

INSOLVENSBEGREPET I NORSK RETT

Kandidatnummer: 662
Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 17 919 ord

05.12.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	Rettskildebildet	3
1.4	Den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>INSOLVENS SOM VILKÅR FOR Å ÅPNE KONKURS</u>	<u>5</u>
2.1	Oversikt	5
2.2	Vilkårene for insolvens i kkl. § 61	5
2.3	Illikviditetsvilkåret	6
2.3.1	Skyldnerens forpliktelser	7
2.3.2	Skyldnerens inntekter	12
2.3.3	Helhetsvurderingen av skyldnerens inntekter sammenholdt med forpliktelsene	17
2.4	Insolvens uten betalingsmislighold?	19
2.5	Illikviditeten må ikke være forbigående	22
2.5.1	Rettstilstanden de lege lata	22
2.5.2	Vurderinger de lege ferenda	26
2.6	Skyldnerens gjeld må overstige summen av hans eiendeler og forventede inntekter	28
2.6.1	Legislative hensyn	28
2.6.2	Utgangspunktet for suffisiensvurderingen	29
2.6.3	Debitors eiendeler	30
2.6.4	Skyldnerens forpliktelser	39
<u>3</u>	<u>INSOLVENSBEGREPETS ANVENDELSE I NORSK RETT</u>	<u>42</u>

3.1	Oversikt	42
3.2	Beviskrav og bevisbyrdereglene	42
3.2.1	Beviskrav og bevisbyrdereglene ved konkursåpning	43
3.2.2	Beviskrav og bevisbyrdereglene ved omstøtelse	45
3.2.3	Beviskrav og bevisbyrdereglene i strafferetten	49
3.3	Enhetlig insolvensbegrep?	50
3.3.1	Enhetlig konkursrettslig insolvensbegrep?	51
3.3.2	Eget strafferettslig insolvensbegrep?	55
3.3.3	Avsluttende vurderinger	57
4	<u>LITTERATURLISTE</u>	60

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Tema for oppgaven er insolvensbegrepet og dets anvendelse i norsk rett. Insolvens er definert i § 61 i konkursloven av 8. Juni 1984 nr. 58 i kapittel VIII om konkursåpningen. Insolvensbegrepet anvendes en rekke steder i lovverket, men har størst praktisk betydning som konkursåpningsgrunn.

Hvorvidt man anses insolvent har ofte store konsekvenser for den som rammes. Det gjelder ikke bare i forhold til spørsmålet om konkursåpning, men også i blant annet straffesaker. Å fastslå innholdet av insolvensbegrepet er derfor av stor betydning. Insolvensbegrepet er imidlertid ikke lett håndterlig. Insolvensbegrepet består av flere komplekse vurderingstemaer, og den nærmere fastleggelse av begrepet er ikke enkel.

Oppgavens første del er en analyse og vurdering av insolvensbegrepets innhold slik det er definert i konkurslovens § 61. Insolvensbegrepet vurderes her i relasjon til konkursåpning, jfr. kkl §§ 60 og 61.

I oppgavens annen del er temaet insolvensbegrepets anvendelse på de ulike rettsområder i norsk rett. Det drøftes blant annet hvorvidt det eksisterer et enhetlig insolvensbegrep i norsk rett.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Insolvensbegrepet og dets anvendelse i norsk rett er et omfattende tema. Det er knyttet en rekke problemstillinger til vurderingen av insolvensbegrepets innhold. Selv om vilkårene for insolvens er forholdsvis grundig behandlet i pkt. 2 nedenfor, tilsier oppgavens omfang at enkelte spørsmål må utelates eller behandles mer overfladisk. Eksempelvis drøftes ikke spørsmålet om hvorvidt det er riktig å medregne det latente skatteansvar ved vurderingen av om vilkårene for konkurs foreligger. Problemstillingen er sammensatt, og krever etter mitt syn en inngående drøftelse som jeg, i en oppgave av dette omfang, ikke har funnet plass til å behandle.

Hovedtemaet i oppgaven er å drøfte innholdet av insolvensdefinisjonen i kkl. § 61 i relasjon til konkurs, for deretter å sammenligne anvendelsen av insolvensbegrepet på de ulike rettsområder. Behandlingen av insolvens som konkursåpningsvilkår i pkt. 2 avgrenses derfor mot presumpsjonsreglene i kkl. §§ 62 og 63. Det redegjøres imidlertid kort for bevisreglene når det foreligger en presumpsjon for insolvens etter reglene i kkl. §§ 62 og 63 under pkt. 3.2.1 om beviskrav og bevisbyrderegler ved konkursåpning.

I fremstillingen av anvendelsen av insolvensbegrepet i norsk rett drøftes i hovedsak hvordan ulike bevisregler og formuleringer i lovteksten påvirker den konkrete rettsanvendelsen av insolvens, samt hvorvidt det eksisterer et enhetlig insolvensbegrep. Oppgavens omfang begrenser muligheten til å behandle hver enkelt lovbestemmelse hvor insolvens er en del av lovteksten. Fremstillingen konsentrerer seg om de lovbestemmelser hvor det er mest nærliggende å anta at bevisreglene eller ordlyden i den enkelte bestemmelse påvirker den konkrete anvendelsen av insolvensbegrepet. Enkelte bestemmelser hvor insolvens er en del av lovteksten, slik som for eksempel motregningsbestemmelsene i dekningslovens kapittel 8, er derfor ikke behandlet.

1.3 Rettskildebildet

Drøftelsene i oppgaven vil ta utgangspunkt i alminnelig rettskildelære. Lovteksten i kkl. § 61 vil være det naturlige utgangspunkt ved vurderingen av insolvensbegrepets innhold. Insolvensbegrepet, slik det er definert i kkl. § 61, består imidlertid av flere komplekse vurderingstemaer som ikke lar seg utlede av lovteksten. Den nærmere fastleggelse av hva som anses forbigående betalingsudyktighet i kkl. § 61 1.pkt kan eksempelvis ikke utledes av lovteksten. Andre rettskildefaktorer vil derfor i stor grad, i samspill med lovteksten, bestemme innholdet av insolvensbegrepet.

Det foreligger få Høyesterettsdommer som drøfter innholdet i insolvensbegrepet, og i de avgjørelsene som er avsagt går Høyesterett sjelden nærmere inn på vilkårene i kkl. § 61. I underrettspraksis foreligger det noe mer om innholdet av kkl. § 61. Disse har imidlertid, i tråd med alminnelig rettskildelære, begrenset verdi som rettskilde.

Forarbeidene vil være en tungtveiende rettskildefaktor for de tilfelle innholdet ikke lar seg utlede av lovteksten og det ikke foreligger rettspraksis av betydning. For eksempel vil drøftelsene i forarbeidene være en sentral rettskildefaktor ved vurderingen av det nærmere utgangspunkt for hvor lenge en illikviditetstilstand kan vare før den ikke lenger kan anses som forbigående i forhold til reservasjonen i kkl. § 61 1. pkt.

Innholdet i kkl. § 61 er inngående behandlet i juridisk teori. Som det vil fremgå av fremstillingen nedenfor vil situasjonen av og til være at verken lovtekst, rettspraksis eller forarbeider i tilstrekkelig grad avklarer premisene for vurderingen. I slike tilfelle kan juridisk teori, i alle fall dersom problemstillingen er grundig behandlet og det foreligger enighet om løsningen, være en tungtveiende rettskildefaktor ved fastleggelsen av innholdet i kkl. § 61.

Spørsmålet om det eksisterer et enhetlig insolvensbegrep i norsk rett er i betydelig grad uavklart. Problemstillingen er bare unntaksvis berørt i rettspraksis, forarbeider og juridisk teori.

1.4 Den videre fremstilling

I pkt. 2 behandles insolvens som konkursåpningsvilkår, jfr. konkursloven §§ 60 og 61. Det redegjøres inngående for insolvensbegrepets sentrale elementer: illikviditetsvilkåret, betingelsen om at betalingsudyktigheten ikke må være forbigående og vilkåret om at skyldnerens gjeld må overstige hans eiendeler og inntekter til sammen. Hvorvidt man anser reservasjonen om at skyldneren ikke er illikvid dersom betalingsudyktigheten må antas å være forbigående som en presisering av illikviditetsvilkåret eller et særskilt vilkår for insolvens har ikke stor betydning. Etter mitt syn er det hensiktsmessig å anse reservasjonen om forbigående betalingsudyktighet som en betingelse for insolvens: Er skyldneren betalingsudyktig, er det en betingelse for insolvens at betalingsudyktigheten ikke er forbigående, jfr. kkl. § 61 1. pkt.

Det drøftes blant annet; hvorvidt insolvens kan konstateres i de tilfelle hvor det ikke foreligger aktuelt betalingsmislighold, det nærmere utgangspunkt for hvor lenge en illikviditetstilstand kan vare før den ikke lenger anses forbigående i forhold til reservasjonen i kkl. § 61 1.pkt., og problemstillingen rundt verdsettelsen av potensielle og betingede fordringer.

I pkt. 3 drøftes det hvordan ulike bevisbyrderegler og beviskrav på de ulike rettsområder påvirker den konkrete rettsanvendelsen av begrepet insolvens. Deretter drøftes hvorvidt det eksisterer et enhetlig insolvensbegrep i norsk rett.

2 Insolvens som vilkår for å åpne konkurs

2.1 Oversikt

For at konkurs skal åpnes, etter begjæring av skyldneren selv eller en fordringshaver, er det et vilkår at skyldneren er insolvent. Konkurslovens § 60 lyder: *”Er skyldneren insolvent, skal vedkommendes bo tas under konkursbehandling når det begjæres av skyldneren eller en fordringshaver”*. Det fremgår av ordlyden i bestemmelsen at det ikke er opp til rettsanvenderen å vurdere på fritt grunnlag om konkurs skal åpnes: Er skyldneren insolvent og det foreligger begjæring som nevnt, skal konkurs åpnes.

2.2 Vilåårene for insolvens i kkl. § 61

Konkurslovens § 61: *”Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når 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.”*

For at en skyldner skal anses insolvent må det foreligge mer enn en forbigående betalingsudyktighet hos skyldneren, jfr. kkl. § 61 1. pkt. Dessuten må skyldnerens gjeld være større enn hans eiendeler og forventede inntekter til sammen, jfr. kkl. § 61 2. pkt. Tradisjonelt har drøftelsen av betingelsene for insolvens vært delt inn i to hovedelementer i juridisk teori: vilååret om illikviditet og vilååret om insuffisiens. Fra dette utgangspunkt er det imidlertid viktig å fremheve at på den ene side er ikke en hver skyldner som ikke kan betale sine forpliktelser umiddelbart, illikvid. På den annen side er det ikke tilstrekkelig at en skyldner er insuffisient; vedkommendes gjeld må overstige *summen* av hans eiendeler og forventede inntekter. Når vilåårene for insolvens behandles i det følgende, tas utgangspunkt i de tre kumulative vilååre for at insolvens foreligger: vilååret om illikviditet,

vilkåret om at betalingsudyktigheten ikke må være av forbigående art og vilkåret om at skyldnerens gjeld må overstige summen av hans eiendeler og forventede inntekter. Betingelsen om at betalingsudyktigheten ikke må være av forbigående karakter, har nær tilknytning til illikviditetsvilkåret, og behandles i forbindelse med sistnevnte vilkår.

2.3 Illikviditetsvilkåret

”Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”, jfr. kkl. § 61.

Illikviditetsvilkåret omtales gjerne som det sentrale element i insolvensbegrepet. Dette er naturlig ettersom kreditorene ikke har grunn til å klage hvis debitor ikke har betalingsproblemer.¹ I dansk og svensk rett er det, som etter norsk rett, et vilkår at skyldneren er insolvent for å åpne konkurs. Etter dansk og svensk konkurslovgivning er imidlertid insolvensbegrepet begrenset til illikviditet som ikke kan anses å være av forbigående art, jfr. den danske konkurslov § 17 og den svenske konkurslov § 2 kapittel 1.

For å avgjøre om skyldneren er i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, kreves en oversikt over debtors inntekter og utgifter for en nærmere bestemt periode. Rettsanvenderen bør derfor prøve å fremskaffe eller utarbeide en likviditetsoversikt; en oversikt over debtors tidligere og fremtidige inn- og utbetalinger ordnet etter forfallsdag og inngangsdato. Selv om det avgjørende vil være om skyldneren kan oppfylle sine forpliktelser nå og i fremtiden, vil skyldnerens tidligere mislighold kunne være en formodning om insolvens, jfr. kkl. § 62.² Dessuten vil en likviditetsoversikt som inkluderer skyldnerens tidligere inntekter og utgifter kunne klargjøre om debtors problemer kan karakteriseres som forbigående, jfr. reservasjonen i kkl. § 61 1. punktum. En likviditetsoversikt bør derfor som nevnt inneholde en oversikt over både tidligere og

¹ Huser (1988) s. 100

² Andenæs (1999) s.13

fremtidige inn- og utbetalinger, slik Huser gir uttrykk for.³ Hensikten med en likviditetsoversikt er å utarbeide et nødvendig grunnlag for vurderingen av om debitor er illikvid.

Vurderingen av likviditetsspørsmålet reiser en del skjønnsmessige problemstillinger for rettsanvenderen. For det første må man ta stilling til hvilke inntekter og forpliktelser som skal med i vurderingen. For det andre vil det ofte være knyttet stor usikkerhet til størrelsen på debitors fremtidige inntekter og utgifter. For det tredje må det avgjøres hvilket tidsperspektiv som skal legges til grunn for å fastslå om det foreligger illikviditet.

2.3.1 Skyldnerens forpliktelser

Ved vurderingen av om skyldneren er betalingsdyktig må all forfalt gjeld, herunder skatter og avgifter, tas med i likviditetsoversikten. I tillegg fremgår det av både ordlyden og forarbeidene at vedkommende også må kunne dekke sine fremtidige forpliktelser etter hvert som de forfaller.⁴ Alle omkostninger og forpliktelser som antas å påløpe ved fortsatt drift må medtas i oversikten. Når det gjelder forfallstid må utgangspunktet være at utgiftene settes opp i tråd med de avtalte eller gjeldende forfallstidspunkter.⁵

Det fremgår av forarbeidene at fordringshaverne er de kreditorer som i tilfelle av konkurs kan kreve dividende av sine fordringer.⁶ Hvem som kan kreve dividende av sine fordringer, følger av dekningslovens §§ 6-1 flg. Det har den konsekvens at fordringshavere som ikke er dividendeberettigede ikke skal medregnes når utgiftene i likviditetsbudsjettet skal settes opp. Eksempelvis er ikke innskutt egenkapital dividendeberettiget, og må følgelig holdes utenfor vurderingen. I forhold til hvem som skal anses som fordringshavere er det likegyldig hvilken prioritet fordringen har, jfr. deknl. §§ 9-3, 9-4 og 9-7. En ansvarlig långiver, som vedtar å stå tilbake for de øvrige fordringshaverne, vil dermed måtte anses

³ Huser (1988) s.106

⁴ Ot. Prp. Nr. 50 s. 85

⁵ Wiker/Ro (2003) s. 226

⁶ NOU 1972:20 s. 119

som fordringshaver. En slik fordring omfattes av dekningsloven § 9-7 nr. 2 som etterprioritert fordring, og regnes som et krav i forhold til konkurslovens §§ 60 og 61. Fordringen må derfor medtas i likviditetsoversikten.

Utgangspunktet er som nevnt at alle forventede omkostninger og forpliktelser må tas med i vurderingen; både forfalte, uforfalte og betingede forpliktelser må tas i betraktning, jfr. dekl. § 6-2. Hvilke utgifter som må forventes å påløpe kan imidlertid by på adskillig tvil. På den ene side har man de klart ubestridte krav, der både kreditor og debitor er enig om at det foreligger en fordring av en viss verdi. Ubestridte krav av den kategori må uten videre tas med i likviditetsoversikten. På den annen side har man omstridte, potensielle og betingede krav. Nevnte kategorier av krav vil ofte innebære en betydelig grad av usikkerhet om hvorvidt kravet kan realiseres, og i så fall til hvilken verdi. Retten må da, på skjønnsmessig grunnlag, vurdere hvilke forpliktelser som er påregnelige. Rettspraksis, juridisk teori og forarbeider gir bare i begrenset grad veiledning, og rettsanvenderen må foreta en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i den enkelte sak. I det følgende drøftes noen typetilfeller i vurderingen av om usikre krav skal medtas i likviditetsvurderingen.

