

# Straffbara åtgärder vid obestånd

Av docenten GUSTAF ALMKVIST<sup>1</sup>

*De centrala borgenärsbrotten i 11 kap. brottsbalken tar sikte på gäldenärens agerande vid obestånd, i tiden före konkurs. Men vad är det egentligen som är brottsligt enligt dessa straffbud, och varför? I artikeln hävdas att obeståndsbrotten, som de centrala borgenärsbrotten kallas, i allt väsentligt handlar om att gäldenären i en obeståndssituation gör något som han eller hon inte var skyldig att göra, till nackdel för någon av sina befintliga borgenärer. Utifrån begreppsparet kongruent och inkongruent prestation undersöks den närmare innebörden av det straffbara området. Vissa oklara situationer och undantag diskuteras. Dessutom ifrågasätts om avgränsningen av det straffbara området är helt lyckad.*

## Inledning

Den sista tiden före konkurs är ofta en tid präglad av stark press. I de många val som gäldenären måste göra är riskerna stora för otillbörligt eller vårdslöst agerande mot dem som alltmer enträget vill ha betalt — borgenärerna. Detta behöver inte bero på vinningslystnad, utan kan bottna i ett sista försök att rädda verksamheten, eller utlösas av starka påtryckningar från enskilda borgenärer som förstår att slutet är nära.

Det finns olika typer av civil- och insolvensrättsliga bestämmelser som ska motverka att åtgärder vidtas under denna tidsperiod på ett sätt som undergräver konkursinstitutets reglerade hantering för fördelning av gäldenärens otillräckliga tillgångar mellan borgenärerna. Det centrala regelkomplexet i detta avseende får sägas vara reglerna om återvinning i 4 kap. konkurslagen (KL), som innebär att tillgångar som gäldenären har utgett under vissa förutsättningar ska återbäras till konkursboet. Reglerna är såväl reparativa som preventiva.<sup>2</sup>

Utöver dessa regler finns emellertid sedan mycket länge straffbestämmelser som specifikt avser ageranden under tiden före konkurs.<sup>3</sup> Bestämmelserna återfinns i 11 kap. brottsbalken (BrB) och kal-

<sup>1</sup> Ett stort tack för värdefulla synpunkter riktas till deltagarna vid det högre seminarium i civilrätt och det kammarseminarium i straffrätt där utkast till den här texten lades fram.

<sup>2</sup> Se prop. 1975:6 s. 132 f. samt t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs, 4 uppl. 2013 s. 21 ff.; Mellqvist & Welamson, Konkurs, 13 uppl. 2022 s. 30 f. och 123; Walin, Materiell konkursrätt, 2 uppl. 1987 s. 126.

<sup>3</sup> Se 16 kap. handelsbalken i 1734 års lag samt 1818, 1830 och 1862 års konkurslagar. Genom strafflagen 1864 kom konkursförbrytelseerna att huvudsakligen överföras till den allmänna straffrätten. Se närmare om den historiska utvecklingen Löfmarck, Brotten mot borgenärer, 2 uppl. 1986 s. 43 ff. och SOU 1996:30 s. 27 ff. Bland äldre framställningar som berör utvecklingen bör nämnas Rydin, Om konkursförbrytelser enligt svensk rätt, 1888 s. 47 ff., och Brück, Studier över strafflagen kap. 23, 1933 s. 66 ff.

las numera borgenärsbrotten. Medan en återvinningstalan riktas mot någon annan än gäldenären, t.ex. en av borgenärerna, är det primära subjektet för straffansvaret gäldenären själv. Straffrättsliga bestämmelser fyller ingen reparativ funktion, utan här är det uppenbarligen en preventiv funktion som står i centrum: gäldenären, som inte kan förväntas kunna ersätta skador som borgenärskollektivet drabbas av, ska genom straffhotet avskräckas från vissa ageranden. Bestämmelsernas skyddsobjekt är de före en viss åtgärd befintliga borgenärerna, även om det kan vara tillräckligt för straffansvar att en enskild av dessa borgenärer missgynnas.<sup>4</sup>

Vilka ageranden som närmare kriminaliseras som borgenärsbrott är inte helt enkelt att få syn på. Borgenärsbrotten framstår som svår-tillgängliga; såväl för den som primärt ägnar sig åt straffrätt som för den som huvudsakligen arbetar med insolvensrätt utgör borgenärsbrotten en udda materia, vars innebörd det är besvärligt att bilda sig någon närmare uppfattning om.<sup>5</sup> Straffbuden är mångordiga och delvis kasuistiska, delvis vaga, vilket sammantaget gör det svårt att skönja skogen för de många spretande träden.

I den här artikeln vill jag hävda att de borgenärsbrott som avser gäldenärens agerande före konkurs kan sammanfattas med att det som kriminaliseras — med två tydliga undantag — är att gäldenären vid obestånd till nackdel för sina borgenärer *gör något som han eller hon inte redan var skyldig att göra*, när det skedde och på det sätt det skedde.<sup>6</sup> Annorlunda uttryckt: att gäldenären vid obestånd antingen *åtar sig en ny förpliktelse* eller *presterar egendom inkongruent*. Det sistnämnda uttrycket och den sammanhängande distinktionen mellan kongruenta och inkongruenta prestationer är, som framgår i det följande, träffande för avgränsningen av de centrala borgenärsbrotten. Kongruens kan i korthet beskrivas som att det finns en överensstämmelse mellan det som gäldenären är skyldig att göra och det som gäldenären gör — när det sker i tiden, vad prestationen avser och att det inte finns några grunder för att motsätta sig prestationsskyldighet. En inkongruent prestation föreligger om gäldenären inte alls var skyldig att

<sup>4</sup> Se t.ex. SOU 1940:20 s. 209, om att kapitlet tar sikte på ”gärningar, som strida mot vad en gäldenär skall iakttaga av hänsyn till sina borgenärer överhuvud”; prop. 1975/76:82 s. 25, om att reglerna i första hand tar ”sikte på att bereda borgenärerna skydd mot att gäldenären vidtar åtgärder som är ägnade att förringa deras utsikter att få betalt för sina fordringar”; prop. 1985/86:30 s. 10, om ”olika handlingsätt som strider mot vad en person bör iaktta av hänsyn till sina fordringsägare”. Se även Jareborg m.fl., Svensk straffrätt III, 2 uppl. 2015 s. 370.

<sup>5</sup> Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 353 konstaterar att borgenärsbrotten trots ett flertal revideringar behåller ”sin ställning som något av det besvärligaste i svensk strafflagstiftning”.

<sup>6</sup> Det kan förvisso utgöra borgenärsbrott även att direkt förstöra egendom, utan att den kommer någon annan till del. Från denna lite udda situation bortses i det följande.

prestera, eller inte var skyldig att göra det på det sätt eller vid den tidpunkt då prestation skedde.<sup>7</sup>

Huruvida gäldenären förpliktar sig före obeståndet eller när detta har inträtt är en viktig gränsdragning, eftersom det i modern strafflagstiftning är centralt att det inte i sig är brottsligt att försätta sig i en situation där man inte kan betala sina skulder.<sup>8</sup> När väl obestånd har inträtt får gäldenären emellertid en straffsanktionerad skyldighet att tillvarata sina befintliga borgenärens intressen: det enda som gäldenären då får göra till nackdel för dem är, som utgångspunkt, att kongruent fullgöra sina befintliga förpliktelser till dessa borgenärer.

Om borgenärsbrotten undersöks från dessa utgångspunkter, blir det tydligare vari svårigheterna består. Det handlar för det första om att det är komplext att bedöma när obestånd har inträtt samt vad någon är förpliktad att göra och när. För det andra handlar det om vissa begränsningar i ansvaret, nämligen dels att kongruent fullgörelse normalt inte är straffbar, dels att det ska röra sig om egendom av *betydande* värde, en *avsevärd* försämring av förmögenhetsställningen eller ett *avsevärt* förringande av en borgenärs rätt.

I den här artikeln undersöker jag de borgenärsbrott som tar sikte på ageranden vid obestånd utifrån detta angreppssätt. Texten syftar dels till att framställa borgenärsbrotten i ett mer samlat ljus, där de lättare kan diskuteras på en övergripande nivå, dels till att närmare undersöka vissa frågor där bedömningen kan bli vanskelig. Det gäller särskilt bedömningen av vad gäldenären är förpliktad att göra vid en viss tidpunkt genom tillämpning av olika typer av avtalsklausuler med rättsverkningar knutna till gäldenärens betalningssvårigheter eller obestånd.

### **Borgenärsbrottens övergripande utformning**

Genom reformen av förmögenhetsbrotten år 1942 samlades och reformerades de gärningstyper som då kallades gäldenärsbrotten — sedan år 1986 borgenärsbrotten — i det som numera är 11 kap. BrB.<sup>9</sup> Till skillnad från övriga kapitel som berör förmögenhetsbrotten (8–12 kap. BrB) har detta kapitel blivit föremål för flera större reformer: 1976, 1986 och 2005.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Kongruens och inkongruens är däremot inte ett grundläggande gränsdragningskriterium i de svenska återvinningsreglerna (jfr §§ 130 och 131 i tyska Insolvenzordnung, där gränsdragningen är grundläggande). Se om kongruens och inkongruens i relation till återvinning t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs s. 52 (beträffande tysk rätt) och 202 ff. (beträffande svensk rätt).

<sup>8</sup> Se redan SOU 1940:20 s. 210, där det sägs att straff för betalningsförsummelse är uteslutet, men även t.ex. Jareborg m.fl., Svensk straffrätt III s. 370. Se även art. 1 i Europakonventionens fjärde tilläggsprotokoll (1963), där det framgår att ingen får berövas friheten enbart på grund av oförmåga att fullgöra en avtalad förpliktelse.

<sup>9</sup> SOU 1940:20 s. 209 ff.; prop. 1942:4 s. 122 ff.

