



NORGES HØYESTERETT

Den 18. desember 2012 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Matningsdal, Utgård og Tønder i

HR-2012-02365-U, (sak nr. 2012/1848), sivil sak, anke over kjennelse:

A (advokat Per Ingar Jespersen)

mot

B (advokat Robert Wagner)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder begjæring om åpning av konkurs.
- (2) A innga 14. juni 2012 konkursbegjæring til Tønsberg tingrett, knyttet til manglende utbetaling av lønn og feriepenger etter arbeid for B. Sistnevnte bestred kravet og at det var grunnlag for å åpne konkurs.
- (3) Tønsberg tingrett avsa kjennelse 13. juli 2012 med slik slutning:
 - "1. Begjæringen fremmes.
 2. Boet til B, C, org. nr. -----, -----veien --, X tas under behandling som konkursbo.
 3. Saksomkostninger tilkjennes ikke."
- (4) B anket kjennelsen til Agder lagmannsrett, som 21. september 2012 avsa kjennelse med slik slutning:
 - "1. Konkursbegjæringen fra A tas ikke til følge.
 2. I erstatning for saksomkostnader betaler A til B 17 660 – syttentusensekshundreogseksti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen."
- (5) A har påanket kjennelsen til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og saksbehandlingen. Det er i korte trekk anført:
- (6) Lagmannsretten har ikke i tilstrekkelig grad foretatt en prejudisiell prøving av kravets eksistens, og den har feilaktig avgrenset saken til å gjelde kravet til bevis etter konkursloven

§ 63. Det stilles spørsmål ved om tvisteloven § 3-2, som gir retten adgang til å pålegge en part å anta prosessfullmektig, burde vært iaktatt. Avgjørelsesgrunnlaget var ikke forsvarlig, og saken burde vært delt opp. Det er lagt ned slik påstand:

- "1. Agder lagmannsretts slutning tas ikke til følge.
2. Agder lagmannsrett tar saken til ny behandling.
3. Ankemotparten tilpliktes å dekke sakens omkostninger."

(7) B har tatt til motmæle, og har i korte trekk anført:

(8) Det foreligger ikke feil ved rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Ankende part har hatt mulighet til juridisk bistand. Lagmannsretten har riktig lagt til grunn at det ikke foreligger klar sannsynlighetsovervekt for fordringens eksistens. Konkurs kunne uansett vært nektet åpnet fordi det er stilt bankgaranti for fordringen. Ankemotparten er ikke insolvent og avgjørelsesgrunnlaget var forsvarlig.

(9) Det er lagt ned slik påstand:

- "1. Anken forkastes.
2. B tilkjennes sakens omkostninger for Norges Høyesterett fastsatt med kroner 6.250,- inkludert merverdiavgift."

(10) Høyesteretts ankeutvalg bemerker:

(11) Anken er en videre anke hvor utvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c.

(12) Under henvisning til at A mener å ha krav på lønn og feriepenger med 42 183 kroner hos B fikk han 29. mai 2012 forkynt konkursvarsel i henhold til konkursloven § 63 overfor B. I den påfølgende konkursbegjæringen 14. juni 2012 begrunnet han derimot sitt krav i "konkursloven § 60, jf. § 62".

(13) Ved tingrettens behandling av konkursbegjæringen bestred B kravet. Etter en konkret bevisvurdering kom tingretten til at det ikke kunne legges til grunn at kravet gjaldt "klar og forfalt gjeld". Konkurs kunne dermed ikke åpnes med hjemmel i konkursloven § 63. Men etter en konkret vurdering av Bs økonomiske situasjon, kom den til at det var grunnlag for å åpne konkurs med hjemmel i konkursloven § 60 jf. § 61.

(14) I Bs anke til lagmannsretten ble både kravets eksistens og vilkårene i konkursloven § 60 jf. § 61 for å åpne konkurs bestridt.

(15) Lagmannsretten innleder sin vurdering av saken ved å uttale:

"Skal manglende betaling av en fordring kunne anses som en presumsjon for insolvens etter konkursloven § 63 må det kreves en meget høy grad av sannsynlighet for at fordringen består – den må fremstå som 'klar', jf uttalelse i Rt. 1994 side 889. Det må etter dette kreves at det generelt foreligger betydelig sannsynlighetsovervekt for at konkursrekvirenten har et konkursgrunnlag."

(16) Deretter drøfter lagmannsretten om fordringen er tilstrekkelig "klar" og konkluderer med at dette ikke er tilfellet. På dette grunnlag konkluderte den med at konkursbegjæringen ikke kunne tas til følge. Lagmannsretten har imidlertid ikke vurdert om vilkårene i konkursloven § 60 jf. § 61, som var tingrettens grunnlag for å åpne konkurs, var oppfylt. Spørsmålet blir dermed om denne unnlåtelsen medfører at lagmannsrettens kjennelse må oppheves.

- (17) I Rt. 1994 side 889, som lagmannsretten har vist til, uttaler kjæremålsutvalget følgende om forholdet mellom de to bestemmelsene (side 891):

"Kjæremålsutvalget kan ikke se at lagmannsretten har gjort seg skyldig i selvmotsigelse ved det at retten ikke har funnet grunnlag for konkursåpning etter konkursloven § 63, mens retten på grunnlag av det samme krav har funnet at vilkårene er tilstede etter konkursloven § 60, jf. § 61. Vurderingstemaene i bestemmelsene er forskjellige. Skal manglende betaling av en fordring kunne anses som en presumsjon for insolvens etter konkursloven § 63, må det kreves en meget høy grad av sannsynlighet for at fordringen består – den må fremstå som 'klar'. Samme krav kan ikke stilles til en fordring som gjøres gjeldende i forbindelse med krav om konkursåpning med hjemmel i konkursloven § 60. Det kan i denne forbindelse vises til Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 2 side 40."

- (18) At beviskravet for kravets eksistens er noe lavere i forhold til § 60 enn i forhold til § 63 er også forutsatt i Rt. 2003 side 909.
- (19) Når lagmannsretten utelukkende har drøftet fordringens eksistens i forhold til det strengere beviskravet i § 63 og ikke i forhold til det noe lavere beviskravet i § 60, og som var tingrettens grunnlag for å åpne konkurs, må dette medføre at lagmannsrettens kjennelse oppheves. Det fremgår riktignok avslutningsvis i sitatet fra lagmannsrettens kjennelse at lagmannsretten har brukt formuleringen "betydelig sannsynlighetsovervekt" som er samme beviskrav som gjelder i forhold til § 60, jf. Rt. 2004 side 118. Men når lagmannsrettens drøftelse er begrenset til vilkårene i § 63 og § 60 overhodet ikke er nevnt, kan ikke dette medføre motsatt konklusjon.
- (20) Anken har ført fram, og den ankende part må tilkjennes sakskostnader for Høyesteretts ankeutvalg. Utgiftene til den ankende parts prosessfullmektig settes skjønnsmessig til 5 000 kroner. I tillegg kommer rettsgebyr med 5 160 kroner slik at samlet omkostningsansvar utgjør 10 160 kroner.
- (21) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler B til A 10 160 – titusenetthundreogseksti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Karl Arne Utgård
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Bård Tønder
(sign.)

Riktig utskrift: