

Insolvens — ett ansikte med skiftande mimik

(Del 1 av 3)

Av f.d. lagmannen jur.dr h.c. MIKAEL MELLQVIST

Att begreppet insolvens — legalt definierat i konkurslagen — är centralt inom insolvensrätten är självklart inte någon överraskning. Allmänt har det i skilda sammanhang uttalats att insolvenskriteriet ska tolkas och tillämpas på enahanda sätt när det används såväl i konkurslagen som i andra lagar. Frågan som diskuteras i denna artikelserie är huruvida svensk rätt verkligen har ett enhetligt insolvensbegrepp eller om det finns anledning att ge begreppet skiftande innebörd beroende på sammanhanget. Artikelserien är uppdelad enligt följande. Del 1: Insolvensbegreppet som sådant och allmänt om frågor rörande bevisning av insolvens samt också insolvens som konkursgrund. Del 2: Insolvens som grund för återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen, företagsrekonstruktion och skuldsanering samt som rekvisit enligt lagen om redovisningsmedel. Del 3: Insolvens som brottsrekvisit och sammanfattning av de kontextuella skillnaderna vid tillämpningen av insolvensbegreppet.

1 En insolvensrättslig triptyk

Legaldefinitionen, intagen i 1 kap. 2 § andra stycket konkurslagen, av insolvens lyder som följer.

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

Begreppet är alltså avsett att beskriva att någon på visst sätt inte rätteligen kan fullgöra sina betalningsförpliktelser. Närmare bestämt är det frågan om en framöver relativt ihållande oförmåga. Hur denna oförmåga närmare bestämt ska karaktäriseras och hur det tillståndet ska visas i olika sammanhang är vad denna tredelade artikelserie handlar om.

I denna första del analyseras och kommenteras användningen av rättsfaktumet insolvens rent generellt i svensk rätt, följt av allmänna frågor rörande bevisning av insolvens. Delen avslutas med en redogörelse för hur begreppet insolvens ska tillämpas som grund för att försätta någon i konkurs.

I den andra delen behandlas hur insolvenskriteriet ska tillämpas när det används i fråga om återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen, i lagen (1944:181) om redovisningsmedel, i lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion, i skuldsaneringslagen (2016:675) och i lagen (2016:676) om skuldsanering för företagare (F-skuldsaneringslagen).

I den avslutande, tredje, delen redogörs för insolvens som brottsrekvisit enligt 11 kap. brottsbalken. Vidare kommenteras och jämförs där hur tillämpningen av insolvensbegreppet kan utfalla beroende på kontexten. Avslutningsvis presenteras där en rangordning utifrån hur stark bevisning som krävs för att ett insolvenspåstående ska anses visat.

2 Ett begrepp och dess användning

Allmänt har det i skilda sammanhang uttalats att konkurslagens definition av insolvens gäller generellt i svensk rätt, oavsett i vilket sammanhang den används och tillämpas. Placeringen i konkurslagen innebär givetvis att definitionen först och främst gäller vid tillämpningen av olika bestämmelser i den lagen. Allra först och främst är det frågan om att insolvens är ett grundkrav för att försätta någon i konkurs. Det framgår av att första stycket i 1 kap. 2 § konkurslagen, som alltså föregår det stycke i vilket definitionen är intagen, talar om att en gäldenär som är insolvent på ansökan ska försättas i konkurs. Men insolvens är också en grundförutsättning vid tillämpningen av bestämmelsen om återvinning i 4 kap. 5 § konkurslagen. I lagen om företagsrekonstruktion och de båda skuldsaneringslagarna har lagstiftaren följdriktigt lutat sig mot konkurslagens legaldefinition, men dessutom gjort vissa kompletteringar eller nyanseringar. Vid tillämpningen av insolvensrekvisitet när det förekommer i brottsbalken hänvisas vanligen enbart rent allmänt till konkurslagens begreppsbildning. Detsamma gäller för insolvensrekvisitet i lagen (1944:181) om redovisningsmedel.

