

Bevis og konkurs

Rettslige normer for håndtering av faktumusikkerhet i saker om konkursåpning begjært etter konkursloven § 60, jf. § 61

Kandidatnummer: 565

Leveringsfrist: 25. april 2019

Antall ord: 17735¹



¹ Medregnet tekst i figurer 17796 ord.

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
2	KONKURSLOVEN § 60, JF. § 61: RETTSFAKTA OG USIKKERHETSMOMENTER.....	3
2.1	Innledning	3
2.2	Fordringshavervilkåret	4
2.2.1	Vurderingstemaet.....	4
2.2.2	Rett debitor	4
2.2.3	Rett kreditor.....	4
2.2.4	Dividendefordring	4
2.2.5	Omtvistede fordringer.....	5
2.2.6	Fordringens verdi.....	5
2.2.7	Avtale.....	5
2.3	Insolvensvilkåret	6
2.3.1	Innledning	6
2.3.2	Illikviditetsvilkåret.....	7
2.3.3	Insuffisiensvilkåret	10
2.4	Typiske innsigelser og usikkerhetsmomenter	13
3	BEVISKRAV	15
3.1	Innledning	15
3.2	Fordringshavervilkåret	17
3.3	Insolvensvilkåret	20
3.4	Kumulering av tvil	21
3.4.1	Tvilskumulering formulert som et spørsmål om bevistemaets omfang	21
3.4.2	Konkursåpningvilkårene forstått som separate bevistemaer.....	23
3.4.3	Omfanget av fordringshavervilkårets bevistema	24
3.4.4	Omfanget av insolvensvilkårets bevistema	27
3.5	Stilles det krav til faktumpåstandenes robusthet?	29
3.5.1	Innledning	29
3.5.2	Fordringshavervilkåret.....	32
3.5.3	Insolvensvilkåret.....	33
4	BEVISBYRDE.....	35
4.1	Innledning	35
4.2	Bevisbyrden for fordringshavervilkåret	38

4.3	Bevisbyrden for insolvensvilkåret	38
4.4	Bevisføringsbyrden for konkursåpning.....	40
5	BEVISKRAV- OG BEVISBYRDESPØRSMÅL FOR PREJUDISIELLE RETTSFORHOLD	42
5.1	Innledning	42
5.2	Beviskravsregler i prejudisielle rettsforhold	43
5.3	Bevisbyrdespørsmål i prejudisielle rettsforhold	48
	LITTERATURLISTE.....	51
	Lovtekst.....	51
	Forarbeider	51
	Høyesterettspraksis.....	51
	Underrettspraksis.....	53
	Juridisk litteratur	54

1 Innledning

Riktig faktum er en nødvendig betingelse for en riktig konkursavgjørelse. Bare dersom de faktiske omstendighetene konkursloven § 60 etterspør og knytter rettsvirkninger til foreligger, skal konkurs åpnes.

Kunnskap om faktum forutsetter imidlertid informasjon og dommerne i en konkursåpningssak blir, som følge av de prosessuelle reglene, kun presentert for et begrenset informasjonsgrunnlag og avgrenset bilde av virkeligheten. Likevel må de, i tråd med prinsippet om fri bevisvurdering, ta stilling til faktum ved å anvende sin sunne fornuft og erfaring på de fremførte bevisene i saken.² Det vil derfor alltid være mulig å stille spørsmålet: er faktum riktig?

Fordi faktumusikkerhet aldri fullt ut kan elimineres, må den håndteres. I denne oppgaven skal jeg foreta en analyse av konkursloven § 60, jf. § 61 og hvilke rettslige normer dommeren i en konkursåpningssak begjært etter denne bestemmelsen har til disposisjon for å håndtere faktumusikkerhet.

Rettslig normer for håndtering av faktumusikkerhet er ikke bare nødvendig for at rettssystemets ambisjon om materielt riktige avgjørelser skal oppnås. De er også en viktig rettsikkerhetsgaranti for partene; en feilaktig konkursavgjørelse kan ha vidtrekkende konsekvenser for både rekvirenten og skyldneren. Dessuten skaper de rettslige normene for håndtering av faktumusikkerhet forutberegnelighet i bevisvurderingen og forhindrer vilkårlighet, i tillegg til å være av sentral betydning for dommerne og deres arbeidshverdag.

Faktumusikkerhet håndteres tradisjonelt i norsk rett av regler om beviskrav og bevisbyrde. Hovedfokuset i oppgaven vil derfor være å undersøke hvilke beviskrav- og bevisbyrderegler som gjelder for konkursloven § 60, jf. § 61.

En bevisrettslig analyse på konkursrettens område representerer en metodisk utfordring. Bevisretten er i stor grad ulovfestet og forutsetter inngående analyse av rettspraksis. Konkursavgjørelser avises imidlertid ved kjennelse³ og siden ankeadgangen for kjennelser er begrenset, er det kun et fåtall av konkurssaker som blir behandlet av Høyesteretts ankeutvalg.⁴ Det finnes derfor begrenset med høyesterettsavgjørelser om temaet.

² Tvisteloven § 21-2, jf. Konkursloven § 149

³ Konkursloven § 72

⁴ Tvisteloven §§ 30-5 og 306, jf. Konkursloven § 149. Anke over kjennelse avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg, jf. Tvisteloven § 30-1 (2).

Ankeutvalgets kompetanse er dessuten begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning.⁵ Den generelle forståelsen av beviskrav- og bevisbyrdereglene gir imidlertid begrenset veiledning for bevisproblematikken. Den som ønsker inngående kunnskap om bevisrettens regler innenfor konkursrettens område er derfor tvunget til å undersøke underrettspraksis, hvor både faktum og den konkrete rettsanvendelsen av disse reglene prøves. Uten prejudikatlærens trygghet vil det imidlertid i større grad kunne reises spørsmål om riktigheten av slutningene om gjeldende rett denne underrettspraksisen gir grunnlag for å trekke.

Før man kan si noe om *hvordan* usikkerhet håndteres i konkursåpningssaker etter konkursloven § 60, jf. § 61, må man undersøke *hva* som etterspørres og hvilke usikkerhetsmomenter dette gir opphav til. Dette er for det første nødvendig av pedagogiske grunner. En undersøkelse av de rettslige normene for regulering av faktumusikkerhet uten å vite hva disse relaterer seg til, vil fort bli for abstrakt til å være av praktisk nytteverdi.

For det andre representerer konkursloven § 60, jf. § 61 i seg selv rettslige normer for regulering av faktumusikkerhet. Gjennom sine begreper normerer bestemmelsene bevisvurderingen ved å oppstille en ramme for hva dommeren må ta stilling til og hvilke usikkerhetsmomenter som må håndteres.

For det tredje er det nødvendig med kunnskap om konkursloven § 60, jf. § 61 for å fastslå hvor mange bevistemaer bestemmelsen består av. Ettersom hvert bevistema vil være beheftet med et eget beviskrav, påvirker antallet bevistemaer i bestemmelsen muligheten for å kumulere tvil knyttet til flere usikkerhetsmomenter i bevisvurderingen og beviskravets reelle terskel.⁶

I det følgende skal jeg derfor først redegjøre for hvilke faktiske omstendigheter konkursloven § 60, jf. § 61 direkte knytter rettsvirkninger til og typiske usikkerhetsmomenter som oppstår i denne sammenheng. Deretter redegjøres det for beviskrav- og bevisbyrdereglene i konkursloven § 60, jf. § 61 og hvordan disse fungerer som rettslig ramme for bevisvurderingen. I denne redegjørelsen vil jeg først ta utgangspunkt i beviskrav- og bevisbyrdereglene knyttet til et bevistema som helhet, før disse reglens forhold til beviskrav- og bevisbyrderegler for bevistemets enkelte bestanddeler undersøkes. Avslutningsvis vil det bli undersøkt om det enten som alternativ eller supplement til beviskrav er holdepunkter i gjeldende rett for å håndtere faktumusikkerhet med et proporsjonalansvar.

⁵ Tvisteloven § 30-6 bokstav b og c

⁶ Tvilskumulering og forholdet mellom bevistema og beviskrav blir nærmere behandlet i kapittel 3.4.

2 Konkursloven § 60, jf. § 61: Rettsfakta og usikkerhetsmomenter

2.1 Innledning

Konkurs er et gjeldforfølgingsinstitutt som har eksistert i norsk rett i over 150 år.⁷ Konkursinstituttets formål er først og fremst å sikre skyldnerens kreditorer tvangsdekning for utestående krav når alle ikke vil få full dekning ved enkeltforfølgning.⁸ I tillegg skal konkurs ivareta samfunnets behov for kontrollert avvikling av virksomheter som ikke er bærekraftige.⁹

Konkursloven § 60 oppstiller to kumulative vilkår for konkursåpning. Skyldneren må være "insolvent" og konkursbegjæringen må være fremsatt av "skyldneren selv eller en fordringshaver". De faktiske omstendigheter disse vilkårene direkte etterspør og knytter rettsvirkninger til, omtales gjerne som *rettsfakta*. Rettsfakta står i kontrast til *bevisfakta*, som er faktiske omstendigheter uten direkte rettslig relevans. Bevisfakta har likevel bevismessig relevans fordi de sier noe om eksistensen av et rettsfaktum.¹⁰

Konkurs kan bare åpnes når samtlige av vilkårenes rettsfakta foreligger. Bestemmelsens rettsfakta danner dermed ytterrammen for hva dommeren behøver å ta stilling til i sin bevisvurdering. Eksistensen av faktiske omstendigheter som faller utenfor denne, behøver dommeren ikke å ta stilling til, og usikkerhet som oppstår i den sammenheng kan dommeren se bort fra.¹¹ Etersom vilkårene er kumulative, kan dommeren dessuten unnlate å håndtere usikkerhet som oppstår i relasjon til ett vilkår dersom det er klart at det andre vilkåret uansett ikke er oppfylt. Dommere behøver dessuten ikke å ta stilling til eksistensen av rettsfakta i større utstrekning enn at vedkommende kan treffe en avgjørelse i konkursåpningsspørsmålet.¹²

I det følgende skal jeg undersøke hvilke rettsfakta som inngår i konkursåpningsvilkårene i konkursloven § 60, jf. § 61. Dette er et rettslig spørsmål som må besvares ved tolkning av det enkelte vilkår i tråd med alminnelig juridisk metode. Redegjørelsen tar derfor ta utgangspunkt i de enkelte vilkårene hver for seg.

⁷ Konkursloven av 1863 er første norske konkurslov. Konkursinstituttet som sådan var kjent før dette. Se NOU 1972:20 s. 15.

⁸ Jf. NOU 1972:20 s. 122 og Rt. 1982 s. 1426, side 1430

⁹ Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 57.

¹⁰ Skoghøy (2017) s. 957. Se også Rt. 2012 s. 1985 (50).

¹¹ Se LG-2018-119060

¹² Se Rt. 1977 s. 1235 og LF-2018-185233

2.2 Fordringshavervilkåret

2.2.1 Vurderingstemaet

Konkursloven § 60 angir to alternative rettighetssubjekter. Skyldneralternativet reiser imidlertid sjelden særlige bevisproblemer utover kompetansespørsmål for juridiske personer.¹³ Den videre fremstillingen tar derfor kun utgangspunkt i fordringshaveralternativet.

Hvem som får fordringshaverstatus etter konkursloven § 60, gir bestemmelsen ikke nevneverdig veiledning om. Ordlyden gir kun grunnlag for en slutning om at konkursrekvirenten må ha en fordring mot konkursskyldneren.

2.2.2 Rett debitor

Konkursskyldneren må derfor være rett debitor for kravet. Hvis fordringen angir en annen debitor eller det er foretatt et gyldig debitorskifte, er vilkåret ikke oppfylt.

2.2.3 Rett kreditor

Videre må konkursrekvirenten være rett kreditor for kravet. Det avgjørende tidspunktet for kreditorvurderingen er når konkursbegjæringen er fremsatt.¹⁴ Hvis fordringen angir en annen kreditor enn konkursrekvirenten eller det er foretatt et gyldig kreditorskifte før konkursbegjæringen er fremsatt, er vilkåret ikke oppfylt. Dette gjelder uavhengig av om konkursrekvirenten tidligere har vært eller senere skal bli kreditor for kravet.

Som hovedregel kan derfor konkursbegjæringen ikke fremsettes av mellommenn i eget navn. Et unntak gjelder for tillitsmannstilfellene.¹⁵

2.2.4 Dividendefordring

Rekvirentens fordring må dessuten være dividendeberettiget for å kunne benyttes som konkursgrunnlag.¹⁶ Hvilke fordringer som gir dividenderett i boet reguleres av dekningsloven kapittel 6, samt enkelte andre særbestemmelser i samme lov. Vilkåret må derfor tolkes i lys av disse bestemmelsene og innebærer blant annet at fordringer som er sikret med betryggende pant ikke kan utgjøre konkursgrunnlag.¹⁷

¹³ Se LE-2017-134929

¹⁴ Rt. 1992 s. 1209

¹⁵ Rt. 2010 s. 1089 (16)

¹⁶ NOU 1972:20 s. 119

¹⁷ Jf. Deknl. § 8-14. Tilsvarende Brækhus I (1991) s. 110 og Wiker (2003) s. 221. Det samme følger for øvrig av konkursloven § 64 (1) nr. 1.

Harmoniseringen mellom de prosessuelle og materielle konkursreglene må ses i sammenheng med konkursbehandlingens funksjon som gjeldsforfølgingsinstitutt. Konkursbegjæringsretten er forbeholdt fordringshavere med en reell interesse i konkursbobehandlingen. Fordringshavere som ikke vil få utbetalt noe etter endt bobehandling eller som kan få full dekning for sitt krav uavhengig av bobehandlingen, har ingen reell interesse i å begjære skyldneren konkurs.¹⁸

Så lenge fordringen er oppstått før konkursåpning, vil den som utgangspunkt være dividendeberettiget. Dette gjelder uten hensyn til om fordringen er betinget/ubetinget, forfalt/uforfalt eller pengeforpliktelse/realforpliktelse.¹⁹

2.2.5 Omtvistede fordringer

Omtvistede fordringer kan også benyttes som konkursgrunnlag. Domstolen må i så fall ta prejudisielt stilling til fordringens eksistens.²⁰ Dette gjelder uavhengig av om det er reist sak om den omtvistede fordring eller ikke.²¹ Rettens prejudisielle standpunkt har kun betydning for konkursåpningsspørsmålet og innebærer ingen rettskraftig avgjørelse av rettsforholdet. Den prejudisielle avgjørelsen påvirker dermed verken den videre bobehandlingen eller en etterfølgende sak om fordringen.²²

2.2.6 Fordringens verdi

Fordringens verdi er i utgangspunktet uten betydning for konkursrekvirentens status som fordringshaver etter konkursloven § 60.²³ I prinsippet kan derfor ethvert krav tjene som konkursgrunnlag. Unntaket er hvis fordringens verdi er avgjørende for fordringens eksistens. Et eksempel er hvis konkursskyldneren hevder å ha et motkrav som overskrider konkursrekvirentens krav og derfor er oppgjort ved motregning.²⁴

2.2.7 Avtale

I tillegg må konkursrekvirenten ikke ha fraskrevet seg retten til å benytte fordringen som konkursgrunnlag ved avtale.²⁵

¹⁸ NOU 1972:20 s. 122 og 128. Se også Rt. 1956 s. 300 på side 305.

¹⁹ Jf. Deknl. § 6-2, jf. § 6-1

²⁰ Rt. 1989 s. 1392, side 1393 og HR-2003-472-1 (12)

²¹ Se LB-2003-1785 og LB-2013-89802

²² Rt. 1923 s. 596, side 597. Se også LG-2017-196998

²³ Rt. 1977 s. 1235, side 1248. Se også LG-2010-154579 og Huser (1988) s. 41

²⁴ Se LE-1995-564

²⁵ Jf. NOU 1972:20 s. 120 og Rt. 1974 s. 103, side 107

2.3 Insolvensvilkåret

2.3.1 Innledning

Insolvensvilkåret er legaldefinert i konkursloven § 61. Første punktum fastslår at skyldneren er insolvent dersom vedkommende ikke kan "oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller", med mindre betalingsudyktigheten antas å være "forbigående". Dette omtales ofte som illikviditetsvilkåret. Annet punktum fastslår at skyldneren likevel ikke er insolvent dersom skyldnerens "eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser", selv om oppfyllelsen vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene. Dette omtales normalt som insuffisiensvilkåret.²⁶

Sammenlignet med bestemmelsen i konkursloven (1863) § 3, er hovedfokuset i insolvensvurderingen flyttet fra insuffisiensvilkåret til illikviditetsvilkåret. Innholdsmessig er likevel legaldefinisjonen ment å svare til insolvensbegrepet slik dette var tolket og utviklet i praksis etter konkursloven (1863) § 3, i tillegg til at det er foretatt enkelte presiseringer.²⁷ Rettspraksis knyttet til insolvensbegrepet forut for vedtakelsen av konkursloven (1984) kan derfor fortsatt ha relevans.

For å oppfylle insolvensvilkåret må skyldneren være både illikvid og insuffisient.²⁸ Dommen behøver derfor ikke å ta stilling til faktumusikkerhet knyttet til det ene, dersom det andre uansett ikke er oppfylt. Rettsvilkåret utgjør derfor i seg selv en rettslig norm for håndtering av faktumusikkerhet.²⁹

Insolvensvurderingen kan likevel være vanskelig og kompleks. Dette har også lovgiver anerkjent ved å vedta legalpresumsjoner for insolvens i konkursloven §§ 62 og 63. Legalpresumsjonenes funksjon er å lette bevisvurderingen ved å bryte ned insolvensvilkåret i mindre og enklere rettsfakta i situasjoner hvor insolvens erfaringsvis foreligger.³⁰

Ettersom legaldefinisjonen i konkursloven § 61 deler opp insolvensvilkåret i to separate vilkår, vil den videre fremstillingen insolvensvilkårets rettsfakta struktureres tilsvarende.

²⁶ Begrepene "illikviditet" og "insuffisiens" benyttes ikke i lovteksten, men er godt innarbeidet i konkurranserettslig litteratur og rettspraksis, se NOU 1972:20 s. 120, Rt. 1995 s. 1711, side 1726 og LG-2012-141142. Se også Andenæs (2009) s. 61 (petit). De benyttes derfor i den videre fremstillingen.

²⁷ NOU 1972:20 s. 120

²⁸ Rt. 1995 s. 1711, side 1725. Se også LG-2012-141142

²⁹ Se Rt. 1956 s. 300, side 303 og LB-2017-81589

³⁰ NOU 1972:20 s. 124-128

2.3.2 Illikviditetsvilkåret

2.3.2.1 *Vurderingstemaet*

Ordlyden i konkursloven § 61 første punktum tilsier at det skal foretas en fremtidsrettet vurdering av om skyldneren vil komme i ufrivillig betalingsmislighold ovenfor sine kreditorer av mer varig karakter.³¹ Derimot oppstilles det ikke noe krav om at misligholdet må være aktuelt. Antasipert mislighold er tilstrekkelig og skyldneren kan derfor være illikvid uten å være i mislighold.³² I praksis vil nok likevel de fleste konkursbegjæringer først bli fremsatt og konkurs åpnet når mislighold foreligger.

