

Rapport til Nærings- og Handelsdepartementet

*Konkurs og en ny start: Holdninger til
konkurser og konsekvenser af konkurs*



KONKURS OG EN NY START: HOLDNINGER TIL KONKURSER OG KONSEKVENSER AV KONKURS

0 INNHOLDSFORTEGNELSE

1	Innledning	3
1.1	EU's rapport	3
1.2	Norge	3
1.3	Innhold	3
2	Holdninger til konkurs.....	4
2.1	Metode	4
2.1.1	Spørreskjema.....	4
2.1.2	Utvalg	4
2.1.3	Representativitet	5
2.1.4	Spørreskjemaenes oppbygning	5
2.2	Resultatet av undersøkelsen	5
2.2.1	Stigma	5
2.2.2	Tilgjengelighet av informasjon	6
2.2.3	Årsaker til konkurs.....	7
2.2.4	Hvilken rolle organisasjoner kan spille for å forebygge at virksomheter mislykkes	7
2.2.5	Konsekvenser av konkurs	7
2.2.6	En ny start etter konkurs	8
2.2.7	Ekstern kontroll	8
3	The Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems .9	
3.1	Effektiviteten av de enkelte land insolvenssystem.	9
3.2	Legal Framework for Creditor Rights	9
3.3	Legal Framework for Corporate Insolvency.....	9
3.4	Features Pertaining to Corporate Rehabilitation.....	10
3.5	Informal Corporate Workouts and Restructurings	10
3.6	Implementation of the Insolvency System.....	10
3.7	Oppsummering	10
4	Juridiske konsekvenser av konkurs; EU-rapportens anbefalinger og gyldigheten for Norge.....	11
4.1	EU-rapportens anbefalinger	11
4.2	Stigma.....	11
4.2.1	Kunnskap om konkurs/insolvens	11
4.2.2	Handel med insolvente virksomheter	12
4.2.3	Informasjon om virksomheter som går fallitt.....	12
4.2.4	Fremme ny start.....	13
4.2.5	Ekstern kontroll	13
4.3	Varsellamper	14
4.3.1	Erkjennelse på et tidligere stadium.....	14
4.3.2	Informasjon	15
4.3.3	Formelle prosedyrer for avdekking av økonomiske problemer.....	15
4.3.4	Informasjon om rettslige muligheter til å redde virksomheter.....	16
4.4	Virksomheters muligheter til å overleve.....	16
4.4.1	Virksomheter bør være pålagt å handle i tide	17
4.4.2	Forenkling av eksisterende prosedyrer	17
4.4.3	Lavere krav for å komme inn slik ordning	17
4.4.4	Konfidensialitet.....	18
4.4.5	Kostnader.....	18
4.4.6	Kontroll av fremlagt dokumentasjon	18
4.4.7	Nye leveranser	19

4.4.8	Spesielle insolvensseksjoner i domstolene	19
4.4.9	Fortrinnsberettigede kreditorer bør ikke bli holdt helt utenfor forhandlingene	19
4.5	Ny start	20
4.5.1	Reduksjon av stigmatiserende effekter av konkurs: Distinksjon mellom "ærlige" og "uredelige" skyldnere	20
4.5.2	Rask frigivelse av gjeld for "ærlige" skyldnere	21
5	EU-rapportens konklusjoner og gyldigheten for Norge	22
5.1	Juridiske konsekvenser av konkurs og muligheten til en ny start	22
5.2	Stigma.....	24
6	Avsluttende bemerkninger.....	25
7	Vedlegg.....	26

1 INNLEDNING

1.1 EU's rapport

Den Europeiske Union har siden 2000 tatt flere initiativ for å identifisere problemstillinger knyttet til restrukturering av bedrifter som har vært under insolvens- eller konkursbehandling eller som har kommet seg etter perioder med betydelige økonomiske vanskeligheter.

Som ledd i arbeidet ble det igangsatt et prosjekt kalt *"Bankruptcy and a fresh start: Stigma on failure and legal consequences of bankruptcy"*. Prosjektets mål var å få et bilde av holdningene til det å feile økonomisk/konkurs, og de juridiske konsekvensene av insolvens.

Som del av prosjektet ble forretningspartneres, finansieringsinstitusjoners og allmennhetens holdning kartlagt. Videre ble de juridiske konsekvensene i de enkelte medlemsland og i USA analysert og sammenlignet.

Deloitte og Deloitte's samarbeidende advokatfirma, Philippe & Partners i Belgia har utført undersøkelsen på vegne av EU-kommisjonen, med Deloitte's Reorganisation Services-nettverk som underleverandører. Resultatet av arbeidet fremkommer av en 357 siders rapport datert juli 2002. Rapporten er i sin helhet tilgjengelig på

http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/bankruptcy.htm.

1.2 Norge

Nærings- og Handelsdepartementet, i samarbeid med Justisdepartementet, har ønsket å gjennomføre en tilsvarende undersøkelse i Norge, og deretter sammenligne resultatene av den norske undersøkelsen med EU's undersøkelse. Videre ønskes vurdert om EU-rapportens anbefalinger og forslag kan overføres til Norge, evt. om det er andre endringer i konkurs- og næringslovgivningen som må vurderes.

Deloitte Advokatfirma DA ved advokat Anne Helsingeng er ved avtale av juli 2003 engasjert til å utferdige en slik rapport for Norge.

Selve gjennomføringen av spørreundersøkelsen og bearbeiding av statistiske grunnlagsdata som ligger til grunn for rapporten er administrert av Justisdepartementet ved Konkursrådets sekretariat.

1.3 Innhold

Denne rapport er delt opp i 2 hovedbolker;

Den første delen handler om hvilke holdninger som foreligger til konkurs og om det foreligger stigma knyttet til det å ha mislyktes.

Den andre delen ser på om EU-rapportens konklusjoner og anbefalinger knyttet til rettslige konsekvenser av konkurs også har gyldighet i Norge, og om det er endringer i konkurs- og næringslovgivningen som må vurderes.

Det er ikke lagt opp til en komparativ studie over insolvensretten i EU og Norge. EU-rapportens omfattende gjennomgang av de enkelte medlemslands regler knyttet til

gjeldsforhandlinger og konkurs vil således kun bli summarisk behandlet så langt dette er nødvendig.

Det vil bli kort redegjort for "Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems" utviklet av Verdensbanken, og hvor Norge står i forhold til implementering av disse.

2 HOLDNINGER TIL KONKURS

2.1 Metode

2.1.1 Spørreskjema

For å kunne vurdere omfanget av stigma knyttet til å gå konkurs eller fallitt, ble det i forbindelse med undersøkelsen for EU utarbeidet flere spørreskjema som skulle belyse forskjellige sider av dette. De samme spørreskjema ligger til grunn også for undersøkelsen i Norge da det er ansett at dette vil gi best mulig grunnlag for sammenligning med analysen i EU-rapporten. I EU's undersøkelse er det i tillegg til utsendelser foretatt intervjuer av objektene - dette er ikke gjort i Norge.

Det er benyttet tre forskjellige skjema, ett for norske bedrifter, ett for finansnæringen og ett som gjelder beskrivelse av den norske insolvenslovgivningen. Det første er oversatt til norsk av hensyn til at ikke alle mottakere kan forutsettes å ha kjennskap til engelsk terminologi. I oversettelsesprosessen er det risiko for at nyanser har gått tapt da det ikke alltid er mulig å finne helt dekkende norske uttrykk. Det legges til grunn at skjemaene i det vesentlige er identisk med skjemaene benyttet i EU-undersøkelsen.

2.1.2 Utvalg

Spørreskjemaet er sendt til 172 norske bedrifter. Disse er tilfeldig plukket ut fra Deloitte's database for markedsovervåkning. Bedriftene er fordelt på ulike bransjer, geografi og etter størrelse.

Av de 172 som mottok spørreskjemaet svarte 100, dvs. en svarprosent på 58,14%.

Av de 100 som svarte utgjør 48 % store, 31 % middels store og 21 % små selskaper. Disse er definert som følger:

- 🚩 Store selskaper: mer enn 50 ansatte
- 🚩 Middels store selskaper: mindre enn 50 ansatte, flere enn 10 ansatte
- 🚩 Små selskaper: mindre enn 10 ansatte

Videre er spørreskjemaet (på engelsk) sendt ut til følgende organisasjoner:

- 🚩 Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon
- 🚩 Bedriftsforbundet
- 🚩 NHO

I tillegg er det utarbeidet eget skjema for finansieringsinstitusjoner som er besvart av Finansnæringens Hovedorganisasjon.

Spørreskjema hvor den norske insolvenslovgivningen skulle beskrives i forhold til *The Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems* utarbeidet av Verdensbanken, er besvart av Konkursrådet.

2.1.3 Representativitet

Til tross for at undersøkelsen er foretatt blant et begrenset antall selskaper og organisasjoner, legges til grunn at utvalget har vært representativt og at resultatet av undersøkelser gir et godt bilde av norsk næringslivs holdning til konkurs.

