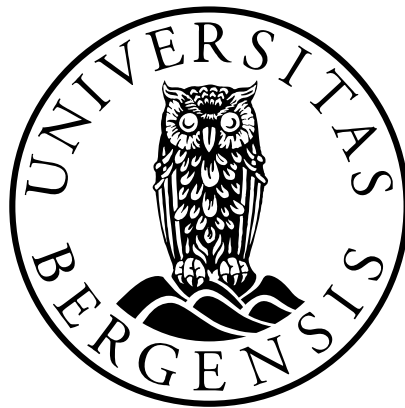


# Rekonstruksjon

## *Åpningsvilkår*

Kandidatnummer: 151

Antall ord: 7488



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning.....</b>	<b>3</b>
1.1 Problemstillingen og dens aktualitet .....	3
1.2 Opphav og historikk.....	4
1.3 Definisjoner og avgrensninger .....	5
1.4 Rettskildebildet.....	6
1.5 Hensyn .....	6
1.6 Veien videre .....	6
<b>2. Gjeldsforhandling etter konkursloven.....</b>	<b>7</b>
<b>3. Vilkår for åpning av rekonstruksjonsforhandling .....</b>	<b>10</b>
<b>4. Rekonstruksjon utenfor norsk jurisdiksjon.....</b>	<b>13</b>
4.1 Frankrike .....	13
4.2 Tyskland.....	14
4.1 Rettslig insolvensbehandling .....	15
4.2.2 Egenforvaltning.....	16
4.2.3 Insolvensplan .....	16
4.2.4 Kombinasjon av egenforvaltning og insolvensplan.....	17
4.2.5 Harmonisering av EU-direktivet.....	18
4.3 England.....	19
4.3.1 Bobehandling (Administration) .....	19
4.3.2 «company voluntary arrangement» CVA .....	20
4.3.3 «Schemes of arrangement» og rekonstruksjonsplan.....	21
5. USA .....	22
<b>5. Vurdering av regelen.....</b>	<b>27</b>

# 1. Innledning

## 1.1 Problemstillingen og dens aktualitet

Da koronapandemien gjorde sitt inntog i mars 2020 innførte norske myndigheter de strengeste tiltakene Norge har hatt i fredstid<sup>1</sup>. Tiltakene sendte store deler av næringslivet i en økonomisk krise<sup>2</sup>. For å unngå at lønnsomme bedrifter ble slått konkurs som følge av pandemien<sup>3</sup>, vedtok lovgiver rekonstruksjonsloven<sup>4</sup> i mai 2020. Loven oppheves automatisk 1. januar 2022 (§ 64 (2)).

Hovedformålet med loven er å «reducere risikoen for unødige konkurser i levedyktige virksomheter som er rammet av en akutt svikt i inntektene som følge av utbruddet»<sup>5</sup>. Etter at loven trådte i kraft har det hittil i år blitt iverksatt 25 rekonstruksjonsforhandlinger<sup>6</sup>, mens det har blitt kunngjort 2 868 konkursåpninger<sup>7</sup>. Sammenlignet med før lovens ikrafttredelse ble det i 2019 startet 5 gjeldsforhandlinger<sup>8</sup>, mens det ble åpnet 4 110 konkurser samme år<sup>9</sup>. Reglene for gjeldsforhandling har blitt kritisert for å være stivbente, og for å forhindre skyldner fra å oppnå en vellykket gjeldsforhandling<sup>10</sup>.

Konjunkturer i markedet gjør at selv levedyktige virksomheter er utsatt for økonomisk problemer. For å hindre lønnsomme virksomheter fra å gå konkurs, avhenger av at virksomhetene har adgang på tilstrekkelige tiltak på et så tidlig tidspunkt som mulig. Grunnen til det er for det første at det ofte kreves likvide midler til å gjennomføre forhandlingen. Samtidig svekkes sannsynligheten for å løse de økonomiske problemene jo lenger tid som går

---

<sup>1</sup> <https://www.nrk.no/norge/varsler-de-mest-inngripende-tiltakene-norge-har-hatt-i-fredstid-1.14940376>

<sup>2</sup> <https://www.nho.no/tema/arbeidsliv/koronaviruset/korona-viruset-rammer-hele-naringslivet/>

<sup>3</sup> Prop.75 L (2019-2020) Midl. lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 side 5.

<sup>4</sup> Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven). Alle paragrafhenvvisninger i teksten er til denne loven, med mindre annet presiseres.

<sup>5</sup> Prop.75 L (2019-2020) side 5.

<sup>6</sup> Brønnøysundregistrene (2021). Søkekriterier: dato fra 01.01.2021 til 04.11.2021, kunngjøringstype: Rekonstruksjonsforhandling.

<sup>7</sup> Brønnøysundregistrene (2021). Søkekriterier: dato fra 01.01.2021 til 04.11.2021, kunngjøringstype: Konkursåpning.

<sup>8</sup> Brønnøysundregistrene (2021). Søkekriterier: dato fra 01.01.2019 til 31.12.2019, kunngjøringstype: Gjeldsforhandling.

<sup>9</sup> Brønnøysundregistrene (2021). Søkekriterier: dato fra 01.01.2019 til 31.12.2019, kunngjøringstype: Konkursåpning.

<sup>10</sup> Mads Henry Andenæs *Konkurs*. 3. utgave, Oslo 2009, side 50-51.

før tiltak blir iverksatt. For å imøtekomme dette bør loven gi skyldnere med økonomiske problemer de rette verktøyene for å komme frem til en ordning med sine fordringshavere så tidlig som mulig. Vilkår for åpning av rekonstruksjonsforhandling fremgår av § 2, og er utgangspunktet for oppgaven. I sin helhet gir bestemmelsen følgende vilkår:

- (1) En skyldner som har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer, kan begjære åpnet rekonstruksjonsforhandling etter reglene i loven. En fordringshaver kan begjære åpnet rekonstruksjonsforhandling dersom skyldneren ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.
  
- (2) Formålet med en rekonstruksjonsforhandling er en rekonstruksjon med frivillig ordning av gjelden eller tvangsakkord.

## 1.2 Opphav og historikk

Historisk sett er gjeldsforhandlingsinstituttet av relativ ung alder. Som en utenlandsk impuls ble ordningen for første gang innført i Concursloven<sup>11</sup> av 1863 i lovens kapittel 6, herunder tvangsakkord<sup>12</sup>. Ordningen ble imidlertid mottatt med sterk skepsis. Loven ga kun næringsdrivende debitor adgang til å begjære tvangsakkord, med forutsetning om at skyldner først hadde åpnet konkurs<sup>13</sup>. Skulle det åpnes konkurs i skyldnerens bo var vilkåret at han «ikke seer sig istand til at fyldestgjøre sine Gjældsforpligtelser», jf. Concursloven § 1. Dette er tilsvarende dagens vilkår for å åpne gjeldsforhandling etter kkl<sup>14</sup> § 1 a. I tvangsakkordens spede begynnelse ga ikke ordningen skyldner rom til forhandling før det egentlig var for sent.

Den sterkt begrensede adgangen til tvangsakkord bidro til en fremvekst av utenrettslig akkord (underhåndsakkoord), men dette ledet altfor ofte til mislighold. Derfor var det behov for å sikre at slike avtaler ble gjennomført. Dermed ble det i forbindelse med lovreformen i 1899 vedtatt en egen akkordforhandlingslov<sup>15</sup>. Loven ga for første gang skyldner anledning til å begjære tvangsakkordforhandling med det mål for øyet å forebygge konkurs – såkalt

---

<sup>11</sup> Lov 6. juni 1863 om konkurs (Concursloven).

<sup>12</sup> Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 1, Bergen 1987 s. 61.

<sup>13</sup> Huser (1987) s. 61.

<sup>14</sup> Lov 8. juni 1984 nr. 58 om konkurs (heretter kkl.).

<sup>15</sup> Lov 6. mai 1899 nr. 1 om akkordforhandling (akkordloven).

«preventivakkord»<sup>16</sup>. En skyldner fikk heretter adgang til å forhandle med sine fordringshavere om tvangsakkord, dersom han var «bleven ude af Stand til at fyldestgjøre sine Gjældsforpligtelser», jf. akkordloven § 1.