<sup>10</sup> Ds Ju 1975:3; prop. 1975/76:82; Ds Ju 1983:17; prop. 1985/86:30; SOU 1996:30; Ds 2002:57; prop. 2004/05:69. Se även SOU 1953:14 s. 283 och prop. 1962:10 s. B 207 ff. Reformerna har huvudsakligen varit inriktade på att omgestalta eller mjuka upp vissa rekvisit som visade sig vara svårbevisade, i synnerhet obeståndsrekvisitet,

Medan straffansvaret i 10 kap. BrB huvudsakligen handlar om ageranden i strid med ett visst anspråk på egendom eller om missbruk av ett förtroende att sköta någon viss persons förmögenhetsangelägenheter, avser brottstyperna i 11 kap. ett bredare ansvar i en mer insnävad situation: ageranden mot borgenärskollektivet vid obestånd eller exekutiva förfaranden. Utanför denna beskrivning faller bokföringsbrott (11:5 BrB), som tidigare var begränsat till konkursituationer och fortfarande oftast upptäcks i sådana fall.<sup>11</sup>

Med undantag för bokföringsbrott, som alltså numera är en lite udda fågel i 11 kap. BrB, kan skillnad göras mellan två typer av borgenärsbrott, utifrån om de tar sikte på ageranden

1. vid obestånd, eller
2. vid konkurs och andra insolvensrättsliga förfaranden.<sup>12</sup>

Den första kategorin avser sådant agerande som innebär att någon vid obestånd

- a) avhänder sig egendom av betydande värde (oredlighet mot borgenärer enligt 11:1 st. 1),
- b) försämrar sin förmögenhetsställning i avsevärd mån genom olika typer av oansvariga åtgärder (vårdslöshet mot borgenärer enligt 11:3), eller
- c) gynnar en viss borgenär på övrigas bekostnad (otillbörligt gynnande av borgenär enligt 11:4).<sup>13</sup>

Den andra kategorin tar sikte på att någon

- a) vid konkurs på olika sätt undandrar tillgångar som ska ingå i konkursboet (oredlighet mot borgenärer enligt 11:1 st. 2), eller
- b) vid konkurs eller vissa andra insolvensförfaranden försöker ge en felaktig bild av boet (försvårande av konkurs eller exekutiv förrättning enligt 11:2).

men också på frågan om "latenta" skulder ska kunna beaktas, alltså skulder som formellt inte har uppkommit. Det sistnämnda genomfördes genom att kravet på specialsubjekt som gäldenär togs bort ur flertalet brottstyper i 11 kap. I det följande talas trots det för enkelhets skull ändå om ansvarssubjektet som "gäldenär".

<sup>11</sup> Fram till år 1982 förutsatte åtal för bokföringsbrott att gäldenären inom fem år från brottet försattes i konkurs, fick eller erbjöds ackord eller inställde sina betalningar. Se om övervägandena vid avskaffandet av denna åtalsförutsättning prop. 1981/82:85 s. 17 ff.

<sup>12</sup> Liknande t.ex. Holmquist, *Brotten i näringsverksamhet*, 5 uppl. 2021 s. 224, som dock gör åtskillnad beroende på om brotten kan begås före eller efter konkursutbrottet. Eftersom 11:1 st. 2 BrB avser ageranden före — men i omedelbar anslutning till — konkurs, anser jag dock att denna gränsdragning är mindre träffande för att åskådliggöra brottstypernas respektive karaktär. Se även Karlsson-Tuula, *Ekonomisk brottslighet vid företagsrekonstruktion och konkurs*, 2011 s. 136 f., som skiljer mellan fyra tidpunkter: påtaglig fara för obestånd, obestånd, förestående konkurs och konkurs.

<sup>13</sup> En särskild form av detta i form av hemliga sidolöpare mellan gäldenären och en borgenär i samband med företagsrekonstruktion kriminaliseras i 11:4 st. 2 BrB. Den specifika situationen behandlar jag inte i den fortsatta framställningen.

Den här artikeln avser den första kategorin, som jag kallar obeståndsbrotten, alltså åtgärder vid obestånd som innebär antingen att gäldenären ytterligare försämrar sin förmögenhetsställning eller förskjuter borgenärernas inbördes ställning i strid med förmånsrättsordningen enligt förmånsrättslagen (1970:979, FRL).

### **Obestånd som generellt gränsdragningskriterium**

Den första svårigheten vid bedömningen av om en åtgärd kan aktualisera ansvar för obeståndsbrott är om gäldenären har vidtagit åtgärden i fråga vid obestånd eller vid en tidigare tidpunkt.<sup>14</sup> För ansvar för oredlighetsbrott (11:1 st. 1 BrB) eller vårdslöshetsbrott (11:3 BrB) krävdes ursprungligen *ett orsakssamband* mellan gäldenärens åtgärd och obestånd; gäldenären skulle genom åtgärden ha orsakat eller i vart fall förvärrat en obeståndssituation. Detta krav var utformat för att svara mot kravet i övriga centrala förmögenhetsbrott att gärningen ska ha inneburit skada; här skulle gärningen orsaka obestånd.<sup>15</sup> Gynnandebrottet (11:4 BrB) var däremot redan från början i stället konstruerat med ett s.k. *tidsrekvisit*. Åtgärden skulle enligt den ursprungliga formuleringen av denna brottstyp ha vidtagits vid en tidpunkt när konkurs var förestående.

Numera bygger samtliga tre brottstyper på ett tidsrekvisit: åtgärden ska vara vidtagen *när gäldenären är på obestånd*.<sup>16</sup> Vid oredlighets- och vårdslöshetsbrotten är det tillräckligt med påtaglig fara för att gäldenären ska komma på obestånd; när jag talar om ageranden *vid* obestånd innefattas även detta. I praktiken innebär tidsrekvisitet en betydande begränsning av ansvaret, eftersom bedömningen att någon vid en viss tidpunkt var på obestånd både är rättsligt komplicerad och innefattar stora bevisvårigheter.<sup>17</sup> Tidsrekvisitet har ett enda undantag, som också är den första av de inledningsvis nämnda två specialsituationer som kriminaliseras. Undantaget innebär att det även är brottsligt enligt 11:1 BrB att orsaka obestånd — eller påtaglig fara för obestånd — genom avhändande av tillgångar.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Att ansvaret är knutet till ageranden i ett visst ekonomiskt läge innebär att det överlag saknar betydelse om något inträffar efter åtgärden som förbättrar situationen; se prop. 1985/86:30 s. 23. En annan sak är att ansvar inte blir aktuellt om gäldenären har anledning att räkna med kapitaltillskott eller liknande, eftersom det då inte kan sägas föreligga påtaglig fara för obestånd; se a.prop. s. 24.

<sup>15</sup> SOU 1940:20 s. 211 f. Systematiken frångicks till följd av bevisvårigheterna; se prop. 1985/86:30 s. 13 ff. och 17 f.

<sup>16</sup> Ändringarna skedde vid 1976 och 1986 års reformer; se i synnerhet prop. 1975/76:82 s. 28 ff. och prop. 1985/86:30 s. 15 ff.

<sup>17</sup> Se bl.a. Karlsson-Tuula, Ekonomisk brottslighet vid företagsrekonstruktion och konkurs s. 123 f. och 283 f.; Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 116 f.

<sup>18</sup> Något motsvarande ansvar för orsakande vid vårdslöshetsbrott enligt 11:3 BrB finns inte sedan reformen år 1986, vilket motiverades med att åtgärder enligt 11:3 får ses som mindre straffvärda och ofta sker under längre tid; se prop. 1985/86:30 s. 24 f. Bestämmelsen utgör alltså, som påpekas på a.st., inte någon allmän kriminalisering av slösaktighet eller dåliga affärer. Se även SOU 1940:20 s. 226 f., där det bl.a. påpekas att bestämmelsen tar sikte på åtgärder som gäldenären borde ha

Obeståndsbegreppet är grundläggande även för konkursinstitutet, men i reglerna om förutsättningarna för konkurs i 2 kap. KL finns ett antal olika presumtionsregler om obestånd som medför att rätten nästan aldrig behöver pröva frågan om gäldenären är på obestånd (insolvent). Några motsvarande presumtionsregler finns av lätt insedda skäl inte i 11 kap. BrB. Begreppet i BrB ska dock förstås på samma sätt som i KL,<sup>19</sup> alltså som en dynamisk framtidsprognos att gäldenären, trots utnyttjande av alla tänkbara resurser, måste antas vara mer än tillfälligt oförmögen att infria sina skulder allt eftersom de förfaller. En gäldenär kan med andra ord vara insolvent långt innan han eller hon blir illikvid, så länge skulder har uppkommit som gäldenären inte kommer kunna betala när de väl förfaller.<sup>20</sup>

Till svårigheten att alls bevisa obestånd kommer att prövningen i 11 kap. BrB, till skillnad från prövningen av en konkursansökan, inte handlar om tillståndet vid tidpunkten för prövningen, utan om huruvida obestånd hade inträtt vid en ofta långt tidigare tidpunkt, då någon relevant åtgärd vidtogs.<sup>21</sup> Detta har obeståndsbrotten gemensamt med den s.k. subjektiva återvinningsregeln i 4:5 KL. I alla övriga återvinningsregler i 4 kap. KL är grundförutsättningen däremot inte knuten till gäldenärens obestånd, utan till om åtgärden har vidtagits inom en viss tidpunkt före fristdagen, alltså som huvudregel den dag då ansökan gjordes om att gäldenären skulle försättas i konkurs (4:2 KL). En sådan lösning innebär att frågan om obestånd hade inträtt vid en viss tidpunkt oftast inte uppkommer i återvinningsprocesser. Att på motsvarande sätt knyta frågan om en viss åtgärd utgör brott eller inte till en viss tidpunkt för åtgärden framtida händelse

avhållit sig från "av hänsyn till de borgenärer han redan har" och inte på "att straffa någon för det han ådrager sig skulder som han ej kan betala".