Skyldnerens helt kortvarig betalingsevne er imidlertid ikke tilstrekkelig. Betalingsevnen må være av en viss stabilitet og varighet for at illikviditetsvilkåret ikke skal være oppfylt.³³

2.3.2.2 *Forpliktelser og forfallstid*

Illikviditetsvilkåret krever dermed at dommeren får oversikt over skyldnerens nåværende og fremtidige forpliktelser. Både forfalte og uforfalte forpliktelser er i denne sammenheng relevante.³⁴ For uforfalte og fremtidige forpliktelser må også forfallstidspunktet kartlegges. Er det gitt betalingsutsettelse eller er forpliktelsene brakt til førtidig forfall, er dette det avgjørende forfallstidspunktet, ikke opprinnelig avtalt forfallstidspunkt.³⁵

2.3.2.3 *Betalingsmidler*

Videre må skyldnerens nåværende og fremtidige betalingsmidler kartlegges. Fordi vurderingstemaet er skyldnerens betalingsevne, er det primært relevant å ta høyde for lett realiserbare aktiva. Lett realiserbare aktiva vil typisk være skyldnerens bestående kontantbeholdning, utestående pengekrav og varelagerbeholdning. Tungt realiserbare aktiva, som for eksempel fast eiendom og andre driftsmidler, kan også være relevante i illikviditetsvurderingen dersom de kan realiseres innen forfall og ikke skader skyldnerens virksomhet.³⁶

Tungt realiserbare aktiva som enten ikke kan realiseres innen forfall eller som vil skade skyldnerens virksomhet er det ikke adgang til å ta høyde for i illikviditetsvurderingen. En annen sak er at disse kan være relevante i insuffisiensvurderingen.

³¹ Tilsvarende Andenæs (2009) s. 62

³² Slik er også bestemmelsen forstått i en nærmest samstemt juridisk teori. Se Andenæs (2009) s. 62-63, Brækhus I (1991) s. 122-123 og Wiker (2003) s. 224-225. Motsatt Huser (1988) s. 107. Det er noe uklart om Huser har opprettholdt eget standpunkt. Det er for eksempel ikke inntatt eller på annen måte nevnt i boken *Gjeldsforfølgingsrett* (1995).

³³ Rt. 1997 s. 698, side 702

³⁴ NOU 1972:20 s. 121

³⁵ Andenæs (2009) s. 63

³⁶ NOU 1972:20 s. 122

Ventende arv eller omstøtelige gjeldsbetalinger kan heller ikke tas med i vurderingen.³⁷ Det samme gjelder betalingsmidler skyldneren hevder eksisterer, men nekter å opplyse om hvor er. Betalingsmidler i utlandet er i utgangspunktet relevant for vurderingen, men forutsetter i så fall at skyldneren har en rimelig mulighet til å få dekning i disse.³⁸

Ny kreditt kan derimot medtas i vurderingen såfremt det foreligger konkret kredittilsagn og denne vil bedre skyldnerens betalingsevne. For eksempel ved at kortsiktig gjeld konverteres til langsiktig gjeld.³⁹ Det samme gjelder økonomiske bidrag fra tredjepersoner, for eksempel gaver fra venner eller familie.⁴⁰

Hvilken tidsramme som skal legges til grunn når domstolene skal undersøke skyldnerens fremtidige betalingsevne, gir ikke rettskildefaktorene noe generelt svar på. Trolig vil det relevante tidsrommet måtte fastsettes konkret. Rt. 1997 s. 698 og unntaket for "forbigående" betalingsudyktighet synes imidlertid å forutsette at det er en noe lengre tidsperiode som må undersøkes.⁴¹ Huser argumenterer for at tidsrammen bør avhenge av hvordan situasjonen i den nærmeste fremtid fremstår på vurderingstidspunktet. Har skyldneren betalingsevne i den nærmeste fremtiden, er det liten grunn for å operere med særlig lang tidsramme.⁴²

2.3.2.4 Betalingsmidlenes inntektstid

Når det er kartlagt hvilke fremtidige betalingsmidler skyldneren har, må det kartlegges når betalingsmidlene vil komme til skyldnerens rådighet. I denne vurderingen er det nødvendig å undersøke betalingsevnen og betalingsviljen til skyldnerens debitorer. Det hjelper lite for skyldnerens betalingsevne at vedkommende rettslig sett har krav på penger fra andre, dersom disse rent faktisk ikke vil bli betalt tidsnok.⁴³

2.3.2.5 Forbigående illikviditet

Enhver illikviditet vil imidlertid ikke være tilstrekkelig for å åpne konkurs. Konkursloven § 61 første punktum fastslår at skyldneren ikke er insolvent dersom illikviditeten er "forbigående".

³⁷ NOU 1972:20 s. 122

³⁸ Jf. NOU 1972:20 s. 122-123 med videre henvisninger til rettspraksis. Disse spørsmålene aktualiseres primært i forbindelse med insuffisiensvurderingen og behandles nærmere i kapittel 2.3.3.

³⁹ NOU 1972:20 s. 121. Tilsvarende Wiker (2003) s. 225

⁴⁰ Andenæs (2009) s. 64

⁴¹ Tilsvarende Wiker (2003) s. 226

⁴² Huser (1995) s. 297

⁴³ Se LB-2018-15944

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at illikviditeten ikke må være permanent. Utover dette gir ikke ordlyden nevneverdig veiledning.

I forarbeidene virker imidlertid "forbigående" forstått som synonymt med kortvarig. I NOU 1972:20 på side 121 uttaler Konkurslovutvalget at betalingsforsinkelser på noen dager ikke ville være tilstrekkelig for å oppfylle illikviditetsvilkåret, men at det ikke var nødvendig med et eget forbehold for disse tilfellene i lovteksten.

Stortingets justiskomiteé var enige i at domstolene burde ha en viss adgang til å ta hensyn til om skyldneren *"alt avhengig av arten av (...) næringsvirksomhet, (...) innen rimelig tid vil kunne oppfylle sine forpliktelser"*.⁴⁴ Komiteén delte seg imidlertid i et flertall og mindretall med tanke på hva dette innebar. Flertallet mente at illikviditeten måtte være av rent forbigående art og ikke måtte innebære en langvarig betalingsutsettelse. De synes derfor å legge seg tett opp til Konkursutvalgets tidsangivelse, uten at dette kommer direkte til uttrykk. Mindretallet ønsket heller ikke å fastsette en bestemt tidsfrist, men synes å ville legge seg nærmere det danske og svenske forslaget, når de uttaler at *"Utgangspunktet bør i alminnelighet være noen måneder. En viss veiledning kan hentes fra den tid som vil medgå til fyldestgjørelse gjennom kreditorene individuelle forfølgelse"*.

Rettspraksis synes også å forstå forbigående som kortvarig, uten at det kan trekkes noen entydige slutninger om hvilken tidsramme som i så fall legges til grunn. I LB-2017-81589 uttaler lagmannsretten at *"Med «forbigående» menes et kortvarig tidsperspektiv som vil variere noe i den enkelte sak, men som i alle fall ikke overstiger flere måneder"*, og legger seg dermed et sted mellom komitéens flertall og mindretall. I LA-2010-169196 uttalte lagmannsretten at seks måneders manglende betalingsevne ikke kunne regnes som forbigående.

Ut over dette gir underrettspraksis inntrykk av at spørsmålet må vurderes konkret, og at det sentrale er om skyldnerens virksomhet er levedyktig eller ikke, ikke om den overskrider en bestemt tidsfrist. En slik praktisering, hvor betalingsudyktighetens lengde snarere er ett relevant moment blant flere, synes også best i tråd med konkursinstituttets formål.⁴⁵ Andre relevante momenter kan for eksempel være lengden på et forutgående betalingsmislighold⁴⁶, kravets størrelse⁴⁷, hvor raskt skyldnerens har skaffet midler mellom tingrettens kjennelse og ankebehandlingen⁴⁸ og om tidligere betalingsudyktighet har vært forbigående.⁴⁹

⁴⁴ Innst.O.nr.56 (1983-1984) s. 15

⁴⁵ Tilsvarende Andenæs (2009) s. 65

⁴⁶ Se LB-2015-180538. Tilsvarende Børresen (2013) s. 73 og Huser (1988) s. 107-109.

⁴⁷ Se LG-2017-167749

⁴⁸ Se LB-2016-92766

At det er snakk om en konkret vurdering, kommer direkte til uttrykk i THAFE-2007-3796-2. I denne saken hadde skyldneren fått et oppdrag som ville medføre at betalingsudyktigheten ville opphøre innen tre måneder. Retten var i tvil om dette tidsrommet var for langt til å kunne betraktes som "forbigående". I den konkrete vurderingen uttalte imidlertid retten at det må "legges vekt på hvor sikkert det er at betalingsudyktigheten er forbigående". I denne saken var det klart at skyldneren ville kunne betjene all forfalt gjeld som følge av arbeidsoppdraget.

At graden av sikkerhet knyttet til at illikviditeten er av forbigående art må få betydning for hvilket tidsrom som er akseptabelt har tidligere blitt argumentert for av Huser.⁵⁰ Med henvisning til synspunktene i THAFE-2007-3796-2 uttaler også Nazarian at "*I tvilstilfeller synes dette å være en god rettesnor*".⁵¹

Hvis konkurs nektes åpnet fordi illikviditeten feilaktig antas å være forbigående, er det imidlertid risiko for at boet i perioden mellom den første og andre konkursbegjæringen tappes og at omstøtelsesfristen går ut for eventuelle omstøtelige disposisjoner.⁵² Hensynet til skyldners behov for oppgjør tilsier derfor at "forbigående" ikke tolkes for lempelig. Særlig tatt i betraktning at skyldneren kan begjære gjeldsforhandling etter konkursloven § 2, dersom vedkommende mener at illikviditeten er forbigående.⁵³

Tolkes "forbigående" for stengt vil det samtidig oppstå risiko for at bærekraftige virksomheter settes under konkursbehandling. Dette gjelder spesielt virksomheter som er særlig utsatt for store svingninger i markedet.

2.3.3 Insuffisiensvilkåret

2.3.3.1 Vurderingstemaet

Insuffisiensvilkåret er inntatt i konkursloven § 61 annet punktum, som fastslår at skyldneren ikke er insolvent dersom skyldnerens "eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene".

⁴⁹ Se LG-2017-167749. Tilsvarende Huser (1988) s. 108

⁵⁰ Se Huser (1988) s. 109 med videre henvisninger. Se også s. 110-111.

⁵¹ Nazarian (2012) s. 32

⁵² Omstøtelsesfristen for de objektive omstøtelsesgrunnene er normalt 3 måneder, se dekningsloven §§ 5-5, 5-6 og 5-7.

⁵³ NOU 1972:20 på side 121. Tilsvarende Brækhus I (1991) s. 125

2.3.3.2 Forpliktelser

Dette forutsetter for det første en oversikt over skyldnerens samlede forpliktelser. Både forfalte, uforfalte, omtvistede og betingede forpliktelser inngår i beregningen. Omtvistede krav må dommeren ta prejudisielt stilling til og betingede fordringer vurderes ut fra muligheten for at de blir aktuelle.⁵⁴

2.3.3.3 Eiendeler

Etter ordlyden er det i utgangspunktet relevant å ta høyde for samtlige eiendeler skyldneren har til rådighet. Bestemmelsen må imidlertid tolkes i lys av dekningsloven § 2-2. Det er kun disse formuesgodene som vil inngå i konkursbobeslaget og komme kreditorene til gode ved konkursåpning. Formuesgoder som kreditorene ikke kan nyte godt av som følge av for eksempel beslagsforbud i dekningsloven kapittel 2, kan derfor ikke inngå i insuffisiensvurderingen.⁵⁵

Eiendeler i utlandet vil også være omfattet av konkursbeslaget.⁵⁶ Slike aktiva inngår derfor også i insuffisiensvurderingen, men bare dersom kreditorene har en "*rimelig mulighet*" for å få dekning i disse formuesgodene ved konkursbehandlingen.⁵⁷

Eiendeler skyldneren hevder eksisterer, men nekter å opplyse om hvor er eller av andre grunner som skyldes debtors forhold ikke er tilgjengelig av kreditorenes krav, kan ikke tas med i vurderingen.⁵⁸ Ellers ville skyldneren få en fordel av egen rettsstridig adferd og forsøk på kreditorunndragelse.

Heller ikke omstøtelige transaksjoner kan tas med i insuffisiensvurderingen.⁵⁹ Dette må ses i sammenheng med at omstøtelse er en virkning av konkurs.⁶⁰ De samme eiendelene kan da ikke inngå i vurderingen av om konkurs skal åpnes.⁶¹ Det samme gjelder formuesgoder som vil inngå i konkursboet som følge av kreditorrekstingsjon.⁶²

⁵⁴ NOU 1972:20 s. 123

⁵⁵ Andenæs (2009) s. 68 og Wiker (2003) s. 228

⁵⁶ NOU 1972:20 s. 242. Dette omtales som universalitetsprinsippet, se Rt. 2013 s. 556 (47) flg.

⁵⁷ Jf. NOU 1972:20 s. 123, LB-2017-197741 og LB-2018-136478. Se også NOU 1972:20 s. 243.

⁵⁸ Jf. NOU 1972:20 s. 123, Rt. 1950 s. 1132, side 1133 og Rt. 1977 s. 1235, side 1248-1249. Se også RG-1981-999 (Oslo skifterett).

⁵⁹ NOU 1972:20 s. 122

⁶⁰ Jf. Deknl. § 5-1. Ulovfestet omstøtelse er det ikke grunnlag for etter norsk rett, jf. NOU 1972:20 s. 284-285, Rt. 2014 s. 922 (18) og (19) og HR-2018-1265-A (62)

⁶¹ Tilsvarende Andenæs (2009) s. 68, Brækhus I (1991) s. 127 og Wiker (2003) s. 228

⁶² Brækhus I (1991) s. 127. Dette må gjelde selv om kreditorrekstingsjon ikke er forbeholdt konkurs på samme måte som omstøtelse.

Hvorvidt skyldnerens regressfordringer skal tas med i insuffisiensvurderingen er etter gjeldende rett noe uklart.⁶³ Trolig inngår de i insuffisiensvurderingen hvis skyldneren har tilstrekkelig med likvide midler til å betale fordringen som utløser regresskravet. I så fall kan skyldneren dekke fordringen uten å være insolvent, samtidig som kreditorene kan få full dekning for sine krav.⁶⁴

I motsetning til illikviditetsvurderingen, er det i insuffisiensvurderingen også relevant å se hen til tungt realiserbare aktiva som ikke kan realiseres før forfall eller som skader virksomheten. Dette følger direkte av ordlyden, som fastslår at det er uten betydning om oppfyllelsen av forpliktelsene blir forsinket ved salg av eiendelene.

Denne forskjellen må ses i sammenheng med de to vilkårenes ulike formål. Illikviditetsvilkåret skal forhindre tvangslikvidasjon av levedyktige virksomheter, mens insuffisiensvilkåret skal forhindre konkursåpning i en situasjon som ville gitt 100 % dividende og kreditorene kunne oppnådd full dekning for sine krav ved enkeltforfølgning.⁶⁵ Det er derfor ikke nødvendig med et bestemt realisasjonstidspunkt for å oppfylle insuffisiensvilkårets formål.

2.3.3.4 *Fremtidige inntekter*

Hvis de nåværende eiendelene ikke er tilstrekkelige til å dekke gjelden, må disse suppleres med eventuelle fremtidige nettoinntekter. Det er summen av nåværende eiendeler og fremtidige inntekter som etter ordlyden er avgjørende for om insuffisiensvilkåret er oppfylt.

Hvilken tidsramme som legges til grunn for de fremtidige nettoinntektene, kan heller ikke besvares generelt. Kan skyldneren vise til inngåtte avtaler som vil gi rett til et pengekrav, må nok i hvert fall denne tidshorisonten legges til grunn for insuffisiensvurderingen. Uten konkrete holdepunkter for fremtidige inntekter må nok domstolene foreta en skjønnsmessig vurdering som tar sikte på å være så realistisk som mulig. En veiledende tidshorisont kan nok være en tenkt avviklingsprosess eller bobehandlingens lengde, ettersom inntekter i denne perioden uansett vil tilfalle boet.⁶⁶

⁶³ Høyesterett ga i Rt. 1895 s. 640 et benektende svar. Avgjørelsen er imidlertid formelt begrunnet, kritisert og dessuten gammel, se Brækhus I (1991) s. 129. Det kan også spørres om avgjørelsen er fraveket ved konkursloven av 1984, jf. NOU 1972:20 s. 123.

⁶⁴ Brækhus I (1991) s. 129. Tilsvarende Andenæs (2009) s. 67 og Nazarian (2012) s. 34.

⁶⁵ NOU 1972:20 s. 122 og Rt. 1903 s. 391, side 392

⁶⁶ Tilsvarende Huser (1995) s. 298

2.3.3.5 Verdssettelsesprosessen

Når eksistensen av skyldnerens formuesgoder er kartlagt, må disse verdsettes. Verdivurderingen skal være mest mulig realistisk og forsøke å gi et korrekt bilde av hvilke dekningsmuligheter kreditorene har på vurderingstidspunktet.⁶⁷ Er skyldneren regnskapspliktig etter regnskapsloven, vil et naturlig utgangspunkt kunne være selskapets regnskaper. Disse verdiene er imidlertid ikke avgjørende.

Formuesgodene skal som hovedregel verdsettes etter realisasjonsverdi. Begrunnelsen for dette er at enhver fordringshaver kan fremtvinge en realisasjon ved enkeltforfølging. Andre verdssettelsesprinsipper kan etter en konkret vurdering likevel være aktuelle dersom dette gir det riktige uttrykket for hva formuesgodet vil innbringe ved realisasjon.⁶⁸

Det er likevel ikke gitt at verdssettelsen må gjøres med utgangspunkt i en tvangssituasjon. Er det klart at skyldneren vil realisere de aktuelle formuesgodene frivillig og at dette vil være mer innbringende, skal denne verdien legges til grunn.⁶⁹

Et annet spørsmål er hvilken tidsramme som skal legges til grunn for verdssettelsen. Hensynet til kreditorene og deres behov for oppgjør medfører at realisasjonen må forutsette å skje "*innen rimelig tid*".⁷⁰ Siden alternativet ofte er tvangsrealisasjon ved namsmyndighetene kan den tiden dette vil ta kunne være veiledende, alternativt en gjennomsnittlig bobehandling.⁷¹

2.4 Typiske innsigelser og usikkerhetsmomenter

Som redegjørelsen av konkursåpningsvilkårene i kapittel 2.2 og 2.3 viser, nødvendiggjør konkursloven § 60, jf. § 61 en omfattende, komplisert og kompleks bevisvurdering, hvor det vil kunne oppstå en rekke usikkerhetsmomenter knyttet til fortidige, nåtidige og fremtidige forhold. Dette gjelder spesielt der eksistensen av skyldnerens aktiva eller passiva er omtvistet og beror på en prejudisiell avgjørelse som krever at dommeren anvender andre rettsregler. For eksempel hvis eiendomsretten til et formuesgode er omtvistet og beror på om det er inngått en avtale.

⁶⁷ NOU 1972:20 s. 122 flg. Tilsvarende Wiker (2003) s. 229

⁶⁸ Se NOU 1972:20 side 123 og Rt. 1997 s. 931 side 936. Se også NOU 1972:20 side 123. Se også Wiker (2003) s. 229

⁶⁹ NOU 1972:20 side 123

⁷⁰ NOU 1972:20 side 124. Se også LB-2017-197741.

⁷¹ Til dels tilsvarende Huser (1988) s. 115-116

Det er likevel sjelden at det foreligger usikkerhet knyttet til samtlige rettsfakta og at full prøving av vilkårene foretas.⁷² Som regel vil usikkerheten knytte seg til enkelte av de overnevnte rettsfaktaene. Hvilke usikkerhetsmomenter som oppstår, avhenger derfor i stor grad av hvilke innsigelser som blir fremsatt i forbindelse med konkurssaken. En fullstendig oversikt over aktuelle innsigelser er verken mulig eller interessant å gi. Her skal jeg derfor nøye meg med noen typetilfeller av innsigelser og usikkerhetsmomenter som dommeren ofte står ovenfor i konkursåpningssaker.

