

# Återvinning i konkurs efter fusion av dotterbolag

Av advokaten ULRIK HÄGGE

*Ett idag vanligt sätt att avveckla ett aktiebolag är att låta bolaget fusioneras med sitt moderbolag.<sup>1</sup> I det fall moderbolaget senare försätts i konkurs kan skäl föreligga för konkursförvaltaren att även utreda transaktioner vidtagna av det överlåtande bolaget. Så är särskilt fallet om det överlåtande bolaget varit ett så kallat vinst- eller skalbolag. Artikeln belyser förutsättningarna för att efter fusionen tillämpa 4 kap. 5 § konkurslagen på rättshandlingar vidtagna av det överlåtande bolaget.*

## 1. Inledning

Konkurslagens regler om återvinning avser att neutralisera transaktioner som varit till nackdel för konkursborgenärerna. Så är fallet om egendom hanterats på ett sätt som medfört att egendom undandragits konkursgäldenären eller påverkat borgenärernas inbördes rätt. Hanteringen av återvinningsfrågor rör oftast situationer där det är konkursgäldenären, eller i vissa fall en borgenär, som vidtagit rätts handlingen. Har före konkursen ett dotterbolag fusionerats med konkursbolaget kommer konkursutredningen även att omfatta transaktioner vidtagna av dotterbolaget, det överlåtande bolaget. Granskade transaktioner har då utförts av en annan juridisk person än konkursgäldenären. Tillämpningen av konkurslagens återvinningsregler på denna rättshandling väcker vissa frågeställningar.<sup>2</sup>

Aktiebolagslagens utgångspunkt för att en fusion skall få ske är att den inte påverkar det förvärvande bolagets borgenärer. Uppkommer inte en sådan påverkan, d.v.s. fusionen medför att ett positivt nettovärde tillförs det övertagande bolaget, torde inte heller återvinningsfrågor hänförliga till det överlåtande bolaget bli aktuella. Medför fusionen i stället att det övertagande bolaget erhåller ett negativt nettovärde och detta påverkar det övertagande bolagets ställning, eller till och med leder till konkurs, blir situationen en annan.<sup>3</sup> Aktiebolagslagen öppnar i sig, genom klandertalan mot bolagsstämmans beslut, en möjlighet att angripa ett felaktigt beslut om fusion.<sup>4</sup> Tidsfristerna

<sup>1</sup> Under 2005 registrerades mer än 2 500 fusionsplaner hos Bolagsverket.

<sup>2</sup> Situationen kan teoretiskt uppkomma i vissa andra fall, som vid utskiftning av verksamhet i samband med likvidation eller vid rörelseöverlåtelse från konkursbo. Vid övergång av rörelse är dock, om inte annat avtalats, ansvaret som regel kvar hos överlåtaren.

<sup>3</sup> För att förhindra den beskrivna situationen skall revisorn yttra sig över vilken påverkan fusionen har för det övertagande bolaget och dess borgenärer, 23 kap. 29 § aktiebolagslagen.

<sup>4</sup> 7 kap. 50 § aktiebolagslagen.

för en sådan åtgärd är dock korta<sup>5</sup> och därmed torde de praktiska möjligheterna till en klandertalan vid det övertagande bolagets konkurs att vara uteslutna. Frågeställningen och analysen över gällande rätt för återvinningsfrågan kommer att ske utifrån följande tänkta händelseförlopp.

1. Ett aktiebolag, nedan Dotterbolaget, har efter en misslyckad skatteplanering en oreglerad skatteskuld hänförlig till år 1. Dotterbolaget blir genom skatteplaneringen på obestånd under år 1.

2. Dotterbolaget vidtar, i samband med skatteplaneringen alternativt därefter, en rättshandling med en motpart, nedan Återvinningsvaranden. Om Dotterbolaget därefter hade försatts i konkurs hade rättshandlingen varit återvinningsbar.

3. Dotterbolaget förvärvas under år 2 av annat aktiebolag, nedan Moderbolaget.

4. Dotterbolaget fusioneras därefter med Moderbolaget.

5. Moderbolaget försätts i konkurs. Orsaken till konkursen är skatteskulden hänförlig till Dotterbolaget.

Återvinningsmöjligheten skall prövas utifrån förutsättningarna i 4 kap. 5 § konkurslagen. Som en introduktion till frågeställningen och som en bakgrund till tolkningen av lagtexten, görs inledningsvis en kort presentation av återvinningsinstitutets funktion och syften. Härfter prövas tillämpning av 4 kap. 5 § konkurslagen, vad gäller betydelsen av vem som är rättshandlande person, obeståndsbedömningen, nackdelsbedömningen och bevisbörderegeln. För att påminna läsaren om innebörden av de olika rekvisiten, innehåller avsnitten även en mer allmän presentation av respektive fråga. Artikeln avslutas med att problemlösningen sammanfattas. För läsarens bedömning av förd argumentation och gjorda ställningstaganden kan vara av betydelse att veta att författaren själv är verksam som konkursförvaltare. De vardagliga arbetsuppgifterna kan medföra en risk för en borgenärsvänlig inställning i återvinningsfrågor.

