

Rekonstruktion i praksis

Lisa Bo Larsen, partner, Danmark

1. Indledning

”Operationen lykkedes, men patienten døde”. En gammel læge-vittighed, som desværre er meget illustrativ for udfaldet af mange danske indenretlige rekonstruktionsbestræbelser, selvom Danmark i 2011 fik nye regler, som skulle fremme rekonstruktion af nødlidende virksomheder, bevare værdier for kreditorerne og jobs for medarbejderne. For det kan godt være, at de danske regler for indenretlig rekonstruktion er velgennemtænkte og gennearbejdede i forhold til, hvilke rettigheder en nødlidende virksomhed og kreditorer skal have på en meget fintfølede retfærdighedsvægt. Men desværre må det for ofte konstateres, at gennemførelse af en indenretlig rekonstruktion af samme grund i praksis bliver så omstændelig og omkostningstung, at den må opgives på forhånd. I hvert fald i de tilfælde, hvor skyldneren driver en igangværende virksomhed med produktion og medarbejdere. For de værdier, man skal prøve at redde, vil være væk inden alle de mange juridiske knæbøjninger er gennemført. Det bliver for dyrt og likviditetskrævende, processen strækker sig over for lang tid, hvor man venter på berammelsestider i retten ad flere omgange og skal producere et omfattende materiale, som kreditorerne knap er interesserede i - endsige parate til at betale for. Når en virksomhed kommer i økonomiske vanskeligheder og man kaster sig ud i et rekonstruktionsforsøg, er der i sagens natur altid en række udfordringer. Sådan er det. I det følgende beskrives nogle af de praktiske udfordringer, der udspringer af den gældende lovgivning.

2. Medarbejdere

For en nødlidende virksomhed er et af de første og største problemer ofte at klare den næste lønudbetaling og de tilhørende A-skatter, feriepenge til timelønnede osv. Dette gjaldt med de tidligere regler for betalingsstandsning, og det gælder stadig under rekonstruktionsreglerne. De fleste produktions- og vidensvirksomheder er ikke meget værd, når alle medarbejderne er gået hjem, telefonerne ikke bliver taget og mails ikke besvaret. Aktiverne går ud af døren ved

arbejdsdagens ophør og skal meget gerne indfinde sig igen næste morgen. Derfor er det af afgørende betydning for en vellykket rekonstruktion, at medarbejderne og driften i virksomheden kan bevares.

Indimellem er det klart fra begyndelsen, at ikke alle virksomhedens medarbejdere skal fortsætte. Måske er det nødvendigt med en generel nedgang i medarbejderstaben, men der kan også være afdelinger/dele af en virksomhed, som klart ikke kan fortsætte fordi forretningsgrundlaget ikke længere er til stede.

De medarbejdere, som skal udføre arbejde for en virksomhed i rekonstruktion, får krav i medfør af konkurslovens § 94, hvis selskabet senere går konkurs, men vil normalt bare blive betalt løbende for det arbejde, de udfører for deres arbejdsgiver i rekonstruktion. Deres krav er konkursretligt på niveau med rekonstruktørens eget honorar-krav, der også er sekundært massekrav med prioritet som § 94-krav. Det ansporer i sig selv rekonstruktøren til at holde udgifterne på et niveau, hvor der er sikkerhed for fuld dækning til § 94-krav. Det kan dog også blot være en udfordring at skaffe likviditet til betaling af de løbende lønudgifter.

Siden 2005 har der været mulighed for at få bevilget et lån fra Lønmodtagernes Garantifond til betaling af løn under først betalingsstandsning og siden nu også under anmeldte rekonstruktioner. Det er imidlertid erfaringen, at disse regler ikke anvendes meget i praksis. Dette skyldes bl.a. et krav om, at den nødlidende virksomhed under rekonstruktion selv skal kunne afholde udgifterne til A-skatter og arbejdsmarkedsbidrag. Det er ikke muligt at låne til hele udgiften. Samtidig vil der ofte være en række andre driftsudgifter, som også skal betales under en rekonstruktion. Grundet tidspres og en naturlig bekymring for at gå ind i en rekonstruktionsperiode med drift, uden en vis luft til uforudsete og ekstraordinære udgifter, er det letteste, sikreste og mindst omkostningskrævende derfor ofte i stedet at opnå en samlet finansiering til rekonstruktionen ved en kassekredit eller et lån fra f.eks. pantnaver eller bank. Lånemuligheden hos LG dækker simpelthen ikke nok, da den i hvert fald burde omfatte A-skatten også. Men pantnavere og banker er generelt rationelle mennesker, så hvis casen er god nok og medarbejderne evident nødvendige, så kan der ofte træffes aftale om lån med bank/pantnaver, hvis pantnaver blot præsenteres for et fornuftigt beslutningsgrundlag med budgetter og likviditetsoversigter

Udfordringen består derfor særligt i forhold til medarbejdere, som enten allerede er opsagt, men hvis opsigelsesperiode ikke er udløbet, eller medarbejdere som ikke skal udføre arbejde under

rekonstruktionen, hvormed deres ansættelsesaftaler ikke videreføres under rekonstruktionen, jf. konkurslovens § 12o. Disse medarbejders krav vil være § 95 krav, hvis selskabet senere erklæres konkurs, jf. § 12u. Det er ofte ikke muligt for rekonstruktøren at vurdere, om der er fuld dækning til denne kategori af krav, med mindre der er meget betydelige frie aktiver, hvis værdi også er nogenlunde sikker. Dette er sjældent tilfældet ved indledningen af en rekonstruktion. Derfor vil en rekonstruktør være varsom med at godkende, at selskabet udbetaler løn til sådanne medarbejdere. Det kan potentielt ende med at være en skæveling af midler, der kan rejses omstødelsesspørgsmål om, hvis selskabet senere erklæres konkurs. Driftskreditorer opstået i en rekonstruktionsperiode, hvis krav er prioriteret efter § 94, vil ikke være tilfredse, hvis der er anvendt midler til betaling af medarbejderkrav for medarbejdere, der ikke har arbejdet under rekonstruktionen og har krav i medfør af § 95. Der kan muligvis argumenteres med, at det var en betaling, som var nødvendig for at afværge tab, hvilket kan gøre betalinger i strid med konkursordenen acceptable, jf. konkurslovens § 72. Men en sådan situation, vil en rekonstruktør dog som oftest nødig sætte hverken sig selv eller ledelsen i et selskab under rekonstruktion i, og ofte vil konklusionen blive, at der ikke kan udbetales løn til de medarbejdere, som ikke udfører arbejde for et selskab i rekonstruktion.

Medarbejdere, der ikke skal udføre arbejde for et selskab under rekonstruktion, og derfor ikke får løn til forfaldstid, kan naturligvis ophæve deres ansættelsesforhold, hvis der ikke betales efter påkrav. På et tidspunkt vil virksomheden enten blive rekonstrueret ved akkord, hvorefter medarbejderen får sit tilgodehavende, da hverken lønkrav der har prioritet som § 94-krav eller § 95-krav kan akkorderes som led i rekonstruktion med mindre medarbejderen samtykker heri, jf. konkurslovens § 10a, stk. 2, nr. 3. Eller også bliver skyldneren erklæret konkurs, hvorefter medarbejderne kan søge om udbetaling fra Lønmodtagernes Garantifond. Disse udbetalingsudløsende scenarier kan dog ligge helt op til et år efter sidste lønudbetaling til de medarbejdere, der ikke har arbejdet under rekonstruktionen.