2.1.4 Spørreskjemaenes oppbygning

Spørreskjemaene er bygd opp slik at man skal kunne få en klar tilbakemelding på følgende forhold:

- ✚ Stigma
Spørsmålene skal evaluere i hvilken grad det foreligger et stigma for virksomheter som har mislykkes, virksomheter som er i vanskeligheter, virksomheter som har kommet seg gjennom en krise, oppstartsselskaper innen IT som har problemer, og i forhold til "ærlige" og "uredelige" konkurser.
- ✚ Informasjon
I den grad stigmatisering foreligger, vil dette bli spredt gjennom informasjonsutveksling. Spørsmålene her fokuserer på hvordan informasjon om virksomheter som er i krise blir formidlet og delt.
- ✚ Årsaker til konkurs
Spørsmålene evaluerer i hvilken utstrekning det foreligger kunnskap og bevissthet i næringslivet om hva som er de vanligste grunnene til at virksomheter ikke lykkes.
- ✚ Hvilken rolle organisasjoner kan spille for å forebygge at virksomheter mislykkes
Spørsmålene undersøker om organisasjoner kan ta spesielle tiltak for å forebygge konkurser og lignende. Videre undersøkes om hvilke kriterier som anvendes for å evaluere risiko og om det foreligger interne mekanismer som kan avsløre at en virksomhet har problemer.
- ✚ Konsekvenser av konkurs
Spørsmålene tar sikte på å avdekke hvordan næringslivet forholder seg til selskaper som har gått konkurs.
- ✚ Ny start
Spørsmålene fokuserer på om virksomhetene tror at lovgivning kan bidra til en ny frisk start og til å eliminere stigmatiseringen av virksomheter, personer o.a. som har vært involvert i konkurser, og om virksomheter vil gi kreditt til virksomheter som tidligere har mislyktes.
- ✚ Ekstern kontroll
Spørsmålene evaluerer muligheten for å introdusere ekstern kontroll over en virksomhet som er i problemer og om slik kontroll skal bli utført av myndighetene og/eller andre.

2.2 Resultatet av undersøkelsen

2.2.1 Stigma

Undersøkelsen har avdekket at hele 72 % av de spurte mener det er stigma knyttet til det å ha gått konkurs. Dette stemmer godt overens med situasjonen i EU-landene.

Flere av de spurte nyanserer dog sine svar og peker på at graden av stigma vil kunne være avhengig av person, bransje og bedrift. Det er færre blant de små bedriftene som mener at det er stigma knyttet til konkurs enn blant store og mellomstore bedrifter.

De fleste av de spurte mener at næringslivet er i stand til å skille mellom bedrifter som er i krise og de som har kommet seg gjennom krisen. Dette stemmer godt med funnene i EU-undersøkelsen. Imidlertid er det bemerket fra flere at en viss skepsis vil henge igjen, herunder i forhold til vurdering av kredittverdighet.

Et stort flertall av de spurte mener videre at næringslivet skiller mellom de "ærlige" konkursene og konkurser hvor det kan være uredelige og/eller straffbare forhold. Dette stemmer overens med undersøkelsen i EU. Dog sier samtlige i EU at de skiller her, mens hele 22 % av de spurte i Norge ikke skiller. Samtlige organisasjoner som har deltatt i undersøkelsen sier at de mener næringslivet skiller her.

Norske bedrifter er ikke mer tolerante overfor et ungt IT-selskap med oppstartsproblemer enn overfor veletablerte selskaper med et betydelig antall ansatte. Flere har vektlagt at soliditet, god styring og kontroll er det som teller, uavhengig av modenhet. Andre har kommentert at det må være lov å prøve og feile. Organisasjonene, med unntak av deltakeren fra finansnæringen, tenderer likevel mot å være mer tolerant mot unge IT-selskaper med oppstartsproblemer enn de selskaper som har deltatt i undersøkelsen, og de store selskapene er noe mindre tolerante enn de små- og mellomstore. Resultatene stemmer bra med det som fremkommer av EU-undersøkelsen, hvor også det store flertall uttrykker at de ikke skiller.

2.2.2 Tilgjengelighet av informasjon

Selskapene er videre bedt om å gi informasjon om hvordan de oppdager at en potensiell samarbeidspartner har problemer. Det fremkommer at det er mange kilder til informasjon og mange av respondentene har nevnt flere alternativer. Den kilden som er nevnt av de fleste er informasjon fra kollegaer, konkurrenter eller andre innen bransjen, men også informasjon via media og kredittinstitusjoner er ofte nevnt. Av andre kilder fremheves databaser og informasjon fra samarbeidspartneren selv. Imidlertid er det relativt få som nevner at de får opplysninger fra andre kreditorer. Det er flere som kommenterer at beste kilde til informasjon er egen kunderskontroll, dvs. om det oppstår betalingsforsinkelser hos kunder. Funnene i Norge stemmer godt overens med det som er nevnt i EU-undersøkelsen, dog synes informasjon fra andre kreditorer å være en større informasjonskilde i EU enn i Norge.

Det er like mange av deltakerne som svarer at de forhører seg om en konkurs har vært uredelig som de som ikke gjør det. Dette avviker noe fra EU, hvor det fremkommer at et klart flertall forhører seg om dette.

Litt over halvparten opplyser at det ikke er rangeringer over hvor likvide bedriftene er i databaser innen bransjen. Flere kommenterer dog at de ikke har kunnskap om dette eller viser til generelle kredittvurderinger som innhentes hos kredittopplysningselskapene, hvor kriteriet er "kredittverdig" eller "ikke kredittverdig". Av de som opplyser at det foreligger slike rangeringer, opplyser et stort flertall at slike databaser i stor grad er private databaser, mens kun et fåtall viser til databaser hos offentlige institusjoner eller egen organisasjon. Næringslivet synes stort sett å ha tillit til databasene som troverdige. Størst troverdighet har informasjon fra de private databankene, dog er bemerket som svakhet at informasjonen ikke kommer hurtig nok. Flere har nevnt Brønnøysundregistrene som troverdig informasjonskilde, mens informasjon fra advokatfirmaer er minst nevnt. Databasene skiller imidlertid ikke mellom "reale" eller "uredelige" konkurser, selv om dette er informasjon som norsk næringsliv mener er relevant. Svarene fra norsk næringsliv samsvarer godt med det som er funnet i EU-undersøkelsen.

Når det gjelder finansnæringen, opplyses at de i stor grad har egne datakilder. I tillegg innhentes opplysninger fra offentlige registre så som Lysningsbladet og Brønnøysundregistrene. Informasjonen i finansieringsinstitusjonenes databanker deles verken med andre finansieringsinstitusjoner, klienten eller andre. Heller ikke her skilles mellom "reale" konkurser og konkurser som er "uredelige".

2.2.3 Årsaker til konkurs

De spurte er bedt om å opplyse om hva de ut fra sine erfaringer eller antagelser mener er den vanligste årsaken til konkurs. Det er ingen spesielle årsaker som skiller seg ut, de spurte mener at så vel uerfarenhet, finansielle problemer, svindel, ekstragavanse/høye godtgjørelser, manglende kunnskap om ledelse, konflikt med lovverket, eksterne markedsfaktorer, manglende betaling av skatter og avgifter og annet kan være årsaker til konkurs. De spurte var bedt om å rangere alternativene, men dette er kun gjort av 57 av de spurte, mens resten har krysset av for flere alternativer uten rangering. Imidlertid er det ingen vesentlige forskjeller mellom svarene, dog utpeker finansielle problemer seg klarere som årsak hos de som har rangert enn de som ikke har rangert. Deretter er manglende kunnskap om ledelse og eksterne markedsfaktorer påpekt som vanligste årsaker, mens svindel og konflikt med lovverket er de alternativene som er ansett som minst vanlig. Resultatene fra Norge stemmer i resultatet med det som er fremkommet fra EU-undersøkelsen.

2.2.4 Hvilken rolle organisasjoner kan spille for å forebygge at virksomheter mislykkes

Finansnæringens deltaker mener at bankene har en viktig rolle å spille for å forebygge at virksomheter mislykkes gjennom å stille strengere kriterier for tilsagn om kreditt samt ved å føre bedre kontroll med selskapene. Når det gjelder hvilke kriterier som legges til grunn for evaluering av risiko knyttet til virksomheter, nevnes alder, erfaring, forretningsplan, bransje, tidligere konkurser og gjeldsforhandlinger som viktige. Tilbakemeldingen samsvarer med det som er fremkommet fra EU-undersøkelsen.

2.2.5 Konsekvenser av konkurs

De fleste av de spurte er villige til å samarbeide med virksomheter som har finansielle problemer. Mange har imidlertid pekt på at dette ofte forutsetter garantier og lignende hvis det skal ytes kreditt. Også lengden på samarbeidet er nevnt som moment av betydning. Norsk næringsliv synes å være mer positiv til videre samarbeid enn det som fremkommer av EU-rapporten. Når det gjelder samarbeide med virksomhet som har kommet seg på fote igjen etter tidligere konkurs, er så vel norsk næringsliv som næringslivet i EU like positive. Mange har dog kommentert at årsaken til en tidligere konkurs vil være et viktig vurderingsmoment.