I en del tilfelle vil det oppstå uenighet om et krav faktisk eksisterer. I de tilfelle hvor kravets eksistens er avgjørende for insolvensvurderingen, må tingretten ta prejudisielt stilling til spørsmålet.⁷ Avgjørelsen har kun betydning for spørsmålet om åpning av konkurs, jfr. juridisk teori og Rt.1996 s. 783.⁸ I vurderingen av om fordringen eksisterer må det, for de tilfelle hvor kravets eksistens er avgjørende for insolvensvurderingen, kreves en ”betydelig sannsynlighetsovervekt” for å fastslå om fordringen er til, jfr. Rt.2003 s. 909 og Rt.2004 s.118. I førstnevnte kjennelse, som direkte gjaldt konkursloven § 63, ga Høyesterett tilslutning til lagmannsrettens uttalelse om at det ”*generelt må kreves betydelig sannsynlighetsovervekt for at konkursgrunnlag foreligger*”.⁹ I Rt.2004 s. 118 fastslår

⁷ Andenæs (1999) s. 8

⁸ Wiker/Ro (2003) s. 222

⁹ Rt. 2003 s. 909

Kjæremålsutvalget at det ikke er en uriktig tolkning av konkursloven § 60 å kreve ”betydelig sannsynlighetsovervekt” for at konkursrekvirenten har et konkursgrunnlag.

Hva som ligger i uttrykket ”betydelig sannsynlighetsovervekt” er ikke presisert nærmere. Det må kreves noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at fordringen eksisterer. Hov antyder at uttrykket ”rimelig sannsynlighetsovervekt” vil være naturlig å forstå som et høyere krav enn 50 %, for eksempel 55 %.¹⁰ En betingelse for at det må foreligge ”betydelig sannsynlighetsovervekt”, skulle dermed tilsi at sannsynligheten for at kravet eksisterer i det minste må være høyere enn 55 %. En naturlig språklig forståelse av uttrykket vil stille noe høyere krav til sannsynligheten for at kravet eksisterer enn ”rimelig sannsynlighet”, og det synes rimelig å anta at den nedre grensen for ”betydelig sannsynlighetsovervekt” går ved 60-75 %. Tolker man uttrykket for strengt vil det kunne føre til at krav som retten føler seg rimelig sikre på eksisterer, ikke kan omfattes av grunnlaget for insolvensvurderingen. På denne måten vil langt flere debitorer anses likvide, enn de som faktisk er det. Hensynet til konkursinstituttets særdeles inngripende karakter, med de store konsekvenser det har for skyldneren og hans næringsvirksomhet, tilsier at grensen for hva som skal anses som ”betydelig sannsynlighetsovervekt” ikke må settes for lavt ved vurderingen av skyldnerens potensielle forpliktelse. Å anta at den nedre grensen for når ”betydelig sannsynlighetsovervekt” anses bevist å foreligge, ligger på om lag 70 %, synes å være et rimelig utgangspunkt.

Når man i en likviditetsoversikt skal skissere den forventede fremtidige utvikling, vil det ikke sjelden foreligge krav hvis størrelse er usikre. Usikkerhet med hensyn til for eksempel konjunkturer, prisutvikling og valuta, gjør kravenes størrelse, og i noen tilfeller eksistens, usikker.¹¹ For å finne kravenes forventede størrelse tar Huser til orde for en sannsynlighetsveing.¹² Som illustrasjon foretas en sannsynlighetsveing for strømutgiftene det nærmeste året for en bedrift. Det antas at det er 50 % sannsynlig at disse blir på 200.000,- kroner, 25 % sannsynlig at de blir 220.000,- kroner og 25 % sannsynlig at

¹⁰ Hov (1999) s. 264

¹¹ Wiker/Ro (2003) s. 226

¹² Huser (1988) s. 108

strømutgiftene beløper seg til 150.000,- kroner. Forventede strømutgifter det kommende året blir da $200.000 \times 0,5 + 220.000 \times 0,25 + 150.000 \times 0,25 = 192.500,-$ kroner.

Sannsynlighetsveilingen kan være til god nytte i de tilfelle man har solid grunnlag for å vurdere sannsynligheten for at utgiftene utgjør et bestemt beløp. I andre tilfelle vil retten ha liten eller ingen kunnskap om sannsynligheten for at utgiftene beløper seg til et bestemt beløp, og ovennevnte teoretiske modell for å finne postenes forventede størrelse gir liten veiledning. I de tilfeller rettsanvenderen har liten oversikt over sannsynligheten for at en utgifts størrelse blir et bestemt beløp, må man falle tilbake på en skjønnsmessig vurdering av utgiftens størrelse.

Selv om den teoretisk konstruerte sannsynlighetsveiingsmodellen kan gi god veiledning, må rettsanvenderen avgjøre hvorvidt skyldneren vil klare å dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, ut i fra en helhetlig skjønnsvurdering.¹³

En særskilt problemstilling forekommer ved betingede krav, det vil si at skyldnerens forpliktelse er betinget av en hendelse som ennå ikke er inntrådt på vurderingstidspunktet. Et illustrerende eksempel på et betinget krav er der skyldneren har påtatt seg et kausjonsansvar. Det følger av forarbeidene at kausjonsansvaret må føres opp med ”det beløp som det sannsynligvis blir gjort gjeldende med”.¹⁴ Da må det være riktig som Andenæs anfører at tingretten generelt, ved insolvensvurderingen ved betingede krav, må vurdere sannsynligheten for at betingelsen skal inntreffe.¹⁵ Problemstillingen omkring betingede krav er relevant både for illikviditetsvurderingen og suffisiensvurderingen. En nærmere drøftelse av betingede krav ved insolvensvurderingen følger nedenfor i pkt. 2.6.4.2 under behandlingen av insuffisiensvilkåret.

¹³ Wiker/Ro (2003) s. 226

¹⁴ NOU 1972:20 s. 123

¹⁵ Andenæs (1999) s. 9

2.3.1.1 Forpliktelsesens forfallstid

Med hensyn til forpliktelsesens forfallstid, må utgangspunktet som nevnt være at utgiftene vurderes opp mot de avtalte eller gjeldende forfallstidspunkter. Er det avtalt at skyldneren skal nedbetale et lån over fem år, legges det til grunn i likviditetsoversikten. Kan det bringes på det rene at skyldneren har fått betalingsutsettelse, må dette utvilsomt legges til grunn ved likviditetsvurderingen. Vanskeligere er det hvordan rettsanvenderen skal stille seg til en anførsel fra skyldneren om at det er mulig å få utsettelse. Andenæs gir uttrykk for at tingretten trolig må ”vurdere om en slik anførsel har tilstrekkelig grunnlag etter omstendighetene i det enkelte tilfelle”.¹⁶ Jeg antar at det må føres relativt sikre bevis for at det er mulig å få betalingsutsettelse på lånet, før retten legger det til grunn. Følger det ikke av avtalevilkårene at betalingsutsettelse kan finne sted, bør kreditor ha gitt sitt tilsagn før retten tar betalingsutsettelsen i betraktning. Har ikke kreditor gitt tilsagn, bør påstanden om betalingsutsettelsen bare helt unntaksvis legges til grunn. Et eksempel på at en påstand om betalingsutsettelse *kan* tas i betraktning uten tilsagn fra kreditor, er et lån der det er allment kjent at kreditor, ved likviditetsproblemer hos skyldneren, i alminnelighet vil gi betalingsutsettelse. Et annet eksempel er at forholdet mellom kreditor og debitor er så nært og tillitsfullt at man finner det bevist at kreditor vil gå med på en betalingsutsettelse. Selv om det gjerne er i begge parters interesse at skyldneren ikke går konkurs, må den klare hovedregel imidlertid være at kreditor har gitt tilsagn om en betalingsutsettelse før dette legges til grunn ved likviditetsvurderingen.

Har skyldneren misligholdt forfalte terminer, vil dette kunne føre til at kreditor kan bringe kravet i sin helhet til forfall. For det tilfelle at kreditor har benyttet seg av sin rett til å anse kravet i sin helhet som forfalt, antar Andenæs at dette må legges til grunn i likviditetsbudsjettet.¹⁷

¹⁶ Andenæs (1999) s. 14

¹⁷ Andenæs (1999) s. 14

2.3.2 Skyldnerens inntekter

Utgangspunktet er at både skyldnerens nåværende og forventede fremtidige inntekter skal medtas i likviditetsoversikten. Dette fremgår klart av forarbeider og juridisk teori.

Oppsettet av skyldnerens nåværende inntekter vil sjelden være problematisk. Annerledes kan det stille seg når de fremtidige inntektene skal vurderes. Hvilke potensielle inntekter som skal anses påregnelige, kan imidlertid være et vanskelig vurderingstema, og må vurderes konkret i den enkelte sak. Alle påregnelige inntekter for perioden skal tas med i oversikten.

Å fastsette skyldnerens arbeidsinntekter vil bare unntaksvis være problematisk. Vanligvis er arbeidsinntekter så forutsigbare at de lar seg tallfeste også for en nærmere bestemt tidsperiode i fremtiden.

Avkastning av skyldnerens næringsvirksomhet kan være vanskeligere å vurdere. Debitor er inne i en vanskelig økonomisk situasjon, og avkastningen vil gjerne påvirkes av situasjonen som har oppstått. Avkastningen i den nærmeste fremtid vil videre avhenge blant annet av hvordan økonomien organiseres, og konjunkturer i bransjen. De mange usikkerhetsfaktorene nødvendiggjør en svært konkret vurdering, hvor rettsanvenderen i det enkelte tilfelle må foreta en skjønnsmessig vurdering av hvilken avkastning som anses påregnelig.

Ny kreditt vil kunne muliggjøre konvertering av kortsiktig til langsiktig gjeld, med positive konsekvenser for betalingsevnen.¹⁸ Kan debitor sannsynliggjøre at han kan oppnå ny kreditt, skal dette medtas.¹⁹ Et sentralt spørsmål i den forbindelse blir hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at skyldnerens påståtte nye kredittmuligheter skal legges til grunn i likviditetsoversikten. Har skyldneren fått et klart tilsagn om ny kreditt må dette legges til grunn. Skyldnerens muligheter for å få kreditt må trolig vurderes uavhengig av

¹⁸ Wiker/Ro (2003) s. 225

¹⁹ NOU 1972:20 s. 121

om det foreligger konkrete kredittilsagn.²⁰ Det vil imidlertid være rimelig å anta at det må foreligge en høy grad av sannsynlighet for at debitor kan oppnå ny kreditt, før det legges til grunn. Årsaken til at insolvensspørsmålet blir behandlet av tingretten er nesten uten unntak at debitor har havnet i en vanskelig økonomisk situasjon. I slike tilfeller må formodningen være at debitor ikke kan oppnå ytterligere kreditt, med mindre særlige forhold foreligger i den konkrete sak.

En interessant problemstilling er hvorvidt et overtrekk av en kassekredittkonto, kan ses som et stilltiende tilsagn om kreditt. Reagerer banken etter kort tid, og ber skyldneren rydde opp i forholdet, kan det selvsagt ikke anses som et tilsagn om kreditt. Annerledes kan det stille seg der skyldneren har overtrukket kassekredittkontoen uten noen reaksjon fra banken, og bruker dette som et argument for at han er kredittverdigg. Retten bør vel i slike tilfeller prøve å finne de bakenforliggende årsaker til at banken ikke har reagert på den overtrukne kontoen. Skyldes det simpelthen en feil fra banken, bør det ikke legges til grunn at skyldneren kan oppnå ny kreditt. Har imidlertid banken akseptert at debitor over en lengre periode har overtrukket kontoen, kan dette være et indisium på skyldnerens kredittverdighet, i det banken vurderer næringsvirksomhetens utsikter for bedre inntjeningsevne ved debtors overtrekk av kassakreditt. Hvert enkelt tilfelle må imidlertid vurderes konkret, der mulige kjente årsaker til den ytterligere kreditt som skyldneren har oppnådd, vil være et sentralt moment. En annen sak er hvorvidt overtrekket av kassakredittkontoen er å anse som et stilltiende tilsagn om kreditt eller en feil fra banken, i praksis ofte vil være nokså problematisk å fastslå for retten.

Klarer skyldneren å få stilt bankgaranti for rekvirentens fordring, *kan* dette være et indisium på skyldnerens kredittverdighet og derved på hans solvens.²¹ Høyesteretts kjæremålsutvalg har påpekt at en bankgaranti som stilles for en konkurstruet bedrift ikke i seg selv gir uttrykk for en positiv vurdering av debtors kredittverdighet, jfr. Rt. 1989 s. 1274. Retten uttaler at man først må bringe på det rene ”...*hva som er bakgrunnen for garantistillelsene, og det må drøftes om de kan anses som uttrykk for at banken vurderer*

²⁰ Brækhus (1991) s. 123

²¹ Brækhus (1991) s. 124

debitor som solvent”. Videre uttaler kjæremålsutvalget: ”*Garantiene kan like gjerne skyldes at banken ønsker å unngå konkurs for ikke å lide tap i forbindelse med tidligere kredittytelser der bankens krav ikke er tilstrekkelig sikret i konkurs*”. Dommen gir uttrykk for at det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering i den enkelte sak, der grunnlaget for bankgarantien vil være et sentralt moment.

Det er rimelig å anta at kjæremålsutvalgets uttalelse i Rt.1989 s. 1274 har relevans for de tilfeller der kreditor er ytt ny kreditt. Som anført ovenfor må det riktige være å legge et konkret tilsagn om kreditt til grunn for likviditetsoversikten. Dette bør legges til grunn uavhengig av de bakenforliggende årsakene til at kreditten er gitt, eller vilkårene lånet er gitt på. En annen sak er at bakgrunnen for den ytede kreditt kan være et vesentlig moment ved den skjønnsmessige vurderingen. Eller at vilkårene lånet er gitt på er så dårlige sett med debitors øyne, at det bare innebærer en kortvarig midlertidig utsettelse av det endelige sammenbrudd. Like fullt må den ytede kreditt medtas i likviditetsoversikten med de vilkår den nye kreditt er gitt på. Først da får man den fulle oversikt til å foreta en veloverveid helhetsvurdering av skyldnerens likviditet.

Det følger av både forarbeider og juridisk teori at man må ta hensyn til de midler skyldneren kan få frigjort ved salg av lett omsettelig aktiva. Forutsetningen er at eiendelene kan realiseres raskt nok, uten at skyldnerens næringsvirksomhet og dermed hans inntjeningsevne blir skadelidende.²² Eksempler på lett realiserbare eiendeler kan være varer, kunstsamlinger eller lett omsettelige aksjer. Det avgjørende er imidlertid om skyldneren kan betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller. Under samme forutsetning kan også andre typer mindre omsettelige aktiver komme i betraktning, forutsatt at de lar seg realisere før inntektene av salget i henhold til likviditetsoversikten må benyttes til dekning av forpliktelser. Forarbeidene nevner som eksempel at skyldneren har tatt det skritt å selge en fast eiendom, og kan regne med at realisasjonen vil være gjennomført så vidt raskt at han vil ha kontanter til betaling av en større gjeldspost som forfaller om tre måneder.

²² Ot.prp. nr. 50 (1980-81) s. 85

En problemstilling som kan volde problemer for rettsanvenderen som utarbeider likviditetsoversikten, er imidlertid å vurdere hvilke eiendeler som kan realiseres raskt nok. Det er neppe mulig å operere med noe skarpt skille mellom kategoriene omløpsmidler og anleggsmidler, i den forstand at man går ut fra at alle omløpsmidler kan realiseres i tide, mens anleggsmidler ikke lar seg realisere tidsnok. Skillet mellom omløps- og anleggsmidler kan imidlertid gi god veiledning når potensielle salg av aktiva vurderes. I regnskapsloven § 5-1 er anleggsmidler definert som ”eiendeler bestemt til varig eie eller bruk”, mens alle eiendeler som ikke er anleggsmidler regnes som omløpsmidler. Av regnskapsloven § 6-2 går det frem at fast eiendom regnes som et anleggsmiddel. Forarbeidenes eksempel om at en bør ta i betraktning en skyldner som har bestemt seg for å selge en eiendom, og hvor man regner med at realisasjonen vil være gjennomført i tide slik at forpliktelsene kan dekkes innen forfall, illustrerer at det ikke alltid er hensiktsmessig å operere med noe skarpt skille mellom omløps- og anleggsmidler med hensyn til hvilke midler som kan realiseres i tide.²³ Her som ellers må man falle tilbake på en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av hvilke eiendeler som påregnelig kan realiseres tidsnok til å dekke skyldnerens forpliktelser. Har tingretten begrenset kunnskap om eiendelene og markedet, vil imidlertid regnskapslovens skille mellom omløps- og anleggsmidler være nyttig i rettsanvenderens vurdering, jfr. rl. §§ 5-1 og 6-2.

I en del tilfeller vil skyldneren kun ha aktiva som er av betydning for virksomheten og dens videre drift, eller eiendeler som ikke vil være mulig å få realisert hurtig nok til at han kan betale gjelden til forfallstid. I så fall er skyldneren illikvid.