I en vällovlig strävan efter enhetlighet har det återkommande i skilda sammanhang betonats att avsikten varit att insolvensbegreppet ska vara detsamma, oavsett i vilket sammanhang en tillämpning av begreppet aktualiseras och man har då alltså valt att luta sig mot den definition som ges i konkurslagen. Det har ansetts ge stadga åt tillämpningen och gynna förutsättningarna för förutsebarhet. Men frågan som kan ställas — och som ställs i denna artikelserie — är om det verkligen är funktionellt motiverat att *alltid* inom *alla* områden och/eller i *alla* situationer hålla fast vid en och samma *tillämpning och förståelse* av begreppet ”insolvens”. Här ska undersökas, analyseras och kommenteras hur man kan se på insolvensbegreppet och dess tillämpning i följande situationer.

- 1) När frågan är att om försätta någon i konkurs.
- 2) När det är frågan om återvinning med stöd av 4 kap. 5 § konkurslagen.
- 3) När det är frågan om att inleda företagsrekonstruktion.
- 4) När det är frågan om att bevilja någon skuldsanering eller F-skuldsanering.
- 5) När insolvens ska bedömas enligt lagen om redovisningsmedel.
- 6) När ansvar för oredlighet mot borgenärer ska prövas enligt 11 kap. 1 § brottsbalken.

Innan jag ger mig i kast med att behandla dessa sex punkter ska jag göra en genomgång av hur insolvensrekvisitet generellt är att förstå och tillämpa, dvs. oberoende av sammanhang. Det går nämligen, naturligt nog, att finna en tämligen fast kärna där tillämpningen, eller i vart fall utgångspunkterna för tillämpningen, av rekvisitet är stabil. Man kan med andra ord utgå från att begreppet i sig är funktionellt i alla de sammanhang det förekommer. Och hade så i något sammanhang inte varit fallet, hade givetvis lagstiftaren i det fallet valt ett annat begrepp.

För att redan nu lätta på förlåten kommer jag i denna artikelserie att hävda att följande gäller i *alla* sammanhang (dvs. bortsett från kontexten).

- 1) Betalningsoförmågan ska vara framöver relativt ihållande. Tidigare oförmåga saknar annan betydelse än att sådan kan utgöra (mer eller mindre starka) bevis för att oförmågan kommer att stå sig.
- 2) I nästan alla sammanhang där det har betydelse att insolvensbegreppet är uppfyllt ankommer det på den som påstår insolvens att också visa det.¹
- 3) Vad som däremot varierar, beroende på kontexten, är med vilken grad av sannolikhet (styrka) nämnda bevisbörda måste uppfyllas.

3 Den legala insolvensdefinitionen

Den nu gällande legaldefinitionen, intagen i 1 kap. 2 § andra stycket konkurslagen, av *insolvens* lyder alltså som följer.

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

Egentligen är det en mycket enkel och lättförståelig definition, som inte borde bereda en tillämpare några större bekymmer. Den som inte kan betala för sig som han eller hon ska är helt enkelt insolvent, med undantag för det fallet att det enbart rör sig om en tillfällig svacka. Men även det enkla kan gå att göra svårt.

När man läser lagtexten i konkurslagen kan det, som Lars Welamson säger, ligga nära till hands att göra tolkningen att gäldenären vid bedömningstidpunkten 1) måste vara illikvid och att man 2) sedan ska avgöra om detta tillstånd är tillfälligt eller inte. Men så ska definitionen *inte* förstås.² I stället ska det bedömas om gäldenären framöver löpande saknar förmåga att betala sina förfallande skulder eller inte; den förståelsen kan bl.a. hängas upp på lokutionen "rätteligen".³ Det kan vara så

¹ Vid tillämpningen av lagen om redovisningsmedel råder ett läge som kan beskrivas som ett undantag. Jag återkommer till det.

² Jfr Lars Welamson, Konkursrätt, Stockholm 1961 s. 48.