Kun halvparten av de spurte mener at bedriftene i sin bransje er oppmerksomme på hvilke restriksjoner som kan iverksettes mot konkursrammede selskaper. Et klart flertall mener at slike restriksjoner skal forhindre andre parter i å samarbeide med insolvente selskaper. I forhold til EU-rapporten synes bedriftene i EU til å ha mer kunnskap om slike restriksjoner enn hva tilfelle er i Norge.

Norsk næringsliv synes å være noe nølende til å involvere seg i ledelsen av bedrifter som er insolvente. En del har kommentert at dette dog er avhengig av muligheten til å redde bedriften eller hvis dette er nødvendig for å redusere egen eksponering. Et stort flertall er dessuten lite villig til å selge aksjer til noen som er insolvent og flertallet ønsker heller ikke å ansette en insolvent person i sitt selskap. Av de som er villig til å ansette en slik person, er det svært mange som har kommentert at de ikke vil ansette denne i ledende stillinger, økonomifunksjoner eller andre funksjoner som innebærer forvaltning av vesentlige aktivposter. Et stort flertall vil dessuten kreve ekstra garantier eller ta ekstra forbehold når de samarbeider med personer som tidligere har gått konkurs. Overfor

bedrifter som er i finansielle vanskeligheter vil bedriftene gjerne sikre sin kreditt ved bankgarantier, men også kreve forskuddsbetaling, kontant betaling, andre typer garantier eller pant. Resultatet fra undersøkelsen i Norge er helt sammenfallende med det som fremkommer av EU-rapporten.

2.2.6 En ny start etter konkurs

Et knapt flertall er i mot at myndighetene skal legge forholdene til rette for muligheten til å starte på nytt for virksomheter som har gått konkurs. Mange av de som har svart presiserer at dette kan stille seg forskjellig avhengig av årsaken til konkursen, og om det dreier seg om en "ærlig" eller "uredelig" konkurs. Et stort flertall er også i mot at lovgiver skal arbeide for å minske næringslivets negative holdninger overfor virksomheter som har gått konkurs, og nesten alle er imot dette i forhold til bedrifter som har begått straffbare handlinger ved en konkurs. Derimot er det en klar oppfatning blant de spurte at de som har gått konkurs ofte lærer av sine feil og vil gjøre det bedre i fremtiden. De spurte sier likevel at de negative holdninger til konkursrammede bedrifter gjør det vanskelig for disse å oppnå gode resultater etter ny oppstart, primært fordi de ikke får finansiering, men også på grunn av vanskeligheter med å finne samarbeidspartnere. I forhold til det som fremkommer av EU-rapporten synes nordmenn mer motstandere av at det offentlige skal arbeide for å redusere stigma i forhold til virksomheter som tidligere har gått konkurs enn hva situasjonen er i EU. Begge steder gis det uttrykk for en viss "second chance"-holdning samtidig som at virksomhetene synes å møte de samme hindringer knyttet til stigma og negative holdninger.

2.2.7 Ekstern kontroll

I spørreundersøkelsen fremkommer at norsk næringsliv mener at lovgiver burde ha strengere kontroll overfor så vel selskaper som har gått konkurs som selskaper som befinner seg i økonomisk vanskeligheter, og at lovgiver i slike tilfeller bør sørge for ekstern kontroll for eksempel fra en regnskapsfører. Et stort flertall er av den oppfatning at en slik person kan bidra til å minske de negative holdninger som er til en bedrift i vanskeligheter. Imidlertid ønsker flertallet ikke at slik kontroll skal være underlagt myndighetene eller under ledelse av kreditorene. Unntak her er representanten for finansnæringen som ønsker kontroll fra kreditor. Flere nevner at en slik person bør være uavhengig, f.eks. en revisor eller advokat. Det er påpekt fra en av organisasjonene at det i akkordsituasjoner bør være kontroll fra myndighetene for å sikre likebehandling av kreditorene. Generelt synes det å være god tro på at så vel kreditorer som ansatte vil se på oppnevning av en egen kriserådgiver som et godt tiltak overfor bedrifter som sliter økonomisk. I forhold til EU-rapporten, synes nordmenn å ha mer tro på strengere offentlig kontroll overfor selskaper som har gått konkurs eller er i økonomiske vanskeligheter enn hva som er tilfelle i EU. Samtidig er det sammenfallende syn på at ekstern kontroll, gjerne fra en kriserådgiver vil kunne være et godt tiltak.

3 THE PRINCIPLES AND GUIDELINES FOR EFFECTIVE INSOLVENCY AND CREDITOR RIGHTS SYSTEMS

3.1 Effektiviteten av de enkelte lands insolvenssystem.

Som ledd i undersøkelsen i EU, ble representanter i hvert medlemsland bedt om å besvare et spørreskjema som skulle belyse effektiviteten av det enkelte lands nasjonale insolvenssystem. Skjemaet var basert på *The Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems* utarbeidet av Verdensbanken, og hvert land skulle opplyse om prinsippene var helt, tilnærmet, delvis eller ikke innført i det respektive land. Konkursrådet har gitt tilsvarende besvarelse for Norge.

I det følgende vil det kort bli redegjort for resultatet av besvarelsene.

3.2 Legal Framework for Creditor Rights

Prinsippene/retningslinjene under dette punkt omhandler følgende:

- ✚ Compatible enforcement systems
- ✚ Enforcement of unsecured rights
- ✚ Security interest legislation
- ✚ Recording and registration of secured rights
- ✚ Enforcement of secured rights

Reglene er fullt eller tilnærmet fullt implementert i Norge og i de fleste EU land.

3.3 Legal Framework for Corporate Insolvency

Prinsippene/retningslinjene under dette punkt omhandler følgende:

- ✚ Key objectives and policies
- ✚ Director and officer liability
- ✚ Liquidation and rehabilitation
- ✚ Commencement: Applicability and accessibility
- ✚ Commencement: Moratoriums and suspension of proceedings
- ✚ Governance: Management
- ✚ Governance: Creditors and the creditors' committee
- ✚ Administration: Collection, preservation, disposition of property
- ✚ Administration: Treatment of contractual obligations
- ✚ Administration: Fraudulent or preferential transactions
- ✚ Claims resolution: Treatment of stakeholder rights and priorities

Prinsippene/retningslinjene er stort sett helt eller tilnærmet implementert i Norge, med unntak av prinsippet knyttet til panthaveres prioritet i pantsatte aktiva, hvor prinsippet kun delvis er implementert i Norge. De fleste prinsippene er stort sett helt eller tilnærmet implementert i EU, dog er det i enkelte land unntak for enkelte prinsipper hvor disse enten ikke er implementert eller kun delvis implementert.

3.4 Features Pertaining to Corporate Rehabilitation

Prinsippene/retningslinjene under dette punkt omhandler følgende:

- ✚ Design features of rehabilitation statutes
- ✚ Administration: Stabilizing and sustaining business operations
- ✚ Information: Access and disclosure
- ✚ Formulation, consideration and voting
- ✚ Plan: Approval of plan
- ✚ Plan: Implementation and amendment
- ✚ Discharge and binding effects
- ✚ International considerations

Prinsippene/retningslinjene under dette punkt er i det vesentlige fullt implementert i Norge. Dog er prinsippene knyttet til International Considerations kun delvis implementert, noe som også gjelder svært mange av EU-landene. For øvrig er de fleste av prinsippene adoptert helt eller delvis av EU-landene, dog med individuelle unntak.

3.5 Informal Corporate Workouts and Restructurings

Prinsippene/retningslinjene under dette punkt omhandler følgende:

- ✚ Enabling Legislative Framework
- ✚ Informal workout procedures

Det fremkommer at Norge ikke har implementert prinsippene knyttet til "Informal workout procedures". Det samme gjelder Italia, Østerrike, Belgia, Tyskland og Spania, mens de øvrige i hvertfall delvis har implementert disse prinsippene.

3.6 Implementation of the Insolvency System

Prinsippene/retningslinjene under dette punkt omhandler følgende:

- ✚ Role of courts
- ✚ Performance standards of the court, qualification and training of judges
- ✚ Court organization
- ✚ Transparency and accountability
- ✚ Judicial decision making and enforcement
- ✚ Integrity of the court
- ✚ Integrity of participants
- ✚ Role of regulatory or supervisory bodies
- ✚ Competence and integrity of insolvency administrators

Prinsippene/retningslinjene knyttet til domstolenes rolle er kun delvis implementert i Norge, mens dette er fullt ut implementert i 9 av EU-landene. Når det gjelder punktet vedr. "Performance Standards of the court, qualification and training of judges", er dette ikke implementert i Norge, og heller ikke i Danmark, Østerrike, Finland og Spania. De øvrige land har implementert prinsippet helt eller delvis. Øvrige prinsipper er helt eller tilnærmet implementert såvel i Norge som de fleste EU-land.