En praktisk problemstilling er i hvilken grad debtors utestående fordringer skal medtas i likviditetsoversikten. For at en utestående fordring skal tas i betraktning må det for det første dreie seg om et reelt krav. For det andre må skyldneren være rette kreditor for kravet. Er nevnte betingelser oppfylt må retten vurdere sannsynligheten for om og i så fall når kravet kan inndrives. Sannsynligheten for at kravet kan inndrives i løpet av den nærmeste fremtid bør vurderes konkret for hver enkelt fordring. Fordringens forfallsdato, hvor lenge

²³ Ot.prp. nr. 50 (1980-81) s. 85

kravet eventuelt har vært misligholdt og betalingsevnen til fordringens skyldner vil være sentrale faktorer ved vurderingen av om fordringen kan inndrives. Også hvor fordringens skyldner befinner seg kan være relevant ved vurderingen: Det er neppe tvilsomt at en utestående fordring hos en skyldner i et fremmed utviklingsland, gjennomgående er vanskeligere å inndrive enn en skyldner bosatt i Norge.

At de utestående fordringene er fordelt på et stort antall debitorer kan være et moment som taler mot at majoriteten av fordringene kan inndrives innen den nærmeste fremtid. Det er tidkrevende å innkreve fordringer hos mange forskjellige debitorer, og dette vil minske sannsynligheten for at alle fordringene kan inndrives. I Rt. 1956 s. 300 uttaler Høyesterett følgende i forbindelse med likviditetsvurderingen: *"De utestående fordringer, kr 3715, var som nevnt fordelt på hele 62 debitorer og kunne neppe i sin helhet, eller for den vesentlige del, inndrives innen rimelige tid"*. Jeg tolker ovennevnte uttalelser dit hen at retten har foretatt en samlet helhetsvurdering av de utestående fordringer, hvor fordringenes mange debitorer var et moment som talte mot at skyldneren klarte å inndrive alle, eller en vesentlig del av dem, innen rimelig tid. I omfattende saker der skyldneren har et høyt antall utestående fordringer, vil man nok i praksis, slik som Høyesterett tilsynelatende har gjort i ovennevnte dom, ofte foreta en samlet helhetsvurdering av de utestående fordringene. Hensynet til rettens tidsforbruk, samt i hvilken grad en utestående fordring kan inndrives i mange tilfeller vil være et vanskelig bevisstema, taler for en samlet helhetsvurdering av skyldnerens utestående fordringer. Utgangspunktet bør imidlertid være, som anført ovenfor, at hver enkelt utestående fordring vurderes konkret. En konkret vurdering av den enkelte fordring er helt nødvendig for de tilfelle der inndrivelse av en eller flere utestående fordringer er avgjørende for hvorvidt skyldneren er insolvent.

Det ser ut til å være enighet i juridisk teori om at muligheten for økonomiske bidrag fra tredjeperson, som for eksempel venner og familie, bare kan tas i betraktning dersom det foreligger et konkret løfte.

2.3.3 Helhetsvurderingen av skyldnerens inntekter sammenholdt med forpliktelsene

Etter at skyldnerens utgifter og inntekter for en nærmere bestemt periode er kartlagt, er spørsmålet om strømmen av skyldnerens inntekter er store nok og kommer tidsnok til å dekke rekken av forpliktelser.²⁴

I utgangspunktet vil skyldneren være likvid hvis eiendelene og inntektene er tilstrekkelig til å dekke forpliktelsene ved forfalltid. Omvendt vil skyldneren være illikvid om han ikke klarer å betale sine forpliktelser ved forfalltid. Gode grunner taler imidlertid for at spørsmålet om skyldneren klarer å dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, avgjøres ut i fra et helhetlig skjønn.²⁵ Postene som skal vurderes inneholder ofte usikkerhetsmomenter med hensyn til postenes størrelse. Som nevnt ovenfor vil konjunkturer, prisutvikling, tredjemenns betalingsevne og bakgrunnen for at søknad om nytt lån er innvilget, være noen av flere mer eller mindre usikre faktorer som krever en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak. Det kan tenkes at man etter en oppstilling av inntekter og forpliktelser for en periode, kommer til at skyldneren vil overleve perioden med knappest mulig margin. En konkret vurdering kan imidlertid avdekke at vilkårene for et lån skyldneren har fått tilsagn om er så vidt dårlige, sett fra skyldnerens ståsted, at det bare er en utsettelse av et unngåelig økonomisk sammenbrudd. Eller det kan være at skyldneren har solgt eiendeler som vil muliggjøre at forpliktelsene dekkes for en viss tid fremover, men det er overveiende sannsynlig at salget vil gjøre debtors muligheter til å overleve økonomisk i fremtiden enda mindre. I slike tilfeller synes det fornuftig å utvide vurderingsperioden, for å vurdere om debtors betalingsevne er tilfredsstillende i et noe lengre perspektiv.

I denne forbindelse har Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalt at skyldnerens evne til å dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller må ha en viss stabilitet og varighet,

²⁴ Ot prp. nr. 50 (1980-1981) s. 85

²⁵ Wiker/Ro (2003) s. 226

jfr. Rt. 1997 s. 698. Kjæremålsutvalget vurderer ikke nærmere hvilken grad av stabilitet og varighet som kreves. Med hensyn til varigheten av skyldnerens evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, kan det anføres at for strenge krav til varigheten av betalingsevnen, vil gjøre rettsanvenderens konklusjon svært usikker. En likviditetsoversikt som strekker seg langt inn i fremtiden, vil nødvendigvis inneholde større usikkerhetsmomenter enn en oversikt som kun tar for seg de nærmeste ukene og månedene. Et annet argument som taler for ikke å stille for strenge krav til stabiliteten og lengden på debtors betalingsevne, er at konkurs kan være meget ødeleggende ikke bare for debitor, men også debtors nærstående og eventuelle ansatte.

Er det åpenbart at debitor, på lengre sikt, ikke vil kunne dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, synes det fornuftig å vurdere debtors betalingsevne i et noe lengre perspektiv: Det er ikke betenkelig å fastslå illikviditet hos skyldneren når det må anses bevist at han ikke vil kunne betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller en gang i fremtiden. De mange usikkerhetsfaktorer en likviditetsvurdering som strekker seg over lengre tid utgjør, tilsier imidlertid at det utvises varsomhet med å fastslå illikviditet hos skyldneren for de tilfelle at den manglende betalingsevnen først antas å inntreffe langt inn i fremtiden. Et tilsynelatende uunngåelig økonomisk sammenbrudd kan, riktignok i unntakstilfelle, unngås ved at uventede hendelser som er svært fordelaktige for debtors betalingsevne inntreffer. Ved vurderingen av hvilken grad av stabilitet og varighet som må kreves av debtors betalingsevne, bør det derfor tas hensyn til de usikkerhetsfaktorer som en vurdering i et lengre perspektiv innebærer.

Gode grunner taler etter mitt syn for å tolke ovennevnte uttalelser fra kjæremålsutvalget dit hen at kravet til en viss stabilitet og varighet først og fremst er rettet mot de skyldnerne som ved å foreta disposisjoner som gjør den umiddelbare betalingsevnen tilfredsstillende, samtidig nærmest utelukker videre drift sett i et noe lengre perspektiv. Det er neppe formålstjenelig å operere med en bestemt norm for kravet til varigheten av debtors betalingsevne; vurderingen av hvilken stabilitet og varighet som kreves i det enkelte tilfelle må vurderes konkret.

Motsatt kan selvsagt tenkes at man etter en konkret oppstilling av skyldnerens forpliktelser og inntekter, kommer til at skyldneren med knappest mulig margin ikke klarer å betale sine forpliktelser ved forfallstid. I så fall må man vurdere om betalingsudyktigheten må anses forbigående, jfr. kkl. § 61 1. pkt.

2.4 Insolvens uten betalingsmislighold?

En interessant problemstilling er hvorvidt insolvens kan konstateres i de tilfelle hvor det ikke foreligger aktuelt betalingsmislighold fra debtors side. På den ene side er det vanskelig å konstatere illikviditet så lenge debitor betaler ved forfall. På den annen side vil en situasjon hvor debitor tærer på sin kapital for å holde seg flytende, og underbalansen blir stadig større, være svært uheldig. Sistnevnte situasjon gir styret i et aksjeselskap en handlingsplikt, jfr. aksjeloven § 3-5. En slik drifting på kreditorenes regning vil dessuten kunne være straffbar, jfr. straffelovens kapittel 27.

Bestemmelsen i kkl. § 61 1. pkt., ”skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”, gir i liten grad veiledning. Hvorvidt den gir uttrykk for at debitor kan slås konkurs også i de tilfeller det ikke foreligger noe aktuelt betalingsmislighold, synes uklart. ”etter hvert som de forfaller” vil muligens kunne lede tanken dit hen at man må kunne oppfylle sine forpliktelser i fremtiden, uten hensyn til om det allerede foreligger betalingsmislighold.

Selv om de fleste kanskje vil komme til at betalingsmislighold ikke er nødvendig for konstatering av illikviditet etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, taler legalitetshensynet i motsatt retning. Konkursåpning er et inngripende tiltak med store konsekvenser for de som rammes. Å tillate et slikt alvorlig inngrep i rettssubjekters sfære uten klar lovhjemmel kan være problematisk.

Forarbeidene behandler ikke spørsmålet i forbindelse med konkurslovens § 61.

Problemstillingen blir imidlertid berørt i NOU 1972:20 under konkurslovens § 64 om sikkerhetsstillelse og kausjon som konkurshindring. Det er interessant at det, i forbindelse

med drøftelsen av sistnevnte bestemmelse, blir gitt uttrykk for at også uforfalte fordringer kan være grunnlag for en konkursbegjæring etter gjeldende rett. Konkursutvalget uttaler at hovedregelen må være at ”...*en fordringshaver med en uforfalt fordring må kunne benytte sin fordring som grunnlag for en konkursbegjæring, idet hans stilling ellers ville bli for risikabel*”.²⁶ Som begrunnelse pekes det på at så lenge en fordring er uforfalt, vil fordringshaveren regelmessig ikke kunne skaffe seg tvangsgrunnlag for fordringen.

Problemstillingen er til dels omstridt i juridisk teori. Andenæs, Brækhus og Wiker/Ro gir uttrykk for at noe vilkår om faktisk mislighold fra skyldnerens side, ikke kan oppstilles. Brækhus peker på følgende situasjon: Debitor tærer på sin kapital for å holde seg flytende, han betaler alle krav ved forfall, men underbalansen blir stadig større. Før eller senere vil betalingsstans inntre. Huser hevder imidlertid kategorisk: ”Foreligger det intet betalingsmislighold, er insolvensvilkåret ikke oppfylt”.

Husers løsning på spørsmålet kan få uheldige konsekvenser i praksis. En ordning hvor debitor fritt kan tære på sin kapital, mens underbalansen vokser seg stadig større, ivaretar ikke i tilstrekkelig grad hensynet til kreditorene. Denne form for drifting på kreditorens regning vil medføre at debitor, ved videre drift, taper kreditorfellesskapet for verdier. Man kan også tenke seg situasjoner hvor skyldneren ser at en konkurs er relativt nært forestående, og benytter anledningen til å forfordele enkelte kreditorer. Brækhus nevner som eksempel at skyldneren, som ser hvor det bærer, kan ”*i god tid før forfall overføre sine frie verdier til andre selskaper i samme konsern; vederlaget forutsettes gjort opp senere ved motregning*”.²⁷ Videre vil en situasjon der man ikke kan statuere insolvens uten inntrådt betalingsmislighold, kunne føre til en tilfeldig forfordeling av kreditorene: de kreditorene hvis krav forfaller mens skyldneren fortsatt har hodet over vannet vil ha en fordel i forhold til de kreditorer hvis krav forfaller senere. I slike situasjoner *kan* imidlertid omstøtelsesreglene kunne rette opp noe av skjevheten, men langt i fra alle betalinger omfattes av omstøtelsesreglene i dekningslovens kapittel 5. Den objektive omstøtelsesregels 3 måneders frist, samt unntaket for ordinære betalinger, gjør at kun et

²⁶ NOU 1972:20 s. 129

²⁷ Brækhus (1991) s. 123

fåtall av disposisjonene kan omstøtes, jfr. dekl. § 5-5. Ovennevnte viser at dersom man konsekvent avviser at tingretten kan åpne konkurs hos skyldneren der det ikke foreligger aktuelt betalingsmislighold, vil kreditorene ikke ha det rettsvern de har behov for.

Sammenhengen med lovgivningen for øvrig taler også for at inntrådt betalingsmislighold ikke er et absolutt vilkår for at insolvens kan stadfestes.

Det følger av aksjeloven at det inntreffer en handleplikt for selskapets styre dersom egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, jfr. asl. § 3-5. Finner ikke styret tiltak som kan bedre selskapets økonomi, skal det foreslå selskapet oppløst, jfr. asl. § 3-5 (2). En regel der insolvens ikke under noen omstendighet kan anses fastslått så lenge betalingsmislighold ikke foreligger, vil harmonere dårlig med aksjelovens bestemmelser om styrets handlingsplikt der egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Når skyldneren ved styret - for de tilfelle det er et aksjeselskap - pålegges en handleplikt og i visse tilfelle en oppbudsplikt, i nevnte tilfelle, synes det underlig at regelen om konkursåpning etter kkl. § 61 skal avhenge av om debitor selv innser alvorret og begjærer oppbud.

Selv om legalitetshensynet veier tungt ved inngrep i rettssubjekters sfære, taler både sammenhengen med lovgivningen forøvrig, til dels sterke reelle hensyn, uttalelser i forarbeidene og det vesentlige av juridisk teori for at inntrådt betalingsmislighold ikke er et absolutt vilkår for å fastslå illikviditet. En annen sak er at det må stilles strenge krav til bevisene for å fastslå illikviditet der skyldneren ennå ikke har misligholdt sine forpliktelser. De alvorlige konsekvensene en konkurs har for skyldneren, hans nærstående og ansatte, gjør at bevisene generelt bør være ganske sterke før konkurs åpnes hos skyldneren. Dette gjelder i enda større grad for de tilfeller der debitor ennå ikke har misligholdt noen av sine forpliktelser.

Det synes rimelig at insolvens kan anses fastslått også i de tilfeller aktuelt betalingsmislighold ikke har inntrådt, forutsatt at bevisene for at skyldneren vil bli illikvid i den nærmeste fremtid er så overbevisende at konkursåpning synes som eneste utgang.

2.5 Illikviditeten må ikke være forbigående

2.5.1 Rettstilstanden de lege lata

For at insolvens skal foreligge er det ikke tilstrekkelig at skyldneren er betalingsudyktig og insuffisient. Konkursloven § 61 1. pkt fastslår at debitor ikke er insolvent for de tilfelle ”*betalingsudyktigheten må antas å være forbigående*”. Også etter konkursloven av 1863 var det klart at man måtte se bort fra en forbigående kortvarig illikviditet, selv om dette ikke var presisert i lovteksten. Skyldtes de midlertidige betalingsproblemene forsinket postgang, sen ekspedering i bank eller lignende forhold, fastslo man at insolvens ikke forelå etter den tidligere konkurslov.²⁸

Det er sikker rett at insolvens ikke foreligger, så lenge det dreier seg om kortvarige forbigående betalingsproblemer av ovennevnte art. Forarbeidene fastslår at: ”*Noen dagers forsinkelse, for eksempel fordi en av skyldnerens egne debitorer er litt sent ute med sitt oppgjør, eller fordi det oppstår en forsinkelse i postgangen på grunn av uvær e.l, innebærer ikke at insolvens foreligger. Noe forbehold i lovteksten for slike kortvarige forsinkelser er ikke påkrevet*”.²⁹ Når Stortingets justiskomite senere vedtok å ta med et forbehold for forbigående betalingsudyktighet i lovteksten, må det være klart at dette i alle fall ikke kan tolkes strengere, sett fra skyldnerens side, enn etter konkursloven av 1863. Den nærmere fastleggelse av hvor lenge en illikviditetstilstand må vare for at den ikke lenger skal anses forbigående, er imidlertid omstridt.

Hvorvidt betalingsudyktigheten må sies å være av en slik forbigående art at den kan subsumeres unntaket i kkl. § 61 1. pkt., må avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering. Et sentralt moment i vurderingen vil være hvor sikre holdepunkter det er

²⁸ Brækhus (1991) s. 124

²⁹ Ot.prp. Nr.50 (1980-81) s. 85

for at skyldneren vil komme på fote igjen.³⁰ Er det relativt sikre holdepunkter for at skyldneren blir likvid i den nære fremtid, må dette være et tungtveiende argument for at betalingsudyktigheten må karakteriseres som forbigående i lovens forstand. For de tilfelle det er åpenbart at debitor blir likvid i den relativt nære fremtid, for eksempel fordi han venter en stor innbetaling som følge av en sikker kontrakt med en åpenpart solvent part, vil kreditorene normalt heller ikke ha noen interesse av å begjære konkurs.³¹

Et annet vesentlig moment i vurderingen vil være om debitor nettopp er blitt betalingsudyktig. Har debitor – på vurderingstidspunktet - misligholdt sine forpliktelser i noen tid, vil dette være et tungtveiende argument for at betalingsudyktigheten ikke er forbigående. Omvendt vil det være vanskeligere å utelukke at situasjonen kan endre seg når man finner at debitor nylig er blitt illikvid på vurderingstidspunktet.³² En likviditetsoversikt bør derfor inneholde en oversikt over skyldnerens forfalte utgifter og inntekter fra den nære fortid, så vel som forventede utgifter og inntekter i den nære fremtid. Like fullt er det prinsipielle utgangspunkt at vurderingen er fremtidsrettet.³³ Hvorvidt betalingsudyktigheten har vedvart i noen tid på vurderingstidspunktet er kun et av flere momenter som skjerper eller svekker kravene til fremtidsvurderingen.

