

**GJELDSFORHANDLINGER ETTER KONKURSLOVEN
OG REORGANIZATION ETTER UNTIED STATES
BANKRUPTCY CODE**

EN SAMMENLIGNING OG VURDERING AV DE TO
REGELSETTENE

Kandidatnr: 256

Veileder: Christian Reusch

Leveringsfrist: 25.04.2005

Til sammen 17 285 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	INNLEDNING	1
1.2	FORMÅL MED GJELDSFORHANDLINGER OG <i>REORGANIZATION</i>	1
1.3	RETTSKILDER OG METODE	2
1.4	AVGRENSNING	3
1.5	VIDERE FREMSTILLING	3
<u>2</u>	<u>DE VIKTIGSTE AKTØRENE</u>	<u>5</u>
2.1	DEBITOR - SKYLDEREN	5
2.2	KREDITOR - FORDRINGSHAVER	5
2.3	TINGRETEN OG <i>BANKRUPTCY COURT</i>	5
2.4	GJELDSNEMNDA OG <i>TRUSTEE</i>	6
<u>3</u>	<u>STATISTIKK</u>	<u>8</u>
<u>4</u>	<u>AKTUALITET</u>	<u>10</u>
<u>5</u>	<u>EN KORT OVERSIKT OVER GJELDSFORHANDLINGER ETTER KONKURSLOVEN</u>	<u>12</u>
5.1	GENERELT OM GJELDSFORHANDLINGER	12
5.2	DE ULIKE FORMENE FOR GJELDSFORHANDLINGER	12
5.2.1	PRIVATE GJELDSAVTALER	12
5.2.2	FRIVILLIGE GJELDSFORHANDLINGER	13
5.2.3	TVANGSAKKORD	13

<u>6</u>	<u>EN KORT OVERSIKT OVER DET AMERIKANSKE KONKURSSYSTEMET OG REORGANIZATION</u>	15
6.1	GENERELT OM <i>UNITED STATES BANKRUPTCY CODE</i>	15
6.2	GENERELT OM <i>REORGANIZATION</i> ETTER <i>CHAPTER 11</i>	15
6.3	REORGANISERINGSPLANENS INNHOLD	16
6.4	<i>PREPACKAGED BANKRUPTCY PLAN</i>	16
<u>7</u>	<u>VILKÅR FOR Å ÅPNE GJELDSFORHANDLINGER / REORGANIZATION</u>	18
7.1	INNLEDNING	18
7.2	BEGJÆRING	18
7.3	ILLIKVIDITETSVILKÅRET	20
7.4	PROGNOSEVILKÅRET	21
7.5	FORSKUDD, SIKKERHET OG ANSVAR FOR GJELDSFORHANDLINGSOMKOSTNINGENE	22
7.6	RETTENS GODKJENNELSE ELLER AVSLAG AV BEGJÆRINGEN	24
7.7	VURDERING.	24
<u>8</u>	<u>VIRKNINGENE AV Å ÅPNE GJELDSFORHANDLINGER / REORGANIZATION</u>	26
8.1	INNLEDNING	26
8.2	DEBITORS RÅDERETT - LEGITIMASJONSSPØRSMÅLET	26
8.3	GJELDSNEMNDAS TILSYN	28
8.4	BEGRENSNINGER I ADGANGEN TIL ANNEN GJELDSFORFØLGELSE	32
8.5	ANDRE VIRKNINGER	35
8.5.1	KONTRAKTSFORPLIKTELSE	35
8.5.2	OMSTØTELSE	37
8.5.3	MOTREGNING	38
8.5.4	REDUKSJON AV KRAV	38
8.6	VURDERING	39
<u>9</u>	<u>INNHALDET AV GJELDSFORHANDLINGER / REORGANIZATION</u>	40
9.1	INNLEDNING	40
9.2	HVA GJELDSFORHANDLINGER / <i>REORGANIZATION</i> KAN GÅ UT PÅ	40
9.3	MINIMUMSKRAV TIL INNHALDET	42
9.3.1	PARTSVILKÅRET	42

9.3.2	LIKEBEHANDLINGSVILKÅRET	45
9.3.3	MINIMUMSDIVIDENDE	47
9.4	VURDERING	48
 <u>10 UTARBEIDELSE AV FORSLAG OG VEDTAKELSE AV GJELDSFORHANDLING / REORGANIZATION</u>		51
10.1	INNLEDNING	51
10.2	FORSLAG	51
10.3	AVSTEMMING OG VEDTAKELSE	53
10.4	VURDERING	56
 <u>11 OPPSUMMERENDE SAMMENLIGNING OG RETTSPOLITISKVURDERING</u>		59
 <u>12 LITTERATURLISTE</u>		62
12.1	LITTERATUR	62
12.2	LOVREGISTER	64
12.3	LOVFORARBEIDER	64
12.4	INTERNETT SIDER	65

1 Innledning

1.1 Innledning

Hensikten med oppgaven er å sammenligne hovedtrekkene i gjeldsforhandling etter konkursloven med *reorganization* etter *United States Bankruptcy Code, Chapter 11*.¹ Oppgaven har som mål å belyse hvorfor de amerikanske reglene for *reorganization* blir benyttet langt mer enn konkurslovens regler for gjeldsforhandlinger. Innholder det amerikanske gjeldsforhandlingsinstitutt elementer som gjør det til et bedre system enn det norske, og er dette elementer som vi kan adoptere for å forbedre eller videreutvikle reglene i konkursloven? Oppgaven sammenligner elementer i regelsettene og vurderer hvilke løsninger som gir de beste resultatene, både for kreditorer og debitorer. Det er imidlertid ikke rom for en så detaljert gjennomgang av regelsystemene at enhver likhet og ulikhet vil bli kommentert og vurdert.

1.2 Formål med gjeldsforhandlinger og *reorganization*

Normalt dekker debitor forpliktelsene sine etter hvert som de forfaller, og det er ikke nødvendig med gjeldsforfølging for kreditorene. Derimot er det behov for gjeldsforfølging og regler som regulerer de virkemidler kreditorene kan benytte når debitor ikke kan eller vil betale sine forpliktelser. Både i Norge og USA skilles det mellom to hovedtyper fellesforfølging, konkurs og gjeldsforhandlinger. Denne oppgaven konsentrerer seg om gjeldsforhandlinger. Gjeldsforhandlinger har to kryssende hensyn. Kreditors inndrivelse av utestående krav og debitors reduksjon av uoppgjorte krav. Hovedformålet med regelsettene er å gi debitorer som er i økonomiske vanskeligheter en mulighet til å forhandle frem en avtale med kreditorene i rettslig kontrollerte former, slik at debitor kan "gjøre opp for seg" føre virksomheten videre.

¹ Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 08.juni.1984 nr. 58.

Title 11. United States Bankruptcy Code 1978.

Bakgrunnen for det norske gjeldsforhandlingsinstituttet er todelt. For det første ønsket lovgiver et økonomisk gunstigere alternativ enn konkurs. For det andre ønsket de å utkonkurrere de i praksis ofte tvilsomme private gjeldsforhandlingene.² Innføringen av gjeldsforhandlinger etter konkursloven ble begrunnet i at tvangsakkordinstituttet ble relativt lite brukt. Lovgiver ønsket å utvikle et system som lignet på de private gjeldsforhandlingene, men likevel hadde de rettssikkerhetsgarantier loven gir.³ Målet var å få en smidigere og billigere måte å få kontroll over debtors økonomi

Bakgrunnen for *reorganization* etter *United States Bankruptcy Code* var at lovgiver så behovet for å utvikle et system som kunne bevare de mange jernbanene, som hadde økonomiske vanskeligheter på slutten av 1800-tallet og begynnelsen av 1900-tallet. Samtidig som lovgiver ønsket å komme de private gjeldsavtalene til livs. Målet var å gi debitor en mulighet til å finansielt restrukturere virksomheten og fortsette driften mens fordringene ble dekket. Instituttet ble etter hvert utviklet til å gjelde alle typer virksomheter.

1.3 Rettskilder og metode

I Norge er reglene om gjeldsforhandlinger hjemlet i konkursloven, og alminnelige tolkingsprinsipper kommer derfor til anvendelse. Forarbeidene gir utfyllende veiledning til bestemmelsene. På grunn av at instituttet er lite brukt finnes det lite rettspraksis på området. I tillegg skjer mye av arbeidet med gjeldsforhandlinger utenfor rettssystemet, og blir derfor ikke registrert noe sted. Det finnes noe juridisk litteratur på området, men det er av mer praktisk betydning enn rettskildemessig vekt.

Det amerikanske lovsystemet er bygget opp noe annerledes enn det norske. I USA har de flere overlappende lovsystemer. De har den føderale lovgivningen, herunder

Jeg vil i oppgaven benytte gjeldsforhandlinger som fellesbetegnelse for frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord, med mindre annet går frem av sammenhengen.

² NOU 1972:20 side 47

³ NOU 1972:20 side 47

United States Constitution fra 1787, *Statutes of US* og prosessreglene. Videre har hver stat et lovsystem, som igjen deles opp i lokale regler. *Bankruptcy Code* har hjemmel i *United States Constitution art.1, sec. 8*. Bestemmelsen gir kongressen myndighet til å vedta ”uniform laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States”.

Ved motstrid går *Bankruptcy Code* foran statlige lover eller lover med lavere trinnhøyde. Partene kan i utgangspunktet ikke heve seg over føderal lovgivning ved kontrakt, men det er likevel ikke uvanlig at domstolene godtar partens lovvalg.⁴ *United States Bankruptcy Codes* lovforarbeider fra vedtagelsen av konkurslovgivningen i 1978 med senere endringer, ble til å begynne med tillagt betydelig vekt, men etter hvert som det utviklet seg rettspraksis avtok vekten noe. Lovsystemet i USA bygger på en *Common law* tradisjon, hvor mye av rettsutviklingen er basert på dommeravgjørelser. Domstolspraksis har derfor en sentral rolle.

1.4 Avgrensning

Oppgaven behandler gjeldsforhandlinger i næringsvirksomhet etter konkursloven, og avgrenses derfor mot gjeldsforhandlinger for privatpersoner etter gjeldsordningsloven.⁵ Videre avgrenses oppgaven mot statsforetak.⁶ Oppgaven behandler heller ikke banker som blir satt under offentlig administrasjon.⁷

1.5 Videre fremstilling

Jeg vil i oppgaven først gi en presentasjon av de viktigste aktørene, før jeg redegjør for statistikk og ser nærmere på temaets aktualitet. Deretter gir jeg en kort oversikt over de to systemene, før jeg tar for meg de enkelte delene i fremgangsmåten for de to systemene. Til slutt vil jeg gi en vurdering av elementer i regelsettene. Oppgaven er bygget opp slik at under hvert tema behandles først de norske reglene, deretter de

⁴ *Interstate choice of law*.

⁵ Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner. 17.juli.1992 nr. 99

⁶ Lov om statsforetak av 30. aug. 1991 nr. 71.

⁷ Lov om sikringsordninger for banker og offentlig administrasjon m.v. av finansinstitusjoner av 12. jun. 1996.nr 75.

amerikanske. Dette skal gjøre det enklere for leseren å se likheter og forskjeller ved to lands regelsystemene.

Mye av relevant lovtekst er på engelsk. Siden begrep kan ha forskjellig betydning på engelsk og på norsk, er de opprinnelige ord og uttrykk tatt inn i teksten for å unngå uheldige oversettelser og feiltolkninger.

2 De viktigste aktørene

2.1 Debitor - Skylderen

I Norsk konkurslovgivning er det ingen legaldefinisjon på debitor slik det er i *United State Bankruptcy Code* § 101(13). Begrepet har likevel samme innhold i de to lands lovgivning. Debitor er et rettssubjekt som er rettslig forpliktet til å yte noe til et annet rettssubjekt (kreditor). Forpliktelsen kan ha oppstått ved lån, utstedelse av obligasjoner, erstatningsforpliktelse eller som følge av kontraktsforpliktelse.

2.2 Kreditor - fordringshaver

Også kreditorbegrepet har samme innhold i de to lands konkurslovgivning. Det er ikke definert i norsk rett, men er det i *United States Bankruptcy Code*, § 101 (10). Kreditor eller fordringshaver er en som har et bestemt krav mot debitor, det vil si den som har rett til oppfyllelse. Kreditorer eller fordringshavere kan ha ulike typer krav, både pengekrav eller naturalkrav. Kreditorer kan være sikrede eller usikrede, og de kan ha forfalte eller ufortalte krav. Ved gjeldsforhandlinger etter norsk rett blir krav som gjelder annet enn penger, omregnet til pengefordringer, med mindre debitor ønsker å oppfylle avtalen etter sitt innhold, jfr dekl. § 6-4. Tilsvarende bestemmelse finnes i USBC § 365.

2.3 Tingretten og *Bankruptcy Court*

Tingrettens oppgaver og kompetanse reguleres av konkursloven § 145. Tingretten avgjør spørsmål om åpning og gjennomføring eller innstilling av gjeldsforhandlinger. Tingretten skal ivareta partenes rettssikkerhet under gjeldsforhandlingene. Dens oppgaver består blant annet i å oppnevne gjeldsnemnd og revisor etter kkl. §§ 7, 8 og 11, og være klageinstans for gjeldsnemndas vedtak, jfr. kkl. § 10 av gjeldsforhandlinger. Tidligere ble betegnelsen skifterett benyttet på domstolene i gjeldsforhandlingssaker, men fra 1. januar 2003 behandles alle saker i første instans av en domstol med

funksjonsbetegnelse tingrett. Det er imidlertid her tale om endring av navnet på embetet, og ikke funksjonsbetegnelser. Oslo har som eneste domstol, et spesialembete som bare behandler bestemte sakstyper.⁸

United States Bankruptcy Court's kompetanse er hjemlet i USBC § 105. Bestemmelsen gir domstolene en vid kompetanse, ”The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title”. Domstolens oppgaver går fram av enkeltbestemmelsene i loven. I likhet med de norske tingrettene har *Bankruptcy Court* som hovedoppgave å kontrollere og administrere de saker som kommer inn til retten. De har eksklusiv jurisdiksjon i gjeldsforfølgningssaker.

2.4 Gjeldsnemnda og *trustee*

I Norge oppnevner tingretten en gjeldsnemnd straks det er avsagt kjennelse om åpning av gjeldsforhandlinger, jfr. kkl. § 7. 1. ledd. Gjeldsnemnda består av en leder og fra ett til tre medlemmer som representerer kreditorene. I tillegg kan det oppnevnes en representant for de ansatte i virksomheten, jfr. kkl. § 7. 3.ledd. Gjeldsnemnda er det sentrale og ledende organet under gjeldsforhandlinger, og fører kontroll med skylderens virksomhet. Den skal bistå skyldneren under gjeldsforhandlingen og ivareta fordringshavernes felles interesser.⁹

Det som ligner mest på gjeldsnemnd etter *United States Bankruptcy Code* er *trustee*.

I USA oppnevnes det ikke automatisk noen *trustee*. Kreditorene må begjære retten om dette og påvise gyldig grunn, jfr. USBC § 1104 (a). Dette skjer kun i et fåtall av sakene.¹⁰ Godkjenner *Bankruptcy Court* begjæringen, oppnevnes en *trustee* av *United States Trustee* eller velges av kreditorene, jfr. USBC § 1104 (b)og (d).¹¹ Oppnevne av *trustee* kan skje helt frem til vedtakelse av reorganiseringsplanen Bli

⁸ Jeg vil i oppgaven benytte tingrett som en fellesbetegnelse på Oslo skifterett og de øvrige førsteinstansdomstolene.

⁹ Se kap. 8.3 ”Gjeldsnemndas tilsyn”.

¹⁰ Se G.M. Treister m.fl. side 101 ”trustees are rarely elected”.

¹¹ Behandlet lengre ned på siden.

det oppnevnt en *trustee* trer den inn i debitors stilling og overtar ledelsen av virksomheten.

Ved reorganiseringsaker skal det etter USBC § 1102 oppnevnes en komité av usikrede kreditorer, *Committee of unsecured creditors*. Den har i oppgave å ivareta kreditorenes interesse ved å føre kontroll og dialog med debitor og forsøke å forhandle frem en reorganiseringsplan. *Bankruptcy Court* kan også oppnevne andre komiteer den finner hensiktsmessig. Andre rettighetshavere kan på eget initiativ opprette egne komiteer hvis de ønsker det, men disse får ikke de samme rettigheter som de domstolsoppnevnte komiteene.

Hvis det ikke oppnevnes noen *trustee*, kan *Bankruptcy Court* på begjæring fra kreditorene eller *United States Trustee* avgjøre om det skal oppnevnes en *examiner*, jfr. USBC § 1104 (c). *Examiner* har til oppgave å undersøke om det foreligger noen uregelmessigheter ved debitors virksomhet, men har ikke myndighet til å gripe inn eller sette begrensninger for debitors forretningsførsel, jfr. USBC § 1106 (b).

Det hele kontrolleres av *The United States Trustee*, som ikke må forveksles med *trustee* i den enkelte sak. *The United States Trustee* er et offentlig organ som hører inn under det amerikanske justisdepartementet. De har i oppgave å holde oppsyn med konkurssaker og reorganiseringsaker, særlig de saker der det ikke er oppnevnt noen *trustee*.