I forbindelse med fordringshavervilkåret vil usikkerheten typisk være knyttet til om konkursrekvirenten er rett kreditor⁷³, konkursskyldneren er rett debitor⁷⁴, kravets eksistens⁷⁵, kravets dividendeberettigelse⁷⁶, konkursskyldnerens motkrav overskrider konkursrekvirentens krav⁷⁷ og om konkursrekvirenten har gitt avkall på retten til å benytte kravet som konkursgrunnlag.⁷⁸

I forbindelse med insolvensvilkåret vil usikkerheten for begge elementer typisk være knyttet til eksistensen av aktiva⁷⁹ og passiva,⁸⁰ passivaenes størrelse⁸¹ og aktivaenes verdi.⁸²

I forbindelse med illikviditetsvilkåret vil det i tillegg typisk være knyttet usikkerhet til forpliktelsenes forfallstid⁸³ og illikviditetens lengde.⁸⁴

⁷² Huser (1988) s. 135

⁷³ Se Rt. 1998 s. 2041 (ugyldig kreditorskifte) og LB-2004-19410 (ugyldig kreditorskifte)

⁷⁴ Se Rt. 1993 s. 452 (debitorskifte), LB-2014-180720 (feil debitor) og LG-2018-119060 (feil debitor)

⁷⁵ Se Rt. 1983 s. 716 (manglende rettsgrunnlag og ugyldighet), Rt. 1994 s. 889 (manglende rettsgrunnlag), LB-2003-2429 (bristende forutsetninger), LB-2003-9811 (ugyldighet) og LB-2014-83586 (manglende rettsgrunnlag)

⁷⁶ Se Rt. 1956 s. 300 (betryggende pantesikkerhet), Rt. 1993 s. 868 (foreldelse) og LE-1995-564 (foreldelse)

⁷⁷ Se Rt. 1953 s. 745, Rt. 1989 s. 1392 og LE-1995-564.

⁷⁸ Se Rt. 1974 s. 103, Rt. 1993 s. 452, RG 1996 s. 108 (Frostating lagmannsrett) og LB-2018-126577

⁷⁹ Se LB-1999-812 (fast eiendom i utlandet), LG-2003-14959 (fremtidige inntekter), LB-2008-22124 (eiendomsrett til hytteområde) og LB-2017-197741 (reelle fordringer)

⁸⁰ Se Rt. 1994 s. 889 og LB-2011-3563

⁸¹ Se LG-2018-119060, LB-2018-136478 og LG-2019-2562

⁸² Se LB-2015-180538 (kreditorenes betalingsevne), LB-2017-197741 (kreditorenes søkegodhet), LB-2018-15994 (kreditorenes betalingsevne og søkegodhet) og LB-2018-136478 (eiendeler i utlandet)

⁸³ Se LG-1994-1358 og LE-2013-138524

⁸⁴ Se LA-2010-169196, LB-2015-180538 og LB-2017-81589

3 Beviskrav

3.1 Innledning

Eksistensen av de faktiske omstendighetene som det er redegjort for i kapittel 2 må dommeren ta stilling til ved en "fri bevisvurdering".⁸⁵ Prinsippet om fri bevisvurdering innebærer at dommeren står fritt til å fastsette bevisenes bevisverdi og ved valg av metode for bevisbedømmelsen.⁸⁶ Faktum må derfor fastsettes ved konkret anvendelse av generelle erfaringssetninger⁸⁷ på de fremsatte bevisene og ikke ved hjelp av mer generelle prinsipper.⁸⁸ Frihet i bevisvurderingen regnes for å være sannhetsfremmende og prinsippet er dermed begrunnet i hensyn til sannhetssøken.⁸⁹

At bevisvurderingen er "fri" innebærer imidlertid ikke at den er fullstendig blottet for rettslig regulering. Bevisvurderingen er for det første forutsatt å være rasjonell. Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom tvistelovens forarbeider, hvor det står at bevisene skal vurderes "*samlet, grundig og samvittighetsfullt*".⁹⁰

For det andre er bevisvurderingen normert av beviskrav. Beviskravet er en rettslig betingelse for når retten kan legge en faktumpåstand til grunn som rettsfaktum i en rettsavgjørelse. Beviskravet skal sikre rasjonalitetsforutsetningen ved å fungere som en terskelverdi for hvor sikker dommeren må være med hensyn til faktumpåstandens riktighet for å legge den til grunn.⁹¹ Beviskravet angir dermed motsetningsvis hvilken usikkerhetsgrad som aksepteres for at bevisvurderingen fortsatt regnes som rasjonell. I tillegg til å ivareta rasjonalitetsforutsetningen, ivaretar beviskravsreglene hensynet til likebehandling og forutberegnelighet i bevisvurderingen.⁹²

⁸⁵ Tvisteloven § 21-2, jf. Konkursloven § 149. Tvisteloven § 21-2 kodifiserer det generelle prinsippet om fri bevisvurdering og har vært gjeldende rett før tvistelovens ikrafttredelse. Se NOU 2001:32 A s. 456-457

⁸⁶ NOU 2001:32 A s. 457 og Løvlie (2014) s. 289. Se også Robberstad (2018) s. 291 og 298. Med bevisverdi menes hvilken vekt det enkelte bevis tillegges i bevisvurderingen.

⁸⁷ Med erfaringssetninger menes en generell påstand om korrelasjon mellom faktiske fenomener basert på erfaring.

⁸⁸ NOU 2001:32 A s. 458-459 og Rt. 2001 s. 543, side 544-545. Se også Løvlie (2014) s. 289. Høyesterett uttalelser om bevisverdi har derfor ikke prejudikatvirkning. De kan derimot være uttrykk for alminnelige erfaringssetninger. Se NOU 2001:32 A 458-459 og Løvlie (2014) s. 295. HR-2018-2344-A er et illustrerende eksempel.

⁸⁹ NOU 2001:32 A s. 458. Se også Løvlie (2014) s. 285.

⁹⁰ NOU 2011:32 A s. 458. Se også Jerkø (2016) s. 240, Løvlie (2014) s. 285-286 med videre henvisninger og s. 288 med videre henvisninger, Skoghøy (2017) s. 914 og Strandberg (2012) s. 326 med videre henvisninger.

⁹¹ Løvlie (2014) s. 323, Skoghøy (2017) s. 911 og Strandberg (2012) s. 17.

⁹² Strandberg (2012) s. 335

Hvordan beviskravet formuleres avhenger av hvilken bevisteoretisk tilnærming rettssystemet har til spørsmålet.⁹³ I norsk rett bygger man på sannsynlighetsteori og det norske beviskravet er derfor formulert som et sannsynlighetskrav.⁹⁴ Sannsynlighetsbegrepet som benyttes ved angivelsen av dette sannsynlighetskravet er imidlertid ikke et matematisk eller statistisk sannsynlighetsbegrep, men et uttrykk for dommerens subjektive sannsynlighetsanslag av hvilken støtte en viss påstand har i bevissituasjonen⁹⁵ etter en rasjonell vurdering.⁹⁶

Den sivilrettslige hovedregelen er at retten skal legge til grunn den faktumpåstand som er mest sannsynlig.⁹⁷ Det er et krav om absolutt sannsynlighetsovervekt og innebærer at én av de fremsatte faktumpåstandene må være mer enn 50 % sannsynlig.⁹⁸ Begrunnelsen for overvektsprinsippet er at partenes interesser i sivile saker er *"likeverdige og kontrære, og at en ved å nøye seg med sannsynlighetsovervekt totalt sett sikrer flest materielt riktige dommer"*.⁹⁹ Overvektsprinsippet formål er dermed ikke bare å fordele og plassere risikoen for usant faktum mellom partene, men også å redusere usannhetsrisikoen mest mulig. Dette i motsetning til for eksempel det strafferettslige beviskravet som reduserer risikoen for usanne *domfellelser* og som dermed kun angir en fordeling og plassering av usannhetsrisikoen.¹⁰⁰

I det følgende skal jeg redegjøre for beviskravene i konkursloven § 60, jf. § 61. Dette innebærer først og fremst en redegjørelse av hvilke terskelverdier som gjelder for de ulike rettsfakta i bestemmelsen. Videre undersøkes det hvor mange bevisemaer bestemmelsen består av, ettersom dette får betydning for adgangen til å kumulere tvil knyttet til flere rettsfakta under den enkelte beviskrav. Avslutningsvis vil det bli undersøkt om beviskravene i konkursloven § 60, jf. § 61 stiller krav til faktumpåstandenes robusthet.

⁹³ Eide (2016) s. 14 og Løvlie (2014) s. 351.

⁹⁴ Eide (2016) s. 14 og Strandberg (2012) s. 415. Sannsynlighetsteorier er kritisert for å gi et urealistisk bilde av hvordan bevisvurderingen faktisk foregår og for å være et urealistisk ideal for bevisvurderingen. Se eksempelvis Graver (2009) særlig s. 197, 201 og 209-2014, Kolflaath (2004) særlig s. 287-292 og Robberstad (2018) s. 301. Mot kritikken kan det innvendes at mennesker er vant til å tenke i sannsynligheter, se Eide (2016) s. 21 med videre henvisninger. Slik forstår jeg også Hov (2017) s. 258.

⁹⁵ Med bevissituasjonen menes samtlige bevis bevisvurderingen kan bygge på i en rettssak.

⁹⁶ Dette omtales gjerne som det *epistemiske* eller *logisk-epistemiske sannsynlighetsbegrepet* og står i kontrast til det *aletiske*. Se henholdsvis Kolflaath (2004) s. 283-287 og Strandberg (2012). Tilsvarende Graver (2009) s. 209. Lignende Skoghøy (2017) s. 912. Noe annerledes Hov (2017) s. 243 og Jerkø (2016) s. 65.

⁹⁷ Jf. Blant annet NOU 2001:32 A side 455 og 459, Rt. 1992 s. 64 side 70 og Rt. 2008 s. 1548 (39) og. Tilsvarende Skoghøy (2017) s. 914-915

⁹⁸ Rt. 1992 s. 64 side 70 og NOU 2001:32 side 459. Tilsvarende Skoghøy (2017) s. 915

⁹⁹ Rt. 2008 s. 1548 (39). Riktigheten av disse premissene og begrunnelsen for overvektsprinsippet som sivilrettens hovedregel problematiseres av Strandberg. Se Strandberg (2012) s. 461 flg., særlig side 513-514. Jerkø (2016) s. 297-312 svarer på innvendingene.

¹⁰⁰ Rt. 1998 s. 1945, side 1947. Se også Løvlie (2014) s. 330

3.2 Fordringshavervilkåret

Verken ordlyden eller forarbeidene til konkursloven § 60 gir veiledning om hvilket beviskrav som gjelder for fordringshavervilkåret. I tråd med den sivilrettslige hovedregelen tilsier dette at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Høyesterett har imidlertid slått fast at det gjelder et forsterket beviskrav for fordringshavervilkåret. Tradisjonelt er dette formulert som et krav om *"betydelig sannsynlighetsovervekt"*¹⁰¹, som i Rt. 2012 s. 1310 ble forstått som *"synonymt med «klar» sannsynlighetsovervekt"*.¹⁰² Begrunnelsen for det forsterkede beviskravet er at *"konsekvensene av en uriktig avgjørelse om konkursåpning vil være vesensforskjellige for partene, og at det normalt vil være vesentlig mer betenkelig med en uriktig konkursåpning enn en feilaktig nektelse av å åpne konkurs"*.¹⁰³ Fordringshavervilkårets beviskrav gir dermed anvisning på en fordeling av usannhetsrisikoen til rekvirentens ulempe. Denne fordelingen øker risikoen for usanne konkursnektelser, men reduserer risikoen for usanne konkursåpninger.

Utover dette er det vanskelig å konkretisere beviskravets nærmere innhold på bakgrunn av foreliggende rettspraksis. I Rt. 1994 s. 889 på side 891 og Rt. 2003 s. 909 uttales det at fordringshavervilkårets beviskrav ikke er like strengt som kravet til "klar" gjeld etter konkursloven § 63, hvor det kreves *"meget høy grad av sannsynlighet"*.¹⁰⁴ I Rt. 2012 s. 1902 avsnitt 18 er dette presisert ytterligere, hvor det uttales at beviskravet etter konkursloven § 60 er *"noe lavere"* enn beviskravet i konkursloven § 63. I LB-2006-15895 er det uttalt at "klar sannsynlighetsovervekt" er vesentlig strengere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Hva som er noe lavere enn meget høy grad av sannsynlighet, men vesentlig strengere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, er det vanskelig å trekke noen sikre slutninger om utover at det må kreves høy grad av sannsynlighet. Sammenligningen med beviskravet i konkursloven § 63 gir likevel et utgangspunkt for en dypere forståelse av beviskravet i konkursloven § 60. Ved å analysere hvilke formål og forutsetninger dette beviskravet skal ivareta, kan det gi mer konkrete holdepunkter for hvilken terskelverdi som følger av fordringshavervilkårets beviskrav.

¹⁰¹ Rt. 2004 s. 118 (16). Se også Rt. 2012 s. 1902 (19)

¹⁰² Avsnitt 17. I utgangspunktet kunne det vært reist spørsmål om Rt. 2012 s. 1310 i realiteten innebar en ytterligere forsterkelse av beviskravet. "Betydelig" og "klar" fremstår ikke umiddelbart som synonymer og er heller ikke fulgt opp i Rt. 2012 s. 1902. Siden ankeutvalget likevel er tydelige på at de ved omformuleringen ikke endret rettsstillingen forfølges ikke problemstillingen videre.

¹⁰³ Rt. 2012 s. 1310 (17)

¹⁰⁴ Rt. 1994 s. 889 side 891

I forarbeidene til konkursloven § 63 uttales det at beviskravet ble valgt for å unngå at *"fremgangsmåten etter utkastet brukes som press ved inndrivning av tvilsomme krav"*.¹⁰⁵ Tolker man denne uttalelsen antitetisk, tilsier dette at konkursloven § 63 kun kommer til anvendelse på krav som ikke er tvilsomme. Skal et omtvistet krav ikke være tvilsomt, må det være fordi det er åpenbart at konkursskyldneren ikke kan vinne frem med sin innsigelse. Ut fra forarbeider virker det til at konkursloven § 63 vanskelig kan komme til anvendelse på omtvistede krav overhodet og at det nærmest kreves tvangsgrunnlag for at beviskravet er oppfylt.

Det samme er lagt til grunn i Rt. 2003 s. 909. Ankeutvalget uttaler i avsnitt 13 og 14 at lagmannsretten ikke ga uttrykk for en uriktig forståelse av beviskravet i konkursloven § 63 når de uttalte at det *"som utgangspunkt ikke [er] kurrant [sic.] å etablere insolvenspresumsjon på en fordring som er omstridt og hvor det underliggende saksforhold er så vidløftig og komplisert som her"*.

Det samme er lagt til grunn i underrettspraksis. I LF-1994-89 uttaler lagmannsretten at hvis *"[d]ersom det for den ene eller begge av disse postene foreligger faktiske eller rettslige uklarheter, er det lite tvilsomt at klarhetsvilkåret i konkursloven § 63 ikke er oppfylt."* Det samme kommer til uttrykk i LF-2011-37454 og LH-2017-22371. I førstnevnte sak kom konkursloven § 63 ikke til anvendelse fordi skyldneren anførte at store deler av gjelden var foreldet. I sistnevnte var det tilstrekkelig at fordringens omfang var omtvistet.¹⁰⁶

Fordringshavervilkåret forutsettes derimot å kunne være oppfylt selv om konkursgrunnlaget er omtvistet. Lovgiver har bevisst unnlatt å kreve tvangsgrunnlag for konkursbegjæringer etter konkursloven § 60, jf. § 61 fordi det skal være mulig å åpne konkurs raskt for å forhindre ytterligere svekkelse av boet. Det samme følger dessuten av rettspraksis.¹⁰⁷

Gradsforskjellen mellom beviskravet i konkursloven § 63 og fordringshavervilkåret i § 60 kan derfor forstås slik at førstnevnte kun unntaksvis vil være oppfylt uten tvangsgrunnlag, mens sistnevnte ikke må praktiseres slik at det i realiteten stilles krav om tvangsgrunnlag. "Høy grad av sannsynlighet" kan derfor ikke forstås strengere enn at det fortsatt vil være mulig å åpne konkurs uten at rekvirenten har tvangsgrunnlag for sin fordring.¹⁰⁸

¹⁰⁵ NOU 1972:20 s. 127. Dette er fulgt opp i rettspraksis, se Rt. 1989 s. 669.

¹⁰⁶ Se også LB-2018-33722

¹⁰⁷ Se Rt. 1989 s. 1392, side 1393 og LB-2018-126577

¹⁰⁸ Tilsvarende Andenæs (2009) s. 14

Verken rettspraksis eller forarbeidene angir beviskravet i tallfestede sannsynligheter.¹⁰⁹ Kristian Huser anslår imidlertid i "*Gjeldsforhandling og konkurs bind 2*" på side 41 at det kreves "*i hvert fall 60-70 % sannsynlighet*", men uten å si noe om forholdet til konkursloven § 63.

Flere av høyesterettsavgjørelsene som formulerer det forsterkede beviskravet gjør dette ved å henviser til Huser, men uten en direkte gjengivelse av prosentanslaget eller tiltredelse av dette.¹¹⁰ En direkte gjengivelse av Husers prosentanslag finnes derimot i LB-2013-89802. Det kan derfor spørres om gjeldende rett gir grunnlag for å kvantifisere beviskravet i en tallfestet sannsynlighet.

Etter dagens forståelse av metodelæren kan det imidlertid ikke trekkes noen sikre slutninger av om disse henvisningene og gjengivelsene innebærer en tiltredelse av Husers prosentanslag. Juridisk litteraturs relevans er i seg selv omdiskutert, og det er både uklart og omdiskutert om det kan trekkes noen slutninger fra domstolenes henvisninger, eller om disse bare utslag av god henvisningsskikk. Frem til Høyesterett selv angir beviskravet som et tallfestet prosentkrav, kan derfor Husers prosentanslag virke som et pedagogisk hjelpemiddel, men ikke tillegges noen selvstendig rettslig betydning.

Kort oppsummert gjelder et det krav om betydelig eller klar sannsynlighetsovervekt for fordringshavervilkåret i konkursloven § 60. Beviskravets innhold kan på grunnlag av de foreliggende rettskildefaktorer angis kvalitativt som vesentlig høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men noe lavere enn meget høy sannsynlighetsovervekt. Selv om det kreves høy sannsynlighetsgrad, må beviskravet praktiseres i overensstemmelse med konkursinstituttets formål og det må derfor ikke oppstilles en terskelverdi som innebærer at det i realiteten kreves tvangsgrunnlag for fordringen. En kvantifisering på 60-70 % kan være veiledende, men ikke avgjørende.

Terminologisk er det derimot noe uheldig at både beviskravet i konkursloven § 63 og beviskravet for fordringshavervilkåret slik det er formulert i Rt. 2012 s. 1310 benytter uttrykket "klar", når det er forutsatt å være en gradforskjell mellom dem. Særlig siden beviskravet i konkursloven § 63 benyttes for å definere det nærmere innholdet av fordringshavervilkårets beviskrav.

¹⁰⁹ Kvantifisering av beviskrav er et omtvistet og usikkert tema. Den rådende oppfatningen synes å være at dette kan være et pedagogisk hjelpemiddel, men ikke danne grunnlag for slutninger om gjeldende rett. Se blant annet Robberstad (2018) s. 301. Se Jerkø (2016) s. 262 flg. for en oppsummering av innvendingene, samt forfatterens svar på disse. For egen del fremstår det noe paradoksalt at man i norsk rett insisterer på å forstå beviskravet som et sannsynlighetskrav uten at man ønsker å angi det i tallfestede sannsynligheter.

¹¹⁰ Se Rt. 1994 s. 889, Rt. 2004 s. 118 og Rt. 2012 s. 1310

Hvilke grunner ankeutvalget i Rt. 2012 s. 1310 hadde til å foreta en terminologisk omformulering av beviskravet fremkommer ikke av kjennelsespremissene. Siden det ikke var ment å ha noen materiellrettslig betydning, er det nærliggende å anta at formålet var å få samsvar mellom konkursrettslig- og sivilprosessuell bevisterminologi. Ved å benytte kjent terminologi gir ankeutvalget rettsanvenderne en mer intuitiv forståelse av beviskravet selv om det materiellrettslig er uten betydning.

