

Om insolvens på grund av tvistiga skulder*

Av advokaten jur.dr MAREK KELLER¹

Existensen och storleken av tvistiga skulder är inte sällan av avgörande betydelse för insolvensbedömningar som görs inom ramen för domstolsprocesser. Frågan hur tvistiga skulder ska hanteras i sådana bedömningar ger emellertid upphov till en rad tillämpningsproblem och rättspraxis har i den juridiska doktrinen sagts vara motstridig. I artikeln undersöks hur tvistiga skulder hanteras inom ramen för insolvensbedömningar, särskilt sådana som görs i processer om återvinning i konkurs och vid prövningen av konkursansökningar.

1 Introduktion

Det brukar i den juridiska doktrinen framhållas att förutsebarhet och rättssäkerhet har stor betydelse för näringslivet vad gäller sak- och insolvensrättsliga frågor.² Detta beror bland annat på att förutsebarhet möjliggör riskbedömningar vid kreditgivning och omsättningen i övrigt. Sådana riskbedömningar kan ta sikte på risken för att en gäldenär är eller kommer att bli insolvent och därmed också risken för att gäldenären ska försättas i konkurs enligt reglerna i 2 kap. konkurslagen (KL) eller risken för att avtal eller andra transaktioner ska angripas genom återvinning enligt 4 kap. KL. I kontrast till vad som sagts om vikten av förutsebarhet har det dock framhållits att tidpunkten för en gäldenärs insolvens oftast kan fastställas exakt först i efterhand.³

Det sistnämnda förhållandet har särskild relevans när insolvensen föranleds av tvistiga skulder. Medan en rättegång om en tvistig skuld pågår är det ofta förenat med svårigheter att göra en säker prognos om huruvida gäldenären kommer att åläggas betalningsskyldighet eller inte. Om skuldens existens är av en avgörande betydelse för gäldenärens ekonomi kan det därmed också vara vanskligt att bedöma om gäldenären ska anses vara insolvent eller inte samt om det exempelvis finns en påtaglig risk för konkurs eller återvinning enligt 4 kap. KL. I

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).

¹ Marek Keller är partner på CMS Wistrand i Stockholm och åtar sig regelbundet uppdrag som konkursförvaltare.

² Jfr t.ex. uttalande av Lindskog, i Högsta domstolen och den kommersiella rätten, JT 2002–03, s. 72 not 13 och jfr även angående sakrätten i Zetterström, Sakrättens fyra huvudfall, 5 u., 2019, s. 84. Jfr även Keller, Konkurs och process, 2020, s. 80 f.

³ Se exempelvis Edgren, Obestånd — vad är det?, Balans nr 7, 1979, s. 4. Se särskilt följande citat, a. st.: ”En konkursgäldenärs vandring mot obeståndet är likna vid en tågresa då man sitter baklänges; man ser inte vart man är på väg, bara var man varit. Skylten som utvisar obeståndsstationen susar förbi och man ser den först när tåget passerat.” Se även Löfmarck, Gäldenärsbrott: Problem vid tillämpningen av straffbestämmelserna i 11 kap. brottsbalken, SvJT 1981 s. 81 ff, se s. 93 ff.

de fall där rättegången slutligen utfaller till nackdel för gäldenären som därefter försätts i konkurs, är det ofta ännu svårare att i efterhand skydda sig mot återvinning i konkurs eller andra rättsliga konsekvenser av insolvens genom att försöka bevisa att utgången i rättegången borde ha blivit en annan eller inte kunnat bedömas korrekt före domen och att gäldenären därför inte varit insolvent.

Nämnda svårigheter innebär att förutsebarheten i insolvensbedömningar som beror på tvistiga skulder är begränsad, vilket i sin tur kan leda till att riskbedömningar försvåras och omsättningen hämmas. Detta kan också leda till att den materiella rätten får ett begränsat genomslag, exempelvis genom att riskerna för återvinning inte kan bedömas korrekt i samband med transaktioner och att återvinningsreglerna enbart får en begränsad preventiv effekt.

De nu beskrivna problemen beror i viss utsträckning på allmänna svårigheter att prognosticera utgången i rättsprocesser, vilka föranleds av till exempel svårigheter att värdera bevisning och på att den dömande verksamheten innefattar mer eller mindre skönsmässiga bedömningar. Problemen beror emellertid även på svårigheter att fastställa innehållet i gällande rätt.⁴ Det finns i och för sig mycket skrivet om innebörden av insolvensbegreppet och insolvensbedömningar. Frågor *om* och *hur* tvistiga skulder ska beaktas i en insolvensbedömning är emellertid sparsamt kommenterade i den insolvensrättsliga litteraturen och den praxis som finns har gett upphov till skilda tolkningar.

Denna artikel syftar till att undersöka dessa frågor. Analysen i artikeln är inriktad på insolvensbedömningar i samband med prövningen av borgenärs konkursansökan och på reglerna om återvinning i konkurs, i korthet på insolvensbedömningar enligt 2 och 4 kap. KL.

En *första fråga* som kommer att behandlas är om tvistiga skulder överhuvudtaget ska beaktas och prövas inom ramen för insolvensbedömningar och i så fall under vilka förutsättningar.

Den *andra frågan* i artikeln handlar om huruvida insolvensbedömningen ska grundas på vad som i efterhand blivit känt om en tvistig skulds existens och storlek, exempelvis när skulden fastställts i en laga-kraftägande dom, eller om bedömningen istället ska grundas på vad som kunnat bedömas vid den tidigare tidpunkt som insolvensbedömningen tar sikte på, exempelvis vid tiden för en transaktion som angrips genom återvinningsreglerna i 4 kap. KL.

Den *tredje och sista frågan* som kommer att behandlas tar sikte på tidsaspekter vid insolvensbedömningar. Vilken betydelse har exempelvis förhållandet att gäldenären väntat med att betala en tvistig skuld under en längre tid?

⁴ Se t.ex. Renman, Återvinning enligt 4 kap. KL, En process- och insolvensrättslig manual, 3 u., 2020, s. 164 f.

2 Allmänt om insolvensbegreppet

Det finns ett flertal rättsfall där Högsta domstolen gjort uttalanden av innebörden att i princip samma insolvensbegrepp tillämpas inom både konkursrätten, sakrätten och straffrätten.⁵ Insolvensbegreppet brukar i moderna rättskällor förklaras genom hänvisning till definitionen i 1 kap. 2 § andra stycket KL:

Med obestånd (insolvens) avses att gäldenären inte kan rätteligen betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig.

Det som avses med att skulder betalas ”rätteligen” är att betalning sker löpande, i takt med att skulder förfaller till betalning.⁶

Definitionen i 1 kap. 2 § KL tar sikte på *förmågan* att betala skulder och inte på betalningsviljan.⁷ En gäldenär som bevisligen har förmåga att betala sina skulder kan inte anses insolvent enbart på grund av att gäldenären hittills valt att inte göra rätt för sig.⁸ Insolvens ska också särskiljas från andra begrepp som tar sikte på olika typer av ekonomiska problem, såsom illikviditet, insufficiens och kritisk kapitalbrist.⁹

3 Allmänt om insolvensbedömningar

Trots att insolvensbegreppet enligt praxis ska förstås på samma sätt oavsett kontext föreligger väsentliga skillnader i hur insolvensbedömningar genomförs.¹⁰ En skillnad uppkommer redan på grund av variationen av tillämpliga bevisregler¹¹ och att lagstiftaren i olika sammanhang utformat rekvisit som på olika vis anknyter till insolvens.¹²

Insolvensbedömningar görs även på olika sätt på grund av att olika tidpunkter är relevanta i insolvensbedömningar. En prövning av exempelvis en borgenärs ansökan om försättande av gäldenären i konkurs innefattar en bedömning av gäldenärens förmåga att rätteligen betala sina skulder, både vid tiden för prövningen av ansökan och tiden därefter. En sådan bedömning kan alltså något oegentligt sägas ta sikte på *gäldenärens fortsatta betalningsförmåga*. Det förekommer emellertid också ett flertal olika lagregler som innebär att insolvensbedömning ska göras

⁵ Jfr Högsta domstolens skäl i NJA 1994 s. 336 och i NJA 2013 s. 822 och även Löfmarck, a.a., s. 81 ff, se s. 82 ff. Se även Högsta domstolens uttalande i NJA 2012 s. 391 som gällde en tillämpning av lagen om redovisningsmedel. När det gäller ”ackordsrätten”, nu företagsrekonstruktionsrätten, se prop. 1975:6 s. 116. Samma insolvensbegrepp torde även tillämpas inom associationsrätten, jfr t.ex. 25 kap. 36 § ABL.

⁶ Se NJA 1994 s. 336 och SOU 1970:75 s. 75. Se även t.ex. Welamson, Konkursrätt, 1961, s. 47.

⁷ Se Welamson, a.a., s. 47.

⁸ Jfr NJA 2019 s. 119. Jfr dock Möller, Styrelseansvar för bolagsskada vid fortsatt drift av insolventa aktieföretag, Festschrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 528 f. En gäldenär som gjort sina tillgångar otillgängliga för sina borgenärer torde däremot kunna anses vara insolvent även om gäldenärens tillgångar i och för sig är tillräckliga för att täcka dennes skulder.

⁹ När det gäller dessa begrepp, se t.ex. Mellqvist och Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, 13 u., 2022, s. 49 samt Welamson, a.a., s. 49 ff.

¹⁰ Se t.ex. Lennander, Vänbok till Mikael Mellqvist, 2020, s. 145.

¹¹ Se t.ex. 2 kap. 7–9 §§ KL samt 4 kap. 5 § KL och 4 kap. 10 § KL.