## 2. Återvinningsreglernas karaktäristika

Syftet med återvinningsreglerna brukar uppges vara tvådelat, dels att förhindra en skadlig kapplöpning mellan borgenärerna, dels förhindra att egendom undandras borgenärerna.<sup>6</sup> Vid fastställandet av återvinningsreglernas räckvidd har en avvägning fått göras mellan å

<sup>5</sup> 7 kap. 51 § och 23 kap. 36 § aktiebolagslagen begränsar talefristen till sex månader från beslutet.

<sup>6</sup> Prop. 1975:6 s. 132, SOU 1983:60 s. 33, Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, Stockholm 2004 (Cit. Lennander) s. 21 ff., Gösta Walin, Materiell konkursrätt, Lund 1987 (Cit. Walin) s. 126 f., Eugène Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, Nordstedts laghandböcker, med suppl. 1, maj 2006, 4:1 ff., samt Fritjof Lejman, Bidrag till läran om återvinning i konkurs, Uppsala 1939, s. 4 ff. Lejman konstaterar likheten med skadeståndets syften prevention och reparation. Han konstaterar vidare på s. 8 att genom återvinningen kommer borgenärerna att behandlas lika; likställighetsprincipen. Återvinningsreglerna har vidare fått en praktisk betydelse vid rekonstruktionsförfaranden, 3 kap. 5–7 §§ lag (1996:764) om företagsrekonstruktion.

ena sidan strävan efter att skydda borgenärsintresset och å andra sidan att regleringen inte skall försvåra omsättningen och inte förhindra affärsmässigt sunda transaktioner.<sup>7</sup> Transaktioner med till gäldenären närstående personer intar här en särställning. Generellt medför de en förhöjd risk för undandragande av konkursgäldenärens tillgångar. Transaktionerna påverkar inte heller den allmänna omsättningen, varför reglerna för dessa rättshandlingar har fått en större räckvidd.

Återvinningsreglerna utgör en sista utpost i borgenärsskyddet i det att de träder in när inte obligationsrättsliga, sakrättsliga eller andra borgenärsskyddsregler stoppar en rättshandling som varit till nackdel för gäldenärens betalningsförmåga eller för enskild borgenär.<sup>8</sup>

Återvinningsreglerna är knutna till konkursinstitutet och det genom konkursbeslutet uppkomna konkursboet.<sup>9</sup> Återvinning kan således bara ske för konkursboets räkning<sup>10</sup> och mot rättshandlingar som uppkommit före konkursbeslutet.<sup>11</sup> Återvinningsmöjligheten är vidare knuten till konkursboet på så sätt att konkursboet inte äger överlåta denna rätt till annan.<sup>12</sup> Genom återvinningen återställs en nackdel som drabbat konkursboet eller någon av borgenärerna och träffpunkten för återvinningstalan är således den förmögenhetsmassa som tillhört eller, vid skuld- eller pantsättning, tillhör konkursgäldenären.

Gränsdragningen mot det allmänna omsättningsintresset har fått vägas mot den faktiska möjligheten för konkursförvaltaren att, på grund av bland annat utrednings- och bevisproblem, faktiskt kunna genomföra återvinningar. Tekniskt har gränsdragningen kommit att ske genom rekvisiten ”otillbörligt” respektive ”ordinär”,<sup>13</sup> samt genom fastläggandet av frister och upprättandet av bevisbörderegler.

Återvinning kan göras gällande mot person som inte intagit en obligationsrättsligt bindande partsställning i förhållande till konkursgäldenären. Anspråket kan riktas mot den som i eget namn företrätt annan.<sup>14</sup> Som vid vindikation kan i vissa fall återvinning ske från ond-

<sup>7</sup> SOU 1983:60 s. 7 f., Prop. 1986/87:90 s. 119 ff., Lennander s. 34.

<sup>8</sup> Lennander s. 38 ff.

<sup>9</sup> NJA 1994 s. 705 och 2001 s. 805 utvisar att återvinningsfordran inte föreligger före beslutet om konkurs. Av 3 kap. 5–7 §§ lag (1996:764) om företagsrekonstruktion följer ett visst utrymme till återvinning utan konkurs.

<sup>10</sup> Talan för konkursboet förs normalt av konkursförvaltaren men möjlighet finns, för det fall konkursförvaltaren avstår härifrån, för borgenär att som part men inte ställföreträdare, föra talan, 4 kap. 19 § 2 st. konkurslagen.