Ettersom Rt. 2012 s. 1310 brakte fordringshavervilkårets beviskrav i samsvar med sivilprosessuell terminologi, ville det være en fordel om beviskravet i konkursloven § 63 ble omformulert. For eksempel kunne man benyttet begrepet "åpenbart" og ved dette også fått brakt dette beviskravet i overensstemmelse med sivilprosessuell terminologi.¹¹¹ Siden beviskravet er inntatt i lovteksten, er imidlertid dette en lovgiveroppgave.

3.3 Insolvensvilkåret

Ordlyden i konkursloven § 60 gir ingen veiledning for hvilket beviskrav som gjelder for insolvensvilkåret. Det fremkommer imidlertid av legaldefinisjonen i konkursloven § 61 at skyldneren ikke vil være insolvent dersom det "antas" at illikviditeten er forbigående eller det "antas" at skyldneren er suffisient. Motsetningsvis tilsier dette at det ikke vil være tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det kreves sterke holdepunkter for at skyldneren er insolvent.

Dette er også lagt til grunn i Rt. 2012 s. 1310, hvor ankeutvalget uttaler at det også gjelder et krav om "betydelig" eller "klar" sannsynlighetsovervekt for insolvensvilkåret. Insolvensvilkårets beviskrav fraviker dermed også den risikofordeling overvektsprinsippet gir anvisning på.

Dette beviskravets nærmere innhold er det vanskelig å konkretisere på bakgrunn av foreliggende rettspraksis, men må, basert på analysen av fordringshavervilkårets beviskrav i kapittel 3.2, forstås slik at det krever høy grad av sannsynlighet. En prosentangivelse på 60-70 % kan også for insolvensvilkårets beviskrav være veiledende. Utover dette må insolvensvilkårets beviskrav praktiseres i tråd med insolvensvilkårets formål. Beviskravet må derfor ikke praktiseres strengere enn at kreditorene fortsatt har en reell mulighet for å få åpnet konkurs før boet er helt tappet for midler og en eventuell forfordeling av kreditorene er irreversibel.

¹¹¹ Se Skoghøy (2017) s. 913

3.4 Kumulering av tvil

3.4.1 Tvilskumulering formulert som et spørsmål om bevistemets omfang

I kapittel 3 har fokuset inntil videre vært rettet mot hvilke sannsynlighetskrav konkursåpningsvilkårenes beviskrav oppstiller for bevisvurderingen. I dette underkapittelet skal det undersøkes om bruk av sannsynlighetsteori ved forståelsen av beviskravet innebærer at de sannsynlighetsteoretiske regnereglene kommer til anvendelse ved dommerens vurdering av om beviskravet er oppfylt. For eksempel innebærer sannsynlighetsteoriens regneregler at sannsynligheten for to uavhengige hendelser må multipliseres med hverandre når sannsynligheten for kombinasjonen av hendelsene skal fastlegges. Er sannsynligheten for hendelse A 60 % og sannsynligheten for hendelse B 70%, vil sannsynligheten for hendelse A og B være 42 % ($0,6 \cdot 0,7 = 0,42$).¹¹² De sannsynlighetsteoretiske regnereglene innebærer dermed at tvil knyttet til flere omstendigheter kumuleres.

At sannsynlighetsteoriens regneregler er relevant for rettsanvendelsen og at tvil *kan* kumuleres, er lagt til grunn i både NOU 2001:32 A¹¹³ og Rt. 1999 s. 1519,¹¹⁴ og synes for øvrig å være allment akseptert.¹¹⁵ Spørsmålet er i hvilken *grad* de sannsynlighetsteoretiske regnereglene skal anvendes for å kumulere tvil knyttet til flere omtvistede rettsfakta når dommeren skal ta stilling til om beviskravet er oppfylt.

En konsekvent gjennomføring av de sannsynlighetsteoretiske regnereglene i rettslig bevisbehandling vil medføre at beviskravet fort vil bli for strengt. Sannsynligheten for eksistensen av samtlige rettsfakta vil alltid være lavere enn sannsynligheten for det enkelte rettsfaktum. Hvis for eksempel sannsynligheten for at rekvirenten er en "fordringshaver" er 70 % og sannsynligheten for insolvens er 70 %, er den samlede sannsynligheten for at konkursåpningsvilkårene er oppfylt kun 49 % ($0,7 \cdot 0,7 = 0,49$). Selv om det foreligger "betydelig" eller "klar" sannsynlighetsovervekt, slik dette beviskravet er kvantifisert i kapittel 3.2 og 3.3, for hvert av vilkårene isolert, er det ikke engang *alminnelig sannsynlighetsovervekt* for at konkurs kan åpnes. Spørsmålet om anvendelsen av de sannsynlighetsteoretiske regnereglene blir dermed samtidig et spørsmål om forståelsen av beviskravet: Er beviskravet et sannsynlighetskrav for at *rettsvirkningen* skal inntre eller for at *det enkelte vilkår* skal være oppfylt?

¹¹² Kolflaath (2008) s. 150 og Skoghøy (2017) s. 939-940. Denne regneregelen omtales som "multiplikasjonsregelen".

¹¹³ Side 459

¹¹⁴ Side 1576

¹¹⁵ Kolflaath (2008) s. 151. Se også Hov (2017) s. 258 og Skoghøy (2017) s. 939.

I norsk rett er spørsmålet forsøkt løst ved å dele rettsregelen opp i ett eller flere *bevistemaer*.¹¹⁶ Hvert bevistema er beheftet med et eget beviskrav og angir hvilke rettsfakta de sannsynlighetsteoretiske regnereglene kommer til anvendelse på.¹¹⁷ Spørsmålet om antall bevistemaer i en rettsregel får dermed stor rettslig betydning fordi antall bevistemaer blir styrende for adgangen til tvilskumulering og den reelle terskelverdien beviskravet oppstiller.¹¹⁸ I en hevings sak må det for eksempel foreligge en mangel, mangelen må være vesentlig og det må være reklamert i tide. Dersom disse tre spørsmålene betraktes som ett bevistema, må dommeren være 80 % sikker på at hvert av de tre vilkårene er oppfylt for at det skulle foreligge alminnelig sannsynlighetsovervekt ($0,8*0,8*0,8 = 0,512$). I realiteten ville beviskravet for heving dermed være tett opptil det strafferettslige beviskravet "utover enhver rimelig tvil". Hvis mangelsspørsmålet, vesentlighetsspørsmålet og reklamasjonsspørsmålet er separate bevistemaer, vurderes det enkelte spørsmål separat under hvert sitt beviskrav. Dommeren kan da gi medhold i hevingskravet til tross for relativt stor usikkerhet for om det er riktig å idømme *rettsvirkningen* ($0,51*0,51*0,51 = 0,1326 = 13 \%$).

I den videre undersøkelsen av i hvilken grad dommeren kan kumulere tvil knyttet til flere omtvistede rettsfakta i konkursåpningssaker begjært etter konkursloven § 60, jf. § 61, vil jeg i tråd med rådende oppfatning gjøre dette ved å undersøke bestemmelsens bevistemaer. Problemstillingen blir dermed hvor mange bevistemaer konkursloven § 60, jf. § 61 består av og omfanget av disse bevistemaene. Jeg vil derfor først drøfte om de to konkursåpningvilkårene utgjør ett bevistema, eller to separate bevistemaer. Deretter vil jeg drøfte om eksistensen av noen av de rettsfaktaene som det er redegjort for under kapittel 2 utgjør separate bevistemaer.

Fordi spørsmålet om bevistemaets omfang i realiteten er et rettslig spørsmål om forståelsen av beviskravet og tvilskumulering, må det besvares med utgangspunkt i vanlig juridisk metode. Lovtekst, forarbeider og rettsavgjørelser er imidlertid sjelden skrevet med bevisreglene for øyet og gir derfor begrenset veiledning for fastleggelsen av bevistemaets omfang. I de fleste tilfeller må derfor spørsmålet om bevistemaets omfang besvares etter en konkret avveining av

¹¹⁶ Se NOU 2001:32 A side 459 og Rt. 1999 s. 1569 side 1576

¹¹⁷ *Bevistema* betyr i utgangspunktet bare det som skal bevises. Ethvert rettsfaktum kan derfor være et bevistema avhengig av hva som skal bevises i den enkelte sak. I denne sammenheng benyttes det derimot i en spesiell betydning for å angi de sannsynlighetsteoretiske regnereglens anvendelsesområde. Se Kolflaath (2008) s. 150 med videre henvisninger. Se også Strandberg (2012) s. 411 flg., som omtaler slike bevistema som *beviskravstema*.

¹¹⁸ Fordi inndelingen av bevistema gis så stor betydning i spørsmålet om tvilskumulering går den gjerne under navnet "debatten om bevistemaets omfang". For en oversikt over diskusjonen og rådende oppfatninger, se Kolflaath (2008) s. 150-157 og Strandberg (2012) 445 flg.

om reelle hensyn tilsier at tvil knyttet til eksistensen av flere usikre faktiske omstendigheter bør kumuleres.¹¹⁹

Tvistelovens forarbeider utgjør likevel et unntak. NOU 2001:32 A fastslår på side 459 at kumulative eller alternative betingelser for at en rettsvirkning skal inntre, som hovedregel vil være separate bevistemaer.¹²⁰ Som alminnelig utgangspunkt er det derfor ett beviskrav knyttet til hvert vilkår og det er ikke adgang til å kumulere tvil på tvers av vilkårene.

3.4.2 Konkursåpningsvilkårene forstått som separate bevistemaer

Ordlyden i konkursloven § 60 gir ingen veiledning for hvor mange bevistemaer bestemmelsen består av. Heller ikke forarbeidene til konkursloven inneholder uttalelser om beviskravet, bevistemaer eller tvilskumulering. Hovedregelen i tvistelovens forarbeider tilsier dermed at fordringshavervilkåret og insolvensvilkåret er separate bevistemaer.

Dette samme synes lagt til grunn i rettspraksis. Selv om beviskravet er det samme for de to vilkårene, knytter ankeutvalget i Rt. 2012 s. 1310 selvstendige beviskrav til det enkelte vilkår og ikke til rettsvirkningen som sådan.

Dette underbygges også av underrettspraksis. Der begge vilkår er omtvistet, behandles disse separat og vurderes opp mot hvert sitt beviskrav, med hver sin konklusjon.¹²¹

En mulig innvending kan være at beviskravets formål er å motvirke feilaktig konkursåpninger. Rettsvirkningen "konkurs" inntreer først når begge vilkår er oppfylt. Dette kan tale for at man må kumulere tvil på tvers av vilkårene ettersom sannsynligheten for feilaktige konkursåpninger blir mindre hvis man kumulerer tvil på tvers av vilkårene.

De to vilkårene retter seg imidlertid mot ulike subjekter og har ulike formål. Fordringshavervilkåret retter seg mot rekvirentens posisjon og skal sikre at den som begjærer konkurs åpnet har en reell interesse i konkursåpning. Insolvensvilkåret retter seg derimot mot skyldnerens økonomiske situasjon og skal forhindre konkursåpning hos levedyktige virksomheter. Dette tilsier at det er mest hensiktsmessig å betrakte de to vilkårene som separate bevistemaer.

Det vil dessuten være adgang for rekvirenten å få fastsettelsesdom for sin fordring. Dette tilsier at fordringshavervilkåret bør være et eget bevistema.¹²²

¹¹⁹ Skoghøy (2017) s. 940

¹²⁰ Tilsvarende Skoghøy (2017) s. 941. Annerledes Hov (2017) s. 258-259.

¹²¹ Se LB-2018-15994 og LG-2018-119060

¹²² Tilsvarende Eckhoff (1943) s. 103-104 og Strandberg (2012) s. 447

Tatt de overnevnte argumentene i betraktning, og i tråd med tvistelovens hovedregel, tilsier de beste grunner at fordringshavervilkåret og insolvensvilkåret betraktes som separate bevistemaer. Tvil knyttet til eksistensen av de respektive vilkårenes rettsfakta kan derfor ikke kumuleres. I realiteten kan det derfor åpnes konkurs selv om det ikke engang foreligger 50 % sannsynlighet for at konkursåpningsvilkårene foreligger ($0,7*0,7 = 0,49$).

3.4.3 Omfanget av fordringshavervilkårets bevistema

3.4.3.1 Innledning

Neste spørsmål er om de rettsfakta som er nevnt i kapittel 2.2 er ett bevistema eller om de utgjør separate bevistemaer.

Hvorvidt rekvirenten er rett kreditor, skyldneren rett debitor eller kravet er dividendeberettiget, er forhold som må foreligge og som retter seg direkte mot rekvirentens posisjon som fordringshaver. Det er derfor naturlig å betrakte disse som elementer i ett bevistema.¹²³ Hvis det for eksempel er tvil knyttet til om rekvirentens fordring eksisterer, rekvirenten er rett debitor og skyldneren er rett kreditor, må denne tvilen kumuleres i vurderingen av om det foreligger "betydelig" eller "klar" sannsynlighetsovervekt for at konkursrekvirenten er en fordringshaver.

Dette stiller seg derimot annerledes for de tilfellene hvor skyldneren anfører at vedkommende har et motkrav som overskrider rekvirentens krav eller at rekvirenten har fraskrevet seg retten til å benytte fordringen som konkursgrunnlag ved avtale. Dette er faktiske forhold som, sett fra konkursrekvirentens perspektiv, *ikke* må foreligge. Fordi det er vesentlig lettere å bevise *eksistensen* av faktiske forhold enn fraværet av dem, kan det være rimelig å betrakte disse som selvstendige bevistemaer.

Umiddelbart fremstår det ikke som rimelig at tvil knyttet til fraværet av skyldnerens motkrav eller rekvirentens avkall på å bruke sin fordring som konkursgrunnlag, skal kumuleres med tvil knyttet til om for eksempel rekvirentens fordring beror på en gyldig avtale. For å bevise at rekvirenten er en fordringshaver med 70 % sikkerhet, vil da både rekvirentens fordring og fraværet av skyldnerens motfordring måtte fastslås med 84 % sikkerhet ($0,84*0,84 = 0,71$). Hvis dommeren finner det 25 % sannsynlig at rekvirentens fordring beror på en ugyldig avtale og 25 % usannsynlig at skyldnerens motfordring ikke eksisterer, vil dette være tilstrekkelig til å forhindre konkursåpning ($0,75*0,75 = 0,56$). Dersom motregnings- og avtaleinnsigelser er

¹²³ Der kravet er sikret med betryggende pant, vil muligens svaret bero på om innsigelsen retter seg mot konkursgrunnlagets dividendeberettigelse eller om dette påberopes som konkurshindring etter konkursloven § 64. Forholdet til konkursloven § 64 forfølges ikke videre her.

elementer i fordringshavervilkårets bevistema, vil dette medføre at skyldneren tildeles en svært liten del av usannhetsrisikoen på rekvirentens bekostning.

Konkursskyldneren vil dessuten kunne få både fastsettelsesdom for sin motfordring og for at konkursrekvirenten har gitt avkall på retten til å benytte sin fordring som konkursgrunnlag. Dette tilsier at motregnings- og avtaleinnsigelser er av en slik selvstendig karakter at de bør betraktes som separate bevistemaer.

3.4.3.2 Særlig om motregningsinnsigelser

Motregningsinnsigelser retter seg samtidig mot fordringshaverens posisjon og interesse i å begjære skyldnerens konkurs. Konkursrekvirent som ikke har et krav mot skyldneren på grunn av motregning, har like liten interesse i å begjære skyldneren konkurs som en rekvirenter som ikke har et krav mot skyldneren fordi det påberopte kravet beror på en ugyldig avtale. Dette tilsier at motregningsinnsigelsen kun er et element i fordringshavervilkårets bevistema.

En slik forståelse er det også holdepunkter for i underrettspraksis. I LF-1997-661 hadde skyldneren fremsatt en motregningsinnsigelse. I forbindelse med behandlingen av innsigelsen uttalte lagmannsretten at konkursloven § 60 stiller krav om at rekvirenten *"har et nettokrav mot skyldneren"*. Lagmannsrettens behandling av innsigelsen som et spørsmål om kravets eksistens og ikke som et selvstendig spørsmål, fremstår motregningsspørsmålet som et element i fordringshavervilkårets bevistema fremfor å utgjøre et separat bevistema.

Det samme synes lagt til grunn i LE-1995-564. I denne saken anførte konkursskyldneren at vedkommende hadde et motkrav som oversteg rekvirentens konkursgrunnlag. Lagmannsretten ga konkursskyldneren medhold i denne innsigelsen og uttalte i den forbindelse at konkursrekvirenten *"ikke har klart å sannsynliggjøre at det i det løpende forretningsforhold ikke foreligger motkrav i et slikt omfang at disse overskrider det beløp som konkursrekvirenten mener å ha krav på"*. Ved at skyldnerens motkravsinnsigelse subsumeres under fordringshavervilkårets beviskrav, indikerer dette at motregningsinnsigelsen ikke er et selvstendig bevistema, men et element i fordringshavervilkårets bevistema.

Motregningsinnsigelser mot rekvirenten konkursgrunnlag må etter dette normalt betraktes som et element i fordringshavervilkårets bevistema og ikke et separat bevistema. Tvil knyttet til rekvirentens krav som følge av en motregningsinnsigelse kan derfor som utgangspunkt kumuleres med tvil knyttet til andre rettsfakta ved bedømmelsen av om fordringshavervilkårets beviskrav er oppfylt.

3.4.3.3 Særlig om avtaleinnsigelser

Et krav om at konkursrekvirenten ikke må ha fraskrevet seg retten til å benytte sin fordring som konkursgrunnlag ved avtale kan både utledes av en tolkning av fordringshavervilkåret og det alminnelige avtalerettslige prinsippet om at avtaler skal holdes. Hvis avskjæringsgrunnlaget følger av den alminnelige avtaleretten, vil imidlertid dette være et sterkt argument for at en slik avtaleinnsigelse er et selvstendig bevisstema. Innsigelsen baserer seg i så fall på rettsregler utenfor konkursloven og bør i tråd med uttalelsene i tvistelovens forarbeider betraktes som et separat bevisstema.

Fordringshaverens adgang til å gi og avkall på retten til å begjære skyldnerens konkurs nevnes imidlertid i konkurslovens forarbeider i forbindelse med forståelsen av fordringshavervilkåret.¹²⁴ Dette kan tilsi at lovgiver har betraktet fraværet av et slikt avkall som en forutsetning for å være "fordringshaver" i konkurslovens forstand. Hadde avtalerettslig avkall på konkursbegjæringsretten vært en selvstendig konkurshindring som kun fulgte av avtaleretten, hadde det vært mindre naturlig å påpeke dette særskilt i konkurslovens forarbeider siden muligheten for dette er rimelig selvsagt. Dette kan igjen tilsi at lovgiver har betraktet avtaleinnsigelsene som et element i fordringshavervilkårets bevisstema.

Samtidig er forarbeidene neppe utarbeidet med et slikt bevisteoretisk perspektiv for øyet. Forarbeidene uttalelser må derfor tillegges begrenset vekt i spørsmålet om bevisstemaets omfang.

LB-2018-126577 synes også å behandle avtaleinnsigelsene som et element i fordringshaver-vurderingen og ikke etter selvstendige avtalerettslige regler. I denne saken var konkursbegjæringen fremsatt på grunnlag av et regresskrav rekvirenten hadde mot skyldneren. Regresskravet var ikke omtvistet, men skyldneren hevdet at det var omfattet av en subordineringsavtale som forhindret rekvirenten i å benyttes det som konkursgrunnlag.