At det må foretas en konkret helhetsvurdering der momenter som varigheten av de allerede foreliggende betalingsproblemer og sannsynligheten for at skyldneren igjen blir likvid er sentrale momenter ved vurderingen hvorvidt betalingsudyktigheten kan karakteriseres som forbigående, er ikke omstridt i juridisk teori. Det nærmere utgangspunkt for hvor lenge en illikviditetstilstand kan vare før den ikke lenger kan anses som forbigående i forhold til reservasjonen i kkl. § 61 1. pkt, har derimot vært gjenstand for diskusjon i så vel forarbeider som i juridisk teori.

Reservasjonen for forbigående betalingsudyktighet var ikke tatt med i lovutkastet til konkursutvalget, og gir derfor ingen veiledning om reservasjonens betydning, jfr. NOU

³⁰ Andenæs (1999) s. 15

³¹ Huser (1988) s. 109

³² Huser (1988) s. 109

³³ Huser (1988) s. 109

1972:20 s. 121. Unntaket om forbigående betalingsudyktighet ble først tilføyd ved behandlingen i Stortingets justiskomiteé.³⁴ En samlet komité uttaler: ”Skifteretten, alt avhengig av arten av skyldnerens næringsvirksomhet, bør kunne ta et visst hensyn til om han innen rimelig tid vil kunne oppfylle sine forpliktelser”. Med hensyn til innholdet av uttrykket ”innen rimelig tid” delte imidlertid komiteen seg i et flertall og et mindretall. Komitéflertallet mente at reservasjonen kun tok sikte på betalingsudyktighet ”av rent forbigående art”. Det var ikke meningen at reservasjonen skulle dekke de langvarige betalingsutsettelsene som kunne føre til at skyldnerens fordringshavere selv kommer i forlegenhet. Flertallet fortsetter: ”Det må være knyttet en så stor grad av sikkerhet til skyldnerens fremtidige inntekter at hans fordringshavere ikke vil kunne lide noe tap ved dette”.³⁵ Komiteens flertall angir ingen bestemt tidsfrist for hva som skal anses som forbigående betalingsudyktighet. Andenæs antar at komiteen har tenkt på en helt kortvarig periode på noen dager eller uker.³⁶

Komiteens mindretall legger imidlertid en videre tolkning til grunn. Mindretallet ser det slik at hensikten med unntaket ved forbigående betalingsudyktighet i lovteksten, har vært å kjøpe tid for en bedrift som kun er i midlertidige betalingsvanskeligheter, for eksempel på grunn av forbigående ordresvikt, vanskeligheter med oppfølgingen av en større kontrakt e.l. På denne måten kan skyldneren også få tid til å skaffe seg refinansiering. Mindretallet vil ikke sette opp noen bestemt tidsfrist, men anfører at ”utgangspunktet bør i alminnelighet være noen måneder”. Videre argumenteres det for at jo sikrere det er at bedriftens vanskeligheter bare er forbigående og at den nødvendige kapital eller ordretilgang til fortsatt drift vil kunne bringes til veie, desto lenger kan fristen strekkes.³⁷

³⁴ Innst. O. Nr. 56 (1983-84) s. 15-16

³⁵ Innst. O. Nr. 56 (1983-84) s. 16

³⁶ Andenæs (1999) s. 16

³⁷ Innst. O. Nr. 56 (1983-84) s. 16

Moe uttaler at man i skifterettspraksis vanligvis legger en norm på om lag 14 dager til grunn.³⁸ En uttalelse fra lagmannsretten kan tyde på at man i alminnelighet ikke godtar et utgangspunkt på flere måneder, slik mindretallet i Stortingets justiskomité argumenterte for. Lagmannsretten fant det tilstrekkelig bevist at Skattefogden hadde et forfalt restkrav på skyldneren, og avviste at betalingsudyktigheten var forbigående: ”*Det kunne heller ikke være snakk om en rent forbigående betalingsudyktighet, ettersom den kjærende part hadde hatt en hel måned på seg til å avklare forholdet og skaffe finansiering*”.³⁹ Konkrete omstendigheter i den enkelte sak vil imidlertid kunne påvirke hva retten anser som forbigående.

Mange av dommene og kjennelsene er kortfattede i sin form, og rettens konklusjon er ofte bare i begrenset grad nærmere begrunnet. Dette gjør det vanskelig å se hvilken norm retten legger til grunn. Likevel synes det rimelig å anta, på bakgrunn av ovennevnte, at rettspraksis tar utgangspunkt i en norm som i stor grad tilsvarer den rent forbigående betalingsudyktigheten som flertallet i Stortingets justiskomité anførte at reservasjonen tok sikte på.

I juridisk teori er det delte meninger om hvilket tidsperspektiv som skal legges til grunn ved vurderingen av om illikviditeten må anses forbigående. Brækhus stiller seg bak Stortingskomiteens flertall, og konkluderer med at reservasjonen om forbigående betalingsudyktighet kun er en lovfestning av tidligere rett.⁴⁰ Huser er langt på vei på linje med komiteens mindretall, og antar, som et fornuftig utgangspunkt, at en illikviditet som forutsetningsvis varer i 3 måneder må anses å være forbigående i relasjon til reservasjonen i kkl. § 61 1.pkt.⁴¹ Fra dette utgangspunkt fremholder Huser at fristen kan forkortes eller utskytes avhengig av konkrete omstendigheter i den enkelte sak.

³⁸ Moe (1999) s. 44-45

³⁹ LB 1999 s. 3230

⁴⁰ Brækhus (1991) s. 125

⁴¹ Huser (1988) s. 110

På bakgrunn av rettspraksis, flertallet i Stortingets justiskomité's uttalelser og deler av juridisk teori synes det som om det alminnelige utgangspunkt for hvor lenge en illikviditetstilstand kan vare før den ikke lenger kan anses forbigående i relasjon til reservasjonen om forbigående betalingsudyktighet i kkl. § 61 1. pkt., er på om lag 14 dager. Stortingets justiskomité's generelle bemerkninger i forarbeidene om at komiteen har foretatt enkelte endringer i lovforslaget, i forhold til proposisjonen, av redaksjonell art, som ikke innebar noen realitetsendringer, kan tyde på at det ikke har vært meningen å endre rettstilstanden⁴². Bemerkningen er et ytterligere moment som taler for at gjeldende rett tar utgangspunkt i en norm på noen dager eller uker. Som nevnt følger det imidlertid av juridisk teori og rettspraksis at konkrete omstendigheter i den enkelte sak, i alle fall til en viss grad, kan skjerpe eller svekke kravene til lengden på illikviditetstilstanden.

2.5.2 Vurderinger de lege ferenda

Det synes fornuftig at loven ikke oppstiller noen bestemt tidsfrist for hva som skal anses som forbigående betalingsudyktighet. En ufravikelig fastsatt tidsfrist ville kunne føre til uheldige resultater: Eksempelvis kan skyldnere som åpenbart blir likvide i løpet av den nærmeste fremtid rammes av tidsfristen. Det kan derfor argumenteres for at en svært konkret helhetsvurdering best ivaretar hensynene bak reservasjonen om forbigående betalingsudyktighet. Ved å foreta en konkret vurdering, uten en bestemt tidsfrist, vil man på den ene side kunne ivareta hensynet til debitor, og det forhold at konkursåpning bør forbeholdes de tilfelle debitor ikke blir betalingsdyktig innen rimelig tid. På den annen side kan man i den enkelte sak vurdere hvorvidt hensynet til kreditorene og deres behov for et rimelig raskt oppgjør, tilsier at betalingsudyktigheten ikke kan anses forbigående.

Selv om det ikke fastsettes noen eksakt tidsfrist, bør den skjønnsmessige helhetsvurderingen finne sted innenfor visse tidsrammer.⁴³ Å ta utgangspunkt i en norm på

⁴² Innst. O. nr. 56 (1983-84) s. 15

⁴³ Andenæs (1999) s. 16

14 dager er etter min mening for kort, selv om konkrete forhold i den enkelte sak til en viss grad kan utvide tidsfristen for hva som anses forbigående. Skal kreditor inndrive kravet gjennom enkeltforfølging vil det som oftest ta vesentlig lengre tid. Dessuten er det ikke uvanlig at betaling skjer noen uker etter forfall i næringslivet. En såpass kortvarig betalingsutsettelse som det her er tale om vil bare unntaksvis føre til at kreditor selv kommer i problemer.

På den annen side synes ikke et utgangspunkt på noen måneder, slik Stortingskomiteens mindretall og Huser argumenterer for, i tilstrekkelig grad å ivareta kreditorenes interesser. Usikkerheten med hensyn til om den konstaterte illikviditeten virkelig er forbigående vil øke i takt med lengden på normen man godtar.⁴⁴ Eventuelle feilbedømmelser går på kreditorenes risiko. Heller ikke i de tilfelle det synes mer eller mindre åpenbart at debitor blir likvid flere måneder frem i tid, bør betalingsudyktigheten karakteriseres som forbigående i relasjon til kkl. § 61. 1.pkt. Kreditor bør etter mitt syn ikke måtte finne seg i en betalingsutsettelse på flere måneder, for eksempel på grunn av debtors sesongbetonte virksomhet som gjør han betalingsudyktig i lengre tid utenom sesongen. I slike og lignende situasjoner er det naturlig at debitor begjærer gjeldsforhandling. En begjæring om gjeldsforhandling fører til at behandlingen av konkursbegjæringen stanses inntil man ser om det lykkes å få i stand en gjeldsordning (betalingsutsettelse, nedsettelse av gjelden eller en kombinasjon), jfr. kkl. § 16. Er forsøket på å få i stand en gjeldsordning mislykket, taler hensynet til kreditorene og deres behov for oppgjør innen rimelig tid, for at en illikviditetsperiode på noen måneder ikke anses forbigående.

På bakgrunn av ovennevnte synes det rimelig, ved vurderingen av hva som skal anses forbigående i relasjon til reservasjonen i kkl § 61 1. pkt, å ta utgangspunkt i en norm på om lag 4 uker. Normen ivaretar etter min mening i tilstrekkelig grad hensynet til både kreditorene, og deres behov for et rimelig raskt oppgjør, samt hensynet til at debitor bør innrømmes en viss tid til å fremskaffe de nødvendige likvider uten at konkurs kan åpnes.

⁴⁴ Brækhus (1991) s. 126

Fra dette utgangspunkt er det som nevnt min oppfatning at konkrete omstendigheter i den enkelte sak vil kunne utvide eller innskrenke tidsfristen for hva som anses forbigående. Særlig for de tilfelle hvor det synes mer eller mindre åpenbart at debitor igjen blir likvid, bør tidsfristen kunne utvides i relativt betydelig grad. Hensynet til kreditorene, og det faktum at usikkerheten med hensyn til om den konstaterte illikviditeten virkelig er forbigående vil øke i takt med lengden på normen man godtar, tilsier imidlertid at illikviditetsperioder utover 6-8 uker i alminnelighet ikke kan karakteriseres som forbigående i relasjon til reservasjonen i kkl. § 61 1.pkt. Omvendt bør tidsfristen kunne innskrenkes til et par uker der fremtidsutsiktene for at debitor igjen blir likvid, er heller små.

2.6 Skyldnerens gjeld må overstige summen av hans eiendeler og forventede inntekter

2.6.1 Legislative hensyn

For å åpne konkurs etter kkl. 61 er det ikke tilstrekkelig at det foreligger mer enn en forbigående betalingsudyktighet hos skyldneren. I tillegg kreves det at skyldnerens forpliktelser overstiger summen av hans eiendeler og inntekter, jfr. kkl. § 61 2. pkt. For de tilfelle skyldnerens aktiva og påregnelige inntekter er tilstrekkelige til å dekke forpliktelsene, bør fordringshaverne henvises til å søke dekning ved enkeltforfølging. I forarbeidene er det uttalt: *”Konkursen bør forbeholdes tilfelle hvor det ikke er tilstrekkelige verdier til at alle fordringshaverne kan få dekning via utlegg; kappløpet mellom fordringshaverne for å få dekning, og de tilfeldige resultater det kan få, skal i slike tilfelle erstattes av et samlet oppgjør hvor så vidt mulig alle får prosentvis like stor dekning”*.⁴⁵ Motsatt vil en løsning der skyldneren anses insolvent kun på bakgrunn av insuffisiens, være

⁴⁵ Ot.prp nr. 50 (1980-1981) s. 85

lite tilfredsstillende. Det ville eksempelvis være meningsløst å åpne konkurs hos en student som har større studiegjeld enn eiendeler, men som betaler sine forpliktelser ved forfall.

2.6.2 Utgangspunktet for suffisiensvurderingen

Suffisiensvurderingen bygger på en statisk betraktning: Det tas utgangspunkt i en oppstilling av debitors gjeld og eiendeler på tidspunktet for insolvensvurderingen. Dersom debitors gjeld overstiger verdien av eiendelene er han insuffisient. At debitor både er illikvid og insuffisient er imidlertid ikke tilstrekkelig for å fastslå insolvens. Det kreves også at skyldnerens forpliktelser overstiger summen av hans eiendeler og inntekter, jfr. kkl. § 61 2. punktum.

Selv om utgangspunktet for suffisiensvurderingen synes enkel, kan avgjørelsen i mange tilfeller by på betydelige vanskeligheter. Bevismaterialet er ofte omfattende og uoversiktlig, og hvilke krav som skal medtas, samt verdsettelsen av dem, kan i mange tilfelle være problematisk å ta standpunkt til. Hertil kommer at dommerne som skal avgjøre hvorvidt skyldneren er insolvent, bare unntaksvis har særlig grad av økonomisk kompetanse.

Det er eiendelene og forpliktelsenes reelle verdi som skal legges til grunn. Er skyldneren et selskap, vil selskapets regnskapsmessige sist avgitte balanse kunne tjene som et utgangspunkt for vurderingen. Det er imidlertid grunn til å understreke at dette kun er et utgangspunkt; i svært mange tilfeller vil beløpene som fremkommer i regnskapet avvike i større eller mindre grad i forhold til de reelle verdiene. En praktisk situasjon som illustrerer viktigheten av ikke ukritisk å legge regnskapsverdiene til grunn ved vurderingen, er når en konkurstruet debitor opererer med urealistisk høye, og kanskje til dels fiktive verdier på sine eiendeler i regnskapet. Dessuten kan det være at man, ved nærmere undersøkelse, finner at debitor har eiendeler som ikke er bokført.

Det bør også tillegges at tallene som fremkommer av regnskapet skal baseres på de verdsettelsesprinsipper som gjelder i regnskapsloven av 17.juli 1998 nr. 56. Når nevnte

verdsettelsesprinsipper legges til grunn ved utarbeidelsen av regnskapet, tilsvarer ikke nødvendigvis regnskapstallene de reelle verdiene. Eksempelvis skal anleggsmidler, i henhold til regnskapsloven, som utgangspunkt vurderes til anskaffelseskost, jfr. rskl. § 5-3. Ikke sjelden vil de reelle verdiene avvike fra anskaffelseskostnaden som fremgår av regnskapet. Regnskapet er derfor kun et utgangspunkt og ikke avgjørende for suffisiensvurderingen.

2.6.3 Debitors eiendeler

2.6.3.1 Hvilke eiendeler skal medtas i suffisiensvurderingen?

Det er selvsagt bare eiendeler som tilhører debitor som skal medtas i oversikten. Er det tvilsomt hvorvidt debitor er eier, og dette har avgjørende betydning for bedømmelsen av debtors solvens, må det tas prejudisielt standpunkt til spørsmålet.

Skyldnerens beslagfrie eiendeler skal holdes utenfor oppstillingen av debtors eiendeler, jfr. deknl. § 2-3 flg. Skyldnerens nødvendige personlige eiendeler som for eksempel klær, samt penger til underhold av skyldneren og hans husstand, medtas således ikke i oversikten over debtors eiendeler. Annerledes vil det stille seg om skyldneren for eksempel eier en rekke kostbare merkeklær. Denne type eiendeler rammes ikke av beslagfriheten i dekningsloven § 2-3, og skal tas i betraktning ved suffisiensvurderingen. Dekningsloven § 2-9 bestemmer at skyldneren ikke kan gi avkall på beslagfriheten.

