

II. Rettsspørsmål

Nyordningen av den tyske insolvensretten og dens virkninger for norske foretak

Innledning

I de senere år er antallet insolvente tyske firmaer gått betydelig opp. Dette medfører at insolvensrettslige problemer har fått økende betydning, også for norske kreditorer. I denne artikkelen skal det gis et overblikk over forandringene i den tyske rettslige situasjon, og samtidig vise hvilke sjanser norske kreditorer har til å skaffe seg dekning i debtors eiendeler.

Den nye tyske insolvensloven (*Insolvenzordnung – InsO*) trådte i kraft den 01.01.1999. Den avløser den konkurslovgivning som inntil da var forskjellig i de gamle og de nye tyske delstater, samt den tidligere akkordloven. Den nye insolvensloven fører dermed

for første gang etter den tyske gjenforening til en enhetlig behandling av alle insolvente foretak ved hjelp av en og samme rettslige målestokk.

Den nye InsO innfører imidlertid ikke bare dette enhetlige rettssystem, men bringer også et stort antall regler som sammenlignet med den gamle ordning utgjør noe nytt. Loven gir adgang til en forenklet åpning av insolvensforhandlingen og innfører en rekke nye rettsinstitutter.

Åpning av insolvensforhandling

Insolvensforhandling åpnes bare etter begjæring. En slik begjæring kan frem-

settes både av debitor selv, og også av kreditorene. Begjæringen rettes til vedkommende skifterett (*Amtsgericht*) i egenkap av insolvensrett. Den stedlige domsmyndighet retter seg her etter debtors alminnelige verneting, henholdsvis etter tyngdepunktet for hans økonomiske virksomhet.

Såfremt det er kreditorer som fremsetter insolvensbegjæringen, må de sannsynliggjøre at det foreligger en grunn til å åpne forhandlingen. Til en slik sannsynliggjøring kreves ikke at det føres fullt bevis for at det foreligger en slik grunn. Tvertom er det

tilstrekkelig at det føres bevis for en mindre grad av sannsynlighet. Til dette er det særlig også tilstrekkelig at kreditor avgir en forsikring under eds ansvar, der han for eksempel kan erklære at han selv har konstatert de faktiske forhold som gir grunnen til åpningsbegjæringen.

I tillegg til åpningsgrunnen må kreditor godtgjøre at han har en rettslig interesse av at insolvensforhandlingen blir åpnet.

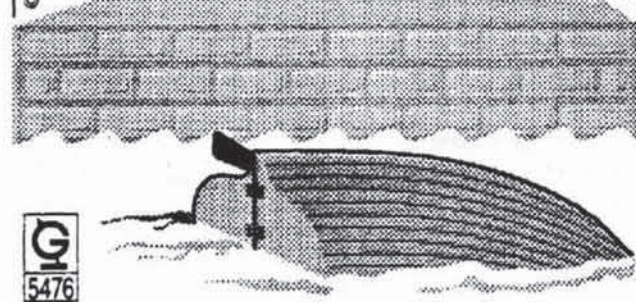
Det som kommer i betraktning som åpningsgrunner, er for det første debtors betalingsudyktighet (insolvens), samt – ved juridiske personer (GmbH, AG) og foreninger uten rettsevne – det forhold at det foreligger forgjeldning.

Insolvens foreligger når debitor ikke lenger er i stand til å oppfylle sine betalingsforpliktelser. En indikasjon for dette ligger i det at debitor innstiller sine betalinger, at det reises et stort antall søksmål mot ham eller at det gjøres resultatløse forsøk på tvangsfullbyrdelse.

En juridisk person eller en forening uten rettsevne (f.eks. fagforeninger, arbeidsgiverforbund) er forgjeldet når selskaps- eller foreningsformuen ikke lenger dekker de bestående gjeldsforpliktelser.

Det samme gjelder for såkalte «selskaper uten rettspersonlighet» dersom det ikke finnes noen selskapsdeltaker som er en fysisk person, (det er f. eks. mulig ved kommandittselskaper i form av et GmbH & CO. KG)

Gjennom InsO er det innført enda en åpningsgrunn. I tilfelle av at det er debitor selv som fremsetter begjæringen,



er det tilstrekkelig at betalingsudyktighet truer. Denne nyordningen skal bevege debitor til å sette i gang insolvensforhandlingen så tidlig som mulig. Det kan tviles på om denne åpningsgrunnen er særlig relevant i praksis, idet man må forvente at debitor også ved truende betalingsudyktighet vil forsøke å redde bedriften. Av denne grunn vil han vente med å fremsette insolvensbegjæringen inntil insolvens eller forgjelding er inntrådt.