<sup>19</sup> Kopplingen till KL:s definition berörs i synnerhet i NJA 1994 s. 336 och NJA 2013 s. 822; en liknande koppling görs i NJA 2012 s. 391 mellan obestånd i lagen (1944:181) om redovisningsmedel och KL:s definition. I 1994 års fall sägs att begreppet har "i princip" samma innebörd i 11 kap. BrB som i 1:2 KL, medan det i det senare fallet sägs att det straffrättsliga begreppet "svarar mot" det konkursrättsliga. Se även SOU 1940:20 s. 212 och prop. 1985/86:30 s. 41, om att med obestånd avses "detsamma" som enligt KL. Det har dock diskuterats i litteraturen om tillämpningen av obeståndskravet bör vara olika sträng beroende på om det rör sig om en konkursansökan eller en återvinningstalan, trots att definitionen är densamma. Det antas då att tillämpningen i 11 kap. brottsbalken bör motsvara den som gäller återvinning. Se t.ex. Lindskog, *Betalning*, 3 uppl. 2022 s. 874 (not 3050); Renman, *Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen*, 3 uppl. 2020 s. 163. Se även Heuman, "Föreligger obestånd då gäldenären kunnat betala sina skulder endast på grund av begångna brott?", JT 1994–95 s. 737 ff.; Karlsson-Tuula, "Obeståndsbegreppet vid borgenärsbrott i 11 kap. brottsbalken", InraTi 4/2018 s. 36 ff.; Lennander, "Tillfällig betalningsoförmåga — några frågor angående insolvens", VB Mellqvist, 2020 s. 143.

<sup>20</sup> Se t.ex. Mellqvist & Welamson, *Konkurs* s. 48 ff. Det kan diskuteras om denna skillnad upprätthölls i NJA 1994 s. 336, där HD fokuserade på gäldenärens förmåga att vid var tid betala förfallande skulder, snarare än på en prognos av om gäldenären vid respektive förfallotidpunkt kan förväntas klara av att betala de skulder som han eller hon har vid en viss tidpunkt. En förståelse i enlighet med det sistnämnda kommer däremot till tydligt uttryck i NJA 2013 s. 822.

<sup>21</sup> Detta påpekas bl.a. i prop. 1985/86:30 s. 14 f. och 46.

framstår dock inte som en framkomlig väg i ett straffrättsligt sammanhang.

Som nämnt är det tillräckligt för ansvar enligt oredlighets- och vårdslöshetsbrotten att det har förelegat *påtaglig fara* för obestånd. Detta är inte en helt lättbegriplig konstruktion, eftersom själva obeståndsbegreppet bygger på en framtidsprognos; fara för obestånd är alltså ett slags fara för en situation som innebär fara för att gäldenären inte rätteligen kommer att kunna betala sina skulder allt eftersom de förfaller. Utvidgningen av tidsrekvisitet bör mot den bakgrunden snarare förstås som ett slags bevislätnadsregel. Om gäldenären har haft upprepade eller utdragna betalningssvårigheter eller med en viss grad av sannolikhet har ett betalningsansvar svävande över sig, kan fara för obestånd sägas föreligga.<sup>22</sup>

Huruvida gäldenären är insufficient, alltså att skulderna överstiger tillgångarna, saknar direkt betydelse för bedömningen, men kan i många fall tala för att obestånd har inträtt. På grund av bevissvårigheterna har det två gånger övervägts om insufficiens borde ersätta obestånd som avgränsningskriterium, men båda gångerna har tanken till slut avisats, dels för att det inte nödvändigtvis är enklare att bevisa insufficiens, dels för att insufficiens inte alltid är ett tillräckligt träffsäkert mått på gäldenärens ekonomiska läge, varför olika typer av undantagsregler skulle bli nödvändiga, med ungefär samma svårigheter som följd.<sup>23</sup> Frågan är dock om inte bevissvårigheterna knutna till obestånd i förlängningen kommer att göra det nödvändigt att konstruera andra, eller i vart fall kompletterande, kriterier för att avgränsa den tidsperiod före konkurs då ett särskilt straffansvar kan bli aktuellt.<sup>24</sup>

### **Ett allmänt nackdelskrav**

En åtgärd från gäldenärens sida vid obestånd måste få vissa konsekvenser för att aktualisera ansvar för obeståndsbrott; alla de tre brotts typerna förenas av att den vidtagna åtgärden måste vara till nackdel för borgenärerna. Detta innebär att åtgärden måste få till konsekvens att åtminstone någon borgenär skulle ha fått sämre utdelning, om

<sup>22</sup> Man bör alltså kunna fästa stor vikt vid yttre tecken; se och jfr prop. 1985/86:30 s. 22 ff. och 41, där det också sägs att bedömningen avser "den sannolikhet med vilken ett obestånd kunde förutses med hänsyn till omständigheterna vid själva gärningen". Se även, beträffande en prognos avseende själva betalningsskyldigheten, Jareborg m.fl., Svensk straffrätt III s. 373. Vid reformen 1976 ansågs det för långtgående att utsträcka gynnandebrottet till att gälla vid påtaglig fara för obestånd; se prop. 1975/76:82 s. 42. Detta vidhölls i prop. 1985/86:30 s. 26 f., med motiveringen att gynnandebrottet till skillnad från oredlighets- och vårdslöshetsbrotten inte innebär något förändrat förmögenhetsläge, eftersom det sker en skuldbetalning. Se även prop. 2004/05:69 s. 48.

<sup>23</sup> Se Ds Ju 1983:17 s. 51 f., där ett insufficienskriterium föreslogs, samt prop. 1985/86:30 s. 18 ff. och SOU 1996:30 s. 65 f., där tankegången avisades.

<sup>24</sup> Däremot framstår det knappast som ett försvarligt alternativ att, som Karlsson-Tuula föreslår i Ekonomisk brottslighet vid företagsrekonstruktion och konkurs s. 285 ff., lägga bevisbördan på gäldenären.

gäldenären omedelbart efter åtgärden hade blivit försatt i konkurs.<sup>25</sup> Detta kan komma till uttryck på två sätt.

För det första kan åtgärden innebära att *gäldenärens ekonomiska ställning försämras* på så sätt att *tillgångarna minskar utan motsvarande minskning av skulderna* eller att *skulderna ökar utan motsvarande ökning av tillgångarna*. En sådan åtgärd innebär alltså, lite förenklat, att lika många kommer att behöva dela på en mindre kaka eller att fler ska dela på en lika stor kaka som tidigare. Denna typ av förmögenhetsförsämring kan utgöra oredlighets- eller vårdslöshetsbrott.

Den andra typen av nackdel som kan tänkas är att *gäldenärens tillgångar* som skulle kunna fördelas vid en kommande konkurs *minskar genom en skuldbetalning*; i en sådan situation minskar visserligen skulderna i paritet med tillgångarna, men så fort betalningen innebär att en borgenär får mer betalt än han eller hon hade kunnat påräkna i gäldenärens konkurs, har åtgärden varit till nackdel för åtminstone någon annan borgenär. Med andra ord: en borgenär har fått en större bit av kakan än vad han eller hon skulle ha fått i gäldenärens konkurs, och åtminstone någon annan borgenär får därmed en för liten bit av kakan.

När det gäller den första situationen, alltså att den ekonomiska ställningen — balansräkningen — försämras, träffar oredlighetsbrottet (11:1 st. 1 BrB) de mest kvalificerade fallen av detta. Nackdelen för borgenärerna är där uppenbar, eftersom brottstypen tar sikte på åtgärder utan adekvat motprestation, alltså *avhändande av tillgångar*. Detta kan bestå i åtgärder helt utan motprestation, såsom gåva, avstående från anspråk eller förstörelse av egendom, men även prestationer som delvis kompenseras, t.ex. försäljning till underpris, förvärv till överpris eller omotiverad lön.<sup>26</sup> Vid vårdslöshetsbrott (11:3 BrB) är det tillräckligt att gäldenären är grovt oaktsam i förhållande till tidsrekvisitet och åtgärdens påverkan på förmögenhetsställningen. Här blir nackdelsbedömningen viktigare, eftersom brottstypen utgör en vidare kriminalisering av *olika typer av oansvariga åtgärder*, t.ex. förbrukande av avsevärda medel utan nytta, slösaktighet och lättsinne. I vårdslöshetsbrottet ryms sådana förfaranden som utgör oredlighetsbrott, alltså där tillgångarna minskar utan motsvarande minskning av skulderna, men också ett ökande av skulderna på ett sätt som inte står i paritet till de nya tillgångar som vinns. Det är sålunda ett agerande till nackdel för borgenärerna att t.ex. med förbrukande av tillgångar eller på kredit fortsätta att driva en verksamhet som inte är bärkraftig eller att göra nya investeringar till osäker framtida nytta, eller att ta ut

<sup>25</sup> Se Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 240 f. Jfr även Lennander, Återvinning i konkurs s. 92 ff.

<sup>26</sup> Se SOU 1940:20 s. 220 f. samt t.ex. Holmquist, Brotten i näringsverksamhet s. 248 f.; Jareborg m.fl., Svensk straffrätt III s. 374 f.; Brottsbalken — En kommentar (Wennberg), suppl. 21 (2022) [cit. KBrB] 11:1 s. 6 ff.; Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 130 ff.

alltför stora belopp i lön eller utdelning.<sup>27</sup> Däremot utgör t.ex. ett enskilt köp där värdet av det erhållna svarar mot det belopp som har utgetts knappast någon nackdel; en annan sak är att det kan vara en del av ett långsiktigt agerande som urholkar gäldenärens ekonomiska ställning. Inte heller innebär det normalt någon förmögensförsämring för gäldenären att ställa säkerhet för en skuld eller att låta ett kreditköp gå åter.