Lagmannsretten formulerer blant annet vurderingstemaet i saken som et spørsmål om rekvirenten har *"et krav som kan tjene som grunnlag for konkursåpning"* og fastslår at beviskravet er *"klar sannsynlighetsovervekt"*. Ettersom lagmannsretten formulerer vurderingstemaet som et faktisk forhold rekvirenten må bevise og knytter dette opp mot fordringshavervilkårets forsterkede beviskrav, tilsier dette at avtaleinnsigelsen er en del av fordringshavervilkårets bevisstema. Dette underbygges videre av at lagmannsretten avslutningsvis subsumerer avtaleinnsigelsen under fordringshavervilkårets bevisstema og konkluderer med at *"det er klar sannsynlighetsovervekt for at regresskravet ikke er omfattet av subordineringsavtalen"*.

¹²⁴ Se NOU 1972:20 s. 120

Denne avgjørelsen gir likevel ikke grunnlag for noen sikre slutninger om spørsmålet, ettersom andre forhold ved regresskravet ikke var omtvistet. Kjennelsespremissene tilkjenner derfor ikke om tvil knyttet til andre rettsfakta under fordringshavervilkåret ble kumulert med tvil knyttet til avtaleinnsigelsen.

Samtidig skal avtaler holdes og en fordringshaver som avtalestridig begjærer skyldneren konkurs har ingen reell interesse i konkursåpning. Fordringshavervilkårets formål og begrunnelsen for at en fordring rekvirenten har gitt avkall på å bruke som konkursgrunnlag er dermed de samme. Dette tilsier at avtaleinnsigelsen er et element i fordringshavervilkårets bevistema fremfor et separat bevistema.

Avtaleinnsigelser må etter dette normalt betraktes som et element i fordringshavervilkårets bevistema og ikke et separat bevistema. Tvil knyttet til eksistensen av en slik avtale kan derfor som utgangspunkt kumuleres med tvil knyttet til andre rettsfakta i bedømmelsen av om fordringshavervilkårets beviskrav er oppfylt.

3.4.3.4 Konklusjon

Konklusjonen er dermed at de rettsfakta som er nevnt i kapittel 2.2 utgjør elementer i ett bevistema. Tvil knyttet til eksistensen av disse kan derfor som utgangspunkt kumuleres med hverandre i bedømmelsen av om fordringshavervilkårets beviskrav er oppfylt.

3.4.4 Omfanget av insolvensvilkårets bevistema

Neste spørsmål er om de rettsfakta som er nevnt i kapittel 2.3 er ett bevistema eller om de utgjør separate bevistemaer.

Etter ordlyden knytter konkursloven § 60 sin rettsvirkning til "insolvens" og ikke "illikviditet" og "insuffisiens". Illikviditet- og insuffisiensvilkåret utledes utelukkende av legaldefinisjonen i konkursloven § 61. Legaldefinisjonens funksjon er imidlertid kun å normere forståelsen av insolvensbegrepet og oppstiller ingen selvstendige betingelser for at en rettsvirkning skal inntre. Dette tilsier at insolvens er ett bevistema og at illikviditetsvilkåret og insuffisiensvilkåret kun er elementer i dette.

Dette underbygges av insolvenspresumsjonene i konkursloven §§ 62 og 63. Disse presumerer og snur bevisbyrden for "insolvens" som helhet, ikke "illikviditet" og "insuffisiens". Konkurslovens system tilsier derfor at illikviditet og insuffisiens ikke er separate bevistemaer.

Samtidig er konkursloven § 61 strukturert som en hovedregel med unntak. Strukturen indikerer dermed at illikviditet og insuffisiens er separate bevistemaer. Bestemmelsen er derimot

trolig ikke utformet med tanke på å definere antall bevistemaer og dette momentet må derfor tillegges begrenset vekt.

I Rt. 2012 s. 1310 knytter dessuten ankeutvalget beviskravet til insolvensvilkåret, ikke vilkårene illikviditet og insuffisiens.¹²⁵ Dette tilsier at insolvens er ett bevistema. Fordi ankeutvalget ikke foretar noen konkret vurdering av om beviskravet var oppfylt, gir imidlertid kjennelsen liten veiledning for fastleggelsen av omfanget av insolvensvilkårets bevistema utover dette.

At insolvens er ett bevistema underbygges ytterligere av LB-2009-15267, hvor lagmannsretten uttaler at "*[b]eviskravet knytter seg til den avsluttende vurderingen av om insolvens foreligger (...)*".

I LB-2006-15895 knytter derimot lagmannsretten et eget beviskrav til insuffisiensvilkåret og konkluderer i denne drøftelsen før illikviditetsvilkåret behandles. Lagmannsretten foretar heller ingen samlet vurdering av skyldnerens insolvens. Siden illikviditeten og insuffisiensen utelukkende ble vurdert separat, kan dette tilsi at lagmannsretten betraktet illikviditetsvilkåret og insuffisiensvilkåret som separate bevistemaer.

Samtidig virker ikke skyldnerens illikviditet å ha vært et særlig tvilsomt spørsmål i denne saken. Oppdelingen av lagmannsrettens drøftelse synes derfor snarere å være et utslag av pragmatikk enn et bevisst forhold til beviskravsreglene og spørsmålet om tvilskumulering. Avgjørelsen må derfor tillegges begrenset vekt ved fastleggelsen av omfanget av insolvensvilkårets bevistema.

I LB-2018-136478 knytter også lagmannsretten beviskravet til insuffisiensvilkåret. I denne saken var imidlertid ikke illikviditetsvilkåret omtvistet det kan derfor ikke trekkes noen sikre slutninger om bevistemaets omfang basert på anvendelsen av beviskravet. Samtidig avsluttet ikke lagmannsretten sin avgjørelse etter insuffisiensvurderingen, men stadfester også skyldnerens insolvens. Dette indikerer likevel at insolvens ble betraktet som ett bevistema.

Videre vil det heller ikke være mulig å få fastsettelsesdom for skyldnerens illikviditet eller insuffisiens. Utenfor den prosessuelle konkursretten, for eksempel ved vurderingen av omstøtelse etter dekningsloven eller styreansvar etter aksjeloven, kan det derimot være mulig å få fastsettelsesdom på insolvens. Dette tilsier at insolvens er ett bevistema.

¹²⁵ Avsnitt 17

Både illikviditetsvilkåret og insuffisiensvilkåret retter seg dessuten mot skyldnerens økonomiske forhold og skal sammen ivareta det overordnede formålet om å forhindre konkursåpning hos levedyktige skyldnere.¹²⁶ Dette formålet ivaretas best ved å forstå insolvensvilkåret som ett bevistema, hvor det er adgang til å kumulere tvil knyttet til de to elementene illikviditet og insuffisiens, ettersom det da er størst sannsynlighet for at konkursåpningen er riktig.

Insolvensvilkåret må etter dette normalt betraktes som ett bevistema. Illikviditetsvilkåret og insuffisiensvilkåret inngår som elementer i dette bevistemaet, men er ikke separate bevistemaer. Tvil knyttet til skyldnerens illikviditet skal derfor i utgangspunktet kumuleres med tvil knyttet til skyldnerens insuffisiens i vurderingen av om konkurs skal åpnes. Insolvensvilkårets beviskrav vil da først være oppfylt hvis det er 84 % sannsynlig at illikviditetsvilkåret er oppfylt og 84 % sannsynlig at insuffisiensvilkåret er oppfylt ($0,84 * 0,84 = 0,7$).

Fordi det kun er relevant å fastslå eksistensen av alle de rettsfaktaene som det er redegjort for i kapittel 2.3 som følge av illikviditetsvilkåret og insuffisiensvilkårets vurderingstema, vil ingen av disse enkelte rettsfaktaene normalt utgjøre separate bevistemaer. Er det for eksempel tvil knyttet til verdien av skyldnerens kundefordringer, eiendomsretten til skyldnerens faste eiendom og gyldigheten av forpliktelser mot skyldneren, skal i utgangspunktet tvilen kumuleres i vurderingen av om det er "betydelig" eller "klar" sannsynlighetsovervekt for at skyldneren er insolvent.

Konklusjonen er dermed at de rettsfakta som er nevnt i kapittel 2.3 normalt utgjør elementer i ett bevistema. Tvil knyttet til eksistensen av disse kan derfor i utgangspunktet kumuleres med hverandre i bedømmelsen av om det foreligger høy grad av sannsynlighet for at skyldneren er insolvent.

3.5 Stilles det krav til faktumpåstandenes robusthet?

3.5.1 Innledning

Fremstillingen av beviskravene i konkursloven § 60, jf. § 61 har inntil videre tatt utgangspunkt i den tradisjonelle forståelsen av beviskrav i norsk rett; et sannsynlighetskrav som angir hvor sterk støtte en faktumpåstand må ha i bevissituasjonen.¹²⁷ Beviskravet gir dermed uttrykk for faktumpåstandens sikkerhet gitt et avgrenset informasjonsgrunnlag.¹²⁸

¹²⁶ Rt. 1997 s. 931, side 936

¹²⁷ Strandberg (2012) s. 515. Se også Jerkø (2016) s. 373 og Løvlie (2014) s. 74.

¹²⁸ Løvlie (2014) s. 335

Kunnskap om faktum forutsetter imidlertid informasjon.¹²⁹ Når eksistensen av rettsfakta kun fastsettes på bakgrunn av et begrenset informasjonsgrunnlag, vil det derfor alltid være risiko for at rettsavgjørelsen er feil. Og er informasjonsgrunnlaget spinkelt, er risikoen betydelig.¹³⁰ Selv om dommeren i en konkursåpningssak skulle komme til at det er 70 % sannsynlig at skyldneren er insolvent, vil det likevel være betydelig risiko for at det vil være feil å åpne konkurs dersom dommeren kun har fått forelagt seg en brøkdel av de eksisterende bevisene. Dette omtales gjerne som *informasjonsproblemet*.¹³¹

Fordi sannsynlighetsgradens riktighet påvirkes av bevissituasjonens kvalitet og omfang, er det i nyere bevisteori blitt vanlig å forstå beviskravet slik at det også stilles krav til faktumpåstandens *robusthet*.¹³² Robusthetskravet innebærer at faktumpåstandens sannsynlighetsgrad må være motstandsdyktig mot ny relevant informasjon.¹³³ Dette innebærer at dersom dommeren finner det 70 % sannsynlig at skyldneren er insolvent, må det også være rundt 70 % sannsynlig at skyldneren er insolvent selv om dommeren ble presentert for flere relevante bevis. Robusthetskravet gir dermed uttrykk for faktumpåstandens sikkerhet tatt i betraktning at det kan foreligge ytterligere informasjon.¹³⁴ Tanken bak robusthetskravet er å håndtere den faktum-usikkerhet som informasjonsproblemet gir opphav til.¹³⁵

For at sannsynlighetsgraden skal være motstandsdyktig mot ny relevant informasjon, må bevissituasjonen være av en viss kvalitet og omfang. Robusthetskravet kan derfor også sies å være et krav rettet mot dommerens beslutningsgrunnlag og stiller krav til hvor god bevissituasjonen må være for at en faktumpåstand kan legges til grunn som rettsfaktum i en rettsavgjørelse.¹³⁶

Robusthetskravet får dermed en side til prosessuelle utredningskrav, som for eksempel straffeprosessloven § 294 og tvisteloven § 21-3 (2).¹³⁷ De prosessuelle utredningskravene stiller også krav til sakens opplysning ved at det kreves et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag for at dommeren kan treffe en avgjørelse i saken. Forskjellen er imidlertid den at utredningskravene

¹²⁹ Løvlie (2014) 164. Dette omtales gjerne som "informasjonsproblemet".

¹³⁰ Kolflaath (2011) s. 177

¹³¹ Se Hjort (2016) s. 364, Løvlie (2014) s. 164 og Strandberg (2012) s. 515

¹³² Se Hjort (2016) s. 364 flg., Kolflaath (2011) s. 175 flg., Løvlie (2014) s. 335 flg., Strandberg (2012) s. 515 flg. Se også Robberstad (2013) s. 354. Motsatt Jerkø (2016) s. 373 flg., særlig s. 403.

¹³³ Strandberg (2012) s. 542

¹³⁴ Løvlie (2014) s. 335-336

¹³⁵ Jerkø (2016) s. 373

¹³⁶ Hjort (2016) s. 364 og Strandberg (2012) s. 518

¹³⁷ Se Backer (2015) s. 283, som i forbindelse med tvisteloven § 21-3 (2) skriver at det er mest aktuelt for retten å supplere bevisføringen der denne er "lite robust".

ved skjøre bevissituasjoner oppstiller en handleplikt for dommeren, mens robusthetskravet er en betingelse for dommerens kompetanse til å legge en faktumpåstand til grunn som faktum.¹³⁸ Hvis utredningsplikten ikke er oppfylt, må dommeren supplere bevisførselen. Hvis robusthetskravet ikke er oppfylt, må dommeren komme til et negativt resultat. En annen sak er at utredningskravene kan medvirke til at bevissituasjonen oppfyller robusthetskravet.¹³⁹

Forskjellen i rettsvirkninger er imidlertid ikke bare en reell forskjell mellom utredningskrav og robusthetskravet. Det er også en forutsetning for at robusthetskravet skal ha noen selvstendig betydning. Ellers vil robusthetskravet i realiteten bare være et forsterket utredningskrav.

En annen forutsetning for at robusthetskravet skal ha noen selvstendig betydning er dessuten at det stiller krav til bevissituasjonen som går ut over de prosessuelle utredningskravene.¹⁴⁰ Det må derfor være mulig for dommeren å komme til et negativt resultat i saken som følge av at robusthetskravet ikke er oppfylt, selv om de prosessuelle kravene til sakens opplysning er oppfylt.¹⁴¹

Robusthetskravets generelle stilling i norsk rett er usikker. Til tross for relativt stor enighet i teorien, foreligger den ingen høyesterettsavgjørelser som statuerer et generelt robusthetskrav. Tvert imot synes høyesterettsavgjørelser som behandler beviskrav på sivilrettens område gjennomgående utelukkende å formulere beviskravet som et sannsynlighetskrav.¹⁴²

At beviskravet formuleres som et sannsynlighetskrav utelukker imidlertid ikke at dommerne likevel tar hensyn til faktumpåstandenes robusthet. Dommeren kan for eksempel ta høyde for at det kan foreligge ytterligere informasjon eller alternative forklaringer på de fremførte bevisene i fastsettelsen av en samlet sannsynlighetsgrad.¹⁴³ Robusthetskravet er imidlertid i så fall ikke et selvstendig krav, men et element i ett samlet beviskrav som består av en sannsynlighetsdimensjon og en robusthetsdimensjon.¹⁴⁴

Det faller utenfor oppgavens tema å ta stilling til robusthetskravets generelle stilling i norsk rett, og om det i så fall er et selvstendig krav eller et element i ett samlet beviskrav. Spørsmå-

¹³⁸ Løvlie (2014) s. 337

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Tilsvarende Jerkø (2016) s. 401

¹⁴¹ Løvlie (2014) s. 337

¹⁴² Se Rt. 2015 s. 1246 (35), HR-2016-2579-A (28) flg., og HR-2018-1189-A (46)

¹⁴³ Jerkø (2016) s. 380

¹⁴⁴ Løvlie (2014) s. 337. Strandberg argumenterer for at robusthetskravet er et selvstendig beviskrav, se Strandberg (2012) s. 590 flg, mens Robberstad omtaler robusthetskravet som en "dimensjon", se Robberstad (2013) s. 354

let som skal drøftes i det følgende er om dommeren i konkursåpningssaker begjært etter konkursloven § 60, jf. § 61 må ta høyde for at det kan foreligge ytterligere informasjon i vurderingen av om bestemmelsens beviskrav er oppfylt.

3.5.2 Fordringshavervilkåret

Det foreligger ingen høyesterettsavgjørelser som tar eksplisitt stilling til om det gjelder et robusthetskrav for fordringshavervilkåret Både Rt. 2004 s. 118, Rt. 2012 s. 1310 og Rt. 2012 s. 1902 formulerer imidlertid beviskravet utelukkende som et sannsynlighetskrav og kan derfor tilsi at det ikke stilles krav til faktumpåstandenes robusthet i fordringshavervurderingen.

Som nevnt innledningsvis, er et robusthetskrav likevel ikke utelukket på grunn av at beviskravet formuleres som et sannsynlighetskrav. De nevnte høyesterettsavgjørelsene gir imidlertid heller ingen konkrete holdepunkter for en slutning om at det må tas høyde for muligheten for at det kan foreligge ytterligere relevant informasjon ved vurderingen av om fordringshavervilkårets beviskrav er oppfylt.

At det ikke gjelder et robusthetskrav i fordringshavervurderingen underbygges videre av Rt. 1958 s. 26. I denne saken var konkursbegjæringen fremsatt på bakgrunn av et omtvistet erstatningskrav som var gjenstand for særskilt søksmål. Erstatningskravet var fastslått av byretten, men byrettens dom var anket. Høyesterett synes utelukkende å foreta den prejudisielle vurderingen av om anken ville føre frem på bakgrunn av de fremførte bevisene i saken, uten at muligheten for ytterligere relevant informasjon blir vurdert.¹⁴⁵ Avgjørelsen kan derfor tilsi at det ikke gjelder et robusthetskrav i fordringshavervurderingen.

Samtidig kan manglende behandling av muligheten for ytterligere informasjon være et utslag av at Høyesterett fant bevissituasjonen tilfredsstillende. Dommen er dessuten avsagt før spørsmålet om robusthetskrav i norsk rett var aktuelt. Det er derfor tvilsomt at Høyesterett har hatt et bevisst forhold til spørsmålet om faktumpåstandenes robusthet i bevisvurderingen. Avgjørelsen kan derfor ikke danne grunnlag for sikre slutninger om et robusthetskrav og uttalelsene må uansett tillegges begrenset vekt.

Heller ikke underrettspraksis gir holdepunkter for at det gjelder et robusthetskrav ved fastleggelsen av de rettsfakta som redegjort for i kapittel 2.2. En av grunnene til dette er nok imidlertid at spørsmålet om faktumpåstandenes robusthet sjelden kommer på spissen i fordringshavervurderingen. Det er en forutsetning for at rekvirenten skal ha konkursbegjæringsrett at konkursrekvirenten er "fordringshaver". Konkursrekvirenten vil derfor i de fleste tilfeller tro-

¹⁴⁵ Se særlig side 28

lig sørge for at spørsmålet om muligheten for ytterligere informasjon ikke blir aktuelt. Dommeren behøver derfor bare å ta stilling til om beviskravets sannsynlighetsterskel er oppfylt.

At spørsmålet sjelden aktualiseres behøver imidlertid ikke bety at et robusthetskrav ikke kan ha gode grunner for seg. Hvis spørsmålet om robusthet i fordringshavervurderingen først aktualiseres, vil beviskravsreglenes formål om sannhetssøken i større grad bli ivaretatt om det stilles et robusthetskrav enn hvis det ikke stilles et robusthetskrav.

Samtidig er det etter forhandlingsprinsippet opp til partene å fremlegge bevis for om fordringshavervilkåret er oppfylt eller ikke. Et robusthetskrav i fordringshavervurderingen kan medføre at bevisvurderingen i relasjon til fordringshavervilkåret bli unødvendig komplisert og kompleks i en situasjon hvor partene bør bære risikoen for bevissituasjonens godhet.

Det foreliggende rettskildegrunnlaget gir ikke tilstrekkelige holdepunkter til å fastslå at domstolene i konkursåpningssaker begjært etter konkursloven § 60, jf. § 61 må ta hensyn til om det kan foreligge ytterligere informasjon i vurderingen av om fordringshavervilkårets beviskrav er oppfylt. I hvert fall ikke som et selvstendig krav. Samtidig kan det heller ikke utelukkes at dommerne ikke tar stilling til faktumpåstandenes robusthet og lar dette komme til uttrykk i den sannsynlighetsgraden som fastsettes ved bevisvurderingen.

3.5.3 Insolvensvilkåret

Det finnes heller ingen høyesterettsavgjørelser som tar eksplisitt stilling til om det gjelder et robusthetskrav for insolvensvilkåret. Rt. 2012 s. 1310 formulerer også insolvensvilkårets beviskrav som et sannsynlighetskrav, men som det fremgår av kapittel 3.5.3 kan ikke dette danne grunnlag for en sikker slutning om at det ikke gjelder et robusthetskrav.