3 Statistikk

I 2004 ble det i Norge registrert 4 267 konkurser mot 5074 i 2003. Det er en nedgang på 15,9 %. Nærmere 40 % av selskapene som gikk konkurs var private aksjeselskaper.¹² 30 % av konkursene gjaldt personlige konkurser av enkeltmannsforetak. Statistikken viser også at halvparten av konkursene skjer i ”unge” selskaper, det vil si selskaper som er registrert i løpet av de ti siste årene. Avdelingsdirektør Erik Kristiansen ved Brønnøysundregistrene mener den positive nedgangen i konkurser skyldes bedre vilkår for næringslivet. Han viser til at normaltstanden er på rundt 3500 konkurser i året.¹³

Tall for Oslo skifterett og byskriverembete viser at det i perioden 01.01.1996 til 31.12.2004 kom inn 13 389 konkursbegjæringer, hvor det ble åpnet konkurs i 6330 av tilfellene. Av disse ble 4 453 innstilt, mens bare 1665 ble avsluttet med utlodning etter konkursloven § 128. I samme periode kom det kun inn 31 gjeldsforhandlinger, hvorav 23 boer ble åpnet. Av disse ble det åpnet 1 frivillig gjeldsforhandling. Det ble stadfestet 8 tvangs- akkorder. I 8 av sakene ble gjeldsforhandlingene innstilt og konkurs åpnet, mens 5 ble registrert som avgjort på annen måte.¹⁴

Avtaler som partene inngår under hånden uten det offentliges mellomkomst, blir ikke registrert i noe offentlig register. Det blir heller ikke registret hvor mange gjeldsforhandlinger eller konkurser som er resultat av mislykkede forsøk på private gjeldsavtaler. Det er imidlertid klart at antallet åpnete private gjeldsforhandlinger er vesentlig mindre enn antall konkurser.

¹² 2 567 i antall.

¹³ www.brreg.no/registrene/konkurs

¹⁴ Tall fått av Oslo Skifterett. Det føres ikke noen offentlig statistikk for gjeldsforhandlinger på landsbasis.

Tall fra *United States Bankruptcy Court's* administrasjonskontor viser at i perioden fra 01.01. 2004 til 31.12. 2004 ble det totalt registrert 1 597 462 konkursbegjæringer i USA. Dette var en nedgang på 3,8 % fra året før. 34 317 av begjæringene gjaldt virksomheter, *business filings*, mens 1 117 776 gjaldt annet enn virksomheter *non business filings*. Av dem som gjaldt *business filings* ble det i 20 192 av tilfellene begjært *liquidation* etter USBC *Chapter 7*, mens i 9 186 av tilfellene ble det begjært *reorganization* etter USBC *Chapter 11*. Dette var en nedgang på 4 % for *liquidations-sakene*, og en oppgang på 3 % for *reorganizations-sakene*.¹⁵

¹⁵ Tallene er fått av den amerikanske ambassaden, med henvisning til *Administrative Office of the U.S. Courts*.

4 Aktualitet

I Norge kom reglene om gjeldsforhandlinger første gang inn i lovgivningen ved akkordforhandlingsloven i 1899, men den forventede bruken av instituttet uteble. Debitorene viste en uvilje mot å begjære akkordforhandlinger siden reglene fremstod som en avdempet form for konkurs. Konkurslovsreformen som resulterte i konkursloven av 8. juni 1984 nr.58, hadde som klar målsetting å etablere et regelsystem som gjorde gjeldsforhandlingsinstituttet mer attraktivt, men tilsynelatende framstår denne motviljen fremdeles.

I Norge har man begynt å jobbe med såkalte "Fresh start-problemstillinger".¹⁶

Nærings og Handelsdepartementet, har i samarbeid med Justisdepartementet og Konkursrådet, fulgt opp et initiativ fra EU og sett nærmere på tilrettelegging for verdiskaping og innovasjon - deriblant tiltak for å unngå konkurs

Under Kværners gjeldskrise i 2001 restrukturerte selskapet seg gjennom en privat gjeldsavtale. De ble enige med de største kredittinstitusjonene om en "Stand still - avtale". Stabsdirektør i Aker Kværner og finansdirektør i Kværner under gjeldskrisen høsten 2001, Finn Berg Jacobsen, sier i et intervju med Kapital nr 19. 5. nov. 2004 at de savnet et "Chapter 11 system" i Norge, og at det ville gjort prosessen betydelig enklere.

Den 29. juli 2003 søkte Petroleum Geo Services, (PGS) som det første norske selskapet om finansiell restrukturering etter *United States Bankruptcy Code, Chapter 11*. Søknaden var basert på en refinansieringsplan som var forhåndsgodkjent av majoriteten av banker, obligasjonsinnehavere, og grupperinger av PGS' største aksjonærer.¹⁷ PGS trådte ut av ordningen den 5. november 2003. Selskapets erfaring er at det amerikanske

¹⁶ Kapital nr. 19. 5.nov.2004, side 14-18 Artikkel "Mye mer fleksibelt"

¹⁷ Se kap. 6.4 , "Prepackaged Bankruptcy Plan"

systemet var mer fleksibelt og at selskapets interesser med målet om fortsatt drift stod i fokus.

I USA har flere store selskaper begjært *reorganization*, med vellykket resultat. I april 1987 begjærte Texaco Inc. *reorganization*. Det var historiens nest største finansielle restrukturering med en gjeld på 21,6 milliarder USD og betegnes som "one of the greatest corporate comebacks".¹⁸ Det finnes også selskaper der *reorganization* ikke fører frem. I desember 2001 ble Enron Corp. slått konkurs etter at *reorganization* ikke førte frem. De hadde da en gjeld på 62,8 milliarder USD.

¹⁸ http://money.cnn.com/2001/12/03/companies/v_chapter_11

5 En kort oversikt over gjeldsforhandlinger etter konkursloven

5.1 Generelt om gjeldsforhandlinger

Gjeldsforhandlinger etter konkursloven er de prosesser som leder frem til en frivillig gjeldsforhandling eller tvangsakkord. Reglene om gjeldsforhandlinger finnes først og fremst i lovens første del, "Gjeldsforhandling" §§ 1-59. Lovens andre del §§ 60-144, gjelder i hovedsak konkurs, mens lovens tredje del §§ 145-162, omhandler fellesregler for gjeldsforhandling og konkurs. Lovens system gir en innledende fase med felles regler for frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord. Deretter presenterer loven tre alternative fremgangsmåter, frivillige gjeldsforhandlinger, tvangsakkord eller innstille forhandlingene og begjære konkurs.

5.2 De ulike formene for gjeldsforhandlinger

Kreditor og debitor står fritt til å velge om de vil benytte lovens ordninger eller forhandle frem egne løsninger. Lovens fremgangs- og behandlingsmåter er i utgangspunktet frivillige og alternative tilbud. Velges private avtaler kan man senere gå over til lovens løsninger. Velger man lovens fremgangsmåte må man velge mellom frivillige gjeldsforhandlinger eller tvangsakkord. Det er til enhver tid mulig å innstille forhandlingene eller åpne konkurs.

5.2.1 Private gjeldsavtaler

Private gjeldsavtaler er ikke regulert i loven, men følger av avtalefriheten. Debitor kan forhandle med enkelte kreditorer eller alle kreditorene. Debitor og kreditor står fritt til å inngå avtaler med det innhold de ønsker, og begge parter står fritt til å godta eller avslå den annen parts forslag. Det gjelder heller ikke noe krav om likebehandling av kreditorene, slik det er ved frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord. En fordel med private gjeldsavtaler er at partene har større frihet enn ved gjeldsforhandlinger etter konkursloven. Konkurslovens preseptoriske regler kan begrense partenes muligheter i å

komme frem til gunstige løsninger, men under private gjeldsavtaler er ikke partene bundet av å følge en bestemt prosedyre og kan improvisere etter behov. Partene kan og være tjent med den diskresjon man kan oppnå ved en privat gjeldsavtale.

5.2.2 Frivillige gjeldsforhandlinger

En frivillig gjeldsforhandling er rettslig sett en avtale mellom debitor og kreditorene. I likhet med private gjeldsavtaler får alminnelige avtalerettslige regler anvendelse. I tillegg kommer reglene i konkursloven. De gjelder først og fremst prosessuelle krav ved godkjenning av frivillig gjeldsforhandlinger.

Konkurslovens alternative forslag til frivillige gjeldsforhandlinger er i utgangspunktet tilbud. Ved frivillige gjeldsforhandlinger tillates det betydelig grad av frihet i forhold til innholdet i avtalen. Konkursloven setter likevel som vilkår for frivillige gjeldsforhandlinger at den foreslåtte gjeldsordningen må omfatte og likestille alle kjente fordringer på skyldneren som skriver seg fra tiden før gjeldsforhandlingene ble åpnet, jfr. kkl. § 23 2. ledd. For at retten skal vedta frivillige gjeldsforhandlinger må forslaget være godkjent av samtlige kreditorer som stemmer over av avtalen, jfr. kkl. § 25 1. ledd. Hvis det under frivillige gjeldsforhandlinger blir lagt frem en god avtale, men enkelte kreditorer ikke vil godta forslaget, kan saken endres til forhandling om tvangsakkord. Det er ikke uvanlig i praksis.

Fordelene med frivillige gjeldsforhandlinger sammenlignet med konkurs og private gjeldsavtaler er i det vesentlige de samme som ved tvangsakkord og blir behandlet i neste kapittel.

5.2.3 Tvangsakkord

Reglene om tvangsakkord er i stor utstrekning parallelle til reglene om frivillig gjeldsforhandlinger. En viktig forskjell er imidlertid at konkursloven setter absolutte materielle begrensninger til innholdet av forslaget. I tillegg oppstilles det et krav om minimumsdividende. Bakgrunnen for dette er behovet for klare og presise regler på grunn av tvangselementet. Ved tvangsakkord kan et tilstrekkelig antall kreditorer vedta et akkordforslag med bindende virkning for mindretallet.

Tvangsakkord er offentlig, og blir kunngjort slik at alle kreditorer skal kunne melde sine fordringer og delta i avstemmingen.

En fordel med frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord sammenlignet med konkurs, er at dekningsmulighetene ofte er bedre siden kreditorene får en dividende basert på selskapet som et "going concern".¹⁹ Sammenlignet med private gjeldsavtaler er det en fordel at debitor er sikret arbeidsro under gjeldsforhandlingsprosessen gjennom forbudet som oppstilles mot enkelutfølgning og annen fellesutfølgning, jfr kkl. §§16 og 17.²⁰ Dessuten blir det etter dekningslovens kap. 5 adgang til å omstøte enkelte av debtors disposisjoner forut for gjeldsforhandlingene, siden utgangspunktet for omstøtelsesfristene er den dagen da begjæring om gjeldsforhandling kom inn til skifteretten. Det er også en fordel med gjeldsforhandlinger i motsetning til private gjeldsavtaler, at kreditorer med gjeld stiftet med gjeldsnemdas tillatelse etter konkurslovens § 14, gis en privilegert stilling ved en eventuell konkurs, jfr. dekl.§9-2, 2.ledd, nr 2. Det kan gjøre det bli lettere for debitor å skaffe lånekapital under gjeldsforhandlingene.

¹⁹ Kjell Melhus, side 29

²⁰ Se kap. 8.4. "Begrenser adgang til annen gjeldsutfølgelse"

6 En kort oversikt over det amerikanske konkurssystemet og reorganization

6.1 Generelt om *United States Bankruptcy Code*

The *United States Bankruptcy Code* inneholder fem ulike fremgangsmåter for håndtering av økonomiske problemer. Hvilken prosess man anvender avhenger av hvilket rettssubjekt som har økonomiske problemer, og hvilken løsning man ønsker.

For det første inneholder loven bestemmelser om avvikling *Liquidation* i *Chapter 7*. Dette gjelder de klassiske konkurser, "straight bankruptcy" hvor virksomheten opphører å eksistere. Eiendelene blir realisert og kreditorene mottar en dividende basert på prioritet. For det andre inneholder loven bestemmelser om *reorganization* i *Chapter 11*. Reglene gir virksomheter mulighet til å gjennomgå aktiva og passiva, og forhandle frem en reorganiseringsplan med selskapets kreditorer og rettighetshavere. Selskapet fortsetter virksomheten etter reorganiseringen, og kreditorene og rettighetshaverne får oppgjør etter planen. I tillegg inneholder *United States bankruptcy Code, Chapter 12* en gjeldsordningsprosess for mindre landbruksenheter, *Family Farmer Debt Adjustment*. Mens *Chapter 13* regulerer gjeldsforhandlinger for lønnstakere som tilfredsstiller visse krav med hensyn til samlet gjeld, *Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income*, og til slutt *Chapter 9* som gjelder for kommunale virksomheter, *Adjustment of Debts of a Municipality*.

6.2 Generelt om *reorganization* etter *Chapter 11*

Ved *reorganization* etter *United States Bankruptcy Code*, blir selskapets kontrakts- og gjeldsforpliktelser, samt selskapsstrukturen gjennomgått og omstrukturert. Målet er at

selskapet skal fortsette driften og bli profitabelt ved å få en ”ny start”, jfr. amerikansk høyesterett 1934.²¹

Både virksomheten selv og kreditorene kan begjære *reorganization*, jfr. USBC §§ 301 og 303.²² Selskapet behøver verken være insolvent eller illikvid. Også ”friske” selskaper kan begjære *reorganization* etter *Chapter 11*, men det er ikke vanlig.²³ Under reorganiseringsprosessen forsetter debitor den daglige driften, med mindre det oppnevnes en *trustee*. Debitor skal i løpet av de første 120 dagene utarbeide et forslag til reorganiseringsplan. Før kreditorene stemmer over forslaget de delt inn i klasser basert på typen krav de har. Det er kun kreditorer eller rettighetshavere som er berørt av planen som har stemmerett. Hver klasse må som hovedregel godkjenne planen med et tilstrekkelig flertall, jfr. USBC § 1126.²⁴ Blir planen godkjent av alle berørte klasser kan *Bankruptcy Court* vedta planen og dens innhold bli satt ut i livet.

6.3 Reorganiseringsplanens innhold

United States Bankruptcy Code oppstiller ingen forslag til hva en reorganiseringsplan kan gå ut på. Derimot oppstilles det enkelte minimumskrav til innholdet og hvordan reorganiseringsprosessen skal gjennomføres. Partene må selv komme frem til en løsning. De kan utarbeide særegne tilpassninger til den enkelte virksomheten. Det avgjørende er hva selskapet har anledning til å gjære og hva kreditorene er villig til å akseptere.

6.4 *Prepackaged Bankruptcy Plan*

Prepackaged Bankruptcy plan er en kombinasjon mellom private avtaler og reorganisering etter loven. Debitor forhandler frem og utarbeider en reorganiseringsplan

²¹ *Local Loan v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934). ”...gives the honest but unfortunate debtor...a new opportunity in life and clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of pre-existing debt.”

²² Se kap. 7.2 ”Begjæring”

²³ Se ”Fundamentals of American law” side 465.

²⁴ Se kap. 10 ”Utarbeidelse av forslag og vedtakelse av gjeldsforhandling og reorganiseringsplan.”

i samarbeid med kreditorene og rettighetshaverne, før de begjærer *Bankruptcy Court* om *reorganization*. En fordel med *Prepackaged Bankruptcy plan* er at den forenkler den formelle prosessen. Reorganiseringsplanen er allerede godkjent av flesteparten av de berørte kreditorene og rettighetshaverne, og det blir dermed lettere å få gjennomslag for reorganiseringsplanen under rettens beskyttelse. Det sparer virksomheten for administrasjonskostnader i forhold til vanlig prosedyre.

7 Vilkår for å åpne gjeldsforhandlinger / *reorganization*

7.1 Innledning

Gjeldsforhandlinger og *reorganization* er ofte kostnads og arbeidskrevende for partene og det vil være lite heldig hvis partene må jobbe med grunnløse begjæringer. Konkursloven og *United States Bankruptcy Code* oppstiller derfor vilkår for at retten skal godkjenne en begjæring og åpne gjeldsforhandlinger eller *reorganization*.

I norsk rett oppstiller konkursloven to vilkår i tillegg til kravet om begjæring fra skyldneren. Likviditetsvilkåret som tar sikte på å forbeholde gjeldsforhandlingsinstituttet til dem som trenger det, og prognosevilkåret som skal sile ut de saker det er lite sannsynlig at forhandlingene fører frem. I tillegg kan tingretten, hvis den finner det nødvendig kreve at debitor stiller nødvendig sikkerhet for omkostningene ved gjeldsforhandlinger. I amerikansk konkurslovgivning oppstiller ikke *United States Bankruptcy Code* noen andre vilkår enn en begjæring om å åpne *reorganization*.

7.2 Begjæring

Etter norsk rett kan i utgangspunktet enhver ”skyldner” åpne gjeldsforhandlinger, jfr. kkl. § 1. I motsetning til ved konkurs er det kun debitor som kan fremsette begjæring om åpning av gjeldsforhandlinger. Når debitor er en virksomhet, må begjæringen fremsettes av den eller de som representerer virksomheten. Bakgrunnen for reglene er at lovgiver mente en vellykket gjeldsforhandling er avhengig av at debitor samarbeider aktivt og lojalt, og at en gjeldforhandling der debitor er lite samarbeidsvillig har små sjanser for å lykkes.²⁵

²⁵ NOU 1972:20 side 31 og NOU 1993:16 side 18.

Konkursloven § 2 oppstiller krav til begjæringens form og innhold.²⁶ Etter bestemmelsen skal begjæringen ”fremsettes skriftlig”. I forarbeidene er det forutsatt at retten plikter å nedtegne en muntlig begjæring, og undertegne den sammen med skyldneren.²⁷ Det skal gå frem av begjæringen om debitor ønsker frivillig gjeldforhandling eller tvangsakkord. Etter kkl. § 2, 1.ledd, nr.1-3 skal det legges ved begjæringen en kort redegjørelse for årsakene til betalingsproblemene, og hvorledes gjelden tenkes ordnet. I tillegg skal det følge med en oppgave over status for eiendeler og gjeld. Det skal og legges ved en redegjørelse for hvordan bokføringen er innrettet. Bestemmelsens 1.ledd må leses i sammenheng med 3.ledd, som gir domstolene adgang til å be debitor fremlegge de tilleggsopplysninger retten finner nødvendig. Opplysningene skal gi retten grunnlag til å vurdere debtors nåværende og fremtidige økonomiske situasjon, og om virksomheten har muligheter til å gjennomføre en vellykket gjeldsforhandling. Debtors begjæring kan tilbakekalles ”så lenge skifteretten ikke har avsagt kjennelse om hvorvidt gjeldsforhandlinger skal åpnes”, jfr. kkl. § 2, 2.ledd, 2.pkt.