Ser man alene på ordlyden af de gældende regler, så er der godt nok en teoretisk mulighed for at også medarbejdere, hvis ansættelsesforhold ikke videreføres under rekonstruktionen, kan få dækning via de forømtalte lån til virksomheden fra Lønmodtagernes Garantifond. Men det er ikke realiteten.

Udover den nævnte udfordring med manglende lånemulighed til A-skat m.v., er der endvidere den udfordring, at der ikke kan lånes til krav, der er forfaldet før indledning af rekonstruktion (før arbejdsgiveren evt. også er erklæret konkurs). Dvs. at hvis der er nået at forfalde en månedsløn, som

ikke er blevet betalt, inden der blev anmeldt rekonstruktion (hvilket ofte er tilfældet), så kan der ikke opnås dækning til den forfaldne månedsløn under rekonstruktion.

Dernæst er der det problem, at selvom der principielt er mulighed for at opnå lån fra LG til betaling af de lønninger, som forfalder efter anmeldelsen af rekonstruktion, så sker dette sjældent i praksis, og slet ikke til medarbejdere, hvis ansættelsesforhold ikke videreføres. Det skyldes bl.a. at sådanne lån kræver samtykke fra det beskikkede tilsyn under rekonstruktionen. Virkningen af rekonstruktørens samtykke til optagelse af lån er, at lånet bliver § 94-krav i et evt. senere konkursbo, jf. kl. § 94, nr. 2. Men krav fra de lønmodtagere, hvor ansættelsesforholdet ikke videreføres under rekonstruktionen, er § 95-krav i en evt. senere konkurs, så derfor bør og ønsker en rekonstruktør ikke at ”ophøje” kravene til § 94-status.

De medarbejdere, hvis ansættelsesforhold ikke videreføres, står dermed i den uheldige situation, at de ikke får udbetalinger fra hverken arbejdsgiveren, dvs. skyldneren i rekonstruktion, hverken direkte eller via lån fra LG. Nogle medarbejdere kan få lån eller udbetalinger fra deres fagforeninger, men som bekendt er ikke alle organiserede. Og en retsstilling baseret på et de-facto organisationsbehov er selvsagt problematisk. Medarbejderen kan ikke afhjælpe situationen ved at indgive konkursbegæring mod arbejdsgiveren, for i medfør af konkurslovens § 24 udsættes en sådan konkursbegæring på rekonstruktionen.

Situationen er ikke meget anderledes end under de tidligere gældende betalingsstandsningsregler. Rekonstruktionsreglerne har bare heller ikke afhjulpet dette væsentlige problem.

Konkursrådet afgav i 2015 betænkning om ”Ansattes retsstilling under insolvensbehandling”, (Betænkning 1555/2015). Betænkningen har pt. ikke ført til lovforslag, men indeholder forslag til ændring af Lov om Lønmodtagernes Garantifond således, at der også kan foretages udbetalinger fra Lønmodtagernes Garantifond også under rekonstruktion. Reglerne kunne føre til en væsentlig forbedring af forholdene for de ansatte, og samtidig forøge mulighederne for rent faktisk at få gennemført nogle rekonstruktioner i virksomheder, der er i drift med medarbejdere osv.

Udfordringerne kan illustreres med nedenstående case.

2.1. Case 1 – Delvis urentabel drift - Medarbejdere

Et dansk driftsselskab ejet af en europæisk koncern med nu 300 medarbejdere. Selskabet havde selv opsagt 200 medarbejdere fra ca. midt på året. Omkring medio november var likviditeten ved at være

opbrugt. De sidste af de opsagte medarbejdere var ikke fratrådt endnu. Virksomheden var organiseret i forskellige afdelinger. Særligt den ene afdeling var ikke længere tidssvarende og kunne i løbet af kort tid forventes helt udkonkurreret af nye digitale løsninger på markedet. Disse digitale løsninger blev tilbudt i nye afdelinger af samme virksomhed. Disse nye afdelinger var delvist under opbygning og udvikling og kunne endnu ikke opveje nedgangen i omsætning inden for den traditionelle service. Alle aktiviteter var i samme juridiske selskabsenhed. Selskabet havde i længere tid været finansieret af dets moderselskab og koncern, som også var selskabets væsentligste kreditor.

Trods interne omstruktureringer og reduktion i medarbejderstaben blev økonomien ikke genoprettet, og selskabet havde månedligt behov for yderligere betydelig kapital for at kunne fortsætte driften. Dette gjaldt i særdeleshed til betaling af lønninger, men generelt set betalte selskabet nogenlunde sine kreditorer til forfaldstid – eller lidt senere. Opsigelsen af de 200 personer tidligere på året viste sig ikke at være en tilstrækkelig reduktion i medarbejderstaben for at få en rentabel drift og nedlukke den forældede aktivitet. Selskabet havde to lejemaal i hhv. hovedstadsområdet og Århus med forholdsvis lang tids uopsigelighed, og selskabet rådede efter opsigelserne over langt mere plads, end der var behov for. Ejerselskaberne ønskede at stoppe den løbende tilførsel af midler, men var som sådan ikke interesseret i at afvikle aktiviteten i Danmark. Selskabets kunder bestod i betydeligt omfang af abonnementskunder, som løbende skulle have adgang til selskabets digitale løsninger. Og kundernes drift ville blive påvirket, hvis driften blev indstillet i det nødlidende selskab, idet de bl.a. hostede kundernes hjemmesider. Der var andre aggressive udbydere på markedet, som formentlig ville forsøge at overtage kunder ved driftsnedbrud. Selskabet havde adgang til en vis kontant likviditet i en bank uden modregningsadgang, men ikke tilstrækkeligt til en længere driftsperiode. Fordi selskabet havde været finansieret af koncernen var der ikke pant af betydning, og virksomhedens aktiver var i det store hele ubehæftede.

Med rekonstruktionsreglerne som trådte i kraft i 2011 blev det muligt at konkursregulere aftaler med bl.a. uopsigelighedsbestemmelser, idet det nu fremgår af konkurslovens § 12t, at skyldneren med rekonstruktørens samtykke kan opsigte aftaler om et vedvarende retsforhold med sædvanligt eller rimeligt varsel, selvom længere varsel eller uopsigelighed er aftalt. Dette er en af de materielle rekonstruktionsfremmende ændringer i forhold til de tidligere gældende regler om betalingsstandsning og tvangsakkord. I denne case kunne det vise sig endog meget nyttigt, da man

herved kunne komme ud af lejemålene med sædvanligt eller rimeligt varsel på 3-6 måneders leje. Dermed kunne denne del af omkostningssiden i virksomheden blive forbedret og medvirke til muligheden for en rekonstruktion.