I 1984 kom siste lovreform som ledet til någjeldende konkurslov<sup>17</sup>. Med innføringen av reformen opphevet lovgiver akkordforhandlingsloven, og innlemmet regler for gjeldsforhandling i første del av dagens konkurslov. Bakgrunnen for reformen var kritikken som akkordforhandlingsloven var utsatt for. Loven hadde nok en gang ikke levd opp til sitt formål. Skyldner begjærte tvangsakkordforhandling for sent, og begjæringen endte ofte opp med å være et «mottrekk mot en konkurstrussel»<sup>18</sup>. På grunn av kritikken ønsket lovgiver å innføre mer fleksible regler, slik at gjeldsforhandling kunne åpnes på et tidligere tidspunkt<sup>19</sup>. Vilkår for å åpne gjeldsforhandling forutsetter at skyldner «ikke kan oppfylle sine forpliktelse etter hvert som de forfaller», kkl. § 1 a. Terskelen for åpning av gjeldsforhandling at skyldner er illikvid.

I etterkant har gjeldsforhandlingsinstituttet vært gjenstand for utredning flere ganger. Først ved falkangerutvalget i 1993, som slår fast at «[d]en forventede økningen i bruken av gjeldsforhandlingsinstituttet etter lovreformen er uteblitt»<sup>20</sup>.

Konklusjonen fra falkangerutvalget var også en årsak til utredningen i 2016,

### 1.3 Definisjoner og avgrensninger

Som nevnt skal rekonstruksjonsloven forhindre unødige konkurser i levedyktige virksomheter. Oppgaven kommer til å konsentrere seg rundt virksomheter, nærmere bestemt aksje- og allmennaksjeselskaper. I motsatt fall avgrenses oppgaven mot andre selskaper, virksomheter og privatpersoner.

---

<sup>16</sup> Huser (1987), s. 63-64.

<sup>17</sup> Se note 14.

<sup>18</sup> NOU 1972:20, side 29.

<sup>19</sup> Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m, side 7.

<sup>20</sup> NOU 1993:16, side 16.

## 1.4 Rettskildebildet

Siden gjeldsforhandlingsordningen er lite brukt, er det derfor lite rettspraksis på området. De rettskilder som gjør seg gjeldende på dette område er først og fremst lov, forarbeider og juridisk teori. Enmannsutredningen til Leif Villars-Dahl har fått stor vekt i utformingen av reglene i rekonstruksjonsloven. Den får betydning her også.

## 1.5 Veien videre

Oppgaven skal videre gjøre rede for vilkår og virkninger som spiller inn ved å åpne gjeldsforhandling og rekonstruksjon. På denne måten blir likheter og forskjeller mellom de to ordningene belyst. Ved å vende blikket utenfor landets grenser, vil det bli redegjort for internasjonal rett på område. Dette kan avsløre styrker og svakheter med den norske rekonstruksjonsordningen.

## 2. Gjeldsforhandling etter konkursloven

Med konkursloven har skyldnere med økonomiske problemer adgang til å starte to mulige behandlingstyper, nemlig gjeldsforhandling og konkurs. Sistnevnte behandlingstype innebærer at virksomheten avvikles, slik at verdiene kan komme til dekning av kreditorenes krav<sup>21</sup>. Reglene for konkurs i kkl er fortsatt virksomme. For å åpne konkurs i skyldnerens virksomhet, kreves det at skyldneren er insolvent<sup>22</sup>. I den forbindelse er skyldneren ansett insolvent når hen er både illikvid og insuffisient<sup>23</sup>. For det første innebærer illikviditet at skyldneren har vedvarende, manglende betalingsevne når kravene forfaller<sup>24</sup>. For det andre vil skyldner være insuffisient eller i underbalanse, når den totale gjelden er større enn alle verdiene i selskapet<sup>25</sup>. Havner skyldner i en situasjon med insolvens, er det lite håp for videre drift av virksomheten. Det er derfor viktig med tiltak som kan bidra med å forhindre at insolvens inntreffer.

Gjeldsforhandling gir skyldnere, som står i fare for å bli insolvent, adgang til å forhandle med kreditorene om gjeld. Det overordnede målet er å sikre virksomhetens videre drift, ved å komme frem til en enighet mellom skyldneren og kreditorfellesskapet<sup>26</sup>.

Kravet for å åpne gjeldsforhandling forutsetter at skyldner «ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller», jf. kkl. § 1 a. Det er ikke krav om at skyldneren må ha misligholdt sine forpliktelser for å anses å være illikvid. Ordlyden av «etter hvert som de forfaller» peker i retning av at betalingsmislighold vil inntreffe i fremtiden. Hvor langt inn i fremtiden illikviditeten vil inntreffe, avgjøres av at retten foretar en fremtidsrettet og skjønnsmessig vurdering av skyldnerens likviditetsproblemer<sup>27</sup>.

Avgjørelsen avhenger imidlertid av at skyldneren kan fremlegge et likviditetsbudsjett med i begjæringen, jf. kkl. § 2. Budsjettet må oppgi en rekkefølge for når fremtidige fordringer

---

<sup>21</sup> Andenæs (2009), side 10.

<sup>22</sup> Kkl. § 60.

<sup>23</sup> Ot.prp.nr. 50 (1980-1981), side 85.

<sup>24</sup> Kkl. § 61 første setning.

<sup>25</sup> Kkl. § 61 andre setning og Ot.prp.nr. 50 (1980-1981), side 85.

<sup>26</sup> Kkl. § 1 a.

<sup>27</sup> Andenæs (2009), side 62.

forfaller, og når fremtidige inntekter vil komme inn<sup>28</sup>. På denne måten kan retten fastslå om skyldnerens er illikvid som følge av fremtidig betalingsmislighold.

Før retten avgjør at begjæringen skal tas til følge, kan den kreve at «skyldneren betaler passende forskudd til dekning av omkostninger ved gjeldsforhandlingen som ikke dekkes av gebyr, eller stiller sikkerhet for disse omkostningene», jf. kkl. § 3 første ledd.

Selv om retten ikke må kreve forskudd, er det heller normalen at den faktisk krever forskuddsbetaling. Omkostningene som forskuddet skal dekke, retter seg mot utgiftene til blant annet gjeldsnemndas og revisorens arbeid. Hva som anses som passende forskudd må vurderes i forhold til hvert enkelt tilfelle, og størrelsen på forskuddet avhenger av konkrete omstendigheter. Hva som er passende må avveies opp mot skyldneren tilgjengelighet på midler og virksomhetens behov for midler. Samt mulighetene for å stille sikkerhet, omkostningenes forventede størrelse og når disse vil påløpe. I tillegg til mulighetene for å oppnå gjeldsordning og konsekvensene av at gjeldsordning ikke åpnes<sup>29</sup>.

Dersom retten godkjenner begjæringen blir gjeldsforhandling åpnet, og retten skal samtidig oppnevne en gjeldsnemnd<sup>30</sup>. Gjeldsnemnda skal bestå av en leder (som regel en advokat) og opptil tre medlemmer fra kreditorfellesskapet og de ansatte<sup>31</sup>. Hvor mange medlemmer nemnda skal bestå av avgjøres av retten, men det er som regel selskapets størrelse og gjeldens kompleksitet som er avgjørende for antallet<sup>32</sup>. Gjeldsnemnda skal føre tilsyn med selskapet under gjeldsforhandlingen, og sørger for at fordringshavernes interessere ivaretas<sup>33</sup>. For selskapet betyr det at rådigheten over virksomheten og eiendelene er i behold mens gjeldsforhandlingen pågår<sup>34</sup>.

Straks gjeldsnemnda er oppnevnt skal den informere kreditorfellesskapet om at det er åpnet gjeldsforhandling, og oppfordre hver enkelt kreditor om å sende inn oversikt over sine krav innen tre uker<sup>35</sup>. Samtidig skal det sammen med en revisor gjennomgå skyldnervirksomhetens

---

<sup>28</sup> Andenæs (2009), side 62

<sup>29</sup> Huser (1987), side 174-176.

<sup>30</sup> kkl § 7 første ledd.

<sup>31</sup> kkl. § 7 tredje ledd.

<sup>32</sup> NOU 1972:20, side 61.

<sup>33</sup> kkl. § 7 annet ledd.

<sup>34</sup> kkl. § 14.

<sup>35</sup> Kkl. § 19.