I den andra situationen, då gynnandebrottet (11:4 BrB) aktualiseras, rör det sig som sagt inte om åtgärder som försämrar gäldenärens ekonomiska ställning, utan om att gäldenären presterar egendom till en viss borgenär på ett sätt som gynnar den borgenären genom att läget som skulle ha förelegat enligt förmånsrättsordningen vid en konkurs förskjuts till förmån för den borgenär som mottar prestationen. Ett krav på att åtminstone en annan borgenär ska få nackdel av detta uttrycks i lagtexten som att åtgärden ska medföra påtaglig fara för att *en annan borgenärs rätt ska förringas* avsevärt.<sup>28</sup> Relevanta åtgärder kan, förutom skuldbetalning, bestå t.ex. i att överlämna en ny säkerhet eller att gå med på att låta prestationerna från t.ex. ett köp gå åter, där motparten annars bara hade kunnat bevaka en fordran på betalning i gäldenärens konkurs. Att prestera med medel som inte skulle ha ingått i en tänkt konkurs, eller till en borgenär som har särskild förmånsrätt, t.ex. en pantavare, är däremot inte till nackdel för någon annan borgenär. Detsamma bör gälla även vid prestation till en borgenär med allmän förmånsrätt, t.ex. en revisor eller löntagare, om inte någon annan borgenär också har allmän förmånsrätt med bättre eller lika rätt (jfr 12 § FRL).<sup>29</sup> Det bör i sammanhanget uppmärksammas att ändringar i förmånsrättsordningen får genomslag för ansvaret, t.ex. vad gäller skattebetalningar.<sup>30</sup>

Kravet på nackdel kvalificeras genom ett krav på att det ska ha rört sig om ett *betydande* värde eller en *avsevärd* försämring. I oredlighetsbrottet ska sålunda den avhända egendomen vara av betydande värde, medan det i vårdslöshetsbrottet uttrycks så att gäldenärens förmögensställning försämras i avsevärd mån genom att avsevärda medel förbrukas utan nytta eller genom att gäldenären lever slösaktigt, inlåter sig på äventyrligt företag, lättsinnig ansvarsförbindelse eller vidtar annan sådan åtgärd. I gynnandebrottet, slutligen, uppställs som redan

<sup>27</sup> Se SOU 1940:20 s. 225 ff. samt t.ex. Jareborg m.fl., Svensk straffrätt III s. 382 ff.; KBrB 11:3 s. 2 f.; Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 189 ff.

<sup>28</sup> Ursprungligen krävdes att annan borgenärs rätt faktiskt hade förringats avsevärt. Förändringen till att bara kräva fara motiverades med utvidgningen av ansvaret till att även omfatta latent skulder, varför även framtida betalningsförpliktelser behövde kunna beaktas vid tillämpningen av effektrekvisitet; se prop. 1985/86:30 s. 32. Det kan diskuteras om utformningen verkligen ger uttryck för en sådan förändring i betydelse.

<sup>29</sup> Se om allmän förmånsrätt t.ex. Mellqvist & Welamson, Konkurs s. 227 ff.

<sup>30</sup> Detta påpekas av Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 236. Se även Asplund, "Skattebetalningar vid obestånd — fortfarande fritt fram?", FS Håstad, 2010 s. 1 ff. Jfr även NJA 1974 s. 689, om uppsåtskravet och en missuppfattning i fråga om förmånsrätten.

har nämnts ett krav på att en annan borgenärs rätt ska förringas avsevärt. Jag återkommer till dessa begränsningar i ansvaret.

När det väl har konstaterats att en åtgärd har vidtagits vid obestånd och att denna har varit till nackdel för åtminstone en borgenär, blir nästa fråga att bedöma själva åtgärden. Det krävs då som utgångspunkt att åtgärden har bestått i antingen ett helt nytt åtagande eller en inkongruent prestation enligt en förpliktelse som uppkom före obeståndet. Rör det sig om ett helt nytt åtagande till nackdel för borgenärerna är det ingen tvekan om att åtgärden är problematisk; frågan blir då endast om någon begränsningsregel utesluter straffansvar. I andra änden av spektrumet aktualiseras den andra av de två specialsituationer som kriminaliseras och som nämndes inledningsvis; kongruent fullgörelse av en förpliktelse som hade uppkommit före obeståndet är brottslig endast om prestationen sker *i otillbörligt syfte*.

Mellan nya åtaganden och kongruenta prestationer i otillbörligt syfte faller de centrala fallen av straffansvar: inkongruenta prestationer, alltså där gäldenären presterar egendom utan att vara förpliktad till det, antingen inte alls eller i vart fall inte på det sätt eller vid den tidpunkt då prestationen skedde. I de två följande avsnitten behandlar jag båda dessa former av inkongruenta prestationer, liksom undantaget för kongruenta prestationer i otillbörligt syfte.

### **Inkongruens i fråga om sättet eller tidpunkten för prestationen**

Tidsrekvisitet innebär, med det nämnda specialfallet för rena avhändanden som orsakar obestånd, att gäldenären inte kan hållas ansvarig för åtgärder som sker före obeståndssituationen. Tvärtom är det just borgenärerna till de förpliktelser som gäldenären har åtagit sig före obeståndet som obeståndsbrotten handlar om att skydda. Om gäldenären fullgör en sådan förpliktelse vid obestånd på ett sätt som innebär att skuldbördan minskar i motsvarande mån blir ansvar inte aktuellt för oredlighets- eller vårdslöshetsbrott, eftersom det inte försämrar gäldenärens ekonomiska ställning.

Däremot kan, som redan har berörts, fullgörelsen utgöra gynnandebrott, eftersom tillgångarna minskar. Avgörande för ansvaret i en sådan situation blir då i princip om gäldenärens fullgörelse är *kongruent* eller *inkongruent*, alltså om borgenären hade rätt till fullgörelsen på det sätt och vid den tidpunkt som skedde. I lagtexten i 11:4 BrB uttrycks huvudregeln om att ansvar för gynnandebrottet förutsätter inkongruent fullgörelse som att gäldenären betalar skuld som inte är förfallen, betalar med annat än sedvanliga betalningsmedel, överlämnar säkerhet som inte var betingad vid skuldens tillkomst eller vidtar annan sådan åtgärd. En betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel innebär att gäldenären betalar med något som borgenären inte hade rätt att kräva, t.ex. en segelbåt som betalning för en le-

verantörsskuld.<sup>31</sup> Ett överlämnande av säkerhet som inte var betingad och vidtagande av annan sådan åtgärd innebär också att gäldenären har vidtagit en åtgärd ”utan att det har förelegat någon civilrättslig skyldighet att vidta den över huvud taget eller att göra det i den form eller vid den tid som skett”.<sup>32</sup> De övriga åtgärder som ryms kan, som tidigare nämnts, vara t.ex. en överenskommelse om en tidigare förfallodag eller om återgång av köp när varor har köpts på kredit.

Den praktiskt viktigaste formen av inkongruent fullgörelse är sådan som avser tidpunkten för prestationen, alltså att betalning sker innan gäldenären var skyldig att betala. Här skiljer sig gynnandebrottet från den s.k. objektiva återvinningsregeln i 4:10 KL, som är den centrala återvinningsregeln för skuldbetalningar. I den bestämmelsen är det avgörande om en skuldbetalning *har varit ordinär eller inte*, alltså om den har avvikit från det normala på ett sådant sätt att den framstår som kopplad till gäldenärens betalningssvårigheter.<sup>33</sup> Bestämmelsen gör visserligen skillnad mellan skulder som har betalats i förtid och sådana som inte har det; i det senare fallet förutsätter återvinning att betalningen har avsett ett avsevärt belopp, varmed som tumregel avses tio procent eller mer av gäldenärens tillgångar.<sup>34</sup> Men i båda fallen är återvinning möjlig, så länge betalningen inte har varit ordinär.

Det är intressant att jämföra detta med utvecklingen av gynnandebrottet. I den ursprungliga regleringen av denna brottstyp (då kallad mannamån mot borgenärer) efter 1942 års reform, var det tillräckligt för ansvar att gäldenären genom att betala eller ställa säkerhet till en viss borgenär avsevärt förringade övriga borgenärers rätt. Det saknade med andra ord betydelse såväl om förpliktelsen var förfallen som om betalningen var att betrakta som ordinär. Denna breda kriminalisering motiverades med dels att även betalning av förfallen skuld kunde vara illojal, dels att det hade blivit vanligt att för ”mera betydande fordringar” träffa ”sådana anordningar att fordran förfaller när gäldenären råkar i ekonomiskt trångmål”.<sup>35</sup> Med tiden kom regleringen att kritiserats för att den träffade just för brett. När det samlade förslaget till brottsbalk lades fram år 1962 instämde departementschefen i synpunkten att det inte är rimligt att alltid straffa även kongruent fullgörelse vid obestånd, alltså fullgörelse med sedvanliga betalnings-

<sup>31</sup> Se och jfr Lennander, Återvinning i konkurs s. 227, om att det inte rör sig om något osedvanligt betalningsmedel om parterna redan från början avtalat om betalning i varor. Detsamma bör gälla vid tillämpningen av 11:4 BrB.

<sup>32</sup> Prop. 1975/76:82 s. 45. Jfr även, vad gäller överlämnande av säkerhet, 4:12 KL och t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs s. 281 ff.

<sup>33</sup> Se i synnerhet Lennander, Återvinning i konkurs s. 252 ff.; dens., ”Vad är en ordinär betalning? Ett bidrag till tolkningen av 4:10 KL”, FS Welamson, 1987 s. 389 ff.

<sup>34</sup> Se NJA 2008 s. 1208 samt Lennander, Återvinning i konkurs s. 248. I lagtexten används det oegentliga uttrycket ”avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning”. En skuldbetalning försämrar likviditeten, men inte den ekonomiska ställningen; se Lennander, a.a. s. 239 med not 98 och där gjorda vidare hänvisningar.