Selskabet indeholdt både rentable og ikke rentable dele, og der var dermed god mulighed for at fortsætte aktiviteterne delvist. Dette kunne enten ske ved et moratorium med kreditorerne eller virksomhedsoverdragelse, evt. kombineret med moratorium. I denne situation ville udfordringen være at få dækning til alle medarbejderkrav, da en del af disse (ca. 200) allerede var opsagt og en del flere var tilknyttet den urentable del af driften. Selvom der faktisk var midler i selskabet, var der ikke nok til at betale alle lønmodtagerudgifter med det samme, da der så ikke ville være tilstrækkelig tilbageværende likviditet til at opretholde driften. Og et driftsnedbrud ville indebære kundetab, og dermed at virksomhedens værdi blev reduceret til værdien af brugt it-hardware og kontorinventar i stedet for going-concern værdier.

En rekonstruktionsplan kunne i denne case have gået ud på at opretholde driften i de levedygtige dele af virksomheden i en periode og derved holde på kunderne. Samtidig kunne der opsiges lejemål med konkursreguleret sædvanligt varsel og forsøgt fundet en eller flere købere til de sunde dele af virksomheden. Alternativt kunne driften være søgt tilrettet med nye mindre lokaler eller indskrænkelse af lejemålene, yderligere medarbejderreduktion m.v. Løsninger var der nok af.

Imidlertid var der mange af de 200 medarbejdere, som var opsagt inden rekonstruktionen, hvis opsigelsesperioder ikke var udløbet. Under en rekonstruktion ville selskabet endvidere kun kunne videreføre ansættelsesaftalerne med nogle af de uopsagte medarbejdere, og de resterende ville skulle opsiges og fritstilles. Dermed var der et ganske betydeligt antal medarbejdere, som reelt ikke ville få lønudbetaling under rekonstruktionen. Dette blev afgørende for ledelsen og ejerkredsen i den konkrete case. De kunne ikke leve med, at der ikke ville blive udbetalt løn ved udgangen af november – lige op til julemåneden. I denne situation var det flere hundrede medarbejdere, der drejede sig om, men problemstillingen er også relevant i langt mindre sager. Selv hvis man havde valgt at gå ind i en rekonstruktion i denne situation og dermed tvinge de opsagte medarbejdere til at vente på deres lønudbetalinger, så var vurderingen, at det meget muligt kunne give så meget ”støj” med så mange naturligt utilfredse medarbejdere, at det kunne have forstyrret de tilbageværende medarbejders motivation. Udover det moralske dilemma var der således også en reel risiko, at rekonstruktionen ville kuldsejle p.g.a. af manglende motivation/loyalitet fra de tilbageværende medarbejdere. Ledelsen og ejerkredsen (der som sagt var største kreditorer) så derfor ingen anden

udvej end at sende selskabet direkte i konkurs, hvorefter LG udbetalte lønnen fra udgangen af november til de opsagte og fritstillede ganske hurtigt.

3. Virksomhedspant i rekonstruktion

I dag har rigtig mange virksomheder stillet virksomhedspant til sikkerhed for deres lån i banken eller til andre finansierende kreditorer. Reglerne om virksomhedspant følger af tinglysningslovens § 47c, hvorefter indehaveren af en erhvervsvirksomhed kan underpantsette, hvad virksomheden ejer og fremtidig erhverver (virksomhedspant). Der er tale om et traditionelt flydende pant, som der løbende udskilles fra som led i regelmæssig drift, og hvor nye aktiver i de pantsatte kategorier gribes af det flydende pant. Et flydende pant kan omfatte følgende aktiv-typer: tilgodehavender fra salg af varer og tjenesteydelser, varelagre, ikke-indregistrerede køretøjer, driftsinventar og driftsmateriel, drivmidler, besætning, goodwill og andre immaterielle rettigheder, (samt indregistrerede køretøjer, hvis pantsætter er bilforhandler). Det betyder i relation til rekonstruktioner, at situationen meget ofte er, at der kun er ganske få aktiver, som ikke er pantsatte, som f.eks. koncerninterne mellemregninger (hvis værdi kan være særdeles tvivlsom, hvis en del af koncernen er i vanskeligheder) samt huslejedeposita, tilgodehavende moms eller likvider. Fast ejendom og biler er ofte behæftede på anden vis, selvom de ikke er omfattet af virksomhedspant.

Det følger af tinglysningslovens § 47f, stk. 2, at virksomhedspant, der er stiftet inden skifterettens beslutning om indledning af rekonstruktionsbehandling ikke omfatter aktiver erhvervet efter beslutningen. Dette betegnes normalt som at ”virksomhedspantet fryser”, når der indledes en rekonstruktionssag. Det betyder, at virksomhedspantet holder op med at være et flydende pant og derfor omfatter præcis de aktiver, der er i virksomheden i de pantsatte kategorier ved anmeldelsen af rekonstruktion.

Dette betyder i praksis, at hovedparten af en skyldners aktiver ved indledningen af en rekonstruktion ofte er virksomhedspantset til f.eks. skyldnerens bank. Det gælder f.eks. alle varer på varelageret og fakturatilgodehavender. Nye varer til varelageret, som købes hjem under rekonstruktionen, omfattes pga. frysingsreglen ikke af virksomhedspantet (med mindre der ydes nyt lån og stilles nyt virksomhedspant herfor). Der skal derfor føres nøje regnskab med, hvilke varer, der var på varelageret på frysningstidspunktet, og hvilke fordringer, der vedrørte ydelser, der var ydet ved rekonstruktionens indledning. Indledningen af rekonstruktion betyder også, at

virksomhedspanthaver er trådt til pantet, og dermed begynder realisationen af det. Under realisationen vil de indkomne beløb afgå på pantets ramme, som løbende nedbringes med indkomne beløb.

Rekonstruktionsreglerne giver i sin nuværende udformning ingen anvisning på, hvordan der skal forholdes med virksomhedspant under rekonstruktion. Bestemmelsen i konkurslovens § 12d om, at indledning af rekonstruktion ikke fratager skyldneren en ret til at udskille aktiver pantet, som bestod før rekonstruktionens indledning, gælder udtrykkeligt ikke for virksomhedspant. I rekonstruktioner med virksomhedspant, står man derfor i den situation ved indledning af rekonstruktionen, at virksomhedspantet er frosset og skal anvendes til dækning af virksomhedspanthavers sikrede krav og ikke til gennemførelse af rekonstruktionen.

Ofte vil den bedste løsning for kreditorer, medarbejdere, medkontrahenter - og i yderste instans også ejerne – imidlertid være at opretholde driften i virksomheden. Enten for at sælge virksomheden som igangværende, hvor prisen ofte er højest, eller for at skabe likviditet til et moratorium. Hvis driften i virksomheden fortsættes under rekonstruktionen, vil nye fordringer, der stiftes efter indledning af rekonstruktion, ikke være omfattet af virksomhedspantet, da dette som nævnt fryser ved indledningen af rekonstruktion. Nye fordringer kan derfor medgå til finansiering af den fortsatte drift, men ikke de oprindelige fordringer, der var stiftet ved rekonstruktionens indledning. Disse vil virksomhedspanthaver kunne kræve disse betalt til sig (direkte eller over panthaverregnskab).