³ "Rätteligen" betyder alltså "i rätt tid" eller "enligt de villkor som rättsligt gäller" för skulden. Lars Heuman diskuterar i JT 1994/95 s. 737 (i anslutning till rättsfallet NJA 1994 s. 336) om man i uttrycket "rätteligen" också kan lägga in att

att denna oförmåga 1) anses vara för handen i bedömningsögonblicket och att vidare bedömning leder till att den är bestående, dvs. inte endast temporär. Men det kan också vara så att gäldenären 2) vid en given tidpunkt faktiskt kan betala sina förfallna skulder, men inom en viss framtid inte kan det. I båda fallen kan man alltså vid bedömningstidpunkten slå fast att gäldenärens betalningsoförmåga är av sådant slag att insolvens i rättslig mening föreligger. Rent konkret är det frågan om att gäldenären fortsättningsvis inte förmår betala förfallna skulder och det kommer inte inom viss tid att förändras. Det är alltså frågan om en bedömning där vid bedömningstidpunkten kända förhållanden *tillsammans* med en prognosbedömning leder till slutsatsen att gäldenärens betalningsoförmåga kommer att vara eller att bli bestående. Även om omständigheterna på bedömningsdagen är sådana att gäldenären vid en tillbakablick länge saknat förmåga att löpande betala sina skulder måste man alltså alltid göra en bedömning av hur framtiden ter sig, dvs. göra en prognosbedömning av hur gäldenärens ekonomi totalt sett kan tänkas utveckla sig under viss tid framöver. Det är med andra ord *alltid* frågan om att blicka såväl bakåt som framåt i tiden och då beakta såväl redan inträffade som kommande (prognostiserade) omständigheter. Det förhåller sig inte på det viset, som ibland sägs, att en prognos för framtiden inte behöver tillgripas i de fall gäldenären vid bedömningstidpunkten redan under en lång tid saknat förmåga att betala sina skulder vartefter de har förfallit till betalning.⁴ Tillbakablickandet (dåtiden) och gäldenärens ekonomiska status i bedömningsögonblicket (nutiden) har ingen annan betydelse än som bevis för hur framtiden kan komma att gestalta sig när det gäller gäldenärens betalningsförmåga. Det kan också uttryckas som att insolvens kräver att gäldenären inom en viss tid kommer att drabbas av en under en viss period bestående oförmåga att rätteligen (löpande) betala sina förfallande skulder. Och där indikerar orden ”under viss period” en relativitet, dvs. oförmågan framöver kan sägas vara relativt ihållande i det att blickande in i framtid är tidsbegränsat. Insolvens är alltså ett kriterium som alltid är inriktat på gäldenärens framtida ekonomiska status.

Ett exempel: Borgenären B ansöker den 1 juni om att gäldenären G ska försättas i konkurs. Det klarläggs att G sedan ett halvår före ansökningsen inte förmått betala annat än skulder på mindre belopp. Totalt sett har G förfallna skulder om 2 mkr till fem olika borgenärer. Värdet av G:s tillgångar uppgår till 0 kr. Det är vidare klarlagt att G den 3 juni kommer att få betalt för en fordran om 2,1 mkr som tidigare avskrivits som värdelös. Det är dessutom klarlagt att G den 3 juni med mycket stor sannolikhet kommer att beviljas ett sökt tillstånd att bedriva en viss

förmågan även i övrigt ska grundas på att det rätta fullgörandet sker på ett normalt (lagligt) sätt.

⁴ Jfr vad Högsta domstolen i punkten 15 och 16 i skälen till NJA 2019 s. 119 säger om att *en insolvensbedömning består av två moment*. Det jag här vill lyfta fram — vilket också framgår av fallet från Högsta domstolen — är att *båda* dessa moment *alltid* måste prövas — och att dessa båda moment inte heller är klart åtskiljbara.

verksamhet som enligt tillförlitliga prognoser löpande kommer att ge goda intäkter. I detta fall är G — enligt min mycket bestämda uppfattning — *inte* insolvent den 1 juni. Skulle man däremot göra bedömningen utan något framåtblickande, dvs. utan att beakta vad som kommer att ske den 3 juni skulle G den 1 juni vara insolvent. För konstaterad insolvens, dvs. den rättsliga konklusionen att någon är insolvent, krävs alltså alltid att en prognos för framtiden har gjorts. Det kan tilläggas att det i detta exempel är givet att det för borgenärernas bästa är att ansökan om konkurs ogillas (bortsett från eventuella återvinningssituationer). De kan ju få betalt den 3 juni. Om konkursansökningen bifalls får de vänta betydligt längre på någon utdelning, som med hänsyn till konkurskostnaderna då dessutom kan uppgå till ett lägre belopp.