¹² Se t.ex. 11 kap. 1 § brottsbalken och 4 kap. 5 § KL.

avseende en tidpunkt som ligger bakåt i tiden, exempelvis vid tvister om återvinning i konkurs, skadestånd enligt 29 kap. aktiebolagslagen (ABL) eller om olagliga värdeöverföringar enligt 17 kap. ABL. Insolvensbedömningar som görs enligt dessa regler kan sägas ta sikte på *gäldenärens historiska betalningsförmåga*.

I doktrinen har vidare framförts att insolvensbedömningar görs på olika sätt beroende på vilken rättsregel som tillämpas, exempelvis att olika regler gäller för insolvensbedömningar vid prövningen av konkursansökan och vid tillämpningen av reglerna om återvinning i konkurs.¹³

Det som synes vara gemensamt för insolvensbedömningar är att dessa i allmänhet innefattar en helhetsbedömning av gäldenärens ekonomiska situation, där i princip alla utmätningsbara tillgångar och skulder beaktas.¹⁴ Bedömningen anses också innefatta en *prognos* om gäldenärens betalningsförmåga.¹⁵

När det görs en insolvensbedömning avseende *gäldenärens fortsatta betalningsförmåga* tar denna som sagt sikte på dels gäldenärens förmåga att betala sina skulder vid tiden för bedömningen, dels gäldenärens förmåga att betala skulder i framtiden. Om det vid en sådan bedömning kan konstateras att gäldenären vid den relevanta tidpunkten inte kan betala sina skulder, tar prognosen sikte på frågan om det med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi inom en godtagbar tid kan förväntas ha förbättrats så att gäldenären kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning.¹⁶ Det undersöks alltså om den rådande situationen kommer att bestå framöver. Det följer nämligen av definitionen av insolvens i 1 kap. 2 § KL att en gäldenär som vid en viss tidpunkt inte kan infria sina skulder ändå kan vara solvent, i och med att insolvens endast föreligger om gäldenärens betalningsoförmåga inte är tillfällig.

I sådana fall där det görs en insolvensbedömning avseende *gäldenärens historiska betalningsförmåga*, innefattar bedömningen också en prognos, trots att alla relevanta fakta är kända. Prognosen görs med utgångspunkt från den för insolvensbedömningen relevanta tidpunkten, vilket vid en tillämpning av reglerna om återvinning i konkurs är tidpunkten

¹³ Se t.ex. Lindskog, *Betalning*, 2 u. 2018, s. 755 not 2782 samt Renman, a.a., s. 156 not 25 och s. 164 ff., särskilt s. 163 not 43 med hänvisningar till annan litteratur. Se därutöver utlåtande av Mikael Mellqvist i Stockholms tingsrätts mål B 12258-21, aktbil. 163.

¹⁴ Se NJA 2012 s. 391 p. 6. Jfr även t.ex. Löfmarck, a.a., s. 81 ff. och s. 88 ff. och Möller, a.a., s. 528 samt Hedström och Selander, *Återvinning vid konstaterad insolvens och fortsatt betalningsoförmåga*, Festskrift till Mikael Möller, 2024, s. 187 ff., s. 191. Det framgår av NJA 2019 s. 119 att egendom i utlandet ska beaktas vid prövningen av en konkursansökan som bestritts av gäldenären, under förutsättningar att "gäldenären kan visa att egendomen har ett värde som kommer att finnas disponibelt för betalning av skulderna inom en nära överblickbar framtid".

¹⁵ Jfr dock Möller, a.a., s. 528 f. och Renman, a.a., s. 157 ff.

¹⁶ Se NJA 2019 s. 119.

för den rättshandling som angrips genom återvinning eller tidpunkten då sakrättsligt skydd erhålls.¹⁷

Även om definitionen i 1 kap. 2 § KL tar sikte på förmågan att betala skulder som är förfallna till betalning är det inte en nödvändig förutsättning för insolvens att det faktiskt finns någon förfallen skuld.¹⁸ En gäldenär kan alltså vara insolvent redan på grund av att gäldenären inte kommer att kunna betala sina skulder i framtiden. Insolvensbedömningen grundas även i det fallet på en prognos om gäldenärens betalningsförmåga.¹⁹ En sådan insolvens kan, som utvecklas närmare nedan, också aktualiseras vid en insolvensbedömning som görs avseende gäldenärens historiska betalningsförmåga.

4 Om tvistiga skulder som grund för insolvensbedömningar och relevanta beviskrav

Insolvens brukar beskrivas som ett komplext eller icke-enhetligt rättsfaktum eftersom det rör frågor om sammansättningen och förhållandena mellan olika komponenter i gäldenärens ekonomi.²⁰ Insolvensbedömningar måste ofta bygga på ställningstaganden till mer eller mindre osäkra förhållanden gällande exempelvis utvecklingen av gäldenärens likviditet, intäkter och potentiella förändringar i sammansättningen av gäldenärens tillgångar och skulder. Detta följer redan av att insolvensbedömningen grundas på en prognos.²¹

När skulder beaktas inom ramen för en insolvensbedömning kan bedömningen inte enbart begränsas till uppgifter om skulder som är klara, fullgångna och förfallna till betalning.²² Det är exempelvis vedertaget att latent skatteskulder och icke fullgångna fordringar avseende leveranser ska beaktas i bedömningen.²³ Det är vidare klart att det vid en bedömning av gäldenärens insolvens ska tas hänsyn till skulder som är tvistiga, även sådana skulder som är föremål för rättegång eller annat tvistlösningsförfarande.²⁴

Frågan om vilka beviskrav som ska vara uppfyllda för att tvistiga skulder ska kunna beaktas inom ramen för en insolvensbedömning är dock inte lika klar. Det råder till en början en oklarhet gällande vad som är

¹⁷ Se t.ex. NJA 2010 s. 154. Särskilda regler gäller för fastighet, se 4 kap. 4 § KL.

¹⁸ Se NJA 2003 s. 37 och jfr NJA 2012 s. 391 p. 6. Se även t.ex. Lejman, Om betalningsoförmåga såsom konkursgrund, SvJT 1941 s. 529 ff., s. 538 f., Lindskog och Olsson, TSA 1987 s. 395 ff., och Möller, a.a., s. 528 med hänvisning till SOU 1970:75 s. 75, Renman, a.a., s. 156, Hedström och Selander, a.a., s. 190 f., samt Welamson, a.a., s. 48.

¹⁹ Renman har benämnt detta som *prognosbaserad insolvens*. Se Renman, a.a., s. 161.

²⁰ Se t.ex. Renman, a.a., s. 158 och Welamson, a.a., s. 48 ff. Se även Mellqvist och Welamson, a.a., s. 49 f.

²¹ Jfr SOU 1996:30 s. 68.

²² Se NJA 2003 s. 37. Se även t.ex. Löfmarck, a.a., s. 90.

²³ Jfr SOU 1970:75 s. 72: "Något krav på att insolvensen kommit till uttryck genom inträffade omständigheter har emellertid inte uppställts. Enligt förslaget skall insolvensfrågan prövas medelst vanlig bevisbedömning på grundval av det material som förebragts i målet."

²⁴ Se t.ex. SOU 1970:75 s. 91 samt NJA 1956 s. 417, NJA 1989 s. 378, NJA 1981 s. 395, NJA 1992 s. 280, NJA 2003 s. 37 och NJA 2019 s. 119.

bevistemat i en insolvensbedömning. Det är exempelvis inte helt klart om det som ska bevisas enbart är insolvensen i sig eller även prognosen för gäldenärens betalningsoförmåga eller de enskilda komponenterna i gäldenärens ekonomi som är relevanta för bedömningen, såsom gäldenärens tillgångar, skulder och kreditmöjligheter.²⁵ Frågan torde inte ha något enhetligt svar. Insolvensbedömningar kan i vissa fall avgöras enbart med hjälp av särskilda lagreglerade presumtioner,²⁶ eller bevisbördans placering gällande insolvensen i sig.²⁷ I en rad sammanhang blir dock bevisbördan och bevisningen gällande enskilda komponenter eller aspekter av enskilda komponenter i gäldenärens ekonomi av avgörande betydelse för insolvensbedömningen.²⁸ Sådana komponenter prövas trots detta i förekommande fall mer eller mindre samlat och summariskt av domstolarna.²⁹ Det är därmed inte nödvändigt att alltid pröva existensen och storleken av varje enskild komponent eller varje aspekt av respektive komponent, även om dessa är tvistiga.

Beviskravet för insolvens som sådan vid insolvensbedömningar enligt 2 och 4 kap. KL är det normala beviskravet i tvistemål ("styrkt" eller "visat").³⁰ Mer osäkert är om samma beviskrav gäller för enskilda komponenter i insolvensbedömningar, såsom tvistiga skulder.³¹ I doktrinen har det förekommit delade meningar om vilket beviskrav som ska gälla vid insolvensbedömningar enligt 2 kap. KL. Welamson och Heuman har argumenterat för tillämpningen av det normala bevis-

²⁵ Se Heuman, *Specialprocess*, 8 u. 2020, s. 175, Welamson, a.a., s. 50 samt Lindell, *Insolvensbedömningen*, i SvJT 1989 s. 131 ff.

²⁶ Se 2 kap. 7–9 §§ KL. När inte någon av dessa presumtioner kan tillämpas måste insolvens bevisas på annat sätt, se t.ex. NJA 2002 s. 463 och NJA 2004 s. 325. Även då tillmäts omständigheter som i annat fall grundar presumtioner ofta ett relativt högt bevisvärde. Under konkursförfarandets gång brukar vidare av förvaltaren uppräta rapporter, såsom förvaltarberättelser, tillmätas bevisbetydelse, dock utan att det formellt anses finnas någon presumtion i detta avseende, jfr t.ex. NJA 2004 s. 325.

²⁷ När det gäller bevisbörda gällande insolvens, se vidare t.ex. Welamson, a.a., s. 50 ff. och Heuman, a.a., s. 173 ff. samt Lindell, a.a., s. 131 ff. Frågan om bevisbörda behandlas av utrymmesskäl inte närmare i denna artikel.