Hvis virksomhedens drift fortsætter, og man derfor ønsker at forbruge af varelageret, som er omfattet af virksomhedspantet, skal der afregnes for den løbende brug af lageret til virksomhedspanthaver/panthaversagen. Denne relation er ikke reguleret i konkurslovens bestemmelser om rekonstruktion, og prisen og vilkårene for brugen af virksomhedspantsatte varelager, skal da forhandles og aftales mellem virksomhedspanthaver og skyldneren/rekonstruktøren.

Virksomhedspanthavers fokus vil og skal naturligvis være at opnå dækning for sin fordring via pantet, mens skyldner og rekonstruktør skal se på de samlede kreditorinteresser, naturligvis under respekt for den pantesikrede fordrings prioritet. Det er derfor ikke altid, at disse forhandlinger glider let og smertefrit.

Virksomhedspanthaver skal i øvrigt også sikre sig, at provenuet fra de virksomhedspantsatte aktiver rent faktisk sikres til virksomhedspanthaver. En virksomhedspanthaver har ikke pant i surrogater for de pantsatte aktiver, dvs. f.eks. et tilgodehavende mod en køber af aktiverne eller i de kontante midler, der måtte blive indvundet ved salg. Hvis disse beløb indbetales til skyldner eller rekonstruktør og indgår i selskabets/boets øvrige midler, f.eks. rekonstruktørens klientkonto eller skyldnerens almindelige konto, hvor øvrige indtægter fra driften indgår, risikerer virksomhedspanthaver at miste retten til beløbet, hvis rekonstruktionen senere ender med en konkurs. Virksomhedspanthaver skal derfor være varsom med at være for imødekommende.

Dertil kommer, at disse krumspring og overvejelser tidsmæssigt materialiseres på et tidspunkt, hvor skyldner og rekonstruktør har virkelig mange opgaver med at forsøge at redde virksomheden, sætte sig ind i dens forhold, bringe ro på leverandører og kunder, etablere en rekonstruktionsdrift med de udfordringer dette indebærer. Måske forhandles der samtidig om salg af virksomheden.

Der er også den meget afgørende udfordring, at hvis der er virksomhedspant med pant i fordringer (og varelager) eller fordringspant, vil den likviditet, som skyldneren i rekonstruktion vil få indbetalt i den første tid efter rekonstruktionens indledning være virksomhedspantsat og dermed skulle afregnes til virksomhedspanthaver. Denne pengestrøm kunne have været en væsentlig del af finansieringen af en fortsat drift, der i sidste ende kunne komme de samlede kreditorinteresser til gode og være medvirkende til bevarelse af værdier og arbejdspladser.

Det flydende pant i særligt varelager og fordringer adskiller sig fra f.eks. pant i fast ejendom derved, at man ikke kan afvente med at realisere disse dele af virksomhedens aktiver til hele virksomheden evt. sælges, hvis virksomheden er i drift. Fordringerne og varelageret realiseres ikke samtidig med samlet salg af driftsinventar og immaterielle rettigheder, og provenuet ved salg af disse aktiver kan derfor med de nuværende regler ikke forventes stillet til skyldnerens rådighed under en rekonstruktion.

I det omfang virksomhedspanthaver (som denne er berettiget til) ”sætter sig på” likviditeten fra de virksomhedspantsatte fordringer i begyndelsen af rekonstruktionen, kan det meget vel blive årsagen til at driften af virksomheden ikke kan opretholdes, da opretholdelse af drift forudsætter en vis likviditet til betaling af lønninger og andre omkostninger. Det kan derfor være nødvendigt at forsøge at træffe aftale med virksomhedspanthaveren om at relaksere nogle af fordringerne eller et bestemt beløb for at opretholde driften. Igen på et tidspunkt, hvor man som rekonstruktør burde

fokusere på andre udfordringer. Selv hvis virksomhedspanthaver – hvilket ofte er tilfældet – er grundlæggende positiv for en aftale i erkendelse af, at chancerne for at få fuld dækning er optimeret/afhængig af realisation af skyldnerens øvrige aktiver, så udgør den manglende klare retsstilling og behovet for omfattende opgørelse og aftaler en de-facto væsentlig barriere, som alt for ofte ender med et forsigtigt ”nej tak”.

Et alternativ kan naturligvis være at optage et lån til opretholdelse af driften. Et sådan lån optaget med samtykke fra rekonstruktøren vil være prioriteret som sekundært massekrav ved en efterfølgende konkurs, jf. konkurslovens § 94. Men her vil långiver, der ikke nødvendigvis er identisk med virksomhedspanthaver, ofte ønske at få en supplerende sikkerhed f.eks. i form af et nyt virksomhedspant eller transport i fordringer. Igen er der et tidsmæssigt aspekt her, da rammerne for en rekonstruktion ofte skal sættes op ganske hurtigt, ligesom der er omkostninger forbundet med etablering af nyt virksomhedspant til stempel mv. Hvis fordringerne opstår på baggrund af brug af virksomhedspantsat varelager, vil der også stadig skulle afregnes for varelageret til den oprindelige virksomhedspanthaver.

Alt i alt usikkerhed, bøvvl og ressourcetræk. Nuvel. Reglerne er ikke anderledes end i konkurs vil nogle måske indvende. Men udover at ambitionen for rekonstruktionsreglerne jo netop ikke var konkurs men redning, så er det også værd at bemærke, at der faktisk er en praktisk vigtig forskel, som gør virksomhedspant endnu sværere at håndtere i rekonstruktion. For selvom det i konkurs også gælder at pantet fryser (ved afsigelse af konkursdekret), så er der en afgørende forskel. For ser man på muligheden for at få tilført et lån til et konkursbo i drift, så vil et lån optaget af kurator i konkurs komme ind foran i prioritetsstillingen også før alle rekonstruktionsomkostninger, og kravet dermed blive et rent massekrav, jf. kl. § 93. Og det *ved* långiver ansporer kurator ganske godt til at sikre dækning for lånet (idet manglede dækning i yderste konsekvens kan medføre personligt ansvar for kurator).

Så ønsker man at styrke rekonstruktionsinstituttet og gøre det reelt muligt, mere simpelt og mindre omkostningstungt at rekonstruere ”levedygtige virksomheder” er det bydende nødvendigt at lovgiver forholder sig til virksomhedspantet og fastlægger klare og funktionelle spilleregler for håndtering af virksomhedspant under rekonstruktion. Den nuværende retsstilling hvor lovgiver har undladt stillingtagen er uholdbar. Det er et vanskeligt område og løsningen er ikke enkel. Men det kunne være oplagt at se på muligheden for at et virksomhedspant ikke nødvendigvis fryser ved indledning af rekonstruktion. Dermed gives virksomheden mere normale driftsbetingelser og

chancen for, at det er praktisk muligt at opretholde driften og dermed rekonstruere virksomheden i drift bliver alt andet lige betydelig forøget. Der må naturligvis i givet fald indarbejdes vilkår om, at det forudsætter opretholdelse af driften i nogenlunde samme omfang, sådan at der ikke bare er tale om en langsom afvikling af virksomhedspantsatte aktiver. For i så fald skal provenuet selvfølgelig tilfalde panthaver.