Skillnaden mellan å ena sidan begreppsparen likviditet-illikviditet och sufficiens-insufficiens och å den andra solvens-insolvens är att de båda förra innefattar *statiska* bedömningar (ett "frost" läge) medan den senare till sin karaktär är *dynamisk*, dvs. man ska här ställa sig frågorna

- 1) hur har gäldenärens ekonomiska status sett ut tidigare,
- 2) hur ser den ut "nu" och
- 3) hur kan den bedömas se ut under viss tid framöver.

Och det är *enbart* svaret på fråga 3) som avgör om insolvens är för handen eller inte. Svaren på frågorna 1) och 2) utgör inte annat än (mer eller mindre starka) bevis när fråga 3) bedöms.

I anledning av det nyss sagda finns det skäl att kommentera viss i litteraturen förekommande begreppsbyggnad. Hans Renman använder uttrycket "*faktisk insolvens*" då gäldenärens ekonomiska situation vid bedömningstidpunkten är sådan att insolvens kan konstateras utan att något framåtblickande är nödvändigt, eftersom det redan då inte finns någon tolerans för ytterligare dröjsmål med betalning.⁵ Som motsats använder han uttrycket "*prognosbaserad insolvens*", för det fall "*tyngdpunkten* i bedömningen" (alltså inte enbart bedömningen!) i stället ligger på den framåtblickande prognosen. Dessa begreppspar kan jämföras med vad Lars Welamson uttalat om att "prognosbedömningen blir nödvändig *bortsett från de fall* där redan förfallna skulder överstiger värdet av gäldenärens tillgångar".⁶ Lars Welamson använder också uttrycket "*fullt ådagalagd insolvens*".⁷ Med det menar han emellertid inget annat än att uttrycka styrkan i den bevisning som krävs för att försätta någon i konkurs. Det motsvarar alltså inte Renmans "*faktisk insolvens*". Mikael Möller synes dock använda "*fullgången insolvens*" för det Renman benämner "*faktisk insolvens*".⁸ Joakim Hedström och Erik

⁵ Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 3 uppl., Stockholm 2020 s. 158 f.

⁶ Lars Welamson, Konkursrätt s. 47.

⁷ Lars Welamson, Konkursrätt t.ex. s. 51 not 4 och s. 52 not 6.

⁸ Mikael Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden II t.ex. s. 260.

Selander använder i två artiklar begreppet ”konstaterad insolvens”.⁹ Med det avser de — enligt egen utsago — inget annat än illikviditet, vilket är något fundamentalt annat än någon form av insolvens.

Jag menar att alla dessa benämningar lider av en grundläggande brist. Som jag ovan framfört innefattar en insolvensbedömning *alltid* ett framåtblickande moment och det är det momentet som i slutändan är ensamt avgörande (se exemplet ovan).¹⁰ I vissa fall kan det inskränkas till ett framåtblickande in endast i en mycket kort framtid. För att låna Renmans begreppsbyggnad kan det uttryckas som att skillnaden mellan ”faktisk” och ”prognosbaserad” insolvens inte är en art- utan en gradskillnad fokuserad på hur långt in i framtiden man behöver skåda. Men min grundinställning är alltså att en insolvensbedömning *alltid* innehåller ett framåtblickande moment (en prognos). Med en sådan syn kan man mycket väl använda uttrycket konstaterad insolvens, men då avse ett fastställande av att någon är insolvent eller med andra ord att ”konstaterandet” betyder ”styrkt” insolvens (inte illikviditet). Det sagda innebär också att det inte är någon skillnad mellan å ena sidan det fallet att den relevanta bedömningstidpunkten är NU och å andra sidan att den tidpunkten är DÅ. I båda fallen ska det alltså göras en prognos från en given tidpunkt.¹¹