²⁸ När en insolvenspresumtion ställs mot ett motfaktum gällande existensen av enskilda komponenter i gäldenärens ekonomi kan insolvensbedömningens utgång dessvärre behöva avgöras genom en sammanvägd bedömning innefattande en jämförelse mellan inkommensurabla storheter.

²⁹ Se t.ex. NJA 1956 s. 417: "Även om det icke är uteslutet att S. W. i anledning av besvären kan komma att vinna nedsättning i taxeringen, får på grund av utredningen i målet antagas, att S. W. för inkomståret 1953 kommer att slutligen få vidkännas skatt till belopp betydligt överstigande vad han redan erlagt. Med hänsyn härtill samt till den hos S. W. verkställda utmätningen och vad med avseende därå förekommit måste S. W. antagas vara på obestånd." Jfr även NJA 1981 s. 395, NJA 1989 s. 378, NJA 2013 s. 822 och NJA 2019 s. 119. Jfr därutöver Heuman, a.a., s. 176.

³⁰ Se t.ex. Heuman, a.a., s. 174.

³¹ Det kan också noteras att Högsta domstolen nyligen i avgörandet i NJA 2023 s. 779 "Foxhouse holding", som gällde olaglig värdeöverföring, kom att godta det lägre beviskrav "sannolikt" för en enskild tvistig skuld (sannolikhetsövervikt), trots att beviskraven för olaglig värdeöverföring i övrigt var "styrkt". Det förtjänar också att påpekas att bevislättnader inte är ovanliga i civilprocesser. Jfr Ekelöf m.fl., *Rättegång IV*, 7 u., 2016, särskilt s. 82: "Bevislättnader har blivit så vanliga i tvistemål att man kan ifrågasätta om HD:s uttalanden om ett normalbeviskrav numer kan utgöra något egentligt argument mot att sänka beviskravet när det föreligger sådana bevis-sänkningsskäl som HD godtagit i sin praxis, t.ex. bevissvårigheter."

kravet i tvistemål³² medan Lindell har förordat ett läge beviskrav i allmänhet (sannolikt).³³

Det finns uttalanden i Högsta domstolens praxis som möjligen kan uppfattas på så sätt att beviskravet är sannolikhetsövervikt och inte styrkt, men det är svårt att dra några säkra slutsatser.³⁴ I linje med detta har det i doktrinen framförts att Högsta domstolen inte lämnat några bestämda svar gällande relevanta beviskrav.³⁵

Ett krav på att gäldenärens skulder ska vara *styrkta* framstår enligt min uppfattning som alltför strängt med tanke på att en insolvensbedömning innefattar en bedömning av i princip hela gäldenärens ekonomi och att en utredning som skulle tillgodose beviskravet ”styrkt” blir ohanterlig och i praktiken inte kan upprätthållas om bedömningen gäller en större näringsverksamhet.³⁶ Ett sådant krav framstår också som säreget med tanke på att bedömningen av övriga komponenter i

³² Se Heuman, a.a., s. 176 och Mellqvist och Welamson, a.a., s. 69 ff. Se även Lenander, a.a., s. 143. Welamson har som argument för en tillämpning av det normala beviskravet i tvistemål vid insolvensbedömningar enligt 2 kap. KL anfört att det är meningslöst att försätta en gäldenär i konkurs när dennes skulder inte kommer att bli bevisade och fordringsanspråken därmed kommer att ogillas, se Mellqvist och Welamson, a.a. s. 70. För egen del finner jag inte argumentet övertygande. De flesta skulder blir inte prövade i civilprocess och de skulder som bevakas i en konkurs blir i de flesta fall inte heller föremål för anmärkning, eftersom förvaltaren inte har någon skyldighet att göra en djupgående granskning av varje bevakning, jfr 9 kap. 9 § KL. I sistnämnda förfarande brukar dessa bevakningar i regel godtas utan att de är styrka. I viktiga typfall, såsom gällande vissa anspråk på skatt, tillämpas ett lägre beviskrav än ”styrkt” av förvaltningsdomstolarna. Någon bedömning av alla gäldenärens skulder utifrån de ordinära beviskraven i civilprocesser kan därmed i regel inte förväntas i samband med en konkurs.

³³ Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, 1987, s. 317 ff., särskilt s. 330 och densamme, Insolvensbedömningen, i SvJT 1989 s. 131 ff.

³⁴ Se följande exempel: NJA 1981 s. 395: ”Med hänsyn härtill och till vad som eljest framkommit angående omfattningen av uppkomna skador måste det bedömas som osannolikt att skadeståndet kan komma att nedsättas i så betydande mån, att B.K. — med beaktande av vad de nämnda verkställighetsåtgärderna och utredningen i övrigt utvisar angående hans betalningsförmåga — kan till fullo gälda skadeståndet. Han måste därför anses vara på obestånd.” NJA 1989 s. 378: ”Det är emellertid, även med beaktande av att Starolf inskränkt sin talan i HovR:n, inte möjligt att på detta underlag göra något grundat antagande om skadeståndsmålets slutliga utgång. Det i förevarande mål åberopade materialet tillåter sålunda inte den bedömningen att det är osannolikt att Starolf vid den slutliga prövningen kommer att befrias från skyldighet att utge ersättning till L-E.S. för rättegångskostnader. I enlighet med det synsätt som kommit till uttryck i rättsfallet NJA 1981 s. 395 finner HD därför att L-E.S. inte förmått visa att Starolf är på obestånd.” NJA 2019 s. 119 (tingsrätten, till vars bedömning Högsta domstolen anslöt sig). Det kan dock inte uteslutas att domstolarna i de citerade skälen enbart uttalat sig på ett allmänt hållet sätt (insolvensprognosen är en sannolikhetsbedömning) eller syftat på exempelvis en s.k. falsk bevisbörda (jfr NJA 2007 N 34).

³⁵ Se Heuman, a.a., s. 176.

³⁶ Det bör exempelvis inte accepteras att en förhandling enligt 2 kap. KL för prövning av konkursansökan genomförs i form av en huvudförhandling som pågår i veckor eller månader, vilket kan vara fallet med en omfattande civilprocess. Liknande hänsyn gör sig i viss mån också gällande i tvister om återvinning i konkurs. Ifall återvinningskäranden skulle behöva styrka varje enskild skuld, så hade detta skapat incitament för återvinningsvarande att försöka undgå återvinning genom att förneka existensen av varje enskild skuld i konkursen. Återvinningsvaranden skulle på så sätt kunna lägga hinder i vägen för återvinningstalan genom att skapa felriktade incitament och risker för oproportionerligt stora kostnader.

gäldenärens ekonomi förutsätter med nödvändighet mer eller mindre väl underbyggda antaganden samt samlade och summariska bedömningar av en rad faktorer, även i fall där dessa är tvistiga.³⁷

Ett lägre beviskrav än *styrkt* kan förefalla som en långtgående begränsning av rättssäkerheten vid prövningen av en konkursansökan, särskilt mot bakgrund av de omfattande konsekvenser som ett konkursbeslut medför. Problemet med låga beviskrav balanseras i nämnda fall i allmänhet dels av att en konkurssökande måste styrka sin behörighet och därmed styrka sin fordran, dels av att gäldenären kan förebibringa motbevisning.³⁸ Mycket omfattande och komplicerade tvister kan av praktiska skäl inte hanteras i ett förfarande enligt 2 kap. KL, vilket måste gå ut över konkurssökanden som inte säkerställt en lagakraftägande dom eller underlag för en lagstadgad presumtion.³⁹

Samma problem med lägre beviskrav är inte lika stora vid insolvensbedömningar enligt 4 kap. KL bland annat eftersom det ordinära beviskravet i tvistemål gäller för rekvisitet ond tro om insolvens.⁴⁰ Det sistnämnda rekvisitet är oftast det som medför de mest långtgående begränsningarna av förutsättningar för att återvinna transaktioner som till exempel betalningar. De negativa effekterna av ett lägre beviskrav uppkommer därmed primärt vid återvinning mot närstående till gäldenären på grund av presumptionsreglerna i 4 kap. 5 § KL. Problemet är dock begränsat eftersom närstående till gäldenären typiskt sett kan förväntas ha kännedom om gäldenärens ekonomi och dessa är vid till-

³⁷ Jfr Lindell, a.a., s. 321.

³⁸ Lägre beviskrav blir dock särskilt problematiskt i fall när borgenärens fordringsanspråk inte blivit slutligt fastställda i lagakraftägande dom och även åberopas som huvudargument till styrkande av gäldenärens insolvens. Lägre beviskrav skapar i sådana fall incitament för enskilda borgenärer att använda konkursansökan som en inkassoåtgärd eller av processtaktiska skäl. Eftersom handläggningen av civilprocesser är relativt långsam, i förhållande till prövningar av konkursansökningar, kan det ofta vara lockande för en borgenär att söka avgöra en tvist om fordran genom att ansöka om att gäldenären ska försättas i konkurs. En sådan åtgärd är på grund av konkursinstitutets ingripande verkningar ofta ett effektivt påtryckningsmedel för att förmå gäldenären att betala. Förfarandet för prövning av konkursansökningar är emellertid inte avsett för att åstadkomma specialexekution. Problemet med att konkursansökningar användas som inkassoåtgärd kan inte i alla fall lösas genom krav på att borgenären ska styrka sin behörighet. Detta eftersom borgenären ofta kan styrka sin behörighet genom att bevisa en av flera fordringar och därmed utnyttja förhållandet att ett lägre beviskrav gäller för övriga fordringar. För att undvika nämnda problem och motverka att konkursansökningar används som inkassoåtgärder förefaller det som mest ändamålsenligt att göra ett undantag och tillämpa det normala kravet i tvistemål när det gäller alla konkurssökandens egna fordringsanspråk. Det bör dock noteras att en stor del av konkursansökningar rör Skatteverkets fordringar och att beviskravet inom skatteförfarandet i allmänhet är lägre än det ordinära beviskravet i tvistemål, vilket gör det i praktiken svårt att upprätthålla ett högre krav vid insolvensbedömningar enligt 2 kap. KL.