For at beskytte panthaver mod udvanding af pantet bør der skulle indgives særskilt anmodning til skifteretten om, at virksomhedspantet ikke skal fryse. Og det bør kun godkendes af skifteretten, hvis panthaver tiltræder eller det er meget klart, at virksomhedspantet ikke forringes urimeligt under drift i rekonstruktion, ligesom der skal være adgang til at få skifteretten til at beslutte frysning undervejs i rekonstruktionen. Samlet salg af pantsatte aktiver i rekonstruktion skal i forbindelse med virksomhedsoverdragelse vedtaget som rekonstruktionsforslag eller ved separat salg naturligvis også fortsat udløse frysning.

Med sådanne regler, ville nye fordringer opstået under rekonstruktionen blive omfattet af pantet, og nye varer indkøbt til varelageret under rekonstruktionen, ville blive grebet af pantet, og dermed ville realisationen af de virksomhedspantsatte aktiver ikke påbegyndes alene pga. indledningen af rekonstruktion. Hvis driften opretholdes i væsentligt samme omfang som tidligere, vil værdien af virksomhedspantet kunne holde sig nogenlunde stabilt i løbet af rekonstruktionen indtil evt. samlet salg af aktiver. Virksomhedspanthavers stilling kan sikres nogenlunde ved, at nye fordringer opstået som led i driften i rekonstruktionen omfattes af pantet og nye varer indkøbt under rekonstruktionen omfattes af pantet i stedet for fordringer og varelager-status pr. indledning af rekonstruktion og med en høringsret, som sikrer indsigelse ved bekymring for udvanding af pant.

Udover at sikre klare spilleregler ville en sådan løsning også lette rekonstruktionen rent administrativt, idet der ikke ville være behov for at foretage optælling af pantet ved indledningen af rekonstruktionen, og dermed ikke behov for at bruge helt så meget tid på at holde nye og ”gamle” varer adskilt på varelageret. Der vil heller ikke være behov for at afregne fordringer til virksomhedspanthaver og holde særskilt regnskab med indkomne fordringer. Dermed vil omkostningerne til forhandlinger og løbende administration under rekonstruktionen i det hele taget blive mindre. Det lyder muligvis banalt. Men i den virkelige verden, er omkostningsniveauet kombineret med udsigten til at skulle navigere i et administrationstungt og usikkert/ureguleret helvede ofte udslagsgivende på balancevægten. Konkurs er ofte bare lettere, billigere og mere sikkert. Og det er ærgerligt.

3.1. Case 2 – Virksomhedspant i produktionsvirksomhed

En dansk produktionsvirksomhed har stillet virksomhedspant til sikkerhed for sin gæld til banken. Gælden er samlet på DKK 20 mio., men virksomhedspantet er kun på DKK 5 mio. Der er en kassekredit og et erhvervslån. Der er tilstrækkelig luft på kassekreditten til at der faktisk kan trækkes kr. 200.000 yderligere. Selskabet har mistet sin største kunde og derfor over de seneste måneder tabt en betydelig del af omsætningen. Der er for mange ansatte til det nuværende aktivitetsniveau, og driftsresultaterne for hver måned er negative.

Det er en produktionsvirksomhed, som har et varelager og nogle af produkterne forarbejdes lidt eller pakkes sammen og sælges. Varerne sælges til en række mere eller mindre faste kunder, og de har en kredittid på løbende måned plus 60 dage på alle fakturaer. En del af varerne på lageret er utidssvarende. Virksomhedens lejemaal er også for stort i forhold til den reducerede aktivitet.

En rekonstruktionsplan kunne gå ud på, at drifte under rekonstruktion og afvikle den utidssvarende del af lageret ved udsalg/kampagner, tilskære omkostninger samtidig med at opretholde normal drift på kurante varer, samt søge at få en tvangsakkord, evt. kombineret med salg af virksomheden under rekonstruktionsperioden.

Banken har ikke opsagt lånene før rekonstruktion, men ønsker ikke at bidrage med yderligere likviditet til rekonstruktionen. Banken vurderer, at værdien af pantet på tidspunktet, hvor der skal besluttes rekonstruktion eller konkurs svarer til det tinglyste beløb og forventer ikke at kunne opnå dækning til den usikrede del af fordringen på ca. kr. 15 mio. ved at bidrage med yderligere likviditet pga. medarbejderkrav.

I denne situation vil skyldneren ikke kunne trække yderligere på kassekreditten efter indledning af rekonstruktion med mindre det aftales med banken og godkendes af rekonstruktøren. De fordringer, der er udestående pr. indledning af rekonstruktion og dermed omfattet af virksomhedspantet, er allerede udsendt til kunderne flere uger inden rekonstruktion indledes, og vil dermed vil skulle afregnes til virksomhedspanthaver, idet pantet fryser ved indledning. På varelageret vil der skulle holdes nøje regnskab med og etableres fysisk adskillelse af den del, der var til stede på lageret ved rekonstruktionens indledning og nye varer, som indkøbes under rekonstruktionen.

Hvis man under rekonstruktionen vil sælge nye og gamle varer fra lageret sammen, skal nye fordringer fordeles mellem virksomhedspanthaver og skyldnerens frie aktiver, ligesom

virksomhedspanthaver skal bidrage med en andel af driftsudgifterne til lønmodtagere, husleje, strøm mv. som en omkostning ved realisation af pantet. Det vil blive et indviklet regnestykke og omkostningerne til en millimeter-retfærdig fordeling og afregning kan blive betydelige. Samtidig vil virksomhedens medarbejdere skulle instrueres meget klart i at holde varerne klart adskilt på lageret, og der skal føres tilsyn hermed, og nøje regnskab med afregning af pantsatte og ikke pantsatte varer.

I denne situation kunne det have været et langt billigere alternativ at lade frysning af pantet afvente til salg af virksomheden. Udfordringen bliver naturligvis, hvis omsætningen under rekonstruktion går væsentligt ned, så der bruges mere af pantet på de samlede kreditorer, end der kommer til af nye aktiver under pantet. I mange scenarier vil omkostningsbesparelsen sammenholdt med de forøgede muligheder for at rekonstruere virksomheden eller opnå samlet salg i drift via en opretholdelse af pantets flydende karakteristika imidlertid til fulde opveje denne risiko. Og risikoen for u hensigtsmæssige og urimelige forskydninger mellem værdien af pantsatte og ikke pantsatte aktiver må som nævnt kunne håndteres med nogle gennemtænkte accept og bremsnings-mekanismer. Det mindste krav må dog være en stillingtagen fra lovgivers side, idet den nuværende situation, hvor dette er overladt til individuel forhandling er alt for tidskrævende, usikker og ikke fungerer.