<sup>11</sup> Om konkursboet försätts i konkurs uppkommer en teoretisk möjlighet att återvinna rättshandlingar företagna av konkursförvaltaren.

<sup>12</sup> NJA 1976 s. 627.

<sup>13</sup> Frågor rörande ordinära transaktioner har behandlats av Gertrud Lennander i Festskrift till Welamson, Malmö 1988, s. 389. Se även rättsfallen NJA 2002 s. 441, 1998 s. 759, 1998 s. 728, 1998 s. 487 — ordinärt men otillbörligt, Walin s. 156, med hänvisningar till förarbeten och rättsfall, konstaterar att även ordinära betalningar kan vara otillbörliga, NJA 1997 s. 115, 1995 s. 688, 1990 s. 649, 1989 s. 3, 1988 s. 149 och 1987 s. 872.

<sup>14</sup> Se NJA 1999 s. 812, särskilt s. 818 med hänvisningar.

troende tredje man som förvärvat den återvinningsbara egendomen.<sup>15</sup> Rätten till återvinning står sig således mot ondetroende förvärvare. Vad gäller skyddet mot återvinningsvarandens borgenärer föreligger även där ett sakrättsligt skydd.<sup>16</sup>

Rättsverkan av återvinning är en återgång av den återvunna transaktionen.<sup>17</sup> Situationen har likheter med den då återgång skall ske på grund av ogiltighet.<sup>18</sup> Då återvinningsrätten tillkommer konkursboet och inte konkursgäldenären skapar inte återvinningsfordran en egentlig obligationsrättslig partsställning. Lennander menar att förhållandet närmast är att jämföra med återgång av transaktioner i utomobligatoriska förhållanden.<sup>19</sup>

Sammantaget utvisar återvinningsinstitutet en mängd egenarter i förhållande till obligationsrättsliga anspråk, återgång vid ogiltighet eller vindikationstalan, som gör det svårt att systematisera institutet under annan rättsfigur. Egenarterna gör att återvinningsreglerna får anses utgöra en självständig rättsfigur som står på egna ben. Vid tillämpningen av återvinningsreglerna torde därför närmast vara att beakta reglernas ändamål och utifrån allmänna lämplighetsöverväganden lösa de gränsdragningsproblem och tillämplighetsfrågor som uppkommer.

### 3. 4 kap. 5 § konkurslagen

Som inledningsvis konstaterats är kärnfrågan i problemställningen att den rättshandling som är föremål för återvinning faktiskt utförts av en annan person än den person som försatts i konkurs. Rättshandlingen har i fas två, i det prövade fallet, ingen koppling till Moderbolaget. Moderbolag har som regel inget ansvar för dotterbolags förpliktelser. Dotterbolagets rättshandlande kan då inte heller medföra någon direkt nackdel för Moderbolaget eller dess borgenärer.<sup>20</sup> Inte heller Moderbolagets solvens påverkas direkt av rättshandlingen när den utförs. Det är först senare, genom fusionen, som Moderbolaget får en direkt koppling till den aktuella rättshandlingen och påverkan för Moderbolaget och dess borgenärer uppkommer. Vi skall nu se hur detta påverkar tillämpningen av 4 kap. 5 § konkurslagen.

#### 3.1 Rättshandlande person

Frågeställningen initialt är således om konkurslagen ställer krav på att den ifrågasatta rättshandlingen skall ha utförts av konkursgäldenä-

<sup>15</sup> 4 kap. 18 § konkurslagen och NJA 2001 s. 474.

<sup>16</sup> Lennander s. 376 f, Walin s. 227, Ulf Göranson, Återvinning utan konkurs, Sthlm1989 s. 221 ff., NJA 2001 s. 805.

<sup>17</sup> 4 kap. 14 § konkurslagen. Lejman s. 10 ff., Welamson, Konkursrätt, Stockholm 1961, s. 114, Lennander s. 327 ff.

<sup>18</sup> Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. med supplement mars 2000, Sthlm 2001, s. 76, som konstaterar att verkan av återvinning har viss likhet med den som följer vid ursprunglig ogiltighet.

<sup>19</sup> Och då närmast vindikation från godtroende besittare, Lennander s. 329 f.