3.7 Oppsummering

Oppsummeringsvis synes den komparative gjennomgangen som er basert på Verdensbankens prinsipper å vise at EU-landene og Norge stort sett har implementert disse prinsippene. Man skal imidlertid være forsiktig med å trekke andre konklusjoner enn nettopp dette. En høyest rating på denne undersøkelsen innebærer ikke nødvendigvis at landet er et eksempel på "best practice".

Imidlertid kan trolig trekkes den konklusjon at EU-landene og Norge stort sett har et effektivt insolvenssystem.

4 JURIDISKE KONSEKVENSER AV KONKURS; EU-RAPPORTENS ANBEFALINGER OG GYLDIGHETEN FOR NORGE

4.1 EU-rapportens anbefalinger

I forbindelse med utarbeidelsen av EU-rapporten avga advokater fra hvert EU-land samt USA en rapport over de juridiske konsekvensene av insolvens.

I de nasjonale rapportene inngikk følgende:

- ✚ Oversikt over definisjoner og terminologi
- ✚ "Varsellamper" og hvordan insolvens kan forebygges
- ✚ Mulighetene til å fortsette økonomiske aktiviteter
- ✚ Rettslige konsekvenser av konkurs og muligheten til en ny start
- ✚ Anbefalinger og lovforslag

På grunnlag av disse rapportene samt resultatet fra spørreundersøkelsene, ble det gitt anbefalinger over mulige tiltak for å forbedre situasjonen for næringsdrivende som står i ferd med å gå fallitt eller næringsdrivende som tidligere har mislyktes og som ønsker å få til en ny start. Anbefalingene er fordelt på hva a) allmennheten, næringslivet og finansnæringen på den ene side kan gjøre og hva b) myndighetene kan gjøre.

Anbefalingene vil i det følgende bli gjennomgått. Til hvert punkt vil det bli knyttet kommentarer til om anbefalingene i EU-rapporten også har gyldighet for Norge samt forslag til konkrete tiltak som bør vurderes. For ordens skyld presiseres at anbefalingene er gjengitt til norsk og at disse ikke er ordrett iht. originalrapporten. Anbefalingenes innhold antas likevel i det vesentlige å være korrekt gjengitt.

4.2 Stigma

a) Allmennheten, næringslivet og finansnæringen

4.2.1 Kunnskap om konkurs/insolvens

EU-rapportens anbefaling

Det ble slått fast at allmennheten, næringslivet og finansnæringen har ulikt nivå på kunnskap om insolvens/konkurs og om konsekvensene knyttet til dette.

Utvikling av informasjons- og opplæringsprogram om konkurs og insolvens ble ansett å kunne bidra til å redusere stigma knyttet til fallitt, f.eks. ved å definere forskjellen mellom "ærlige" og "uredelige" konkurser.

Gyldighet for Norge

Den norske undersøkelsen synes å bekrefte det samme som i EU-rapporten når det gjelder nivå på kunnskap om insolvens/konkurs og konsekvenser knyttet til dette, og det foreslåtte tiltaket om informasjons- og opplæringsprogram kan således være nyttig også for Norge.

Gjennom økt kunnskap om konkurser og bakgrunnen for disse, vil en del av de negative holdninger knyttet til det å gå konkurs, og således stigma, bli redusert. En gjennomgang av utvalgte nettstedene tilhørende næringslivets og finansnæringens organisasjoner samt forbrukerrådet, viser imidlertid at skillet mellom "ærlige" og "uredelige" konkurser overhodet ikke berøres. Det er heller ingen fokus på at "ærlige" konkurser er en naturlig del av et innovativt og offensivt næringsliv, hvor det at noen mislykkes er nattsiden av suksesser. Fokus synes i stedet å være rettet mot tradisjonell kredittsikring snarere enn samarbeid for å hjelpe bedrifter over kneiken. Dette fremkommer bl.a. av "vær varsom-regler i konkurs" utarbeidet av NHO, hvor det gis råd om leveransesstopp, innhenting av betalingsgarantier mv. Det skal dog bemerkes at NHO også har tatt inn anbefalinger om at kreditor ved vurderingen om man ønsker videre samarbeid med kunde som tidligere har gått konkurs, må se hen til kundens oppførsel før og under konkursen. Dette kan således ses som en oppfordring til kreditor til å skille mellom "ærlige og "uredelige" konkurser. Særlig klart fremkommer dette dog ikke.

4.2.2 Handel med insolvente virksomheter

EU-rapportens anbefaling

Bedrifter i økonomiske problemer vil vanligvis møte motstand fra forretningspartnere, finansieringskilder, kreditorer (som krever garantier) og allmennheten (som foretrekker å kjøpe fra andre).

Denne negative holdningen mot virksomheter som er i krise burde bli endret til mer positiv oppfatning av situasjonen, idet fortsatt støtte fra forretningspartnere, finansieringskilder, kreditorer og forbrukere vil bidra til at et selskap unngår konkurs.

Gyldighet for Norge

Samme situasjon synes å gjelde i Norge og den foreslåtte anbefaling er også gyldig her.

Som nevnt ovenfor fokuserer norske organisasjoner stort sett på kredittsikring i når kunder har vanskeligheter. Som gode råd skisseres leveransesstopp, kortere kredittid og krav om betalingsgarantier. Det er mindre fokus på å oppfordre næringslivet til å se på løsningsmuligheter, til ikke bidra til å forstørre problemene, og til å ha tilstrekkelig "is i magen" og ikke "trekke teppet under" en tidligere god kunde. Det skal bemerkes at sistnevnte også kan ha et moralsk tilsnitt som bør understrekes og fremheves. NHO oppfordrer dog i ovennevnte "vær varsom-regler" til drøftinger med kunder som har problemer for å finne løsninger, og hvor det understrekes at det i de fleste tilfeller går bra og at kreditor senere får en mer trofast kunde.

b) Myndighetene

4.2.3 Informasjon om virksomheter som går fallitt

EU-rapportens anbefaling

Informasjon om virksomheter som går fallitt påvirker allmennhetens forestillinger og holdninger til konkurs. Myndighetene bør derfor legge forholdene til rette for klarere, mer dyptgående informasjon til allmennheten som vanligvis mottar informasjon fra media, som mangler objektivitet.

Gyldighet for Norge

Det legges til grunn at anbefalingen til dels har gyldighet for Norge.

I den forbindelse skal likevel fremheves at norske myndigheter gjennom etableringen av Konkursrådet har lagt forholdene til rette for effektiv og resultatorientert arbeid knyttet til konkursbehandling, og derigjennom bidrar til en bedre informasjonsflyt til allmennheten. Konkursrådets rolle i denne forbindelse bør kunne videreutvikles til å omfatte ansvar for at allmennheten tilflytes slik informasjon.

Et tiltak som også kan bidra til bedre informasjonsflyt er at innberetninger i konkursboer gjøres lettere tilgjengelig, f.eks ved at disse legges åpent ut på Konkursregisterets sider på internett. Forslag til dette er under behandling, men forslaget er satt på vent da det gjenstår å få avklart hensyn til personvern o.l. Disse innberetningene er imidlertid allerede i dag tilgjengelige for allmennheten og tilsendelse av disse er gratis. Tjenesten er imidlertid lite kjent og iht. opplysninger fra Konkursregisteret er det stort sett bobestyrere som benytter seg av dette.

4.2.4 Fremme ny start

EU-rapportens anbefaling

Myndighetene bør fremme muligheten for en ny start for virksomheter som tidligere har mislykkes, ved å gjøre dem i stand til å starte nye aktiviteter uten hinder av restriksjoner. Dog gjelder dette ikke ved "uredelige" konkurser.

Gyldighet for Norge

Det er i Norge få legale hindringer for at personer som tidligere har vært involvert i "ærlige" konkurser kan starte opp igjen. Dessuten følger det av den norske undersøkelsen at norske selskap er skeptiske til at myndighetene involverer seg her. Det er således usikkert om anbefalingen har gyldighet også i Norge.

Fra et nylig fremlagt forslag til endringer av konkurslovgivningen fremkommer at det er knyttet stor grad av skepsis til at personer som har vært involvert i en konkurs får kjøpe tilbake konkursdebitors eiendeler. Opprinnelige fremmet Økokrim forslag om totalforbud mot tilbakesalg av konkursdebitors eiendeler til skyldneren eller dennes nærstående. En slik kategorisk regel ville kunne blitt sett på som en restriksjon som kan hindre ny aktivitet. Forslaget er imidlertid ikke videreført, jfr. Ot.prp. nr. 23 (2003/2004) hvor det i stedet er inntatt forslag om spesielle krav til salgsprosedyrer hvis tilbakesalg av eiendeler til skyldneren eller dennes nærstående er aktuelt. Hensynet bak regelen er å hindre planlagte konkurser, men regelen medfører ikke at det skilles mellom "ærlige" og "uredelige" konkurser. Det gjenstår å se om regelen vil føre til at muligheten for en ny start for personer som har vært involvert i "ærlige" konkurser hindres.