økonomiske situasjon for å lage en balanseoversikt<sup>36</sup>. Opplysningene som gjeldsnemnda innhenter danner grunnlaget for om den mener skyldner vil oppnå frivillig gjeldsordning eller tvangsakkord<sup>37</sup>. Gjeldsnemnda beslutter om gjeldsforhandlingen skal fortsette eller foreslår om det bør åpnes konkurs, dette fremlegges for retten som avgjør et eventuelt konkursforslag<sup>38</sup>. Blir det besluttet å fortsette gjeldsforhandling, legger opplysningene føringer for om det bør utarbeides forslag om frivillig gjeldsordning eller tvangsakkord<sup>39</sup>.

Dersom det blir enighet om å utarbeide frivillig gjeldsordning, gjøres dette vanligvis i samarbeid mellom skyldner og gjeldsnemnda<sup>40</sup>. Forslaget kan innebære betalingsutsettelse, gjeldsnedsettelse, hel eller delvis avvikling av virksomheten med eller uten ansvar for restgjeld, eventuelt en kombinasjon av alternativene<sup>41</sup>. Det er imidlertid begrensninger for hvilke krav som kan inngå i forslaget. Siden det kun er likestilte krav som kan omfattes av forslaget, utelukker det blant annet krav med lovbestemt fortrinnsrett, pantesikrede krav og motregningskrav<sup>42</sup>. Når forslaget er ferdig utarbeidet sender gjeldsnemnda forslaget til alle berørte kreditorer, som i sin tur skal stemme over det<sup>43</sup>. Ved avstemningen kreves fullstendig flertall for at forslaget skal anses samtykket av kreditorene<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> Kkl. § 20.

<sup>37</sup> Kkl. § 22 første ledd.

<sup>38</sup> Huser (1987), side 302.

<sup>39</sup> Huser (1987), side 304.

<sup>40</sup> Huser (1987), side 326 og kkl. § 22 første ledd.

<sup>41</sup> Kkl. § 23 første ledd.

<sup>42</sup> Kkl. § 23 andre og tredje ledd.

<sup>43</sup> Kkl. § 24 første ledd.

<sup>44</sup> Kkl. § 25 første ledd.

### 3. Vilkår for åpning av rekonstruksjonsforhandling

Rekonstruksjonsloven etablerer et nytt institutt om rekonstruksjon av virksomheter, som går foran gjeldsforhandlingsordningen mens loven er virksom. Loven viderefører imidlertid store deler av reglene om gjeldsforhandling<sup>45</sup>. Det er imidlertid noen forskjeller, og de skal redegjøres for her. Den mest i øyenfallende forskjellen er endringen av ordbruken, som signaliserer at rekonstruksjon er noe annet enn gjeldsforhandling.

Fremfor å løse økonomiske problemer ved kun å sanere virksomhetens gjeld, kreves det i tillegg at virksomheten endrer strukturen for å gjenopprette lønnsomheten. Samtidig går involverte aktører under nytt navn, som «rekonstruktør» fremfor «gjeldsnemndsleder», «kreditorutvalg» istedenfor gjeldsnemnda og omsider «rekonstruktør» sammen med «kreditorutvalget» utgjør «rekonstruksjonsutvalg»<sup>46</sup>.

En skyldner kan begjære retten å åpne rekonstruksjonsforhandling hvis den «i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer», jf. rkl. § 2 første setning. Skyldner forstås i denne sammenheng som aksjeselskap, mer presist besitter styret kompetanse til å begjære rekonstruksjon<sup>47</sup>.

Sammenlignet med åpningsvilkåret for gjeldsforhandling, senker formuleringen her terskelen for å åpne rekonstruksjonsforhandling<sup>48</sup>. Hensikten er å gi skyldneren adgang på et så tidlig tidspunkt som mulig. Dette begrunnes med at virksomheten bør kunne åpne rekonstruksjon på et tidspunkt, mens den fortsatt har likvide midler til å finansiere både forhandlingene og driften av virksomheten<sup>49</sup>. Vilkåret retter seg mot virksomheter med store lån som forfaller inntil 2 år frem i tid, der forfallet vil gjøre virksomheten illikvid<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Sjur Swensen Ellingsæter og Marie Meling, «Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger» *Tidsskrift for forretningsjus*, 1-2 (2020) nr. 22 s. 52-82, på s. 55.

<sup>46</sup> Se «Rekonstruksjon i turbulente tider – dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer», utredning datert 29. februar 2016 (heretter «Utredningen»), side 31.

<sup>47</sup> Asl./asal. § 6-18 (1).

<sup>48</sup> Swensen og Meling (2020), side 56.

<sup>49</sup> Utredningen, side 33.

<sup>50</sup> Utredningen, side 33.

Loven åpner for at kreditor kan begjære rekonstruksjon, jf. rkl. § 2 andre setning.

Åpningsvilkåret tilsvarer illikviditetskravet for åpning av gjeldsforhandling<sup>51</sup>. For at retten skal ta begjæringen til følge, må kreditor legge frem bevis for skyldnerens illikviditet og foreliggende krav, samt en plan for løsning på problemene, jf. rkl. § 3 (3).

Rekonstruksjonsforhandling er en dyr prosess, derfor kan skyldner ha behov for nye likvide midler. Ved gjeldsforhandling kan skyldneren, avhengig av gjeldsnemndas samtykke, stifte ny gjeld eller pant, jf. kkl. § 14 annet ledd. Lån gitt etter denne bestemmelsen kvalifiseres som massekrav av andre klasse med prioritet etter eksisterende panthaver<sup>52</sup>.

Rkl. § 19 gir skyldner anledning til å ta opp lån for å finansiere både rekonstruksjonsforhandlingen og virksomheten. Det særegne med lånet er at det kan sikres med såkalt superprioritet<sup>53</sup>. Ofte bunner skyldners økonomiske problem i altfor stor gjeld som gjerne er pantsatt på alle eiendeler. Lån med superprioritet gir långiver panterett i skyldners driftstilbehør, varelager, factoringpant og legalpant, med prioritet som går foran eksisterende panthavere<sup>54</sup>. At lånet skal brukes til å finansiere rekonstruksjon, vil si at det skal dekke utgiftene til blant annet involverte aktører i rekonstruksjonsutvalget<sup>55</sup>.

For at skyldner skal innvilges lån med superprioritet, må hen vise at det er slikt behov overfor rekonstruksjonsutvalget, ved å legge frem et budsjett over virksomheten, jf. rkl. § 19 (2). Dersom utvalget samtykker til et slikt lån må det informere panthavere som bli berørt av at superprioritet blir gitt, jf. rkl. § 19 (2)

2) Avtale om lån med sikkerhet som nevnt i første ledd kan bare inngås med samtykke fra rekonstruksjonsutvalget. Skyldneren skal før rekonstruksjonsutvalget gir samtykke, fremlegge budsjett for driften som viser at det er behov for slikt lån. Berørte panthavere kan fremsette begjæring for retten om at rekonstruksjonsutvalgets samtykke skal omgjøres. Slik begjæring må fremsettes innen én uke etter at rekonstruktøren har underrettet panthaver. Dersom

---

<sup>51</sup> Utredningen, side 35.

<sup>52</sup> Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekingsrett (Dekningsloven – deknl.) § 9-2 annet ledd nr. 2.

<sup>53</sup> Rkl. § 19 første ledd, jf. 8. februar 1980 nr. 2 lov om pant (pantel) §§ 3-1 og 6-5.

<sup>54</sup> Utredningen, side 45.

<sup>55</sup> Prop.75 L (2019-2020), side 67.

eksisterende pantaveres sikkerhet blir vesentlig forringet, eller retten finner at det ikke er tilstrekkelig behov for slikt lån, kan retten omgjøre rekonstruksjonsutvalgets samtykke.

## 4. Rekonstruksjon utenfor norsk jurisdiksjon

I europeisk lovgivning kan det de siste tyve årene spores en vridning i lovgivningsaktiviteten. Etter hvert som det har kommet nye regler for gjeldsforhandling og rekonstruksjon. Lovgiverne har gått vekk fra tanken om å sikre kontantbetaling til kreditor, og gitt regler som er mer debitorvennlige.