<sup>20</sup> Indirekt betydelse kan uppkomma genom att värdet på aktierna i dotterbolaget minskar.

ren. Med konkursgäldenär avses den fysiska eller juridiska person som är adressat i konkursbeslutet. Granskar man återvinningsreglernas utformning så finner man att endast ett fåtal rekvisit direkt hänvisar till gäldenärens agerande. I 4 kap. 5 § konkurslagen anges som nackdelsrekvisit att "viss borgenär gynnats framför andra", "gäldenärens egendom undandragits borgenärerna" eller "hans skulder har ökat". Rekvisiten syftar på hur gäldenärens egendomsmassa påverkats och inte på gäldenärens agerande.<sup>21</sup> Vad gäller den återvinningsbara rättshandlingen anges inte att den skall vara utförd av gäldenären utan endast att den skall ha medfört att någon av nackdelssituationerna uppkommit. För de objektiva återvinningsgrunderna, 4 kap. 6–13 §§ konkurslagen, finns uttryckligen en hänvisning till gäldenärens agerande endast i 4 kap. 7 § konkurslagen "Bodelning mellan gäldenären och hans make..." och i 4 kap. 12 § konkurslagen "Säkerhet som gäldenären överlämnat...". För de återvinningsregler där återvinningsvaranden kan freda sig genom en insufficiens eller solvens bevisning stärks uppfattningen av att det är gäldenären som faktiskt utfört transaktionen.<sup>22</sup> Återvinningsituationer avseende kvittning, 4 kap. 10 § konkurslagen, och utmätning, 4 kap. 13 § konkurslagen, syftar däremot på agerande från annan än gäldenären. Ordalydelsen i återvinningsreglerna öppnar således i sig en möjlighet att beakta transaktioner som utförts av annan än gäldenären. Granskar man sedan 4 kap. 14 § konkurslagen som anger verkan av återvinning, uppges där att det är den egendomen som "gäldenären har utgett" som skall återbäras till konkursboet. Tolkas begreppet gäldenären i 4 kap. 14 § konkurslagen strikt till den juridiska person som försatts i konkurs, skulle detta kunna ses som en begränsning av återvinningsreglernas tillämpningsområde, i de fall där annans agerande inte direkt framgår av återvinningsregeln. Resultatet skulle bli att endast gäldenärens egna rättshandlingar skulle vara återvinningsbara. Reglernas mål är dock konkursboets omfattning, vilket är en fråga som inte är begränsad till konkursgäldenären och dennes rättshandlande. Ur det perspektivet måste ett agerande av

<sup>21</sup> I NJA 1984 s. 816 påtalar HD att "Föremål för återvinning i konkurs är enligt KL principiellt en rättshandling och inte den av rättshandling berörda egendomen som sådan. Man måste sålunda skilja mellan förutsättningarna för att en viss rättshandling skall återvinnas och innebörden av att rättshandlingen återvinnes." Att HD uppgett att föremålet för återvinningen är rättshandling och inte den berörda egendomen i sig, måste förstås så att återvinningen skall rikta sig mot viss transaktion. I bedömningen av den transaktionen är dock gäldenärens egendom av betydelse, i det att det är förändringen av gäldenärens egendomsmassa som föranleder återvinning av rättshandlingen. I NJA 2001 s. 805 konstaterar HD att syftet med återvinningsreglerna är att i konkursborgenärernas gemensamma intresse återställa det läge som rådde innan den återvinningsbara rättshandlingen vidtogs. Lennander s. 204 ff. angående medelbara betalningar och s. 327 om verkan av återvinning. Göranson a. a. s. 226 menar att återvinningsanspråket riktar sig mot rättshandlingen och inte mot objektet.

<sup>22</sup> Insufficiens — 4 kap. 6 §, 4 kap. 7 §, 4 kap. 8 § och 4 kap. 9 § st. 1 och 3 konkurslagen. Solvens — 4 kap. 9 § st. 2, 4 kap. 10 §, 4 kap. 12 § och 4 kap. 13 § konkurslagen.

annan person, vilket skett i konkursgäldenärens ställe, inte i sig utesluta en återvinningsituation. Vid ett fullmaktsförhållande där konkursgäldenären är huvudman, torde inte några tveksamheter vid bedömningen av reglernas tillämpning uppkomma. I linje därmed bör reglerna vara tillämpbara på tredje persons handlande som sker i konkursgäldenärens intresse.<sup>23</sup> Av förarbeten framgår också att rättshandling kan återvinnas oavsett om det är gäldenären eller annan som företagit rättshandlingen.<sup>24</sup> Reglernas omfattning har inte heller i rättspraxis givits en snäv innebörd.<sup>25</sup> Utgår man från detta breda synsätt är det inte svårt att låta reglerna även omfatta nu aktuell fråga. Finns det i konkursgäldenärens egendomssfär tillgångar och skulder hänförliga till annan juridisk person ligger det nära tillhands att låta överlåtaren få identifieras med konkursgäldenären vid tillämpning av återvinningsreglerna.<sup>26</sup> Det är påverkan av egendomsmassan som är återvinningsens träffpunkt och ett underkännande av återvinningsbarheten på grund av den rättshandlandes person bör då inte göras.

