

Notat

Til: Orion Forlag AS v/styreleder

18.11.2009

Cc:

Ref: Tom Sjuve/Joakim M. Hovet

Fra: Adv. Joakim M. Hovet

Orion Forlag AS - nedbetaling av pantesikret lån

1. Kort om faktum

En rekke kreditorer har ytet lån med pantesikkerhet til Orion Forlag AS ("Selskapet"). Per 30. september 2009 er det i regnskapet registrert følgende lån med pantesikkerhet iht. aksjeoverdragelsesavtale av 7. juli 2008:

- Første prioritetslån fra Sparebank 1 på til sammen kr 3 509 219,73.
Det totale lånet består av kassekreditt på kr 2 071 700,72 og lån på kr 1 437 519.
Banken har pantesikkerhet i driftstilbehøret i sin helhet, varelageret i sin helhet og enkle krav.
- Annen prioritetslån fra Jan Hervig og John Bilek, hver kr 250 000.
Hervig og Bilek har pantesikkerhet i varelageret i sin helhet og enkle krav.
Lånet forfaller til betaling 30. juni 2010 iht. inngått låneavtale.
- Tredje prioritetslån fra Media Bergen AS på kr 2 000 000.
Bergen Media AS har pantesikkerhet i varelageret i sin helhet og enkle krav.
Lånet forfaller til betaling 30. juni 2010 iht. inngått låneavtale.
- Fjerde prioritetslån fra Jan Hervig og John Bilek, hver kr 372 500.
Hervig og Bilek har pantesikkerhet i varelageret i sin helhet og enkle krav.
Lånet forfaller til betaling 30. juni 2010 iht. inngått låneavtale.

I tillegg er det en rekke øvrige kreditorer i selskapet. Disse har imidlertid ikke pantesikkerhet for sine krav.

Ifølge Hervig og Bilek er aksjonærene i Selskapet enige om at fjerde prioritetslånet er forfalt til betaling, da dette lånet opprinnelig stammet fra et tidligere låneforhold og før inntreden av Bergen Media AS som aksjonær.

Selskapet er i en svært vanskelig økonomisk situasjon, med svak likviditet. Som følge av dette har Selskapet innført alminnelig betalingsstans i brev til kreditorene den 17. september 2009. Etter det opplyste kan det være en reell fare for at selskapet vil måtte begjære oppbud i første halvår 2010.

2. Kort om problemstillingen

Spørsmålet som ønskes vurdert, er hvorvidt Hervig og Bilek i nåværende situasjon kan få innfridd sine lån på totalt kr 745 000 som er pantsikret på fjerde prioritet i varelageret og de utestående fordringene.

I vår vurdering legges det til grunn at Hervig og Bilek er nærstående til Selskapet, da Hervig og Bilek er aksjeeiere i Selskapet med hhv 19,17 og 18,33 prosent av aksjekapitalen.

3. Vår foreløpige vurdering

3.1 Betydningen av innført betalingsstans

Vi forutsetter at Orion Forlag AS ikke går konkurs, men at selskapet opprettholder det som kalles alminnelig betalingsstans, inntil selskapets økonomi forbedrer seg.

Spørsmålet er om betaling av uforfalt lån til Hervig og Bilek er forhindret som følge av at selskapet har innført og kommunisert en generell betalingsstans overfor sine kreditorer.

Betalingsstans er i utgangpunktet en selvpålagt restriksjon fra selskapets side. Et brudd på betalingsstansen, eller et avvik fra denne, vil ikke nødvendigvis være ulovlig i seg selv.

I vurderingen av om Selskapet skal innfri fjerde prioritetslånet til Hervig og Bilek, vil et viktig vurderingstema være hvorvidt Hervig eller Bilek har full pantsikkerhet for sitt fjerde prioritetslån på oppgjørstidspunktet. Dersom gjelden uomtvistelig er fullt ut sikret med pant i varelager og utstående fordringer, vil en slik innfrielse være mindre problematisk enn der sikkerheten er mer tvilsom.