Huruvida gäldenären vid bedömningstidpunkten är likvid eller illikvid är alltså inte av avgörande betydelse vid en insolvensbedömning; en likvid gäldenär kan vara insolvent och en illikvid gäldenär kan vara solvent. I båda fallen är det alltså vid en insolvensbedömning frågan om att bedöma gäldenärens likviditetsstatus över tid. Hur långt man ska behöva blicka framåt i tiden från bedömningsögonblicket är emellertid en fråga som inte har något givet svar. Denna utdragna tid (hur lång den nu kan vara) skapar dynamiken i insolvensbegreppet. När man i dessa fall ska göra bedömningen i realtid (dvs. nu ”i dag”) har man att titta in i en mer eller mindre osäker framtid. När bedömningen ska göras utifrån en given historisk tidpunkt (dvs. ”då”) har man i och för sig facit, dvs. man vet vad som hände i tiden efter ”då”. Men en prognos ska, som sagt, ändå alltid göras. Den prognosen kan, beroende på kontexten, ha två olika karaktärer.

- 1) Endera utgår man enbart från vad man kunde veta eller tro ”då” (och det behöver inte alls stämma överens med facit), eller

⁹ Joakim Hedström/Erik Selander, i Festskrift till Mikael Möller och i Festskrift till Gertrud Lennander.

¹⁰ Egentligen är den första meningen i punkten 4 i Högsta domstolens skäl i NJA 2013 s. 822 (se också NJA 2019 s. 119 punkten 15) en uttömmande beskrivning i det att det där sägs att ”obeståndsbedömningen är framåtblickande och innefattar en prognos”. Det finns strängt inget att tillägga eller modifiera för vissa fall. Detta rimmar också mycket väl med vad som i NJA 2019 s. 119 sägs om de ”två steg” insolvensbedömningen består av.

¹¹ Jfr Marek Keller i SvJT 2024 s. 752 som synes göra skillnad mellan *fortsatt* betalningsförmåga och *historisk* betalningsförmåga. Det förstnämnda är *alltid* intressant, det sistnämnda *aldrig* intressant. Skillnad är enbart att bedömningarna kan utgå från den dag som i dag är eller från en dag i det förflutna.

- 2) annars ska även "facit" beaktas tillsammans med de antaganden som kunde göras "då".

Det förra gäller t.ex. vid en insolvensbedömning enligt 11 kap. 1 § brottsbalken och det senare vid en (s.k. objektiv) insolvensbedömning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen (se vidare nedan). Det betyder bl.a. att en bedömning där man *enbart* beaktar "facit" aldrig ska förekomma. Insolvensrekvisitet i sig är hela tiden ett och detsamma. Och det handlar alltså om att bedöma om det föreligger en *framtida relativt (under viss tid) ihållande betalningsoförmåga*.¹²

4 Ytterligare om prognosbedömningen

Det led i konkurslagens definition av insolvens som säger att betalningsoförmågan inte får vara "endast tillfällig" fördes in i konkurslagen vid 1975 års reform av konkurslagstiftningen.¹³ Det var inte avsett som någon ändring av vad som tidigare (enligt 1921 års konkurslag) ansågs utgöra insolvens. I förarbetena till de reformer av konkurslagen som genomfördes 1975 framhölls att det inte funnits lämpligt att ange någon bestämd tid som förutsättning för att betalningsoförmågan ska anses endast tillfällig. Saken får — sades det i dessa förarbeten — bedömas efter de föreliggande omständigheterna i det särskilda fallet.¹⁴ Vidare uttalades då bl.a. att det får beaktas vad som är brukligt inom den bransch som gäldenärens verksamhet tillhör, t.ex. om verksamheten är mycket säsongsbetonad. Ett fall då betalningsoförmågan kan anses tillfällig sades föreligga, när gäldenärens tillgångar visserligen räcker till betalning av skulderna men det tar en viss tid att realisera vad som behövs eller en lantbrukare behöver avvakta förestående skörd för att kunna betala aktuella skulder. Vid tillkomsten av 1987 års konkurslag fördes definitionen av insolvens oförändrad över till den nya lagen och några särskilda uttalanden rörande definitionen gjordes inte.¹⁵ De i förarbetena angivna exemplen måste sägas vara tämligen "grova" och aningen särartade. Det handlar om fall där det med en mycket hög grad av sannolikhet vid en bestämd framtida tidpunkt kan förväntas ett tillskott till gäldenärens ekonomi; ett tillskott som ofta också torde kunna uppskattas med en hög grad av precision. I praktiken ställs man inte sällan inför en betydligt mer mångfacetterad verklighet med flera med- och motverkande faktorer som med en varierande grad av sannolikhet kan förväntas inträffa framöver.