I amerikansk konkurslovgivning kan både kreditor og debitor begjære *liquidation* og *reorganization*. Hvis debitor tar initiativet kalles *det voluntary case*, jfr. USBC § 301. Hvis kreditorene tar initiativet kalles det *involuntary case*, jfr. USBC § 303. Debitor kan dermed bli presset inn i en reorganiseringsprosess mot sin vilje.

En begjæring om en *voluntary case* etter USBC § 301 er i det vesentlige lik med en begjæring om gjeldsforhandlinger i Norge. Den kan fremsettes av enhver debitor eller en som representerer virksomheten. Det må i tillegg til begjæringen vedlegges dokumentasjon på aktiva og passiva, kontraktsforpliktelser og andre økonomiske forhold av betydning, jfr. *Bankruptcy Rule* 1107 (b). Debitor skal og fylle ut et skjema, *Official Bankruptcy Form*, hvor han oppgir formålet med begjæringen og at

²⁶ I tillegg gjelder Tvistemålslovens regler så langt de passer kkl. § 149.

²⁷ NOU 1972:20 side. 52

begjæringen er i *good faith*.²⁸ *Bankruptcy Court* har i flere saker avist begjæringen på grunn av fare for misbruk av instituttet.²⁹

United States Bankruptcy Code setter enkelte vilkår for at kreditorene kan fremme begjæring om åpning av *involuntary case*. I følge USBC § 303 (b)(1) kan det åpnes reorganiserings sak når minst tre kreditorer fremmer en begjæring, og de til sammen har usikrede krav på minst 10.000 USD. Hvis debitor har færre enn tolv kreditorer er det tilstrekkelig at en fremmer begjæring, hvis vedkommende har et usikret krav på 10.000 USD eller mer, jfr. USBC § 303 (b)(2). Enkelte fordringshavere blir etter bestemmelsen ikke tatt med i beregningen av antall kreditorer, for eksempel ansatte og nærstående. For at retten skal godta begjæringen må kreditorene sannsynliggjøre at debitor ikke betaler forpliktelsene etterhvert som de forfaller, eller at en tredjemann i løpet av de siste 120 dagene før begjæringen, har tatt kontroll over en vesentlig del av debtors eiendommer, jfr. USBC § 303 (h). Blir det begjært *involuntary case* kan debitor protestere på begjæringen innen 20 dager. *Bankruptcy Court* må da foreta en høring før den avgjør om saken skal åpnes eller avises, jfr. *Bankruptcy Rule* § 1011 (b) I praksis er det få *involuntary cases*. Det er vanskelig å få tre kreditorer til å handle samlet, og det er en viss risiko for å komme i erstatningsansvar hvis begjæringen er grunnløs, jfr USBC § 303(i).³⁰

7.3 Illikviditetsvilkåret

Illikviditetsvilkåret er formulert i konkursloven § 1 som, debitor er ute av stand til å ”oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”. Er debitor likvid skal begjæringen avslås. Vilkåret er knyttet til kravenes forfallstidspunkter. Det er ikke noe krav at skylderen rent faktisk har misligholdt. Vilkåret er oppfylt dersom det er sannsynlig at ikke alle fordringene vil bli dekket etter hvert som de forfaller. Det er altså nok at én kreditor ikke vil få full dekning, jfr. kkl § 2. Det er ikke noe krav at

²⁸ Et skjema utarbeidet av de amerikanske konkursmyndighetene. (U.S.C Fed. Ruels Bankr. Proc. Official Form 1.)

²⁹ Se *Cienma Service Corp v. Edbee Corp.*, 774 f.2d 584 (3d cir. 1985) og *Carolin Corp. v. Miller*, 886 F.2d 693 (4th Cir. 1989).

³⁰ Se *Morrison*, side 465-466.

skyldneren er insolvent, slik det er ved konkurs.³¹ Skylderen må dokumentere sin økonomiske situasjon overfor retten. Illikviditetsvilkåret er knyttet til betalingsevnen ikke betalingsviljen. Forskjellen skyldes at det vil være lite rimelig om en debitor som ikke er villig til å betale, men som har midler vil få fordeler av beskyttelsen mot annen gjeldsforfølgning.³² Vilkåret er oppfylt selv om betalingsudyktigheten er av forbigående karakter. Skyldneren vil i mange tilfeller kunne dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller dersom han realiserer eiendelene i tide, men retten bør ikke stille for strenge krav ved vurdering av likviditetsregnskapet, og derved tvinge debitor til å realisere eiendeler som er nødvendige for å holde virksomheten gående. Det vil bare skyve problemet frem i tid.³³

United States Bankruptcy Code oppstiller ingen krav til insolvens eller illikviditet for å åpne *reorganization*. Likevel synes formålet med instituttet å oppstille et krav om gjeld, siden debitor søker beskyttelse og omstrukturering av sine forpliktelser.³⁴

7.4 Prognosevilkåret

Prognosevilkåret i konkursloven. § 4, 1.ledd nr.3 er knyttet til sannsynligheten for å oppnå en vellykket gjeldsforhandling. Tingretten skal med utgangspunktet i debtors redegjørelse for hvordan gjelden tenkes ordnet og de øvrige opplysninger som er vedlagt begjæringen vurdere mulig utfall av gjeldsforhandlingene, og avgjøre om gjeldsforhandlinger skal åpnes. Begjæringen skal avslås dersom tingretten finner det "lite sannsynlig" at skyldneren vil kunne oppnå gjeldsforhandlinger. Ordlyden i bestemmelsen ble endret med virkning fra 01.01 2000, fra "usannsynlig" til "lite sannsynlig".³⁵ Bakgrunnen for endringen var de svært mange gjeldsforhandlingene som endte med konkurs. Etterutvalget anså det ønskelig med en "mer effektiv siling fra

³¹ Jfr. kkl. § 60. Insolvens er en kombinasjon av illikviditet og insuffisient. Dvs. klarer ikke å betale fordringene etter hvert som de forfaller og gjelden oversiger verdien av aktiva.

³² Se kap. 8.4 "Begrenser adgangen til annen gjeldsforfølgning"

³³ Se Wiker og Ro side 21.

³⁴ Se G.M. Treister side 121.

³⁵ Lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v. av 1999-09-03 nr 72

skifterettens side”.³⁶ Endringen innebærer at tingretten enklere kan avslå begjæringer enn tidligere. Tingretten bør likevel ikke være for strenge ved vurderingen av om prognosevilkåret er oppfylt. Kreditorne burde i de fleste saker være positive til at det forsøkes med gjeldsforhandlinger. En vellykket gjeldsforhandling gir stort sett bedre resultat for alle parter enn konkurs. Gjeldsforhandlinger er i motsetning til konkurs begjært av debitor. Åpnes det gjeldsforhandling som ikke fører frem ender de likevel som oftest med konkurs.³⁷ Har gjeldsnemda under gjeldsforhandlingene vært påpasselig med skylderens disposisjoner, vil kreditors dekningsmuligheter som regel ikke være ytterligere forringet, enn om det åpnes konkurs direkte. Samlet sett vil kreditorene kunne komme bedre ut, hvis det forsøkes med gjeldsforhandlinger, enn å avslå begjæringen og åpne konkurs direkte.

United States Bankruptcy Code oppstiller ingen prognosevilkår for å åpne gjeldsforhandlinger. Derimot foretar *Bankruptcy Court* en vurdering av reorganiseringsplanen og mulighetene for et vellykket resultat før den vedtar planen, jfr. USBC § 1129 (a)(11). Lovens ordlyd sier ”confirmation... is not likely to be followed by the liquidation, or the need for further financial reorganization”. Vurderingen blir om debitor vil oppfylle planen etter sitt innhold og kunne fortsette den daglige driften. Hvis vilkåret ikke er oppfylt, skal retten avslå reorganiseringsforslaget, jfr. USBC § 1129(a).

7.5 Forskudd, sikkerhet og ansvar for gjeldsforhandlingsomkostningene

Konkursloven § 3 gir tingretten en skjønnsmessig adgang til å avgjøre om debitor skal stille sikkerhet for omkostningene som vil påløpe ved gjeldsforhandlingene. Kompetansen gjelder hvorvidt sikkerhet skal stilles og størrelsen på beløpet. Avgjørelsen gjelder sikkerhetsstillelse og ikke forskuddsbetaling. Sikkerhetsstillelsen skjer likevel normalt ved forskuddsbetaling. Tingretten vurderer i det enkelte tilfellet om sikkerhet skal stilles. Retten må vurdere belastningen det er for debitor å binde større beløp ved forskuddsbetaling eller annen sikkerhetsstillelse, opp mot behovet for å sikre dekning av administrasjonskostnader som påløper under gjeldsforhandling. Ved

³⁶ NOU 1993.16 side 32

³⁷ Alle kreditorene kan også akseptere at gjeldsforhandlingene innstilles etter kkl. § 56.

vurderingen skal retten ta hensyn til debitors behov for likvider under gjeldsforhandlingene.³⁸ Det er ikke et krav at samtlige kostnader knyttet til gjeldsforhandlingene skal sikres eller forskutteres. Det kan lett føre til at store deler av debitors likvider vil være bundet, og vanskeliggjøre debitor videre drift under gjeldsforhandlingene. Bestemmelsen er uttømmende for så vidt gjelder reglene for sikkerhetsstillelse ved begjæring om åpning av gjeldsforhandlinger.

Unnlater debitor å stille sikkerhet innen fastsatt frist skal begjæringen anses for ikke å ha kommet inn. Dersom debitor ikke klarer å oppfylle kravet om forskuddsbetaling eller sikkerhetsstillelse, er det lite sannsynlig at gjeldsforhandlinger vil lykkes, og begjæringen skal avslås.

Selv om bestemmelsen gir tingretten en skjønnsmessig myndighet, har det vært vanlig i praksis at forskuddsbetalingen eller sikkerhetsstillelsen av omkostninger er blitt satt til 100.000-150.000 NOK ved Bergen tingrett. Ved Oslo Skifterett har praksisen ligget høyere, men er nå justert ned.³⁹ Dette kravet kan gjøre at sterkt gjeldsbelastede virksomheter ikke har likvider til å stille den nødvendige sikkerhet, og blir dermed avskåret fra å åpne gjeldsforhandlinger. En mer hensiktsmessig løsning ville være om omkostninger ved gjeldsforhandlinger blir lagt inn som en egen post i likviditetsbudsjettet og tingretten tar omkostningene med i vurderingen av om prognosevilkåret er oppfylt.

Forskuddsbetaling og sikkerhetsstillelse er ikke noe vilkår for å åpne *reorganization*.

Kravet om sikkerhetsstillelse må ikke sammenblandes med betaling av rettsgebyr. Ved gjeldsforhandlinger skal det betales rettsgebyr etter rettsgebyrloven § 16, nr.2, og det skal betales forskuddsvis, jfr rettsgebyrloven § 3.⁴⁰ Det samme gjelder i etter

³⁸ NOU 1972:20 side 56

³⁹ Gyldendals Norske lovkommentarer. § 3 og opplysninger oppgitt i telefonsamtale med Oslo skifterett.

⁴⁰ Lov om rettsgebyr. 17.12.1982 nr. 86.

amerikansk konkurslovgivning. Etter *Bankruptcy Rule* 1006 skal betaling av rettsgebyret følge med begjæringen.⁴¹

7.6 Rettens godkjennelse eller avslag av begjæringen

Etter konkursloven skal tingretten avslå begjæringen hvis vilkårene ikke er oppfylt eller manglene ikke blir rettet i tide, jfr. kkl. § 4,1. ledd nr.1. Det samme gjelder hvis debitor ikke imøtekommer rettens krav om å fremlegge nødvendige tilleggsopplysninger, jfr. kkl. § 4, 1.ledd nr.2. Retten skal og avslå en begjæring, dersom den finner det lite sannsynlig at skyldneren vil få til en gjeldsforhandling med sine fordringshavere, jfr. kkl. § 4, 3. ledd nr 3. Likeledes skal tingretten avvise begjæringen dersom de alminnelige prosessforutsetningene ikke er oppfylt.

Blir begjæringen tatt til følge, bestemmer konkursloven. § 4, 4. ledd at gjeldsforhandlingene anses åpnet fra det tidspunktet da begjæringen kom inn til skifteretten.⁴² Dersom det senere i medhold av kkl. § 6a blir begjært endring til tvangsakkord, ansees tvangsakkord- forhandlingene for åpnet fra det tidspunktet endringsbegjæringen kom til tingretten, mens den opprinnelige begjæringen er avgjørende for reglene om frisdager i henhold til dekl. §1-1.⁴³

Det samme gjelder som utgangspunkt etter *United States Bankruptcy Code*. Hvis *Bankruptcy Court* finner at begjæringen ikke fyller kravene til *voluntary case* eller *involuntary case* og manglene ikke blir rettet i tiden, blir ikke begjæringen tatt til følge.

7.7 Vurdering.

En viktig forskjell mellom vilkårene for å åpne gjeldsforhandlinger og *reorganization*, er at i det amerikanske systemet kan både debitor og kreditor begjære *reorganization*.

⁴¹ Jfr *Title 28, United States Code, Chapter 123*.

⁴²Gjeldsforhandling åpnes av skifteretten ved kjennelse, jfr. § 4. 3. ledd.

⁴³ Se Wiker og Ro side 42.

Et problem ved gjeldsforhandlinger i Norge er at begjæringen blir levert for sent. Det kan skyldes flere årsaker, men det vanligste er at debitor ikke ser at bedriften har økonomiske problemer eller har vanskelig for å innrømme det. I andre tilfeller ser debitor problemene, men håper på en bedring og venter for lenge med å handle. Som resultatet av dette er det få midler igjen å forhandle om når gjeldsforhandlingene endelig åpnes. Stort sett er alle eiendeler av betydning pantsatt eller bundet opp i store prioriterte krav.

Utenforstående kreditorene har mulighet til å se og vurdere virksomhetens økonomiske situasjon annerledes og kan ha en egeninteresse i at det åpnes gjeldsforhandlinger. Dette er særlig relevant for leverandører som yter varer på leverandørkreditt. De har en egeninteresse i at virksomheten får ryddet opp i sine økonomiske forhold og kan fortsette driften. Ved å gi kreditorene anledning til å begjære gjeldsforhandlinger kan forhandlingene komme i gang på et tidligere tidspunkt. Det kan ha den positive virkning at det er mer verdier i boet til å forhandle om, og sjansene for å komme frem til en vellykket løsning øker.

Begrunnelsen i forarbeidene for å bare gi debitor anledning til å begjære gjeldsforhandlingen er jeg ikke enig med.⁴⁴ Jeg er ikke av den oppfatning at en gjeldsforhandling begjært av en kreditor, gjør debitor illojal og umotivert. Jeg tror debitor som utgangspunkt vil være interessert i å føre virksomheten videre.

En begjæring om gjeldsforhandlinger vil uansett ramme debitor mindre enn en konkursbegjæring. Hvis debitor ikke ønsker å opptre lojalt og motivert under forhandlingene kan virksomheten selv begjære avvikling. Jeg mener det derfor har gode grunner for seg å åpne for at også kreditor kan begjære gjeldsforhandlinger.

⁴⁴ NOU 1972:20 side 31 og NOU 1993:16 side 18

8 Virkningene av å åpne gjeldsforhandlinger / reorganization

8.1 Innledning

Åpning av gjeldsforhandlinger får en del virkninger. Først og fremst for debitor, men også for kreditorene. Rettvirkningenes varighet må vurderes konkret i forhold til hver enkelt rettsregel. Både etter det amerikanske og det norske systemet er utgangspunktet at virkningene inntreffer på åpningstidspunktet, det vil si når begjæringen kommer inn til domstolene, og gjelder som hovedregel så lenge gjeldsforhandlingen pågår.

8.2 Debitors råderett - Legitimasjonsspørsmålet

Under gjeldsforhandlinger etter konkursloven er hovedreglen at debitor beholder rådigheten over virksomheten og formuesgodene, jfr. kkl. § 14, 1.ledd, 1.pkt. Dette er annerledes enn ved konkurs, der boet overtar rådigheten over debitors formuesgoder, jfr. kkl. § 100. Eksklusiv rådighet har imidlertid ikke debitor. Debitor plikter å gi gjeldsnemnda full adgang til å føre kontroll med sin forretningsførsel og økonomiske forhold, og å rette seg etter de pålegg nemnda gir i denne forbindelse, jfr. kkl. § 14, 1.ledd, 2.pkt. For enkelte forhold trenger likevel debitor en uttrykkelig tillatelse fra gjeldsnemnda. Debitor må heller ikke uten gjeldsnemndas tillatelse jfr. kkl. § 14, 2 ledd. Dette gjelder stifte eller fornye gjeld, foreta pantsettelse, selge eller leie fast eiendom, sine forretningslokaler eller noen formuesgjenstand av vesentlig betydning.

Debitors legitimasjon utad er regulert i konkursloven § 15. Den bestemmer i hvilke tilfeller medkontrahenten kan kreve gjennomført en avtale som er inngått under gjeldsforhandlingene. Bestemmelsen er i hovedsak motivert ut fra debitors forhold til tredjemenn, og behovet for å legge forholdene til rette slik at debitor også etter åpning av gjeldsforhandlingen kan fortsette sine foretninger på en hensiktsmessig måte.⁴⁵

⁴⁵ Se NOU 1972:20 side 41.

Konkursloven § 15, 1.ledd sier at dersom medkontrahenten var i aktsom god tro vil debtors disposisjoner under gjeldsforhandlingene være bindende, uavhengig av gjeldsnemndas tillatelser. God tro-kravet knyttes både til kunnskapen om det er åpnet gjeldsforhandlinger og til kunnskapen om hvorvidt disposisjonen trenger gjeldsnemndas samtykke.⁴⁶ Aktsomhetsnormen som oppstilles er i samsvar med den alminnelige god tro-reglen i formuesretten. Er disposisjonen gyldig vil den ikke være bundet av gjeldsforhandlingene.