4.2.5 Ekstern kontroll

EU-rapportens anbefaling

Nasjonal lovgivning bør sørge for en større kontroll over virksomheter som er i vanskeligheter eller som tidligere har vært involvert i konkurs. Slik kontroll vil berolige kunder, næringslivet og finansnæringen. Slik kontroll kan være av juridisk eller administrativ natur, eller utført av kreditorene eller en ekstern rådgiver (fortrinnsvis).

Gyldighet for Norge

Situasjonen i Norge er tilsvarende de fleste EU-land og anbefalingen antas således å ha gyldighet.

Det skal dog bemerkes at det i dag foreligger en viss grad av ekstern kontroll over virksomheter som er i vanskeligheter gjennom reglene om god revisorskikk, hvoretter kravene til revisors aktsomhet er skjerpet når bedrifter er i vanskeligheter. Revisor har bl.a. som særskilt rolle å etterprøve ledelsens vurderinger om det er grunnlag for fortsatt drift og om driften tilfredsstillende lov og forskrift. Revisors anmerkninger kan komme gjennom presisering i revisjonsberetningen, ved at regnskap ikke godkjennes eller i ytterste fall ved at revisor trekker seg. I sistnevnte tilfelle vil skifteretten overta kontrollen, og hvis ny revisor ikke blir valgt, vil selskapet bli avviklet etter konkurslovens regler.

Revisors rolle i denne forbindelse bør vurderes videreutviklet. Fordelen med å gi revisor en utvidet rolle er at han allerede har en kontrollfunksjon og at han kjenner virksomheten. Man kunne selvsagt tenkt seg etablert andre eksterne kontrollorgan, men det er fare for at dette kan bli mer kostnadskreven og byråkratisk og at dette kan virke dempende på muligheten for ny vekst og ny giv.

4.3 Varsellamper

a) Allmennheten, næringslivet og finansnæringen

4.3.1 Erkjennelse på et tidligere stadium

EU-rapportens anbefaling

Næringsdrivende, som noen ganger har problemer med å erkjenne at de er i økonomiske vanskeligheter, bør "pushes" av eksterne rådgivere som revisorer, overvåkende myndigheter o.a. til å sette i gang tiltak. Slike eksterne råd vil kunne bistå virksomheten til å analysere situasjonen mer objektivt og bør intervensjon på et tidlig stadium slik at så vide bergingsmuligheter som mulig står åpne.

Gyldighet for Norge

Også i Norge synes på det rene at tiltak ofte blir igangsatt for sent, og at bistand fra eksterne kilder vil kunne avhjelpe dette. Anbefalingen har derfor gyldighet også i Norge.

Som påpekt ovenfor under pkt. 4.2.5, har virksomhetens revisor allerede i dag en økt aktsomhetsplikt overfor virksomheter i økonomiske problemer. En videreutvikling av revisors rolle som pådriver kan derfor være et aktuelt og nærliggende tiltak.

En forutsetning for at revisor kan påvirke virksomheten til å forta tiltak tidlig nok, er dog at revisor har en tett og hyppig oppfølging av virksomheten. Ytterligere innskjerping av revisors plikter her bør vurderes.

Videre bør det vurderes å gi revisor adgang til å trekke inn annen type ekstern kompetanse så som juridisk, økonomisk, administrativ kompetanse o.l. hvor dette anses hensiktsmessig for å bidra til økt bergingsmuligheter.

Et annet løsningsforslag kan være å fremme krav om at virksomheten skal knytte til seg eksterne, kompetente styremedlemmer i situasjoner hvor økonomiske problemer begynner å bli prekære. Imidlertid kan dette skape uavklarte forhold knyttet til uavhengighet og ansvar for styret.

4.3.2 Informasjon

EU-rapportens anbefaling

Ikke bare bør en slik ekstern instans intervensere og yte råd på et tidlig stadium, denne bør også gi skyldnerne en klar forståelse for de forskjellige opsjoner som er tilgjengelig og gi nok informasjon om disse opsjonene.

Gyldighet for Norge

God informasjon om og forståelse av alternativer er like viktig i Norge som i EU, slik at anbefalingen også har gyldighet her.

Også her kan revisors rolle tenkes videreutviklet, jfr. det som er sagt ovenfor under pkt. 4.3.1.

b) Myndighetene

4.3.3 Formelle prosedyrer for avdekking av økonomiske problemer

EU-rapportens anbefaling

Egne prosedyrer for avdekking av økonomiske problemer bør innføres, hvoretter nøytrale organisasjoner eller institusjoner (f.eks. egne avdelinger i domstolen) har til oppgave å systematisk gjennomgå og overvåke mulige "blinkende varselampene", for å avdekke virksomheter som er i finansielle vanskeligheter. Slike virksomheter bør informeres om situasjonen og bli oppmuntret til eller pålagt å sette i verk adekvate tiltak. Konfrontering fra ekstern 3. part som overvåker selskapet kan ha positiv effekt på å redde selskapet.

Gyldighet for Norge

Anbefalingen antas også ha gyldighet i Norge.

Brønnøysundregistrene kan tiltenkes en rolle her. Gjennom informasjon knyttet til regnskapsavleggelse, fratreden av styre og/eller revisor og registrering av tvangsdekning, sitter Brønnøysundregistrene nærmest til det som kan defineres som "blinkende varselampene". Det kan f.eks. under paraplyen til Brønnøysundregistrene etableres eget organ som sammenstiller denne informasjonen og som kan konfrontere virksomheter og evt. pålegge eller oppmuntre til tiltak.

Andre som kan tiltenkes en tilsvarende rolle er kredittovervåkingselskapene. Disse samler allerede i dag inn systematisk informasjon om kredittverdighet hos norske virksomheter basert på regnskap, betalingsanmerkninger o.l. Det foreligger imidlertid meg bekjent ingen rutiner for regelmessig tilbakemelding til de virksomheter som får anmerkninger før kredittopplysningen gis videre til 3. mann. Man kunne tenke seg etablert nye rutiner hvoretter virksomheter som faller under et visst nivå på kredittratingen blir gjort oppmerksom på dette, og med oppfordring til å handle.

Organisering av alle slike overvåkningskritt vil imidlertid koste penger, og det må derfor nøye vurderes om kostnaden står i forhold til nytten, eller om det er andre tiltak som er mer kostnadseffektive.

4.3.4 Informasjon om rettslige muligheter til å redde virksomheter

EU-rapportens anbefaling

Næringsdrivende bør bli bedre informert om alle rettslige muligheter i lovgivningen for virksomheter i krise. Velinformerte næringsdrivende vil da kunne ta nødvendige skritt på et tidligere stadium. Myndighetene bør implementere program for å fremme restrukturering gjennom handelskamre og/eller handelsregistre, og således sørge for informasjon om de næringsdrivendes finansielle status.

Gyldighet for Norge

Anbefalingen antas å ha gyldighet også i Norge. Det er grunn til å tro at norske virksomheter ikke har god nok kunnskap om hvilke muligheter som foreligger når krisen inntreffer, og vil derfor kunne trå feil, enten ved bruk av ikke adekvate tiltak eller overhode ikke handle.

Et eksempel på at næringslivet mangler kunnskap om alternativene kan være det faktum at det i Norge er et beskjedent antall offentlige gjeldsforhandlinger, jfr. nedenfor under pkt. 5.1. Som det fremkommer der kan det dog også være andre grunner til at instituttet ikke blir brukt.

På samme måte som anført ovenfor i pkt. 4.2.3, vil Konkursrådets rolle kunne videreutvikles her slik at de rettslige mulighetene blir gjort bedre kjent og i noen tilfeller avdramatisert.

4.4 Virksomheters muligheter til å overleve

a) Allmennheten, næringslivet og finansnæringen

EU-rapportens anbefaling

Oppnevning av kriserådgivere eller "mandataires ad hoc" (Frankrike) til å bistå virksomheter i krise, synes å være et godt tiltak. Slike kan enten oppnevnes av retten eller en involvert finansieringsinstitusjon. En uavhengig kriserådgiver kan fungere som en nøytral part mellom kreditorene og skyldneren. Fra EU-undersøkelsen fremkommer uenighet om slik rådgiver skal være en 3. mann under kontroll av juridiske myndigheter eller uavhengig. Finansnæringen mener at utnevnelsen av en slik 3. mann må være undergitt den strengeste konfidensialitet for å unngå stigma.

EU-rapporten mener at en løsning kan være å fremme inngripen av en kriserådgiver eller en "mandataire ad hoc" under kontroll av en juridisk myndighet, men som opererer under konfidensialitet. En slik inngripen vil beskytte ikke bare kreditorenes interesse, men også rettighetene til den næringsdrivende. Det er for øvrig i rapporten redegjort nærmere for ordningen med "mandataire ad hoc" som man har i Frankrike, hvor erfaringene er svært positive med hensyn til å redde virksomheter fra konkurs.