### 4.1 Frankrike

Reglene i Fransk insolvensrett bærer preg av å være inspirert av Chapter 11 i USA. I 2005 gikk landet gjennom en reform av regelverket, som resulterte til innføringen av «La sauvegarde». I kjølvannet av reformen har stadige lovendringer forbedret den franske insolvensretten til å bli et av de mest effektive i Europa<sup>56</sup>.

I utgangspunktet tok reformen bedre hensyn til virksomheters kontinuitet og arbeidstakers rettigheter enn hensynet til kreditorinteresser. De påfølgende lovendringene har vært mer kreditorvennlige, og innført ordninger som styrker deres stilling. Dette gjelder særlig tilrettelegging av ordning med salgsplan, som gir kreditor adgang til å foreslå alternative rekonstruksjonsplaner. Samt tilrettelegging for konvertering av gjeld til egenkapital, når aksjonærene nekter å stemme for førstnevnte løsninger<sup>57</sup>.

Kompetanse til å begjære åpning av insolvensbehandling ligger hos skyldner, kreditor eller påtalemyndigheten. Etter at begjæring kommer inn til domstolen, er det denne som beslutter om selskapet skal rekonstrueres eller avvikles<sup>58</sup>.

Insolvensforhandlingene deles inn i to hovedkategorier – frivillige og rettslige forhandlinger. Frivillige forhandlinger omtales gjerne som behandling av før-insolvens, som gjennomføres utenfor retten og går under navnene «Le mandat ad hoc» og «La consiliation»<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> <https://thelawreviews.co.uk/title/the-insolvency-review/france>, The Law Review, *The insolvency review: France*, 2021, avsnitt 1.

<sup>57</sup> *The Insolvency review: France* (2021), avsnitt 5.

<sup>58</sup> Utredningen s. 19.

<sup>59</sup> Begrepene «Le mandat ad hoc» og «La consiliation» er hentet fra Utredningen s. 19.

Felles for de to behandlingstypene er at det hovedsakelig innebærer mekling mellom partene, hvor meklingen er ledet av en rettsoppnevnt mekler. Målet med meklingen er å komme til enighet om reduksjon eller omlegging av gjelden<sup>60</sup>. Skyldneren bestemmer selv hvilke kreditorer som skal involveres i forhandlingene. Enighet som oppnås er ikke bindende, og meklere har heller ikke myndighet til å tvinge partene til enighet.

Åpning av «Le mandat ad hoc»-behandling forutsetter at det er overhengende fare at skyldneren i nær fremtid vil få rettslige, økonomiske eller finansielle problemer, og at det ikke foreligger betalingsmislighold. For åpning av «La consiliation»-behandling gjelder samme vilkår, bortsett fra at skyldner for dette tilfelle kan ha misligholdt sine betalinger i maksimalt 45 dager før begjæring fremsettes<sup>61</sup>.

Når det gjelder de rettslige forhandlingene, omfatter den behandlingstypene «La sauvegarde» og «redressement judiciaire». Formålet med førstnevnte behandlingstype er at virksomheten og kreditorene kommer frem til en rekonstruksjonsplan for å sikre videre drift<sup>62</sup>. Denne behandlingstypen kan åpnes når skyldner ikke har betalingsmislighold, men står i fare for å gjøre det<sup>63</sup>. Når det åpnes rettslig behandling, oppnevner retten en bostyrer som bistår skyldneren med å utarbeide en rekonstruksjonsplan<sup>64</sup>.

## 4.2 Tyskland

Når det skal gjøres rede for regler om rekonstruksjon i Tyskland, blir det en todelt redegjørelse. Tysk insolvensrett har sitt grunnlag i Insolvenzordnung<sup>65</sup> fra 1994, og har siden gjennomgått en rekke endringer. På bakgrunn av EUs direktiv om rekonstruksjon, er insolvensretten nå i ferd med å reformeres. Det vil først redegjøres for de ulike behandlingstypene, deretter gjennomgås endringene som oppfyller kravene i EU-direktivet.

---

<sup>60</sup>*The insolvency review: France* (2021), avsnitt 6..

<sup>61</sup> *The insolvency review: France* (2021), avsnitt 13.

<sup>62</sup> *The insolvency review: France* (2021), avsnitt 14.

<sup>63</sup> Utredningen, side 20.

<sup>64</sup> *The insolvency review: France* (2021), avsnitt 19.

<sup>65</sup> Insolvenzordnung 5. Oktober 1994 (forkortet InsO).

Insolvensretten kan deles i to hovedkategorier, utenrettslig forhandling og rettslig insolvensbehandling. Behandlingstypene kommer til anvendelse ved ulike vilkår. Ved utenrettslig forhandling kan skyldneren forsøke å forhandle om gjeld, uten å begjære retten om å åpne insolvensbehandling. Skyldneren trenger ikke være insolvent for å inngå forhandlinger med kreditorene. Det kan inngås en stillstandsavtale med kreditorene, som gir beskyttelse og mulighet til å forhandle om gjelden<sup>66</sup>. Dette er et lavterskeltilbud, som er billigere og mer effektivt enn rettslig insolvensbehandling. Det er imidlertid viktig at slike forhandlinger iverksettes så tidlig som mulig. Sen start kan medføre at forhandlingene mislykkes. En konsekvens kan bli at skyldner ikke får adgang til egenforvaltning senere i prosessen<sup>67</sup>.

#### 4.1 Rettslig insolvensbehandling

Rettslig insolvensbehandling består av tre ulike behandlingstyper, egenforvaltning (Eigenverwaltung), insolvensplan (Insolvenzplan) eller vanlig bobehandling med sikte på avvikling eller rekonstruksjon<sup>68</sup>. Rettslig insolvensbehandlingen er regulert av Insolvenzordnung, og har som formål å dekke kreditorenes krav<sup>69</sup>. Hvorvidt rettslig insolvensbehandling skal åpnes, avhenger av om skyldneren er insolvent<sup>70</sup>. Det er tre alternative vilkår som må være oppfylt for at skyldneren anses insolvent. Skyldneren må være enten illikvid, insuffisient eller at illikviditet er nært forestående<sup>71</sup>. Er ett av de to første alternativene oppfylt, er skyldner forpliktet til å begjære åpning av rettslig insolvensbehandling<sup>72</sup>. Er skyldneren illikvid eller insuffisient må åpning begjæres innen tre uker etter at tilstanden inntraff<sup>73</sup>. Ved insuffisiens gjelder dette kun for juridiske personer, som for eksempel aksjeselskap<sup>74</sup>. I denne perioden må selskapet finne ut av hvilken behandlingstype som vil være best egnet for å løse de økonomiske problemene.

---

<sup>66</sup> [https://www.dlapiper.com/~media/files/insights/publications/2012/05/summary-of-the-german-insolvency-law-booklet/files/2\\_edition\\_german\\_insolvency\\_booklet\\_may-2012/fileattachment/2\\_edition\\_german\\_insolvency\\_booklet\\_may-2012.pdf](https://www.dlapiper.com/~media/files/insights/publications/2012/05/summary-of-the-german-insolvency-law-booklet/files/2_edition_german_insolvency_booklet_may-2012/fileattachment/2_edition_german_insolvency_booklet_may-2012.pdf), DLA Piper, *Summary of the german insolvency law*, 2012, side 6.

<sup>67</sup> DLA Piper (2012), side 6.

<sup>68</sup> DLA Piper (2012), side 4

<sup>69</sup> InsO § 1.

<sup>70</sup> InsO § 17.

<sup>71</sup> InsO §§ 17-19.

<sup>72</sup> DLA Piper (2012), side 9.

<sup>73</sup> InsO § 15 b (1).

<sup>74</sup> InsO § 19.

I begjæring kan skyldneren presisere nærmere hvilken behandlingstype som skal åpnes. Tar retten begjæringen til følge, iverksettes en innledende behandling. Dette er første av to hovedfaser i insolvensbehandlingen<sup>75</sup>. Dersom det åpnes vanlig bobehandling oppnevnes en foreløpig bostyrer, som overtar rådigheten av virksomheten for å sikre at skyldnerens verdier ikke går tapt<sup>76</sup>. Bostyreren utarbeider en oversikt over virksomhetens økonomiske situasjon, og overrekker domstolen oversikten som avgjør om det skal åpnes insolvensbehandling<sup>77</sup>. For store virksomheter er retten dessuten forpliktet til å oppnevne et såkalt innledende kreditorutvalg<sup>78</sup>. Utvalget har i denne forbindelse mye makt, og kan med sin avgjørelse binde bostyreren<sup>79</sup>. Den kan bestemme om virksomheten skal avvikles eller midlertidig videreføres, og kan således oppfordre bostyrer til å utarbeide en insolvensplan i henhold til dette<sup>80</sup>.