Dersom medkontrahenten ikke var i aktsom god tro, kan han ikke uten videre gjøre avtalen gjeldende. Medkontrahenten skal ikke kunne forringe de eksisterende fordringshaveres muligheter til å få dekket sine krav, men disposisjonen er likevel ikke ugyldig. Virkningene av at debitor disponerer utenfor sin legitimasjon er noe annerledes etter konkursloven § 15, 2.ledd enn hva som følger av den alminnelige legitimasjonsreglen i formuesretten. Avtalen skal oppfylles etter sitt innhold, men oppfyllestidspunktet blir utsatt til gjeldsforhandlingene er avsluttet. Har debitor disponert utenfor sin legitimasjon må han selv ta konsekvensene. Kravet er absolutt. Fører ikke gjeldsforhandlingene frem og konkurs åpnes, kan ikke kravet engang meldes som dividendefordring i konkursboet. Har medkontrahenten mottatt oppfyllelse kan disposisjonen omstøtes hvis vilkårene i dekningsloven kap. 5 er oppfylt.⁴⁷

Også etter den amerikanske konkurslovgivningen beholder debitor som hovedregel rådigheten under en *reorganization*. Innholdet av bestemmelsene i det norske og det amerikanske systemet er i hovedsak like, men reglene er noe annerledes utformet.

Når *reorganization* er begjært, beholder debitor rådigheten over eiendelene frem til reorganiseringsplanen blir avist, det blir åpnet avvikling etter *Chapter 7* eller annet blir vedtatt av retten. Dette kalles *debtor in possession (DIP)*. Det betyr at de som bestemmer i en virksomhet, daglig leder og styre beholder sin rådighet også etter åpning av reorganisering, jfr. USBC §§ 1101, 1107, 1108. Debitor beholder rådigheten, med mindre retten oppnevner *trustee*.⁴⁸ Det blir ikke automatisk oppnevnt en *trustee*.⁴⁹

⁴⁶ Se NOU 1972:20 side 41

⁴⁷ Se kap 8.5 ”Andre virkninger”.

⁴⁸ Oppnevne av *examiner* etter USBC § 1104 (b) erstatter ikke en *debtor in possession*

Som hovedregel kan debitor fritt bruke, selge eller låne formuesgoder så lenge det inngår som en del av den daglige driften og det ikke gjelder *cash collateral*, jfr. USBC § 363 (c)(1). *Cash collateral* er definert i USBC § 363 (a) og gjelder i hovedsak omløpsmidler som er stilt til sikkerhet for tredjemann. Debitor kan likevel bruke, selge eller leie formuesgoder som er *cash collateral*, hvis han får rettens godkjenning eller samtykke fra fordringshaverne med sikkerhet i eiendelene, jfr. USBC § 363 (c)(2). Retten kan og ved en forberedende høring godkjenne debtors disponering over eiendelene, hvis det er overveiende sannsynlig at tillatelse vil bli gitt senere, jfr USBC § 362 (c)(3). Ved henstilling fra en av fordringshaverne kan retten forby eller sette som vilkår for debtors disposisjoner, at det stilles tilstrekkelig alternativ sikkerhet, *Adequate protection*, jfr USBC § 363 (e).

Fra tid til annen kan debitor ha behov for å selge beheftede eiendommer. *United States Bankruptcy Code* § 363(f) åpner for det hvis det tillates etter andre tilstøtende lover og pantehaver samtykker eller prisen blir høyere enn det totale av alle heftelsene på eiendommen. Disposisjonen må skje med ærlige hensikter. Retten kan og tvangsgjennomføre kontant oppgjør for heftelsen.

8.3 Gjeldsnemndas tilsyn

I konkurslovens § 14, 1.ledd står det ”under gjeldsforhandlinger beholder skyldneren rådigheten over sin forretning og sine formuesforhold for øvrig, men under gjeldsnemndas tilsyn”. Hovedreglen er som nevnt, debitor beholder rådigheten og disponerer utad. Gjeldsnemnda på sin side har ikke anledning til å foreta disposisjoner på vegne av debitor og kan derfor heller ikke binde debitor gjennom disposisjoner. Derimot har gjeldsnemnda full tilgang på nødvendig informasjon og adgang til å føre kontroll med virksomheten. Det er opp til gjeldsnemnda å avgjøre hva den ønsker av opplysninger. Gjeldsnemndas oppgave er å kontrollere at virksomheten oppfyller sine forpliktelser og drives forsvarlig, jfr. kkl. § 7, 2.ledd. Gjeldsnemnda har full adgang til å gi debitor de instruksjoner den finner hensiktsmessig. Gjeldsnemnda kan gi generelle

⁴⁹ Se kap 2.4. ”Gjeldsnemnda og trustee”.

retningslinjer, men kan også gi detaljstyrte pålegg. I forarbeidene tales det om gjeldsnemndas ”nærmest ubegrensede myndighet”.⁵⁰ Helt ubegrenset gjelder myndigheten ikke. Lovens ordlyd ” i denne forbindelse” har i praksis blitt tolket dit hen at gjeldsnemndas kompetanse begrenser seg til debtors foretningsførsel og økonomiske forhold.⁵¹ I dette ligger at gjeldsnemndas myndighet er intern, ikke ekstern. Gjeldsnemnda har visse pressmidler på debitor. Det mest dramatiske er gjeldsnemndas adgang til å begjære innstilling av gjeldsforhandlingene, jfr. kkl. § 57, 2.ledd. Debitor kan på sin side påklage gjeldsnemndas vedtak til skifteretten og begjære vedtaket opphevet eller omgjort, jfr. kkl. § 10.

Konkursloven § 14, 2.ledd setter begrensninger i skyldnerens handlefrihet. Debitor skal være gjort kjent med bestemmelsens innhold, jfr. kkl. § 5. Bestemmelsen nevner fem disposisjoner som trenger ”gjeldsnemndas tillatelse”. Debitor kan ikke stifte eller fornye gjeld uten gjeldsnemndas samtykke. Dette gjelder i hovedsak ordinære lån og kausjonsforpliktelser, men også andre disposisjoner som kjøp uten kontant vederlag likestilles. Vurderingen blir om boets gjeldsmasse i forhold til boets aktivamasse samlet sett øker eller er lik. Ved fornyelse av gjeld gjelder prinsippet at kreditor ikke skal få bedre posisjon enn før gjeldsforhandlingene ble åpnet. Gjelden blir ansett stiftet på det tidspunktet den opprinnelig ble etablert. Debitor skal heller ikke foreta pantsettelse uten gjeldsnemndas samtykke. Dette gjelder både pant for ny og gammel gjeld, og tilsvarende disponeringer for sikringsøyemed. Heller ikke avhending eller utleie av fast eiendom eller formuesgjenstander av vesentlig betydning skal foretas uten gjeldsnemndas samtykke. Hvilken formuesgjenstand som er av betydning, må konkret vurderes i hvert tilfelle.

Begrunnelsen for bestemmelsen ligger i lovens system og gjeldsnemndas behov for å føre kontroll, hvis gjeldsforhandlingene skal ha muligheter for et vellykket resultat. Lovens system er at krav oppstått etter at gjeldsforhandlingene ble åpnet skal dekkes

⁵⁰ NOU 1972:20 side 68.

⁵¹ Se Husert, side 154

fullt ut.⁵² Forbudene gjelder uavhengig av om det er nedlagt konkrete forbud eller ikke fra gjeldsnemndas side etter konkursloven § 14, 1.ledd. Bestemmelsen må ikke tolkes for bokstavelig. Debitor bør ha anledning til rutinemessige gjeldstiftelser som er en del av den daglige drift. I forarbeidene forutsettes det at debitor og gjeldsnemnda opptrer forretningsmessig lojalt og forsvarlig.⁵³ Det er derfor viktig at gjeldsnemnda setter seg inn i debtors foretningførsel og gir de nødvendige tillatelser. Tillatelse til å foreta disposisjoner som nevnt i kkl. § 14, 2.ledd gis ved ordinært vedtak i gjeldsnemnda, jfr. kkl. § 9, 2.ledd. Gjeldsnemndas vedtak føres i protokoll, jfr. kkl § 9, 2.ledd. Konkursloven oppstiller ingen formkrav til gjeldsnemndas meddelelse av tillatelsen ovenfor debitor. Derimot oppstiller forarbeidene et krav om klar form og skriftlighet.⁵⁴

Konkursloven § 14, 3.ledd pålegger debitor å fremlegge driftsbudsjett og finansieringsplan for den løpende drift under gjeldsforhandlingene. Dette er ikke budsjettet og finansieringsplanen for selve gjeldsforhandlingene, men et driftsbudsjett og en finansieringsplan over debtors drift av virksomheten. Driftsbudsjettet og finansieringsplanen gir gjeldsnemnda grunnlag for å vurdere om debtors foretningdrift bør fortsette eller innstilles.⁵⁵ ”Etterkontrollutvalget” understreker at gjeldsnemndas vurderinger bør være vel fundert og ha en basis i forretningsmessige vurderinger.⁵⁶ Det oppstilles ikke materielle krav til budsjettet eller finansieringsplanen. Det er gjeldsnemnda som avgjør om de er tilfredsstillende til å fatte nødvendige beslutninger.

Etter det amerikanske gjeldsforhandlingssystemet blir det som nevnt ikke automatisk oppnevnt noen *trustee*. I de fleste saker blir det aldri oppnevnt noe *trustee*, og debitor beholder rådigheten. Derimot skal *United States Trustee* oppnevne, en eller flere komiteer av fordringshavere basert på type krav de har ovenfor debitor, kalt *creditor committee*, jfr. USBC § 1102.⁵⁷ En *creditor committee* får stilling som rettssubjekt i

⁵² Etter dekl § 9-2. 2 ledd vil all gjeld som stiftes under gjeldsforhandlingene med gjeldsnemndas samtykke være å anse som massekrav under eventuell påfølgende konkurs.

⁵³ NOU 1972:20 side 69.

⁵⁴ NOU 1972:20 side 69.

⁵⁵ Ot.prp. nr 26 1998-99 side 34.

⁵⁶ NOU 1993:16 side 19.

⁵⁷ Se kap. 2. ”De viktigste aktørene”

saken, jfr. USBC § 1109 (b). Det skal alltid oppnevnes en *creditor committee* som representerer kreditorene med usikrede krav. Den består vanligvis av representanter for kreditorer med de syv største usikrede kravene. Andre komiteer kan bestå av sikrede kreditorer, obligasjonseiere eller aksjeeiere. Domstolen kan senere overprøve vedtakene og eventuelt oppnevne nye eller oppheve de allerede eksisterende komiteene. Komiteen eller komiteene har i oppgave å ivareta fordringshavernes interesser, blant annet føre tilsyn med debtors drift, og ved behov forhandle med debitor ved utarbeidelse av reorganiseringsplan, jfr. USBC § 1103.⁵⁸

For at det skal oppnevnes en *trustee* må en eller flere av komiteene begjære retten om dette, og de må ha gyldig grunn. Som gyldig grunn nevner USBC § 1104 mangel på ledelse, inkompetent ledelse, uærlig ledelse eller lignende. I de sakene det opprettes *trustee* trer denne inn i debtors rolle, ”operate the debtors business”, jfr. USBC § 1108. *Trustee* blir da ansvarlig for forvaltningen av selskapet, og får tillagt noen oppgaver etter USBC § 1106.⁵⁹ *Trustee* har hovedansvaret, men kan ansette sakkyndige personer til å la seg bistå med arbeidet, jfr. USBC § 327. *Trustee* skal også undersøke debtors forretningsførsel og sørge for at pådratte plikter blir oppfylt. I praksis fortsetter debitor den daglige driften, men under *trustee*'s myndighet.⁶⁰ Debitor må og inntrette seg etter de begrensninger loven eller retten har vedtatt, jfr. USBC § 1107, jfr. USBC § 1108.

Den som råder over virksomheten kan stifte gjeld selv om det ikke er en del av den daglige driften, men da først etter en høring og godkjenning fra *Bankruptcy Court*, jfr. USBC § 364 (b). Bedriften kan for eksempel ha kapital til den daglige driften, men trenger kapital til å foreta *reorganization*. Hvis det ikke er mulig å stifte usikret gjeld for å dekke den daglige driften kan *Bankruptcy Court* gi godkjenning til at denne gjelden blir dekket før andre krav eller blir sikret ved pant, jfr. USBC § 363 (c). I praksis kalt ”super priority”.⁶¹ Retten kan og gi tillatelse til å ta opp lån med sikkerhet i en foranstående panterett og dog slik at de rettighetshavere som blir fortrent, blir gitt nødvendig sikkerhet i et annet formuesgode, jfr. USBC § 364 (d), kalt ”super duper

⁵⁸ Se kap 2. ”De viktigste aktørene”

⁵⁹ Med videre henvisninger til USBC § 704.

⁶⁰ Se G. M Treister m.fl, side 437 flg.

⁶¹ Se A.B. Morrison, side 479

priority”. Dette fungerer som et insentiv for kreditorer til å låne debitor kapital. I praksis er det ikke uvanlig at det er kreditorer som allerede har lånt debitor penger som yter ytterligere lån for å redde tidligere investeringer. De bidrar med ”friske” penger i forsøk på å sikre ”tapt” kapital.

8.4 Begrensninger i adgangen til annen gjeldsforfølgelse

Skal gjeldsforhandlingen eller reorganiseringsplanen lykkes må debitor og hans forhandlere ha arbeidsro og gis mulighet til å komme til enighet og gjennomføre planene. Konkurslovgivningen i de to landene har tatt hensyn til dette.

I norsk rett innholder konkursloven bestemmelser som begrenser adgangen til annen gjeldsforfølgning. Den oppstiller et tidsbegrenset og betinget konkurs- og tvangsforbud, jfr. henholdsvis kkl. §§ 16 og 17, 2.ledd, og et tidsbegrenset men ubetinget utleggsforbud, jfr. kkl. § 17, 1.ledd.

Begrensninger i adgangen til å åpne konkurs under gjeldsforhandlinger følger av konkursloven § 16. Ved begjæring om gjeldsforhandlinger utsettes behandling av konkursbegjæring som ikke er tatt til følge inntil gjeldsforhandlingen er avvist eller innstilt. Beskyttelsen inntreer umiddelbart og gjelder inntil begjæringen om gjeldsforhandlinger er kalt tilbake eller avslått. Hvis begjæring om gjeldsforhandlinger blir tatt til følge, gjelder forbudet inntil forhandlingene er innstilt eller avsluttet, jfr. kkl. § 16.1.ledd. Blir konkursbegjæringen fremsatt etter begjæring om åpning av gjeldsforhandlinger, skal behandling av konkursbegjæringen utsettes i påvente av behandlingen av begjæringen og gjeldsforhandlinger, jfr. kkl. § 16, 2.ledd.

Ved frivillig gjeldsforhandlinger gjelder beskyttelsen som utgangspunkt i tre måneder, jfr. kkl. § 16, 3.ledd. Hensikten med tremåneders fristen er å ”motvirke at frivillig gjeldsforhandlingen trekker i langdrag”.⁶² Fristen gjelder ikke når det direkte åpnes forhandlinger om tvangsakkord, jfr henvisning til 1.og 2. ledd i kkl. §16, 4.ledd. Er det åpnet frivillige gjeldsforhandlinger, men som ikke er stadfestet, kan skifteretten i

⁶² NOU 1972:20 side 46.

”særlige tilfeller” på begjæring forlenges tremåneders fristen, dersom det er gode utsikter til å oppnå frivillig gjeldsforhandlinger eller få åpnet forhandlinger om tvangsakkord, jfr kkl. §16, 3.ledd, 3 pkt. Det er i forarbeidene antatt at det ikke skal være kurant å få slik utsettelse. Bestemmelsen bør likevel ikke tolkes for strengt. Det er lite heldig om frivillig gjeldsforhandlinger som synes å kunne lykkes skal forhindres av korte frister. Det kan gis flere fristforlengelser.

Beskyttelsen gjelder imidlertid ikke for krav som skriver seg fra tiden etter at begjæring om frivillig gjeldsforhandlinger kom inn til retten eller for krav som er oppstått under tvangsakkord på bakgrunn av gjeldsnemndas tillatelse, jfr. henholdsvis kkl. § 16,2. og 4.ledd. Det er ikke noe vilkår at det er gitt en konkret tillatelse eller godkjennelse i det enkelte tilfellet. Det er tilstrekkelig at det er gitt et generelt samtykke til å pådra visse forpliktelser. Konkursbeskyttelsen ved tvangsakkord gjelder imidlertid ikke dersom tre eller flere dividendeberettigede fordringshavere med krav på to femdel eller mer av det samlede beløp, begjærer konkurs, jfr. kkl. 16, 5.ledd. Bakgrunnen for reglen skyldes at det i de tilfellene er liten sjanse for at akkordforhandlingene vil lykkes, siden det vil være vanskelig å oppfylle nødvendig flertall for å vedta tvangsakkord.

Beskyttelsen gjelder kun i forhold til kreditorer med krav oppstått før åpning av gjeldsforhandlinger. Konkurs kan når som helst åpnes etter begjæring fra debitor eller gjeldsnemnda. Fordringshavere med krav som skriver seg fra tiden etter åpning av gjeldsforhandlinger omfattes ikke av gjeldsforhandlingene og kan begjære konkurs.

Konkursloven § 17 begrenser adgangen for enkeltforfølgning under gjeldsforhandlinger. Forbudet gjelder fra åpningstidspunktet, jfr. kkl. § 4, 4.ledd. Etter kkl. § 17, 1.ledd kan det ikke under gjeldsforhandling tas utlegg i skylderens eiendeler for krav som oppstod før gjeldsforhandlingene ble åpnet. Begrensningen gjelder helt til gjeldsforhandlingene er rettskraftig innstilt eller avsluttet. I motsetning til konkursbegjæring som ikke skal behandles så lenge gjeldsforhandlingene pågår, kan utleggsbegjæringen behandles etter at begjæring gjeldsforhandlingene er rettskraftig avgjort. Er gjeldsforhandlinger åpnet skal utleggsbegjæringen avslås.