Selskapet bør uansett også ta hensyn til om man vil kunne utsette seg for kritikk fra både aksjonærer og kreditorer, hvis Selskapet nedbetaler fjerde prioritetslånet til Hervig og Bilek, og spesielt hvis en slik innfrielse er før lånets forfallsdato. Det må i denne sammenheng vektlegges at de to aksjonærene både hver for seg og samlet, har en betydelig eierpost i selskapet, samtidig som Bilek er daglig leder i selskapet. Videre vil Selskapet øke risikoen for at enkelte kreditorer, som er rammet av betalingsstansen, vil fremme oppbudsbegjæring fordi man er redd for at Selskapet forfordeler kreditorene.

Det er også et relevant spørsmål om Orion Forlag AS, som følge av den kunngjorte betalingsstansen, uten videre kan anses å være *insolvente*, eller er i ferd med å bli det. Det følger av konkursloven § 62 at dersom en skyldner har innført betalingsstans, er det *presumsjon for* at skyldneren er insolvent. Dette innebærer at insolvens i alminnelighet antas å foreligge, og at enkeltforfølgende kreditor på et hvilket som helst tidspunkt kan begjære selskapet konkurs jf kkl 61 og 62. Det vil i så fall være opp til selskapet å bevise at det allikevel er *solvent*. Ved å utbetale fjerde prioritetslånet vil man utvilsomt svekke Selskapets likviditet, og således gjøre det vanskeligere å dokumentere solvens. Dersom selskapet ikke kan føre bevis for at man er solvent, vil konkurs kunne bli åpnet og betalingene vil kunne rammes av en rekke rettsregler, jf punkt 3.2. og 3.3 nedenfor.

3.2. Betydningen ved eventuell konkurs

Vi forutsetter her at Hervig og Bileks fjerde prioritetslån blir nedbetalt i sin helhet, og at selskapet på senere tidspunkt blir begjært konkurs. Spørsmålet er om en betaling til pantaverne Hervig og Bilek kan rammes av dekningslovens regler om omstøtelse.

3.2.1 Objektiv omstøtelse

Deknl § 5-5 hjemler omstøtelse av *ekstraordinær* betaling av gjeld. Dersom som skyldneren (les Selskapet) har foretatt en betaling senere enn tre måneder før frisdagen (les konkursåpning), vil dette kunne omstøtes hvis betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær.

Dersom slik betaling er foretatt overfor skyldnerens nærstående, vil omstøtelsesfristen utvides til to år, jf § 5-5 annet ledd. Det legges til grunn at Bilek og Hervig er nærstående i relasjon til denne bestemmelsen.

Utgangspunktet for vurderingen må være at betaling av *fullgodt* pantelikret gjeld *ikke* kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Dette synes forutsatt i både rettspresis og juridisk teori. I så fall vil det være uproblematisk at Selskapet overfor aksjonærene nedbetaler allerede pantelikret gjeld.

Det kan derimot stilles spørsmål om hvorvidt pantet er fullgodt sikret ved sin plassering på fjerde prioritet. Dette må vurderes konkret på betalingstidspunktet, der foranstående panthaveres mellomværende holdes opp mot det pantelikrede formuesgodets verdi. Kort forklart skal de foranstående panthavernes fordring vurderes opp mot verdien på henholdsvis varelagerbeholdningen og de utestående fordringene på betalingstidspunktet.

Dersom man konkluderer med at Hervig og Bileks lån ikke har full pantelikkerhet på fjerde prioritet, må det foretas en vurdering av om betaling av lånene vil utgjøre en omstøtelig gjeldsbetaling etter deknl § 5-5. De to relevante vilkårene i bestemmelsen er hvorvidt betalingene skjer før forfall, eller om de er egnet til å forringe betalingsevnen i Selskapet betydelig. Vilrårene er ikke kumulative.

Forutsetningen i begge tilfeller er at betalingen allikevel ikke fremstår som *ordinær*, jf deknl 5-5 første ledd.