Eiendeler som antas å kunne omstøtes ved en eventuell konkurs skal ikke medregnes i oversikten. Slike eiendeler kan skyldneren ikke benytte til dekning av sine fordringshavere med mindre konkurs åpnes. De kan derfor naturligvis ikke brukes som grunnlag for ikke å åpne konkurs.⁴⁶

⁴⁶ Wiker/Ro (2003) s. 228

En interessant problemstilling er hvorvidt man skal ta hensyn til midler som debitor beviselig har, men som han gjemmer bort og derved unndrar fra forfølgning. I Rt. 1950 s. 1132 slår Høyesterett fast at slike midler ikke skal medtas ved suffisiensvurderingen. I nevnte dom er det på det rene at skyldneren har kontanter til å dekke sin gjeld, men han nektet å betale den. Flertallet på fire dommere fant at konkurs kunne åpnes, og uttalte at det ikke kunne tas hensyn til midler ”*som visstnok eksisterer, men hvor de på grunn av debtors forhold er utilgjengelige til dekning av fordringshavernes krav*”.

Flertallets løsning synes å ha gode grunner for seg. I vurderingen av hvorvidt debitor har tilstrekkelige eiendeler til å dekke sin gjeld, bør kun eiendeler som er tilgjengelige for kreditorene medtas. Inkluderer man eiendeler som ikke er tilgjengelige i oppstillingen, og dette fører til at det ikke blir åpnet konkurs hos debitor, vil skyldnerens enkeltforfølgende fordringshavere kunne oppleve betydelige vanskeligheter i forbindelse med inndrivelse av kravet. Det kan argumenteres for at denne type oppgave egner seg bedre for et konkursbo.

Et spørsmål i nær tilknytning til ovennevnte dom er om debitor kan kreve at eiendeler som han påstår tilhører tredjemann eller som han kun eier proforma, skal tas i betraktning ved suffisiensvurderingen. I Rt. 1977 s. 1235 ga et enstemmig Høyesterett et benektende svar. En skyldner påsto at diverse eiendeler tilhørte en tredjemann, og det ble drøftet om eiendelene likevel kunne anses som hans eiendeler ved suffisiensvurderingen. Førstvoterende uttalte: ”*Det kan etter min mening ikke tas hensyn til aktiva som muligens, eller til og med sannsynligvis, vil tilfalle boet, men som på grunn av debtors forhold ikke er tilgjengelig til dekning av fordringshavernes krav, jfr. Rt. 1950 s. 1132.*”

Det er vel rimelig å anta, uttalelsens generelle form tatt i betraktning, at Andenæs har rett når han anfører at uttalelsen gir uttrykk for et prinsipp med videre anvendelsesområde enn den aktuelle sak.⁴⁷

⁴⁷ Andenæs (1999) s. 11

Det følger av konkurslovens forarbeider at eiendeler som befinner seg i utlandet, i prinsippet skal med i vurderingen.⁴⁸ Enhver vag hentydning om eiendeler i utlandet kan selvsagt ikke legges til grunn. Forarbeidene gir uttrykk for at det er en forutsetning at fordringshaverne har en rimelig mulighet for å få dekning i eiendelene. Fordringshavernes mulighet til å få dekning vil avhenge av hvilket land eiendelene befinner seg i. Det ene ytterpunkt er eksempelvis der det er på det rene at debitor eier en hytte i et av de andre nordiske land. Denne må utvilsomt tas med ved suffisiensvurderingen. Det andre ytterpunkt er skyldnerens påstand om eiendeler i en bondegård på landsbygda på det afrikanske kontinent.

Det fremgår av forarbeidene at hvorvidt Norge har en avtale om gjensidig anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer med vedkommende stat som eiendelene befinner seg, ikke er avgjørende for om de skal inkluderes i oppstillingen av skyldnerens eiendeler. Jeg antar at en slik avtale likevel vil være et moment i den konkrete vurderingen, der det sentrale vil være fordringshavernes dekningsmuligheter.

Forarbeidene og ovennevnte dommer gir uttrykk for et generelt krav om at eiendelene må være tilgjengelig for fordringshaverne, for at de skal medtas i suffisiensvurderingen. Selv om hver enkelt eiendel må vurderes konkret i den enkelte sak, kan man, på bakgrunn av rettspraksis, forarbeider og juridisk teori stille opp visse kriterier som må være oppfylt for at eiendelene skal tas i betraktning. Eiendelen må for det første tilhøre debitor, den må ikke rammes av beslagforbudet i dekningsloven § 2-3 flg., og den må være tilgjengelig for skyldnerens fordringshavere.

2.6.3.2 Verdivurderingen av debtors eiendeler

Som nevnt ovenfor, er det eiendelenes reelle verdi som skal legges til grunn ved verdsettelsen. Den sum man antar at en realisasjon av eiendelene vil innbringe, skal altså legges til grunn i oversikten. Beløpet man oppnår ved salg av eiendelene vil avhenge av

⁴⁸ NOU 1972:20 s. 123

faktorer så som hvilken tid skyldneren har til rådighet, realisasjonsmåten, og konjunktorene i markedet. Det må altså foretas en konkret vurdering for hver enkelt eiendel.

Er det tvist om hvorvidt skyldneren eier en eiendel, må det tas prejudisielt standpunkt til dette, jfr. Rt. 1983 s. 180. For det tilfelle at det foreligger usikkerhet om debitor er rette eier, er det ikke slik at man må komme til et enten/eller resultat. I slike tilfeller kan det legges til grunn en redusert verdi på eiendelen.⁴⁹

Det synes rimelig, ved den beløpsmessige vurdering av den omtvistede eiendelen, å ta utgangspunkt i sannsynligheten for at eiendelen tilhører debitor. Anser retten det 60 % sikkert at eiendelen tilhører skyldneren, medtas eiendelen med 60 % av sin fulle verdi. Finner retten det 60 % sikkert at debitor eier en bil til en verdi av 1.000.000,- kroner, vil det være naturlig å legge en verdi på kroner 600.000,- kroner til grunn. I en del tilfeller vil nok tingretten, særlig når sannsynligheten for at debitor er eier er veldig høy eller veldig lav, likevel komme til et enten/eller resultat.

Utgangspunktet ved suffisiensvurderingen er at eiendelene skal vurderes med henblikk på realisasjonsverdien.⁵⁰ Forarbeidene og juridisk teori bygger på en utleggsforutsetning. Det vil si at eiendelene skal vurderes med den sum de antas å kunne realiseres med ved en realisasjon fremtvunget av kreditorene. Hovedregelen er altså at verdsettingen skal skje med sikte på en tvangsrealisasjon fra en utleggstaker, ikke med sikte på frivillig salg.⁵¹ Det antas at denne sum ligger et sted mellom det godt planlagte salg i det frie markedet, og det panikkartede salg som vil skje ved en rask realisering.⁵² Forventet oppnådd beløp ved et slikt salg vil imidlertid måtte vurderes konkret. Konjunkturer i markedet, eiendelens art, samt andre forhold som gjør seg gjeldende i den aktuelle sak, må selvsagt tas med i vurderingen. Et illustrerende eksempel er at skyldnerens lett omsettelige aksjer må vurderes annerledes enn hans vanskelig omsettelige maskiner.

⁴⁹ Brækhus (1991) s. 127

⁵⁰ NOU 1972:20 s. 123

⁵¹ Andenæs (1999) s. 12

⁵² Wiker/Ro (2003) s. 229

Det fremgår av forarbeidene at hvis det er på det rene at skyldneren frivillig vil realisere de aktuelle eiendelene på en måte som er mer fordelaktig, må den pris som da oppnås legges til grunn.⁵³

Det er verdien av en realisasjon med sikte på å oppnå størst mulig utbytte innenfor den tid som står til rådighet, som er avgjørende.⁵⁴

Hvor mye eiendelene kan selges for, avhenger også av hvilken tid debitor har til rådighet for å selge eiendelene. Reservasjonen i kkl. § 61 2. punktum om at skyldneren ikke er insolvent når debtors eiendeler og inntekter er større enn hans forpliktelser, gjelder også når ”oppfyllelsen av forpliktelsene vil blir forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene”. Hvor lang tid debitor har til rådighet ved salg av eiendelene sier imidlertid lovteksten ingenting om.

Forarbeidene gir uttrykk for at hensynet til kreditorene som har krav på dekning av sine krav ved forfall, tilsier at man ikke kan avvente den gunstigst mulige realisasjon av eiendelene.” *Realisasjonen av aktiva må derfor fremskyndes for å skaffe dekning for kreditorene, og en realistisk vurdering av aktiva må basere seg på hva aktiva kan utbringe ved en realisasjon på vanlig måte og innen rimelig tid, men også her må man naturligvis ta hensyn til at også en slik realisasjon skal ta sikte på å oppnå størst mulig utbytte*”.⁵⁵ Hva som ligger i uttrykket ”innen rimelig tid” i denne sammenheng er ikke nærmere presisert i forarbeidene.

Andenæs gir uttrykk for at en realisasjon innen rimelig tid innebærer en lengre tidshorisont enn dersom salgsverdien vurderes under forutsetning av omgående salg, men en kortere tidshorisont enn om skyldneren hadde hatt full handlefrihet.⁵⁶ Huser uttaler at lengden på realisasjonsperioden må vurderes konkret, men at den vil være betraktelig

⁵³ NOU 1972:20 s. 123

⁵⁴ NOU 1972:20 s. 123

⁵⁵ NOU 1972:20 s. 123

⁵⁶ Andenæs (1999) s. 12

lenger enn den forbigående illikviditetsperioden i kkl. § 61 1. pkt. En realisasjonsperiode på ½ - 1 år vil ofte være et realistisk utgangspunkt, mener Huser.⁵⁷

Et sentralt hensyn ved vurderingen av hvilken realisasjonsperiode debitor har til rådighet, er hensynet til kreditorene og deres behov for et relativt raskt oppgjør. Verdsettelsen av selskapets eiendeler kan derfor ikke, slik forarbeidene gir uttrykk for, ta utgangspunkt i at debitor avventer den gunstigst mulige realisasjon av aktiva. Eksempelvis kan ikke verdsettelsen av eiendelene baseres på at debitor avventer en forventet bedring av konjunktorene i bransjen/markedet. På den annen side tilsier hensynet til debitor og de alvorlige konsekvenser en konkurs innebærer, at det ikke legges en for kort realisasjonsperiode til grunn ved vurderingen.

Man vil uansett måtte falle tilbake på en konkret helhetsvurdering i den aktuelle sak, der faktorer som fordringens forfallstid og eiendelens art vil være relevante momenter. Det kan anføres at for de tilfelle det er av særdeles stor økonomisk betydning for en eller flere kreditorer å få hurtig oppgjør, tilsier dette at en relativt hurtig realisasjon bør legges til grunn ved vurderingen. Å vurdere de forskjellige kreditorenes behov for raskt oppgjør vil imidlertid bli en meget omfattende oppgave. Hertil kommer at en slik vurdering vil innebære forskjellsbehandling av kreditorene. Det synes derimot rimelig å anta at forpliktelsens forfallstid vil kunne være et relevant moment ved den konkrete vurderingen. Er det ikke tale om aktuelt mislighold, vil det neppe bli aktuelt å ta utgangspunkt i den sum man antas å oppnå ved en hurtig panikkartet realisasjon. Foreligger det derimot aktuelt mislighold, bør man legge en noe kortere tidsfrist til grunn, og en verdsettelse tilsvarende det man ventes å oppnå ved et hurtig panikkartet salg kan bli aktuelt.

Som nevnt ovenfor er utgangspunktet ved verdsettelsen realisasjonsverdien av eiendelene. Forarbeidene åpner imidlertid for at man i enkelte tilfelle kan vurdere verdiene under forutsetning av fortsatt drift.⁵⁸ Enkelte eiendeler, som for eksempel en bedrifts avanserte produksjonsanlegg og maskiner, har vanligvis en vesentlig høyere verdi dersom det kan selges samlet som et ”going concern”, enn om det må selges etter at bedriften har måttet

⁵⁷ Huser (1988) s. 116

⁵⁸ NOU 1972:20 s. 123

innstille og hvor det kanskje er nødvendig å selge de enkelte eiendelene hver for seg.⁵⁹ Den sistnevnte verdi, hvor eiendelene selges uten at bedriften fortsetter sin virksomhet, omtales som ”slakteverdien”.

Spørsmålet blir så i hvilke tilfelle retten skal legge verdiene ved fortsatt drift til grunn. Brækhus anfører at hvis debitor vil prosedere på at verdien av bedriften som et ”going concern” skal legges til grunn, må det kreves at han har tatt skritt til en samlet avhendelse av bedriften.⁶⁰ Brækhus konkluderer deretter, i likhet med Andenæs og forarbeidene, at hovedregelen er at det er realisasjonsverdien som skal legges til grunn ved vurderingen. Det fremholdes at avgjørelsen må treffes på temmelig konkret grunnlag.⁶¹

Problemstillingen ble berørt i Rt. 1997 s. 931, da Høyesteretts kjæremålsutvalg tok stilling til om lagmannsretten hadde lagt til grunn feil verdsettelsesprinsipp ved anvendelsen av konkursloven § 61. I forbindelse med spørsmålet om realisasjonsverdien eller verdien av en igangværende bedrift skulle legges til grunn, uttalte kjæremålsutvalget at hvilket verdsettelsesprinsipp som er aktuelt, vil avhenge av forholdene i det enkelte tilfelle. Det var ikke uriktig lovtolkning når lagmannsretten, etter en konkret vurdering, la vekt på blant annet forholdene i bransjen og uavhengige verdivurderinger ved avgjørelsen. Utover at dommen fastslår at det må foretas en konkret vurdering, der forholdene i bransjen kan være et relevant moment, gir dommen liten generell veiledning for i hvilke tilfeller og under hvilke forutsetninger en bedrift kan verdivurderes som et ”going concern”.

På bakgrunn av forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur kan man slutte at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak. Relevante momenter i vurderingen av om bedriften skal vurderes som en igangværende bedrift, er om det er tatt skritt til en samlet avhendelse av bedriften, samt markedsforholdene i bransjen.

⁵⁹ Brækhus (1991) s. 131

⁶⁰ Brækhus (1991) s. 132

⁶¹ Brækhus (1991) s. 132

2.6.3.3 Betingede eiendelsposter

En særskilt problemstilling, både med tanke på hvilke poster som skal med i vurderingen samt verdsettelsen av disse, foreligger når en fordring er avhengig av en bestemt fremtidig begivenhet for at den kan gjøres gjeldende. Som anført ovenfor må tingretten, når betingelsen ennå ikke har inntrådt på vurderingstidspunktet, vurdere sannsynligheten for at betingelsen skal inntreffe. Heller ikke ved vurderingen av betingede fordringer trenger tingretten å komme til et enten/eller resultat. Det riktige må være å bedømme sannsynligheten for at betingelsen vil inntreffe, og føre opp eiendelen med en tilsvarende sannsynlig verdi.⁶²

Det fremgår av forarbeidene at debtors ventende arv ikke skal tas i betraktning ved suffisiensvurderingen.⁶³ Dette er naturlig idet debtors krav på arv først oppstår ved arvefallet, som i praksis er det tidspunkt arvelateren dør. Før dette tidspunkt kan arvingen fritt gi avkall på arven, jfr. arvelova § 45. Dessuten kan arvelateren fritt endre eller tilbakekalle sitt testamente så lenge han lever, såfremt han ikke har bundet seg til ikke å endre testamentet ved arvepakt, jfr. al. §§ 55 og 56. Hvorvidt, hvor mye og når arven tilfaller arvingen fremstår derfor som så usikkert at det synes fornuftig, slik forarbeidene anfører, å se bort i fra ventende arv ved vurderingen av debtors eiendeler.

Et aktuelt spørsmål er hvorvidt det skal tas hensyn til debtors regresskrav mot medforpliktete ved oppstillingen av hans eiendeler. Har debitor innfridd forpliktelsen på vurderingstidspunktet, kan det ikke være tvilsomt at han har en fordring som må betraktes som en eiendel.

Annerledes kan det stille seg der skyldneren ikke har innfridd forpliktelsen. Denne situasjonen kjennetegnes av at regressforpliktelsen først oppstår når skyldneren har betalt sin forpliktelse. I Rt. 1895 s. 640 har Høyesterett avvist at det kan tas hensyn til et slikt

⁶² Brækhus (1991) s. 127

⁶³ NOU 1972:20 s. 122

betinget regresskrav. Skyldneren hevdet han var solvent fordi hans regressfordring mot hans fire medkausjonister måtte tas i betraktning, men fikk ikke medhold av Høyesterett: *”Den eventuelle Regressfordring kan ikke opføres som Aktivium for hans Masse. Regressfordringen faar jo sin Tilværelse først efterat og paa Betingelse af at han selv betaler og herved faar noget at søge Dækkelse for”*. Høyesterett synes med dette å avvise at betingede regresskrav kan gjøres gjeldende som en eiendelspost på generelt grunnlag. Forarbeidene gir imidlertid uttrykk for at spørsmålet neppe kan løses generelt.⁶⁴

Brækhus hevder, med støtte fra Andenæs, at dommens løsning er velgrunnet i de tilfeller hvor regresskravet er debtors eneste aktivum av betydning.⁶⁵ Hvis debitor derimot har tilstrekkelige andre frie aktiver som gjør det mulig for ham å innfri fordringen som utløser regresskravet, anfører Brækhus at det må være riktig å ta hensyn til det regresen kan ventes å innbringe.