4. Virksomhedsoverdragelse

Rekonstruktion gennemført via en samlet overdragelse af virksomheden til en ny selskabsskal er meget ofte den løsning, som gennemføres i praksis. Enten som ”drop down” af virksomheden i et datterselskab og senere salg af aktierne heri eller som direkte aktivsalg med enkelte vedhængende forpligtelser i form af medarbejderkrav og reelt pantesikrede krav. Dette var også en ofte brugt fremgangsmåde under den tidligere proces med betalingsstandsning. Da virksomhedsoverdragelse blev indarbejdet som en mulig rekonstruktionsmulighed i rekonstruktionsreglerne, forekom det derfor fornuftigt og godt. Men, men... virkeligheden er anderledes. Det følger nu af konkurslovens § 10, at en rekonstruktion enten kan bestå i en akkord eller virksomhedsoverdragelse eller begge dele. Imidlertid er det samtidig fastsat, at virksomhedsoverdragelse kun kan vedtages som *led i* vedtagelsen af et rekonstruktionsforslag, jf. konkurslovens § 12, stk. 2.

Det betyder, at rekonstruktionsprocessen er således, at der først skal anmeldes rekonstruktion og udarbejdes en rekonstruktionsplan, som udsendes til kreditorerne og behandles på et møde i

skifteretten. Hvis rekonstruktionsplanen ikke vedtages af kreditorerne på skiftesamlingen erklæres skyldneren konkurs, da rekonstruktionsreglerne bygger på et ”ingen vej tilbage” princip med mindre skyldneren er solvent og konkursbetingelserne dermed ikke (længere) er opfyldt. Kun hvis rekonstruktionsplanen vedtages af kreditorerne skal det egentlige rekonstruktionsforslag udarbejdes, og heri skal være indeholdt et punkt om virksomhedsoverdragelse, hvis dette er en del af rekonstruktionen.

Og dermed er det ikke gjort. Et rekonstruktionsforslag skal ligeledes vedtages af kreditorerne på et møde i skifteretten. Mødet skal afholdes senest 6 måneder fra rekonstruktionsplanen er vedtaget på en skiftesamling (med mulighed for forlængelse). Dog er der ikke noget til hinder for, at man behandler rekonstruktionsplan og rekonstruktionsforslag på samme møde i skifteretten, hvis det i den konkrete sag er muligt at få afsluttet processen. I nogle situationer er der allerede fra begyndelsen identificeret en køber.

Men selvom man har en pakkeklar løsning, så er det ikke nok. Rekonstruktøren skal så vidt muligt også sende rekonstruktionsforslaget og en række andre oplysninger til samtlige kendte kreditorer og skifteretten senest 14 dage før mødet i skifteretten. Og skifteretten skal inden samme frist indrykke annonce med indkaldelse til skiftesamling i Statstidende.

De oplysninger, som skal udsendes til kreditorerne vedrørende virksomhedsoverdragelsen er: overdragessummen, oplysninger om hvilke aktiver, passiver og gensidigt bebyrdende aftaler, som overdrages og oplysning om køberen af virksomheden. Det er alle relevante og vigtige oplysninger, som man kan mene skal være til stede for at sætte kreditorerne i stand til at vurdere, om de kan tiltræde rekonstruktionsforslaget.

Problemet i praksis er imidlertid, at virksomhedsoverdragelsesaftalen dermed i realiteten skal være forhandlet mere eller mindre endeligt på plads mindst en måned før køber kan få at vide endeligt, om aftalen godkendes, dvs. om rekonstruktionsplanen bliver vedtaget på skiftesamlingen. Som rekonstruktør vil man som oftest have haft en dialog med hovedkreditorerne, om en virksomhedsoverdragelsesaftale kan godkendes længe inden afstemningen i skifteretten for på den måde både at give skyldneren, køberen og rekonstruktøren en nogenlunde klar indikation af, om rekonstruktionsforslaget inkl. virksomhedsoverdragelsesaftale kan forventes vedtaget. Men sådan er det ikke altid. Og aftalemæssigt og juridisk er der et ”limbo” imellem forhandlingerne og det tidspunkt, hvor overtagelsen kan være endelig. Altså medmindre man som rekonstruktør har is i

maven og vælger blot at ”køre over for rødt” og gennemføre virksomhedsoverdragelsesaftalen. Det er nemlig ikke en gyldighedsbetingelse for virksomhedsoverdragelsesaftalen at proceduren er overholdt. Det er dog at foretrække, hvis reglerne kunne indrettes til at matche de reelle udfordringer, der er med rekonstruktionerne, snarere end at ansøre til sådanne nødløsninger.

Da likviditeten ofte er særdeles stram, og da køber naturligvis gerne vil overtage hurtigst muligt og få virksomhedens drift normaliseret, herunder kunne undlade rekonstruktørens samtykke til væsentlige dispositioner, kommunikere om overdragelsen til kunder, leverandører og omverdenen m.v., er det ikke særlig hensigtsmæssigt, at virksomhedsoverdragelsesaftalen ikke kan gennemføres endeligt, før mødet i skifteretten har været afholdt.

Og jo, man kan selvfølgelig lave forskellige aftaleretlige modeller, hvor man overdrager inden skiftesamlingen og har godkendt rekonstruktionsforslaget med bestemmelser om tilbageførsel af virksomheden, hvis aftalen ikke godkendes. I så fald skal der også være nogle principper for opgørelse af omkostninger og indtjening i en driftsperiode i købers regi inden aftalen er endelig, og det kan give anledning til en del drøftelser og overvejelser. Det lever rådgiverne nok med, men det bliver bare en langt mere kompliceret aftale end nødvendigt, og alle disse forskellige geværgreb for at få virkeligheden til at passe ind i rekonstruktionsreglerne er ikke hensigtsmæssige. Det er fordyrende, tager tid og virker ikke fremmende for gennemførelse af rekonstruktioner.

I de hidtidige regler om betalingsstandsning (den dagældende konkurslovs § 15, stk. 4) var der også indbygget en særlig godkendelsesproces for ”særligt væsentlige dispositioner”. Systemet var sådan, at det beskikkede betalingsstandsningstilsyn skulle have forelagt og godkendt alle ”væsentlige dispositioner”, som skyldneren ville foretage under betalingsstandsningen. ”Særligt væsentlige dispositioner” skulle samtlige fordringshavere underrettes om, før de blev gennemført, medmindre dispositionen var nødvendig til bevarelse af skyldnerens virksomhed, rimelig varetagelse af fordringshavernes fælles interesser i øvrigt eller erhvervelsen af dagliglivets fornødenheder. Blandt de ”særligt væsentlige dispositioner” blev regnet virksomhedsoverdragelsesaftaler, men der var dog en ventil for at gennemføre et salg, hvis det i situationen var nødvendigt af hensyn til varetagelse af fordringshavernes samlede krav.

Her kunne man nok forestille sig, at en virksomhedsoverdragelsesaftale på fordelagtige vilkår for kreditorerne i særlige tilfælde kunne falde. Men det krævede selvfølgelig, at skyldner inklusive dens ledelse og tilsynet havde mod på at tage beslutningen og stå på mål for evt. kritik af vilkårene og

prisen efterfølgende. Dommen refereret i UfR 2005.2323 Ø viser, at der godt kunne opstå kritik af overdragelser gennemført under betalingsstandsning uden forelæggelse for kreditorerne.