³⁹ Det bör noteras att rättegångsbalken enligt 16 kap. 2 § KL endast gäller i tillämpliga delar såvitt avser konkursärenden. Ärendenas beskaffenhet motiverar avsteg från rättegångsbalkens bestämmelser i fall som de i brödtexten nämnda. Frågan om hanteringen av stora tvister i förfarandet för prövning av konkursansökan kan av utrymmesskäl inte behandlas här. Jag avser att återkomma till frågan i ett annat sammanhang.

⁴⁰ Det bör dock noteras att en återvinningsvarande kan ha en undersökningsplikt, se NJA 2017 s. 882 och t.ex. Lennander, a.a., s. 150 f.

lämpningen av nämnda stadgande inte lika skyddsvärda som utomstående parter.⁴¹

5 Om tillvägagångssättet vid prövningen av tvistiga skulder inom ramen för en insolvensbedömning

5.1 Allmänt

Eftersom insolvensbegreppet enligt uttalanden i praxis är detsamma inom flera rättsområden ligger det nära till hands att anta att utgångspunkten bör vara att tvistiga skulder ska prövas på samma sätt vid alla insolvensbedömningar. I detta avsnitt undersöks om det förhåller sig på det sättet. Med hänsyn till rättskällematerialet görs det nedan en tentativ åtskillnad mellan situationen att insolvensbedömningen ska ta sikte på gäldenärens fortsatta betalningsförmåga och gäldenärens historiska betalningsförmåga.

När det gäller *insolvensbedömningar som tar sikte på gäldenärens fortsatta betalningsförmåga* finns relativt god vägledning i rättskällorna. Om utgången av en insolvensbedömning enligt 2 kap. KL är beroende av existensen eller storleken av en skuld som fastställts i ett icke-lagakraftägande avgörande åligger det den domstol som ska göra en insolvensbedömning att pröva existensen och storleken av den tvistiga skulden.⁴² Ett icke-lagakraftägande avgörande gällande skulden kan då inte läggas till grund för insolvensbedömningen. Skuldens existens och storlek ska istället prövas självständigt på grundval av det i konkursärendet föreliggande materialet.⁴³

Rättegångskostnadsfordringar fastställda i icke-lagakraftägande domar, som åberopas till grund för att gäldenären är insolvent, får också prövas självständigt beroende på utgången i huvudsaken i relevant rättegång.⁴⁴

Det kan noteras att det har framhållits i doktrinen att domstolar har en tendens att bortse från tvistiga skulder vid prövningen av konkurs-

⁴¹ Det skulle kunna övervägas att enbart uppställa beviskravet styrkt i fall där utgången av insolvensbedömningen är beroende av en enda skuld. En sådan regel är dock ägnad att skapa gränsdragningssvårigheter och blir i praktiken inte effektiv. Jfr not 31 och 38 ovan.

⁴² Se t.ex. SOU 1970:75 s. 91. Se även t.ex. NJA 1956 s. 417, NJA 1989 s. 378, NJA 1981 s. 395, NJA 1992 s. 280 och NJA 2019 s. 119.

⁴³ Se t.ex. föregående not och särskilt, NJA 1956 s. 417, NJA 1981 s. 395 och NJA 1989 s. 378. Detta har gällt även vid tiden för 1921 års konkurslag. Se t.ex. Lejman, Om betalningsoförmåga såsom konkursgrund, SvJT 1941, s. 529 ff., s. 537 och Welamson, a.a., s. 54 och uttalanden i KL:s äldre förarbeten, Förslag till konkurslag m.m., 1911, s. 186 f. Det förhållandet att det ska göras en självständig prövning av skulder fastställda i icke-lagakraftägande domar hindrar inte att dessa domar tillmäts bevisbetydelse. Jfr NJA 2015 s. 141 p. 11, 12, 19 och 20, NJA 2015 s. 346 p. 10 och NJA 2023 s. 680 p. 27.

⁴⁴ Se NJA 1989 s. 378. Det förhållandet att fordringar avseende rättegångskostnader anses uppkomma successivt vid tillämpning av t.ex. 5 kap. 1 § KL eller 13 kap. 7 § rättegångsbalken saknar betydelse i förevarande sammanhang eftersom det är ett annat rättsligt spørsmål som ska avgöras på grundval andra ändamålsskäl, jfr NJA 2009 s. 291. För en annan uppfattning, se Lood, Fortsatta rättegångskostnadsansvar, latent skuld i konkursrättslig mening?, JT 2012–13, s. 989 ff.

ansökningar.⁴⁵ Detta torde dock inte bero på någon specifik regeltolkning utan på att det ofta är förenat med svårigheter att i ett summariskt förfarande, såsom förfarandet för prövning av konkursansökan, förbringa allt processmaterial och bevisning som kan åberopas i en ordinarie civilprocess.⁴⁶ Resultatet blir då ofta att den som åberopar en tvistig skuld inte anses ha förmått bevisa dennas existens eller storlek.

När det sedan gäller *prövningen av gäldenärens historiska betalningsförmåga* är rättsläget vid en första anblick mer svårtytt. Det är dock klart att tvistiga skulder beaktas i insolvensbedömningar som gäller gäldenärens historiska betalningsförmåga.⁴⁷

När sådana insolvensbedömningar genomförs är det i princip möjligt att utreda omfattningen av gäldenärens betalningsdröjsmål efter den relevanta tidpunkten, resultatet av gäldenärens förvaltningsåtgärder och utfallet i gäldenärens tvister om gäldenärens tillgångar och skulder. Detta ger upphov till frågan om på vilket sätt en prognosbedömning ska göras i efterhand. Ett första alternativ är att utgå från vad som framkommit i efterhand, det vill säga att utgå från "facit" (*facitbedömning*). Ett andra alternativ är utgå från en eventuell faktisk bedömning som eventuellt gjorts vid eller i anslutning till det relevanta tillfället (*subjektiv prognosbedömning*). Ett tredje alternativ är att utgå från en fiktiv bedömning med utgångspunkt från vad som hade kunnat bedömas vid den relevanta tidpunkten (*objektiv prognosbedömning*).

Det kan utan någon mer ingående undersökning konstateras att en subjektiv prognosbedömning inte är aktuell. En sådan prognosbedömning passar illa med utformningen av relevanta regler, exempelvis reglerna om återvinning i konkurs,⁴⁸ och har inte stöd i rättskällorna.⁴⁹ Frågan är därmed om det ska göras en facitbedömning eller en objektiv prognosbedömning.

Stöd för en objektiv prognosbedömning kan hämtas i förarbeten till ändringar i 11 kap. brottsbalken.⁵⁰ I doktrinen har flera författare framhållit att insolvensbedömningen ska vara objektiv.⁵¹ Detta har också

⁴⁵ Se Renman, a.a., s. 164.

⁴⁶ Jfr t.ex. NJA 1989 s. 378 och SOU 1970:75 s. 91.

⁴⁷ Se särskilt nedan angående NJA 2003 s. 37.

⁴⁸ Det kan noteras att en subjektiv prognosbedömning inte är förenlig med lagstiftarens intentioner om att regeln i 4 kap. 10 § KL ska vara objektiv och därmed inte kräva bevisning om ond tro. Jfr SOU 1970:75 s. 128 f. och 240. Den subjektiva återvinningsregeln i 4 kap. 5 § KL innehåller vidare redan rekvisit som tar sikte på ond tro om insolvens, varför subjektiva rekvisit i insolvensbedömningen skulle skapa en icke ändamålsenlig överlappning mellan rekvisiten i paragrafen och göra rekvisitet gällande ond tro i princip överflödigt. Jfr också Lennander, a.a., s. 144 f. Det kan även nämnas att en faktiskt genomförd bedömning sällan är upprättad vid de tidpunkter som är relevanta och ofta inte heller är dokumenterad och möjlig att kontrollera i efterhand.

⁴⁹ Se härom längre ned. Jfr dock Hägge, Obeståndstidpunkten, JT 2014–15, s. 233.

⁵⁰ Se prop. 1985/86:30, s. 22 och 23.

⁵¹ Se t.ex. Heuman, Föreligger obestånd då gäldenären kunnat betala sina skulder endast på grund av begångna brott?, JT 1994–95 s. 737 ff., Hägge, a.a., s. 233 ff., Lennander, a.a., s. 145 och densamma, Tillfällig betalningsoförmåga. Några frågor angående insolvens, Insolvensrättslig tidskrift 2020, s. 9 ff., se s. 14, Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden: Ett urval från åren 1989–2015, 2016, s. 681 och densamme,

uttryckts i termer av att det faktiska utfallet endast har en begränsad bevisbetydelse.⁵²

Rättsläget kan emellertid sägas ha förmörkats av vad som i doktrinen beskrivits som en motstridig rättspraxis.⁵³ Rättsfallet NJA 2003 s. 37 ”Hjärtervägen” har sagts ge stöd för en facitbedömning medan annan praxis, NJA 2013 s. 822 ”Suderbagaren”, har sagts ge stöd för att det ska göras en objektiv prognosbedömning. Denna uppfattade motstridighet i praxis undersöks närmare genom en analys av tre centrala rättsfall på området — de två nämnda och NJA 1994 s. 336 ”Gusum”.