Det synes rimelig å operere med et skille mellom de tilfelle hvor debitor har tilstrekkelige midler til å innfri fordringen som utløser regresskravet, og de tilfelle der debitor ikke har tilstrekkelige frie eiendeler til å innfri den aktuelle fordringen. I sistnevnte situasjon vil ikke skyldneren ha penger til å innfri fordringen, og det vil da naturlig nok heller ikke oppstå noe aktivum i form av en regressfordring. Når det er åpenbart at betingelsen for at et krav skal oppstå ikke vil inntre, kan det ikke være tvilsomt at det betingede kravet ikke kan tas i betraktning ved vurderingen.

Hvorvidt et regresskrav skal medregnes der debitor har tilstrekkelige midler til å innfri fordringen som utløser regresskravet, er imidlertid noe mer uklart etter gjeldende rett. Høyesterett avviste, på nokså generelt grunnlag, at betingede regressfordringer kan tas i betraktning som en eiendelspost.⁶⁶ Dommen er imidlertid svært gammel, og er ikke særlig godt fundert for de tilfeller debitor har tilstrekkelige frie midler til å innfri fordringen som utløser regresskravet. Å avvise betingede regressfordringer på generelt grunnlag gir ikke et realistisk bilde av debtors økonomiske stilling på vurderingstidspunktet, når skyldneren har betydelige frie eiendeler. Skal man i slike tilfeller kun ta hensyn til debtors

⁶⁴ NOU 1972:20 s. 123

⁶⁵ Brækhus (1991) s. 129

⁶⁶ Rt. 1895 s. 640

forpliktelse, men ikke hans regresskrav mot sine medforpliktete, vil skyldnerens økonomiske situasjon fremstå som dårligere enn det som er reelt. I ytterste konsekvens kan det føre til at debitor på sviktende grunnlag anses insolvent. Tungtveiende grunner taler derfor for å ta betingede regressfordringer i betraktning i de situasjoner hvor debitor har tilstrekkelige frie midler til å innfri fordringen som utløser regresskravet. Idet forarbeidene fastslår at spørsmålet neppe kan løses generelt, og juridisk teori opererer med et skille som skissert ovenfor, kan det hevdes at løsningen også er gjeldende rett. Hvis Høyesterett skulle behandlet spørsmålet i dag, er det grunn til å anta at uttalelsene fra Rt.1895 s. 640 hadde blitt modifisert i tråd med det skillet som Brækhus oppstiller.

2.6.4 Skyldnerens forpliktelser

2.6.4.1 Forpliktelser ved suffisiensvurderingen, samt verdsettelsen av dem

Både forfalt og uforfalt gjeld må medtas i oppstillingen av debtors forpliktelser.⁶⁷ Det betyr at ikke bare klar forfalt gjeld skal tas med, men også uforfalte forpliktelser så som ilignet, men ikke betalt skatt.

Ved verdsettelsen av skyldnerens forpliktelser tas det utgangspunkt i de beløp som antas å kunne gjøres gjeldende mot skyldneren. Er det tale om klar ubestridt gjeld, vil den beløpsmessige fastsettelse av forpliktelsene sjelden være problematisk. Verdsettelse av omtvistede og betingede krav skaper imidlertid adskillig større vanskeligheter for rettsanvenderen. Nevnte kategorier av krav kjennetegnes ved at hvorvidt de kan gjøres gjeldende mot debitor, samt beløpet de kan gjøres gjeldende med, er høyst usikkert.

Omstridt gjeld må tingretten ta prejudisielt stilling til.⁶⁸ I likhet med vurderingen av omtvistede eiendeler, er det ikke nødvendigvis slik at retten må komme til et enten/eller

⁶⁷ NOU 1972:20 s. 123

resultat. Utgangspunktet må være at retten vurderer sannsynligheten for at det eksisterer en fordring, og justerer verddivurderingen av forpliktelsen tilsvarende. Som nevnt ovenfor i pkt. 2.3.1 kreves det, hvor kravets eksistens er avgjørende for insolvensvurderingen, betydelig sannsynlighetsovervekt for at fordringen er til, jfr. Rt. 2003 s. 909 og Rt.2004 s. 118.

2.6.4.2 Betingede forpliktelser

Utgangspunktet er at betingede forpliktelser må vurderes på samme måte som betingede eiendelsposter. Betingede gjeldsposter må således vurderes ut i fra muligheten for at de blir aktuelle.⁶⁹ Som nevnt ovenfor, vil retten da måtte vurdere sannsynligheten for at betingelsen skal inntreffe, og verdsette den aktuelle posten tilsvarende. Vurderingen vil være relevant for både suffisiensvurderingen og likviditetsvurderingen.

Selv om utgangspunktet for vurderingen er grei nok, oppstår det enkelte vanskelige spørsmål. I praksis kan det være svært vanskelig å vurdere sannsynligheten for at en betingelse skal inntreffe, og vurderingen må nødvendigvis bli skjønnsmessig.

Resolutivt betingede krav må utvilsomt tas i betraktning ved oppstillingen av debtors forpliktelser. Med resolutivt betingede krav menes krav som i utgangspunktet eksisterer, men som kan falle bort som følge av en fremtidig begivenhet. Utfordringen for tingretten ved denne kategori av krav, er å vurdere sannsynligheten for at den fremtidige begivenhet som utelukker kravet faktisk inntreffer. Som eksempel kan man tenke seg skyldneren som har forpliktet seg til å betale 5.000,- kroner for hver måned naboen ikke hugger ned de to trærne på skyldnerens naboeiendom. Tingretten må her vurdere sannsynligheten for at naboen hugger ned de to trærne.

⁶⁸ NOU 1972:20 s. 123

⁶⁹ NOU 1972:20 s. 123

Med suspensivt betingede krav forstås krav som først vil oppstå hvis en gitt betingelse inntreffer. Også suspensivt betingede krav må som det klare utgangspunkt medtas i oversikten over debtors forpliktelser. En annen sak er at tingretten, etter en konkret vurdering, kan komme til at sannsynligheten for at betingelsen vil inntreffe er så vidt lav, at man velger å se bort fra det betingede kravet ved vurderingen.

Et praktisk eksempel på suspensivt betingede krav er kausjonsansvar. Denne type krav kjennetegnes ved at fordringen først kan gjøres gjeldende mot debitor når hoveddebitor har misligholdt overfor kreditor. Her, som ved andre betingede gjeldsposter, må tingretten vurdere risikoen for at kausjonsansvaret blir aktuelt, og føre en tilsvarende prosent av det maksimale ansvar opp blant forpliktelsespostene. Hvilket beløp som bør legges til grunn i den enkelte sak avhenger av en rekke faktorer. Et viktig moment ved vurderingen er om debitor er selvskyldnerkausjonist eller simpel kausjonist. Er det tale om simpel kausjon kan som kjent ikke debitor kreves før kreditor har uttømt alle dekningsmuligheter overfor hoveddebitor. Først når det, etter et forgjeves forsøk på tvangsinn drivelse eller på annen måte, er klart at debitor ikke er i stand til å betale, kan den simple kausjonist kreves for gjelden.⁷⁰ Dreier det seg imidlertid om en selvskyldnerkausjonist, er det tilstrekkelig å dokumentere at skyldneren ikke har betalt på forfallstidspunktet, og det er således ikke nødvendig for kreditor å foreta noen form for inndrivelse mot hoveddebitor før selvskyldnerkausjonisten kan kreves. En selvskyldnerkausjonist er således langt på vei ansvarlig for hoveddebitors betalingsvilje, så vel som hans betalingsvilje. Ettersom det er større sannsynlighet for at kravet blir aktuelt for en selvskyldnerkausjonist enn for en simpel kausjonist, må dette utvilsomt være et relevant moment ved vurderingen.

Et annet sentralt moment ved vurderingen av risikoen for at kausjonsansvaret blir aktuelt er hoveddebitors økonomiske soliditet. Også de økonomiske utsiktene i hoveddebitors bransje vil kunne være relevant ved bedømmelsen. Har hoveddebitor en solid økonomi i en bransje med gode fremtidsutsikter, vil dette selvsagt redusere sannsynligheten for at debitor blir krevet for gjelden.

⁷⁰ Bergsåker (2001) s. 124

3 Insolvensbegrepets anvendelse i norsk rett

3.1 Oversikt

Insolvensbegrepet er definert i konkursloven § 61. Bestemmelsen, som er plassert i kapittelet om konkursåpningen, har en generell utforming. Begrunnelsen for plasseringen i konkursloven er at begrepet har størst praktisk betydning som konkursåpningsgrunn.⁷¹ Insolvensbegrepet har imidlertid betydning i en rekke andre sammenhenger, for eksempel i forbindelse med motregningsbestemmelsene i dekningslovens §§ 8-1 og 8-2, og i forhold til flere av de objektive omstøtelsesreglene, jfr. dekningslovens kapittel 5. Også i flere av bestemmelsene i straffelovens kapittel 27, som omhandler forbrytelser i gjeldsforhold, inngår insolvensbegrepet som en del av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.

Nedenfor drøftes først hvordan de ulike beviskrav og bevisbyrderegler påvirker den konkrete rettsanvendelsen av begrepet insolvens. Deretter drøftes hvorvidt det opereres med et enhetlig insolvensbegrep, eller om innholdet i insolvensbegrepet er forskjellig ved rettsanvendelsen av de ulike lovbestemmelser.

3.2 Beviskrav og bevisbyrdereglene

Bevisbyrdereglene og reglene om beviskrav kan påvirke grensen for hva som anses solvent/insolvent. Eksempelvis stilles det strengere krav til bevis for at insolvens foreligger

⁷¹ Ot. prp. Nr. 50 (1980-81) s. 84

i strafferettslig forstand enn i sivilrettslig forstand. Også ord og uttrykk i lovteksten kan skjerpe eller svekke beviskravet for at insolvens foreligger. I det følgende drøftes hvordan bevisbyrderegler og beviskrav påvirker anvendelsen av insolvensbegrepet.

3.2.1 Beviskrav og bevisbyrdereglene ved konkursåpning

Det følger av konkurslovens § 60 at dersom skyldneren er insolvent skal ”*vedkommendes bo tas under konkursbehandling når det begjæres av skyldneren eller en fordringshaver*”.

Har debitor selv begjært oppbud, foreligger det en sterk presumpsjon for at han er insolvent. Fremgår det av oppgaven og redegjørelsen som ifølge kkl. § 66 (2) skal vedlegges begjæringen at debitor er insolvent, vil det vanligvis ikke være behov for ytterligere bevisføring.

Begjæres konkurs av en fordringshaver, er det rekvirenten som har bevisbyrden for at han har et krav mot skyldneren som kan brukes som grunnlag for konkursåpning, og at skyldneren er insolvent.⁷² Har rekvirenten påvist et insolvensindisium vil skyldneren måtte imøtegå anførslene. Det er debitor som lettest kan fremskaffe opplysninger om den økonomiske stilling. Derfor må han - under forutsetning av at rekvirenten har påvist et insolvensindisium – pålegges den vesentligste del av bevisføringsplikten.⁷³ Nå er det egentlig ikke tale om en bevisføringsplikt, snarere en bevisføringsrisiko. Det sentrale er imidlertid at debitor på en eller annen måte må avkrefte det påviste insolvensindisium. De forhold som er nevnt i presumpsjonsreglene i kkl §§ 62 og 63, er viktige insolvensindiserende omstendigheter. Også andre omstendigheter enn insolvensindisiene nevnt i kkl. §§ 62 og 63 kan imidlertid føre til at skyldneren må gjendrive de bevis rekvirenten har lagt frem. Brækhus nevner som eksempel ”*at debitor tidligere har erkjent å være insolvent, for eksempel under et forsøk på å få i stand en underhåndsakkord, en erkjennelse han nu fragår*”.

⁷² Wiker/Ro (2003) s. 222

⁷³ Brækhus (1991) s. 138

Hvilken sannsynlighetsovervekt som kreves for at konkursgrunnlag foreligger var lenge et uavklart spørsmål.⁷⁴ Huser antok at det trolig er grunnlag for å oppstille et krav om betydelig sannsynlighetsovervekt, anslagsvis i hvert fall 60-70 % sannsynlighet for at rekvirenten virkelig har et krav mot debitor, for at konkurs kan åpnes etter begjæring fra kreditor.⁷⁵ I tråd med Husers standpunkt fastslo Høyesterett i to nyere kjennelser at det kreves betydelig sannsynlighetsovervekt for at det foreligger et konkursgrunnlag. I Rt. 2003 s. 909, som direkte gjaldt konkursloven § 63, tilsluttet Høyesterett seg lagmannsrettens uttalelse om at det ”*generelt må kreves betydelig sannsynlighetsovervekt for at konkursgrunnlag foreligger*”. Senere fastslår Høyesteretts kjæremålsutvalg at det ikke var en uriktig tolkning av kkl. § 60 å kreve ”*betydelig sannsynlighetsovervekt*” for at konkursrekvirenten har et konkursgrunnlag, jfr. Rt. 2004 s.118. Hva som nærmere ligger i uttrykket ”betydelig sannsynlighetsovervekt” er drøftet ovenfor under punkt 2.3.1.

De alvorlige konsekvenser en konkurs har for debitor, tilsier at det må kreves en klar sannsynlighetsovervekt for at insolvens foreligger.⁷⁶ Det er normalt vesentlig mer betenkelig med en uriktig konkursåpning enn at en begjæring om konkurs ikke tas til følge.⁷⁷ En uriktig konkursåpning kan vanskelig repareres for debitor. Ved en feilaktig nektelse av konkursåpning kan derimot kreditorene straks fremsette en ny konkursbegjæring. Det synes derfor rimelig å operere med et krav om betydelig sannsynlighetsovervekt for at insolvens foreligger, for at konkurs kan åpnes etter begjæring fra kreditor.

Foreligger det derimot en presumpsjon for insolvens etter reglene i konkursloven §§ 62 eller 63, innebærer det en formodning om insolvens, jfr. formuleringen ”*skal insolvens i alminnelighet antas å foreligge*”. I nevnte tilfelle er det debitor som har bevisbyrden for at han er solvent. Dersom presumpsjonen ikke skal legges til grunn, må det kreves høy grad av sannsynlighet for solvens.

⁷⁴ Wiker/Ro (2003) s. 222

⁷⁵ Huser (1988) s. 41

⁷⁶ Brækhus (1991) s. 139

⁷⁷ Huser (1988) s. 40

En annen sak er at det må kreves ”betydelig sannsynlighetsovervekt” for at det foreligger en presumpsjon om insolvens, jfr. Rt. 2003 s. 909 hvor det ble uttalt at det som utgangspunkt ikke er kurant å ”*etablere insolvenspresumsjonen på en fordring som er omstridt, og hvor det underliggende saksforhold er så vidløftig og komplisert som her*”.

3.2.2 Beviskrav og bevisbyrdereglene ved omstøtelse

Ordlyden i enkelte bestemmelser kan øke eller minske beviskravet for at skyldneren er solvent eller insolvent. Som illustrasjon kan nevnes flere av dekningslovens bestemmelser om omstøtelse, som gir en lengre omstøtelsesfrist overfor skyldnerens nærstående, dersom det ikke bevises at skyldneren var ”*utvilsomt solvent*” på betalingstidspunktet, jfr. deknsl. §§ 5-2(2), 5-2 (3), 5-5 (2), 5-7 (2) og 5-8 (2). Utrykket ”*utvilsomt solvent*” må føre til at beviskravet skjerpes. I Rt. 1999 s. 64 fastslår Høyesterett at solvensbegrepet i dekningslovens § 5-5 (2) i prinsippet er det samme som i konkursloven § 61. Det presiseres imidlertid at bestemmelsene er utformet forskjellig, noe som må få betydning for anvendelsen. Høyesterett uttaler: ”*slik § 5-5 annet ledd er utformet, stilles det krav til styrken av bevis for solvens...*”. Videre fastslås det at: ”*Det skal være utvilsomt at skyldneren var solvent etter betalingen, og mottageren har bevisbyrden for dette*”. Det er altså klart at ”*utvilsomt solvent*” fører til omvendt bevisbyrde, og at beviskravet skjerpes. Den nærmere fastleggelse av hva som skal anses som utvilsomt solvent er imidlertid mer uklart. Forarbeidene gir bare i svært begrenset grad veiledning. Det uttales i forarbeidene til dekningsloven § 5-2 (2) at departementet ”har skjerpet regelen noe” i forhold til konkursutvalgets utkast, som lød ”hvis det ikke kan bevises at skyldneren verken var eller ble insolvent da gaven ble fullbyrdet”.⁷⁸ At regelen er ”skjerpet noe” i forhold til konkursutvalgets utkast gir imidlertid liten eller ingen veiledning utover det som fremgår av ordlyden.