Konkursloven § 17, 2. ledd oppstiller beskyttelse mot tvangsdekning under gjeldsforhandlinger. Den skiller ikke mellom kreditorene, men gjelder alle kreditorer

uavhengig av når kravet har oppstått. Formålet med beskyttelsen er å skape forutsigbarhet for debitor og gjeldsnemnda, og gi dem handlefrihet og mulighet til å sikre videre drift. Beskyttelsen gjelder de første seks månedene etter at gjeldsforhandlingene ble åpnet. Tvangsdekning omfatter alle former for dekning etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 8 - 12. Forbudet mot tvangsdekning gjelder også tilbakelevering til salgspantehaver.⁶³ Tvangsdekning kan likevel skje ved gjeldsnemndas samtykke. Det er i forarbeidene forutsatt at gjeldsnemnda må vurdere hvert enkelt tilfelle konkret og se på betydningen av eiendelene for virksomheten, og veie dette opp mot panthavernes interesser.⁶⁴ Det er kun gjennomføringen som er avskåret etter konkursloven. § 17, 2.ledd. Namsmannen og kreditor kan på vanlig måte forberede gjennomføringen av en tvangsdekning. Ytes det kreditt etter åpning av tvangsakkord, er ikke kreditten sikret i panterett stiftet før åpningstidspunktet, med mindre gjeldsnemnda samtykker, jfr. kkl. § 17, 3.ledd. Et slikt samtykke kan være aktuelt ved opplåning av tidligere etablerte pantelån. Reglen gjelder ikke eiendeler som inkorporeres eller sammenføres med hovedgjenstanden.⁶⁵

Tilsvarende regler for beskyttelse finner vi i den amerikanske konkursloven.

United States Bankruptcy Code § 362 hjemler en *automatic stay* som inntreffer ved åpning av *reorganization*. Beskyttelsen gjelder uavhengig av om begjæringen er *voluntary* eller *involuntary*.⁶⁶ Med mindre retten vedtar annet, opphører den *automatic stay* når eiendelene blir solgt ut av boet. Saken blir avsluttet eller avvist, eller når *discharge* blir vedtatt, jfr. USBC § 362 (c).

United States Bankruptcy Code § 362 (a)(1-9) inneholder en uttømmende liste over hva som omfattes av *automatic stay*. Beskyttelsen gjelder overfor til igangsettelse og i forhold til verserende saker som stammer fra tiden før reorganisering ble åpnet. Den gjelder primært overfor sikring av krav og inndrivelse av fordringer. Rekkevidden av en *automatic stay* er vid, og gjelder overfor alle kreditorer. Formålet med bestemmelsen er

⁶³ Ot.prp. nr. 26, 1998-99 side 209.

⁶⁴ NOU 1972:20 side 75 og Ot.prp. nr. 26, 1998-99 side 209.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 26, 1998-99 side 210 og NOU 1993:16 side 34.

⁶⁶ USBC § 362 (a) jfr. §§ 301 og 303.

å hindre kreditorene fra å inndrive kravene sine og stykkevis dele opp selskapet, slik at det ikke vil være noen virksomhet igjen å drive og debitors går glipp av sjansen til å gjennomføre en *reorganization*. *Automatic stay* gjelder ikke i forhold noen typer offentlig myndighetsutøvelse, jfr. USBC § 362 (b). Unntakene er i hovedsak samfunnsmessig motivert, og gjelder forhold som straffeforfølgning, pålegg om å gjennomføre miljøvedtak og lignende. *Bankruptcy Court* har imidlertid kompetanse til å vedta midlertidige forføyninger i konkrete tilfeller, jfr. USBC § 105 (a).

Oppstår det konflikt mellom pantekreditorenes dekningsinteresser og debitors behov for *automatic stay*, kan kreditorene begjære retten om å oppheve, annullere eller modifisere beskyttelsen og tillate beslagleggelse og salg av enkelte eiendeler. Ved oppheving gjelder ikke beskyttelsen lenger. Ved annullering behandles partene som om beskyttelsen aldri var gitt, og ved modifisering tilpasses beskyttelsen etter behov. Slike endringer kan vedtas hvis debitor ikke tilbyr kreditorene *adequate protection*, jfr. USBC § 362 (d).⁶⁷ Regelen begrunnes med at hvis debitor skal fortsette å benytte seg av eiendelene, og de synker i verdi, må kreditor ha andre dekningsmuligheter. Loven tillater derfor debitor å stille en alternativ sikkerhet, men med samme sikringsøyemed.

De som begjærer endring i *automatic stay* har bevisbyrden for at opphevelse er nødvendig, jfr. USBC § 362 (g). Hvis kreditorene begjærer beskyttelsen endret, må retten innen tretti dager vedta om begjæringen skal avvises eller tas til følge. Hvis den ikke gjør det, opphører *automatic stay* automatisk, jfr. USBC § 362 (e).

8.5 Andre virkninger

8.5.1 Kontraktsforpliktelser

I norsk rett reguleres gjeldsforhandlingenes innvirkning på skylderens kontraktsmessige forpliktelser av dekningsloven kapittel 7. Reglene er av praktisk betydning, og gjelder

⁶⁷ Se kap. 8.2 "Debitors råderett - legitimasjonsspørsmålet".

de kontrakter debitor er part i ved åpning av gjeldsforhandlinger. Kontrakter som er inngått etter at gjeldsforhandlinger er åpnet er regulert av konkursloven § 14.⁶⁸

Etter dekningsloven. § 7-3a fortsetter debtors avtaler å løpe etter åpning av gjeldsforhandlinger. Det presiseres i deknl § 7-4a at debitor under gjeldsforhandlingene fortsatt er ”berettiget og forpliktet på avtalens vilkår”. Åpning av gjeldsforhandling gir ikke i seg selv den annen part hevingsrett, men insolvensen kan anses som ”opphørsgrunn etter avtalens art”, og gi medkontrahenten rett til å heve, jfr. deknl. §§ 7-3a, 1.ledd jfr 7-3, 2.ledd. Dette gjelder for eksempel kredittavtaler, garantiavtaler og avtaler om å stifte et ansvarlig selskap.⁶⁹

Dersom tidspunktet for hel eller delvis oppfyllelse er kommet kan medkontrahenten kreve at debitor uten ugrunnet opphold enten oppfyller tilsvarende del av avtalen, eller hvis kreditt er gitt, stiller sikkerhet for slik oppfyllelse, jfr. deknl. § 7-5, 1.ledd. Hvis tingretten finner at sikkerhetsstillelsen ikke gir tilstrekkelig beskyttelse, kan den bestemme at sikkerheten stilles før oppfyllestiden eller utvider omfang av beskyttelsen, jfr. deknl. § 7-5, 3.ledd. Debitor har imidlertid en ekstraordinær oppsigelsesadgang ved åpning av gjeldsforhandlinger. Debitor kan med sedvanemessig varsel, si opp avtaler uavhengig av avtalenes bestemmelser om oppsigelse. Dersom det ikke er etablert noe sedvane, kan den sies opp med tre måneders varsel, jfr deknl. § 7-6. Medkontrahenten kan kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen dekket som dividendefordring, jfr. deknl. § 7-8

United States Bankruptcy Code har tilsvarende regler. Inngåtte kontrakter med oppfyllelse frem i tid eller inngåtte leiekontrakter, kan debitor bestemme hvorvidt han vil holde fast ved eller si opp, jfr. USBC § 365.⁷⁰ Velger debitor å stå ved kontrakten, kan det bli påkrevd å stille nødvendig sikkerhet og gjøre opp for tidligere mislighold. Debitor kan ikke endre kontrakten, men må oppfylle den etter sitt innhold. Hvis debitor velger å fratse kontrakten må han erstatte medkontrahentens tap. Hvis kontrakten blir

⁶⁸ Se kap. 8.2 ”Debtors radighet – legitimasjonsspørsmålet”.

⁶⁹ NOU 1972:20 side 313.

⁷⁰ Eventuelt *trustee* hvis det er oppnevnt.

fratrådt og dermed ikke inngår som en del av reorganiseringsplanen, kan erstatningskravet meldes i boet som en usikret fordring, jfr. USBC § 365 (g)(1). Debtors avgjørelse må godkjennes av *Bankruptcy Court*, jfr. USBC § 365 (a). Videre bestemmer loven at enhver bestemmelse i kontrakten som begrenser debtors rett til å heve kontrakten, er ugyldig, jfr. USBC § 365 (e)(1). Dette gjelder ikke kontrakter av personlig art eller finansieringsforhold, jfr. USBC § 365(e)(2)

8.5.2 Omstøtelse

I følge dekningsloven § 5-1 gjelder reglene i kapittel 5 ved forhandlinger om tvangsakkord i Norge. Hensynet bak reglene er at de skal ha en gjenopprettende og en preventiv funksjon. Dels kan disposisjoner omstøtes på objektivt grunnlag, jfr. dekl. §§ 5-2 til 5-8. Disse reglene kommer til anvendelse uavhengig av om det er grunn til å klandre den som ar foretatt disposisjonen. Dels kan disposisjonen omstøtes på subjektivt grunnlag, jfr. dekl. § 5-9. Dette gjelder de disposisjoner der en fordringshaver på en utilbørlig måte begunstiges på de øvrige fordringshavernes bekostning og der vedkommende kjente eller burde kjenne til skylderens økonomiske stilling og forholdene som gjorde disposisjonen utilbørlig. Omstøtelsesreglene tilsidesetter disposisjoner som forringer skylderens formuesstilling eller forfordeler fordringshaverne. De har en gjenopprettende og en preventiv funksjon. Omstøtelseskravet gjøres gjeldende av gjeldsnemnda, jfr. kkl. § 38.

Også den amerikanske konkursloven setter restriksjoner for debtors adgang til å forskjellsbehandle kreditorene ved å betale enkelt kreditorer kort tid før åpning av *reorganization*. Bestemmelsens innhold er i hovedsak lik de norske reglene.

United States Bankruptcy Code, § 547 bestemmer at disposisjoner som begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning kan omstøtes hvis debitor på tidspunktet for disposisjonen var insolvent.⁷¹ Bestemmelsen gjelder alle direkte og indirekte disposisjoner, og er uavhengig av om de er frivillige eller ufrivillige. Det er videre et vilkår at disposisjonene har skjedd i løpet av de siste 90 dagene forut for åpning av *reorganization*.⁷² Med mindre annet blir motbevist, presumeres det med at debitor var

⁷¹ Insolvens er definert i USBC § 101(32)

⁷² Denne perioden utvides til 1 år hvis kreditor tilhører debtors indrekrets, jfr USBC § 547 (b)(4)

insolvent i denne perioden, jfr. USBC § 547 (f). Disposisjoner kan ikke omstøtes hvis de skjer som et ledd i den daglige driften. Betalinger til en sikret kreditor kan heller ikke omstøtes, dersom kreditoren ville oppnådd dekning gjennom sin pantegjenstand eller ved *adequate protection*. Det samme gjelder hvis disposisjonen kun gir kreditor det han ville oppnådd ved en avvikling etter Chapter 7, jfr. USBC § 547(c). Er det oppnevnt en *trustee* har denne bevisbyrden for å sannsynliggjøre at disposisjonen var omstøtelig, mens kreditor har bevisbyrden for at unntakene var oppfylt, jfr, USBC § 547 (g)

8.5.3 Motregning

Både i Norge og i USA gjelder det regler for motregning ved åpning av gjeldsforhandlinger, jfr. kkl. §§ 8-1 til 8-6 og USBC § 553. Kjernen i begge lands systemer er at motregningskravene, nærmest "de facto", er beskyttet som sikrede krav. Jeg avgrenser oppgaven mot videre behandling av motregningsreglene, siden det vil bli for omstendelig å gå inn på dette.

8.5.4 Reduksjon av krav

Kanskje den viktigste virkningen og debtors hovedinsitament for å begjære gjeldsforhandling og *reorganization* er reduksjon og *discharge* av fordringshavernes krav på debitor.

I Norge er ikke reduksjon av krav eksplisitt kommet til uttrykk i lovteksten. Derimot følger det av aksept av gjeldsforhandlingsforslaget og kontraktsprinsippet. Konkurslovens forslag i §§ 23 og 30 til hva en gjeldsforhandling kan gå ut på og partenes aksept av planen, etterfulgt av rettens stadfestelse, gir nye kontraktsforpliktelser. Fordringer som skriver seg fra tiden før åpning av gjeldsforhandlingene er omfattet av planen, og blir erstattet med det krav som følger av planen.

I amerikansk konkurslovgivning er prinsippet lovfestet. *United States Bankruptcy Code* § 1141(d)(1), bestemmer at ved stadfestelse av reorganiseringsplanen, blir debitor som hovedregel fritatt for øvrige betalingsforpliktelser enn det som følger av planen.

8.6 Vurdering

Som vist i kapitlene 8.2 – 8.5 er virkningene av å åpne gjeldsforhandlinger etter konkursloven og *reorganization* etter *United States Bankruptcy Code* i det vesentlige like. Jeg vil kommentere to av virkningene jeg anser som vesentlige, debtors rådighet og beskyttelsen.

Debtors rådighet over virksomheten er en viktig faktor for gjennomføringen av en vellykket gjeldsforhandling og *reorganization*. Innholdet i regelsettene ligner selv om bestemmelsene er formulert speilvendte. Hovedregel i begge land er at debitor beholder rådigheten med mindre det er lagt begrensninger. I Norge er gjeldsnemnda tillaget en omfattende myndighet etter loven, men i praksis blir bestemmelsene tolket innskrenkende og debitor beholder en betydelig rådighet. Etter det amerikanske systemet beholder debitor rådigheten så lenge disposisjonene inngår i den daglige driften, eiendelene ikke er stilt til sikkerhet for tredje mann eller Bankruptcy Court vedtar begrensninger. Regelutformingen i *United States Bankruptcy Code* fremstår etter min mening ikke som noe mer hensiktsmessig enn reglene i konkursloven.

Det er en allmenn oppfatning at en av debtors hovedmotiv for å begjære *reorganization* er beskyttelsen av virksomheten under prosessen. Etter å ha sett nærmere på de to lands regelsystemer kan jeg ikke se at det er særlige forskjeller her. Beskyttelsen mot annen gjeldsforfølgning under gjeldsforhandlinger oppstilles også i norsk konkurslovgivning. Beregningen for hvor lenge denne beskyttelsen varer er som vist noe forskjellig, men prinsippet og formålet med reglene er de samme.

Slik jeg ser det er reglene om virkninger i hovedsak like og det amerikanske instituttet skiller seg ikke ut som noe mer hensiktsmessig enn det norske.

9 Innholdet av gjeldsforhandlinger / *reorganization*

9.1 Innledning

Hele nøkkelen til en vellykket gjeldsforhandling og *reorganization* ligger i å utarbeide og forhandle frem en god avtale som maksimere fordelene for flest mulig. Hva ordningene skal gå ut på er i hovedsak opp til partene å bli enige om, innenfor de rammene loven setter. For å gi kreditorene en viss beskyttelse har konkurslovgivningen i de to landene oppstilt visse minimumskrav til innholdet i ordningene.

9.2 Hva gjeldsforhandlinger / *reorganization* kan gå ut på

I norsk rett oppstiller konkursloven §§ 23 og 30 alternative forslag til hva frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord kan gå ut på. Bestemmelsene er i stor utstrekning parallelle, men det finnes visse vesensforskjeller.

Frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord kan gå ut på gå ut på betalingsutsettelse, jfr. kkl. § 23,1.ledd, nr 1 og 30, 1.ledd nr. 3. De kan gå ut på en prosentvis reduksjon av gjelden, jfr. kkl. §§ 23, 1.ledd nr. 2. og 30, 1.ledd nr.2. For det tredje kan frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord gå ut på en avvikling av skylderens formue eller en nærmere avgrenset del av denne mot at skylderen frigjøres for den delen som ikke dekkes av likvidasjonen. Dette alternativet er noe annerledes ved tvangsakkord enn ved frivillige gjeldsforhandlinger, siden debitor ved tvangsakkord i tillegg må innestå for en viss prosentvis dekning av gjelden. Frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord kan også bestå av en kombinasjon av de overnevnte alternativene, jfr. kkl. §§ 23, 1.ledd nr 5 og 30 1. ledd nr.4. I tillegg kan frivillige gjeldsforhandlinger gå ut på salg av skyldnerens eiendeler eller en nærmere avgrenset del av dem, uten at skyldneren blir frigjort for den del av gjelden som ikke dekkes ved salget, jfr. kkl. § 23,1.ledd nr 3.

Frivillig likvidasjon er ikke nevnt som et alternativ for tvangsakkord.⁷³ Tvangsakkord må i tillegg inneholde en utbetaling av en minimumsdividende på 25 % til de alminnelige fordringshaverne., jfr. kkl § 30, 2.ledd.⁷⁴

Listen er ikke uttømmende hva gjelder frivillige gjeldsforhandlinger, jfr. kkl. § 23, 1.ledd ”kan blant annet gå ut på”. Debitor og kreditor står også fritt til å forhandle frem andre løsninger, som for eksempel tilføring av kapital, eller konvertere fremmedkapital til egenkapital eller ansvarlig lånekapital. Derimot er listen uttømmende hva gjelder tvangsakkord, jfr. kkl. § 30, 1.ledd ”kan gå ut på”. Til tross for at det ved tvangsakkord ikke er adgang til å fremsette andre forslag enn de loven oppstiller, er det tillatt å foreslå en løsning med ytterligere utbetalinger dersom bestemte betingelser inntreffer.