<sup>35</sup> SOU 1940:20 s. 228.

medel av en civilrättsligt giltig och förfallen förpliktelse, alldeles beroende av omständigheterna i övrigt.<sup>36</sup>

I den objektiva återvinningsregeln, som infördes genom 1975 års reform av konkursrätten, görs som nämnts skillnad beroende på om en betalning har skett *i förtid* eller inte. Med ett sådant kriterium beaktas inte bara om betalning sker före den formella förfallodagen, utan också om betalningen avser en skuld som med tillämpning av en förfalloklausul har bringats att formellt förfalla i förtid.<sup>37</sup> En liknande lösning övervägdes även för gynnandebrottet.<sup>38</sup> I 1976 års reform av gynnandebrottet valde lagstiftaren dock till slut att i stället dra upp gränsen utifrån om skulden som betalas *formellt är förfallen* till betalning eller inte. Detta motiverades med att en prestation i enlighet med en förfalloklausul som är civilrättsligt giltig, där prestation skulle kunna framtvingas exekutivt, inte borde särbehandlas jämfört med materiellt förfallna skulder.<sup>39</sup>

Frågan är då i vilken utsträckning det går att ifrågasätta giltigheten av före obeståndet avtalade klausuler som förändrar förfallotidpunkten för en förpliktelse. Sådana klausuler utgör en form av det som ofta kallas insolvensklausuler, alltså klausuler som tas in i ett avtal och knyts till gäldenärens prestationssvårigheter, obestånd eller insolvensförfaranden.<sup>40</sup> Vad gäller klausuler inriktade på förfallotidpunkten är det vanligaste antingen en *förfalloklausul* eller en *hävningssklausul*. En förfalloklausul utlöses av ett suspensivt villkor, t.ex. att gäldenären är i dröjsmål med avbetalningar, och innebär att t.ex. en kredit förfaller till omedelbar betalning. En *hävningssklausul*, alltså att en part har rätt att frånträda ett avtal givet vissa förhållanden, kan användas på liknande sätt. En sådan klausul kan också användas av den ena parten för att komma ur nyttjanderättsavtal, licensavtal eller löpande leveranser som kan vara verksamhetskritiska för den andra parten.<sup>41</sup> Möjligheten att återropa en sådan klausul kan alltså ge en borgenären en betydande påtryckningsmöjlighet gentemot gäldenären för att få betalt.

Hävnings- och förfalloklausuler av dessa slag är normalt giltiga; en möjlighet att häva till följd av faktiskt eller befarat betalningsdröjsmål följer redan av dispositiv rätt, t.ex. 54 och 62 §§ köplagen (1990:931).<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Se prop. 1962:10 s. B 208, där det också konstaterades att frågan behövde utredas närmare.

<sup>37</sup> Se, om betalning i förtid i 4:10 KL, SOU 1970:75 s. 149 samt t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs 234 ff.; Mellqvist & Welamson, Konkurs s. 143. Se beträffande äldre rätt, där den formella förfallodagen var avgörande, t.ex. Welamson, Konkursrätt, 1961 s. 240 f.

<sup>38</sup> Ds Ju 1975:3 s. 87 ff.

<sup>39</sup> Prop. 1975/76:82 s. 40 f. och 44 f. Detta ifrågasättes utan framgång av Lagrådet, som ansåg att goda skäl talade för en koppling till återvinningsregelns materiella begrepp om förtida betalning; se prop. 1975/76:82 s. 113. I Lagrådet ingick bl.a. Lars Welamson.

<sup>40</sup> Se allmänt om sådana klausuler och hur de terminologiskt kan betecknas t.ex. Keller, Konkurs och process, 2020 s. 446 ff.

<sup>41</sup> Se t.ex. NJA 2010 s. 617, om en hävningssklausul avseende överlåtelse av patent.

<sup>42</sup> Se t.ex. Andrews & Brodén, "Något om giltigheten av ipso facto-klausuler i penninglåneavtal", JT 2020–21 s. 915 f.; Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II:2, 6 uppl.

Har det gått så långt som till konkurs är läget ett annat, men det är mindre intressant i detta sammanhang, som fokuserar på gäldenärens åtgärder vid obestånd, men före konkurs.<sup>43</sup>

I en situation före konkurs kan saken komma i ett annat ljus: ett avtalsvillkor som ger en borgenär rätt att häva ett avtal efter att ansökan skett om företagsrekonstruktion är *utan verkan* (3 kap. 1 och 10 §§ lagen, 2022:964, om företagsrekonstruktion, FrekL).<sup>44</sup> Detta gäller oberoende av om klausulen tar sikte på gäldenärens dröjsmål med prestation före ansökan eller på själva ansökan eller beslutet om rekonstruktion (en s.k. ipso facto-klausul).<sup>45</sup> Eftersom någon annan juridisk person än gäldenären inte uppkommer vid företagsrekonstruktion måste denna ogiltighet sägas inträda mot gäldenären, och inte enbart mot gäldenärens borgenärskollektiv.<sup>46</sup> En prestation under pågående företagsrekonstruktion kan alltså inte anses förfallen med stöd av en förfallo- eller hävningsklausul, varför ansvar för gynnandebrott bör kunna bli aktuellt om gäldenären ändå presterar enligt en förment förfallen skuld. Utöver detta bör det krävas mycket speciella omständigheter för att ifrågasätta en förfallo- eller hävningsklausul som avtalsats före obeståndet och som utnyttjas utom ett insolvensförfarande.

Slutsatsen blir alltså att gynnandebrottets fokus på gränsdragningen mellan kongruent och inkongruent fullgörelse möjliggör användning av förfallo- och hävningsklausuler i stor utsträckning utan risk för ansvar för obeståndsbrott. Borgenären riskerar visserligen återvinning enligt t.ex. 4:10 KL, men något straffrättsligt ansvar blir inte aktuellt för vare sig gäldenären eller borgenären. Vid reformen år 1976 behölls, som redan har berörts, ansvar för kongruent fullgörelse av en förfallen förpliktelse endast för betalningar som sker *i otillbörligt syfte*. Med detta avses situationer när gäldenären har något särskilt intresse

2016 s. 88 f. Före konkursen är det ”nog riktigt”, menar Möller i Konkurs och kontrakt, 1988 s. 66, att se det hela som ”en avtalsrättslig fråga”; se även a.a. s. 71 f. En annan sak är att obestånd inte utan vidare kan likställas med befarat dröjsmål; se t.ex. Möller, a.a. s. 72 ff. med hänvisningar.

<sup>43</sup> Det är omdiskuterat om det som huvudregel gäller ett hävningsförbud i konkurs — alltså en rätt för boet att inträda i gäldenärens avtal — eller om den regel om detta som kommer till uttryck i t.ex. 63 § KöpL snarare ska ses som ett undantag.

<sup>44</sup> Jag går här inte in närmare på frågan om gränsdragningen mellan ogiltighet och överksamhet.

<sup>45</sup> Se prop. 2021/22:215 s. 146 ff., 160 ff. och 373. Ipso facto-klausulens otvetydiga ogiltighet var en nyhet i 2022 års FrekL.

<sup>46</sup> Enligt 2:20 FrekL behöver gäldenären rekonstruktörens samtycke till fullgörelse av en förpliktelse som uppkommit före beslutet om företagsrekonstruktion. Sådant samtycke får enligt 2:21 FrekL bara lämnas om det finns synnerliga skäl. En återgångsbestämmelse knuten till detta finns i 2:22 FrekL. Bestämmelsen knyts till rekonstruktörens begäran, varför det sägs röra sig om ”en särskild efterföljande överksamhetsgrund”, ”en rättsföljd som kan jämföras med återvinning i konkurs”, snarare än ”någon retroaktiv ogiltighet”; se prop. 2021/22:215 s. 140. Detta kan knappast tas till intäkt för att en hävningsklausul som åberopas i företagsrekonstruktion skulle vara giltig, men utan verkan i den mån rekonstruktören påkallar återgång, eftersom 2:20–22 FrekL ju även tar sikte på förpliktelser som faktiskt är förfallna.

i borgenärens förmögenhetsställning, alltså primärt när det rör sig om betalningar till gäldenärens närstående, t.ex. en storägare i ett bolag.<sup>47</sup>

Avgränsningen utifrån om fullgörelsen är kongruent eller inte innebär att det inte är brottsligt att göra en icke-ordinär betalning av en förfallen skuld, t.ex. att betala av en uppbyggd skuld till en leverantör, så länge betalningen inte sker i otillbörligt syfte. Det innebär också att det faller inom det straffbara området att göra en ordinär betalning i förtid, t.ex. att betala hyran några dagar före förfallodagen. Det måste ifrågasättas om denna gränsdragning är helt lyckad.

### **Inkongruens i fråga om invändningsmöjlighet mot prestationsskyldighet**

En prestation som sker efter att borgenären på ett civilrättsligt giltigt sätt har bringat en förpliktelse att förfalla i förtid bör inte medföra straffansvar, var som diskuterades i detta förra avsnittet ett centralt argument vid begränsningen av straffansvaret för gynnandebrott i 1976 års reform. Frågan om giltigheten av en åberopad förfalloklausul blir alltså central med ett sådant synsätt. Om klausulen är ogiltig är skulden inte förfallen, och ansvar för gynnandebrott bör kunna bli aktuellt. Detta väcker emellertid frågan om *en mer djupgående inkongruens* också skulle kunna aktualisera ansvar om gäldenären ändå presterar. Det skulle t.ex. kunna röra sig om att fordringspreskription har inträtt, eller att ett avtal är ogiltigt eller oskäligt. Prestation i ett sådant läge skulle aktualisera ansvar enligt oredlighets- och vårdslöshetsbrotten, eftersom en prestation helt i avsaknad av prestationsskyldighet försämrar gäldenärens förmögenhetsställning.