Så normalt fungerede betalingsstandsningsreglerne sådan i praksis, at når virksomhedsoverdragelsesaftalen var på plads (dog også dengang betinget af, at der ikke fremkom indsigelser under forelæggelse for kreditorerne) blev der udsendt en skriftlig orientering til kreditorerne om dispositionen og hovedkonsekvenserne for kreditorernes dækning. Forelæggelsen blev udsendt pr. brev og indeholdt en beskrivelse, som langt hen ad vejen svarer til det, som rekonstruktionsforslaget skal indeholde vedrørende virksomhedsoverdragelsesaftalen.

Lovens system var således, at hvis fordringshavere, der repræsenterede mere end 25% af de kendte usikrede fordringshavere gjorde indsigelse, måtte dispositionen kun gennemføres, hvis et flertal af de fremmødte fordringshavere på et møde hos tilsynet stemte for dispositionen. Dette møde blev indkaldt samtidig med underretningen. Fordringshaverne fik typisk 5-7 dage til at gøre indsigelse mod dispositionen, hvilket betød, at overdragelsen kunne blive endelig på ca. 1 uge fra aftalens indgåelse. Denne tidsramme var dermed noget kortere end processen under de nugældende regler.

Det følger af den nugældende konkurslovs § 13b, at et rekonstruktionsforslag ud over vilkårene for en evt. virksomhedsoverdragelse skal indeholde forskellige oplysninger af økonomisk karakter, som f.eks. oversigt over skyldnerens aktiver og værdien af de enkelte aktiver, oplysninger om skyldnerens pantsatte aktiver, friværdis, samlede passiver opdelt i konkursordenen, anslået dividende i tilfælde af konkurs og forløbet af samarbejdet med skyldneren. Denne information ville normalt også være indeholdt i en forelæggelse af en virksomhedsoverdragelsesaftale for kreditorerne under betalingsstandsning eller allerede fremgå af tidligere udsendte kreditororienteringer. Herudover skal rekonstruktør og tillidsmand under de nuværende rekonstruktionsregler imidlertid også udtale sig om status og sammenhængen til tidligere regnskabsoplysninger i årsrapporter samt afgive en erklæring om, hvorvidt rekonstruktionsforslaget efter deres skøn er rimeligt og frembyder en tilstrækkelig betryggelse for forslagens opfyldelse. Endelig skal der i rekonstruktionsforslaget også være oplysninger om, hvorvidt der er foretaget omstødelige dispositioner, om der er ansvarspådragende forhold for skyldneren, og om der er forhold, som vil kunne begrunde konkurskarantæne.

Det er ofte en ganske hektisk proces, når der skal indgås virksomhedsoverdragelsesaftale, og det vil ganske enkelt være en stor fordel at kunne håndtere virksomhedsoverdragelsesaftalen separat. Det

er naturligvis klart, at det kan synes optimalt for kreditorerne at få et samlet overblik over alle værdier, hidtidigt forløb, m.v. samtidig med virksomhedsoverdragelsesaftalens vilkår, da de så bedre kan forholde sig til, om overdragelsesvilkårene samlet set er rimelige. Men nu er ”nice” to have ikke nødvendigvis hverken ”need” eller ”best” to have.

Den tunge proces under rekonstruktionen og det lange tidsperspektiv for indgåelse af endelig aftale med særligt eksterne købere betyder nemlig, at indenretlige rekonstruktioner ikke er så operationelle, som de kunne være. Det virker hindrende på anvendelsen af rekonstruktionsinstituttet, da det ofte opfattes som mere smidigt med en konkurs, hvor kurator strengt taget kan tage egenhændig beslutning om salg af virksomheden. For selvom kurator som oftest vælger at drøfte overdragelsen med hovedkreditorer og panthavere og dermed sikre sig den fornødne opbakning til fremgangsmåde, så kan dette gøres væsentligt hurtigere og billigere under konkurs på grund af de manglende formalitets- og procesregler.

I mange tilfælde vil man også begynde med at lægge driften af virksomheden ind i et nyt selskab ejet af det nødlidende selskab for dermed at ”pakke” en velfungerende virksomhed, som senere kan sælges. Denne nedskydning af aktivitet vil også ofte skulle gennemføres som virksomhedsoverdragelse og dermed kræve at blive vedtaget af kreditorerne som led i rekonstruktionsforslag. Men ofte er der behov for at gennemføre dette samtidig med anmeldelsen af rekonstruktionen. Ellers skal det gøres inden og dermed med risiko for omstødelse og uden transparens for kreditorerne før den evt. er gennemført.

Det må derfor konstateres, at sammensmeltningen af de hidtidige regler om betalingsstandsning og tvangsakkord til nugældende rekonstruktionsregler har gjort virksomhedsoverdragelse tungere at gennemføre. Processen er ikke så vanskelig at håndtere for personlige skyldnere, ejendomsselskaber og holdingselskaber, hvilket måske forklarer, hvorfor rekonstruktionsreglerne anvendes mere i denne typer af virksomheder end forventet.

Med nutidens muligheder for digital kommunikation synes fremgangsmåden med fremsendelse af post, lange redegørelser og møde i skifteretten med afstemninger og gentagne drøftelser af krav størrelser, værdien af pant og dermed de enkelte kreditors stemmeret i øvrigt også unødigt tung og utidssvarende.

En mere effektiv proces kunne opnås, hvis der kunne kommunikeres digitalt med fordringshaverne, f.eks. ved at etablere et virtuelt datarum, hvor diverse økonomiske redegørelser og statusopgørelser kunne uploades, så kreditorerne kunne tilgå disse digitalt. Det ville være langt mere effektivt og omkostningsbesparende. De fleste af nutidens virtuelle datarum indeholder udmærkede features, som vil kunne anvendes af kreditorerne til at stille spørgsmål og meddele deres samtykke eller indsigelse digitalt. Tilsvarende bør der åbnes op for, at gældbog eller i hvert fald samlet oversigt over fordringshaveres krav og værdi af sikkerhed og dermed stemmeberettigede krav, kan meddeles de enkelte kreditorer pr. mail og være tilgængeligt i et virtuelt datarum, dog sådan at skifteretten kan anmodes om at fastsætte stemmeret, hvis der er tvist.

De sager, hvor der opnås de bedste priser på nødlidende virksomheder, er de sager, hvor det er lykkedes at få salgsprocessen til at ligne en normal ikke-nødlidende transaktion mest. Derfor er det vigtigt, at sælger kan agere nogenlunde som en ”normal” sælger, men dog naturligvis således, at fordringshaverne, som sidder med den reelle økonomiske interesse i udfaldet, får lejlighed til at vurdere og ytre sig. Den balance var bedre udtrykt i de gamle betalingsstandsningsregler, som derfor med fordel kunne gen-introduceres i en opdateret version, som afspejler den digitale udvikling.

Konkursrådets Betænkning nr. 1555/2015 vedrørende Ansattes retsstilling under insolvensbehandling indeholder et forslag til indførelse af en ny bestemmelse i konkursloven, som skal give mulighed for at løsrive virksomhedsoverdragelsesaftale fra selve rekonstruktionen og gennemføre virksomhedsoverdragelse med samtykke fra rekonstruktøren og efter forudgående forelæggelse for kreditorerne med et regelsæt, som kan minde om betalingsstandsningsreglerne.