Etter amerikansk rett er en *reorganization* i hovedsak en kontrakt mellom partene. *United States Bankruptcy Code* oppstiller ingen forslag til hva en reorganiseringsplan kan gå ut på. Partene må selv komme frem til en løsning. Det avgjørende er hva selskapet faktisk har anledning til å tilby, og hva kreditorene er villig til å akseptere. Det kan utarbeides særegne ordninger for den enkelte virksomhet. Planen kan regulere selskapsstrukturen eller den kan bestemme nedskrivning av gjeld. Den kan gi kreditorene betaling ved eller tett opp til vedtagelsen av planen, eller den kan gi kreditorene et verdipapir som kan innløses etter noen år. Reorganiseringsplanen kan gi kreditorene aksjer for hele eller deler av deres tilgodehavende i det restrukturerte selskapet, eller den kan regulere andre økonomiske forhold. Planen kan også bestå av en kombinasjon av disse alternativene. Det er imidlertid et krav at reorganiseringsplanen inneholder en systematisk oversikt over hvordan kreditorene er delt inn i klasser, og spesifisere hvordan reorganiseringen vil påvirke hver klasse.⁷⁵ Likeledes skal planen redegjøre for hvordan reorganiseringen tenkes gjennomført, jfr. USBC § 1123

⁷³ Bestemmelsen kan omgås i praksis ved først å stadfeste en tvangsakkord som oppfyller kravet til minimumsdividende, for deretter avvikle selskapet. Se Wiker og Ro, side 135, jfr Huser, side 440 flg.

⁷⁴ Se kap 9.3.2 ”minimumsdividende”.

⁷⁵ Se kap. 10. ”Utarbeidelse av forslag og vedtakelse av gjeldsforhandling og reorganization”

9.3 Minimumskrav til innholdet

I norsk rett er hovedreglen ved frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord at gjeldsforhandlingsforslaget skal ha virkning for og likestille alle fordringshavere.⁷⁶ Det oppstilles dermed et partsvilkår og et likhetsvilkår. Ved frivillige gjeldsforhandlinger står det i konkursloven § 23. 2.ledd at den ”foreslåtte gjeldsordning må omfatte og likestille alle kjente fordringer på skylderen som skriver seg fra tiden før gjeldsforhandlingene ble åpnet”. Tilsvarende bestemmelse for tvangsakkord finner vi i konkursloven. § 48, nr 3. Den sier at retten ikke skal stadfeste tvangsakkorden, dersom akkorden ikke gir ”like rett for alle alminnelige fordringshavere som den vil bli bindende for, og som ikke har valgt å stå tilbake”. I tillegg står det i konkursloven. § 55 at tvangsakkorden er bindende for alle fordringshavere som har krav som skriver seg fra tiden før gjeldsforhandlingene ble åpnet. Forskjellen i ordlyden skyldes at frivillige gjeldsforhandlinger bygger på avtaleprinsippet, mens tvangsakkord ikke gjør det..

9.3.1 Partsvilkåret

Partsvilkåret gjelder hvem gjeldsforhandlingene er bindende for. Ved frivillige gjeldsforhandling er hovedreglen at forslaget må omfatte alle kjente fordringer på begjæringstidspunktet, jfr. kkl. § 23, 2.ledd. Bakgrunnen for reglen er at kreditorer som ikke er en del av gjeldsforhandlingen kan kreve full dekning for sitt krav etter prinsippet om at avtaler skal holdes. Bestemmelsen skal forhindre at noen får fordeler av å stå utenfor gjeldsforhandlingen. Det er tilstrekkelig at kravet er kjent. Det oppstilles ikke noe vilkår at fordringshaver har meldt inn kravet. Gjeldsforhandlingen er dermed gyldig partene imellom, selv om det skulle dukke opp fordringshavere med ukjente krav senere. Også ved tvangsakkordforhandlinger gjelder gjeldsforhandlingen som hovedregel for alle fordringshavere, jfr. kkl. § 55. Det vil si også ukjente og forbigåtte kreditorene, selv om kravet deres ikke omfattes av planen eller de har stemt over forslaget. Både ved frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord er det kun fordringshavere med krav som skriver seg fra tiden før gjeldsforhandlingene ble åpnet

⁷⁶ Alle fordringer gjøres om til penger jfr dekl. § 6-4. Naturalforpliktelser kan bare kreves oppfylt hvis gjeldsnemda ”trer inn” i avtalen.

som omfattes.⁷⁷ Både de med forfalte og uforfalte krav skal medregnes. Fordringshavere med betingede krav skal medregnes dersom det er sannsynlig at betingelsene vil inntre. Fordringshavere med omtvistede krav bør midlertidig medregnes, samtidig som det forsøkes å avklare kravets berettigelse. De med åpenbare grunnløse krav holdes utenfor. Krav som ble stiftet etter åpning av gjeldsforhandlinger, skal dekkes fullt ut.

Både ved frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord oppstilles det unntak fra partsvilkåret. Etter konkursloven §§ 23, 3.ledd, nr. 1-3 og 55, 2.pkt. nr 1-3 er ikke gjeldsforhandlingene bindende for kreditorer med fordringer som har lovbestemt fortrinnsrett, sikrede fordringer og fordringer som kan motregnes. Unntakene gjelder så langt kravene dekkes. Formuleringene hva angår de sikrede fordringene er noe forskjellig i de to bestemmelsene. Forskjellen ligger i at ved frivillige gjeldsordninger kan fordringhaverne kreve full dekning for restkravet, hvis gjeldsnemndas vurdering av sikringsobjektets verdi var feil, mens ved tvangsakkordforhandlinger vil den delen av fordringen som faller utenfor dekningsobjektets antatte verdi være bundet av tvangsakkorden.

Begrunnelsen for unntakene er at de aktuelle fordringshaverne er sikret dekning gjennom sine dekningsobjekter, selv om gjeldsforhandlingene pågår. Skulle de prioriterte fordringshavere måtte gå inn på en gjeldsforhandlingsavtale sammen med de uprioriterte fordringshaverne, ville de kunne oppnå dårligere dekning enn ved konkurs. Dette ville gitt dem et incentiv til å nekte gjeldsforhandlinger og fremme konkursbegjæring. Konkursloven åpner for at de privilegerte fordringshaverne kan delta i gjeldsforhandlingene på frivillig grunnlag. Det er da mulig å gi de privilegerte kreditorene en bedre dekning enn de øvrige alminnelige fordringshaverne. De alminnelige fordringshaverne vil likevel kunne tjene på det, siden de privilegerte har gitt avkall på sitt privilegium.

Det oppstilles og et unntak fra partsvilkåret for fordringshavere med ”småkrav”. Ved frivillige gjeldsforhandlinger følger det av konkursloven, § 23, 3.ledd, nr. 4 at fordringshavere kan holdes utenfor forhandlingen eller gis bedre dekning enn de øvrige,

⁷⁷ Se kkl. § 4,4.ledd.

når deres samlede tilgodehavende er mindre enn et bestemt beløp. Dette unntaket er ved tvangsakkordforhandlinger kommet til uttrykk i konkursloven. § 30, 5.ledd 1.pkt. Her ligner det mer på et unntak fra likebehandlingsvilkåret, enn et unntak fra partsvilkåret.⁷⁸ I bestemmelsen heter det at enhver fordringshavers tilgodehavende, dekkes fullt ut opptil en viss sum. Forskjellen mellom bestemmelsene er at ved frivillige gjeldsforhandlinger blir ”småkravshavre” unntatt fra forhandlingen, i motsetning til tvangsakkord der alle kreditorene dekkes opp til et gitt beløp. Bestemmelsene rasjonaliserer gjeldsforhandlingene betydelig.

Partsvilkåret er noe annerledes oppstilt i *United State Bankruptcy Code*. En fordringshaver eller en som har en rettighet i virksomheten på åpningstidspunktet har ikke en automatisk rett til å delta i reorganiseringsprosessen. Kravet må meldes inn til boet etter USBC § 501 innen en angitt frist, eller være registrert i listen over fordringer, jfr. USBC 1111(a).⁷⁹ Fristen settes av *Bankruptcy Court* i hver enkelt sak, jfr. *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* § 3003(c)(3).⁸⁰ Er fordringene meldt inn og ikke er bestridt, har vedkommende rett til å delta i reorganiseringsprosessen, jfr. USBC § 502. Kreditorer med erkjente krav etter USBC § 502, har rett til å stemme over forslaget, jfr. USBC § 1126.

Som vist ovenfor er det i norsk rett oppstilt unntak fra partskravet for sikrede og prioriterte fordringshavere, samt de med krav som kan motregnes. I amerikansk rett er ikke disse rettighetshaverne holdt utenfor reorganiseringsplanen, men de er gitt en privilegert stilling under reorganiseringen. Fordringshavernes stilling er en mellomstilling mellom unntak fra partsvilkåret og likhetsvilkåret. Etter USBC § 506 kan sikrede fordringshavere eller fordringshavere som er sikret med motregningskrav, melde kravene sine inn i boet og få *Bankruptcy Court* til å prøve hvor stor del som er sikret i dekningsobjektet, og hvor stor del som faller utenfor. Det overskytende kravet må fordringshaveren melde inn som alminnelig fordring. Hvis kravet ikke meldes inn,

⁷⁸ Se kap. 9.3.2 ”likebehandlingsvilkåret”.

⁷⁹ Fordringshaverlisten utarbeides av debitor eller en *trustee* hvis det er oppnevnt en jfr. USBC §§ 521(1) og 1106 (a)(2).

⁸⁰ Prosessregel. Appendiks til *United States Bankruptcy Code*. Vedtatt i 1983, med senere endringer.

mister kreditor krav på dekning av det overskytende, men det påvirker ikke dekningsadgangen så langt dekningsobjektet strekker til, jfr. USBC § 506(d(2)).⁸¹

Etter *United States Bankruptcy Court* § 1123 skal det gå frem av planen hvilken klasse de er delt inn i, og hvordan hver klasse er berørt av planen. De som har erkjente krav eller rettigheter etter USBC § 502, har rett til å stemme over forslaget, jfr. USBC § 1126.

9.3.2 Likebehandlingsvilkåret

I norsk rett er hovedreglen etter konkursloven at alle fordringshaverne skal likebehandles under gjeldsforhandlingene. Det vil si at alle kreditorene skal tilbys like gode materielle betingelser. Konkursloven § 23 lovfester likebehandling ved frivillig gjeldsforhandlinger, ”likestille alle kjente fordringer”. Ved tvangsakkord er likebehandlingsvilkåret inntatt i negativ form i konkursloven § 48, nr. 3, dersom ”akkorden ikke vil gi lik rett” skal stadfestelse nektes. Likebehandlingsvilkåret i kkl.

§ 23 for frivillige gjeldsforhandlinger og i kkl. §30 om tvangsakkord er langt på vei de samme.

Ved moratorium vil det gi størst materiell likestilling å forskyve forfallstidspunktet med samme antall dager for alle krav. Ved kombinerte ordninger der betalingsutsettelse er et element, vil det som regel være utbetalinger på samme dato for alle krav. En akkord må som utgangspunkt redusere alle kravene med samme prosentsats, og en likvidasjonsordning eller likvidasjonsakkord må gi samme dividende i prosent. Dette innebærer at skyldneren eller gjeldsnemnda ikke kan betale vanskelige fordringshavere før forslaget er godkjent, for å få i stand en gjeldsforhandling. Også etterprioriterte fordringshavere i dekl. § 9-7 nr.1 antas å falle inn under likebehandlingsprinsippet, og skal behandles likt seg imellom.

Konkursloven sier ikke eksplisitt at alle kreditorene skal dekkes på akkurat samme måte. Det vesentlige er at alle samlet sett oppnår relativt samme dekning materielt og lider relativt samme tap. Det er grunn til å være forsiktig når man inngår særordninger

⁸¹ Se, *Dewsnup v. Timm*, 502 U.S. 410 (1992)

hvis det kan slå forskjellig ut. Bestemmelsene tolkes dit at det oppstilles som minimumskrav, at alle gis den samme adgangen til å inngå en slik ordning. Det presiseres i forarbeidene at brudd på likebehandlingsvilkåret er ”direkte forbudt i loven”, og er dermed ugyldig hvis noen påberoper seg det.⁸²

Konkursloven §§ 23, 4 ledd og 48 nr.3 åpner for at enkelte fordringshavere kan samtykke i å bli stilt dårligere enn de øvrige fordringshaverne. Det betyr at enkelte fordringshaverne kan akseptere å få en lavere dekning enn gjennomsnittet, men blir de som står tilbake i flertall, anses det som forskjellsbehandling, og er ikke tillatt etter loven⁸³ Som behandlet ovenfor under partsvilkåret står privilegerte kreditorer utenfor gjeldsforhandlingene, og der er derfor ikke aktuelt å bruke prinsippet på dem.

Likebehandling av fordringshaverne er også hovedreglen etter amerikansk konkurslovgivning. *United State Bankruptcy Code* § 1123 (a)(4) fastsetter at reorganiseringsplanen skal likebehandle alle fordringshavere innen en klasse, ”provide the same treatment”. Likebehandlingsvilkåret gjelder kun innad i hver klasse. Det er full adgang og også vanlig i praksis å forskjellsbehandle klassene imellom. I likhet med den norske reglen setter ikke bestemmelsen som vilkår at hver fordringshaver i en klasse får nøyaktig samme dekning, men det kreves at de gis like dekningsmuligheter. Et reorganiseringsforslag som gir fordringshaverne i en klasse mulighet til å velge mellom ulike typer oppgjørsalternativer er tillatt så lenge alle innen klassen får samme valgmulighet. En fordringshaver kan også etter amerikansk rett akseptere å stå tilbake for de øvrige fordringshaverne i klassen, jfr. USBC §1123 (a)(4).⁸⁴

Kreditorer med fordringer som er sikrede, fortrinnsberettigede eller har krav som kan motregnes deles som oftest inn i egne klasser og kan dermed behandles annerledes enn de øvrige alminnelige kreditorene.⁸⁵ Lovgiver har i *United States Bankruptcy Code*

⁸² NOU 1972:20 side 83

⁸³ NOU 1972:20 side 83 og Wiker og Ro, side 116.

⁸⁴ “...unless the holder of a particular claim or interest agrees to a less favourable treatment...”.

⁸⁵ Se nedenfor, kap. 10.3. “avstemming og vedtakelse”

§ 507 oppstilt en liste over hvilke kreditorer som er fortrinnsberettiget i forhold til de øvrige. Listen er i utgangspunktet tilsvarende dekl. §§ 9-3 og 9-4. De privilegerte fordringene omfattes altså av planen, men kreditorene har krav på full dekning av kravet. Imidlertid kan de i reorganiseringsplanen få oppgjør på annen måte enn det som tidligere var avtalt, jfr. USBC § 1123.

9.3.3 Minimumsdividende

I norsk rett oppstilles det i tillegg ved tvangsakkord en nedre grense for hvor mye debitor kan få ettergitt. Debitor må dekke minst 25 % av kreditors tilgodehavende, jfr. kkl. § 30. Dette kravet gjelder uavhengig av om det er tilstrekkelig antall kreditorer som stemmer for ordningen, og sikrer dermed mindretallet en minstedekning. Begrunnelsen for reglen er ”hensynet til betalingsmoralen og kredittlivet i sin alminnelighet” Kravet om en minimumsdividende på 25 % gjelder ikke hvis forslaget vedtas av samtlige kjente kreditorer, eller debtors insolvens skyldes uhell som ikke kan tilregnes han, jfr. kkl. § 30, 4.ledd. Kreditorer som har krav sikret i pant, ved fortrinnsrett eller kan motregnes holdes utenfor tvangsakkorden, jfr. kkl. § 55, 2. ledd.

United States Bankruptcy Code har en tilsvarende kreditor beskyttelse. Har en kreditorklasse vedtatt en reorganiseringsplan med tilstrekkelig flertall, er de nedstemte fordringshaverne beskyttet av kravet om minimumsdividende i USBC § 1129 (a)(7)(ii). Bestemmelsen sier at med mindre den enkelte fordringshaver har samtykket etter USBC § 1129 (a)(7)(i), har han krav på dekning som minimum tilsvarer hva han ville fått ved en eventuell avvikling etter USBC, *Chapter 7*. Bestemmelsen blir i praksis referert til som ”the best interest test”.⁸⁶ Vilkåret gjelder ikke så lenge alle fordringshavere innen en klasse har godkjent planen, jfr. USBC § 1129 (a)(7)(i). Domstolene kan også som unntak godkjenne planen tiltross for at alle kreditorclassene ikke har vedtatt planen, hvis den er ”fair and equitable”.⁸⁷

⁸⁶ Den tidligere amerikanske konkurslovens § 366 (2) satte som vilkår for reorganiseringsplaner at de var i kreditorenes beste interesse”...it is for the best interests of the creditors.”. Kreditorene kan ikke motta mindre enn ved avvikling.

⁸⁷ Se kap. 10.3.”Avstemming og vedtakelse”

9.4 Vurdering

Som vist ovenfor er innholdet i en gjeldsforhandling betinget av hva virksomheten kan tilby og hva kreditorene ønsker å oppnå innenfor de rammene loven setter.

Det amerikanske systemet har vært kritisert for å være for eiervennlig. Eierne har en for sterk forhandlingsposisjon siden debitor representerer eierne og kan foreslå en reorganiseringsplan hvor innholdet er tilpasset dem. Eierne sitter igjen med betydelige verdier selv om kreditorene ikke mottar full dekning. Undersøkelser viser at kreditorene er villig til å fravike lovfestede prioriteringsregler fordi eierne kan redusere kreditorenes dekningsmuligheter ved å forsinke restruktureringsprosessen og påføre selskapet tap.⁸⁸ Jeg mener kritikken av at prosessen er eiervennlig også gjelder det norske systemet og kanskje i enda sterkere grad.

Som vist ovenfor gir ikke de norske reglene om tvangsakkord adgang til konvertering av gjeld til fremtidig posisjoner i virksomheten. Når det vedtas tvangsakkord beholder eierne sine eierposisjoner i virksomheten, mens fordringshaverne må tåle reduksjon av sine krav. Selv om eierne for øyeblikket har tapt sine verdier i selskapet og gjelden overstiger aktiva, beholder eierne sine posisjoner i selskapet og mulighetene til fremtidig inntjening og fortjeneste. Til sammenligning blir alle fordringshaverne i konkurs dekket før eierne får utbetaling. Ved å innføre et system der det er mulig å konvertere gjeld til fremtidige posisjoner, enten aksjer eller opsjoner i virksomheten, vil partene ha lik mulighet til potensiell fortjeneste. Det kan motivere kreditorer som har troen på virksomheten, til å gå med på gjeldsforhandlinger. Partene vil ha et alternativ ekstra å forhandle om, og de vil få mulighet til å tilpasse avtalen bedre etter ønske.