Det finns insolvensklausuler som inte är inriktade på att tidigarelägga förfallotidpunkten för en förpliktelse, utan försämrar gäldenärens förmögenhetsställning genom att öka gäldenärens skuldbörda. Det gäller i synnerhet *vitesklausuler*, som innebär att gäldenären får betala ett på förhand bestämt belopp till följd av avtalsbrott.<sup>48</sup> Ett sådant vite kan kläs in i olika språkliga uttryck, t.ex. att olika priser

<sup>47</sup> "[S]jälva motivet för gäldenärens handling" ska vara illojalt, "en önskan att i en obeståndssituation visa välvilja gentemot en speciell borgenär" på övrigas bekostnad. Regleringen tillkom på Lagrådets initiativ; se prop. 1975/76:82 s. 103 ff. och 118 ff. Exempel som nämns i motiven är betalning till en närstående eller ett närståendebolag, särskilt om en förfalloklausul har begagnats, liksom om den direkta avsikten är att skada övriga borgenärer. Däremot har det inte ansetts vara ett otillbörligt syfte att en ställföreträdare vill undvika personligt betalningsansvar enligt lag eller borgensförbindelse. Rimligheten i det sistnämnda kan ifrågasättas, eftersom det i realiteten då ofta rör sig om transaktioner där ställföreträdaren för gäldenären gynnar sig själv. Se närmare om kravet på otillbörligt syfte NJA 1980 s. 94, 1986 s. 779, 1997 s. 401 och 2013 s. 822 samt RH 1996:99. Se även Asplund, "Skattebetalningar vid obestånd — fortfarande fritt fram?" s. 1 ff., som diskuterar skattebetalningar som görs för att ställföreträdare ska undgå personligt betalningsansvar; KBrB 11:1 s. 5 f.; Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 264 f. Det krävs mer för att otillbörlighet ska föreligga enligt 11:4 BrB jämfört med motsvarande krav i den subjektiva återvinningsregeln i 4:5 KL; se t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs s. 163. Det är alltså inte tillräckligt att gäldenären förstår att en viss borgenär gynnas på de övrigas bekostnad.

<sup>48</sup> Se allmänt Dryselius, Avtalsviten, 2019 s. 99 ff.; dens., Vitesklausuler, 2023 s. 32 ff. Se även SOU 1974:83 s. 169 ff., om jämkning av vitesklausuler pga. oskälighet.

gäller beroende på när en betalning sker eller att utebliven avbetalning på en kredit utlöser en skyldighet att betala ett större belopp än summan av avbetalningsposterna.<sup>49</sup> Det finns också andra typer av insolvensklausuler, t.ex. klausuler om förverkande av viss rätt eller att förutsättningarna för kvittning förändras givet vissa omständigheter.<sup>50</sup>

Utrymmet för att ifrågasätta insolvensklausuler som försämrar gäldenärens förmögenhetsställning är något större än vad som gäller sådana klausuler som bara tidigarelägger förfallodagen eller liknande. Även sådana förmögenhetsförsämrande klausuler är dock som utgångspunkt tillåtna och giltiga; avtalsviten knutna till dröjsmål är vanligt förekommande. Ibland kan det dock tänkas att klausulen förpliktar gäldenären att vid utebliven prestation betala ett så mycket högre belopp än annars att det i realiteten utgör en ockerränta. En sådan klausul kan tänkas vara oskälig och därmed kunna jämkas enligt 36 § avtalslagen (AvtL).<sup>51</sup> Eftersom ogiltighetsreglerna i 3 kap. AvtL är knutna till omständigheterna vid avtalets tillkomst är det däremot mindre sannolikt att t.ex. en vitesklausul som överenskommit före obeståndet skulle bedömas som ogiltig pga. ocker (31 § AvtL) eller med stöd av den s.k. lilla generalklausulen (33 § AvtL), men någon gång skulle så kanske kunna tänkas bli fallet.<sup>52</sup>

Frågan blir då hur man mera allmänt ska se på situationer där en gäldenär utan invändning betalar en preskriberad skuld eller fullgör ett åtagande som på goda grunder kan bedömas vara ogiltigt eller oskäligt. Det bör i sammanhanget beaktas att gäldenären måste invända att fordringspreskription har inträtt eller att ett avtalsvillkor är oskäligt, liksom i de allra flesta fall att ett avtal är ogiltigt.<sup>53</sup> I synnerhet det sistnämnda kan många gånger dessutom innefatta vanskliga bedömningar och bevissvårigheter. Även om en framgångsrik invänd-

<sup>49</sup> Rabattkonstruktionen framhålls av Rodhe, *Obligationsrätt*, 1956 s. 591.

<sup>50</sup> Se t.ex. Dryselius, *Avtalsviten* s. 137 ff.; Lindskog, *Kvittning*, 3 uppl. 2014 s. 330 ff.; Rodhe, *Obligationsrätt* s. 584 ff.

<sup>51</sup> Innan nuvarande 36 § AvtL infördes år 1976 fanns en jämningsregel för just vitesklausuler i 36 §. Se beträffande jämkning av vitesklausuler t.ex. Dryselius, *Avtalsviten* s. 253 ff.; Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen — en kommentar*, 6 uppl. 2023, 36 § avsnitt 2.

<sup>52</sup> Det kan också nämnas att det sägs följa av s.k. allmänna principer att ett avtalsvillkor som ger en borgenär rätt att göra gällande ett större anspråk i ett insolvensförfarande än utom detta är utan verkan. Se t.ex. Lindskog, *Betalning* s. 650 f. (not 2237); Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, 1996 s. 136 ff.; dens., "Avtalsviten i insolvensrätten", i VB Lena Olsen, 2019 s. 180. Mer tveksamma är Andrews & Brodén, "Något om giltigheten av ipso facto-klausuler i penninglåneavtal" s. 920. En ogiltighet av aktuellt slag är dock av allt att döma en ogiltighet som endast kan göras gällande i insolvensförfarandet, och påverkar alltså inte gäldenärens obligationsrättsliga bundenhet. Se t.ex. Lindskog, a.a. s. 650 f. (not 2237), som dock ifrågasätter giltigheten även mot gäldenären, men rimligen först efter konkurs; Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden*, 2016 s. 303; Söderlund, "En tes om hävningsklausuler för konkursfallet", FS Lennander, 2010 s. 300. Se även Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s. 590 f.

<sup>53</sup> Se beträffande preskription t.ex. Gregow, *Preskription och preklusion av fordringar*, 2020 s. 129, och beträffande ogiltighet och oskälighet t.ex. Adlercreutz m.fl., *Avtalsrätt I*, 14 uppl. 2016 s. 258 f., liksom Karlgröns klassiska uppsats "Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet", FS Ussing, 1951 s. 247 ff.

ning ofta få rättsverkningar ex ante framstår det med andra ord som tveksamt att likställa en prestation utan invändning med en prestation utan någon förpliktelse alls.

En intressant liknande situation som har diskuterats är att gäldenären avstår från en erbjuden gåva innan bindande gåvoutfästelse har uppkommit. Det har sagts att ett sådant avstående inte kan betecknas som avhändande av egendom.<sup>54</sup> Att gäldenären avstår från olika presumtiva möjligheter till intäkter kan dock knappast likställas med att gäldenären, ställd inför en aktualiserad möjlighet att invända mot prestationsskyldighet, ändå väljer att fullgöra en förpliktelse.<sup>55</sup> Det skulle framstå som helt i strid med de inledningsvis identifierade gränsdragningskriterierna för obeståndsbrotten om en gäldenär som på obestånd fullgör en tydligt preskriberad eller ogiltig förpliktelse skulle likställas med den som fullgör en utkrävbar och giltig sådan.<sup>56</sup> I vart fall i mera kvalificerade fall måste en sådan åtgärd därför kunna betraktas som ett avhändande av egendom. Det som då kan läggas en gäldenär till last är inte bara fullgörelsen, utan gäldenärens underlåtenhet att invända mot prestationskyldigheten, vilket bör kunna betecknas som "annan åtgärd" enligt oredlighets- och vårdslöshetsbrotten.

### Särskilda begränsningar i ansvaret

Hittills har vi konstaterat att obeståndsbrotten tar sikte på gäldenärens åtgärder vid obestånd som är till nackdel för åtminstone en borgenär och som innebär att gäldenären antingen inkongruent fullgör en tidigare förpliktelse eller gör ett nytt åtagande. Utöver detta kan ansvar bli aktuellt i två specialsituationer: dels rena avhändanden som orsakar i vart fall påtaglig fara för obestånd, dels kongruenta prestationer i otillbörligt syfte.

Om samtliga förutsättningar för ansvar så långt är uppfyllda, återstår slutligen de särskilda begränsningar i ansvaret som ligger i vissa rekvisit i de tre straffbuden. I oredlighetsbrottet (11:1 BrB) uppställs kravet att den egendom som gäldenären avhänder sig ska vara av *betydande* värde. För ansvar för vårdslöshetsbrott (11:3 BrB) krävs att gäldenären har förbrukat *avsevärda* medel utan nytta, eller på annat sätt

<sup>54</sup> Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 131 ff. med vidare hänvisningar.

<sup>55</sup> Det kan också erinras om att underlåtenhet kan likställas med avhändande, t.ex. underlåtenhet att skörda; se SOU 1940:20 s. 220.

<sup>56</sup> I prop. 1985/86:30 s. 40 uttalade departementschefen, vad gäller hanteringen av om en gåva civilrättsligt står sig eller inte, att "frågan om straffansvar inte är helt beroende av den civilrättsliga bedömningen av en enskild transaktion". Detta uttalande läggs emellertid i förarbetena till grund för slutsatsen att försöksansvar bör bli aktuellt om en gåva inte står sig civilrättsligt, och bör enligt min mening alltså inte uppfattas som ett stöd för att något slags mer fristående straffrättslig bedömning ska göras av en transaktion. Jfr KBrB 11:1 s. 6, som återger uttalandet på ett sätt som möjligen kan uppfattas som att det skulle ha rört sig om ett mer generellt ställningstagande. Se allmänt om relationen mellan straffrätt och civilrätt på förmögenhetsbrottens område mitt arbete *Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt*, 2020, särskilt avsnitt 3.4, om accessoriska och autonoma rekvisit.

agerat slösaktigt, äventyrligt, lättsinnigt eller liknande. I gynnandebrottet (11:4 BrB), slutligen, förutsätts att en borgenärs rätt förringas *avsevärt*, eller i vart fall att påtaglig fara för sådant förringande föreligger.<sup>57</sup>

Den stora frågan vid tillämpningen av kvalificeringar av det nämnda slaget är om bedömningen ska göras *absolut* eller *relativt*, alltså om det är ett visst belopp som krävs, eller om åtgärden snarare ska ställas i relation till gäldenärens tillgångar, omsättning eller skulder, eller någon form av kombination; oavsett blir förstås följdfrågan vad som närmare ska krävas storleksmässigt.