5.2 NJA 1994 s. 336 ”Gusum”

Ett omdiskuterat rättsfall som rör genomförandet av insolvensbedömningar är NJA 1994 s. 336 ”Gusum” där målet i Högsta domstolen rörde ett åtal mot bolagsföreträdare, på grund av grov oredlighet mot borgenärer och skadeståndsansvar på grund av nämnda brott. Den gärning som åtalet tog sikte på var att det i konkursbolaget Gusum Bruk AB hade beslutats om aktieutdelningar under flera år, efter det att bolaget blivit insolvent, och att bolaget genom dessa hade avhänt sig tillgångar till skada för konkursborgenärerna. En förutsättning för straffansvar var därmed att bolaget hade varit insolvent.

Högsta domstolen fann i sin dom att bolaget hade betalat sina löpande skulder under de åren då utdelningar beslutades och att detta fick anses ha berott på att bolaget med stöd av vilseledande årsredovisningar kunde utnyttja kreditmöjligheter som annars inte skulle ha stått till buds samt att det fanns grundad anledning att anta att bolagets kreditgivare inte skulle få kännedom om att årsredovisningarna var vilseledande. Domstolen fann att bolaget inte hade varit insolvent, eftersom det hade haft förmåga att i normal ordning betala förfallande skulder och att det i princip saknade betydelse på vilket sätt gäldenären erhöll medel till sådana betalningar.

1994 års fall har utsatts för kritik från flera håll.⁵⁴ En invändning som framförts mot Högsta domstolens bedömning har rört förhållandet att fordringar som uppkommer på grund av kreditbedrägeri är omedelbart förfallna till betalning. Ett bolag som finansierar sin verksamhet genom denna typ av brott kan därför i praktiken inte betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning. En insolvens är därmed oundviklig, i vart fall på längre sikt.⁵⁵ Denna invändning framstår vid en första anblick som mycket stark.

Högsta domstolen hade emellertid beaktat de nämnda förhållandena men valde istället att fästa avseende vid att de borgenärer som

Styrelseansvar för bolagsskada vid fortsatt drift av insolventa aktiebolag, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 528, Renman, a.a., s. 165 ff.

⁵² Se Heuman, a.a., s. 738.

⁵³ Se t.ex. Renman, a.a., s. 165 ff. och vidare i efterföljande avsnitt.

⁵⁴ Se t.ex. Heuman, a.a., s. 737 ff., och se även Hulterström, JT 1996–96 s. 228 ff. Jfr även Hägge, a.a., s. 233 ff. och uttalanden i KL:s äldre förarbeten angående utländsk rätt, se Förslag till konkurslag m.m., 1911, s. 140.

⁵⁵ Se härom Hulterström, JT 1996–96 s. 228 ff.

skulle ha utsatts för vilseledande inte kunde förväntas driva in sina fordringar i den takt som dessa förföll till betalning och att bolaget därmed inte behövde betala alla sina förfallna skulder. De skulder som uppkom genom vilseledande var därmed inte ägnade att leda till ett utflöde av resurser från bolaget. Högsta domstolens insolvensbedömning kom därmed att bygga på gäldenärens möjligheter att betala de skulder som gjordes gällande och inte gäldenärens möjligheter att betala alla de skulder som rättsligt sett var förfallna till betalning. Denna bedömning kan sägas ligga i linje med att insolvensbedömningen ska bygga på en prognos om gäldenärens betalningsförmåga.

Av störst intresse i förvarande sammanhang är emellertid att rättsfallet ger ett tydligt stöd för att en insolvensbedömning som görs i efterhand, avseende tiden vid en viss rättshandling, ska grundas på det som var känt om gäldenärens faktiska möjligheter att betala sina skulder löpande, dvs. en objektiv prognosbedömning, och inte på en facitbedömning av gäldenärens förmåga att betala skulder på sikt. Detta framgår tydligt av att gäldenären vid en facitbedömning skulle ha ansetts varit insolvent så snart gäldenären började finansiera sin verksamhet genom att ta upp krediter genom vilseledande. Vid tiden för Högsta domstolens bedömning var det nämligen utrett att det aktuella bolaget hade finansierats genom vilseledande av konkursborgenärerna.

5.3 NJA 2003 s. 37 "Hjärtervägen"

Rättsfallet NJA 2003 s. 37 "Hjärtervägen" gällde återvinning enligt 4 kap. 5 § KL av överlåtelse av andelar i ett handelsbolag, från återvinningsvaranden som var gäldenärens moderbolag.

Omständigheterna i fallet var i korthet följande. Gäldenären hade i maj 1988 gjort en realisationsvinst om ca 50 miljoner kronor. Senare i december samma år köpte gäldenären andelar i ett handelsbolag för ca 50 miljoner kronor. Samma månad förvärvade handelsbolaget filmrättigheter för drygt 136 miljoner kronor vilka omedelbart skrevs av. Handelsbolaget redovisade därför ett underskott på drygt 136 miljoner kronor för räkenskapsåret 1988. Underskottet kom att fördelas mellan delägarna i handelsbolaget, bland annat gäldenären. Gäldenären yrkade i juli 1989 avdrag i sin deklaration för inkomståret 1988 med ca 50 miljoner kronor. En skatterevision inleddes i augusti/september 1989. Gäldenären sålde i december 1989 sina andelar i handelsbolaget till en närstående för 100 kronor. Skatteverket fann under år 1990 att avdragsrätt inte skulle medges. Gäldenären påfördes senare i en dom från kammarrätt ca 41 miljoner kronor i skatt och försattes i konkurs 1995, kort efter att domen hade vunnit laga kraft.

Återvinningskäranden i NJA 2003 s. 37 gjorde gällande att gäldenären hade varit insolvent vid tiden för försäljningen av andelarna. Återvinningsvaranden gjorde däremot gällande att insolvensen hade inträtt senare och föranletts av utgången i skattemålet samt att det hade funnits fog för uppfattningen att det fanns en rätt till förlustavdrag, på

grund av ett avgörande från Regeringsrätten och eftersom revisorn i handelsbolaget hade godtagit avskrivningen.

Högsta domstolen fann att den aktuella skatteskulden hade uppkommit vid utgången av år 1988 eftersom skatteskulder i konkursrättsliga sammanhang anses uppkomma i och med beskattningsårets utgång. Domstolen bedömde därför att insolvensen hade inträtt redan vid utgången av 1988 trots att skatteskulden blev slutligt fastställd först flera år senare. Domstolen fann även att övriga rekvisitet för återvinning var för handen och att andelarna alltså kunde återvinnas.

Det har sagts att Högsta domstolen gjorde en facitbedömning.⁵⁶ Det sätt på vilket domskälen är strukturerade talar möjligen i den riktningen. Det bör dock noteras att Högsta domstolen gjorde en bedömning av de specifika omständigheter som låg till grund för existensen av den tvistiga skulden och även av återvinningssvarendens invändningar gällande denna. Domstolen kom också fram till att det vid tiden för transaktionen kunde bedömas föreligga en beaktansvärd risk för att den omedelbara avskrivningen av filmrättigheterna inte skulle komma att godtas av skattemyndigheterna och att gäldenären skulle komma att påföras en skatteskuld. Det sätt på vilket domskälen är utformade indikerar vidare att domstolen ansåg att förvärvet av filmrättigheterna var en skentransaktion som syftade till ett undandragande av tillgångar. Rättsfallet ger därför inte något tydligt stöd för att insolvensbedömningar som görs i efterhand ska baseras på en facitbedömning, utan kan i själva verket uppfattas ge stöd för den motsatta regel, dvs. att insolvensbedömningen ska vara objektiv.

5.4 NJA 2013 s. 822 "Suderbagaren"

Rättsfallet NJA 2013 s. 822 "Suderbagaren" gällde åtal för oredlighet mot borgenärer alternativt gynnande av borgenär. Enligt åtalet hade ägaren av ett aktiebolag före bolagets konkurs betalat ut upparbetad lön till sig själv när bolaget, enligt åtalet, skulle ha varit insolvent. Den åtalade ägaren invände i målet att bolaget inte hade varit insolvent och att det skulle ha intäkter av sådan storlek att bolaget kunde betala sina skulder om det inte hade varit för att han hade blivit sjuk.

Högsta domstolen konstaterade inledningsvis i sina domskäl att det straffrättsliga insolvensbegreppet svarar mot det konkursrättsliga och att en insolvensbedömning innefattar en prognos:

Obeståndsbedömningen är framåtblickande och innefattar en prognos. Att en gäldenär vid en viss tidpunkt inte kan infria sina skulder rätttidigt nödvändiggör inte att han är att anse som insolvent. I form av en prognosbedömning måste prövas huruvida det med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi inom en godtagbar tid kan förväntas ha så förbättrats att han kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning. Först om så inte är fallet föreligger insolvens.

⁵⁶ Det har därför argumenterats för att det är oklart vilket prejudikatvärde 2003 års rättsfall har idag och att det möjligen är överspelat. Se Renman, a.a., s. 164 f.

Det är av särskilt intresse att insolvensbedömningen i rättsfallet tog sikte på förfluten tid. Högsta domstolen kom genom det citerade uttalandet att tydligt markera att en prognos skulle ske med utgångspunkt från vad som var känt vid tidpunkten som insolvensbedömningen tog sikte på och inte med utgångspunkt från vad som senare blivit känt.

Högsta domstolen kom därefter att gå igenom de konkreta omständigheter, vid tiden för uttaget av lön, vilka talade för att bolaget inte kunde förväntas betala sina skulder löpande. Det framgår tydligt av skälen att Högsta domstolen beaktade vad som var känt vid tiden för uttaget av lön men inte vad som senare hade blivit känt. Rättsfallet ger på så sätt ett klart stöd för att insolvensbedömningen är objektiv och att någon facitbedömning inte ska ske.