Det kan ta noen tid å bearbeide insolvensbegjæringen, da retten må undersøke om det foreligger en åpningsgrunn. Dette kan medføre at insolvensretten oppnevner en midlertidig insolvensbestyrer og pålegger debitor et generelt forvaltnings- og disposisjonsforbud. Den midlertidige insolvensbestyreren vil da overta arbeidet med å granske boets masse, samt sørge for den midlertidige videre drift av foretaket.

Dersom retten kommer til at det foreligger en åpningsgrunn og det er skapt sikkerhet for at forhandlingsomkostningene vil bli dekket, vil retten avsi beslutning om åpning av insolvensforhandling. I denne beslutningen oppnevnes den endelige insolvensbestyrer, som oftest en erfaren advokat.

Dersom forhandlingsomkostningene ikke er dekket, verken gjennom debitors formue (insolvensmassen) eller ved et forskudd gjennom tredjemann, vil retten avvise å åpne insolvensfor-

handling. Kreditorerne er da henvist til å drive tvangsfullbyrdelse hver for seg, noe som har liten sjanse til å føre frem.

Virkningen av åpningen av insolvensforhandling

Til tross for at insolvensforhandlingen åpnes, forblir debitor å være den som innehar de rettigheter og plikter som følger av insolvensmassen. Det er bare forvaltnings- og disposisjonsretten som utøves av insolvensbestyreren, istedenfor av debitor. Debitor er underlagt et absolutt disposisjonsforbud, dvs. at enhver forføyning som foretas av debitor i den tiden insolvensforhandlingen pågår, er ugyldig, og at enhver tredjemann – også en kreditor som ikke deltar i insolvensforhandlingen – kan påberope seg denne ugyldigheten. Det består imidlertid en mulighet for at disposisjoner truffet av debitor blir godkjent av insolvensbestyreren.

Dessuten finnes unntak i favør av godtroende erververe. Således vil en fast eiendom eller en rettighet i en fast eiendom kunne erverves i god tro gjennom en forføyning truffet av debitor, dersom erververen ikke kjenner til den forføyningssinnskrenkningen som følger av at insolvensforhandling er åpnet.

Mens insolvensforhandlingen pågår, er det ikke mulig for den enkelte kreditor å drive tvangsfullbyrdelse. Sikkerheter en kreditor måtte ha skaffet seg gjennom individuell tvangsfullbyrdelse

innen én måned før begjæringen om åpning av insolvensforhandling ble fremsatt, blir likeledes ugyldige i og med at åpning blir besluttet. Beslutning om åpning av insolvensforhandling har i så henseende tilbakevirkende kraft (såkalt «*Rückschlagssperre*»).

Det videre forløp av insolvensforhandlingen

I rettens åpningsbeslutning berammes en skiftesamling («*Berichtstermin*»), der insolvensbestyreren skal avlegge en rapport til kreditorerne om debitors økonomiske situasjon og dens årsaker. Dessuten skal bestyreren uttale seg om utsiktene til å bevare bedriften, helt eller delvis. I denne skiftesamlingen treffer kreditorerne sin avgjørelse om insolvensforhandlingens videre forløp.

a) Insolvensplanen

Ved siden av den muligheten som fantes allerede etter den tidligere gjeldende rett, til å realisere debitors formue med henblikk på å skaffe kreditorerne dekning, har InsO innført et annet avviklingsalternativ i form av en insolvensplan.

I denne planen bestemmes om og eventuelt hvordan bedriften skal saneres, eller om avviklingen skal skje avvikende fra reglene i InsO. Insolvensplanen styrker kreditorernes autonomi. I motsetning til det som var tilfelle etter den tidligere lovgivning kan de nå selv bestemme hvordan de vil reali-

sere sine fordringer på den mest effektive måten. Med henblikk på det som til sist vil gi den høyeste kvote, kan det være slik at en sanering må gis forrang fremfor en oppløsning. Denne fremgangsmåten er dessuten ønskelig ut fra samfunnsøkonomiske synspunkter. For så vidt er insolvensplanen som er innført ved den nye loven, et uttrykk for lovgivernes intensjon om å skape større sjanser for en opprettholdelse av foretak.