I Rt. 1966 s. 1320 påpeker Høyesterett i forbindelse med et spørsmål om en voldgiftsdom ville bli opphevet for to gjeldsposter at opplysningene som forelå for Høyesterett var "*spar-somme og ufullstendige*".¹⁴⁶ At Høyesterett påpeker dette forholdet kan tilsi at bevissituasjonens robusthet hadde betydning for vurderingen av om insolvensvilkårets beviskrav var oppfylt.

I denne saken kom imidlertid Høyesterett til at skyldneren var insolvent selv om voldgiftsdommen for de to gjeldspostene ble opphevet. Bevissituasjonens robusthet fikk dermed ikke betydning for insolvensvurderingen og dommen kan derfor ikke danne grunnlag for en sikker slutning om at det gjelder et robusthetskrav for insolvensvurderingen.

¹⁴⁶ Side 1323

I Rt. 1989 s. 669 påpeker også Høyesterett bevissituasjonens skjørhet, men heller ikke i denne saken fikk muligheten for ytterligere informasjon betydning for det materielle spørsmålet i saken. Dessuten opphevede Høyesterett skifterettens kjennelse og hjemviste saken til videre behandling, istedenfor å nekte konkurs åpnet. De krav som stilles til sakens opplysning i denne avgjørelsen er dermed utslag av et prosessuelt utredningskrav, ikke et krav til robusthet utledet fra beviskravet.

Underrettspraksis tar heller ikke eksplisitt stilling til om det gjelder et robusthetskrav for insolvensvurderingen. Av de underrettsavgjørelsene som omtaler muligheten for ytterligere informasjon, gjør de fleste dette i forbindelse med spørsmålet om domstolens prøvingskompetanse i ankesaken.¹⁴⁷ Etter tvisteloven § 29-23, jf. Konkursloven § 149 kan ankedomstolen bare avsi ny realitetsavgjørelse hvis domstolen har et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Avgjørelsene omhandler derfor kun hvilke krav som stilles til sakens opplysning utledet fra prosessuelle utredningskrav.

Et unntak er LB-2018-33722. I denne saken uttaler lagmannsretten at domstolen *"ikke har tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til [insolvensspørsmålet] i første instans, ut fra bevisreglene i konkursloven § 60, jf. § 61"*. Når lagmannsretten stiller krav til sakens opplysning med henvisning til "bevisreglene" i konkursloven § 60, jf. § 61, kan dette tilsi at lagmannsretten utleder et robusthetskrav fra insolvensvilkårets beviskrav. Særlig tatt i betraktning at konkursloven § 60, jf. § 61 ikke oppstiller et alminnelig prosessuelt utredningskrav.

At bevissituasjonen ikke var tilfredsstillende medførte imidlertid kun at tingrettens kjennelse ble opphevet, ikke at konkurs ble nektet åpnet. De "bevisreglene" lagmannsretten henviser til fikk dermed ingen selvstendig betydning ved siden av utredningskravet i tvisteloven § 29-23, jf. Konkursloven § 149 og det er usikkert hvilke regler lagmannsretten egentlig henviser til.

Beviskravsreglenes formål om sannhetssøken vil også i større grad bli ivaretatt hvis det stilles gjelder et robusthetskrav i insolvensvurderingen, enn hvis det ikke stilles et robusthetskrav.

Hensynet til forhandlingsprinsippet funksjonsfordeling mellom dommeren og partene gjør seg dessuten ikke gjelde i samme grad for insolvensvurderingen. Retten er ikke bundet av partenes anførsler om skyldnerens insolvens.¹⁴⁸ Særlig tatt i betraktning de alvorlige konsekvens-

¹⁴⁷ Se LE-2013-138524 og LG-2018-119060

¹⁴⁸ NOU 1972:20 s. 119 og RG 2013 s. 1453 (Borgarting)

ne en feilaktig konkursåpning kan ha for skyldneren, kan derfor et robusthetskrav ha gode grunner for seg.

Samtidig vil hensynet til skyldneren til en viss grad kunne bli ivaretatt ved at domstolen har en plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag i medhold av tvisteloven § 11-4, jf. Konkursloven § 149.¹⁴⁹

Robusthetskravet kan dessuten medføre at bevisvurderingen ved insolvensspørsmålet blir unødvendig komplisert ved at man innfører enda et element. Samtidig tvinger robusthetskravet dommeren til å reflektere over muligheten for at det kan foreligge ytterligere informasjon og dermed stille spørsmål om hvor sannsynlig en faktumpåstand *egentlig er*. Tatt insolvensvurderingens kompleksitet i betraktning, kan robusthetskravet også være en nyttig rettsikkerhetsgaranti for skyldneren.

På bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet er det enkelte holdepunkter for at dommeren må ta høyde for muligheten for at ytterligere informasjon kan foreligge i vurderingen av om insolvensvilkårets beviskrav er oppfylt. Det kan imidlertid ikke trekkes noen sikre slutninger om dette er et robusthetskrav med selvstendig betydning, eller et utslag av alminnelige prosessuelle utredningskrav.

4 Bevisbyrde

4.1 Innledning

Mens beviskravet angir hvor sikkert et rettsfaktum må være bevist for at dommeren skal legge det til grunn i en konkursåpningssak, angir bevisbyrden *hvem som har risikoen for at beviskravet ikke er oppfylt*. Dersom beviskravet ikke er oppfylt, vil den bevisbyrdebærende part tape saken.¹⁵⁰

Begrepet bevisbyrde benyttes av enkelte for å angi hvem som må foreta seg noe for å endre resultatet på et gitt tidspunkt i løpet av rettssaken, da gjerne omtalt som "subjektiv" eller "falsk" bevisbyrde. I tråd med rådende oppfatning vil imidlertid den subjektive bevisbyrden i denne oppgaven omtales som *bevisføringsbyrden*.¹⁵¹ Mens bevisbyrden er en konstant størrelse som påhviler den samme parten gjennom hele konkurssaken, er bevisføringsbyrden variabel og kan veksle mellom partene etter hvert som bevisene føres.¹⁵²

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 405

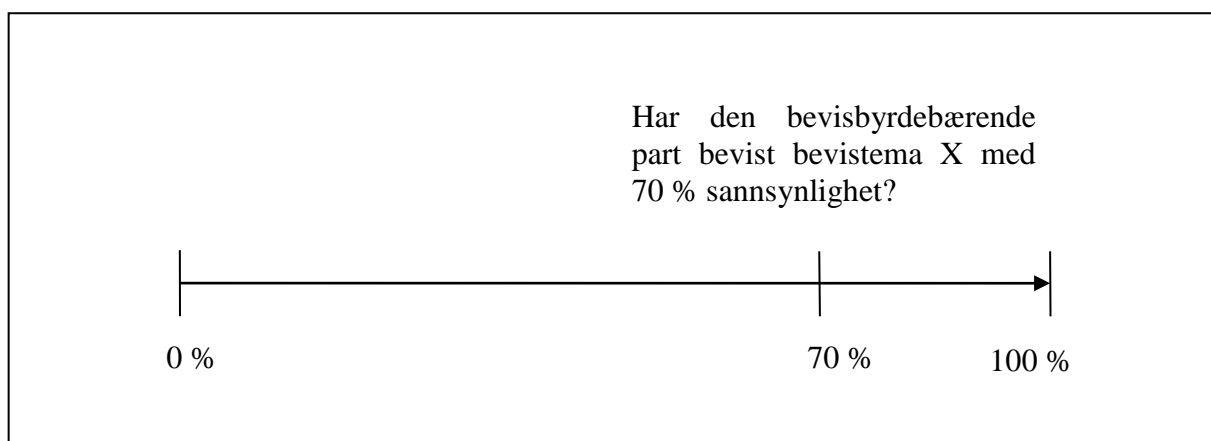
¹⁵⁰ Skoghøy (2017) s. 911

¹⁵¹ Tilsvarende Robberstad (2018) s. 293 og Skoghøy (2017) s. 911-912. Enkelte benytter *bevisføringsplikt*, se Brækhus I (1991) s. 138 og Wiker (2003) s. 222.

¹⁵² Robberstad (2018) s. 293-294, Skoghøy (2017) s. 911-912 og Strandberg (2012) s. 296-297.

Bevisbyrden er kanskje et av rettsvitenskapens mest omdiskuterte spørsmål. I Skandinavia har bevisbyrdespørsmålet vært særlig aktuelt i løpet av 1900-tallet og sentrert seg rundt spørsmålet om man kan og bør gi generelle regler for bevisbyrden, samt hvilke kriterier som i så fall gjelder for angivelsen av den.¹⁵³ Av enkelte ble det hevdet at beviskravet konsumerte bevisbyrden og at man derfor ikke behøvde å ta stilling til bevisbyrdespørsmålet.¹⁵⁴

Dagens oppfatning er at bevisbyrden ikke er konsumert av beviskravet, men at bevisbyrden og beviskravet likevel er tett koblet sammen.¹⁵⁵ Mens beviskravet angir hvor sikker dommeren må være for å legge et rettsfaktum til grunn, angir bevisbyrden hvilken parts rettsfaktumpåstand dette kravet retter seg mot. Bevisbyrden gir beviskravet en retning og plasserer dermed beviskravets fordeling av usannhetsrisiko mellom partene.¹⁵⁶ Uten denne plasseringen sier beviskravet bare hvilken sannsynlighetsgrad som kreves, men ikke *hva* det stilles et sannsynlighetskrav for. Bevisbyrden kobler dermed beviskravet og bevistemaet sammen, og angir et startpunkt for bevisvurderingen.¹⁵⁷ Dommeren får da et konkret spørsmål å ta stilling til og bevisvurderingen får preg av hypotesetesting.¹⁵⁸



Figuren illustrerer et beviskrav med en retning.¹⁵⁹

Et retningsløst beviskrav retter seg derimot mot begge parter faktumpåstander samtidig. Spørsmålet dommeren skal ta stilling til i bevisvurderingen blir da ikke om en konkret på-

¹⁵³ Jerkø (2016) s. 89-91 og Strandberg (2012) s. 298-299. Se Jerkø (2016) s. 107-112, Robberstad (2011) s. 65-86 og Robberstad (2018) s. 299 for en oppsummering av diskusjonen med henvisninger til norske og svenske bidragsyttere.

¹⁵⁴ Se Eckhoff (1943) s. 16

¹⁵⁵ Se Jerkø (2016) s. 90, Robberstad (2018) s. 293-294 og Strandberg (2012) s. 299-301

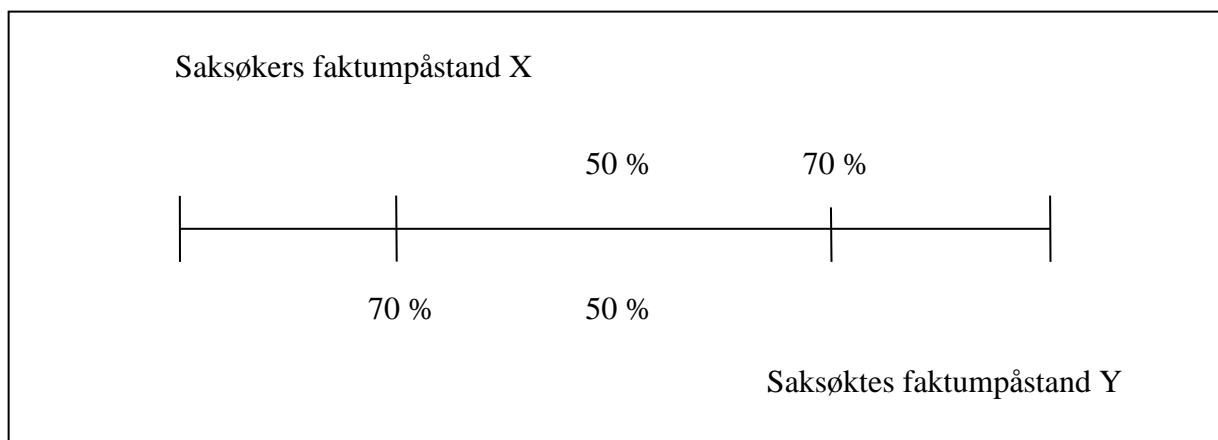
¹⁵⁶ Motsatt i tysk bevisteori, hvor beviskravet er forutsatt å være retningsløst, jf. Strandberg (2012) s. 303-304.

¹⁵⁷ Strandberg (2012) s. 301-305

¹⁵⁸ Jerkø (2016) s. 405

¹⁵⁹ Strandberg (2012) s. 304

stand er bevist med tilstrekkelig grad av sikkerhet, men et abstrakt spørsmål om en av partene oppfyller beviskravet.¹⁶⁰



Figuren illustrerer et retningsløst beviskrav.¹⁶¹

Bevisbyrden er imidlertid ingen selvstendig rettsregel som normerer bevisvurderingen og som dommeren kan anvende for å håndtere faktumusikkerhet.¹⁶² Bevisbyrden er ett av to elementer i det som sammen med beviskravet utgjør ett operasjonelt kriterium bevisvurderingen skal besvare.¹⁶³ Bevisbyrden anvendes derfor i alle saker hvor partene gir motstridende faktumpåstander.¹⁶⁴ Forstår man beviskravet som en rettslig betingelse bevisvurderingen må oppfylle, kan bevisbyrden sies å gi uttrykk for rettsvirkningen av at denne betingelsen enten er eller ikke er oppfylt.

Hvorvidt man kan gi generelle kriterier for hvem som har bevisbyrden i sivile søksmål og hva disse skal være, fremstår fortsatt som et omdiskutert tema. Den rådende oppfatningen synes å være at bevisbyrden må fastsettes konkret i relasjon til det enkelte materielle rettsforhold, men at det er en hovedregel om at den som påberoper seg et rettsstiftende eller rettsendrende alternativ har bevisbyrden.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Strandberg (2012) s. 303

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Strandberg (2012) s. 302-304. Se også Jerkø (2016) s. 117-118 som hevder at bevisbyrden overhodet ikke er en rettsregel. Motsatt tysk bevisteori, hvor bevisbyrden, som følge av at beviskravet er retningsløst, blir et sekundært og selvstendig kriterium for bevisvurderingen.

¹⁶³ Strandberg (2012) s. 304 med videre henvisninger.

¹⁶⁴ Tilsvarende Strandberg (2012) s. 305 med videre henvisninger. Noe annerledes Robberstad (2018) s. 293. I praksis kommer den nok som regel kun til uttrykk hvis beviskravet ikke er oppfylt og da for å forklare hvorfor den tapende part ikke får medhold. I realiteten er dette kun en måte å forklare at vedkommende part ikke har oppfylt beviskravet og ingen selvstendig norm.

¹⁶⁵ Se Skoghøy (2017) s. 916-917. Motsatt Jerkø (2016) s. 112 flg., som hevder bevisbyrden følger av at man påberoper seg et rettsvilkår med en rettsvirkning. Robberstad virker enig i at bevisbyrden må fastsettes konkret, men uenig i Skoghøys hovedregel. Se Robberstad (2018) s. 300.

Det faller utenfor oppgavens tema å gi et generelt svar på bevisbyrdespørsmålet. Det som skal undersøkes i det følgende er bevisbyrden i relasjon til bevistemaene i konkursloven § 60, jf. § 61. Fordi konkursloven ikke inneholder noen særskilte regler om bevisbyrden for konkursåpningsvilkårene, må dette gjøres konkret i relasjon til det enkelte bevistema.

Videre vil det bli knyttet enkelte bemerkninger til bevisføringsbyrden, og forholdet til bevisbyrden. Siden bevisføringsbyrden som nevnt er variabel og kontekstuell, er det imidlertid vanskelig og lite interessant å foreta en dyptgående analyse av denne.

En studie av bevisføringsbyrdens overgang kan likevel gi holdepunkter for hvilke bevis som kreves for å oppfylle beviskravet og dermed konkretisere beviskravets terskel. Ved å angi hvem av partene avgjørelsen vil gå imot på et gitt tidspunkt i løpet av prosessen, blir bevisføringsbyrden i realiteten et uttrykk for om beviskravet på dette tidspunktet er oppfylt eller ikke. Hovedfokuset i drøftelsen av bevisføringsbyrden vil derfor være om man kan identifisere noen typetilfeller av bevis som vil oppfylle beviskravet.

4.2 Bevisbyrden for fordringshavervilkåret

Ordlyden i konkursloven § 60 gir ingen direkte anvisning på hvem som har bevisbyrden for fordringshavervilkårets bevistema. Siden konkurs er det rettsendrende alternativ, tilsier dette i tråd med Skoghøys hovedregel at konkrevirenten har bevisbyrden.

Forarbeidene gir heller ingen veiledning for bevisbyrdespørsmålet i relasjon til fordringshavervilkåret. Høyesterett har derimot lagt til grunn at bevisbyrden for fordringshavervilkårets bevistema påhviler konkursrevirenten.¹⁶⁶

Bevisbyrden for fordringshavervilkårets bevistema påhviler dermed konkursrevirenten. Dette innebærer at konkursrevirenten har risikoen for at fordringshavervilkårets beviskrav er oppfylt. Er det ikke ført tilstrekkelig med bevis for revirentens fordringshaverstatus, vil revirenten tape konkurssaken.

4.3 Bevisbyrden for insolvensvilkåret

Legaldefinisjonen av insolvensvilkåret i konkursloven § 61 er strukturert som en hovedregel om insolvens ved illikviditet, med et unntak ved suffisiens. Bestemmelsens struktur tilsier derfor at bevisbyrden for de ulike elementene i insolvensvilkårets bevistema deles mellom

¹⁶⁶ Rt. 1913 s. 185, side 187 og Rt. 2012 s. 1310 (17)

rekvirenten og skyldneren, slik at rekvirenten har bevisbyrden for illikviditetsvilkåret og skyldneren for at insuffisiensvilkåret ikke er oppfylt.

Slik var også konkursloven (1863) § 3 forstått, men med motsatt fordeling mellom partene.¹⁶⁷ Når bevisbyrden forstås som beviskravets retningsgivende komponent, forutsetter imidlertid en "delt bevisbyrde" at illikviditetsvilkåret og insuffisiensvilkåret er separate bevistemaer beheftet med selvstendige beviskrav. Dette er derimot ikke tilfellet, som det fremgår av kapittel 3.4. De er kun elementer i det som til sammen utgjør ett bevistema og risikoen for at dette bevistemaet er bevist med tilstrekkelig grad av sikkerhet må derfor plasseres hos én av partene. Ordlyden gir dermed ingen veiledning for hvem som har bevisbyrden for insolvensvilkårets bevistema. Ettersom konkursåpning er det rettsendrende alternativ tilsier imidlertid Skoghøys hovedregel at rekvirenten har bevisbyrden.

Forarbeidene gir heller ingen veiledning. Konkurslovutvalget ønsket ikke å innarbeide bevisbyrderegler fordi de mente at bevisbyrden ikke kunne fastsettes så skjematisk som etter tidligere konkurslov.¹⁶⁸ Konkurslovutvalget synes for øvrig å legge til grunn et annet bevisbyrdebegrep enn det som anvendes i denne oppgaven. Uttalelsene kan derfor uansett ikke tillegges noen vekt for plasseringen av bevisbyrden for insolvensvilkåret.

Insolvenspresumsjonene i konkursloven §§ 62 og 63 oppstiller derimot enkelte tilfeller hvor insolvens "i alminnelighet antas å foreligge". Disse presumsjonene innebærer at det er skyldneren som må bevise sin solvens fremfor at rekvirenten må bevise insolvens.¹⁶⁹ Motsetningsvis tilsier dette at rekvirenten normalt har bevisbyrden for insolvensvilkårets bevistema. Konkurslovens system og sammenheng i regelverket tilsier derfor at konkursrekvirenten har bevisbyrden for insolvens etter konkursloven § 60, jf. § 61.