### 3.2 Obestånd och kravet på orsakssamband till rättshandlingen

Termen obestånd har definierats i 1 kap. 2 § konkurslagen.<sup>27</sup> Av paragrafen framgår att med obestånd avses att någon rätteligen inte kan betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig. Oförmågan, illikviditeten, är inte begränsad till att bedömas för en viss tidpunkt utan kan innefatta en prognos för att oförmågan skall uppkomma någon gång i framtiden. För en helt rättvisande bedömning av gäldenärens obestånd torde krävas en likviditetsbudget innefattande samtliga gäldenärens betalningsströmmar. Har betalningsoförmåga konstaterats krävs att denna inte är "endast tillfällig". Be-

<sup>23</sup> Vad gäller motpartens person föreligger inte krav på att återvinningsvaranden är obligationsrättslig motpart, NJA 1999 s. 812. Walin s. 160 konstaterar att vid bulvanskap föreligger solidariskt ansvar för både huvudmannen och bulvanen.

<sup>24</sup> Prop. 1986/87:90 s. 215 samt SOU 1970:75 s. 128 där beredningen konstaterar att "I viss utsträckning är det också möjligt att med återvinning angripa åtgärder som ej gäldenären själv vidtagit" samt på s. 160 angående förslaget till 36 § (senare 4 kap. 5 § konkurslagen) "Det är enligt förslaget likgiltigt, huruvida gäldenären själv eller någon annan fullbordar rättshandlingen". Walin s. 152 f.

<sup>25</sup> NJA 1996 s. 333 (med hänvisningar till NJA 1987 s. 407, 1978 s. 194 och 1969 s. 27) där HD konstaterade att "En betalning, som tredje man på uppmaning av en gäldenär gör till någon av dennes borgenärer, anses i återvinningsssammanhang jämställd med en betalning direkt från gäldenären till borgenären, under förutsättning att egendom som tillhör gäldenären tas i anspråk vid betalningen".

<sup>26</sup> Jfr. Lars Welamson och Mikael Mellqvist, *Konkurs*, 10 uppl., Sthlm 2003, s. 28 ff. där en diskussion förs om vilka rättssubjekt som kan försättas i konkurs samt reglerna om juridisk persons partshabilitet efter avecklingen.

<sup>27</sup> Obeståndsfrågan behandlas bl.a. i prop. 1975:6 s. 70 ff., prop. 1986/87:90 s. 131 ff., SOU 1992:113 s. 100 f., Lars Welamson, a. a. s. 18 ff och 47 ff., Walin s. 11 f., Lennander s. 127 ff., Ulf Gometz, *Begreppet obestånd i praktisk belysning*, RUBICON, februari 1996 samt vid *Insolvensrättsligt Forum* 25–26 januari 1995, Iustus Förlag, s. 88 ff., Fritjof Lejman, *Om betalningsoförmåga som konkursgrund*, SvJT 1941 s. 629, Bengt Lindell, *Insolvensbedömningen*, SvJT 1989 s. 131 samt NJA 1994 s. 336 (Gusums Bruk) med kommentar av Lars Heuman i JT 1994/95 s. 737.

dömningen skall således omfatta en tidsperiod. Tidsperiodens längd finns inte definierad. Ordet tillfällig talar för en kort tidsperiod. Möjligen kan man genom ordet "endast" även anse att den korta tidsperioden inte får upprepa sig.

Jag vill under denna rubrik, som exkurs, något utveckla genomgången av obeståndsfrågan.

I det läge en framtida oförmåga skall prövas saknas säkra utgångspunkter för delar av bedömningen. Ju längre tidsperspektiv som skall prövas ju större osäkerhet får vägas in i prognosen. Gäldenärens skulder samt kostnaderna för verksamheten är som regel i huvudsak förutsägbara och mätbara. Svårigheterna hänför sig till intäkterna och härigenom på sikt gäldenärens tillgångar och betalningsförmåga. Tekniken för att utföra obeståndsbedömningen blir härigenom olika beroende på i vilken situation bedömningen sker. I konkursmål finns sällan underlag för en allsidig bedömning. Sökanden kan inte presentera en fullständig bild av gäldenären och domstolen kan endast pröva obeståndet efter åberopade omständigheter. Bevisbördan samt konkursbeslutets allvarliga rättsverkningar gör att bedömningen blir "återhållsam". Om inte obeståndet kan fastställas efter medgivande eller efter presumtionsregel i 1 kap. 7–9 §§ konkurslagen får därför som utgångspunkt för bedömningen en sufficiensbedömning utföras. Konstateras insufficiens kan det ses som ett indicium på föreliggande insolvens. Är insufficiensen stor kan redan detta förhållande i sig utgöra tillräckligt bevis för insolvens. Då domstolarna ogärna vill spekulera i framtiden och då trots allt sökanden har bevisbördan för obestånd, torde krävas en betydande insufficiens för att kunna påverka domstolens bedömning av obestånd. En ogillad konkursansökan kan således inte ligga till grund för slutsatsen att obestånd inte förelegat.