Gyldighet for Norge

Også i undersøkelsen foretatt i Norge var det stor tilslutning til oppnevning av en uavhengig kriserådgiver. Det vil være et tiltak som vil bli sett på som svært positivt av kreditorene og bidra til å minske negative holdninger (stigma) mot virksomheter som er i krise. Det legges således til grunn at anbefalingen fra EU-rapporten har gyldighet også for Norge. Dog var det i Norge stor tilslutning til at en slik rådgiver skal være uavhengig og ikke underlagt myndighetenes kontroll.

Forholdet til slik uavhengig kriserådgiver er nærmere drøftet nedenfor under pkt. 5.1.

b) Myndighetene

4.4.1 Virksomheter bør være pålagt å handle i tide

EU-rapportens anbefaling

Plikt til å handle i tide kan betydelig øke muligheten for å redde en bedrift i økonomiske vanskeligheter. Loven burde derfor kunne pålegge skyldneren en forpliktelse til å begjære en insolvensprosess der han med rimelighet bør kunne forutse at han ikke lenger kan betale sin gjeld. For skyldnere hvor det foreligger rimelig tvil med hensyn til om de vil kunne betale sin gjeld eller ikke, bør loven kunne stipulere en forpliktelse til å konsultere med en ekstern regnskapsfører eller revisor.

Gyldighet for Norge

I Norge foreligger en rett, men ingen plikt, til å begjære gjeldsforhandlinger ved illikviditet. Det legges til grunn at også i Norge vil en gjeldsforhandling umiddelbart etter at illikviditet med rimelighet er konstatert, kunne bidra til å øke muligheten til å redde bedriften, slik at anbefalingen i EU-rapporten anses å ha gyldighet også her.

Plikt til å vurdere en insolvensprosess kan i visse tilfelle følge av aksjelovenes bestemmelser om handleplikt når egenkapitalen er lavere enn forsvarlig. En ytterligere presisering av bestemmelsen eller innføring av plikt til å begjære gjeldsforhandlinger ved illikviditet av viss varighet, kan bidra til å redusere antall konkurser.

4.4.2 Forenkling av eksisterende prosedyrer

EU-rapportens anbefaling

Restitusjonsprosesser kan være komplekse, og eksterne, spesialiserte råd er vanligvis påkrevet for å veilede virksomhetene i retning av og gjennom en slik prosess. For å gjøre slike prosesser mer vellykkede og populære, bør slik prosesser forenkles.

Gyldighet for Norge

Det er noe usikkert om denne anbefalingen har gyldighet for Norge. Det er dog på det rene at offentlige gjeldsforhandlinger ikke er særlige populære, noe som kan skyldes at disse er for komplekse. Det finnes et betydelig antall uformelle underhåndsakkorder, men det er vanskelig å si noe sikkert om dette skyldes at slike ordninger anses som enklere. Som nevnt ovenfor er det imidlertid ting som tyder på at dette like gjerne kan skyldes manglende kunnskap om de offentlige prosessene eller at næringslivet ikke har tiltro til disse.

4.4.3 Lavere krav for å komme inn slik ordning

EU-rapportens anbefaling

Terskelen for å komme inn i restruktureringsprosesser bør bli lavere i enkelte EU-land. Et vilkår om at insolvens må foreligge samt at det må foreligge mulighet for å komme seg på fote igjen, burde være tilstrekkelig, og lede til mer tilgjengelige prosesser.

Gyldighet for Norge

Denne anbefaling antas ikke å ha gyldighet i Norge. Etter norsk rett er det tilstrekkelig for å oppnå gjeldsforhandlinger å påvise illikviditet samt at det er sannsynliggjort at det er mulig å oppnå en akkord med kreditorene.

4.4.4 Konfidensialitet

EU-rapportens anbefalinger

Konfidensialitet om forhandlingene kan bidra til en mulig redning av selskapet. Dette vil føre til at man unngår at kunder blir påvirket av negativ og unødvendig offentliggjøring i lysningsblad, aviser etc. Rettsmøter bør bare være åpne for involverte parter (kreditorer, administrator etc.)

Gyldighet for Norge

Anbefalingen anses å ha gyldighet også i Norge. Som det fremkommer ovenfor synes å være bred enighet om at det er et betydelig stigma knyttet til insolvensprosesser, og at muligheten til videre drift hindres på grunn av negative holdninger fra så vel kunder som leverandører og andre.

I dag er hovedregelen at offentlige gjeldsforhandlinger skal kunngjøres i Lysningsbladet og i aviser, selv om det foreligger adgang til å unnlate offentliggjøring i særlige tilfeller. Rettsmøtene er offentlige, dog kan det i særlige tilfelle besluttes lukkede dører. Det bør vurderes gjennomført endringer i regelverket hvoretter gjeldsforhandlinger kun gjøres kjent for involverte parter.

4.4.5 Kostnader

EU-rapportens anbefaling

Kostnader til gjeldsforhandlinger er noen ganger til hinder for initiering av rehabiliteringsprosessen og kostnadene burde derfor reduseres.

Gyldighet for Norge

Det legges til grunn at det samme gjelder i Norge. Retten vil normalt kreve betydelige beløp i forskuddsbetaling før gjeldsforhandlinger åpnes. Fra Oslo Skifterett og Byskriverembete opplyses at det minimum kreves innbetalt forskudd med kr. 100.000, og sågar mer ved antatt komplekse saker.

Det er på den annen side vanskelig å se for seg en ordning som skulle innebære at andre enn virksomheten selv skulle finansiere kostnader så som honorar til eksterne rådgivere (gjeldsnemndsleder, revisor mv) til gjennomføring av en akkord. Det bør derfor evt. vurderes om det i mindre saker kan etableres forenklete og mindre kostnadskrevende ordninger, gjerne utenfor rettsapparatets formaliserte sfære, men under kontroll av ekstern rådgiver.

4.4.6 Kontroll av fremlagt dokumentasjon

EU-rapportens anbefaling

Gjennom en restruktureringsprosess vil skyldneren måtte fremlegge en mengde dokumentasjon (f.eks. en redningsplan). Kontroll av denne informasjonen av en nøytral tredjepart vil kunne øke kreditorenes tillit til skyldneren.

Gyldighet for Norge

Det legges til grunn at denne anbefalingen også er gyldig for Norge. Dog skal bemerkes at ved offentlige gjeldsforhandlinger er denne funksjonen allerede ivaretatt av gjeldsnemnda og/eller oppnevnt revisor. Ved uformelle underhåndsakkorder er det imidlertid ikke uvanlig at informasjonen ikke er gjennomgått og verifisert av nøytral tredjemann, noe som kan ha ført til at slike akkorder inngås på sviktende grunnlag med fare for tap for kreditorene.

4.4.7 Nye leveranser

EU-rapportens anbefaling

Et selskap som er i finansielle vanskeligheter og som er i en gjeldsforhandlingsprosess, bør være tillatt å fortsette å betale leverandører som er identifisert til å være forretningskritiske, og betale disse med tilgjengelige kontante midler og til å tilbakebetale gjeld oppstått før starten av gjeldsforhandlingene.

Gyldighet for Norge

Anbefalingen antas også å være gyldig for Norge, hvor prinsippet om likebehandling av kreditorer i dag står sterkt i lovgivningen. Dette kan være til hinder for videre drift hvor leverandører nekter å levere uten å få fullt betalt. Det bør derfor vurderes endringer i lovgivningen hvor dette tillates.

4.4.8 Spesielle insolvensseksjoner i domstolene

EU-rapportens anbefaling

Alle insolvenssaker burde bli tilordnet spesialiserte insolvensseksjoner i et begrenset antall domstoler, i stedet for å belaste alle domstoler med forhold knyttet til insolvensrett. Dommere spesialisert i insolvensrett burde styre konkursdomstolene.

Gyldighet for Norge

Anbefalingen antas å gyldighet også for Norge. Spesialisering av dommere kan bidra til en mer målrettet og effektiv bobehandling som igjen kan bidra til flere vellykkede gjeldsforhandlinger.

Norge har pr. i dag noen få slike særdomstoler, bl.a. Oslo Skifterett og Byskriverembete. Trenden er imidlertid at man går bort i fra slike særdomstoler, noe som i såfall vil være i strid med anbefalingen fra EU-rapporten.

4.4.9 Fortrinnsberettigede kreditorer bør ikke bli holdt helt utenfor forhandlingene

EU-rapportens anbefaling

En viktig grunn for mangel på suksess i rehabiliteringsprosesser er at prosessene i noen tilfeller bare binder usikrede kreditorer. I rapporten fremkommer at man mener det ikke er tilstrekkelig begrunnelse for slike restriksjoner. En regulering av ordningen bør dog ta hensyn til forskjellen mellom usikrede kreditorer og fortrinnsberettigede kreditorer, i den mening at den prosentdel som skal brukes på fortrinnsberettigede kreditorer skal overstige den prosentdel som skal brukes på vanlige usikrede kreditorer. I rapporten fastslås dog at det ikke foreligger tilstrekkelige grunner til å holde fortrinnsberettigede kreditorer helt ute av ordningen.