Den allmänna uppfattningen är att frågan om betydande värde i oredlighetsbrottet i första hand är en absolut bedömning, medan prövningen i vårdslöshetsbrotten är relativ.<sup>58</sup> Detta motiveras med att rena avhändanden bör vara oacceptabla i en obeståndssituation alldeles oavsett gäldenärens ekonomiska omständigheter. Beloppsmässigt bör det röra sig om ett betydande värde om gäldenären avhänder sig motsvarande ett prisbasbelopp.<sup>59</sup> Om en åtgärd som utgör ett avhändande inte består i ett rent bortskänkande utan kan kopplas till gäldenärens verksamhet, t.ex. en försäljning till underpris, bör dock i ett andra led en relativ bedömning göras, så att beloppet också relateras till gäldenärens tillgångar.<sup>60</sup> Vid vårdslöshetsbrottet ska bedömningen endast göras relativt, på så sätt att gäldenärens tillgångar och omsättning beaktas.<sup>61</sup> Detsamma måste sägas gälla även för gynnandebrottet.<sup>62</sup>

Frågan är då vad som i förhållande till gäldenärens ekonomi utgör avsevärda medel eller ett avsevärt förringande. Gemensamt för relativa bedömningar av detta slag är att de skiljer ut sådana åtgärder som faktiskt har haft någon mera betydande inverkan på gäldenärens ekonomiska ställning eller den förväntade utdelningen till resterande

<sup>57</sup> Öppningen för påtaglig fara handlar om att beakta latent skulder; se not 28 ovan.

<sup>58</sup> Se prop. 1985/86:30 s. 35 ff. samt Holmquist, Brotten i näringsverksamhet s. 251 ff. och 269 f.; KBrB 11:1 s. 8 f. och 11:3 s. 3 f.; Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 166 f. och 189 ff.

<sup>59</sup> I motiven görs en koppling till gränsen mellan de dåvarande brottstyperna skattebedrägeri och skatteförseelse, som då låg på tre fjärdedels basbelopp; se prop. 1985/86:30 s. 36. Numera dras gränsen mellan skattebrott och skatteförseelse vid ett prisbasbelopp, vilket får Holmquist att övertygande argumentera för att denna gräns bör gälla även vid oredlighetsbrottet; se Brotten i näringsverksamhet s. 252.

<sup>60</sup> Prop. 1985/86:30 s. 36 och Holmquist, Brotten i näringsverksamhet s. 253.

<sup>61</sup> Prop. 1985/86:30 s. 37. Om en sådan relativ bedömning leder till slutsatsen att förmögenhetsställningen försämrats i avsevärd mån, trots att det rör sig om mindre än ett prisbasbelopp, bör åtal inte vara påkallat ur allmän synpunkt enligt 11:8 st. 1 BrB; se prop. 1985/86:30 s. 38.

<sup>62</sup> Frågan berörs inte i förarbetena, men diskuteras i relativa termer i litteraturen. Se KBrB 11:4 s. 6; Holmquist, Brotten i näringsverksamhet s. 276 ff.; Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 239 ff. Det bör också noteras att bedömningen vid tillämpningen av 4:10 KL är relativ; se t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs s. 247. Om det finns ett nära tidsmässigt samband eller görs flera betalningar till samma person ska betalningarna ses som en helhet; se prop. 2004/05:69 s. 66.

borgenärer. Åtgärden ska med andra ord ha fått reell betydelse.<sup>63</sup> I förarbetena framskymtar också tankegången att viss hänsyn måste tas till hur illojalt agerandet är. Det skulle då vara motiverat att sätta kravet lägre vid ett enskilt uppsåtligt avhändande än vid t.ex. en vårdslös fortsatt drift som inneburit ett förslösande av tillgångar utdraget över tiden.<sup>64</sup> Överlag sägs att ”högre krav normalt bör ställas på de ekonomiska konsekvenserna” vid vårdslöshetsbrott jämfört med oredlighetsbrott.<sup>65</sup>

Ett väletablerat riktmärke i sammanhanget är det som har lanserats av Lennander för bedömningen av vad som utgör avsevärd försämring i den objektiva återvinningsregeln i 4:10 KL: en skuldbetalning som uppgår till *tio procent av tillgångarna*.<sup>66</sup> Frågan har diskuterats för gynnandebrottets del av såväl Löfmarck som Holmquist, där den förstnämnda tycks något mer benägen att använda samma riktmärke än den sistnämnde, som dock använder riktmärket i sitt resonemang om vad som bör utgöra gränsen vid oredlighetsbrott.<sup>67</sup>

Holmquist menar att en gräns på tre procent av tillgångarna skulle kunna användas vid den nyss nämnda relativa bedömningen som för vissa fall ska göras i ett andra led i oredlighetsbrottet. Att relationen sätts så lågt motiveras med att tio procent skulle vara en alltför hög gräns med tanke på att endast viss hänsyn ska tas till boets ställning.<sup>68</sup> Det kan givetvis diskuteras vad som är ett lämpligt riktmärke, men klart är som sagt att gränsen bör sättas lägre för oredlighetsbrottet än för vårdslöshetsbrottet. Vid vårdslöshetsbrottet kan åtgärderna visserligen vara av de olika slag som kan beskrivas som slösaktigt, lättsinnigt eller äventyrligt; kort sagt oansvarigt. Detta kan bestå t.ex. i upptagande av nya krediter, en livsstil på alltför stor fot eller inköp av inventarier som inte kan användas på ett värdeskapande sätt i en rörelse. I samtliga fall framstår det dock som meningsfullt att relatera förmögenhetsförändringen till läget dessförinnan. Ett relativt avsevärdhetskriterium bör med andra ord kunna tjäna till ledning även för vad som är slösaktigt, lättsinnigt eller äventyrligt.<sup>69</sup>

Frågan är då om tio procent av tillgångarna är ett lämpligt riktmärke vid bedömningen av avsevärdhetskriteriet vid vårdslöshetsbrottet. Dessutom inställer sig frågan om det finns anledning att ha olika riktmärken i vårdslöshetsbrottet och gynnandebrottet. På den sistnämnda frågan talar det mesta för ett nekande svar. Visserligen avser

<sup>63</sup> Jfr förarbetena till återvinningsreglerna; se SOU 1970:75 s. 149, där det talas om avsevärd inverkan på den ekonomiska ställningen respektive borgenärernas förväntade utdelning.

<sup>64</sup> Se och jfr prop. 1985/86:30 s. 36 f.

<sup>65</sup> Prop. 1985/86:30 s. 37 f.

<sup>66</sup> Lennander, Återvinning i konkurs s. 247 ff. med hänvisningar till såväl praxis till stöd för riktmärket som vissa kritiska röster.

<sup>67</sup> Holmquist, Brotten i näringsverksamhet s. 253 och 276 ff.; Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 239 ff.

<sup>68</sup> Holmquist, Brotten i näringsverksamhet s. 253.

<sup>69</sup> Jfr de relativt allmänt hållna uttalandena om detta i SOU 1940:20 s. 226 f. Se även Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 189 ff.

gynnandebrottets avsevärdhetsrekvisit att en annan borgenär än den gynnande har fått sin rätt avsevärt förringad, medan vårdslöshetsbrottets avsevärdhetsrekvisit tar sikte på graden av försämring i gäldenärens förmögenhetsställning. Den skillnaden framstår dock som skenbar; i båda fallen är det relevanta skyddsintresset borgenärernas utdelning.

Det kan noteras att gynnandebrottet i allt väsentligt omfattar inkongruent skuldbetalning, medan avsevärdhetskriteriet i 4:10 KL avser kongruent skuldbetalning. Det skulle kunna tala för att sätta gränsen lägre i de båda straffbuden än i den objektiva återvinningsregeln avseende skuldbetalning. I praxis avseende 11:4 BrB har skuldbetalningen i de flesta fall förvisso avsett mer än tio procent av tillgångarna, men i åtminstone ett fall har avsevärdhetskriteriet bedömts vara uppfyllt när betalningen endast har utgjort knappt fem procent av tillgångarna.<sup>70</sup> I det sistnämnda fallet var visserligen skulderna mycket betydande sett till tillgångarna, men storleken på skulderna får överlag relativt liten inverkan på borgenärernas rätt jämfört med den företagna åtgärdens relation till tillgångarna.<sup>71</sup> Även om relationen mellan skulderna och tillgångarna alltså möjligen kan beaktas på marginalen, talar enligt min uppfattning detta sammantaget för att fokus för bedömningen vid vårdslöshets- och gynnandebrottet bör vara åtgärdens relation till tillgångarna och att riktmärket för detta bör bestämmas lägre än enligt 4:10 KL: snarare fem procent än tio. Rättsläget får här dock betecknas som oklart.

Precis som i de övriga förmögenhetsbrotten i 8–12 kap. BrB saknar det i princip helt betydelse om det är möjligt för den som drabbas av brottet att sätta in olika typer av rättsliga motåtgärder.<sup>72</sup> Att det exempelvis är möjligt att återvinna en rättshandling påverkar alltså inte att rättshandlingen utlöser straffansvar.<sup>73</sup>

### **Borgenärens ansvar?**

Hittills har endast gäldenärens ansvar diskuterats. Det är i princip endast gäldenärer som kan begå borgenärsbrott i gärningsmanna-

<sup>70</sup> Se NJA 1980 s. 94, 1986 s. 779, 1997 s. 401 och 2013 s. 822 samt RH 1983:70.