Insolvensplanen er inndelt i en beskrivende og en regulerende del. Den første delen beskriver de tiltak som skal treffes. Den regulerende delen uttaler seg om hvordan de berørte parter rettslige posisjon, slik denne fremgår av InsO, skal endres gjennom planen.

Planen utarbeides av insolvensbestyreren etter de retningsligner skiftesamlingen har gitt. Kreditorenes avgjørelse om hvorvidt planen skal vedtas, treffes i et avstemningsrettsmøte; debitor og insolvensretten må samtykke i planen.

I og med at insolvensplanen blir rettskraftig, vedtar retten opphevelse av insolvensforhandlingen. Oppfyllelsen av planen ligger i hendene på debitor som nå igjen er forvaltnings- og forføyningsberettiget. I den regulerende delen av insolvensplanen kan det bestemmes at oppfyllelsen av insolvensplanen skal overvåkes av insolvensbestyreren. Dennes verv fortsetter da innenfor rammen av en slik overvåkingsfunksjon.

Hvorvidt kreditorerne kommer til å gjøre bruk av tilbudet om en insolvensplan i samsvar med den nye InsO, vil først vise seg i praksis. Når alt kommer til alt, utgjør insolvensplanen en ekstra sjanse også for kreditorerne. I tilfelle det foretas en sanering, innebærer planen imidlertid også en risiko for at den skal mislykkes økonomisk. Kreditorerne vil da igjen stå ved utgangspunktet og har ikke vunnet noe ved dette saneringsforsøk, tvertom har de tapt en god del, både av tid og eventuelt også av disponibel debitorformue.

b) Regulær insolvensforhandling

Kreditorerne er ikke nødt til å sette opp en insolvensplan. De kan også realisere debtors formue etter reglene i InsO.

Ved en slik forhandling blir alle rettigheter som ikke har særskilt deknings-

adgang, å betrakte som insolvensfordringer. Kreditorerne kan bare få andelsvis dekning ved dividende. Fordringene skal anmeldes til insolvenstabellen. I skiftesamling til prøving av fordringene (*«Prüfungstermin»*) gis insolvensbestyreren, debitor og kreditor anledning til å uttale seg, og deretter innføres fordringene i tabellen, med mindre det blir fremsatt innsigelser. Innføringen har samme virkning som en rettskraftig dom, dvs. at etter at insolvensforhandlingen er avsluttet, vil fordringen bare på grunn av denne innføringen kunne gjøres gjeldende ved individuell tvangsfullbyrdelse, uten at kreditor trenger noe annet tvangsgrunnlag.

Fremsettes det innsigelser mot innføringen, kan det bli nødvendig med søksmål for å få fastslått rettigheten.

Avtaler inngått av debitor før åpning av insolvensforhandlingen forblir å være gyldige. Har medkontrahenten allerede prestert sin ytelse til debitor som nå er insolvent, må han anmelde sin ennå udekkede fordring til insolvenstabellen. Dersom hverken ytelse eller motytelse har funnet sted, kan insolvensbestyreren beslutte oppfyllelse eller også avvise oppfyllelsen med endelig virkning. Bestyreren har en valgrett for så vidt. Dersom bestyreren avviser å gjennomføre avtalen, kan et eventuelt erstatningskrav for manglende oppfyllelse gjøres gjeldende av medkontrahenten bare som insolvenskreditor, dvs. han må anmelde erstatningskravet til insolvenstabellen. Bestyreren vil utøve sin valgrett, alt etter hvilken variant som er gunstigst for bomassen. Dersom en ytelse fra medkontrahenten innbringer mer, vil bestyreren velge at avtalen skal oppfylles. I så fall har imidlertid også medkontrahenten krav på den fulle motytelsen.

Dreier det seg om et fortløpende avtalesforhold, f.eks. avtale om suksessive leveringer (f.eks. levering av øl eller melk), vil leverandøren bare ha en insolvensfordring for så vidt angår de varer som er levert forut for insolvensforhandlingens åpning, mens han har krav på full betaling for de varer som er levert etter at insolvensforhandlingen er åpnet, og da på grunn av at insolvensbestyreren har valgt at avtalen skal oppfylles.

c) Sikrede kreditorer

Også etter nyordningen i InsO er det bestemte kreditorgrupper som er privilegerte. Således vil kreditorer som kan forlange utskilling (*«Aussonderung»*) ikke delta i insolvensforhandlingen. En slik rett til utskilling består når det på grunn av en tingsrettslig (f. eks. eiendomsrett til en ting) eller personlig rettighet kan gjøres gjeldende at denne tingen ikke hører til insolvensmassen.