5.5 Vilka slutsatser kan man dra av praxis?

De rättsfall som analyserats i denna artikel visar att praxis ger stöd för att en prognosbedömning som gäller *gäldenärens historiska betalningsförmåga* ska baseras på vad som varit känt vid den tidpunkt som insolvensbedömningen tar sikte på. Detta innefattar även rimliga antaganden som kan göras om framtiden vid den tidpunkten. Det ska enligt den terminologi som använts i denna artikel göras en *objektiv prognosbedömning* och inte någon bedömning utifrån vad som senare blivit känt (*facitbedömning*). Genomgången visar också att rättsfallet NJA 2003 s. 37 ”Hjärtervägen” inte ger något klart stöd för ståndpunkten att det ska ske en facitbedömning utan kan tas till intäkt för att bedömningen ska vara objektiv. Detta innebär, sett i kontext av andra rättskällor, att när det görs en insolvensbedömning som tar sikte på gäldenärens historiska betalningsförmåga, har civildomar gällande tvistiga skulder, meddelade efter den för insolvensbedömningen relevanta tidpunkten, inte någon avgörande betydelse för insolvensbedömningen.

Det framgår också av praxis att insolvensbedömningen ska ta sikte på gäldenärens faktiska möjligheter att betala de förfallna skulder som görs gällande mot denne och inte gäldenärens möjligheter att betala alla rättsligt sett förfallna skulder.

Det är mot bakgrund av ovan angivna slutsatser intressant att notera att Högsta domstolen har i ett relativt nytt avgörande NJA 2023 s. 779 ”Foxhouse Holding” tagit ställning till frågan hur tvistiga skulder ska beaktas enligt regler i 17 kap. ABL om olagliga värdeöverföringar. Domstolen fastslog i avgörandet att en bedömning gällande om en vinstutdelning är tillåten eller inte enligt beloppsspärren och försiktighetsregeln 17 kap. 3 § ABL ska göras med utgångspunkt i den information som var tillgänglig för bolaget vid beslutet om vinstutdelning. Bedömningen bör enligt Högsta domstolen ta sikte på om det vid nämnda tidpunkt borde ha gjorts en avsättning för någon förpliktelse baserat på om det, objektivt sett, framstod som sannolikt att ett utflöde av resurser skulle komma att krävas för att reglera förpliktelsen. Domstolen beaktade vid sin bedömning inte enbart om den inträffade

händelsen rättsligt sett innebar att bolaget blev skadeståndsskyldigt utan också hur sannolikt det var vid den aktuella tidpunkten att bolaget skulle behöva infria en sådan eventuell skadeståndsskyldighet.

Även om avgörandet i NJA 2023 s. 779 ”Foxhouse Holding” inte är ett prejudikat gällande insolvensbedömningar kan en tillämpning av den aktiebolagsrättsliga försiktighetsregeln innefatta en insolvensbedömning. Båda regelverken innefattar också en avvägning mellan borgenärsintressen och omsättningens intresse. Det framstår därför inte som särskilt långsökt att anta att tvistiga skulder ska beaktas på likvärdigt sätt enligt båda de nämnda regelverken. Avgörandet i 2023 års fall ger därmed stöd för att insolvensbedömningar ska göras utifrån de omständigheter som är kända vid tiden för relevant disposition och att det därmed inte ska göras någon facitbedömning.

6 Om tidsaspekter vid insolvensbedömningar

En fråga som ofta aktualiseras när det pågår en tvist om en skuld som är av avgörande betydelse för om gäldenären är solvent eller inte, är hur länge gäldenären kan dröja med att betala den tvistiga skulden utan att anses som insolvent. Svaret på frågan är klart i så måtto att om det är utrett att gäldenären under den period som är relevant för insolvensbedömningen har förmåga att betala den tvistiga skulden är gäldenären inte insolvent.⁵⁷ Detta gäller både vid bedömningen av gäldenärens framtida betalningsförmåga och gäldenärens historiska betalningsförmåga. Det sagda gäller också oavsett hur länge gäldenären väntat med att betala den tvistiga skulden. Insolvensbedömningar tar nämligen sikte på betalningsoförmåga och inte betalningsovilja.

En fråga som ligger nära den nyss behandlade och som inte är lika enkel att besvara är hur lång tid en gäldenär kan vara oförmögen att betala sina skulder, tvistiga och otvistiga, innan betalningsoförmågan ska anses som icke tillfällig och därmed föranleda att gäldenären anses insolvent.

Innan denna fråga analyseras närmare ska dock påpekas att det i praktiken kan föreligga svårigheter att vid en insolvensbedömning skilja på de två nämnda frågorna. Gäldenärens underlåtenhet att betala en tvistig skuld, som senare blir bevisad, kan nämligen utgöra ett indicium på att gäldenären inte haft *förmåga* att betala skulden. En försiktighet bör dock iaktas när gäldenärens underlåtenhet att betala en skuld tas till intäkt för oförmåga att betala skulden. Den omständigheten att gäldenären under ett års tid inte betalat en skuld som varit föremål för rättegång säger, utan en närmare kontext, inte mycket om gäldenärens betalningsförmåga. Gäldenären kan ha invändningar mot betalning, som är eller framstått som materiellt riktiga och även i övrigt ha legitima skäl för att inte betala en tvistig skuld, exempelvis ett

⁵⁷ Jfr Welamson, a.a., s. 48. Se även t.ex. Svea hovrätt, avd. 10, beslut 2004-06-04 i mål nr ÖÅ 2837-04, där en gäldenär som sedan fyra års tid hade en större obetald skatteskuld inte bedömdes som insolvent eftersom denne kunde erhålla ett lån av sin hustru.

intresse av att inte behöva utsättas för kreditrisken gällande motpartens betalningsförmåga. Skulden kan också ha varit liten eller inte betalats av förbiseende. Det kan vidare vara av betydelse att borgenären tidigare tolererat längre betalningsdröjsmål eller gett intrycket att skulden inte skulle göras gällande.

Det ska härutöver noteras att det kan föreligga särskilda svårigheter att i efterhand bevisa att gäldenären haft förmåga att betala en skuld som under en längre tid lämnats obetald. Det kan exempelvis vara svårt för gäldenären att bevisa att det funnits möjligheter att erhålla en kredit när gäldenären inte vidtagit åtgärder för att erhålla en sådan, på grund av att gäldenären bedömt sig inte ha någon skuld som behövt betalas.

Låt oss återgå till frågan om vad som ska anses som en sådan icke-tillfällig betalningsoförmåga som medför att gäldenären anses som insolvent. Definitionen av insolvens i 1 kap. 2 § KL anger inte hur långt fram i tiden en prognos avseende gäldenärens betalningsförmåga ska sträcka sig och därmed inte vad som enbart kan anses vara en tillfällig betalningsoförmåga. Vid bedömningen av hur lång betalningsoförmåga som kan accepteras innan gäldenären anses insolvent ska beaktas att intresset av att borgenärerna får betalt i rätt tid ligger till grund för utformningen av insolvens som konkursgrund.⁵⁸ Enligt uttalanden i förarbetena till KL kan en ”längre” tids betalningsoförmåga inte godtagas.⁵⁹

I doktrinen har framförts att någon exakt tidsgräns för hur långt betalningsdröjsmål som kan godtas som endast ”tillfälligt” inte kan fastställas samt att en bedömning får göras i det enskilda fallet.⁶⁰ Praxis erbjuder dock en viss ledning i frågan om vad som kan anses som en tillfällig betalningsoförmåga som inte innebär insolvens.

I rättsfallet RH 1993:137, som gällde prövningen av en konkursansökan, fann hovrätten att gäldenären vid tillfället inte rätteligen kunde betala sin skuld. Gäldenären befanns i och för sig ha möjligheter att skaffa medel därtill genom att antingen sälja sina fastigheter eller belåna dessa. Det var emellertid utrett i målet att det skulle ta lång tid, åtminstone ett år, att sälja fastigheterna till rimligt pris. Hovrätten fann att en så lång betalningsoförmåga inte kunde hållas för att vara endast tillfällig.

⁵⁸ Se Förslag till konkurslag m.m., 1911, s. 138 och 170 f.

⁵⁹ Se SOU 1970:75, s. 75: ”Det har inte funnits lämpligt att ange någon bestämd tid som förutsättning för att betalningsoförmågan skall anses endast tillfällig. Saken får bedömas efter de föreliggande omständigheterna i det särskilda fallet. Bl. a. får beaktas vad som är brukligt inom den bransch som gäldenärens verksamhet tillhör, t. ex. om verksamheten är mycket säsongbetonad. Med hänsyn till borgenärernas intressen bör emellertid någon längre tids betalningsoförmåga inte godtagas.”

⁶⁰ Se t.ex. Renman, a.a., s. 158 f. och Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden: Ett urval från åren 1989–2015, 2016, s. 681 samt densamme, Styrelseansvar för bolagsskada vid fortsatt drift av insolventa aktiebolag, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 528. Se även Hedström och Selander, a.a., s. 191 ff., som argumenterat mot att det skulle finnas en tumregel.

Ett annat relevant hovrättsavgörande är RH 2006:9. Det gällde återvinning av gåva från närstående och även av en bodelning. Gåvan hade lämnats år 1990 och bodelning hade skett år 1992. Gäldenären försattes i konkurs mer än tio år efter rättshandlingarna. Vid bedömningen av om gäldenären hade varit insolvent under år 1991 och 1992 beaktades att gäldenären hade kunnat sälja vissa aktier inom tre till sex månader, till värden som innebar att gäldenären hade en nettoförmögenhet. Gäldenären befanns därför inte ha varit insolvent när gåvan respektive bodelningen hade ägt rum. En betalningsoförmåga under tre till sex månader kunde därmed anses vara tillfällig.

Det finns även två rättsfall från Högsta domstolen som är av relevans i förevarande sammanhang — NJA 2013 s. 822 och NJA 2019 s. 119.