Det første vilkåret er at tilbakebetalingen av aksjonærenes lån ligger forut for ordinært forfall i låneavtalen. I så fall vil betalingen normalt representere en forfordeling av de øvrige kreditorene, og være omstøtelig. I en situasjon der selskapet dertil har innført alminnelig betalingsstans, vil slike betalinger heller ikke være å anse som ordinære. Ordinære betalinger i denne sammenheng er eksempelvis betaling av løpende leverandørgjeld, skattetrekk osv som er helt avgjørende for videre drift i Selskapet.

Det andre vilkåret som kan medføre omstøtelse, er de tilfellene der betalingen kan sies å representere en betydelig forringelse av Selskapets betalingsevne. Temaet i "betydelig"-vurderingen er hvor stor andel betalingen utgjør av skyldnerens beslagsfrie aktiva. I rettspresis er det lagt til grunn at betalinger på til sammen 15-25 prosent av beslagsfrie aktiva vil kunne rammes av omstøtelsesreglene. Vurderingen er konkret skal gjøres *på betalingstidspunktet*. Når det gjelder ordinærreservasjonen, vises til det som er sagt over vedrørende selskapet betalingsstans.

Konklusjonen etter dette, er at panthaverens sikkerhet vil være sentralt når man skal ta stilling til om midler kan utbetales. Dersom sikkerheten ikke er fullgod må betalingene vurderes konkret opp mot objektive omstøtelsesreglene i dekningsloven § 5-5. Slik faktum fremstår, er det rimelig å tro at bostyrer vil fremme krav om omstøtelse av betaling av lån til Hervig og Bilek.

3.2.2 Subjektiv omstøtelse

Deknl § 5-9 omfatter omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i *god tro*, og er den alminnelige subjektive regel for omstøtelse. Bestemmelsen omfatter *utilbørlige disposisjoner* (gaver, betalinger, motregninger osv), hvor den annen part var kjent med yterens svake økonomi og forholdene som gjorde betalingen utilbørlig.

Bestemmelsen gir anvisning på en helhetsvurdering, og rammer bare disposisjoner som etter en slik konkret vurdering fremstår som klart kritikkverdige. Reglen gir hjemmel for omstøtelse av disposisjoner i ti år før frisdagen.

Bestemmelsen rammer blant annet tilfeller av kreditorbegunstigelser som rammes av de ordinære objektive omstøtelsesreglene. Dersom man konkluderer med at betalingene av gjeld til en usikret aksjonær rammes av reglene i deknl § 5-5, vil vilkåret om kreditorbegunstigelse normalt være oppfylt i relasjon til denne delen av den subjektive omstøtelsesregel. Objektiv omstøtelig betaling av gjeld til en aksjonær uten fullgod sikkerhet for sitt krav, vil derfor kunne falle inn under deknl § 5-9.

Det oppstilles videre et krav at disposisjonen har vært *utilbørlig*. Det er ikke helt entydig hva som ligger i utilbørlighetsvurderingen, men det skal foretas en helhetsvurdering der en interesseavveining mellom de berørte parter ligger i bunnen.

Det er også vilkår i § 5-9 om at skyldnerens økonomi har vært svak eller bli alvorlig svekket, samtidig som mottageren kjente til dette. Vilkåret vil lett være oppfylt i en situasjon der selskapet har innført betalingsstans og betaling allikevel skjer til en usikret eller delvis pantsikret fordringshaver. Det skal her bemerkes at den ene mottageren dertil er daglig leder i Selskapet.

Det er også et krav om at mottageren kjente eller burde kjenne til de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Det kan for eksempel være tilfellet der mottageren innser eller burde innse disposisjonens art, for eksempel at det dreier seg om en gave eller en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Men også det forhold at en aksjonær mottar dekning for et pantelån uten fullgod sikkerhet vil kunne være tilstrekkelig. Dersom panthaveren med rette antar at pantsikkerheten er god nok, vil imidlertid ikke dette kravet være oppfylt.