Hvis det skal være adgang til konvertering, kan det være hensiktsmessig å sette som vilkår at forslaget må innholde et alternativt tilbud. Flertallet bør ikke ha adgang til å binde mindretallet her. Den enkelte kreditor må selv ønske konvertering. Hvis gjelden kan bli konvertert mot kreditorenes vilje kan det ha uheldige konsekvenser for både virksomheten og kreditorene. Kreditorene kan være avhengig av likvidene og ønsker å se på låneforholdet kun som et selvstendig låneforhold, og ikke som et videre

⁸⁸ Se Bebachuk, side 6.

engasjement i virksomheten. Hvis virksomheten senere går konkurs vil kreditorene ikke lenger ha krav på dividende. For virksomheten vil det være uheldig med eiere som ikke har noen interesse i virksomheten utenom å få dekket sine krav. Det kan og være demotiverende for debitor hvis for store eierinteresser går over på kreditor. Det siste kan man unngå ved å regulere i aksjonæravtalen at kreditorenes andel ikke skal overstige en gitt prosent. Partene kan også avtale at de fremtidige posisjonene skal kjøpes tilbake av virksomheten hvis enkelte vilkår blir oppfylt. Konvertering kan ikke skje i forhold til enhver kreditor. Banker og det offentlige er ofte store kreditorer, men muligheter for konvertere gjeld til fremtidige posisjoner bør likevel avgrenses mot dem. De har kun begrenset adgang til å være eiere i virksomheter.⁸⁹

På den annen side kan det være positivt for både virksomheten og kreditorene at gjeld kan konverteres. Når det åpnes gjeldsforhandlinger er det begrenset med likvider i selskapet. For virksomheten kan det være hemmende hvis likvider er bundet opp til dekning av eldre krav istedenfor å bruke dem i den videre drift. Det kan og være en fordel for virksomheten å få inn nye eierinteresser med kunnskaper og visjoner for virksomheten. Konvertering av gjeld til fremtidige posisjoner er et av de alternativene som blir benyttet mye ved *reorganization*. Det var også en av de løsningene som ble valgt av PGS og Kværner da de løste sine gjeldsproblemer.

Jeg mener det bør være adgang til å konvertere gjeld til fremtidig posisjoner i selskapet. Så lenge både kreditor og debitor må akseptere kvoteringen vil det være en løsning i begge parter interesse. Det gir partene et ekstra forhandlingsalternativ som gir dem muligheter til å komme frem til en god løsning for alle parter.

Likebehandlingsvilkåret oppstilles i begge landenes konkurslovgivning, men er likevel noe forskjellig utformet. Forskjellsbehandling kan kun skje i begrenset grad etter norske regler. Jeg mener samtykkereglen hvor det ikke er adgang for flertallet til å akseptere å stå tilbake for enkelt kreditorer gjør det norske systemet lite egnet til å prøve å komme frem til totalt sett gode løsninger.

⁸⁹ Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 10.juni.1988 nr. 40 og Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper av 21.jun.1985 nr.83

Debitors adgang i det amerikanske systemet til å dele kreditorene inn i klasser etter en vurdering av hvilke krav som er like gir debitor på et tidlig tidspunkt i reorganiseringsprosessen en mulighet til å tilpasse planen. Videre er systemet mer smidig når det gir debitor mulighet til å tilpasse forslaget hver enkelt klasse og behandle kreditorclassene forskjellig. Er debitors videre drift avhengig av en type kreditor, for eksempel en bank eller en leverandør er det mulig å prioritere dem. Hvis forslaget utilbørlig favoriserer en type kreditorer vil de øvrige kreditorene være sikret ved å avslå forslaget og planen vil ikke få tilstrekkelig flertall i alle klassene. De øvrige kreditorene er og beskyttet av kravet om minimumsdividende som loven oppstiller. Ulempen med et system der kreditorene deles i klasser er at hver klasse ivaretar sine interesser og ikke selskapets totalinteresse når verdiene skal fordeles. En inndeling i mange små klasser kan gjøre prosessen mer usystematisk og vanskelig å forholde seg til istedenfor å forhandle frem en samlet plan. I Norge skjer mange av konkursene og gjeldsforhandlingene i mindre virksomheter og mengden og størrelsen på kreditorene er deretter. Her vil et likebehandlingsvilkår som på visse vilkår gir adgang til å forfordele enkelte kreditorer være like egnet.

Jeg mener det bør være større adgang til å forskjellsbehandle kreditorene enn det er etter konkursloven i dag. Hvorvidt det er behov for å dele kreditorene inn i klasser er jeg usikker på. Jeg tror det ville avhjulpet dagens lite praktiske system med å åpne for at et tilstrekkelig antall av kreditorene kan aksepterer med bindende virkning for de øvrige, å stå tilbake for enkelt kreditorer.

10 Utarbeidelse av forslag og vedtakelse av gjeldsforhandling / *reorganization*

10.1 Innledning

Etter at det er åpnet for gjeldsforhandlinger eller *reorganization* skal debitor utarbeide et gjeldsforhandlingsforslag eller reorganiseringsplan som blir sendt til kreditorene for avstemming. Konkursloven oppstiller forskjellige vilkår for antall som må akseptere planen for vedtakelse av frivillig gjeldsforhandlinger og tvangsakkord. I USA er det to måter Bankruptcy Court kan vedta en reorganiseringsplan på. For det første kan planen bli vedtatt når den er akseptert av et tilstrekkelig flertall i alle klassene. Rettens oppgave i disse sakene blir mest av formell art. For det andre kan retten unntaksvis godkjenne planen på tross av at den ikke oppnår tilstrekkelig flertall, hvis den finner planen rimelig og rettferdig, *fair and equitable*, og ellers fyller vilkårene i USBC § 1129 (b).

10.2 Forslag

Når det er vedtatt å åpne frivillige gjeldsforhandlinger eller tvangsakkord etter norsk rett skal debitor i samarbeid med gjeldsnemnda utarbeide et forslag til gjeldsforhandlinger, jfr. kkl. § 22 første ledd. Ved å ha innhente krav, gjennomgå de økonomiske forhold, eventuelt ta underhåndskontakt og forhandle med kreditorene skal debitor komme frem til et forslag til gjeldsforhandlinger.⁹⁰ Mener gjeldsnemnda det er muligheter til å få i stand en gjeldsforhandling skal den utarbeide en redegjørelse for debitors forretningsførsel og økonomiske forhold som legges ved forslaget, jfr. kkl. § 21.⁹¹ Videre skal gjeldsnemnda gi en uttalelse om den anbefaler forslaget eller ikke, jfr. kkl. §§ 24, 1.ledd nr.3 og 40, 1.ledd nr.4. Forslaget skal sammen med redegjørelsen og

⁹⁰ Åpnes det tvangsakkord skal det etter § 38a holdes et kreditormøte, så kreditorene kan stille spørsmål og drøfte situasjonen.

⁹¹ Jfr. kkl. §§ 24, 1.ledd nr.1 og 40, 1.ledd nr.1.

gjeldsnemndas uttalelse danne grunnlaget for kreditorenes vurdering av om de vil akseptere gjeldsforhandlingen. Dersom forslaget til gjeldsforhandling ikke blir vedtatt kan debitor utarbeide et nytt forslag, jfr. kkl. §§ 26 og 40, eller ved frivillige gjeldsforhandling begjære endring til tvangsakkord etter kkl. § 6a. Blir forslaget til frivillige gjeldsforhandling eller tvangsakkord vedtatt skal melding om dette sendes til samtlige kreditorer i tillegg til underretning til tingretten.

Også i USA er det som hovedregel debitor som utarbeider reorganiseringsplanen.⁹² De første 120 dagene etter åpning av *reorganization* har debitor eksklusiv rett til å legge frem en reorganiseringsplan, jfr. USBC § 1121 (b).⁹³ Hvis debitor legger frem en reorganiseringsplan vil denne eksklusive perioden utvides med 60 dager, jfr. USBC § 1121 (b),(c)(3). Debitor får da mulighet til å forhandle med fordringshaverne for å justere på planen og prøve å få aksept for forslaget. I mange saker er ikke 120 dager nok for debitor til å legge frem en plan. Hvis debitor er opptatt med den daglige drift, det er vanskelig å få oversikt over de økonomiske forhold eller det er vanskelig å forhandle med kreditorene, kan han søke retten om forlengelse av perioden, jfr. USBC § 1121 (d). Retten har da en skjønnsmessig myndighet til forlenge den eksklusive perioden.⁹⁴ Debtors eksklusive rett til å legge frem en plan bortfaller hvis det er oppnevnt en *trustee*. Det samme gjelder hvis debitor ikke fremlegger noen reorganiseringsplan innen 120 dager, eller den fremlagte planen ikke blir godkjent i løpet av 120+60 dagersperioden, jfr. USBC § 1121 (c)(1-3). Debitor mister ikke sin rett til å legge frem en plan, men det åpnes for at andre parter får muligheten. Det er sjelden andre enn debitor legger frem en plan. De velger heller å bruke ressurser på forhandlingene med debitor.⁹⁵

⁹² Hvis det er oppnevnt en *trustee* har den ansvar for at det blir lagt frem et forslag. Eventuelt en redegjørelse for hvorfor det ikke vil lagt fram et forslag eller hvorfor saken burde avvises eller behandles etter et annet kapittel i *United States Bankruptcy Code*, jfr. USBC 1106 (a)(5)

⁹³ Den eksklusive perioden kan være kortere. Hvis debitor velger å bli vurdert som en *small business*, er den eksklusive perioden på 100 dager, istedenfor 120 dager som er det vanlige, jfr. USBC § 1121 (e).

⁹⁴ Utvidelse av den eksklusive perioden skal ikke innvilges rutinemessig, se, *In re Lake in the Woods*, 10 B.R. 338 (E.D. Mich. 1981) og *In re Timbers of Inwood Forest Associates Ltd.* 808 F.2d 365 (5th cir.1987)

⁹⁵A. B. Morrison side 474

Før det stemmes over reorganiseringsplanen skal det sendes ut et *disclosure statement*. Det er et dokument som skal inneholde den nødvendig informasjon for kreditorene til å foreta en bedømmelse av reorganiseringsplanen, jfr. USBC § 1225. Kravet til innholdet i *disclosure statement* er avhengig av sakens kompleksitet. Dokumentet skal godkjennes av *Bankruptcy Court* og sendes til kreditorene sammen med forslaget til reorganiseringsplan. En plan kan endres på frem til den blir vedtatt, men må fylle de prosessuelle kravene loven setter. Hvis det legges frem konkurrerende reorganiseringsplaner skal det stemmes over alle.

10.3 Avstemming og vedtakelse

Ettersom forslaget får bindende virkning for kreditorene stilles det både i Norge og USA krav til antall kreditorer som må godkjenne forslaget før det blir vedtatt. Både i Norge og USA er kun fordringer som har oppstått før åpning av saken som blir inkludert. Er det strid om kravets eksistens kan domstolene etter begge lands systemer prejudiselt prøve kravets størrelse eller gyldighet. Ved stemmegivning har kreditorene tre alternativer. De kan stemme ja, nei eller la være å stemme. Noen forhandling på dette stadiet er det ikke rom for.

I Norge skal som utgangspunkt alle kjente fordringshavere regnes med ved beregning av stemmetall. Dette gjelder også dem som ikke har sendt inn sine krav etter konkursloven §§ 19 1.ledd og 35, 1.ledd nr.2. Fordringsfristene er ikke preklusive. I USA må kreditor som hovedregel ha meldt inn kravet sitt krav, eller stå på en kreditorlist utarbeidet av debitor, for å kunne stemme over reorganiseringsforslaget, jfr USBC § 1126 (a).⁹⁶

Vedtakelse av frivillige gjeldsforhandlinger følger av konkursloven § 25. Hvis samtlige kreditorer godtar forslaget anses det som vedtatt. Hvis en kreditor forkaster forslaget, er det tilstrekkelig til å velte hele avtalen. Selv om ikke samtlige kreditorer har stemt for forslaget, kan forslaget likevel bli vedtatt hvis svarfristen i konkursloven § 25, 2.ledd er utløpt, ingen fordringshaver har forkastet forslaget og de fordringshaverne som har stemt for representerer til sammen tre fjerdedeler av det samlede pålydende av

⁹⁶ Med videre henvisning i bestemmelsen til USBC § 502. Se også, USBC § 1111, jfr. §§ 501, 521.

fordringer som er omfattet av forslaget, jfr. kkl. § 25, 3.ledd. Det stilles ikke her noe minimumskrav til antall kreditorer som må godta forslaget. Avstemmingen skjer skriftlig, jfr. kkl. § 24, 2.ledd. Forslaget er bindende for partene når siste stemme er talt opp.

Konkursloven § 43 har regler om nødvendig flertall for vedtakelse av tvangsakkord. Hvor stort flertall som kreves avhenger av størrelsen på gjeldsreduksjonen. Hvis akkordforslaget går ut på minst 50 % dekning, kreves det tilslutning fra minst tre femtedeler av de fordringshavere som deltar i avstemmingen, og at disse representerer minst tre femtedeler av det samlede beløp som gir stemmerett. Hvis forslaget går ut på mindre enn 50 % dekning, kreves tre fjerdedelsflertall i begge henseender.

Ved avstemming over tvangsakkordforslag er hovedreglen at alle kjente fordringshavere skal regnes med, jfr. kkl. § 42. Unntak fra denne hovedreglen er oppstilt i en uttømmende liste i nr. 1-6. Dette gjelder i hovedsak fordringer som ikke er berørte av akkorden fordi kravene deres dekkes fullt ut. Også ved avstemming over tvangsakkord skjer avstemmingen som utgangspunkt skriftlig, jfr. kkl. § 40, 1. ledd. Etter begjæring fra gjeldsnemnda kan retten beslutte at det skal stemmes over tvangsakkordforslaget i et avstemmingsmøte, jfr. kkl. § 40, 2.ledd. Bestemmelsen inneholder også regler for å ta med tidligere avgitte stemmer og for tilbakekallelse av disse.

Bli et forslag om frivillige gjeldsforhandling eller tvangsakkorden vedtatt stadfestes det av skifteretten i kjennelse. Dersom reglene om fremgangsmåten ved gjeldsforhandlinger ikke er overholdet, akkordforslaget ikke oppfyller den foreskrevende minste dividenden, eller ikke stiller fordringshaverne likt skal gjeldsordningen avvises, jfr. kkl. §§ 28 og 48. Ved mislykkede forhandlinger skal skifteretten innstille forhandlingene og åpne konkurs, jfr. kkl. § 57.

United States Bankruptcy Code gir prosessregler for vedtakelse av en reorganiseringsplan. Den gir regler om hvordan kreditorer og rettighetshaverne blir delt inn i klasser etter type rettigheter, hvordan avstemmingen skjer og hva som er nødvendig flertall for å godkjenne planen.

Før det stemmes over en reorganiseringsplan deles kreditorerne inn i klasser. Det er et vilkår etter loven at klassene etableres på basis av typen krav kreditorerne har mot debitor. Like krav og interesser, plasseres i samme klasse, ”a plan may place a claim or an interest in a particular class only if such claim or interest is substantially similar to the other claims or interests of such class.”, jfr. USBC § 1122 (a). Hvilke krav som er like og hvilke som er ulike må vurderes ut fra kravets egenskap. To usikrede krav, hvor det ene er forfalt, og det andre ikke er forfalt er ”similar” siden de vil ha lik sjanse for dekning ved en eventuell avvikling. To krav med ulik legalprioritet har ulik sjanse for dekning og er dermed ikke ”similar” etter loven. Hvorvidt to krav med samme prioritet må plasseres i samme klasse eller om de kan plasseres i forskjellige klasser er ikke klart. Orlyden i bestemmelsen, ”may” tyder på valgfrihet. Forarbeidene gir ingen avklaring av spørsmålet.⁹⁷ Rettspraksis er ikke entydig, men *Bankruptcy Court* har i praksis tillatt å plassere krav med lik prioritet i ulike klasser, hvis det er gode grunner for det, og det ikke er gjort med hensikt av diskriminerende forskjellsbehandling.⁹⁸ For eksempel kan to usikrede kreditorer, hvor den ene har en betydelig bedre rentebetingelse enn den andre, plasseres i forskjellige klasser, siden reorganiseringsplanen vil berøre kravene deres forskjellig.

For ordinær vedtagelse av planen må forslaget vedtas med tilstrekkelig flertall i alle klassene, jfr. USBC § 1129 (a)(7)(a). Det er kun fordringshaverne som blir berørt av reorganiseringsplanen som kan stemme, jfr. USBC § 1126 (a),(f) jfr. § 1124. En kreditorklasse godkjenner planen hvis, to tredjedeler av de stemmeberettigede i dollar og over halvparten i antall vedtar forslaget, jfr. USBC § 1126(c) og (d). Dette dobbelt-systemet gjør at utfallet ikke blir avgjort av et stort antall kreditorer med små krav eller få kreditorer med store krav. Hvis en kreditor ikke har avgitt sin stemme, blir heller ikke kravet regnet med når det kontrolleres om vilkårene er oppfylt. Det er det totale antall avgitte stemmer som er avgjørende. Hvis en kreditorklasse ikke mottar noe etter planen behøver de ikke å avgi stemme. Da presumeres det med at de stemmer imot planen, jfr USBC § 1126 (g). Oppnår flere reorganiseringsplaner det nødvendig flertall,

⁹⁷ House Report at 406; S. Rep: No. 989, 95th Cong., 2d Sess. 118 (1978).

⁹⁸ E.g., In re Bryson Properties XVIII, 961 F.2d 496 (4th Cir.1992) Se G.h Treister m.fl. side447 flg.

skal retten foreta en vurdering av planene før den godkjenner en av dem, jfr. USBC § 1129(c)⁹⁹.