#### 4.2.2 Egenforvaltning

Sammen med begjæringen må skyldneren presisere at det skal åpnes egenforvaltning<sup>81</sup>. I presiseringen må det også fremgå en oversikt over totale eiendeler, inntekt, snittantall arbeidsstokken, alle kreditorene og deres krav<sup>82</sup>. Dersom det ikke foreligger omstendigheter som gjør at åpning fører til ulempe for kreditorene, kan retten tillate at egenforvaltning iverksettes<sup>83</sup>. Behandlingstypen skiller seg fra ordinær bobehandling ved at skyldneren beholder råderetten over virksomheten. Samtidig oppnevner retten en tilsynsmann (Sachwalter) som overvåker situasjonen<sup>84</sup>. At tilsynsmannens rolle i forhold til bostyrer er mer begrenset, gjør at kostnadene blir lavere, slik at sjansene for kreditorene får dekket sine krav øker<sup>85</sup>.

#### 4.2.3 Insolvensplan

Målet med en insolvensplan er at virksomheten skal fortsette driften. Det er imidlertid kun bostyreren og skyldneren som har rett til å legge frem insolvensplan for retten<sup>86</sup>.

---

<sup>75</sup> DLA Piper (2012), side 8.

<sup>76</sup> DLA Piper (2012), side 8 og InsO § 21.

<sup>77</sup> DLA Piper (2012), side 8.

<sup>78</sup> DLA Piper (2012), side 14.

<sup>79</sup> DLA Piper (2012), side 15.

<sup>80</sup> InsO § 157.

<sup>81</sup> InsO section 270 (2) 1.

<sup>82</sup> <https://kanzlei-nickert.de/dienstleistungen/recht/insolvenzrecht/procedure-for-self-administration-proceedings>, lastet ned 1. desember 2021.

<sup>83</sup> InsO section 270 (2) 2.

<sup>84</sup> Utredningen, side 19.

<sup>85</sup> DLA Piper (2012), side 22.

<sup>86</sup> InsO § 218.



Skyldneren kan velge mellom tre ulike typer av insolvensplaner. Den først og fremst inneholde en avviklingsplan, med sikte på å avvikle virksomheten. Kreditorerne kan her avtale endringer av prioriteringsrekkefølgen for kravene. En annen type er overdragelsesplan, der virksomheten overdras til nye eiere til en rimelig pris. En tredje mulighet er en rekonstruksjonsplan, hvor selskapet omstruktureres og frigjøres helt eller delvis fra sin gjeld<sup>87</sup>.

Som et tillegg til insolvensplanen kan kreditor samtykke til å konvertere gjeld til aksjekapital<sup>88</sup>.

For at insolvensplanen skal bli bindende for partene må den godkjennes av kreditormajoriteten, skyldneren og retten<sup>89</sup>. Når planen omsider er godkjent får skyldneren tilbake råderetten over virksomheten, men vil være under tilsyn av bostyreren, som vil overvåke gjennomføringen av rekonstruksjonen<sup>90</sup>.

#### 4.2.4 Kombinasjon av egenforvaltning og insolvensplan

Skyldneren kan gjennomføre en kombinasjon av egenforvaltning og insolvensplan (Schutzschirmverfahren)<sup>91</sup>. En ekspert i insolvensrett må attestere at skyldneren er insuffisient eller at illikviditet er nært forestående, for å gi skyldner adgang til å begjære åpning av egenforvaltning<sup>92</sup>. Tar domstolen begjæringen til følge, oppnevner den en tilsynsmann og gir skyldneren en frist på opptil tre måneder for å utarbeide en insolvensplan<sup>93</sup>. I denne perioden er skyldneren fritatt fra enkeltforfølgninger rettet mot hen<sup>94</sup>.

---

<sup>87</sup> DLA Piper (2012), side 19.

<sup>88</sup> InsO § 225 a (2).

<sup>89</sup> DLA Piper (2012), side 20-21.

<sup>90</sup> DLA Piper (2012), side 21.

<sup>91</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Schutzschirmverfahren>, besøkt 1. desember 2021.

<sup>92</sup> Mayor Brown, *German insolvency law*, 2017, side 9 og InsO § 270 d.

<sup>93</sup> Mayor Brown (2017), side 9 og InsO § 270 d.

<sup>94</sup> Mayor Brown (2017), side 9.

#### 4.2.5 Harmonisering av EU-direktivet

Den 1. januar 2021 trådte lov om virksomhetsstabilisering og rekonstruksjon<sup>95</sup> i kraft. Loven innfører rammevilkårene i EUs rekonstruksjonsdirektiv. Det vil si at insolvensretten blir mer skyldnervennlig. Skyldner får med dette adgang til å iverksette forebyggende rekonstruksjonsbehandling, selv om hen ikke er insuffisient eller illikvid<sup>96</sup>. Åpningsvilkåret er at virksomheten trues av overhengende illikviditet. For å avdekke en fremtidig potensiell illikviditet, skal skyldner fremlegge et likviditetsbudsjett. Det er tilstrekkelig at budsjettet viser at illikviditet vil inntreffe innenfor et tidsperspektiv på 24 måneder<sup>97</sup>.

Når en skyldner er insuffisient er denne, som allerede nevnt, forpliktet til å begjære insolvensbehandling innen tre uker. Med den nye loven er fristen utvidet til seks uker, med den hensikt å gi skyldneren en bedre mulighet til å avverge situasjonen.

Selskapsledelsen får på den annen side et større ansvar. Det stilles krav til at ledere innfører varslingsystemer som kan tidlig varsle om kriser og at det iverksettes forholdsmessige tiltak.

---

<sup>95</sup> Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz vom 22. Dezember 2020 (StaRUG).

<sup>96</sup> Görg, *Act on the further development of restructuring and insolvency law*, 2020, side 1.

<sup>97</sup> Görg (2020), side 1.

## 4.3 England

Engelsk insolvensrett bærer preg av å være progressiv. Grovt sett kan den deles inn i utenrettslig og rettslig del. Den sistnevnte delen innebærer de strengeste og mest inngripende behandlingstypene, med konkursbehandling som tar sikte på å avvikle selskapet og dekke gjeld. Samtidig er det rettslige behandlingsformer med formål om å redde selskaper fra konkurs, og gjøre virksomheten lønnsom igjen. Når det gjelder de utenrettslige behandlingstypene, kan selskapene anvende forebyggende tiltak for å unngå økonomiske problemer.

### 4.3.1 Bobehandling (Administration)

Bobehandling er den nest mest inngripende konkursbehandlingen etter likvidasjon, og kan gjennomføres både rettslig og utenrettslig<sup>98</sup>. Hovedmålet med bobehandlingen er å restrukturere selskapets gjeld og/eller realisere eiendeler ved lovfestet betalingsutsettelse<sup>99</sup>.

For å kunne åpne bobehandling av skyldners virksomhet, er det en forutsetning at skyldneren er insolvent eller står i fare for å bli det<sup>100</sup>.

Skal bobehandlingen bli vellykket, må én av tre lovfestede mål være oppfylt. Første målsetting er at behandlingen skal redde virksomheten for å sikre videre drift. Dersom dette målet ikke kan nås, skal behandlingen sørge for oppnå bedre resultat for kreditorfelleskapet, enn om virksomheten avvikles. Er avvikling av virksomheten eneste løsning, skal eiendelene realiseres for å dekke kravene til sikrede kreditorer<sup>101</sup>.

Melding om forslag og avstemning av den skal sendes til alle kreditorene. Når forslaget er godkjent av kreditorflertallet, binder forslaget alle usikrede, kjente og ukjente kreditorer, uavhengig om de ble varslet.

Ved oppnevning av bostyrer beskytter betalingsutsettelsen mot at kreditor foretar gjeldsfølgende tiltak.

---

<sup>98</sup> <https://thelawreviews.co.uk/title/the-insolvency-review/united-kingdom-england--wales#footnote-107>, The Law Reviews, *The Insolvency Review: United Kingdom – England & Wales*, 2021, avsnitt 35.

<sup>99</sup> *The Insolvency Review: United Kingdom* (2021), avsnitt 13.

<sup>100</sup> [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-385-3012?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-385-3012?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), Practical Law Restructuring and Insolvency, *Administration: a quick guide*, 2021, avsnitt 7.

<sup>101</sup> *The Insolvency Review: United Kingdom* (2021), avsnitt 14.

Rettslig bobehandling foretrekkes ved kompliserte saker, f.eks. ved «pre-pack»-salg eller behandling av grenseoverskridende virksomheter. Skyldneren eller en kreditor begjærer retten om å oppnevne en bostyrer. Alternativt kan skyldneren eller en kreditor med pant («floating charge»<sup>102</sup>) selv oppnevne en ønsket bostyrer. Bostyreren må uansett være en kvalifisert insolvensbehandler. For utenrettslig bobehandling, må særlig pantesikrede kreditorer varsles, da disse også har rett til å oppnevne en bostyrer.

De siste årene har bobehandlingen blitt modifisert. Den ser mer ut som en blanding av «administration» og «debtor-in-possession» som i den amerikanske Chapter 11, og går navnet «light-touch administration». Behandlingen innebærer at bostyrer overlater enkelte lederoppgaver og daglig drift av virksomheten til skyldneren. Siden selskapet er beskyttet med betalingsutsettelse, kan skyldneren konsentrere seg om å få virksomheten lønnsom på lang sikt. Her fungerer bostyrer mer som en tilsynsmann, som fører tilsyn med skyldneren og advarer om umiddelbare farer for virksomheten.

Rettsens rolle varierer avhengig av om det er åpnet utenrettslig eller rettslig behandling og sakens kompleksitet. Ved utenrettslig behandling

Den oppnevnte bostyreren overtar kontroll over virksomheten, dens eiendeler og fungerer som tjenestemann for retten. Hensikten er å gjennomføre rekonstruksjon som tar hensyn til kreditorfellesskapet.

Ledes av en bostyrer, som

#### 4.3.2 «company voluntary arrangement» CVA

CVA er en frivillig ordning for virksomheter, som kan iverksettes uten at selskapet har økonomiske problemer. Styret kan foreslå at selskapet skal iverksette en CVA, det samme kan en bostyrer under bobehandling gjøre eller en konkursbehandler ved likvidasjon<sup>103</sup>.

Etter at styret har fremmet forslag om CVA, oppnevnes en kandidat («nominee» også kalt insolvens ekspert), som vanligvis er en regnskapsfører<sup>104</sup>. Kandidaten utarbeider en rapport

---

<sup>102</sup> Utredningen, side 16.

<sup>103</sup> *The Insolvency Review: United Kingdom* (2021), avsnitt 20.

<sup>104</sup> Utredningen, side 17.

som fremlegges for retten. Rapporten inneholder en oppfatning om selskapets sjanser for å få avtalen godkjent og gjennomført, og om avtalen bør fremlegges for aksjonærene og kreditorene. Kandidaten kaller så inn til møte med aksjonærene og kreditorene for godkjenning av forslaget.

#### 4.3.3 «Schemes of arrangement» og rekonstruksjonsplan

Dette er i utgangspunktet to forebyggende rekonstruksjonsbehandlinger, som har mye til felles, hvor den sistnevnte ble innført med lovendringen i 2020<sup>105</sup>. De gir skyldneren adgang til å fremme forslag om såkalt «schemes of arrangement» eller rekonstruksjonsplan overfor aksjonærene og kreditorene. Selskapet trenger ikke være insolvent for å fremme forslag. Det er imidlertid en forutsetning om at det er en viss sannsynlighet for at selskapet vil få økonomiske problemer, som vil virke inn på driften av selskapet<sup>106</sup>. Forslaget må ha som mål å forebygge de økonomiske problemene som truer virksomheten<sup>107</sup>. Det er få grenser for hva forslaget kan inneholde, så lenge selskapet mener det er akseptabelt overfor kreditorene og aksjonærene, og at retten vil godkjenne det<sup>108</sup>.

Selve behandlingen krever minst to rettsmøter. Når forslaget er utarbeidet fremlegges den for retten sammen med en begjæring om å foreta avstemning av forslaget overfor aksjonærene og kreditorene. Når retten åpner første rettsmøte skal den avgjøre om vilkårene for behandling er oppfylt, samt vurdere sammensetningen av klassene som skal stemme over forslaget. Dersom retten anser vilkårene for å være oppfylt, oversendes forslaget til kreditorene og aksjonærene før avstemming gjennomføres<sup>109</sup>.

I denne fasen av behandlingen er det ulike vilkår for å godkjenne «scheme of arrangement» og rekonstruksjonsplan.

---

<sup>105</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/12/schedule/9/part/1/enacted>, Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (CIGA).

<sup>106</sup> CIGA, schedule 9, part 1, 901A (2).

<sup>107</sup> CIGA, schedule 9, part 1, 901A (3).

<sup>108</sup> <https://thelawreviews.co.uk/title/the-insolvency-review/united-kingdom-england--wales#footnote-107>, The Law Reviews, *The Insolvency Review: United Kingdom – England & Wales*, 2021.

<sup>109</sup> [https://restructuring.bakermckenzie.com/wp-content/uploads/sites/23/2020/09/Restructuring\\_Plan\\_under\\_the\\_UK\\_Corporate\\_Insolvency\\_and\\_Governance\\_Act\\_2020.pdf](https://restructuring.bakermckenzie.com/wp-content/uploads/sites/23/2020/09/Restructuring_Plan_under_the_UK_Corporate_Insolvency_and_Governance_Act_2020.pdf). Baker McKenzie, *The New UK Restructuring Plan: an overview*, 2020, side 2.

Ved avstemning av «schemes of arrangement» må det oppnås et tilstrekkelig flertall i hver klasse som stemmer for ordningen, for at forslaget skal bli godkjent. Det er likevel retten som har siste ord når det gjelder om forslaget skal vedtas, og kan avgjøre spørsmålet på et skjønnsmessig grunnlag. Når retten godkjenner ordningen kan den binde sikrede kreditorer, samtidig kan den fritta skyldner for krav fra tredjeparter som for eksempel garantister<sup>110</sup>.

En svakhet med «schemes of arrangement» er at et manglende flertall i én klasse, er nok til at forslaget underkjennes<sup>111</sup>.

Innføringen av rekonstruksjonsplan i CIGA, bøter på svakhetene i «schemes of arrangement». Regler om såkalt «cross-class cramdown» gjør at det blir lettere å godkjenne planen. Ved avstemning blir den godkjent når det er oppnådd et verdimessig flertall på 75 % i en klasse. Dersom en eller flere klasser ikke oppnår tilstrekkelig flertall, kan retten fortsatt godkjenne planen. Forutsetningen er at medlemmene i den dissenterende klassen ikke stilles dårligere enn at den ikke godkjennes<sup>112</sup>.

Felles for begge behandlingene er fordelene med at selskapet beholder rådigheten over virksomheten, samtidig som at det ikke oppnevnes insolvensbehandler<sup>113</sup>. Dette bidrar til å gjøre

## 5. USA

En reformasjon av den amerikanske insolvensretten, resulterte i 1978 med ny konkurslov<sup>114</sup>. Den har som mål å sikre at kreditorfellesskapet får best mulig dekning for sine krav<sup>115</sup>, men er likevel ansett som skyldnervennlig<sup>116</sup>. Målet oppnås ved å gjennomføre en konkursbehandling av selskapet. Loven har flere behandlingstyper, men her nøyes det med å se på to konkursbehandlinger som gjelder for skyldner som driver virksomhet. Kapitlene 7 og 11 (Chapter 7 og 11) i konkursloven gir regler for dette, herunder avvikling og

---

<sup>110</sup> The Law Review (2021) fastsetter at tilstrekkelig flertall er oppfylt ved minst 50 % i antall stemmer og 75 % i verdi.

<sup>111</sup> <https://www.thegazette.co.uk/insolvency/content/103936>, The Gazette, *The UK Restructuring Plan: an overview*, 2021.

<sup>112</sup> The Law Review (2021).