⁷⁸ Ot. prp. Nr. 50 (1980-81) s. 162

Hvorvidt beviskravet er oppfylt, må vurderes konkret i relasjon til den aktuelle bestemmelse. Presumpsjonen for kreditorsvik er eksempelvis særlig sterk når det er tale om vederlagsfrie overføringer til nærstående, jfr. dekl. § 5-2 (2). En mer detaljert fastleggelse av kravene til styrken av bevis for at utvilsom solvens foreligger må overlates til rettspraksis. I fravær av en detaljert lovstandard som beskriver bevisstyrken som kreves for at en skyldner skal anses "utvilsomt solvent", må rettsanvenderen foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering der han tar stilling til om skyldneren, alle forhold tatt i betraktning, var "utvilsomt solvent" på betalingstidspunktet.

Insolvensbegrepet inneholder flere elementer. Det skal vurderes hvorvidt debitor er illikvid, og i så fall om illikviditeten er av forbigående karakter. Videre må det vurderes om skyldnerens forpliktelser overstiger summen av hans inntekter og eiendeler. Hvorvidt uttrykket "utvilsomt" i dekningsloven skal anvendes i forhold til alle elementene i insolvensbegrepet eller bare den endelige avveiningen, er et spørsmål som fortjener en nærmere drøftelse.

Skyldneren er som nevnt ikke insolvent med mindre han både er illikvid og insuffisient. Skyldneren vil med andre ord være solvent dersom han enten er likvid eller suffisient. En kan da spørre seg hvorvidt en skyldner som er utvilsomt likvid, men insuffisient på betalingstidspunktet, er å anse som "utvilsomt solvent" i relasjon til dekningslovens bestemmelser. Motsatt kan situasjonen være at skyldneren var utvilsomt suffisient, men illikvid på betalingstidspunktet. I begge tilfelle kan det være ganske åpenbart at debitor er solvent i relasjon til kkl. § 61. Spørsmålet er imidlertid om debitor må være både likvid og suffisient for å oppfylle vilkåret "utvilsomt solvent" i dekningslovens bestemmelser. I LF-1997-765 kom lagmannsretten til at en skyldner som var likvid, men insuffisient på betalingstidspunktet, var å anse som "utvilsomt solvent" i relasjon til dekningsloven § 5-5 (2). Lagmannsretten mente at konkrete forhold tilsa at selskapets likvidsituasjon måtte tillegges større vekt enn insuffisiensbetraktninger. Retten uttalte: *"I et selskap hvor det vesentligste "driftsmiddel" er de ansattes fagkompetanse og eksisterende kontrakter hvor den ekspertise er solgt, vil imidlertid denne form for "aktiva" være lite synlig i selskapets balanse. Tradisjonelle insuffisiensbetraktninger vil derfor ha*

svakere vekt ved vurderingen av bedriftens soliditet og solvens enn selskapets likvidsituasjon”.

Ordlyden, ”utvilsomt solvent”, trekker etter min mening i retning av at så lenge det kan fastslås med stor grad av sikkerhet at debitor var enten likvid eller suffisient, så er han utvilsomt solvent. Det kan anføres at dersom lovgiver hadde ment at det måtte være utvilsomt at debitor var både likvid og suffisient, eventuelt at et av de nevnte vilkår alltid måtte være oppfylt, hadde den anledning til å presisere dette i lovteksten. I det dette ikke er gjort, synes det rimelig å tolke at begrepet ”utvilsomt solvent” retter seg mot den endelige avveiningen av solvensbegrepet.

Huser gir imidlertid uttrykk for at debitor må ha vært både likvid og suffisient for å anses ”utvilsomt solvent” i relasjon til dekningslovens bestemmelser.⁷⁹ Huser mener at ettersom omstøtelse også kan skje under forhandling om offentlig tvangsakkord, må det alltid være et vilkår at debitor var likvid på betalingstidspunktet. Dette begrunner han med at det materielle vilkår for å åpne gjeldsforhandling er illikviditet, jfr. kkl. § 1. Utover dette begrunner ikke Huser sitt standpunkt med annet enn at han anser det nærliggende, på bakgrunn av at insolvensdefinisjonen legger vekt på likviditetsvurderinger så vel som suffisiensbetraktninger, å kreve at debitor må ha vært både likvid og suffisient på betalingstidspunktet. Husers argumentasjon er etter min mening ikke særlig overbevisende. Når det gjelder argumentasjonen om at det alltid må kreves at debitor er likvid på grunn av at omstøtelse også kan skje under offentlig tvangsakkord, kan det anføres at så lenge lovteksten oppstiller ”utvilsomt solvent” som vilkår, må dette gjelde også ved forhandling om tvangsakkord. Det vises til dekningsloven § 5-1 som konstaterer at ”*reglene i dette kapitlet gjelder ved forhandling om tvangsakkord, konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo*”. Det tillegges at det ikke er noe prinsipielt galt i, slik Huser ser ut til å forutsette, å kreve at debitor var ”utvilsomt solvent” når det gjelder reglene om omstøtelse overfor nærstående, selv om det dreier seg om gjeldsforhandlinger hvor vilkåret for åpning er at debitor var illikvid. At det stilles et annerledes og strengere materielt økonomisk vilkår for omstøtelsestilfelle overfor nærstående enn for åpning av gjeldsforhandling, kan

⁷⁹ Huser (1992) s. 160

etter min mening ikke sies å være problematisk. Huser begrunner sitt standpunkt om at debitor må ha vært både likvid og suffisient på betalingstidspunktet med at insolvensdefinisjonen legger vekt på så vel likviditetsvurderinger så vel som suffisiensbetraktninger. Etter min mening kan dette standpunkt vanskelig forenes med begrepet ”utvilsomt solvent”. Utvilsomt solvent kan en skyldner være på betalingstidspunktet, selv om han ikke var både likvid og suffisient.

Det må således foretas en konkret vurdering i forhold til den aktuelle bestemmelse. Det synes eksempelvis rimelig å legge særlig vekt på suffisiensbetraktninger ved gavedisposisjoner, jfr. deknl. § 5-2 (2) og (3). I slike tilfelle påvirkes suffisiensen direkte av beløpet som svarer til gavens verdi. Blir debitor insuffisient som følge av gavedisposisjonen taler hensynet til kreditorfellesskapet, i enda større grad enn ved betaling av gjeld eller lignende kreditorbegunstigede disposisjoner, som ikke påvirker insuffisiensens størrelse, for at debitor ikke anses ”utvilsomt solvent” selv om han er utvilsomt likvid på betalingstidspunktet. I den tilsvarende bestemmelse om omstøtelse av gavedisposisjoner til nærstående i svensk rett har man lagt et suffisienskriterium til grunn: *”En gåva som har fullbordats dessförinnan men senare än ett år eller, när den har skett till någon som är närstående till gäldenären, tre år före frisdagen går åter, om det inte visas att gäldenären efter gåvan hade kvar utmättningsbar egendom som uppenbart motsvarade hans skulder.”*, jfr. den svenske konkurslovens 4. kapittel § 6.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden i dekningslovens bestemmelser taler etter min mening for at det ikke er et absolutt vilkår at debitor må ha vært både likvid og suffisient på betalingstidspunktet for å være ”utvilsomt solvent”, jfr. deknl. §§ 5-2(2), 5-2 (3), 5-5 (2), 5-7 (2) og 5-8 (2). Ovennevnte lagmannsrettsdom underbygger dette standpunkt, idet en skyldner som retten antok var insuffisient da den aktuelle betalingen skjedde, likevel ble ansett ”utvilsomt solvent” i relasjon til dekningslovens § 5-5 (2), jfr. LF-1997-765. I noen tilfelle, i relasjon til den aktuelle lovbestemmelse, kan imidlertid særlige forhold gjøre seg gjeldende som gjør det rimelig å kreve at debitor var både likvid og suffisient på betalingstidspunktet. I andre tilfelle kan det foreligge særlige hensyn som rimeliggjør krav om at debitor alltid må ha vært enten likvid eller suffisient på betalingstidspunktet. Som illustrasjon nevnes den ovenfor omtalte

gavedisposisjonsbestemmelsen i dekningsloven § 5-2, hvor sterke hensyn taler for at suffisiens er et absolutt vilkår for at debitor skal anses ”utvilsomt solvent”.

Utgangspunktet må etter min mening imidlertid være at ”utvilsomt” retter seg mot den endelige avveiningen av insolvensbegrepet. Finner rettsanvenderen at det på bakgrunn av en skjønnsmessig helhetsvurdering at debitor utvilsomt var solvent da betalingen skjedde, kan det ikke kreves at debitor var både likvid og suffisient.

3.2.3 Beviskrav og bevisbyrdereglene i strafferetten

I to av straffelovens bestemmelser i straffelovens kapittel 27 er det et vilkår at skyldneren ”er, blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent ved handlingen”, jfr. strl. §§ 282 og 283 (1) bokstav b. Videre er det et vilkår at siktede er insolvent på gjerningstidspunktet for at vedkommende kan straffes etter straffelovens § 284.

I strafferetten må det kreves en meget høy grad av sannsynlighet før tiltalte kan dømmes. De sterke beviskrav som gjelder i strafferetten gjør at en skyldner som er insolvent i konkursrettslig sammenheng, ikke nødvendigvis er insolvent i strafferettslig sammenheng. Selv om man legger til grunn at det ved spørsmål om konkursåpning kreves en klar sannsynlighetsovervekt for insolvens, må det strafferettslige prinsipp om at tvilen skal komme tiltalte til gode - in dubio pro reo-regelen - føre til vesentlig strengere beviskrav i strafferettslig forstand.

I henholdt til straffelovens § 284 vil det avgjørende være om skyldneren var insolvent på gjerningstidspunktet. Påtalemyndigheten vil ofte være henvist til å føre bevis for skyldnerens insolvens på gjerningstidspunktet ved å ta utgangspunkt i skyldnerens regnskaper og annen tilgjengelig, supplerende informasjon.⁸⁰ Dersom regnskapsmateriellet er mangelfullt, eller helt eller delvis utilgjengelig, kan det være problematisk å bevise at

⁸⁰ NOU-1999-23

skyldneren var insolvent. På bakgrunn av nevnte bevismessige problemer med å stadfeste at skyldneren var insolvent på gjerningstidspunktet, ønsket lovgiver at straffelovens §§ 282 og 283 (1) bokstav b også skulle omfatte handlinger foretatt når skyldnerens økonomiske situasjon er nær insolvens. For å fange opp en del tilfelle hvor det ikke bevismessig kunne konstateres at skyldneren var insolvent, formulerte man et vilkår om at ”*skyldneren er, blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent ved handlingen*”. Formuleringen fører til at det blir mindre behov for å foreta en eksakt avgrensning av insolvensbegrepet.

I straffelovens § 284 er det imidlertid et vilkår for straff at skyldneren er insolvent. De strenge strafferettslig beviskrav som kreves, medfører at en skyldner kan tenkes å være insolvent i relasjon til spørsmålet om konkurs kan åpnes, mens han ikke oppfyller vilkåret om insolvens i relasjon til strl. § 284. Det kan anføres at det allerede av denne grunn kan være problematisk å tale om et enhetlig insolvensbegrep. Etter mitt syn er imidlertid ikke problemstillingen hvorvidt man kan tale om et enhetlig insolvensbegrep et spørsmål om de forskjellige beviskrav som gjelder i de ulike sammenhenger endrer grensen for insolvens/solvens. Spørsmålet om hvorvidt det eksisterer et enhetlig insolvensbegrep er et spørsmål om selve innholdet av insolvensbegrepet, definert i kkl. § 61, er det samme i de forskjellige relasjoner begrepet anvendes. Dette er prinsipielt en annen problemstilling enn spørsmålet om i hvilken grad ulike beviskrav øker eller minsker kravet til graden av insolvens som må foreligge for at skyldneren skal anses insolvent i relasjon til den enkelte bestemmelse.

3.3 Enhetlig insolvensbegrep?

Når insolvensbegrepet vurderes i relasjon til spørsmålet om konkurs skal åpnes, gjør enkelte hensyn seg gjeldende som ikke nødvendigvis er relevante når det vurderes hvorvidt det foreligger insolvens i andre sammenhenger. Det aktualiserer spørsmålet om insolvensbegrepet i norsk rett er enhetlig. Som nevnt ovenfor stiller ordlyden i enkelte bestemmelser eller de gjeldende beviskrav på det aktuelle rettsområde krav til styrken av

bevis for at solvens eller insolvens foreligger. Her skal imidlertid drøftes hvorvidt selve insolvensbegrepets *innhold*, slik det er definert i kkl. § 61, påvirkes av den sammenheng begrepet benyttes i. Det spørres altså om insolvensbegrepet er et enhetlig begrep, eller om innholdet avgjøres særskilt ut i fra hvilken bestemmelse som anvendes.

3.3.1 Enhetlig konkursrettslig insolvensbegrep?

Insolvensbegrepet anvendes som nevnt flere steder i konkurslovgivningen. Både i relasjon til omstøtelsesreglene og motregningsbestemmelsene i dekningsloven kan særlige hensyn gjøre seg gjeldende ved insolvensvurderingen, som ikke er relevante når man vurderer insolvensbegrepet som konkursåpningsgrunn. Omvendt kan selvsagt tenkes særlige hensyn som kun gjør seg gjeldende når insolvensbegrepet vurderes i relasjon til konkursåpning. Som illustrasjon kan nevnes at ved vurderingen av hva som skal anses forbigående betalingsudyktighet i relasjon til reservasjonen i kkl. § 61. 1.pkt, er hensynet til kreditorene og deres behov for et rimelig raskt oppgjør et hensyn som taler for at tidsfristen ikke må strekkes for langt. Nevnte hensyn er irrelevant når det skal vurderes om skyldneren var utvilsomt solvent da betalingen skjedde i relasjon til dekningsloven § 5-5.

De forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende når insolvensbegrepet skal anvendes i forhold til de ulike lovbestemmelser, innebærer at man kan stille spørsmål om det overhode eksisterer et enhetlig konkursrettslig insolvensbegrep.

Forarbeidene til konkursloven synes å forutsette at begrepet ”insolvent” har felles innhold i alle sammenhenger det benyttes i konkursloven og dekningsloven. Det uttales at insolvens formodentlig har størst betydning som konkursgrunn, og at utvalget har ”*funnet det naturlig å definere begrepet i forbindelse med reglene om konkursåpning*”, jfr. NOU 1972:20 s. 120.

Videre gir Brækhus uttrykk for at definisjonen i kkl. § 61 er avgjørende for forståelsen av ordet insolvens når dette benyttes i andre deler av lovverket. Begrunnelsen til Brækhus er

imidlertid noe knapp: ”I et så vidt godt gjennomarbeidet lovverk som det her er tale om, må man kunne gå ut fra at definisjonen også er avgjørende for forståelsen av ordet *insolvens* når dette benyttes i andre deler av lovverket...”.⁸¹ Også Andenæs slår kort og kontant fast at legaldefinisjonen av begrepet insolvens er gitt i kkl. § 61, og at bestemmelsen har en generell utforming.⁸² Huser tar derimot avstand fra et enhetlig insolvensbegrep i konkurslovgivningen. Han mener det på ingen måte er gitt at definisjonen av insolvensbegrepet i kkl. § 61 også indirekte bestemmer innholdet av uttrykket ”solvent” i dekningslovens omstøtelseskapittel. Dette begrunner han med de vesensforskjellige funksjoner (in)solvensbegrepet har i henholdsvis konkursloven og dekningsloven: *Insolvensbegrepets funksjon i konkursloven er å utgjøre et hensiktsmessig materielt kriterium for konkursåpning, mens solvensbegrepet i dekningslovens kap. 5 benyttes som et kriterium for å trekke grensen mellom omstøtelige og uomstøtelige disposisjoner under en konkurs eller tvangsakkordforhandling.*⁸³

I Rt. 1999 s. 64 uttalte Høyesterett at: ”*Solvensbegrepet i § 5-5 annet ledd er i prinsippet det samme som i konkursloven § 61*”, og viser deretter til det de omtaler som legaldefinisjonen i kkl. § 61. Hva Høyesterett legger i bemerkningen om at solvensbegrepet i dekningslovens § 5-5 annet ledd *i prinsippet* er det samme som i konkursloven § 61 er usikkert. Det er mulig at retten har brukt formuleringen ”*i prinsippet*” fordi det kan være unaturlig å likestille et solvensbegrep og et insolvensbegrep. Solvens og insolvens er to motstykker; enten er man solvent eller insolvent. Da kan det være at meningen har vært å få frem at innholdet av solvensbegrepet i dekningslovens § 5-5 annet ledd er det samme som i kkl. § 61, med det unntak at i relasjon til dekningsloven § 5-5 annet ledd vurderes hvorvidt skyldneren var solvent. En annen mulighet er at når Høyesterett taler om at solvensbegrepet i dekningsloven § 5-5 annet ledd *i prinsippet* er det samme som i konkursloven § 61 sikter de til uttrykket ”*utvilsomt solvent*”. Uttalelsene kan også tolkes dit hen at det åpnes for at innholdet av solvensbegrepet i visse tilfelle kan avvike fra insolvensdefinisjonen i

⁸¹ Brækhus (1991) s. 120

⁸² Andenæs (1999) s. 6

⁸³ Huser (1992) s. 160

kk1. § 61.