United States Bankruptcy Code § 1129 (b) inneholder også en bestemmelse kalt *Cram down*. Bestemmelsen gir *Bankruptcy Court* adgang til å vedta en reorganiseringsplan til tross for at ikke samtlige klasser har akseptert forslaget, hvis forslaget er *fair and equitable*. Vilåret er oppfylt når sikrede kreditorer fortsatt er sikret på et vis, de usikrede kreditorer som har stemt mot forslaget får full dekning og reorganiseringsforslaget ellers ivaretar alle klassene på en rimelig og rettferdig måte. Kravet om full dekning gjelder ikke når etterprioriterte fordringshavere ikke får dekket sine krav. På grunn av vanskeligheter med å få en *Cram down* godkjent av retten er det vanlig å jobbe for å få til en godkjennelse fra alle klassene.¹⁰⁰

Før planen blir stadfestet må *Bankruptcy Court* være overbevist om at reorganiseringsplanen i tillegg oppfyller de øvrige vilkårene i USBC § 1129. Planen må være gjennomførbar, den er foreslått med ærlige hensikter og planen er i overensstemmelse med gjeldende rett. *Bankruptcy Court* må også være overbevist om at reorganiseringen ikke vil bli etterfulgt av en ny *reorganization* eller *liquidation*. For å beskytte dissenterende fordringshavere oppstiller USBC § 1129 (a)(7)(ii) som vilkår, at de mottar minst like mye som de ville fått ved en hypotetisk avvikling.

10.4 Vurdering

Avstemmingsreglene i det amerikanske systemet må vurderes i lys av reglene om klasseinndeling og likebehandling. De er blitt vurdert i kapitel 9, og vil ikke bli kommentert her. Når det gjelder kravet om tilstrekkelig flertall for å vedta en forslag er reglene for tvangsakkord i det vesentlige like med de amerikanske, og blir derfor ikke ytterligere kommentert.

⁹⁹” the court shall consider the preferences of creditors and equity security holders in determining which plan to confirm”

¹⁰⁰ Se A.B. Morrison, side 478.

Derimot vil jeg kommentere den muligheten *Bankruptcy Court* har til å vedta et forslag, tiltross for at det ikke er akseptert av tilstrekkelig mange kreditorer, hvis forslaget totalt sett gir en god løsning. I det norske systemet det ikke er en slik adgang. Det har den uheldige følge at det favoriserer de kreditorene som er lite samarbeidsvillige. Det er i hovedsak to grunner til at kreditorer avslår et tilbud. For det første avslår kreditorene et forslag fordi de tror det ligger en gevinst i å avslå forslaget. De mener virksomheten var gjerrig med tilbudet, og tror det er større verdier i virksomheten. Hvis selskapet er interessert i gjeldsforhandlinger, og utsiktene til inntjening gode vil virksomheten komme tilbake med et nytt og bedre forslag. Den andre hovedårsaken til at kreditorene avslår et forslag er at de av en eller annen grunn vil "straffe" virksomheten. De føler seg for eksempel tråkket på av virksomheten, eller de er konkurrenter som også er kreditorer. Disse kreditorene er villige til å ta tapet det innebærer å motta en avviklingsdividende fremfor å akseptere en avtale hvor de mottar en dividende beregnet på selskapet som et "going concern". Her vil det alltid være en nyttekostnadsvurdering fra kreditorenes side. Ved å innføre et *Cram down* system har domstolene en mulighet til å komme disse situasjonene til livs. Når forslaget samlet sett gir gode løsninger vil det være beklagelig om forslaget strander på lite samarbeidsvillige kreditorer.

Mot et slikt system kan det anføres at det vil være et inngrep i eiendomsretten å beskjære kreditorenes tilgodehavende uten deres samtykke. Det vil skape en usikkerhet for kreditorene som kan føre til at de blir mer påpasselige med å inndrive kravene sine på et tidligere tidspunkt. Ser man på den økonomiske realiteten blir ikke kreditorene fratatt noen eiendomsrett. Vurderingsgrunnlaget er ikke hvorvidt debitor blir fratatt noe krav eller ikke. Vurderingsgrunnlaget er hva kreditorene får etter planen, sammenlignet med hva de ville fått hvis man ikke kommer frem til en ordning av gjelden. Kravet er fortsatt i behold, men det gir ikke rett på mer enn en dividende. Eiendomsretten til kravet endres ikke om retten vedtar en plan tiltross for at bare 70 % har stemt for, sammenlignet med når 76 % har stemt for. De som ikke aksepterer forslaget er uansett beskyttet av vilkåret om minimumsdividende, og kan ikke bli stilt dårligere enn en dekning basert på likvidasjonsdividende. Kreditorene løperheller ingen stor risiko for å bli overprøvd. *Cram down* er ment som en sikkerhetsventil som benyttes i unntakstilfeller.

En annen fordel med *Cram down* systemet er at det vil kunne begrense administrasjonskostnadene. Debitor behøver ikke å bruke unødvendig tid på å forhandle med vanskelige kreditorer, når forslaget totalt sett gir rimelig og rettferdige løsninger. Domstolene kan da skjære igjennom og vedta forslaget.

Hvis man innfører et system der domstolene kan overprøve kreditorene og vedta planen, forutsettes det at domstolene tør å benytte seg av denne kompetansen. Jeg tror det skal litt til før domstolene overprøver kreditorenes avslag og vedtar planen, på tross av at en kreditorklasse har sagt nei. Jeg tror vurderingen blir enda mer komplisert når domstolene må vurdere hele planen under ett, i motsetning til å vurdere om planen er rimelig og rettferdig i forhold til hver enkelt klasse eller kreditorer. Det vil i så fall bli på et komplisert juridisk skjønn. I praksis har domstolene gått langt i å holde seg til det formelle fremfor å prøve realiteten, i saker som gjelder fastsetting av nåværende og fremtidige verdier i selskaper. Eksempler på dette ser man i rettspraksis knyttet til fastsettelse av innløsningskurser ved tvangsinnløsning av mindretallsaksjonærer.¹⁰¹

Jeg mener det har gode grunner for seg å gi domstolene adgang til å vedta et forslag til tross for at det ikke har oppnådd tilstrekkelig flertall. Det vil øke mulighetene til å få gjennomført flere vellykkede gjeldsforhandlinger. Kreditorene løper heller ingen stor risiko siden dette er ment som en sikkerhetsventil.

¹⁰¹ Se Rt-2003, side 713. (Norway seafood-saken).

11 Oppsummerende sammenligning og rettspolitiskvurdering

Mange hevder gjeldsforhandling etter konkursloven blir så lite benyttet fordi instituttet er for lite fleksibelt, og lite velegnet til å tilpasse løsningene den enkelte virksomhets behov. Andre mener de norske reglene gir gode løsninger og er i stor grad tilsvarende de amerikanske reglene for *reorganization*, men at gjeldsforhandlingsinstituttet i Norge er lite benyttet fordi mulighetene er for lite kjent.¹⁰²

Etter å ha sammenlignet gjeldsforhandlinger etter konkursloven med *reorganization* etter *United States Bankruptcy Code* ser vi at regelsettene har vesenlige likhetstrekk. Begge lands regelsystemer har til formål å gi debitor en mulighet til å forhandle frem en løsning på sine økonomiske problemer og gi kreditorene en mulighet til inndrivelse av utestående krav.

Tar vi regelsystemene i nærmere øyesyn ser vi at reglene om frivillig gjeldsforhandlinger og tvangsakkord imidlertid ligner det amerikanske systemet på hver sine områder. Ved frivillig gjeldsforhandlinger har partene en betydelig grad av frihet hva angår innholdet til avtalen, men avstemming og vedtakelsesreglene setter grenser for hva som er praktisk mulig. Ved tvangsakkord har debitor større muligheter til å oppnå tilstrekkelig flertall til å vedta forslaget, men konkursloven setter begrensninger på innholdet. Samlet sett fremstår *reorganization* som et mer velegnet system. Det gjør at *reorganization* blir benyttet i betydelig større grad enn gjeldsforhandlinger. Det er derfor naturlig å gå tilbake til oppgavens utgangspunkt:

Innholder det amerikanske gjeldsforhandlingsinstitutt elementer som gjør det til et bedre system enn det norske, og er dette elementer som vi kan adoptere for å forbedre eller videreutvikle reglene i konkursloven?

¹⁰² Jeg har i løpet av skriveperioden vært i kontakt med flere bobestyrere. Jfr ”Mye mer felksibelt” .Artikkel i Kapilal.

Jeg mener det er tre elementer ved det amerikanske gjeldsforhandlingsinstituttet som vi kan adoptere, og som vil gjøre det norske gjeldsforhandlingsinstituttet mer egnet.

- (1). Partene har større fleksibilitet når det gjelder innholdet i gjeldsforhandlinger der flertallet kan binde mindretallet.
- (2). Kreditorne har muligheter til å begjære åpning av gjeldsforhandlinger.
- (3). Domstolene har adgang til å vedta et forslag til gjeldsforhandlinger, hvis avtalen totalt sett gir gode løsninger og er rimelig og rettferdig, til tross for at det ikke oppnår tilstrekkelig flertall.

(1). Jeg mener en av hovedårsakene til motviljen mot å begjære gjeldsforhandlinger skyldes den begrensede adgangen partene har til å utarbeide tilpassede løsninger, i saker der flertallet kan vedta et forslag med bindende virkning for mindre tallet. Med konkurslovens system setter enten avstemningsreglene eller mangel av alternativer begrensinger. Jeg mener det kan være et godt alternativ til dagens system å oppheve skille mellom frivillig gjeldsforhandlinger og tvangsakkord og utarbeide ett samlet gjeldsforhandlingsinstitutt. Et institutt der man tar elementer av reglene for innhold fra frivillig gjeldsforhandlinger og reglene for avstemming fra tvangsakkord. Regelverket bør imidlertid sikre mindretallskreditorne ved å innholde et krav om minimumsdividende. Enten tilsvarende det man ville fått ved en eventuell avvikling eller en gitt prosent sats.

En annen og noe mindre endring kan være å lempe på reglene for hva tvangsakkord kan gå ut på. Som kommentert ovenfor, kan det for eksempel ha gode grunner for seg å åpne for konvertering av gjeld til fremtidige eierposisjoner.

Et forslag som ville gjort gjeldsforhandlingsinstituttet mer egnet, er å redusere på kravet til likebehandlingsvilkåret. Slik det er utformet i dag gjør det gjeldsforhandlingsinstituttet lite smidig og vanskelig å tilpasse løsningene den enkelte virksomhet. Jeg mener likebehandling fortsatt skal være hovedregelen men det bør være adgang for at flertallet å godkjenne at enkelte kreditorer får bedre dekning enn de øvrige.

(2). Som nevnt ovenfor er en av årsakene til at det er så få vellykkede gjeldsforhandlinger at sakene kommer for sent i gang. Når debitor endelig foretar seg noe, er det få midler igjen i boet til å drive gjeldsforhandlinger om. En løsning kan være å åpne for at også kreditorene kan begjære gjeldsforhandlinger. Jeg tror det fører til at flere gjeldsforhandlinger kommer i gang på et tidligere stadium, og vil øke sjansene til å få gjennomført flere vellykkede forhandlinger. I tillegg gir det kreditorer, for eksempel leverandører en mulighet til å få kravene delvis dekket, samtidig som de beholder en kunde. Samtidig som det rammer debitor langt mindre enn en konkurs.

(3). Det tredje elementet som kan øke sjansene til å få gjennomført flere vellykkede gjeldsforhandlinger, er å gi domstolene adgang til å vedta et forslag til tross for at det ikke har det nødvendige flertall. Det vil gi domstolene et instrument til å vedta de sakene som åpenbart samlet sett gir gode løsninger, men hindres av lite samarbeidsvillige kreditorer. Dette alternativet er ment som en sikkerhetsventil og kreditorene vil ikke løpe en stor risiko for å bli overstyrt.

Hvis debitor har mulighet til å fortsette virksomheten fremfor avvikling, vil det kunne gagne alle. De ansatte får beholde jobbene sine, staten beholder en skattebetaler, leverandører beholder en kunde, huseiere beholder en leiebetaler osv. Samlet sett vil det samfunnsmessig være den beste løsningen. Å legge ned bedriften vil medføre ulemper for alle disse gruppene. Jeg mener det derfor bør legges til rette for et mer smidig og praktisk system enn vi har i dag. Jeg tror de elementene jeg har behandlet ovenfor vil gjøre gjeldsforhandlingsinstituttet mer velfungerende og egnet.

12 Litteraturliste

12.1 Litteratur

Gjeldsforhandlinger etter konkursloven

Andenæs, Mads Henry; *Konkurs*, 2. utg. (1999)

Bertnes, Pål A.; *Juridisk oppslagsbok*, 19. utg. (1997)

Gisle, Jon; *Jusleksikon*, Jon Gisle, Kristian Andnæs, Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnild Dordi Gjønnnes, Magnus Matningsdahl og Magnus Aarbakke, 1. utg. (1999)

Graver, Hans Petter; *Gjeldsordningsloven med kommentarer*, 2. utg. (1996)

Hartz-Hanssen, Petter; *Gjeldsforhandlinger og konkurs*, Petter Hartz-Hansen, Jørn Lyngstad, Rune Tystad og Kjell Woldseth, 1. utg. (2002)

Hvidsten, Klaus; *Praktisk juridisk håndbok i kreditt- og fordringsadministrasjon*, Klaus Hvidsten, Tor Helge Gesdahl, Jens Lind, Jostein Grosås, Aniken Bugge og Tone Thomassen, 1. utg. (1999)

Huser, Kristian; *Gjeldsforfølgingsrett*, 1. utg. (1995)

Melhus, Kjell; *Gjeldsforhandlinger/akkord kontra konkurs*, Artikkel i Tidskrift for praktisk økonomi og finans. Årg. 15 nr. 1 1999.

Norman Hansen Meyer; *Country report om gjeldsforhandling og konkurs*. Artikkel hentet fra Konkursrådets internettsider

Opdal, Erling; *§ Underhåndsakkord- utenrettslig gjeldsforhandling*. Artikkel hentet fra internett, jusstorget.

Ro, Knut; *Konkursloven og dekningsloven*. Oppdatert med kommentarer advokat av Knut Ro ved lovendring 1.1.2000 - G143/85

Olsen, Truls; *Mye mer fleksibelt*. Artikkel i Kapital nr. 19. 5. nov. 2004

Wiker, Håvard; Konkursloven, kommentarutgave, Ro, Knut 1. utg. (2003)

Aarbakke, Magnus; Ansvarlige selskaper og indre selskaper, Asle Aarbakke 6. utg. (2003)

Reorganization etter United States Bankruptcy Code.

Ayer, John D; *Bankruptcy in practice*, Milcael L. Berstein. 1. utg. (2002)

Bebchuk, Lucian Arye; *Chaper 11*. Artikkel i Working paper series. No 6473 (1998)

Eberhart, Allan C; The Importance of Deviation from the absolute Priority Rule in Chapter 11 Bankruptcy Proceedings (1998)

La Porta, Rafael; *Law and finance*, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny.

Mecham, Leonidas Ralfh *Bankruptcy Basics* (2004)

Morrison, Alan B.; *Fundamentals of American law* (1996)

Norton, William L.; *Norton Bankruptcy Law and Practice*, William L Norton Jr., 2. utg. (2002)

Ryssdal, Anders; *Reconstruction of Firms in financial distress*, Uttrykt prøveforelesning nr. II til doktorgrad. Rettsøkonomisk analyse (1995)

Treister, George M.; *Fundanentals of Bankruptcy law*. George M. Treister, J. Roland Trost Leon S. Forman Kenneth N. Klee og Ricard B. Levin. 4. utg. (1996)

Tuula, Marie Rekonstuktion av företag inom insolvenslagstiftningens rammar, 2. utg. (2001)

12.2 Lovregister

- Lov av 13.06. 1997 nr. 44 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven).
- Lov av 12.06. 1996.nr 75. Lov om sikringsordninger for banker og offentlig administrasjon m.v. av finansinstitusjoner av
- Lov av 17.07. 1992 nr. 99 Lov om friivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner. (gjeldsordningsloven)
- Lov av 30. 08. 1991 nr. 71 Lov om statsforetak.
- Lov av 10.juni.1988 nr. 40 Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner
- Lov av 21.jun.1985 nr.83 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.
- Lov av 08.06. 1984 nr. 59 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- Lov av 08.06. 1984 nr. 58 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).
- Lov av 17.12.1982 nr. 86 Lov om rettsgebyr (rettsgebyrloven).
- Lov av 13.08. 1915 nr. 6 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

Title 11. United States Bankruptcy Code, 1978.

Federal Rules of Bankruptcy Procedure, 1983

12.3 Lovforarbeider

- NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.
- NOU 1972:20 Gjeldsforhandlinger og konkurs
- Ot prp nr 50 for (1980-81) Lov om gjeldsforhandlinger og konkurs
- Ot prp nr 39 for 1982-83 Lov om gjeldsforhandlinger og konkurs
- Ot. prp. nr 26 1989-99 Lov om endring i konkurs og pantelovgivningen mv
- Innst O nr 56 for 1983-84

12.4 Internett sider

<http://www.konkursradet.no/>

<http://www.jusstorget.no/>

<http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts.html>

<http://www.usdoj.gov/ust/r09/cloich11.htm>

<http://www.irs.gov/irm/part25/ch13s10.html>

<http://www.usdoj.gov/ust/pdfs/oirrch11.pdf>

<http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/>

<http://www.creditinfocenter.com/bankruptcy/bankref9.shtml>

<http://siteresources.worldbank.org/GILDUNITEDSTATES/Insolvency%20Law/>

http://en.wikipedia.org/wiki/Chapter_11

http://money.cnn.com/2001/12/03/companies/v_chapter_11/

<http://web.worldbank.org>

<http://www.bankruptcyaction.com/USbankstats.htm>

<http://www.sec.gov/investor/pubs/bankrupt.htm>