Den bedömning av obeståndstidpunkten som sker vid konkursutredning eller vid förundersökning i brottmål blir som regel mer rättvisande. Men även här finns ofta brister i underlaget. Någon fullständig likviditetsanalys är sällan, av både kostnads- och utredningsmässiga skäl, möjlig att genomföra. Konkursförvaltarens prognosbedömning blir som regel en resa bakåt i tiden från konkursdagen. Förvaltarens utgångspunkter för bedömningen blir förfallotidpunkterna för i konkursen bevakade fordringar, gäldenärens tidigare betalningsdröjsmål och väsentliga händelser som påverkat gäldenärens ställning. Följande moment torde vara vanliga i konkursutredningen. Den första tidsgränsen framgår av åldern på de i konkursen bevakade fordringarna. Obetalda skatter och utslag i mål om betalningsföreläggande har härvid stor betydelse. Vidare granskas tidigare betalningsdröjsmål, framför allt de som medfört indrivningsåtgärder. Så långt har på objektiva grunder en faktisk oförmåga kunnat konstateras. För bedömningen av om obeståndet enligt en prognosbedömning skall anses ha uppkommit i tiden före denna faktiska oförmåga måste gäl-

denärens historiska ställning granskas. Konkursförvaltarna har för aktiebolag att göra en sufficiensbedömning för att fastställa tidpunkten då skyldighet att upprätta kontrollbalansräkning uppkommit.<sup>28</sup> Om insufficiens konstateras föreligga i tiden före den faktiska betalningsoförmågan, har gäldenären från den tidpunkten inte heller haft möjlighet att reglera samtliga sina skulder. Inte sällan kan viss händelse, såsom större kundförlust eller förlorad rättegång, konstateras ha orsakat insufficiensen. Bedöms härvid insufficiens ha uppkommit före den ovan beskrivna faktiska oförmågan, finns skäl att göra en prognosbedömning för obeståndet utifrån tidpunkten för insufficiensens inträffande. För denna bedömning kan konkursförvaltaren luta sig mot den faktiska händelseutvecklingen. I det fall insufficiensen orsakats av en större händelse, som en större tvist, uppkommer frågan om insufficiensen förelegat även i tiden innan den ekonomiska konsekvensen blivit objektivt fastställd. Sven A. Olsson och Stefan Lindskog har, som jag förstått det, för denna situation angivit en aktsamhetsmodell utifrån vad en ansvarsfull person med full kännedom om sakläget och vid en realistisk bedömning av företagets situation skulle ha kommit fram till.<sup>29</sup> Om en förlust i en tvist redan före dom med stor sannolikhet kunnat förutses, kan obeståndet anses ha inträtt före det att betalningsskyldigheten slutligt fastställts, kanske redan när den för tvisten aktuella rättshandlingen företogs. Motsvarande resonemang skulle kunna tillämpas i andra situationer, såsom på företagets möjlighet att få ytterligare krediter eller vid genomförandet av ett skatteupplägg.

I vårt typfall har Moderbolaget inte varit eller, genom rättshandlingens utförande, blivit på obestånd då händelsen inträffade hos Dotterbolaget. Före genomförandet av fusionen finns som regel inte något betalningsansvar för Moderbolaget för Dotterbolagets skulder.<sup>30</sup> Dotterbolaget hamnar genom skatteplaneringen i en obeståndssituation.<sup>31</sup> För Moderbolaget "konkursgäldenären" är det först genom fusionen som en obeståndssituation uppkommer. För återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen krävs då att ett orsakssamband mellan rättshandlingen och obeståndet föreligger.<sup>32</sup> Sambandet mellan skatteplaneringen, fusionen och Moderbolagets obestånd uppfyller kravet för denna kausalitet. Skatteupplägget och fusionen utgör båda exempel på händelser utgörande "annan omständighet" som orsakat gäldenärens obestånd. Ingår rättshandlingen i själva skatteplaneringen omfattas den av kausaliteten. Är så inte fallet och den inte i sig

<sup>28</sup> 7 kap. 15 § konkurslagen.

<sup>29</sup> Sven A. Olsson och Stefan Lindskog, *Obeståndsrekvisitet i praktisk tillämpning*, TSA 1987 s. 395.

<sup>30</sup> Här förutsätts att gäldenären inte genom eget åtagande lämnat sådan utfästelse eller att fråga om annan ansvarsgrund så som ansvarsgenombrott inte föreligger.