<sup>113</sup> Cathryn Butler, *The UK Restructuring Plan: an overview*, 2021.

<https://www.thegazette.co.uk/insolvency/content/103936>

<sup>114</sup> Bankruptcy Reform Act

<sup>115</sup> <https://thelawreviews.co.uk/title/the-insolvency-review/usa#footnote-168>, The Law Review, *The Insolvency Review: USA*, 2021, avsnitt 11.

<sup>116</sup> Utredningen, side 13.

rekonstruksjon<sup>117</sup>. Hovedforskjellen mellom de to behandlingstypene er hvorvidt skyldneren har råderett over virksomheten<sup>118</sup>.

Chapter 7-behandling er mest inngripende for skyldneren, og medfører at selskapet likvideres. Det stilles ikke krav om at skyldneren må være insolvent for å åpne konkursbehandling etter Chapter 7<sup>119</sup>. Likevel er det vanlig å anvende denne behandlingstypen på de tilfeller hvor skyldneren ikke har tilstrekkelig med midler til å dekke kreditorfellesskapet fullt ut<sup>120</sup>. Når det er begjært åpning av Chapter 7-behandling vil «United States Trustee», som er underlagt Justisdepartementet og håndhever konkursloven, oppnevne en bostyrer som overtar kontroll over virksomheten<sup>121</sup>. Eventuelt kan kreditorene oppnevne bostyrer. Oppgaven til bostyrer er å gjennomføre en effektiv avvikling av virksomheten, slik at kreditorene får størst mulig dividende<sup>122</sup>.

Konkursbehandling etter Chapter 11 innebærer en rekonstruksjon av skyldnerselskapet. Rekonstruksjon tar sikte på å omlegge virksomhetens drift og struktur, for å gjøre selskapet lønnsomt igjen slik at virksomheten kan fortsette<sup>123</sup>. Det stilles ikke krav om at skyldner er insolvent for å iverksette behandling<sup>124</sup>. Behandlingen settes i gang ved at enten skyldner eller en kreditor varsler konkursdomstolen om åpning av Chapter 11-behandling<sup>125</sup>. Ved gjennomføringen beholder skyldneren kontroll over virksomheten og eiendelene, en behandlingstype som går under navnet «debtor-in-possession» (DIP)<sup>126</sup>. Når varslingen er levert inn til konkursdomstolen begynner en frist på 120 dager å løpe, i denne perioden må skyldneren utarbeide og foreslå en rekonstruksjonsplan<sup>127</sup>.

Mens fristen løper inntreer noen viktige rettigheter for skyldneren. For det første får skyldneren rett til å omstøte disposisjoner, som er foretatt inntil 90 dager før begjæring om

---

<sup>117</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 2.

<sup>118</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 3.

<sup>119</sup> <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-7-bankruptcy-basics>, United States Courts, *Chapter 7 – Bankruptcy Basics*, avsnitt 6.

<sup>120</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 11.

<sup>121</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 11.

<sup>122</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 13.

<sup>123</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 14.

<sup>124</sup> Utredningen, side 13.

<sup>125</sup> <https://www.abc-amega.com/articles/introduction-to-chapter-11/>, ABC-AMEGA, *Introduction to Chapter 11*, 2021, avsnitt 6.

<sup>126</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 14.

<sup>127</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 14.

rekonstruksjon<sup>128</sup>. Hensikten er at skyldneren skal kunne sikre mest mulig verdi, for å oppnå en best mulig fordeling av kreditorene<sup>129</sup>. Samtidig blir skyldneren beskyttet mot at kreditorene foretar gjeldsforfølgende skritt, såkalt «automatic stay»<sup>130</sup>. Dette gir skyldneren tilstrekkelig rom til å utarbeide en oversikt over samlede verdier og gjeld i selskapet<sup>131</sup>.

Oversikten som utarbeides må i tillegg vise en liste over alle kreditorene samt skyldnerens økonomiske forhold<sup>132</sup>. Ut fra oversikten skal skyldneren utarbeide en plan for hvordan rekonstruksjonen skal gjennomføres. Rekonstruksjonsplanen skal vise hvordan verdiene skal fordeles mellom kreditorene og aksjonærene<sup>133</sup>. Kreditorene og aksjonærene deles derfor inn i klasser etter type krav og egenkapitalandeler<sup>134</sup>. Blant de største og usikrede kreditorene skal det oppnevnes et kreditorutvalg, som blant annet har i oppgave å forhandle om planen og å føre tilsyn med arbeidet<sup>135</sup>. En del av kreditorutvalgets tilsynsarbeid er å godkjenne alle disposisjoner som ikke tilknyttes den daglige drift av virksomheten, som for eksempel overdragelse av eiendeler<sup>136</sup>. Slike overdragelser kan tenkes å gjennomføres som ledd i å frembringe likvide midler.

Siden rekonstruksjonsbehandling gjennomføres samtidig med virksomhetens daglige drift, har derfor skyldner behov for likvide midler for å kunne håndtere begge deler<sup>137</sup>. Ofte er årsaken til rekonstruksjonsbehandling nettopp mangel på likvide midler. Derfor er det vanlig at skyldneren finansierer dette med såkalt DIP-lån<sup>138</sup>. Det er ikke sjelden at skyldneren er tynget i pantesikret gjeld, og av den grunn er lite attraktiv for nye långivere. En långiver som er villig til å ta risikoen med å yte slike DIP-lån, er gjerne en eksisterende kreditor<sup>139</sup>.

---

<sup>128</sup> Utredningen, side 13.

<sup>129</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 4.

<sup>130</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 4.

<sup>131</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 4.

<sup>132</sup> ABC-AMEGA (2021), avsnitt 11.

<sup>133</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 14.

<sup>134</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 14.

<sup>135</sup> Utredningen, side 14.

<sup>136</sup> Utredningen, side 14.

<sup>137</sup> Utredningen, side 14.

<sup>138</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 89.

<sup>139</sup> *Insolvency Review: USA* (2021), avsnitt 89.



En særegen egenskap ved DIP-lån er at lånet kan pantsettes, og at panthaver dermed får prioritet foran allerede eksisterende panthavere – såkalt superprioritet<sup>140</sup>. Ordningen gir slik sett kreditor et viktig incentiv for å yte virksomheten ytterligere med lån.

Dessuten vil en eksisterende kreditor gjerne ha en egeninteresse som långiver. Derfor har kreditorer som yter slike lån begynt å sikre seg ytterligere ved å stille som vilkår at skyldner må oppfylle noen delmål. Delmålene retter seg som regel mot frister for innsending av balanseoversikt, innhenting av stemmer til avstemning av rekonstruksjonsplan, gjeldsforhandling og rettens godkjenning av planen. En ulempe med delmålene er at de virker ekstra tyngende på skyldneren, som allerede er i en presset situasjon<sup>141</sup>.

Når oversikten og rekonstruksjonsplanen er ferdig utarbeidet, sendes disse inn til konkursdomstolen<sup>142</sup>. Som allerede nevnt skal dette skje i løpet av 120 dager fra rekonstruksjon ble begjært, men fristen kan utvides<sup>143</sup>. Retten innkaller til rettsmøte for å avgjøre om oversikten skal godkjennes<sup>144</sup>. Dersom retten godkjenner sendes oversikten, rekonstruksjonsplanen og stemmeseddel til kreditorene og aksjonærene for avstemning<sup>145</sup>.

Kreditorene og aksjonærene stemmer over planen i klassene de er delt inn i. Dersom planen gir kreditorene mindre enn det de har krav på, kan minst én klasse som stemmer for godkjenning binde kreditorfellesskapet til planen. Ordningen med at én klasse kan binde dissenterende klasser («cram down»), kan bare gjennomføres så lenge det er rimelig og rettferdig. Det vil si at en slik regel kan få virkning på en sikret kreditorklasse, men kun hvis klassen samtykker i å fravike pantet<sup>146</sup>.

For å oppnå samtykke i en klasse kreves et tilstrekkelig flertall på minst ½ i antall medlemmer i klassen og  $\frac{2}{3}$  i beløp. Selv om klassene samtykker til planen er det imidlertid retten som har siste ord med sin godkjenning. Den skal etter samlet vurdering avgjøre om planen oppfyller kravet om rimelig og rettferdig fordeling. Avgjørende for godkjenningen er hvorvidt planen

---

<sup>140</sup> Utredningen, side 14.