Ordet prognos betyder ungefär "förutsägelse"; det handlar alltså om att säga (bedöma) något om framtiden. Men det betyder inte att det

¹² Jag väljer att här säga "under viss tid ihållande" och inte "permanent". Permanent oförmåga, dvs. evig sådan ser jag nämligen inte som ett krav för att insolvensrekvisitet ska vara uppfyllt.

¹³ I de slutliga förarbetena till nu gällande konkurslag, prop. 1986/87:90 och SOU 1983:24 uttalas inget särskilt av intresse vad avser insolvensbegreppets konstruktion. I stället finns sådana uttalanden i prop. 1975:6 och SOU 1970:75.

¹⁴ Se Lagberedningens delbetänkande Utsökningsrätt X (SOU 1970:75) s. 75 och prop. 1975:6 s. 116.

¹⁵ Se prop. 1986/87:90 s. 184.

handlar om att "fritt gissa" vad som kan tänkas inträffa framöver. I stället ska man beakta de kunskaper man har om omvärlden i största allmänhet och också söka ledning i historiska fakta. Det betyder att man utifrån kända förhållanden ska bedöma vad som kan komma att ske framöver. Det gäller rent allmänt för en prognos och även för en insolvensprognos. Vid en prognosbedömning avseende insolvens ska beaktas såväl förväntade inflöden till gäldenärens ekonomi som förväntade utflöden därifrån. Dåtid och nutid kan ofta vara hjälpsamma när man ska sja om framtiden. Hur mycket ledning som kan hämtas från det förflutna och nuet kan dock i hög grad variera.

Det som kan komplicera det hela när en insolvensbedömning ska göras är att det inte alltid är så att framtiden är okänd när bedömningen ska göras. Det kan nämligen, som nämnts, i vissa fall förhålla sig på det viset att man när bedömningen görs ska utgå från en given tidpunkt i det förflutna och bedöma vad man då kunde göra för framtidsbedömningar. I dessa fall ska man, beroende på sammanhanget, endera bortse från vad man "nu" faktiskt känner till om vad som inträffat efter "då", eller annars också beakta denna vetskap. Men det påverkar inte principen om att det alltid är en *prognostiserad framtid* som är avgörande för utfallet av en insolvensbedömning.

Hur som helst inställer sig här alltså alltid två temporärt betonade frågor; 1) hur långt tillbaka respektive 2) hur långt in i framtiden ska man blicka? För att besvara den första frågan har man tillgång till (eller i vart fall möjlighet att ha tillgång till) vad som faktiskt har förevarit. Denna dåtid kan få (bevis)betydelse för hur framtiden kan tänkas gestalta sig. I vilken grad historiska fakta kan ge ledning för bedömningar av framtiden är helt beroende på omständigheterna och kan variera stort. Det är därför inte möjligt att generellt uttala sig i den frågan; och då innefattas också frågan om *hur långt* tillbaka i tiden man kan ha anledning att titta. Av betydelse är också nuläget, dvs. vad en illikviditetsbedömning ger vid handen. Givetvis är en sådan av (bevis)betydelse — inte sällan stor sådan — vid en insolvensbedömning. Med vilken styrka *dåtid* och *nutid* kan göra sig gällande vid en bedömning av *framtiden*, kan emellertid variera i nära nog det oändliga.