Høyesterett viser imidlertid til legaldefinisjonen i kkl.§ 61. Når Høyesterett i forbindelse med vurderingen av solvensbegrepet i dekningslovens § 5-5 omtaler kkl. § 61 som en legaldefinisjon, kan det vanskelig forenes med at innholdet i solvensbegrepet i dekningslovens bestemmelser ikke samsvarer med innholdet av insolvensdefinisjonen i kkl. § 61. Det synes rimelig å anta at Høyesterett, ved å vise til legaldefinisjonen i kkl.§ 61, har ment å gi uttrykk for at definisjonen av insolvensbegrepet i kkl. §61 er bindende for tolkningen av solvensbegrepet i dekningsloven.

Det foreligger imidlertid rettspraksis om insolvensvilkåret i konkursloven § 61 som bærer preg av at det var spørsmål om åpning av konkurs. I Rt. 1982 s. 1426 ville åpning av konkurs føre til et lite heldig resultat ettersom debitorselskapet ville ha blitt kvitt det latente skatteansvaret, med den følge at boet ville bli solvent og gi et betydelig overskudd til selskapets eiere. Høyesterett uttaler: ”*Dersom man som her på forhånd vet at det fortrinnsvis er debitor som vil ha den direkte økonomiske fordel, synes riktignok åpning av konkurs å være så klart i strid med konkursinstituttets formål at det kan være spørsmål om konkurs allerede av den grunn må nektes*”. Høyesteretts avgjørelsesgrunnlag synes imidlertid å være at insolvensvilkåret ikke var oppfylt, i det man fant at det ikke kunne være riktig å medregne det latente skatteansvar ved vurderingen av om vilkårene for konkurs foreligger. Like fullt illustrerer ovennevnte uttalelser at det kan være vanskelig å løsrive insolvensvurderingen fra den sammenheng begrepet vurderes i forhold til.

Flere uttalelser i forarbeidene til konkursloven § 61 er preget av at det er insolvens som konkursåpningsgrunn man har hatt i tankene. Som illustrasjon kan nevnes Konkurslovutvalgets bemerkning om at ”*Konkursen bør forbeholdes de tilfelle hvor det ikke er tilstrekkelig verdier til at alle fordringshaverne kan få dekning via utlegg...*”.⁸⁴ Ytterligere et eksempel er Justisdepartementets uttalelse om ”*at konkursutvalgets utkast gir en rasjonell avgrensning mellom de tilfeller hvor konkurs kan kreves åpnet og de hvor*

⁸⁴ NOU 1972:20 s. 122

*kreditorene bør henvises til dekning ved enkeltfølging... ”.*⁸⁵ Disse uttalelser tyder på at det først og fremst er insolvens som et konkursåpningsvilkår man har ment å definere i kkl. § 61.

Lovgivers mulighet, ved utformingen av ordlyden i den enkelte bestemmelse, til å skjerpe eller svekke beviskravet for at insolvens foreligger eller velge andre formuleringer som ligger nær opp til insolvens, er etter min mening et moment som taler for et enhetlig insolvensbegrep. Er lovgiver av den oppfatning at de særskilte hensyn som gjør seg gjeldende ved anvendelsen av den enkelte bestemmelse fører til at kravet til insolvens i henhold til kkl. § 61 må lempes eller skjerpes, bør dette komme til uttrykk gjennom ordlyden i den aktuelle lovbestemmelse.

Lovgiver har ved flere anledninger benyttet seg av muligheten til å tilpasse insolvensbegrepet til den sammenheng begrepet benyttes i. En mulighet er å skjerpe beviskravene for at insolvens skal foreligge, slik det er gjort i flere av dekningslovens bestemmelser hvor det kreves at skyldneren var ”utvilsomt solvent”, jfr. deknsl. §§ 5-2 (2), 5-2 (3), 5-5 (2), 5-7 (2) og 5-8 (2). En annen mulighet er å velge en formulering som avviker noe, men samtidig ligger nær opp til insolvensbegrepet. Et illustrerende eksempel er den subjektive omstøtelsesregel i dekningsloven § 5-9, hvor det oppstilles et vilkår om at ”skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen”. Konkurslovutvalget foreslo opprinnelig et krav om at skyldneren ”var eller ble insolvent ved disposisjonen”. Justisdepartementet pekte imidlertid på at det medfører visse ulemper å legge avgjørende vekt på grensen solvens/insolvens, og anførte at det i relasjon til dekningsloven § 5-9 neppe burde være avgjørende ”om man etter en nøye granskning kommer til at han selv etter formuesoverføringen var så vidt over solvensgrensen”.⁸⁶ Derfor foreslo departementet at det skulle være tilstrekkelig at skyldnerens økonomiske stilling ”var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen”.

Lovgivers tilpasning av insolvensbegrepet gjennom utformingen av ordlyden i de forskjellige bestemmelser peker i retning av at lovgiver mener insolvensdefinisjonen i

⁸⁵ Ot.prp. nr. 50 (1980-81) s. 87

⁸⁶ Ot. prp. Nr. 59 (1980-81) s. 171

kk1. § 61 er enhetlig. Hadde særskilte hensyn i forhold til den enkelte lovbestemmelse vært relevante ved anvendelsen av insolvensbegrepet i kkl.§ 61, ville ikke lovgiver hatt samme behov for å formulere ulike varianter av insolvensbegrepet.

På grunnlag av at forarbeidene synes å forutsette at insolvensbegrepet har felles innhold i alle sammenhenger det benyttes i konkursretten, Høyesteretts henvisning til legaldefinisjonen i § 61 i Rt. 1999 s. 64, samt majoriteten av juridisk teori synes det nærliggende å konkludere med at konkursretten opererer med et enhetlig insolvensbegrep. Hertil kommer at lovgiver, gjennom utformingen av ordlyden i den enkelte bestemmelse, flere steder har tilpasset insolvensbegrepet til den sammenheng det benyttes i.

3.3.2 Eget strafferettslig insolvensbegrep?

Selv om det legges til grunn at det eksisterer et enhetlig *konkursrettslig* insolvensbegrep, er det ingen automatikk i at begrepet er enhetlig også i strafferettslig forstand. Strafferetten skiller seg på en rekke områder fra sivilretten. Eksempelvis gjelder det som nevnt skjerpede beviskrav i strafferetten og partsforholdet er ulikt. De utpregede forskjellene mellom sivilretten og strafferetten gjør at det kan spørres hvorvidt det konkursrettslige insolvensbegrep kan legges til grunn ved anvendelsen av bestemmelsene i straffeloven hvor insolvens inngår som en del av gjerningsbeskrivelsen.

Insolvensbegrepet ble først inntatt i straffelovens kapittel 27 ved en lovendring i 2004. Selv om det var antatt at meningen med den tidligere formuleringen i strl. § 283 a, vilkåret om at skyldneren ”*ikke vil kunne tilfredsstille alle fordringshaverne*”, trolig var å vise til insolvensbegrepet i kkl. § 61, kan en ikke gå ut i fra at forarbeidene til konkursloven har vurdert bestemmelsene i straffelovens kapittel 27 når det forutsettes at insolvensbegrepet har felles innhold i alle sammenhenger det benyttes i. Tvert imot nevnes en rekke bestemmelser hvor insolvensbegrepet inngår som en del av lovteksten, men straffelovens

bestemmelser ble naturlig nok ikke nevnt.⁸⁷ Fra det faktum at forarbeidene ser ut til å forutsette at insolvensbegrepet har felles innhold i alle konkursrettslige sammenhenger, kan en derfor ikke nødvendigvis slutte at dette også gjelder hvor insolvensbegrepet inngår på strafferettens område.

Heller ikke Høyesteretts henvisning til legaldefinisjonen i kkl. § 61 i Rt. 1999 s. 64 gir nødvendigvis uttrykk for at det konkursrettslige insolvensbegrep skal legges til grunn ved anvendelsen av bestemmelsene i straffelovens kapittel 27. Dommen er avsagt før insolvensbegrepet ble inntatt i straffelovens bestemmelser og den omhandler krav om omstøtelse etter dekningsloven § 5-5. Henvisningen til legaldefinisjonen i kkl § 61 kan derfor først og fremst anvendes som et argument for at det foreligger et enhetlig *konkursrettslig* insolvensbegrep.

Brækhus gir som nevnt uttrykk for at, i et så vidt godt gjennomarbeidet lovverk som det her er tale om, er insolvensdefinisjonen i kkl. § 61 avgjørende for forståelsen av insolvensbegrepet også når det benyttes i andre deler av lovverket.⁸⁸ Standpunktet begrunnes imidlertid ikke nærmere, men det synes rimelig å anta at Brækhus legger til grunn at det eksisterer et enhetlig insolvensbegrep i norsk rett. Synspunktet til Brækhus kom dog til uttrykk før uttrykket insolvens ble inntatt i straffelovens kapittel 27.

Andenæs er av den oppfatning at når lovforarbeidene gir uttrykk for at den tidligere formulering i straffelovens kapittel 27, betingelsen om at skyldneren ”*ikke vil kunne tilfredsstille alle fordringshaverne*”, innebærer et krav om insolvens, er meningen trolig å henvise til det alminnelige insolvensbegrep i kkl. § 61.⁸⁹

I NOU 1999:23 reises det spørsmål om hvorvidt konkursretten opererer med et enhetlig insolvensbegrep, og eventuelt om dette begrepet passer i de sammenhenger det er aktuelt å benytte i straffelovens kapittel 27. Det påpekes at de skjerpede beviskrav som gjelder i strafferettslig sammenheng gjør det meget vanskelig å bevise at insolvensvilkåret er

⁸⁷ NOU 1972:20 s. 120

⁸⁸ Brækhus (1991) s. 120-121

⁸⁹ Andenæs (1999) s. 30

oppfylt. Straffelovrådet foreslo derfor en formulering som også omfatter handlinger som er foretatt når skyldnerens økonomiske situasjon er nær insolvens, jfr. strl.§§ 282 og 283 (1) bokstav b som oppstiller som vilkår at ”*skyldneren er, blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent ved handlingen*”. Når lovgiver på denne måten tilpasser insolvensbegrepet, gjennom regulering av ordlyden i bestemmelsen, til også å omfatte tilfelle som ligger nær opp til insolvens, er det etter mitt syn et tungtveiende argument for at insolvensbegrepet er enhetlig også på strafferettens område. Man kunne kommet til samme resultat som lovgiver har oppnådd gjennom å regulere ordlyden i bestemmelsen, ved å avgjøre insolvensbegrepets innhold særskilt fra bestemmelse til bestemmelse. Idet lovgiver har valgt å tilpasse insolvensbegrepet til den sammenheng det benyttes i ved regulering av lovteksten, synes det rimelig å konkludere med at det konkursrettslige insolvensbegrep også skal legges til grunn i strafferetten.

3.3.3 Avsluttende vurderinger

Det er etter mitt syn nærliggende å konkludere med at det eksisterer et enhetlig insolvensbegrep i norsk rett. At det foreligger et enhetlig konkursrettslig insolvensbegrep har støtte i forarbeidene, uttalelser i rettspraksis og deler av juridisk teori. Det faktum at lovgiver flere steder i lovverket har tilpasset insolvensbegrepet gjennom utformingen av den enkelte lovbestemmelse, er etter min mening et tungtveiende argument for at det konkursrettslige insolvensbegrep også gjelder generelt i norsk rett.

Det kan imidlertid anføres at insolvensbegrepet, slik det er definert i kkl. § 61, bærer preg av at det først og fremst er et konkursåpningsvilkår. Eksempelvis taler forarbeidene nesten utelukkende om konkursåpning når de drøfter de forskjellige elementene i insolvensvilkåret. På bakgrunn av at insolvensbegrepet har størst betydning som konkursåpningsgrunn, samt at definisjonen av begrepet er plassert i kapitlet om konkursåpning, er det naturlig at insolvensvilkåret er utformet først og fremst med tanke på konkursåpning. Det må derfor legges til grunn at insolvensdefinisjonen i kkl. § 61, slik den

er fremstilt ovenfor som konkursåpningsvilkår, anvendes i alle relasjoner hvor insolvensbegrepet er en del av lovteksten.

Et enhetlig insolvensbegrep forutsetter imidlertid at det ses bort fra særlige hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til den enkelte bestemmelse ved anvendelsen av insolvensvilkåret. Skal man tale om et enhetlig insolvensbegrep, kan man eksempelvis ikke åpne eller avslå begjæring om konkurs på grunnlag av at det er klart i strid med konkursinstituttets formål, jfr. Rt. 1982 s. 1426, hvor Høyesterett uttalte at åpning av konkurs synes å være ”så klart i strid med konkursinstituttets formål at det kan være spørsmål om konkurs allerede av den grunn må nektes”. Avgjørelsesgrunnlaget til Høyesterett synes imidlertid, som nevnt, å være at insolvensvilkåret ikke var oppfylt.

Det kan tenkes ulemper ved å operere med et enhetlig insolvensbegrep. Eksempelvis kan konklusjonen man kommer til ved å anvende et enhetlig insolvensbegrep, føre til uheldige resultater i den konkrete sak. I visse tilfelle, for eksempel når konkursinstituttets formål eller hensynene bak omstøtelsesreglene taler sterkt for et bestemt resultat, kan det synes formålstjenelig at rettsanvenderen ikke er bundet til et enhetlig insolvensbegrep og således kan ta særskilte hensyn som gjør seg gjeldende i relasjon til den aktuelle bestemmelse. På denne måten tilpasses insolvensbegrepet til den sammenheng det benyttes i.

De ulemper det innebærer å operere med et enhetlig insolvensbegrep oppveies imidlertid av en rekke fordeler. Rettstekniske hensyn er etter min mening et tungtveiende argument for å operere med et enhetlig insolvensbegrep i norsk rett. Ved å praktisere et enhetlig insolvensbegrep vil det med tiden utvikle seg en norm for fastleggelsen av innholdet av begrepet i rettspraksis. Det synes enklere å håndheve et enhetlig insolvensbegrep enn å legge forskjellig begrepsinnhold i uttrykket ut i fra den sammenheng det benyttes. Hertil kommer at lovgiver, som nevnt, har anledning til å tilpasse insolvensbegrepet til den sammenheng det benyttes i gjennom utforming av lovteksten. Er lovgiver av den oppfatning at særskilte forhold tilsier at bevisskravet til insolvens/solvens bør skjerpes i en bestemt sammenheng, er det trolig bedre å gi uttrykk for det ved å regulere lovteksten til eksempelvis ”utvilsomt solvent”, enn å la særskilte forhold bestemme innholdet av

insolvensbegrepet. På denne måten oppnår man et mer forutsigbart insolvensbegrep som vil være enklere å forholde seg til for den enkelte rettsanvender. Også de lege ferenda synes det derfor etter min mening hensiktsmessig å operere med et enhetlig insolvensbegrep i norsk rett.

4 Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. Oslo, 1999.

Bergsåker, Trygve. *Lærebok i pengekravsrett*. 2. utgave. Oslo, 2001.

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 1*. 3. utgave. Oslo, 1991.

Børresen, Pål B. *Konkurs – enkeltforfølgning, gjeldsforhandling og konkurs*. 6. utgave. Oslo, 2007.

Hov, Jo. *Rettergang 1. Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 1999.

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 2*. Bergen, 1988.

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3: Omstøtelse*. Bergen, 1992.

Moe, Ernst. *Konkursrett*. Oslo, 1999.

Munch, Mogens. *Konkursloven med kommentarer*. 9. utgave. København, 2001.

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

Lovregister:

1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.

1972 Lov om arv m.m (arvelova) av 3.mars 1972 nr. 5.

1984 Lov om gjeldsforhandling konkurs (konkursloven) av 8.juni 1984 nr. 58.

1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. Juni 1984 nr. 59.

1998 Lov om årsregnskap m.v (regnskapsloven) av 17.juli 1998 nr. 56.

Forarbeider:

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.

NOU 1999:23 Forbrytelser i gjeldsforhold.

Ot.prp.nr.50 (1980-81) Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs.

Ot.prp.nr.50 (1980-81) Om B) lov om fordringshavernes dekningsrett.

Innst. O. nr. 56 (1983-84) Innstilling fra justiskomiteen om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs.

Domsregister:

Høyesterettsdommer og kjennelser:

Rt. 1895.640

Rt. 1950.1132

Rt. 1956.300

Rt. 1977.1235

Rt. 1982.1426

Rt. 1983.180

Rt. 1989.1274

Rt.1996.783

Rt. 1997.698

Rt. 1997.931

Rt. 1999.64

Rt. 2003.909

Rt. 2004.118

Underrettsdommer:

LF-1997-765

LB-1999-3230

Artikler:

Hillestad, Aksel O. *Gjeldsforhandling for PGS – et bevis på norsk insolvenslovgivnings utilstrekkelighet?* I tidsskrift for Forretningsjus 2007 nr.1.