<sup>141</sup> *Insolvency Review: USA* (2012), avsnitt 89.

<sup>142</sup> *Insolvency Review: USA*, (2021), avsnitt 16.

<sup>143</sup> Utredningen, side 14.

<sup>144</sup> ABC-AMEGA (2021), avsnitt 16.

<sup>145</sup> ABC-AMEGA (2021), avsnitt 16.

<sup>146</sup> *Insolvency Review: USA*, (2021), avsnitt 6 og 15.

gir kreditorene bedre dekning for sine krav enn avvikling etter chapter 7<sup>147</sup>. Dersom retten godkjenner planen, blir den rettskraftig og binder endelig alle berørte parter.

Selv om rekonstruksjon etter chapter 11 gir skyldner store friheter til Likevel er ordningen kritisert for å være dyr og tidkrevende, slik at det bare er de store selskapene som har kapasitet til å gjennomføre rekonstruksjon.

De siste årene ser man derfor en voksende trend med å redusere tidsbruken i gjennomføring av chapter 11-behandling.

En samtykket ordning der en sikret kreditorklasse med høyere prioritet, overdrar noen av kravene som gave til en lavere prioritert klasse med kreditorer eller aksjonærer. Dette kompliserer behandlingen snarere enn å effektivisere den. Siden det innebærer at en mellomklasse blir forfordelt, bryter det med prinsippet om «the absolute priority rule». Denne måten å omgå prioriteringsreglene har medført en rettsavgjørelse som setter skranker for ordningen. I en sak der en kreditorklasse med bedre prioritet besluttet å gi eiendeler i form av kontantutdeling til en aksjonærklasse, ble overføringen avvist fordi den forfordelte en lavere prioritert kreditorklasse som hadde krav på dekning før aksjonærklassen.

For at ikke prioritetsreglene brytes og samtidig beholde gaveelementet, har det vokst frem en ordning kalt strukturell avvisning («structural dismissal»). Dette innebærer at det fremsettes krav om å avvise rekonstruksjonsplanen. Slike krav stiller ofte tilleggsvilkår om gjensidige fraskrivelse, fremgangsmåter for sammenføring av krav, gaveoverføringer av midler til klasser med lavere prioritet, og at domstolen fraskriver avgjørelseskompetanse for godkjenning av kravet.

Denne ordningen passer for selskaper med mye pantesikret gjeld. Problemet med en slik ordning er imidlertid at det ikke stilles forutsetning om samtykke av vilkårene som stilles. Dette har medført til en dom i amerikansk høyesterett (*Czyzewski v. Jevic Holding Corp*), som peker i retning av at avvisningskrav uten samtykke ikke aksepteres.

---

<sup>147</sup> Utredningen, side 14-15.

En tredje trend som tar sikte på å fremskynde behandlingstiden hos domstolen, er såkalt «pre-packaged bankruptcies». Før skyldner begjærer domstolen om å starte rekonstruksjon etter chapter 11, forhandler hen med hovedkreditorene om en rekonstruksjonsplan og innhenter stemmer fra aktuelle parter. Når skyldner omsider begjærer åpning av rekonstruksjonsforhandling, fremlegges skyldnerens balanseoversikt, rekonstruksjonsplan og avstemning av planen. På den måten er det bare rettens godkjenning av planen som gjenstår. Dette har ført til at rekonstruksjonsplan kan bli godkjent i løpet av et par dager. Den korte behandlingstiden i retten er en stor fordel for skyldneren som sparer likvide midler ved å unngå store utgifter under behandlingstiden. På den annen side er det en fare for at rettens oppgave med å sikre rimelig og rettferdig fordeling av kreditorene svekkes.

## 5. Vurdering av regelen

Hensikten med reglene i rekonstruksjonsloven å komme problemene som følger av gjeldsforhandlingsreglene til livs. Der hovedproblemet er for lite midler tilgjengelig ved åpning av gjeldsforhandling<sup>148</sup>, skal rekonstruksjonsloven effektivisere igangsettelsen slik at forhandlingene kommer igang før det er for sent<sup>149</sup>.

Rekonstruksjonsloven kritiseres for at den ikke er nyskapende, men heller bygger for mye på reglene om gjeldsforhandling<sup>150</sup>. For eksempel hevdes det at åpningsvilkåret for rekonstruksjon ikke utgjør noen forskjell i praksis<sup>151</sup>.

Illikviditetskravet i kkl. § 1 a fungerer som avsilingsmekanisme nedad. Har skyldneren økonomiske problemer som ikke er store nok, har han heller ikke adgang til å åpne gjeldsforhandling<sup>152</sup>. Grensen går ved de tilfeller hvor skyldner er likvid og kreditorene kan få

---

<sup>148</sup> Utredningen, side 9.

<sup>149</sup> Prop.75 L (2019-2020), side 6.

<sup>150</sup> Swensen og Meling (2020), side 55.

<sup>151</sup> Swensen og Meling (2020), side 57.

<sup>152</sup> Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 2, Bergen 1988 s. 105.

oppgjør eller sikre sine krav ved enkeltforfølgning – uten rettens innblanding<sup>153</sup>. Kan skyldneren vise til et likviditetsbudsjett om at betalingsmislighold i fremtiden er sannsynlig, taler det for likt meningsinnhold som alvorlige økonomiske problemer i overskuelig fremtid. På dette punkt bør lovgiver innføre klare regler som skiller mellom inntruffet illikviditet og overhengende likviditet, slik det fremgår av lovgivning i andre land.

Det vil si at kreditor kan begjære rekonstruksjon før skyldner har misligholdt sine krav. Og har slik sett den samme adgangen som skyldners har til å åpne rekonstruksjon. Det er på en side et inngrep i skyldnerens anliggender, som bør ha bedre oversikt over egen økonomisk situasjon enn kreditor<sup>154</sup>. På den annen side har begjærende kreditor bevisbyrden når det gjelder å vise skyldnerens illikviditet (§ 3 (3)). Likevel kan kreditors adgang til å begjære rekonstruksjon bidra til at forhandlingene startes før det er for sent. Et tilbakeblikk på engelsk bobehandling, viser at kreditors interesse er å sikre bedre dekning for sine krav ved rekonstruksjon enn ved konkurs.

Selv om illikviditetskravet har et fremoverskuende tidsperspektiv, er det ofte for sent å gjennomføre en vellykket forhandling når illikviditet er påvist. Istedenfor å være siste utvei før konkursåpning, kan det tenkes at rekonstruksjonsordningen heller bør ha et mål om å forebygge skyldnerens illikviditet<sup>155</sup>. At det åpnes rekonstruksjon hos en likvid skyldner som likevel er i en økonomisk krise kan ha noe for seg, og vil heller ikke medføre permanente skader for hverken fordringshaver eller skyldner<sup>156</sup>. Dette vil i så fall være i tråd med EU-direktivet om rekonstruksjon, samtidig som at land utenfor EU også tar sikte på en mer forebyggende rekonstruksjonsbehandling.

Det kan imidlertid være problematisk å fjerne illikviditetskravet, når den nedre grense har til hensikt å eliminere faren for at gjeldsforhandlingsordningen misbrukes. Det er en viss fare for at en skyldner vil benytte anledningen til å kvitte seg med gjeld eller skaffe seg andre økonomiske fordeler<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> Huser (1987), side 187.

<sup>154</sup> Utredningen, side 35

<sup>155</sup> Huser (1987), side 186-187.

<sup>156</sup> Huser (1987) s. 187.

<sup>157</sup> Huser (1987) side 187.

På den annen side er det store kostnader knyttet til å gjennomføre rekonstruksjon. Retten kan kreve et passende forskudd for å dekke omkostninger (§ 4 (1)), og er anslått å ligge på minst 300 000 kroner<sup>158</sup>. Slike kostnader kan virke avskrekkende slik at en selskapsstyret tenker seg om både en og to ganger før det beslutter å begjære åpning av rekonstruksjon. I så fall vil kostnader som dette virke mot sin hensikt, og heller vanskeliggjøre adgangen til å åpne rekonstruksjonsforhandling. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det er behov for et så inngripende rekonstruksjonsutvalg.

---

<sup>158</sup> Utredningen, side 39.