Gyldighet for Norge

Etter norsk rett er det adgang til å også medta fortrinnsberettigede fordringer i en frivillig offentlig akkord. Fortrinnsberettigede fordringshavere samtykker imidlertid kun unntaksvis til en slik ordning, slik at dette effektivt stopper muligheten til å få til løsninger. Ovennevnte anbefaling antas således også å være gyldig i Norge.

Erfaring viser at krav fra offentlige kreditorer, enten de er fortrinnsberettigede eller alminnelige fordringer, ofte er til hinder for vellykkede gjeldsløsninger. "Hensynet til den alminnelige skattemoral" er en fane som ofte løftes som argument for ikke å delta i kommersielt forsvarlige og hensiktsmessige løsninger. Det bør således vurderes endringer i så vel lovgivning som i Skattedirektorates retningslinjer slik at ikke offentlige kreditorer blir et hinder mot fornuftige gjeldsløsninger.

4.5 Ny start

a) Allmennheten, næringslivet og finansnæringen

EU-rapportens anbefaling

Iht. resultatet fra undersøkelsen i EU, foreligger det et åpenbart stigma som påvirker næringsdrivende som er i vanskeligheter og næringsdrivende som tidligere har vært konkurs. Som følge av dette vil det, selv om lovgiver igangsetter rettslige tiltak for å fremme en ny start, være nødvendig å introdusere en europeisk kampanje som fremmer en ny start og en iverksetterånd ("entrepreneurship"). Det vises også til at ord brukt i forbindelse med fallitter i enkelte medlemsland har svært negative bibetydninger, og som således bør motarbeides.

Gyldighet for Norge

Det legges til grunn at anbefalingen også har gyldighet i Norge, jfr. at det også ut fra undersøkelsen i Norge fremkommer at det er betydelig stigma knyttet til virksomheter som er i krise eller som har vært involvert i konkurser, og at muligheten for en ny start antas å være møtt av hindringer så som problemer med å skaffe finansiering, samarbeidspartnere etc.

b) Myndighetene

4.5.1 Reduksjon av stigmatiserende effekter av konkurs: Distinksjon mellom "ærlige" og "uredelige" skyldnere

EU-rapportens anbefaling

Noen lands lovgivere skaper stigmatiserende virkninger ved å pålegge forskjellige automatiske restriksjoner, diskvalifikasjoner og forbud for skyldnere. Slike tiltak kan unødvendig skade renommeet til ærlige næringsdrivende som har gått konkurs f.eks. som følge av økonomisk krise eller sykdom. En klar distinksjon bør gjøres mellom tiltak og reguleringen som gjelder for "ærlige" konkurser og slike som anvendes for "uredelige" konkurser. Ved å lage slik distinksjon vil 3. manns holdning til skyldnere endres. "Ærlige" skyldnere vil da ikke bli stigmatisert gjennom å bli assosiert med de "uredelige".

Videre er det nødvendig å innføre lovgivning som sørger for at de som formidler informasjon (media o.a.) gir en klar beskrivelse av den næringsdrivendes status. Hvis den næringsdrivende tidligere har gått konkurs, skal informasjonsformidleren være forpliktet til å skille mellom "ærlig" konkurs og "uredelig" konkurs. Lovgiver bør være kapabel til å definere en minimumsterskel for informasjon som denne formidleren må respektere.

Gyldighet for Norge

Det kan ikke ses at det i dag automatisk blir pålagt restriksjoner, forbud o.l. på skyldnere som går konkurs. Konkurskarantene eller forbud mot å drive næringsvirksomhet må besluttes særskilt og her gjøres en klar distinksjon mellom "ærlige" og "uredelige" konkurser. I så måte kan ikke ses at anbefalingen har noen gyldighet for Norge.

EU-rapportens anbefalinger vedrørende informasjonsformidlers plikt til å formidle denne distinksjonen kan imidlertid ha gyldighet i Norge, selv om det vanskelig kan ses etablert lovmessige påbud om innhold i informasjon fra en fri presse.

En vesentlig informasjonsformidler er imidlertid bostyret gjennom sine rapporter til retten med gjenpart til Konkursregisteret. I den standardiserte mal bobestyrerne er pålagt å benytte, vil det fremkomme opplysninger som gir leseren grunnlag for å vurdere om dette er en "ærlig" eller "uredelig" konkurs. Det er således viktig at retten følger opp at malen brukes og at kvaliteten på opplysningene er gode nok. Dette krever igjen at det er tilstrekkelig med midler i boet til at bostyret kan gjøre en god nok jobb her.

4.5.2 Rask frigivelse av gjeld for "ærlige" skyldnere

EU-rapportens anbefaling

En rask og automatisk frigivelse av restgjeld er påkrevet for å fremme en ny start og nye aktiviteter (entrepreneurship). Imidlertid bør en tøffere og mer restriktiv lovgivning gjelde for "uredelige" skyldnere.

Gyldighet for Norge

Anbefalingen kan ha gyldighet for Norge, og spesielt i forhold til personlige skyldnere som enten har gått konkurs og/eller som har begjært gjeldsordning etter gjeldsordningsloven. En personlig konkurs vil ikke føre til at restgjelden faller bort. En skyldner som har vært undergitt personlig konkursforfølgelse kan etter at konkursbehandlingen er avsluttet begjære gjeldsordning iht. gjeldsordningsloven. Denne loven foreskriver en gjeldsordningsperiode på 5 år, dog kan det unntaksvis stadfestes både lengre og kortere periode. I praksis er det sjelden at det fastsettes kortere periode - kreditorene presser snarere på for å gjøre perioden lengre. I tillegg er det klare begrensninger i loven for gjeld knyttet til egen næringsvirksomhet, som i realiteten hindrer næringsdrivende som ikke har avvirket sin næringsvirksomhet fra å anvende loven. Vurderingen av lovens kriterium om at skyldneren må være varig ute av stand til å betjene sin gjeld vil ofte medføre at en selvstendig næringsdrivende som ikke har fast stabil inntekt ikke blir innvilget gjeldsordning. Disse forhold kan til sammen effektivt hindre muligheten til en ny start. Det bør således vurderes å gjøres endringer i gjeldsordningsloven som kan bidra og stimulere til ny start.

Når det gjelder selskapskonkurser vil selskapet forsvinne og ny aktivitet skje i en annen juridisk enhet uten ansvar for tidligere gjeld. Et eventuelt ansvar for gjeld vil her måtte tuftes på erstatningsrettslige prinsipper og dette vil stort sett gjelde "uredelige" konkurser. Rettspraksis viser at det er en høy terskel før ansvar ilegges, slik at det ikke kan ses å foreligge hindre her.

Dog viser den norske undersøkelsen at kreditorer i stor grad vil kreve private garantier og kausjoner fra eiere av selskaper som er i krise, noe som kan medføre en betydelig gjeldsbyrde også etter selskapskonkurser, noe som vil være til hinder for ny start og vekst. Her vil i såfall disse personene være henvist å gå veien om gjeldsordning, jfr. ovenfor.

5 EU-RAPPORTENS KONKLUSJONER OG GYLDIGHETEN FOR NORGE

5.1 Juridiske konsekvenser av konkurs og muligheten til en ny start

EU-rapportens konklusjon

Tidlig intervensjon er nøkkelkomponenten til vern av forretningsvirksomhet. Det er viktig at konkursrelatert lovgivning støtter fremgangsmåter som søker å avdekke og advare virksomheter i problemer på et tidlig stadium. Verktøy som avdekker virksomheter i krise øker sjansen til å redde bedriftene.

Sen erkjennelse av de økonomiske problemene er fremholdt som en underliggende grunn for konkurser. Når problemene endelig erkjennes og tiltak settes inn, er det ofte for seint å redde selskapet. Selv under konkursforfølging bør målet være å rehabilitere virksomheten.

De fleste land har rettslige prosedyrer som har til hensikt å bidra til rehabilitering av virksomheter i krise. Disse fremstår som lite vellykkede og upopulære innen næringslivet. Årsaken til dette kan være:

- ✚ Negativ publisitet. Ansees å skade virksomhetens anseelse unødvendig.
- ✚ Prosessene er for komplekse og dyre.
- ✚ Kreditorenes interesse er høyt beskyttet.
- ✚ Terskelen for å komme med er høy.
- ✚ Manglende bevissthet. Mange selskap er ikke klar over de juridiske muligheter som er tilgjengelig for dem i krisesituasjoner.
- ✚ Sen tilpasning. Innen mange selskap tar initiativet til å konsultere med ekspert, har de passert stadiet for å kunne bli berget.

Det foreligger hindringer mot å kunne starte opp igjen på nytt etter konkurs, f.eks. i form av restriksjoner, diskvalifikasjoner og forbud. Dette kan ha en vesentlig ugunstig effekt på nyskaping. De fleste land mener at en rask gjeldsavleggelse for "ærlige" skyldnere kan stimulere muligheten til en ny start. De fleste er dog enig i at "uredelige" skyldnere bør få restriksjoner.

Gyldighet for Norge

Ut fra det som er fremkommet fra den norske undersøkelsen og kjennskap til norsk insolvenslovgivning og praksis, legges til grunn at mange av de samme punktene som er fremhevet i EU-rapporten også er relevante i Norge.