Det må legges til grunn at aksjonærene Bilek og Hervig innehar førstehånds kunnskap om økonomien i Orion Forlag AS. Dette gjør at kravet til ond tro lett vil være oppfylt i henhold til den subjektive omstøtelsesregel. Dersom gjeldsinnfrielsen fra selskapet for øvrig kan anses utilbørlig, vil disse trolig kunne rammes av omstøtelsesreglene i deknl § 5-9.

3.2 Vurdering av gjeldsbetaling mot reglene om brudd på straffelovens gjeldskapittel

Betaling av gjeld til fordringshavere i en situasjon der skyldneren har en betydelig svekket økonomi, vil i gitte tilfeller kunne rammes av straffeloven § 282. Av bestemmelsen fremgår det at en skyldner

som forsettlig eller grovt uaktsomt "gir en fordringshaver oppgjør, dersom skyldneren er, blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent ved handlingen, og derved forringer fordringshavernes dekningsutsikt i betydelig grad", vil kunne bli straffet.

Om bestemmelsen er følgende sagt i forarbeidene til siste endring i straffelovens gjeldskapittel:

"Skyldneren skal ha en nokså vid adgang til å foreta kommersielt motiverte handlinger med sikte på å videreføre virksomheten, forutsatt at det er et berettiget håp om å unngå konkurs. Som etter gjeldende rett kommer dette til uttrykk ved et krav om at kreditorbegunstigelsen, for å være straffbar, må ha forringet kreditorenes dekningsutsikt i betydelig grad. I dette vilkåret ligger det et element av fremtidsperspektiv, uten at det av den grunn kan innfortolkes noe tapsvilkår. Det avgjørende må være om skyldneren kan forvente en tilstrekkelig bedring i økonomien på det tidspunkt kreditorbegunstigelsen blir foretatt".

Bestemmelsen tar altså ikke sikte på å ramme de kommersielt motiverte handlingene, som tar sikte på å sikre videre drift m.m. Det er imidlertid høyst tvilsomt om nedbetaling av et usikret lån til Hervig og Bilek før forfall inngår blant disse handlingene.

På samme måte som ved omstøtelsesvurderingen må det også her avgjøres om lånene til Bilek og Hervig vil være usikrede på betalingstidspunktet på grunn av sin utsatte prioritet. Det legges til grunn at nedbetaling av sikret gjeld ikke vil rammes av straffebestemmelsen.

Det er derfor grunn til å anta at selskapet er i en situasjon hvor insolvens kan være tilfellet, og at en betaling av usikret gjeld vil kunne være i grenseland for hva som rammes av straffelovens § 282.

4. Vår foreløpige konklusjon

At selskapet har innført betalingsstans vil ikke i seg selv medføre at innfrielse av fjerde prioritetslån er ulovlig eller omstøtelig utenfor konkurssituasjonen, men medfører at man må vise betydelig aktsomhet i forhold til at det etter konkursloven kan antas at insolvens foreligger. Det er derfor en reell risiko for at selskapet kan bli begjært konkurs. Vi anbefaler derfor at Selskapet ikke innfrir fjerde prioritetslånet på nåværende tidspunkt, spesielt i lys av at en slik innfrielse også kan være før lånets forfallsdato. Eventuell innfrielse av lånet kan vurderes på nytt når betalingsstansen er opphørt og Selskapets økonomiske situasjon er forbedret.

Hvis Selskapet blir begjært konkurs og fjerde prioritetslånet er innfridd før forfallsdato, vil det være vår oppfatning at på grunn av at Bilek og Hervig innehar kreditor- og nærståendeoposisjon vil innfrielse av lånet kunne resultere i omstøtelse etter subjektive og objektive regler. For å unngå omstøtelsesreglene, vil det derfor være av avgjørende betydning hvorvidt lånet er sikret fullt ut med nåværende prioritet på utbetalingstidspunktet.