Den andra temporärt betonade frågan är hur långt fram i tiden en prognos ska sträcka sig.¹⁶ Att ange ett bestämt antal dagar, veckor, månader eller år av generell giltighet är omöjligt. Det finns *exempel* på att

¹⁶ Ang. insolvensbedömningens prognostiska karaktär se bl.a. prop. 1975:6 s. 60 f., s. 70 f. och s. 116 f. och SOU 1970:75 s. 60 f. och s. 75 f., Lars Welamson, Konkursrätt, 1961 s. 18 f. och s. 46 f. I NJA 1994 s. 336 uttalar Högsta domstolen att det saknar betydelse på vilket sätt en gäldenär skaffar fram pengar till löpande betalningar. Se ang. det rättsfallet Lars Heuman i JT 1994–95 s. 737 och Mårten Hulterström i JT 1995–96 s. 228 samt Claes Lood i JT 2012–13 s. 988. Se också Ulrik Hägge i JT 2014–15 s. 233. Jfr också Mikael Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s. 679 f. (fallet G). Se även Marie Karlsson-Tuula i InTi 2018:4 s. 36, Gertrud Lennander i InTi 2020:4 s. 9 och densamma i Vänbok till Mikael Mellqvist s. 141 samt Joakim Hedström/Erik Selander i Festskrift till Mikael Möller, Uppsala 2024, s. 187. Jfr också Förslag till konkurslag, Stockholm 1911, s. 154 f.

det är frågan om allt från några veckor till upp emot ett år. Men generellt är det möjligt att säga att den framtid som ska överblickas och beaktas kan vara kortare när gäldenären vid bedömningstidpunkten redan under en tid fallerat med att betala förfallna skulder; beroende på omständigheterna till och med avsevärt kortare.¹⁷ Och det senare, dvs. förhållandena i det enskilda fallet, är så gott som alltid av avgörande betydelse.

För *resonemangets* skull antar vi att den aktuella tidsperioden för en prognos är 30 dagar framåt i tiden.¹⁸ I så fall måste man kunna säga att gäldenären någon av dessa 30 dagar är illikvid och att det tillståndet är med viss grad av sannolikhet bestående resten av perioden. Om man t.ex. kommer fram till att gäldenären dag 11 är illikvid, men att han eller hon dag 13 återigen är likvid, är insolvenskravet inte uppfyllt. Vissa faktorer under den aktuella 30-dagars-perioden kan vara lätta att bedöma. Man kan t.ex. med stor säkerhet veta att vissa dagar förfaller skulder som ska betalas och att vissa dagar kommer betalningar in. Man kan däremot behöva göra mer osäkra antaganden om vilka skulder respektive intäkter som kan tillkomma under perioden. Vad som kan inträffa dag 31 är däremot ointressant. Landar bedömningen i att gäldenären någon av de 30 dagarna kommer att vara i ett tillstånd som innebär att han eller hon *under resten av 30-dagars-perioden* inte kan betala förfallande skulder är gäldenären insolvent. Detta är kortfattat ramen för den prognosbedömning som ska göras. Hur blir då utfallet om man bedömer att gäldenären dag 3 kan betala, inte kan det dag 7, kan betala dag 11, inte kan det dag 15 och kan det dag 21? I så fall blir frågan om förmågan dag 21 kan bedömas som bestående fram till dag 30. Om frågan besvaras jakande är gäldenären vid bedömningstidpunkten (dag 1) inte att anse som insolvent.

Det är med andra ord en eventuell framtida *oförmåga* som ska vara ihållande.¹⁹ Bedömningen ska alltså vara inriktad på om gäldenären över tid är oförmögen att löpande betala förfallna skulder. Av betydelse är att tillfällig likviditet under perioden inte hindrar insolvens. I NJA 2019 s. 119 uttalar Högsta domstolen (punkten 15 i skälen) att en insolvensbedömning består av två moment; 1) oförmåga att löpande betala skulder och 2) oförmågans varaktighet (inte endast tillfällig). Det är dessa två moment som sammanslagna utgör ett krav på under en period ihållande oförmåga, dvs. insolvens. Eftersom det i rättsfallet var frågan om ett överklagat konkursbeslut hade gäldenären redan i ursprungsläget bevisbördan för att han var *solvent* (se punkten 13 i skälen). Med inriktning på statusen av hans ekonomi (tillgångar och

¹⁷ Se ang. tidsaspekten Marek Keller i SvJT 2024 s. 752 (s. 766 f.).

¹⁸ I verkligheten går det inte att ange någon exakt tidsperiod som prognosen ska sträcka sig över. Resonemanget här blir på så vis mycket verklighetsfrämmande i det att "livet slutar" efter just 30 dagar.