<sup>71</sup> Oprioriterade borgenärer har enligt 18 § FRL lika rätt, vilket innebär att de ska få utdelning i konkursen med samma procentandel på respektive fordran; se t.ex. Mellqvist & Welamson, Konkurs s. 231. Om gäldenären har två borgenärer och tillgångar på 1 msek, blir utdelningen alltså (om man bortser från konkurskostnader och liknande) 10 % om skulderna uppgår till 10 msek och 1 % om skulderna uppgår till 100 msek. Betalar gäldenären den ena borgenärens skuld på 900 000 kr, har den andra borgenärens rätt förringats till 100 000 kr, från en utdelning i det första fallet på 910 000 kr och i det senare fallet på 991 000 kr. Jfr Holmquist, Brotten i näringsverksamhet s. 277, som tycks förespråka en bedömning av avsevärdhetskriteriet utifrån skillnaden i procent mellan tillgångarna i relation till skulderna före och efter skuldbetalningen. Holmquist anger dock inte något riktmärke för vad som skulle vara ett avsevärt förringande.

<sup>72</sup> Se allmänt Strahl, Om rekvisiten skada och vinning vid förmögenhetsbrotten, 1948 s. 52 f. och 135.

<sup>73</sup> Se t.ex. Jareborg m.fl., Svensk straffrätt III s. 374; KBrB 11:1 s. 7.

skap.<sup>74</sup> Självständiga kriminaliseringar av en borgenärs agerande vid en gäldenärs obestånd har inte setts som nödvändigt i samma utsträckning.<sup>75</sup> Detta kan, som berördes inledningsvis, sannolikt förklaras med att olika ekonomiska sanktioner kan tänkas vara mer framgångsrika mot borgenären, t.ex. återvinning och skadestånd. Det hindrar emellertid inte att en borgenär många gånger kan uppfylla kriterierna för medverkan till gäldenärens brott, och det rör sig då inte om någon straffri s.k. nödvändig medverkan från den som skyddas av kriminaliseringen, eftersom även de övriga borgenärerna skyddas.<sup>76</sup> De vanliga medverkansreglerna gäller som utgångspunkt.<sup>77</sup> I den mån borgenären på detta sätt kan hållas ansvarig har det betydelse också för frågan om skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada, som i princip förutsätter brott (2:3 skadeståndslagen).<sup>78</sup>

Medverkan innebär kortfattat att den som inte är att anse som gärningsman men har främjat gärningen med råd eller dåd, döms för antingen anstiftan — om den medverkande har förmått gärningsmannen till gärningen — eller annars för medhjälp (23:4 BrB). Ansvar för medverkan i svensk rätt är mycket långtgående. *Anstiftan*, som till förstone framstår som den ansvarsform som är av störst intresse med avseende på en borgenär som har kontakt med en gäldenär, förutsätter i princip att en person kan sägas ha orsakat gärningsmannens agerande,<sup>79</sup> t.ex. genom uppmaning till betalning. En borgenär som tar emot en prestation utan att ha uppmanat till den bör dock i princip uppfylla rekvisiten för *medhjälp*, eftersom mottagandet måste sägas utgöra ett främjande av gäldenärens gärning.<sup>80</sup>

Ända sedan reformen år 1942 har medverkansansvaret för borgenärer varit särskilt inskränkt med avseende på medverkan till gynnandebrottet; det framgår av 11:7 st. 2 BrB att en borgenär som vid tillämpning av 11:4 tar eller låter sig utlova betalning, säkerhet eller annan förmån, döms för medverkan endast om han brukar otillbörligt hot eller otillbörligt löfte om förmån eller handlar i hemligt samförstånd med gäldenären.<sup>81</sup> De skäl som anförts till stöd för denna inskränkning i medverkansansvaret är att en borgenär dels ”i allmänhet [bör]

<sup>74</sup> Se not 10 ovan om utrymmet för ansvar för den som ännu inte är gäldenär.

<sup>75</sup> Den mest betydande är kriminaliseringen i 8:4 FrekL av att som part vid plan-sammanträde vid företagsrekonstruktion betinga sig någon särskild förmån av gäldenären för sin röst.

<sup>76</sup> Se om nödvändig medverkan t.ex. Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl. 2013 s. 428.

<sup>77</sup> SOU 1940:20 s. 236.

<sup>78</sup> Se prop. 1975:6 s. 131 och Lejman, ”Om rättshandlingar, som innefatta delaktighet i konkursbrott”, i FS Eberstein, 1950 s. 191 ff.

<sup>79</sup> Se t.ex. Asp, *De osjälvständiga brottsformerna*, 2021 s. 403 f.

<sup>80</sup> Se här t.ex. SOU 1940:20 s. 237, där det talas om att ”borgenär medverkar genom att mottaga eller låta sig utlova betalning eller säkerhet”.

<sup>81</sup> De undantag som omfattas förutsätter i princip olaga tvång eller att gäldenären erbjuder någon särskild förmån, t.ex. erbjudande om anställning, eller att parterna ingår ”sidolöpare” vid ackordsförhandling; se SOU 1940:20 s. 237.

kunna mottaga betalning eller säkerhet utan att behöva pröva, huruvida därigenom medborgenärerna bliva lidande”, dels ”utan att behöva befara rättsliga efterräkningar [bör] kunna inom vissa gränser öva påtryckningar på gäldenären för att förmå honom att fullgöra sin förpliktelse”.<sup>82</sup>

Det kan ifrågasättas hur bärkraftiga dessa argument är. En borgenär som med full insikt i förhållandena begär eller mottar fullgörelse av en förpliktelse som inte är på ett civilrättsligt giltigt sätt förfallen framstår knappast som särskilt skyddsvärd. I stor utsträckning bör borgenärens behov av skydd tillgodoses genom uppsåtskravet. Innebörden av bestämmelsen 11:7 st. 2 är emellertid tveklöst att det, förutom i de nämnda undantagsfallen, inte utgör brottslig medverkan till gynnandebrott att vid gäldenärens obestånd begära eller ta emot inkongruent betalning av en skuld, trots att gäldenären gör sig skyldig till brott genom att prestera.

Någon motsvarande begränsning av medverkansansvaret finns inte för oredlighets- och vårdslöshetsbrotten. Det innebär att en borgenär som medverkar till en åtgärd som försämrar gäldenärens förmogenhetsställning vid obestånd riskerar ansvar för medverkan till brott enligt något av dessa straffbud. Det innebär att om en borgenär begär eller mottar prestation trots att gäldenären inte alls är skyldig att prestera, utgör detta anstiftan eller medhjälp till oredlighets- eller vårdslöshetsbrott, i den utsträckning som gäldenären uppfyller rekvisiten för gärningsmannaskap enligt någon av dessa brottstyper. Begär borgenären prestation men gäldenären inte presterar, föreligger inget medverkansobjekt. Ansvar för borgenären kan då bara bli aktuellt för stämpling i form av försök till anstiftan, vilket enligt 11:6 BrB endast är kriminaliserat i förhållande till grovt oredlighetsbrott.

### Avslutning

I denna text har jag undersökt möjligheterna att identifiera vissa gemensamma kriterier för de tre borgenärsbrott som avser gäldenärens åtgärder vid obestånd. Inledningsvis har konstaterats att det med undantag för rena avhändanden av egendom som har orsakat obestånd krävs att den relevanta åtgärden har vidtagits vid obestånd. Tidigare otillbörliga eller oansvariga ageranden omfattas alltså inte av ansvaret. När detta krav är uppfyllt kan de tre brottstyperna analyseras med utgångspunkt i ett krav på att åtgärden måste ha varit till nackdel för åtminstone någon borgenär. Är detta krav uppfyllt blir frågan — om det inte rör sig om ett nytt åtagande vid obestånd — om gäldenären har presterat egendom på ett kongruent eller inkongruent sätt. Med undantag för betalning som sker i otillbörligt syfte blir ansvar bara aktuellt i det sistnämnda fallet. Slutligen uppställs kravet att åtgärden ska ha haft viss inverkan på gäldenärens ekonomiska ställning eller borgenärernas förväntade utdelning.

<sup>82</sup> SOU 1940:20 s. 237.

Det är egentligen inte så förvånande att inkongruenta prestationer vid obestånd är kriminaliserade, eftersom kriminaliseringen ska skydda de befintliga borgenärerna mot nya åtaganden eller prestationer som gäldenären inte var skyldig att fullgöra. Den stora frågan är i vilken utsträckning kongruent fullgörelse bör vara brottslig.

För det första finns det då anledning att ifrågasätta om det är motiverat med ett så begränsat utrymme för straffansvar när gäldenärens prestation hänför sig till en avtalsklausul som på något sätt utlöses av gäldenärens betalningssvårigheter. Med tanke på att gynnandebrottet i allt väsentligt avgränsas utifrån ett formellt förfallokriterium, snarare än ett materiellt kriterium om förtida betalning motsvarande det i 4:10 KL, blir ansvar i princip bara aktuellt vid betalning med tillämpning av en förfalloklausul om gäldenären har betalat i otillbörligt syfte. I anslutning till det kan, för det andra, ifrågasättas om inte tolkningen av det sistnämnda rekvisitet har blivit alltför snäv. Varför t.ex. den som i egenskap av ställföreträdare gynnar en viss borgenär för att undgå personligt betalningsansvar för skulden inte omfattas av straffansvaret är svårt att förstå. För det tredje kan det ifrågasättas om det inte är en brist att någon hänsyn inte alls tas till om en betalning har varit ordinär. Något tillspetsat riskerar den straffansvar som alltid brukar betala hyran så fort fakturan kommer, om personen kommer på obestånd och fortsätter på samma sätt. Detta trots att betalningen helt saknar samband med obeståndssituationen.

Överlag finns det anledning att uppmärksamma att straffansvaret enligt borgenärsbrotten i vart fall i praktiken begränsas kraftigt av att det enbart i mycket kvalificerade fall går att bevisa att gäldenären vid en tidpunkt en viss tid före konkurs befann sig på obestånd. I konkursrättsliga sammanhang har man i de allra flesta situationer skapat andra lösningar än att behöva göra en obeståndsbedömning. Det samma kommer av allt att döma förr eller senare att bli nödvändigt även beträffande obeståndsbrotten, om inte straffansvaret ska vara i det närmaste illusoriskt. Klart är att samspelet mellan borgenärsbrotten, insolvensrätten och civilrätten i allmänhet förtjänar mer uppmärksamhet än vad som har varit möjligt i denna korta undersökning.