Slike kreditorer kan gjennomføre sine rettigheter på helt normal måte, dvs. uten å ta hensyn til insolvensen. Således vil en eier kunne gå til søksmål mot insolvensbestyreren med påstand om utlevering av tingen, og den dommen han oppnår, vil han så, avvike fra grunnregelen, kunne bruke som tvangsgrunnlag ved en individuell tvangsfullbyrdelse.

Det finns også en annen gruppe kreditorer som har krav på prioritert dekning ved realiseringen av den angjeldende eiendel (*«Absonderung»*). De som særlig er berettiget er: Pantekreditorer (f.eks. med hypotek eller ikke-aksessorisk *«Grundschuld»*), innehavere av panterrettigheter i løsøre, sikringsssesjonaren eller innehaveren av tilbakeholdsrettigheter. Når det gjelder fast eiendom, skjer realiseringen av disse rettigheter ved tvangssalg eller tvangsforvaltning gjennom rettighetshaveren selv, og ved løsøre gjennom bestyreren.

InsO inneholder en ny bestemmelse om at kreditorer med disse rettigheter må delta i omkostningene ved fastsettelsen av deres rettigheter med 4 prosent av realisasjonsgevinsten, og i omkostningene ved realiseringen (f.eks. tvangssalg) med 5 prosent av realisasjonsgevinsten. På denne måten oppnås at bomassen styrkes til fordel for de øvrige insolvenskreditorer.

Den privilegerte posisjon debtors arbeidstakere innehadde tidligere (*«Mas-segläubiger»*), er avskaffet gjennom InsO. Arbeidstaker er nå normale insolvenskreditorer. Det forhold at arbeidstakerne inkluderes i gruppen av insolvenskreditorer, medfører at bomassen styrkes, og med henblikk på de øvrige kreditorer: mer rettferdighet ved utlodningen.

En viss lettelse i den mer ugunstige ordning som følger av den nye loven, idet arbeidstakerne bare får kompen-

sert en del av sine lønnskrav gjennom insolvensdividende, gis i form av «konkurstapspenger» («Konkursausfallgeld») som utbetales gjennom arbeidskontoret.

d) Omstøtelse ved insolvensforhandling

Insolvensbestyreren kan kreve omstøtelse av formuesforskyvninger som før forhandlingens begynnelse er foretatt av debitor med henblikk på den truende insolvens. Gjennom InsO er adgangen til å kreve omstøtelse blitt betydelig utvidet. Mens det etter retten som gjaldt tidligere, bare var rettshandler foretatt høyst 10 dager før begjæringen om forhandlingsåpning som kunne kreves omstøtt, er denne fristen

nå forlenget til 3 måneder. Forsettlige handlinger som tar sikte på å forringe dekningsmulighetene kan ifølge den nye loven kreves omstøtt når de er begått opptil 10 år før begjæringen ble fremsatt, mens den gamle retten bare omfattet et tidsrom av 1 år.

Omstøtelsesretten kan bare utøves av insolvensbestyreren ved å gjøre den rettslig gjeldende. En forutsetning for dette er alltid den at handlingen som er foretatt før insolvensforhandlingens åpning har medført skade for kreditorene. Som forutsetning nr. 2 spiller det en avgjørende rolle hvorvidt det forelå kjennskap til den truende insolvens. Her er det viktig at det også kan kreves omstøtelse av handlinger foretatt

av tredjemann mot debitor, såsom tvangsfullbyrdelse før forhandlingens åpning.

En omstøtelse er i dette tilfellet imidlertid bare nødvendig dersom åpningsbeslutningen ikke har tilbakevirkende kraft, som allerede nevnt ovenfor («Rückschlagssperre»).

Utvidelsen av mulighetene for omstøtelse innebærer en klar forbedring av kreditorenes og bomassens vern mot uforsvarlige formuesforskyvninger i tiden forut for insolvensen. (*Yves Heintze*)

Fortsettelse av denne artikkelen følger i INFORMASJON nr. 3/1999.