Ifølge forslaget skal der kunne gennemføres virksomhedsoverdragelse, hvis det skønnes hensigtsmæssigt for bevarelse af værdien af skyldnerens virksomhed og hvis der ikke fremkommer indsigelse mod overdragelsen fra et flertal af fordringshaverne inden 5 dage fra afsendelsen af orientering om overdragelsen til fordringshaverne.

Det foreslås samtidig, at der alene skal udsendes de oplysninger, som skal sendes sammen med rekonstruktionsplanen. Det betyder, at der bl.a. ikke skal være gennemført omstødelsesundersøgelser som under de nugældende regler.

Imidlertid går forslaget ud på, at processen med separat virksomhedsoverdragelse kun kan gennemføres med den hurtige proces, hvis det sker inden vedtagelse af rekonstruktionsplanen, dvs. ca. 4 uger efter indgivelse af rekonstruktionsbegæringen til skifteretten. Denne del af forslaget forekommer ikke er hensigtsmæssig. Der er behov for at kunne gennemføre virksomhedsoverdragelse igennem hele processen i rekonstruktionen således at aftalen kan indgås, når den rigtige køber med den rigtige pris er til stede. Det vil derfor være en forbedring med en regel som den, der foreslås af Konkursrådet, men således at den udstrækkes til at gælde under hele rekonstruktionen.

Hvis en sådan mulighed for at gennemføre en virksomhedsoverdragelse separat havde eksisteret, kunne case 2 med produktionsvirksomheden, ud fra en umiddelbar betragtning have været klaret med en rekonstruktion. I eksemplet var pantthaver indforstået med virksomhedsoverdragelse og den pris der kunne opnås ved nedskydning i datterselskab, og alle de aktiver, som blev overdraget var omfattet af virksomhedspantet. Samtidig var der en fornuftig dialog med kreditorerne, og med realisation af de aktiver, som ikke blev overdraget med virksomhedsoverdragelsesaftalen var der også udsigt til en vis dækning til lønmodtagerkrav. Men, men. Der kunne ikke ventes dækning til simple krav efter der var effektueret opsigelser af den nødvendige del af medarbejderne, hvilket førte til endnu en u hensigtsmæssighed i lovgivningen – nemlig stemmereglerne.

5. Stemmeregler for vedtagelse af rekonstruktionsforslag – og i det hele taget

Med de nugældende regler for stemmeret vedrørende rekonstruktionsforslag, er retsstillingen forskellig alt efter, om et rekonstruktionsforslag indeholder bestemmelser om akkord eller ej.

Hvis et rekonstruktionsforslag ikke indeholder bestemmelse om akkord, men kun virksomhedsoverdragelse, og dermed indebærer, at skyldneren vil blive erklæret konkurs efter overdragelsen (med mindre denne giver fuld dækning til alle krav) følger stemmeretten de almindelige regler om stemmeret i konkurslovens §§ 120, 121 og 123, stk. 3, jf. § 13 d, stk. 2. Det betyder, at det kun er de fordringer, som vil modtage (delvis) dækning til deres krav, som kan stemme. I case 2 betyder disse stemmeregler, at virksomhedspanthaver og absolut største kreditor ikke ville have stemmeret på skiftesamlingen for vedtagelse af virksomhedsoverdragelse med sit udækkede simple krav, idet købesummen for ikke-pantsatte aktiver og realisationsværdien af ikke-

pantsatte aktiver indebar, at der kun ville blive delvis dækning til lønmodtagerkrav i medfør af § 95, hvormed der ikke ville blive dividende – og dermed stemmeret – til simple krav.

Hvis et rekonstruktionsforslag imidlertid også indeholder forslag om akkord (og evt. også virksomhedsoverdragelse), så følger det af konkurslovens § 13d, at fordringer der berøres af akkorden uden at bortfalde giver stemmeret. Det betyder, at simple krav har stemmeret i den situation, og virksomhedspanthaver i case 2 dermed ville have stemmeret for sit betydelige simple krav. Dette fremgår bl.a. af afgørelsen refereret i UfR 2017.89H, hvor Højesteret som præmis for afgørelsen fastslår, at de fordringer, som berøres af akkorden, er dem der ikke er nævnt i konkurslovens § 10a, stk. 2 og 3 – dvs. de krav som ikke kan akkorderes, nemlig medarbejder krav og pantesikrede krav i det omfang pantet strækker til. Dermed har simple krav stemmeret, hvis overdragelsen kombineres med en akkord. I case 2 ville det dog ikke være muligt at lave et rekonstruktionsforslag der bestod i både virksomhedsoverdragelse og akkord, da der kun kunne blive delvis dækning til lønmodtagerkrav i medfør af § 95, og disse ikke kan akkorderes. Hvis et rekonstruktionsforslag indeholder bestemmelse om det, skal skifteretten nægte at stadfæste dette, jf. konkurslovens § 13e, stk. 3, nr. 2.

I case 2 bibragte stemmereglerne derfor heller intet incitament for virksomhedspanthaver og største kreditor til at vælge rekonstruktion over konkurs, idet virksomhedspanthaver i begge scenarier ville blive underlagt konkursstemmereglerne. Tværtimod gav konkursvejen mere mening, idet stemmereglerne her ville blive bragt i anvendelse på tidspunktet for kuratorvalg og dermed på et tidspunkt, hvor overdragelsesvilkår og –pris endnu ikke havde materialiseret sig med manglende dækning til simple krav og dermed manglende stemmeret til følge. Med en direkte konkurs i stedet for en rekonstruktion kunne virksomhedspanthaveren dermed i det mindste sikre sig indflydelse på udpegning af kurator og en fornuftig dialog med denne omkring overdragelsesvilkår frem for at gå ind i en lang og omstændelig rekonstruktionsproces, hvor virksomhedspanthaveren ikke ville have stemmeret ved salg af virksomheden.

Heller ikke stemmereglerne er derfor fremmende for rekonstruktionsløsninger. Noget andet er så, at stemmereglerne også er utidssvarende og urimelige i konkurs. Vi lever i en virkelighed, hvor hovedreglen er, at langt størstedelen af virksomheders mest værdifulde aktiver er pantsat. Dette særligt efter indførelsen af virksomhedspantet og i særdeleshed, når vi taler om nødlidende virksomheder. Det er dermed også panthaverne, der som oftest har den ultimativt største interesse i rekonstruktionen af en virksomhed (eller realisation af virksomhedens aktiver under konkurs). Det

forekommer derfor helt utidssvarende, at denne kreditorgruppe i det store og hele sættes uden for indflydelse, når det kommer til afstemningsspørgsmål. Særligt fordi de fleste løsninger jo i sidste ende alligevel vil forudsætte, at panthaver er villig til at kvittere sit pant, hvorfor panthavers holdning og ønsker under alle omstændigheder skal håndteres af rekonstruktør og kurator.

6. Opsummering

Overordnet set er der to tilbagevendende udfordringer med at gennemføre succesfulde indenretlige rekonstruktioner; Den ene er, at skyldnerne venter for længe med at få gjort noget ved problemerne og at manøvrerummet for at lave de nødvendige ændringer dermed er forpasset. Det kan vi opdrage på. Den anden er lovgivningen. Og den kan vi ændre.