 16-16 (2). Dersom boet velger ikke å tre inn i prosessen, skal kreditorene ha rett til å fortsette saken for boets regning eller å avstå, i tråd med prinsippene som gjelder i norsk rett i dag i kkl. § 118. En nyhet i anbefalingene er at dersom ingen kreditor vil fortsette prosessen går ballen videre til skyldneren som får fortsette saken for boets regning, noe som innebærer at skyldner bare vil ha interesse av å fortsette tvisten dersom det er mulig å oppnå full dekning for alle kreditorene slik at boet kan avsluttes med et overskudd. For å forebygge misbruk foreslås det at skyldnerens styremedlemmer blir medansvarlige for sakskostnader pådratt etter konkursåpning, i tråd med tilsvarende prinsipper for kreditorenes del i norsk rett i dag i kkl. § 118 tredje ledd.

I prosesser mot skyldner foreslås det en regulering av at en dom mot skyldneren som avsies under konkurs ikke skal bestemme kreditorenes dividenderett, men at denne alene skal bestemmes ut fra fordringsprøvelsen under konkursbehandlingen. En slik litispendensvirkning er innfortolket i kkl. 145 første ledd nr. 3) basert på underrettspraksis. En samlet regulering av skyldnerens tvister under konkurs ville klargjort disse spørsmål på en hensiktsmessig måte.

4.5 Omstøtelse (nettverkets anbefalinger kap. VI)

Reglene om omstøtelse er i store trekk samsvarende med de norske regler i dekl. kap. 5. I norsk rett er det imidlertid ikke noe generelt tapsvilkår som vilkår for omstøtelse. Falkangerutvalget foreslo i NOU 1993:16 s. 113-114 at det skulle innføres et generelt tapsvilkår for omstøtelse som et nytt annet ledd til dekl. § 5-1. I Ot.prp.nr. 26 (1998-1999) s. 153-154 kom departementet til at dette forslaget ikke skulle følges opp. Det ble henvist både til at en slik regel ville være prosesskapende og at hva som konkret ligger i et slikt tapsvilkår var uklart, særlig med tanke på betydningen av hvorvidt skyldneren var solvent på disposisjonstidspunktet. I praksis vil et tapsvilkår kunne innfortolkes i flere av de ulike bestemmelsene.

Nettverket foreslår i anbefalingene kap. VI pkt. 2, at det i samsvar med svensk og dansk lovgivning oppstilles et slikt generelt tapsvilkår. Netverket mener det prinsipielt bør være slik at omstøtelse skal være betinget av at en eller flere kreditorer har lidt et tap som følge av transaksjonen som skal omstøtes, og kan ikke se noen begrunnelse for at omstøtelse skal kunne skje dersom tapsvilkåret ikke er oppfylt. Dersom kreditorene ikke har litt noe tap som følge av disposisjonen, vil en omstøtelse tvert i mot innebære en tilfeldig vinning for boet og kreditorfellesskapet.

4.6 Fordringer oppstått etter åpningen av en insolvensprosess (nettverkets anbefalinger kap. X)

Anbefalingene knyttet til reglene om behandlingen av fordringer oppstått etter åpning av konkurs eller gjeldsforhandling er i hovedsak i samsvar med gjeldende norsk rett i dekl. § 9-2, dog slik at anbefalingene ikke stiller krav om at slike krav oppstått under gjeldsforhandling bare dekkes hvis det foreligger samtykke fra gjeldsnemndslederen. Det er i anbefalingen tilstrekkelig at skyldneren har påtatt seg denne forpliktelsen etter åpning av gjeldsforhandling (anbefalingene kap. X pkt. 4).

4.7 Håndtering av konserner ved konkurs og gjeldsforhandling (nettverkets anbefalinger kap. XIV)

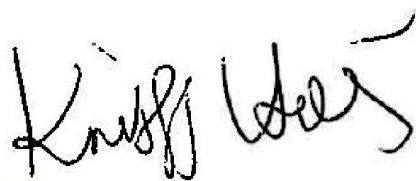
Nettverket har tatt med anbefalinger som skal sikre effektiv og hensiktsmessig gjeldsforhandling eller konkursbehandling i konserner. I norsk rett har vi i dag ingen slike regler, og domstolene oppnevner undertiden samme bostyrer i ulike selskaper som inngår i samme konsernstruktur, andre ganger ikke.

Anbefalingene inneholder blant annet forslag som innebærer en prosessuell samordning gjennom felles begjæring, felles jurisdiksjon og felles gjeldsnemnd/bostyrer. Anbefalingene inneholder også regler som skal sikre samarbeid og kommunikasjon mellom bostyrere og gjeldsnemnder og mellom domstoler og mellom gjeldsnemnder/bostyrer og domstoler. Det anbefales også regler om at det utarbeides en felles eller koordinert restruktureringsplan samt hvordan konserntilknytningen skal hensyntas ved anvendelsen av ordinærreservasjonen og utilbørighetskriteriet ved omstøtelse.

Anbefalingene inneholder også regler om materiell konsolidering (det vil si sammenslåing) av to eller flere konsernselskapers eiendeler og/eller gjeld. Reglene om materiell konsolidering er tenkt anvendt der de berørte konsernselskapers eiendeler eller gjeld er så sammenblandet at det vil medgå uforholdsmessig store kostnader eller urimelig mye tid å finne ut hvilket selskap som er den reelle eier av en eiendel eller den reelle skyldner for en gjeld, eller at enkelte konsernselskaper er benyttet i bedragerilignende transaksjoner uten legitimt forretningsmessige begrunnelse og der materiell konsolidering er nødvendig for å komme transaksjonen til livs og/eller å begrense den skade som transaksjonen har påført kreditorer eller andre interessenter i konkursen eller gjeldsforhandlingen.

Nettverkets anbefalinger følger vedlagt i sin helhet i engelsk språkdrakt.

Vennlig hilsen



Kristoffer Aasebø
Advokat, Partner
Bull & Co Advokatfirma AS



Siv Sandvik
Advokat, Partner
Advokatfirmaet Schjødt AS

Vedlegg