<sup>31</sup> Vad gäller tidpunkten för skatteskuldens uppkomst, se NJA 2003 s. 73.

<sup>32</sup> Lennander s. 148 ff.



påverkat obeståndet i Dotterbolaget så har den inte heller påverkat Moderbolagets ställning. Den ingår då inte i orsakskedjan till Moderbolagets obestånd. För att i återvinningssammanhang beaktas som kausal till Moderbolagets obestånd, bör dock räcka att rättshandlingen bidragit till obeståndet. Vid bedömning av kausalitetsfrågor saknas betydelse vem den rättshandlande personen är. Kausaliteten gäller inträffade händelser oavsett om det är gäldenären själv eller annan som utfört dem.<sup>33</sup> Har rättshandlingen i sig orsakat eller bidragit till obeståndet, uppkommer frågan om kausaliteten med hänsyn till fusionen är adekvat.<sup>34</sup> Kan man konstatera att rättshandlingen och den genomförda fusionen ingår i ett planerat förfarande, är kravet på adekvans uppfyllt. Likaså föreligger adekvans när Moderbolagets obestånd direkt är orsakat av fusionen. Först om en påverkan på Moderbolagets solvens genom fusionen, med beaktande av alla fakta, framstår som osannolik finns skäl att ifrågasätta adekvansen.

### *3.3 Uppkommer en nackdel för Moderbolaget?*

För att återvinning skall få ske måste rättshandlingen inneburi någon form av nackdel för konkursgäldenären eller dennes borgenärer.<sup>35</sup> För tillämpningen av 4 kap. 5 § konkurslagen krävs inte att nackdelen uppkommit vid rättshandlingen utan även en indirekt nackdel ges betydelse.<sup>36</sup> Ur Moderbolagets synvinkel uppkommer nackdelen för borgenärerna först genom fusionen. Innan denna tidpunkt finns inte något ansvar för överlåtarens skulder. Sett i ett större sammanhang, där ett planerat förfarande konstaterats, bör nackdelsrekvisitet vara uppfyllt genom att hela upplägget beaktas.

Som ovan konstaterats är återvinningsreglernas mål konkursboets egendomsmassa. Genom fusionen övertar Moderbolaget ansvaret för Dotterbolagets tillgångar och skulder. Om inte fusionen i sig medför att betalningsförmåga för Dotterbolagets skulder uppkommer, saknar fusionen i sig betydelse för Dotterbolagets borgenärer. Dotterbolagets oförmåga att tillgodose dessa har inte upphört. Hade Dotterbolaget försatts i konkurs skulle enligt förutsättningarna i exemplet en återvinning kunnat ske. Det är då inte heller rimligt att Dotterbolagets borgenärskollektiv genom fusionen tappar en tillgång som föreläggat, om än latent, enbart på den grunden att konkursbeslut inte meddelats före fusionen.<sup>37</sup> Fusionen i sig kommer i exemplet att medföra nackdel för Moderbolagets borgenärer. Tidpunkten för nackdelens uppkomst är inte knuten till rättshandlingen i sig utan

<sup>33</sup> SOU 1983:60 s. 87.

<sup>34</sup> Adekvansbegreppet är en svårhanterlig storhet. Enligt Knut Rodhe, *Obligationsrätt*, Stockholm 1956, § 28 vid not 12, skall läran avskilja två olika grupper av verkningar, dels de som är allt för avlägsna, dels de som är allt för överlägna s 88 ff.

<sup>36</sup> Prop. 1986/87:90 s. 215 f. Lennander s. 130 f. och 145 ff. Situationen kan jämföras med att en risk för skada föreligger, Walin s. 158.

<sup>37</sup> Motsvarande argumentation har bärighet på de objektiva återvinningsgrunderna.

det är tillräckligt att den uppkommit senast då återvinningsfrågan prövas. Härigenom uppfylls kravet på en i vart fall indirekt nackdel, förutsatt att den bedöms adekvat till den återvinningsbara transaktionen.<sup>38</sup> Samma resonemang som ovan presenterats avseende obestånd kan härvid föras vid adekvansbedömningen.