Dette er også lagt til grunn i blant annet Rt. 2012 s. 1310. Etter å ha slått fast at rekvirenten har bevisbyrden for fordringshavervilkårets bevistema, uttaler ankeutvalget at "*[m]ed mindre det foreligger presumsjon etter konkursloven § 62 eller § 63, må det samme gjelde for vilkåret om insolvens*".¹⁷⁰

Bevisbyrden for insolvensvilkåret påhviler dermed konkursrekvirenten.¹⁷¹ Dette innebærer at konkursrekvirenten har risikoen for at insolvensvilkårets beviskrav er oppfylt og vil tape kon-

¹⁶⁷ NOU 1972:20 s. 124

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.* s. 124-128

¹⁷⁰ Avsnitt 17

¹⁷¹ Tilsvarende Andenæs (2009) s. 74, Brækhus I (1991) s. 139, Huser (1995) s. 300 og Wiker (2003) s. 222

kurssaken dersom det ikke er ført tilstrekkelig bevis for skyldnerens insolvens. Fra et lovteknisk perspektiv kunne det derfor vært en fordel om konkursloven § 61 hadde vært formulert og strukturert slik at dette fremkom tydeligere av ordlyden. For eksempel ved å formulere illikviditet og insuffisiens som positive vilkår som må foreligge for å åpne konkurs, istedenfor å strukturere den som en hovedregel med unntak. Dette hadde gitt en mer intuitiv forståelse av og veiledning om bevisbyrden for konkurslovens aktører, og at insolvensvilkårets beviskrav retter seg mot rekvirentens faktumpåstander.

4.4 Bevisføringsbyrden for konkursåpning

Bevisføringsbyrden vil som nevnt kunne veksle mellom partene etter hvert som bevisføringen gjennomføres. Den bevisbyrdebærende part vil imidlertid ha den opprinnelige bevisføringsbyrden.¹⁷² Dette er en følge av at bevisføringsbyrden relaterer seg til oppfyllelsen av beviskravet. Med mindre det foreligger insolvenspresumsjon, vil beviskravet ved konkurssakens start ikke være oppfylt.

Siden bevisbyrden for begge bevistemaene i konkursloven § 60, jf. § 61 påhviler konkursrekvirenten, har rekvirenten også i utgangspunktet bevisføringsbyrden for begge bevistemaene.

For fordringshavervilkårets bevistema fremstår en slik plassering av bevisføringsbyrden også som rimelig. Dette bevistemaet retter seg mot faktiske forhold knyttet til konkursrekvirentens posisjon ovenfor konkursskyldneren som rekvirenten er nærmest til å ha opplysninger om.

Insolvensvilkåret retter seg derimot mot skyldnerens totale økonomiske situasjon og forutsetter informasjon om både eiendeler og forpliktelser. Slik informasjon og dokumentasjon er konkursskyldneren nærmest til å ha. Konkursrekvirenten kan for eksempel ikke forventes å ha samme kunnskap om skyldnerens eiendeler og/eller fremtidige inntekter som skyldneren selv. Plasseringen av bevisbyrden for insolvens hos rekvirenten kan derfor fremstå som urimelig.

Like fullt pålegger rettspraksis rekvirenten den opprinnelige bevisføringsbyrden for insolvens. Partenes ulike forutsetninger til å fremskaffe informasjon og bevis om insolvensvilkårets rettsfakta kommer imidlertid til uttrykk ved at det stilles ulike krav til partene for at bevisføringsbyrden skal veksle mellom den. Rekvirenten må som utgangspunkt føre bevis for skyldnerens insolvens. Men dersom vedkommende får påvist et "insolvensindisium" som skyldneren ikke får svekket, vil skyldneren ha en streng bevisføringsbyrde og må føre omfattende bevis for sin solvens.¹⁷³

¹⁷² Tilsvarende Jerkø (2016) s. 120

¹⁷³ LB-2013-18390. Tilsvarende Brækhus I (1991) s. 138

Med insolvensindisium menes faktiske forhold som indikerer insolvens i en slik grad at bevisføringsbyrden går over på skyldneren.¹⁷⁴ Fastleggelsen av et insolvensindisium er dermed samtidig et uttrykk for når insolvensvilkårets beviskrav normalt vil være oppfylt. Spørsmålet blir dermed hvilke insolvensindisier som kan utledes fra rettskildefaktorene.

For det første vil eksistensen av faktiske forhold som ligner på de legale insolvenspresumsjonene etter konkursloven §§ 62 og 63 være et sterkt insolvensindisium. For eksempel vil en utleggsforretning som ikke medførte dekning være et insolvensindisium, selv om konkursloven § 62 ikke kommer til anvendelse fordi utleggsforretningen er gjennomført mer enn tre måneder før konkursbegjæringen ble innsendt.

Dette er også lagt til grunn i blant annet LB-2016-184362, hvor ingen av insolvenspresumsjonene kom direkte til anvendelse. Likevel uttalte lagmannsretten at den delvis erkjente gjelden og gjennomførte utleggsforretningen med intet til utlegg, til sammen utgjorde et tilstrekkelig dokumentert "insolvensindisium".

I LB-2014-45323 uttales det videre at skyldnerens erkjennelse av konkursskravet og lovnader om betaling uten at dette ble gjennomført, utgjorde et "insolvensindisium".

I LE-1992-462 tolket lagmannsretten skyldnerens redegjørelse i et brev om innsparingstiltak og handlingsplan for å betjene gjelden, som en erkjennelse for illikviditet. Lagmannsretten antyder dessuten at det utgjorde et bevismoment at skyldneren verken hadde fremsatt sine regnskaper som bevis eller latt rekvirenten få innsyn i disse, selv om de hadde en klar oppfordring til dette.¹⁷⁵

I LB-2013-18390 og LB-2012-107459 uttales det videre at dersom skyldneren har ubetalt, forfalt gjeld, vil dette være et "viktig moment" i bevisvurderingen. Selv om forfalt gjeld ikke er et vilkår for insolvens, vil altså dette kunne være et insolvensindisium. En forutsetning må imidlertid være at manglende betaling ikke skyldes at kravene bestrides.¹⁷⁶ Dette insolvensindisiet vil dessuten kunne svekkes dersom skyldneren på kort tid kan skaffe midler til å dekke konkursskravet, ettersom dette indikerer at det er betalingsviljen og ikke betalingsevnen som er problemet.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Brækhus I (1991) s. 138

¹⁷⁵ Tilsvarende Brækhus I (1991) s. 139

¹⁷⁶ LE-2004-7786 og LF-2012-118734

¹⁷⁷ LB-2016-92766

I tillegg vil et insolvensindisium kunne svekkes av at det stilles bankgaranti eller ytes ny kreditt. En forutsetning er imidlertid at kreditten eller garantiforpliktelsen er et uttrykk for bankens vurdering av skyldnerens solvens.¹⁷⁸

Fra et dommersperspektiv utgjør disse insolvensindisiene ikke selvstendige rettslige normer for når insolvens skal foreligge, i motsetning til de rettsfakta det er redegjort for i kapittel 2. Prinsippet om fri bevisvurdering forhindrer dette fordi det ville medføre en legal bevisvurdering. Insolvensindisiene som er oppstilt overfor virker derimot som alminnelige erfaringssetninger dommeren kan støtte seg på i sin selvstendige bevisvurdering og utgjør derfor likevel nyttige verktøy for håndtering av faktumusikkerhet.

5 Beviskrav- og bevisbyrdespørsmål for prejudisielle rettsforhold

5.1 Innledning

Inntil videre har oppgaven fokusert på beviskrav- og bevisbyrdereglene som gjelder for hvert av de to bevistemaene i konkursloven § 60, jf. § 61 i sin helhet. Flere av de rettsfaktaene som inngår i de to bevistemaene er imidlertid prejudisielle rettsforhold som forutsetter at dommeren anvender andre rettsregler og som ved særskilt rettergang om det samme rettsforholdet ville vært beheftet med egne beviskrav- og bevisbyrderegler. I et særskilt fastsettelsessøksmål om eiendomsretten til et formuesgode skyldneren hevder å ha ervervet, ville for eksempel beviskravet vært alminnelig sannsynlighetsovervekt og skyldneren hadde hatt bevisbyrden. Man kunne derfor tenke seg at beviskrav- og bevisbyrdereglene som gjelder selve det prejudisielle rettsforholdet kom til anvendelse på det prejudisielle rettsforholdet i konkursåpningssaken.

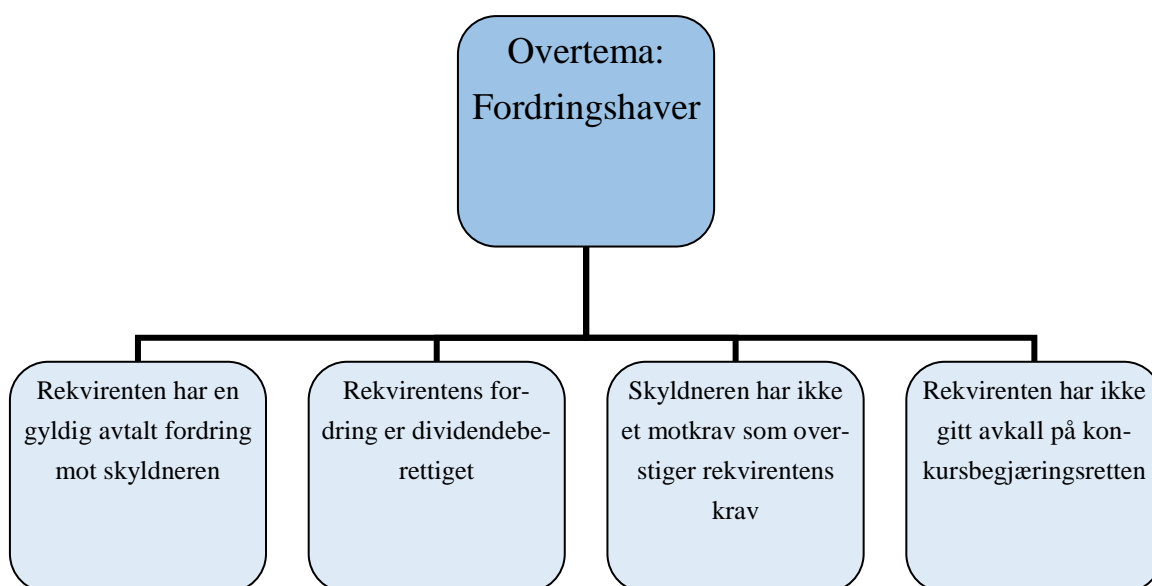
Spørsmålet om særskilte beviskrav- og bevisbyrderegler for prejudisielle rettsforhold har en side til spørsmålet om bevistemaets omfang og tvilskumulering som er behandlet i kapittel 3.4. De prejudisielle rettsforholdene er imidlertid, som det fremgår av kapittel 3.4, i utgangspunktet ikke selvstendige bevistemaer i den forstand at tvilskumulering er utelukket. De utgjør kun elementer i et overordnet bevistema på lik linje med andre rettsfakta. At tvil knyttet til flere prejudisielle rettsforhold kumuleres, er likevel ikke ensbetydende med at beviskrav- og bevisbyrdereglene som gjelder for det prejudisielle rettsforholdet ved særskilt rettergang er uten betydning for håndtering av faktumusikkerhet i konkursåpningssaken.

Dette synliggjøres hvis bevistemaet struktureres i *overtema og undertema*.¹⁷⁹ Overtemaet er bevistemaet som helhet, mens de enkelte bestanddelene, herunder prejudisielle rettsforhold,

¹⁷⁸ Rt. 1989 s. 1274, side 1275

utgjør bevistemaets undertema. Én beviskrav- og bevisbyrderregel kan gjelde for overtemaet og en annen for det enkelte undertema, *samtidig* som tvil kumuleres i en avsluttende vurdering.¹⁸⁰

Anvendt i konkursrettslig sammenheng vil bevistemaet for fordringshavervilkåret og insolvensvilkåret, slik omfanget for disse bevistemaene er fastsatt i kapittel 3.4, representere hvert sitt overtema. De enkeltstående rettsfakta, som det er redegjort for i kapittel 2, vil representere hvert sitt undertema.



Figuren illustrerer fordringshavervilkårets bevistema strukturert som et overtema med fire undertemaer.¹⁸¹

Spørsmålet som skal diskuteres i det følgende er forholdet mellom beviskrav- og bevisbyrde-reglene som gjelder konkursloven § 60, jf. § 61 og beviskrav- og bevisbyrdereregler som gjelder for selve det prejudisielle rettsforholdet. Nærmere bestemt er spørsmålet *om faktumusikkerhet knyttet til de prejudisielle rettsforholdene skal løses av de beviskrav- og bevisbyrde-regler som gjelder for bevistemaene i konkursloven § 60, jf. § 61, eller beviskrav- og bevisbyrde-reglene som gjelder for selve det prejudisielle rettsforholdet.*

5.2 Beviskravsregler i prejudisielle rettsforhold

Forholdet mellom beviskravsreglene for selve det prejudisielle rettsforholdet og beviskravsreglene for bevistemaene i konkursloven § 60, jf. § 61 er verken i konkurs- eller prosessretts-

¹⁷⁹ Skillet overtema/undertema er uten rettslig betydning, men fungerer som et godt pedagogisk verktøy.

¹⁸⁰ Strandberg (2012) s. 456-458. Se også Nygaard (1986) s. 106 flg. og Eckhoff (1988) s. 337. Skoghøy synes også å skille mellom bevistemaets overtema og undertema når han skriver at "*beviskravene kan være forskjellige for ulike omstendigheter i samme sak*", se Skoghøy (2017) s. 938.

¹⁸¹ Strandberg (2012) s. 457

lig sammenheng behandlet direkte av Høyesterett. I Rt. 1994 s. 889 og Rt. 2012 s. 1902 synes imidlertid ankeutvalget forutsetningsvis å legge til grunn at prejudisielle rettsforhold skal vurderes opp mot beviskravene som gjelder for konkursåpningsvilkårene. Forholdet til de prejudisielle rettsforholdenes beviskravsregler ved særskilt rettergang ble imidlertid ikke drøftet eksplisitt og var heller ikke omtvistet. Det er derfor vanskelig å trekke noen sikre slutninger fra avgjørelsene og uttalelsene må uansett tillegges begrenset vekt.

Problemstillingen er til en viss grad behandlet i underrettspraksis, men uten at det kan utledes et entydig svar. I LB-2009-152678 var særlig eksistensen og verdien av skyldneren forpliktelses avhengig av prejudisielle avgjørelser. Blant annet var det spørsmål om vareleveransene rekvirenten grunnet konkurskravet på faktisk var gjennomført, og om det var rettslig grunnlag for forsinkelsesrenter i den størrelsesordenen rekvirenten hevdet. Etter å ha slått fast at det for insolvens gjelder et krav om "betydelig sannsynlighetsovervekt", uttalte lagmannsretten at *"[b]eviskravet knytter seg til den avsluttende vurderingen av om insolvens foreligger, men det vil også være relevant ved vurderingen av de enkelte postene av eiendeler og gjeld"*.

I tråd med det oppstilte utgangspunktet vurderte lagmannsretten først eksistensen og verdien av de enkelte eiendelene og forpliktelsene, og tok i den sammenheng stilling til om den enkelte gjeldspost var bevist med "betydelig sannsynlighetsovervekt". Kjennelsen tilsier dermed at faktumusikkerhet knyttet til de prejudisielle rettsforholdene håndteres av de samme beviskravene som gjelder for konkursloven § 60, jf. § 61, ikke beviskravene som gjelder for det prejudisielle rettsforholdet ved særskilt rettergang.

Likevel synes tvil knyttet til de enkelte gjeldspostene å bli kumulert. Etter å ha fastslått hvilke gjeldsposter som var bevist med "betydelig sannsynlighetsovervekt", foretok lagmannsretten avslutningsvis en samlet vurdering av om gjelden oversteg eiendelene med "betydelig sannsynlighetsovervekt". Til tross for at skyldnerens gjeld etter en enkeltvis gjennomgang oversteg eiendelene, konkluderte lagmannsretten med at beviskravet i den avsluttende vurderingen ikke var oppfylt. Lagmannsretten viste i den sammenheng til at differansen mellom eiendeler og gjeld var liten, og at det fortsatt heftet en del usikkerhet for enkelte av kravene.

Selv om lagmannsretten synes å ha et relativt bevisst forhold til at det kan gjelde egne beviskravsregler for de prejudisielle rettsforholdene og samtidig kumulere tvil, synes lagmannsrettens valg av beviskrav noe tilfeldig. Lagmannsretten fremsetter blant annet ingen begrunnelse for hvorfor insolvensvilkårets forsterkede beviskrav også er relevant ved fastleggelsen av de enkelte postene av eiendeler og gjeld. Uttalelsenes vekt er derfor noe begrenset.

LB-2018-15994 (AI) virker å trekke i motsatt retning. I denne saken berodde insolvensspørsmålet på en prejudisiell vurdering av om skyldneren hadde et erstatningskrav for uberettiget

heving av en finansieringsavtale. Lagmannsretten slår innledningsvis fast at det for konkursåpningsvilkårene gjelder et krav om "klar sannsynlighetsovervekt". I forbindelse med et prejudisielt spørsmål om heving på grunnlag av antesipert mislighold uttaler imidlertid lagmannsretten at "[s]lik heving kan først finne sted når det er bevisført meget høy grad av sannsynlighet for at debitor etter en kontrakt vil misligholde en forpliktelse som kan gi grunnlag for heving". I denne vurderingen anvender dermed lagmannsretten det beviskravet som ville kommet til anvendelse hvis det samme rettsforholdet var gjenstand for særskilt rettergang.

I kjennelsens øvrige prejudisielle drøftelser, hvor det ikke gjaldt noe forsterket beviskrav, tar lagmannsretten gjennomgående stilling til om de ulike undertemaene var "sannsynliggjort", uten å adressere hvilket beviskrav som legges til grunn. Lagmannsretten virker dermed til å anvende beviskravet "alminnelig sannsynlighetsovervekt", og dermed de beviskrav som ville gjelde ved særskilt rettergang, når faktumusikkerheten for disse prejudisielle rettsforholdene skal håndteres. Samtidig konkluderes det med at det ikke er "sannsynliggjort" insolvens, til tross for at det innledningsvis blir lagt til grunn at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt for dette spørsmålet. Det er derfor noe uklart hva som kan utledes av disse uttalelsene og deres vekt.

Forholdet mellom beviskravsreglene for insolvens og de prejudisielle rettsforholdene er heller ikke omtalt av lagmannsretten. Det er derfor usikkert om lagmannsretten har hatt et bevisst forhold til problemstillingen og kjennelsens uttalelser har derfor begrenset vekt.

I LB-2018-126577 (STX) går lagmannsretten noe annerledes til verks. Spørsmålet i saken var om det regresskravet som konkursrekvirenten fremsatte konkursbegjæringen på grunnlag av var omfattet av en subordineringsavtale. Etter å ha slått fast at det gjelder et krav om "betydelig" eller "klar" sannsynlighetsovervekt, uttaler lagmannsretten at

"Ettersom beviskravet også gjelder hvorvidt rekvirentens krav «kan tjene som grunnlag for konkursåpning», kommer imidlertid beviskravet også til anvendelse på rettens prejudisielle vurdering av subordineringsavtalen og hvilke krav som omfattes av denne."

Selv om denne uttalelsen er entydig og klar, har den isolert noe begrenset rekkevidde, ettersom det ikke var tvilsomt at konkursåpningsvilkårene var oppfylt hvis subordineringsavtalen ikke omfattet regressfordringen. Rettens konklusjon i det prejudisielle rettsforholdet fikk dermed direkte og avgjørende betydning for spørsmålet om konkursåpning. I en slik situasjon tilsier hensynet til sammenheng i regelverket at det prejudisielle rettsforholdet må løses etter de samme beviskrav som gjelder for konkursåpningsvilkårene. Ellers ville det forsterkede

beviskravet sitt vern av konkursskyldneren bli illusorisk. At det samme må gjelde der dommeren må ta stilling til flere prejudisielle rettsforhold er ikke gitt.