Tidlig intervensjon/sen erkjennelse

Tidlig intervensjon er også i Norge en nøkkelfaktor til vern av forretningsvirksomhet. Det er på det rene at også norske bedrifter er sene til å erkjenne at det foreligger økonomisk krise og at tiltak ofte kommer for sent. Når tiltakene kommer sent er muligheten til å redde virksomheten svært begrenset og konkurs ofte eneste utvei.

Etablering av verktøy som kan hjelpe/presse selskapene til å ta tak i problemene på et tidligere tidspunkt kan være et nyttig hjelpemiddel. Slike verktøy kan f.eks. være:

- ✚ Avklaring eller presisering av hvor langt bestemmelser i aksjelovene om handleplikt ved for lav egenkapital går i relasjon til insolvensprosesser.
- ✚ Videreutvikling av revisors rolle som ekstern rådgiver, enten alene eller sammen med juridisk, økonomisk eller administrativ kompetanse som han knytter til seg,

for å bevisstgjøre og påvirke selskaper som er i vanskeligheter til å handle i tide, og til å bevisstgjøre disse om hvilke alternativer som foreligger, jfr. ovenfor under pkt. 4.3.1 og 4.3.2.

- ✚ Etablering av organ tilknyttet Brønnøysundregistrene som skal avdekke virksomheter som er i vanskeligheter ved systematisering av den informasjon som tilflyter Brønnøysundregistrene så som regnskapsinformasjon (mangelfull regnskapsavleggelse, negativ egenkapital), tap av revisor, registrering at tvangsskritt etc., og deretter konfrontere virksomheten med dette.

Virksomheters muligheter til å overleve

Det er på det rene at det åpnes få offentlige gjeldsforhandlinger i Norge. Samtidig ser man at det foreligger et betydelig antall underhåndsakkorder styrt av skyldneren selv og som ikke er undergitt noen form for ekstern kontroll fra uavhengig rådgiver eller fra myndighetene.

Årsakene til at det offentlige akkordinstituttet benyttes lite fremstår i hovedsak å være de samme som fremkommer av EU-rapporten, nemlig

- ✚ redselen for negativ publisitet
- ✚ komplekse og dyre prosesser
- ✚ stort innslag av kreditorvern
- ✚ manglende kjennskap til instituttet, samt
- ✚ tiltak kommer for seint til å redde virksomheten.

Et annet forhold som dessuten er hørt fremhevet er redselen for og følelsen av å miste kontroll over prosessen ved å bli prisgitt en gjeldsnemndsleder oppnevnt fra skifterettens liste, og som man ikke har hatt innflytelse over valget av.

Et effektivt akkordinstitutt som næringslivet har kunnskap om og tillit til vil, i tillegg til tidligere intervensjon, være et viktig og vesentlig bidrag for å få ned antall konkurser. Skal dette lykkes bør lovgiver ta fokuset noe bort fra hensynet til kreditorvern og over til mer dynamiske løsninger som kan legge grunnlag for fortsatt drift. Inkludering av fortrinnsberettigede krav i akkorden, oppmyking av krav til minstedividende og krav til minimumstilslutning bør vurderes. Bruk av uavhengig kriserådgiver under kontroll av offentlig myndighet sammen med større grad av konfidensialitet, vil kunne sikre mulighet for flere vellykket gjeldsløsninger uten konkurs. Det vise til Frankrikes løsning med "Mandataires ad hoc" som kan være en løsning som kan vurderes.

At konkurs er det dårligste alternativet viser en undersøkelse Konkursrådet har foretatt våren 2003 av Oslo Skifterett og Byskriverembete, sammenholdt tilsvarende undersøkelser i bl.a. Tromsø, Svolvær og Kristiansand. Fra denne undersøkelsen, som er inntatt på www.konkursradet.no siteres: "Ser man på gjennomsnittlig dividende og prioritetsreglene, er det i første rekke de ansatte og de offentlige kreditorene som har noe å hente ved en konkursbehandling. De registrerte realiserede tap som synliggjøres i forbindelse med konkursbehandlingen og tvangsoppløsning/avvikling, er enorme."

Fra samme undersøkelse fremkommer for øvrig at det i kun 23 % av konkursene er skyldneren selv som begjærer oppbud, jfr. det som er sagt ovenfor om sen erkjennelse. Det er det offentlige, enten i form av skatteoppkrever, skattefogd eller Brønnøysundregistrene, som er den altoverveiende årsak til bobehandling. Hadde flere selv begjært oppbud så snart det er klart at det foreligger insolvens, ville dette trolig medført at det blir økt dekningsmulighet for kreditorene og sågar økt mulighet til å kunne få til en tvangsakkord under konkurs og derved grunnlag for videre drift.

Når det gjelder hindringer som motvirker en ny start, kan det ikke ses at det foreligger restriksjoner i norsk lovgivning som automatisk får anvendelse. Derimot kan endringer i gjeldsordningsloven eller annen lovgivning som fører til at personlige skyldnere etter

“ærlige” konkurser raskere kan avleggelse sin gjeld, kunne være et aktuelt tiltak som vil fremme en ny start.

5.2 Stigma

EU-rapportens konklusjon

Det synes å foreligge et sterkt stigma knyttet til konkurs blant allmennheten og forbrukere.

Blant næringsdrivende synes graden av stigma variere i forhold til om det foreligger “ærlige” eller “uredelige” konkurser. I førstnevnte tilfelle synes å foreligge svært liten grad av stigma, og konkurser her blir ofte sett på som “uhell” hvor den ærlige skyldner er mer eller mindre offer for omstendighetene. Det er imidlertid et sterkt stigma knyttet til “uredelige” konkurser.

Uavhengig av dette synes som det er sterk nøling både i næringslivet og i finansnæringen til å handle med virksomheter som er i problemer. Næringslivet er dog mer tolerant overfor virksomheter som har kommet seg på fote igjen etter tidligere økonomiske problemer.

Det antas at slikt stigma kan bli tonet ned gjennom tilgjengelighet av god og åpen informasjon til allmennheten. Pr. i dag fremlegges mye informasjon om økonomisk og juridisk status, men slik informasjon spesifiserer sjeldent årsaken til konkursen. Slike rapporter gir ingen klar hjelp til å få allmennheten til virkelig å forstå hva som er situasjonen. Slik informasjon er dessuten ganske dyr, noe som kan forhindre at allmennheten får tilgang til informasjonen.

De som har deltatt i undersøkelsen har uttrykt et klart behov for økt ekstern kontroll, med formål å forebygge konkurser. Slik kontroll kan utføres enten av kriserådgivere eller av juridiske myndigheter, men uten innblanding fra nasjonale myndigheter.

Gyldighet for Norge

Ut fra det som er fremkommet i den norske undersøkelsen, synes EU-rapportens konklusjoner i hovedsak å være gyldig også for Norge.

Som det fremkommer ovenfor i pkt. 4.2. er det et betydelig behov for ytterligere informasjon om konkurser og årsaken til disse. Særlig viktig synes å få formidlet distinksjonen mellom “ærlige” og “uredelige” konkurser, hvor norsk næringsliv klart har uttrykt at de gjør et skille. Holdninger skapt av “uredelige” konkursryttere smitter unødvendig over på “ærlige” iverksettere som våger å satse, og plasserer således et stigma på alle. Også utluking av “uredelige” konkursryttere ved kraftigere reaksjoner og mer aktiv strafferettslig forfølgning, kan bidra å høyne tilliten til de “ærlige”.

Det bør vurderes å gi Konkursrådet i mandat å ta ansvar for tilrettelegging av slik informasjonsformidling.

Også generell holdningsskapende arbeid blant næringslivet synes nødvendig for å få dette til å satse videre på kunder som ikke alltid har soliditeten på sin side.

Når det gjelder forholdet til økt ekstern kontroll viser den norske undersøkelsen, som i EU-undersøkelsen, sterk tilslutning til dette.

6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Ovennevnte gjennomgang viser at det stort sett er de samme holdninger i Norge som i EU-landene til selskaper eller personer som har gått konkurs eller som driver virksomhet som er i krise.

De anbefalinger og konklusjoner som fremkommer fra EU-rapporten har stort sett gyldighet også for Norges del, selv om enkelte av disse selvsagt må fortolkes i lys av norsk tradisjon.

Som det fremkommer av kommentarer underveis under pkt. 4 og 5, er det områder hvor lovgiver bør vurdere å foreta endringer i eksisterende regelverk for å fremme muligheten for EN NY START.

Spesielt ønskes understreket behovet for tiltak som kan føre til flere gjeldsforhandlinger på et tidligere stadium. Ved dette vil man kunne redusere antall konkurser, med de store tap konkurser innebærer for skyldneren, aksjonærer, kreditorer, ansatte og samfunnet.

oOo

Deloitte Advokatfirma DA
Oslo den 6. februar 2004



Anne Helsingeng
Advokat

7 VEDLEGG

1. Grafisk presentasjon av resultat av spørreundersøkelsen
2. Questionnaire - Norge: *The Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*