### *3.4 Bevisbördans placering och tidpunkten för närståendebedömningen*

Utgångspunkten för bevisbördans placering är att konkursförvaltaren har att visa samtliga återopade rekvisit.<sup>39</sup> Vad gäller närstående person till konkursgäldenären är bevisbördan omvänd och ond tro presumeras föreligga. Nivån på det omvända beviskravet är dock lägre. Det räcker med att den närstående gör sannolikt att han inte kände till eller bort känna till insolvensen samt de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. Det är den förhöjda risken för otillbörliga transaktioner till skada för borgenärskollektivet som motiverat presumptionsregeln. Närståendeförhållandet skall föreligga vid den tidpunkt då den återvinningsbara rättshandlingen vidtogs. I typexemplet betyder det att närståendefrågan skall prövas innan koncernrelationen uppkommit. I det fall koncernförhållande hade förelagat mellan Dotterbolaget och Moderbolaget följer av närståendereglerne i 4 kap. 3 § 2 st. 4 p. konkurslagen att Dotterbolagets närståendeställning smittar Moderbolaget. Om koncernstrukturen inte uppkommit vid rättshandlingen och inte heller annat närståendeförhållande föreligger mellan bolagen blir frågan om närståendeförhållandet ändå kan prövas i förhållande till överlåtaren — ”Dotterbolaget”. Frågeställningen bör hanteras på samma sätt som vid bedömningen av återvinnings räckvidd. Accepterar man att Dotterbolagets rättshandlande omfattas av återvinningsregeln följer därav att även närståendereglerne är tillämpliga och närståendeprovningen får ske i relationen mellan Dotterbolaget och Återvinningsvaranden. Samma bevekelsegrunder som återopats för bevisbörderegeln i sig, gör sig även gällande på denna relation. Bevisbörderegeln skulle då vara tillämplig även om det inte vid konkursen förelagat ett närståendeförhållande mellan Återvinningsvaranden och Moderbolaget.

## **4. Problemlösning**

När Moderbolaget försatts i konkurs definierar konkurslagen bolaget som konkursgäldenären. En tolkning av återvinningsreglerne ger vid handen att återvinning i konkurs även kan ske av andra än av konkursgäldenären vidtagna rättshandlingar. Återvinningsreglerne utgör borgenärsskyddsregler och har som sådana bärighet på gäldenärens egendom och avser att skydda denna mot otillbörliga rättshandlingar. Att det är Moderbolaget som är konkursgäldenär medan det är Dotterbolaget som rättshandlat utgör således inte något hinder för para-

<sup>38</sup> Lennander s. 146 ff. och Walin s. 160.

<sup>39</sup> Lennander s. 109 och 255 f.

grafens tillämpning. Vid tillämpningen av 4 kap. 5 § konkurslagen är det tillräckligt att den återvinningsbara rättshandlingen indirekt orsakat insolvensen och nackdelen för borgenärerna. Frågan blir om orsakssambandet är adekvat. Som ovan anförts får en helhetsbedömning på objektiva grunder göras. Först när fusionens negativa påverkan på Moderbolagets ställning, exempelvis på grund av storleksförhållandet mellan bolaget, bedöms som osannolik kan adekvansen ifrågasättas. Motivet för ett lågt adekvanskrav är att fråga är om borgenärs-skyddsregel, vilken vid ett allt för högt adekvanskrav skulle bli verkninglös. Föreligger beskrivet orsakssamband blir slutsatsen att 4 kap. 5 § konkurslagen är direkt tillämplig på det behandlade exemplet. Vid prövningen av närståendeförhållandet är det den aktuella rättshandlingen som är utgångspunkten och om de faktiskt agerande parterna haft en sådan relation.

Identifikationen mellan Dotterbolaget och Moderbolaget gör att tillämpningen av de olika rekvisiten i 4 kap. 5 § konkurslagen får ske utifrån Dotterbolaget och Dotterbolagets rättshandlande i förhållande till Återvinningsvaranden.

Tillåts inte en direkt tillämpning av 4 kap. 5 § konkurslagen på den aktuella situationen bör i vart fall en analog tillämpning accepteras.<sup>40</sup> Likaså blir fråga om en analog tillämpning i det fallet rättshandlingen inte i sig påverkat Dotterbolagets obestånd och därigenom inte heller är kausal till Moderbolagets obestånd. Samtliga förutsättningar för en återvinnings-situation, förutom själva konkursbeslutet, har uppkommit hos Dotterbolaget. Moderbolaget "ärver" dessa förutsättningar och den latent återvinningsfordran blir genom Moderbolagets konkurs fullbordad. Det huvudsakliga argumentet för en analog tillämpning är dock att ett underkännande därav skulle öppna möjligheter till ett kringgående av en uppenbart återvinningsbar situation. Fusionen skulle radera ut möjligheten att agera mot transaktioner som skadat borgenärerna. Accepteras däremot analogin kommer Återvinningsvarandens ställning att vara oförändrad till det förhållande att det varit dennes motpart, Dotterbolaget, som istället försatts i konkurs. Då någon försämring inte uppkommer finns inte heller något skyddsbehov för Återvinningsvaranden att beakta.

<sup>40</sup> Walin, s. 133, och Lennander, s. 46, argumenterar båda för att en analog tillämpning av återvinningsreglerna är möjlig för att tillgodose återvinningsreglernas syften. Se även Eugène Palmér och Peter Savin a. a. s. 4:10.