Siden regresskravet ikke var omfattet av den skriftlige subordineringsavtalen, måtte en slik avtale bero på en subjektiv felles forståelse av avtalen. Med henvisning til Rt. 2011 s. 1553 avsnitt 48, legger lagmannsretten til grunn at det kreves "nokså klare holdepunkter" for at partene har en omforent forståelse som avviker fra ordlyden. Deretter uttaler de at "*dette utgangspunktet må samordnes med beviskravet etter konkursloven § 60*".

Denne anførselen mente konkursrekvirenten var en påstand om at rekvirenten hadde vært uredelig ved avtalesigneringen og ensidig endret ordlyden uten å varsle konkursskyldneren. Fordi dette var særlig belastende faktiske omstendigheter for rekvirenten, mente rekvirenten at beviskravet måtte skjerpes i motsatt retning og føre til en lemping av det beviskravet som ble lagt til grunn for fordringshavervilkåret i Rt. 2012 s. 1310.¹⁸² Lagmannsretten ga ikke konkursrekvirenten medhold i denne anførselen, men uttalte likevel i et obiter dictum at det i så fall også for dette tilfellet måtte foretas en samordning med beviskravet i konkursloven § 60.

I selve samordningen av de konkurrerende beviskravsreglene foretok lagmannsretten en avveining av de motstridene hensynene som begrunnet de ulike reglene. Etter en avveining av disse hensynene kom lagmannsretten til at det "*også i denne saken må kreves klar sannsynlighetsovervekt for at STX har «et krav som kan tjene som grunnlag for konkursåpning»*". Samlet sett kan derfor også denne saken tas til inntekt for at faktumusikkerhet knyttet til de prejudisielle rettsforholdene ikke skal løses på grunnlag av beviskravene som ville gjelde ved særskilt rettergang av de samme spørsmålene. Lagmannsrettens uttalelser er imidlertid et utslag av en konkret vurdering og avgjørelsen gir derfor ikke grunnlag for et generelt svar.

Utover dette er det få argumenter å hente fra rettskildefaktorene. Heller ikke teorien er på dette området til særlig hjelp. Problemstillingen er i enkelte andre sammenhenger behandlet, men ikke konkret i relasjon til konkursloven § 60, jf. § 61. Nygaard hevder blant annet at det gjelder egne beviskrav for de enkelte rettsfakta som inngår i ett rettsvilkårs bevistema og illustrerer dette med vilkårene for erstatning. Han synes å mene at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom beviskravet for bevistemaet som helhet og de enkelte prejudisielle rettsforhold, men sier lite om hvilke beviskrav som gjelder for de respektive rettsfakta.¹⁸³

¹⁸² At beviskravet for faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part kan skjerpes er lagt til grunn i en rekke høyesterettsavgjørelser, eksempelvis Rt. 1999 s. 1363, side 1379. Se også Skoghøy (2017) s. 935-936.

¹⁸³ Nygaard (1986) s. 107 flg.

Strandbakken hevder på sin side at prejudisielle sivilrettslige spørsmål som er en del av den objektive gjerningsbeskrivelsen av straffebud må løses på grunnlag av det strafferettslige beviskravet og begrunner dette med hensynene bak uskyldspresumsjonen.¹⁸⁴ Diesen hevder derimot at det gjelder et lavere beviskrav, men at det ikke er på samme nivå som om det prejudisielle rettsforholdet var tvistetema i en egen sivil sak.¹⁸⁵

Strandberg antar at faktumusikkerhet knytet til prejudisielle spørsmål i sivile saker "vel må løses av de beviskravene som gjelder for selve det prejudisielle rettsforholdet".¹⁸⁶ Strandberg begrunner imidlertid ikke denne antakelsen noe nærmere og må tillegges begrenset vekt.

På bakgrunn av det foreliggende rettsgrunnlaget kan spørsmålet om hvilke beviskravsregler som gjelder for håndtering av faktumusikkerhet i prejudisielle rettsforhold som inngår som delspørsmål i vurderingen av om konkursvilkårene er oppfylt ikke besvares generelt. Rettskildegrunnlaget er både spinkelt og gir sprikende og til dels motstridende svar. *Spørsmålet må derfor besvares etter en konkret interesseavveining, hvor hensynene som begrunner beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61 og de hensyn som begrunner beviskravet for det prejudisielle rettsforholdet ved særskilt rettergang, slik lagmannsretten gjør i STX-kjennelsen.* En konkret tilnærming til spørsmålet vil også i størst grad realisere formålet bak de enkelte beviskravsreglene som er aktuelle.

Hvis dommerens standpunkt til det prejudisielle rettsforholdet får direkte og avgjørende betydning for konkursåpningsspørsmålet, tilsier STX-kjennelsen at utfallet av denne interesseavveiningen normalt vil være at beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61 får direkte anvendelse på det prejudisielle rettsforholdet. Et slikt utfall underbygges dessuten av hensynet til sammenheng i regelverket og formålet med beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61.

Må dommeren ta stilling til flere prejudisielle rettsforhold, for eksempel eiendomsretten til flere omtvistede formuesgoder, er det mer uklart om beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61 vil komme direkte til anvendelse. I henhold til LB-2009-152678 vil det likevel få en viss betydning, så lenge det ikke gjelder et ytterligere forsterket beviskrav for det prejudisielle rettsforholdet.

Hvis beviskravet for selve det prejudisielle rettsforholdet gir skyldneren et sterkere vern enn beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61, tilsier AI-kjennelsen at utfallet av interesseavveiningen normalt vil bli at beviskravet for selve det prejudisielle rettsforholdet kommer til an-

¹⁸⁴ Strandbakken (2003)

¹⁸⁵ Diesen (1994) s. 89

¹⁸⁶ Strandberg (2012) s. 447

vendelse. Hvis det for eksempel ved særskilt rettergang om det prejudisielle rettsforholdet gjelder et krav om "meget høy sannsynlighet", vil dette beviskravet normalt også måtte legges til grunn i den prejudisielle vurderingen i konkursåpningssaken. Fordi skyldneren i disse tilfellene får et forsterket vern, er dette fullt forenelig med formålet til beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61, selv om det avviker fra risikofordelingen konkursåpningstvilkårenes beviskrav gir anvisning på. Beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61 skal i første omgang ivareta skyldnerens posisjon.

Når beviskravsreglene for det prejudisielle rettsforholdet står i direkte motstrid med beviskravet i konkursloven § 60, jf. § 61 og tilsier et lempeligere beviskrav enn "betydelig" eller "klar" sannsynlighetsovervekt, er utfallet av interesseavveiningen mer åpen. STX-kjennelsen tilsier at det kreves relativt tungtveiende grunner for å fravike konkursloven § 60, jf. § 61 sitt forsterkede beviskrav. Tungtveiende grunner kan være at skyldneren har opptrådt svært klanderverdigg og ved disse handlingene har vanskeliggjort bevisvurderingen.¹⁸⁷ For eksempel hvis skyldneren har destruert dokumenter som ville vært sentrale i insolvensvurderingen i strid med plikten til å bevare bevis.¹⁸⁸

5.3 Bevisbyrdespørsmål i prejudisielle rettsforhold

I forlengelse av spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder for prejudisielle rettsforhold, oppstår spørsmålet om hvem som har risikoen for å bevise det prejudisielle rettsforholdet. Særlig der den bevisbyrdebærende part ved særskilt rettergang om det samme rettsforholdet er en annen enn den bevisbyrdebærende part i konkursåpningsspørsmålet, aktualiserer problemstillingen seg.¹⁸⁹

Som det fremgår av drøftelsen i kapittel 5.2, må beviskravet for de prejudisielle rettsforholdene fastsettes konkret. Samtlige av de overnevnte avgjørelsene tar imidlertid utgangspunkt i et beviskrav som retter seg mot konkursrekvirenten og synes derfor å plassere risikoen for at beviskravet er oppfylt hos denne. For de fleste av de prejudisielle rettsforholdene fremstår dette også som rimelig, ettersom rekvirenten også ved særskilt rettergang hadde hatt bevisbyrden for disse rettsforholdene, og er dessuten faktiske omstendigheter som *må foreligge* for at konkursåpningstvilkårene skal være oppfylt.

¹⁸⁷ Se LB-2006-15895. Dette kan også utledes av det alminnelige "bevissikringshensynet". Se Skoghøy (2017) s. 936-937 med videre henvisninger.

¹⁸⁸ Plikten til å bevare bevis følger implisitt av partenes plikt til å sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst, jf. Tvisteloven § 21-4 (1). Ristvedt (2015) s. 115-116

¹⁸⁹ Se LG-1994-1358

I STX-kjennelsen synes lagmannsretten også å pålegge rekvirenten risikoen for å bevise et prejudisielt rettsforhold som skyldneren ville hatt bevisbyrden for ved særskilt rettergang. Lagmannsretten kom *"under tvil kommet til at det er klar sannsynlighetsovervekt for at regresskravet ikke er omfattet av subordineringsavtalen"*. Avtaleinnsigelsen var imidlertid fremsatt av skyldneren og skyldneren ville hatt bevisbyrden for at det forelå en slik avtale ved særskilt rettergang om det samme spørsmålet.

Det samme synes lagmannsretten å gjøre i LE-1995-564 i forbindelse med et prejudisielt spørsmål om motregningsadgang. I denne saken fremsatte konkursrekvirenten konkursbegjæring mot konkursskyldneren på bakgrunn av en rekke ubetalte krav for leveranser av pallemateriale. Konkursskyldneren hevdet imidlertid at deler av konkursrekvirentens krav var foreldet, og at de hadde et motkrav som oversteg det resterende kravet og som kunne benyttes til motregning.

Lagmannsretten ga konkursskyldneren medhold i denne innsigelsen og uttalte i den forbindelse at konkursrekvirenten *"ikke har klart å sannsynliggjøre at det i det løpende forretningsforhold ikke foreligger motkrav i et slikt omfang at disse overskrider det beløp som konkursrekvirenten mener å ha krav på"*. Lagmannsretten virker dermed til å plassere risikoen for det prejudisielle rettsforholdet hos rekvirenten, selv om det er skyldneren som har fremsatt den aktuelle innsigelsen og som ville hatt bevisbyrden for sin motregningsrett ved særskilt rettergang.

I begge disse avgjørelsene kan plasseringen av risikoen for å at beviskravet for det prejudisielle rettsforholdet er oppfylt hos rekvirenten fremstå som noe urimelig. Innsigelsen er fremsatt av skyldneren og er et forhold som *ikke må foreligge* for at rekvirenten kan få medhold i sitt krav. Ettersom det er vesentlig vanskeligere å bevise fraværet av faktiske omstendigheter enn det er å bevise eksistensen av dem, virker denne plasseringen noe underlig.

Ser man nærmere på lagmannsrettens uttalelser ser man imidlertid at de egentlig ikke tar stilling til hvem som måtte bevise riktigheten av skyldnerens innsigelse. Det eneste de tar stilling til er om konkurslovens beviskrav i den avsluttende vurderingen er oppfylt. Det fremstår imidlertid som at det var rekvirenten som måtte bevise fraværet av disse, fordi oppfyllelsen av beviskravet for konkursvilkårene knyttes sammen med innsigelsen. Uttalelsene synes derfor umiddelbart å danne grunnlag for en indirekte slutning om at bevisbyrdeplasseringen sier noe om hvem som må bevise innsigelsens riktighet, selv om lagmannsretten i realiteten tar stilling til et annet spørsmål.

Ser man nærmere på lagmannsrettens vurderinger i LB-2018-126577, ser man at det i denne saken virker til å ha vært skyldneren som har hatt risikoen for å bevise det prejudisielle retts-

forholdet. I drøftelsen av om det forelå en felles subjektiv forståelse av avtalen, tar lagmannsretten utgangspunkt i den skriftlige avtalen, for deretter å undersøke om det er grunnlag for å fravike denne. Lagmannsrettens risikoplassering indikerer derfor at den som ved særskilt rettergang ville vært den bevisbyrdebærendepart også har risikoen for å bevise det prejudisielle rettsforholdet, når det inngår som ledd i konkursåpningsvurderingen.

Lagmannsrettens plassering av risikoen for å bevise det prejudisielle rettsforholdet hos skyldneren må også ses i sammenheng med strukturen til beviskravet som gjelder for bevistemaets overtema. Prejudisielle rettsforhold som skyldneren ville hatt bevisbyrden for ved særskilt rettergang, aktualiseres som følge av at det allerede foreligger forhold som indikerer at beviskravet for bevistemaets overtema er oppfylt. For eksempel aktualiseres spørsmålet om eienomsretten til et omtvistet formuesgode først når det foreligger et insolvensindisium. Bevisføringsbyrden har dermed gått over fra rekvirenten til skyldneren på dette tidspunktet og dette er grunnen til at risikoen for å bevise det prejudisielle rettsforholdet påhviler skyldneren.

Konklusjonen må derfor bli at den som ville hatt bevisbyrden for et rettsforhold ved særskilt rettergang, normalt vil ha risikoen for å bevise dette rettsforholdet prejudisielt i forbindelse med konkursåpningssaken. Når det aktuelle rettsforholdet er et prejudisielt enkeltelement, et undertema, til konkursåpningsvilkårets bevistema som helhet, dets overtema, er denne risikoplasseringen en plassering av bevisføringsbyrden, ikke bevisbyrden. Det oppstår dermed ingen motstrid mellom bevisbyrden for overtemaet, slik dette er definert og plassert i kapittel 4, og risikoen for å bevise et undertema. De relaterer seg til størrelser på ulike plan og er derfor inkommensurable.¹⁹⁰ Det vil derfor ikke være behov for å harmonisere bevisbyrderegler som tilsynelatende står i motstrid med hverandre på samme måte som det kan være aktuelt å samordne beviskrav.

¹⁹⁰ Tilsvarende Welamson (1961) s. 54

Litteraturliste

Lovtekst

- 1863 Lov 6. juni om Concurs og Concursboers Behandling (konkursloven (opph.))
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Forarbeider

- NOU 1972:20 *Gjeldsforhandling og konkurs*
- NOU 2001:32 A *Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*
- Ot.prp.nr.26 (1998-1999) *Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v*
- Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*
- Innst.O.nr.56 (1983-1984) *Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) B) lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m*

Høyesterettspraksis

- Rt. 1895 s. 640
- Rt. 1903 s. 391
- Rt. 1913 s. 185
- Rt. 1923 s. 596
- Rt. 1950 s. 1132
- Rt. 1953 s. 300

Rt. 1956 s. 300
Rt. 1958 s. 26
Rt. 1966 s. 1320
Rt. 1974 s. 103
Rt. 1977 s. 1235
Rt. 1982 s. 1426
Rt. 1983 s. 716
Rt. 1989 s. 669
Rt. 1989 s. 1274
Rt. 1989 s. 1392
Rt. 1992 s. 64
Rt. 1992 s. 1209
Rt. 1993 s. 452
Rt. 1993 s. 868
Rt. 1994 s. 889
Rt. 1995 s. 1711
Rt. 1997 s. 698
Rt. 1997 s. 931
Rt. 1998 s. 1945
Rt. 1998 s. 2041
Rt. 1999 s. 1363
Rt. 1999 s. 1519
Rt. 1999 s. 1569
Rt. 2001 s. 543
Rt. 2003 s. 909
HR-2003-472-1
Rt. 2004 s. 118
Rt. 2008 s. 1548
Rt. 2010 s. 1089
Rt. 2011 s. 1553
Rt. 2012 s. 1310
Rt. 2012 s. 1902
Rt. 2012 s. 1985
Rt. 2013 s. 556
Rt. 2014 s. 922
Rt. 2015 s. 1246
HR-2016-2579-A
HR-2018-1189-A
HR-2018-1265-A

HR-2018-2344-A

Underrettspraksis

RG 1981 s. 999 (Oslo skifterett)

LE-1992-462

LF-1994-89

LG-1994-1358

LE-1995-564

RG 1996 s. 108 (Frostating)

LF-1997-661

LB-1999-812

LB-2003-1785

LB-2003-2429

LB-2003-9811

LE-2004-7786

LB-2004-19410

LB-2006-15895

THAFE-2007-3796-2

LB-2008-22124

LB-2009-152678

LG-2010-154579

LA-2010-169196

LB-2011-3563

LF-2011-37454

LB-2012-107459

LG-2012-141142

LF-2012-118734

LB-2013-18390

LB-2013-89802

LE-2013-138524

RG 2013 s. 1453 (Borgarting)

LB-2014-180720

LB-2014-45323

LB-2015-180538

LB-2016-92766

LB-2016-184362

LE-2017-134929

LG-2017-167749

LG-2017-196998

LB-2017-197741
LH-2017-22371
LB-2017-81589
LB-2018-15944
LB-2018-33722
LG-2018-119060
LB-2018-126577
LB-2018-136478
LF-2018-185233
LG-2019-2562

Juridisk litteratur

- Andenæs, Mads Henry *Konkurs*, 3. utg., Oslo: Mads Henry Andenæs, 2009
- Backer, Inge Lorange *Norsk sivilprosess*, Oslo: Universitetsforlaget, 2015
- Brækhus, Sjur *Omsetning og kreditt 1: Den personlige gjeldsforfølgning*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 1991
- Børresen, Pål *Konkurs*, 7. utg., Oslo: Cappelen Damm AS, 2013
- Diesen, Christian *Bevisprövning i brottmål*, 1. utg., Stockholm: Juristförlaget, 1994
- Eckhoff, Torstein *Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)*, Oslo: Tanum, 1943
- Eckhoff, Torstein Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen, *Svensk Juristtidning* (1988) s. 321-339
- Eide, Erling *Bevisvurdering: Usikkerhet og sannsynlighet*, Oslo: Cappelen Damm AS, 2016
- Graver, Hans Petter Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering, *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2009) s. 191-233
- Hjort, Maria Astrup *Tilgang til bevis i sivile saker: Særlig om digitale bevis*, Oslo: Universitetsforlaget, 2016
- Huser, Kristian *Gjeldsforfølgingsrett*, Bergen: Kristian Huser, 1995

- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs: Bind 2*, Bergen: Juristinformasjon, 1988
- Hov, Jo *Rettergang i sivile saker*, 3. utg., Oslo: Papinan, 2017
- Jerkø, Markus *Bevisvurderingens rettslige rammer: Bevistema, bevisbyrde, beviskrav*, Oslo: Universitetsforlaget, 2017
- Kolflaath, Eivind *Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?*, *Jussens Venner* (2004) s. 279-305
- Kolflaath, Eivind *Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil*, *Lov og Rett* (2008) s. 149-165
- Kolflaath, Eivind *Bevist utover enhver rimelig tvil*, *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2011) s. 135-196
- Løvlie, Anders *Rettslige faktabegreper*, 1. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2014
- Nazarian, Henriette med bidrag fra Anna Nylund *Konkursrett*, Oslo: Cappelen Damm AS, 2012
- Nygaard, Nils, Ole Hagen og Siri Nome *Årsak og bevis ved ansvar for skade*, Bergen: Universitetsforlaget, 1986
- Ristvedt, Per M. og Amund Bjøranger Tørum *Provokasjoner, begjæringer om bevis tilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte "discovery"*, *Tidsskrift for Forrettingsjus* (2015) s. 103-178
- Robberstad, Anne *Om forståelser av bevisbyrde*, *Jussens Venner* (2011) s. 65-86
- Robberstad, Anne *Skyld kan ikke bevises*, *Lov og Rett* (2013) s. 345-357
- Robberstad, Anne *Sivilprosess*, 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018
- Skoghøy, Jens Edvin *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017
- Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen: "In dubio pro reo"*, 1. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2003
- Strandberg, Magne *Beviskrav i sivile saker*, Bergen: Fagbokforlaget, 2012

Wiker, Håvard og Knut Ro *Konkursloven. Kommentartutgave*, Oslo: Universitetsforlaget, 2003

Welamson, Lars *Konkursrätt*, Stockholm: Norstedt, 1961