NJA 2013 s. 822 gällde, som redogörs för i tidigare avsnitt, straffansvar för bolagsföreträdare, avseende borgenärsbrott begånget i juni 2007. Det relevanta bolaget saknade betalningsförmåga under våren 2007 när brottet begicks. Bolagets företrädare hävdade till sitt försvar att bolaget inte var insolvent eftersom bolaget skulle ha haft intäkter av sådan storlek, att bolagets skulder skulle kunna betalas i samband med räkenskapsårets utgång den 31 augusti om han inte hade varit sjuk. Högsta domstolen fann att även om det hade funnits fog för en sådan prognos, så skulle detta inte ha varit tillräckligt för att generera det överskott som var nödvändigt för att bolaget skulle kunna reglera sina skulder, varför bolaget bedömdes ha varit på obestånd. Domstolen kom alltså att göra en prognos med utgångspunkt från den relevanta tidpunkten och beaktande vad som kunde förväntas inträffa inom några månader från tidpunkten.

NJA 2019 s. 119 gällde prövningen av en konkursansökan. Gäldenären bedömdes vid tiden för prövningen av ansökan som oförmögen att betala sin skuld som sedan länge hade varit förfallen till betalning. Skulden hade blivit fastställd i en dom från april 2018. Gäldenären var dock samtidigt sufficient. Frågan kom därmed att handla om gäldenärens betalningsoförmåga var tillfällig. En central omständighet i målet var att gäldenärens tillgångar var utmäta och att en relevant exekutionstitel var föremål för process som skulle avgöras genom huvudförhandling i april 2019. Högsta domstolen prövade ansökan i mars 2019. Domstolen fann i sin prövning att även om gäldenären i april 2019 skulle befrias från sin betalningsskyldighet så skulle utmätningen kunna komma att bestå om den borgenär som hade exekutionstiteln överklagade avgörandet till Högsta domstolen. Gäldenären bedömdes därför inte kunna realisera sina tillgångar i sådan tid att dennes betalningsförmåga skulle anses som enbart tillfällig.

En slutsats som skulle kunna dras av nämnda rättsfall är att det skulle kunna uppställas en form av tumregel, med innebörden att en betalningsoförmåga om ett år inte kan anses som tillfällig men att en betalningsoförmåga som ligger i spannet om tre till sex månader skulle kunna vara det. Den slutsats som synes ha dragits av praxis i doktrinen

har formulerats på liknande sätt, där sex månader angetts som en tumregel.⁶¹

Den nämnda tumregeln förefaller enligt mig som en ändamålsenlig lösning när en insolvensbedömning görs i samband med prövningen av en konkursansökan. Indrivningen mot gäldenären har då typiskt sett redan pågått en längre tid och borgenärernas intresse av att kunna erhålla betalning gör sig starkt gällande. Här bör särskilt beaktas att det är svårt att göra antaganden om förhållanden som ligger längre fram i tiden. För egen del kan jag inte heller se några skäl till varför samma tumregel inte skulle kunna tillämpas vid en bedömning av gäldenärens historiska betalningsförmåga. För denna lösning talar även intresset av förutsebarhet vid insolvensbedömningar.⁶²

Redovisad rättspraxis ger vidare vid handen att tidigare betalningsdröjsmål har i sig en begränsad betydelse vid insolvensbedömningen, även om sådana omständigheter i och för sig i enskilda fall kan ha betydelse som bevis för att gäldenären inte har förmåga att göra rätt för sig för stunden eller framöver.⁶³ Enbart det förhållandet att gäldenären fram till den relevanta tidpunkten för insolvensbedömningen inte haft förmåga att betala en skuld är enligt praxis inte tillräckligt för att gäldenären ska anses som insolvent. Den tidigare beskrivna tumregeln

⁶¹ Se t.ex. Lennander, a.a., s. 144, Möller, Styrelseansvar för bolagsskada vid fortsatt drift av insolventa aktieföretag, Festschrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 528 och Renman, a.a., s. 158 f. Jfr dock Hedström och Selander, a.a., s. 192 ff.

⁶² Hedström och Selander, har argumenterat för att tiden som är relevant för prognosbedömningen "inte-endast-tillfällig-perioden" ska variera beroende på gäldenärens tillgångar, möjligheten till finansiering och andra faktorer, se a.a., s. 194 ff. Det bör dock beaktas att insolvensbedömningar redan är komplicerade. Att låta den period som är relevant för prognosen i bedömningen variera beroende på en rad faktiska omständigheter innebär i praktiken att det blir närmast omöjligt att förutse utgången av insolvensbedömningar.

⁶³ I NJA 2013 s. 822 och NJA 2019 s. 119 synes det vid den relevanta tidpunkten ha funnits äldre skulder som hade varit förfallna till betalning under en längre tid. I båda fallen kom Högsta domstolen ändå att undersöka om gäldenärens ekonomi kunde komma att förbättras inom ett antal månader. Jfr även NJA 1994 s. 366 "Gusum" där konkursbolaget måste anses ha haft förfallna skulder under lång tid. Jfr därutöver RH 1993:137. Praxis är därmed inte helt förenlig med det tidigare citerade uttalandet i förarbetena (SOU 1970:75, s. 75) om att man inte bör godta "längre tids betalningsoförmåga". Någon specifik regel om högre krav vid insolvensbedömningar p.g.a. tidigare insolvens har inte uppställts i praxis men förordats i doktrinen, se Hedström och Selander, a.a., s. 191 ff. Det argument som framförts (a.a., s. 196 f.) är som jag uppfattat bl.a. borgenärsintresset av rättidig betalning och att möjligheten att tillämpa återvinningsreglerna avsevärt försvåras om kortvariga förändringar i prognosen gällande gäldenärens betalningsförmåga, efter en längre tids insolvens, skulle kunna omintetgöra möjligheten till återvinning i en framtida konkurs. Det förhållandet att möjligheten att tillämpa återvinningsreglerna kan försvåras beroende på förändringar i prognoser gällande gäldenärens betalningsförmåga, är enligt min uppfattning inte något bärande argument i detta sammanhang, eftersom detta förhållande utgör en del av själva kärnan i utformningen av insolvensrekvisiten i 4 kap. KL. En insolvensbedömning innefattar vidare en helhetsbedömning av gäldenärens ekonomi. En regel som innebär att särskilda krav uppställs på hävning av insolvens skapar också säregna tröskeeffekter och ger upphov till incitament för parter att föra bevisning om insolvens vid i och för sig irrelevanta tidpunkter för att vinna fördelar vid bedömningen av förekomsten av insolvens vid relevanta tidpunkter, vilket är ägnat att komplicera och fördyra t.ex. återvinningsprocesser.

skulle därmed ha ett begränsat tillämpningsområde. Den torde inte kunna tillämpas på betalningsdröjsmål som förekommit före den relevanta tidpunkten.

Detta innebär att utfallet av en insolvensbedömning påverkas av vad som är den relevanta tidpunkten för insolvensbedömningen enligt den rättsregel som är aktuell i ett enskilt fall. Utgången av insolvensbedömningen vid tillämpningen av reglerna om återvinning i konkurs kan därmed påverkas av om bedömningen tar sikte på tidpunkten för en rättshandling alternativt tidpunkten då sakrättsligt skydd uppnås.⁶⁴

Det förhållandet att insolvensbedömningen är relativ kan därmed också motiveras av rättssäkerhetsskäl. Som anförts ovan är en underlåtenhet att betala en tvistig skuld inte i sig ett starkt indicium på obestånd och det kan föreligga särskilda svårigheter att i efterhand bevisa att en skuld som inte betalats hade kunnat bli betald.

I doktrinen har det i och för sig, med hänvisning till ovan redovisade förarbetsuttalanden, anförts att om en borgenär redan fått tåla ett längre betalningsdröjsmål som beror på betalningsoförmåga och inte på exempelvis tredska eller slarv, ska tyngdpunkten i insolvensbedömningen ligga på redan inträffade betalningsdröjsmål.⁶⁵ Förarbetsuttalandena är dock mycket allmänt hållna och bör mot bakgrund av tydlig praxis inte tillmätas någon avgörande betydelse vid bedömningen av innehållet i gällande rätt.

Det bör också beaktas att en prövning av gäldenärens insolvens när konkursbeslut överklagats ska ske med utgångspunkt i tidpunkten då ansökan prövas i överinstans.⁶⁶ Lagstiftaren måste därmed antas ha förutsatt att ett konkursbeslut kan hävas vid prövning i högsta instans. Lagstiftaren får därmed också anses ha utgått ifrån att gäldenären ska anses solvent trots att en längre tid förflutit från det att gäldenären förlorat rådigheten över sina tillgångar och på så sätt drabbats av en längre tids betalningsoförmåga. Även detta ger stöd för att tidigare betalningsdröjsmål inte ska tillmätas någon avgörande betydelse vid insolvensbedömningar.

Vad sedan gäller gäldenärens *prognosticerade insolvens* har det inte sällan anförts att den prognos som ska göras inte har någon absolut

⁶⁴ Det kan vid en första anblick förefalla ologiskt att insolvenstidpunkten är relativ, särskilt när det sker en bedömning av gäldenärens historiska betalningsförmåga. Det kunde tyckas att insolvenstidpunkten borde kunna fastställas objektivt en gång för alla när bedömningen tar sikte på redan inträffade betalningsdröjsmål. Insolvensen får emellertid, p.g.a. att den även innefattar en prognos, ses som ett skeende. Om en gäldenär som varit oförmögen att betala sina skulder under en lång tid, vid en viss tidpunkt får möjlighet att omedelbart eller inom några månader betala sina skulder, exempelvis på grund av ett erhållet eller förväntat arv, så är det naturligt att gäldenären inte längre anses vara insolvent, oberoende av tidigare betalningsdröjsmål. Jfr även Welamson, a.a., s. 48: "Har gäldenären vid tidpunkten för konkursansökningen prövning tillgångar, som kunna tagas i anspråk för den förfallna gäldenären utan att därigenom senare förfallande skulder äventyras, föreligger otvivelaktigt icke obestånd." Jfr dock Hedström och Selander, a.a., s. 196 ff.

⁶⁵ Se Renman, a.a., s. 158 f. och även Möller, a.a., s. 528 med hänvisning till SOU 1970:75 s. 75.

⁶⁶ Jfr 2 kap. 22 § KL och jfr även t.ex. NJA 2012 s. 97.

tidsgräns och att det avgörande istället är *säkerheten* i bedömningen.⁶⁷ Denna ståndpunkt är dock svår att förena med det tidigare refererade rättsfallet NJA 1994 s. 336 ”Gusum” där en gäldenär som finansierade sin verksamhet genom vilseledande och betalade sina skulder löpande befanns ha varit solvent, trots att det måste ha kunnat konstateras att gäldenären inte skulle ha förmåga att betala sina skulder på längre sikt.⁶⁸ Det kan dock med hänvisning till rättsfallet argumenteras för att bedömningen inte bör sträcka sig längre fram i tiden än ett eller två år.⁶⁹

En slutsats som kan dras är att den tidsperiod som är relevant varierar beroende på om insolvensbedömningar innefattar en bedömning av (i) tidigare betalningsoförmåga, (ii) konstaterad betalningsoförmåga vid den relevanta tidpunkten eller (iii) betalningsoförmåga som enbart är prognosticerad. Det sagda gäller även betalningsoförmåga som beror på tvistiga skulder.

⁶⁷ Se Edgren, a.a., s. 45, Lindskog och Olsson, Obeståndsrekvisitet i praktisk tillämpning, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund nr 7 1987, s. 395 f., Lood, Fortsatta rättegångskostnadsansvar; latent skuld i konkursrättslig mening?, JT 2012–13, s. 989 ff., Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden: Ett urval från åren 1989–2015, 2016, s. 681 samt densamme, Styrelseansvar för bolagsskada vid fortsatt drift av insolventa aktiebolag, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 528 f. I doktrinen har längden på prognosen ändå beskrivits i termer av ”något eller några år” in i framtiden och det har framförts att den inte ska blicka ”alltför långt in i en osäker framtid” eller längre fram än ”vad ett professionellt utfört budgetarbete kan visa om framtiden”. Se Möller, Styrelseansvar för bolagsskada vid fortsatt drift av insolventa aktiebolag, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 528 f. med hänvisning till uttalanden av Edgren, Renman, samt Welamson och Mellqvist.

⁶⁸ Jfr Hågge, a.a., s. 233 ff. Högsta domstolen anförde i och för sig att ”det inte funnits grundad anledning anta att bolagets kreditgivare skulle få kännedom om att årsredovisningarna var vilseledande”. Det är dock svårt att tro att Högsta domstolen skulle ha bedömt att gäldenären skulle kunna fortsätta att vilseleda sina kreditgivare i all oändlighet.

⁶⁹ Detta ligger även i linje med avgörandet i NJA 2003 s. 37. Det kan noteras att gäldenären av Högsta domstolen befanns ha varit insolvent vid utgången av år 1988 medan den skatteskuld som föranledde insolvensen kom att åberopas av Skatteverket redan det efterföljande året. Jfr även uttalanden i doktrinen till vilka det hänvisas i föregående not. I vissa fall kan det vara relativt klart att en gäldenär inte kommer att kunna betala sina skulder som kommer att förfalla till betalning först om några år. Pondera t.ex. att gäldenären är ett aktiebolag som har begränsade eller inga tillgångar och ingen verksamhet som genererar intäkter, men som har en skuld som kommer att förfalla till betalning om fem år. I det fallet kan det framstå som klart att gäldenären inte kommer att kunna göra rätt för sig och det skulle därför kunna argumenteras för att gäldenären ska kunna försättas i konkurs redan nu för att förhindra kapplöpning mellan borgenärerna och för att motverka återvinningsbara transaktioner. För egen del finner jag inte argumentet övertygande. Till en början ska beaktas att det är svårt att bedöma och att det därför är viktigt av rättssäkerhetsskäl att sätta en gräns för hur långt fram i tiden insolvensbedömningar ska sträcka sig. Möjligheten till återvinning enligt 4 kap. 5 § KL är vidare inte begränsad till transaktioner som skett när gäldenären redan varit insolvent (jfr ”indirekt insolvens”) och borgenärerna har vidare inte sällan möjlighet att använda sig av andra borgenärsskyddsregler, t.ex. reglerna i 17 kap. ABL. Gäldenärens borgenärer har därutöver även i nämnda scenario tillgång till olika remedier. Är det säkert att gäldenären inte kommer att kunna fullgöra sina avtalsförpliktelser kan dennes avtalsparter t.ex. göra gällande anteciperat kontraktsbrott. Särskilda problem uppkommer emellertid när gäldenärens medellöshet används i rättegångar om tvistiga skulder, se härom i Keller, a.a. s. 528 ff.

Tidigare betalningsförmåga synes tillmätas begränsad betydelse. I de fall där gäldenären bevisligen haft utmätningsbara medel och förmåga att i princip omedelbart betala en skuld men valt att inte göra rätt för sig har underlåtenheten att betala inte tillmätts någon rättslig betydelse. Det förhållandet att gäldenären fram till den relevanta tidpunkten inte har betalat en tvistig skuld har alltså inte någon avgörande betydelse för insolvensbedömningen.

Konstaterad betalningsförmåga vid den relevanta tidpunkten tillmäts stor betydelse och aktualiserar en prövning av om gäldenärens betalningsförmåga inom en godtagbar tid kan förväntas ha förbättrats så att denne kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning. Den relevanta tidsperioden synes enligt tumregeln som kan induceras från praxis, och har stöd i doktrin, kunna vara cirka sex månader. En gäldenär som dröjt att betala en tvistig skuld är alltså inte insolvent om gäldenären vid den relevanta tidpunkten har förmåga att betala skulden alternativt kommer att ha en sådan förmåga inom ett halvår.

När det gäller *prognosticerad betalningsförmåga* godtas att gäldenären kan vara insolvent även om gäldenärens skulder kommer att förfalla till betalning eller kan göras gällande först längre fram i framtiden än ett halvår, möjligen ett eller två år. Det innebär att gäldenärens förmåga att betala icke-förfallna skulder i framtiden kan vara av avgörande betydelse för om gäldenären är insolvent vid den relevanta tidpunkten.

Skillnaderna i längden på respektive tidsfrist kan motiveras av ändamålsöverväganden. Tidsfristen är kort när gäldenären inte kan betala förfallna skulder. Borgenärerna ska nämligen inte behöva vänta länge på att gäldenären ska göra rätt för sig. Tidsfristen är däremot lång när gäldenären visserligen kan betala förfallna skulder men ändå är insolvent på grund av skulder som kommer att förfalla till betalning i framtiden. I sistnämnda fall motverkar den längre fristen att enskilda borgenärer gynnas på bekostnad av borgenärskollektivet. Det sker exempelvis genom att den som avser att ingå ett avtal med gäldenären eller motta en gåva eller genomföra en annan transaktion har att beakta gäldenärens insolvens på grund av risken för att transaktionen kan komma att angripas genom återvinning i konkurs. Den kortare tidsfristen kan därmed sägas bero på borgenärsintresset av rättidig betalning och den längre av borgenärernas intresse av likabehandling.

7 Avslutande ord

En övergripande slutsats av analysen i denna artikel är att insolvensbegreppet inte är enhetligt utan istället relativt i flera avseenden, och att detta påverkar utfallet av insolvensbedömningar vars utgång beror på prövningar av existensen och storleken av tvistiga skulder.

En sådan relativitet beror bland annat på att bedömningen av storleken och existensen av sådana tvistiga skulder vid insolvensbedömningar ska ske utifrån hur omständigheterna framstod vid den för

insolvensbedömningen relevanta tidpunkten och inte med utgångspunkt från hur förhållandena bevisligen varit (med "facit i hand").

Ett annat förhållande som bidrar till att insolvensbedömningar är relativa är det inte finns någon specifik period inom vilken gäldenären måste ha underlåtit att betala en tvistig skuld för att anses som insolvent. Insolvensbedömningen tar nämligen inte sikte på om betalning faktiskt skett och inte heller på betalnings*vilja* utan istället på betalnings*förmåga*.

Ett ytterligare förhållande som bidrar till relativiteten är att den tidsperiod som är relevant för insolvensbedömningen varierar beroende på om (i) gäldenären vid den för insolvensbedömningen aktuella tidpunkten redan är oförmögen att betala sina skulder i den takt som de förfaller till betalning eller (ii) om gäldenären endast bedöms bli oförmögen att betala skulderna i framtiden. Tidsperioden är kortare i det förstnämnda fallet än i det andra.

Tidsperioden varierar också beroende på att gäldenärens underlåtenhet att betala en tvistig skuld före den för insolvensbedömningen relevanta tidpunkten inte har någon avgörande betydelse för utfallet av bedömningen. Det avgörande är istället gäldenärens möjligheter att betala skulden vid den relevanta tidpunkten alternativt inom en godtagbar tid därefter. Den tidsperiod som är relevant för insolvensbedömningen varierar därmed beroende på den tidpunkt som är relevant för den aktuella insolvensbedömningen.

Den nu beskrivna relativiteten medför att det svenska insolvensbegreppet är komplicerat, vilket i sin tur skapar problem med förutsebarhet i tillämpningen av regler som bygger på insolvensbedömningar. Det gäller i synnerhet när insolvensbedömning är beroende av existensen eller storleken av tvistiga skulder. En förenkling och harmonisering av begreppet inom EU skulle mot bakgrund av detta vara en välkommen rättsutveckling.