¹⁹ Jag menar att det är frågan om en under en viss period ihållande oförmåga även om den då och då avbryts av tillfällig förmåga. Trots det senare är gäldenären alltså insolvent. En gäldenär med under en viss period ihållande förmåga som då och då avbryts av tillfällig oförmåga är däremot inte insolvent.

värdering av tillgångar) lades bevisbördan på gäldenären även för dessa — i förhållande till insolvenskriteriet — underordnade omständigheter, vilket Högsta domstolen alltså *gjorde*, men inte uttalade explicit. Gäldenären lyckades inte styrka att han över tid hade omedelbart för betalning tillgängliga tillgångar som översteg hans skulder. Han hade med andra ord inte visat att det finns omständigheter som innebär att hans oförmåga var endast tillfällig. Och därför inte heller att han var solvent. De uttalanden och bedömningar som sålunda redovisades i rättsfallet speglar mycket väl vad som allmänt anses gälla. Jag ska här endast kommentera en mindre detalj. Högsta domstolen uttalar nämligen gällande ”tillfällighetsfrågan” (punkten 16 i skälen) att det ska göras en prognos över om det med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi har så förbättrats att han eller hon kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning.²⁰ Jag kan förbehållslöst instämma i det uttalandet. Och jag vill till och med lyfta fram det, eftersom det i andra sammanhang ibland sägs att en gäldenär ska visa att ett ekonomiskt tillskott en viss dag har ”hävt” en tidigare insolvens och tidigare oförmåga så att säga inte får beaktas längre.²¹ Det förra är helt korrekt. Det andra måste vara ett felaktigt synsätt. Ett ekonomiskt tillskott måste — för att vara ”insolvenshävande” — innebära att gäldenären relativt ihållande har återställt sin betalningsförmåga (annars är det bara ”illikviditetshävande”). Och det är just det som Högsta domstolen uttalar i det aktuella fallet; nämligen att förbättringen av ekonomin innebär att betalningsförmågan är ihållande återställd, trots (och alltså med beaktande av) den tidigare oförmågan. I så fall är det riktigt att säga att insolvensen har hävts, men det är inte på det viset att historiska fakta ”suddas ut” vid den bedömningen.

5 Insolvens och bevisning

5.1 Inledning

I nu aktuella sammanhang hamnar vanligen bevisfrågor i fokus. Någon ska med en viss grad av sannolikhet bevisa något. Detta inrymmer tre sammanflätade delfrågor.

- 1) *Vem* ska bevisa något (vem bär bevisbördan)?
- 2) *Hur* stark (grad av sannolikhet) bevisning krävs i det aktuella fallet?
- 3) *Vad* ska bevisas (bevistemat)?

²⁰ Samma formulering används i NJA 2013 s. 822.

²¹ I kommande avsnitt återkommer jag till frågan om detta kan innebära att gäldenären kan få bevisbördan för icke-insolvens. Redan nu kan avslöjas att mitt svar på den frågan är ett bestämt nej (med undantag för tillämpningen enligt lagen om redovisningsmedel).

För att börja bakifrån kan tre slutliga bevisteman aktualiseras.

- 1) Insolvens,
- 2) icke-insolvens eller
- 3) solvens²²

Förutom dessa tre slutliga bevisteman kan det förekomma (och förekommer vanligen) underordnade omständigheter, vilket innebär att det kan ställas upp ett otal olika underliggande bevisteman ”på vägen fram till” det slutliga bevisemat.

5.2 Åberops- och bevisbörd

Jag vill inleda med att citera vad Lars Welamson uttryckt om att

Insolvens betecknar en viss relation mellan olika faktorer i gäldenärens ekonomiska situation. Därmed är det klart, att insolvens närmare besett icke är ett enhetligt rättsfaktum utan ett komplext sådant, ett konglomerat av fakta, i visst förhållande till varandra. Detta har betydelse bl.a. i så måtto, att enskilda detaljer i gäldenärens ekonomiska ställning — exempelvis förhandenvaron av en viss skuld — icke torde vara att betrakta såsom bevisfakta med avseende på insolvens utan såsom moment i ett komplex av fakta, vilka tillsammans konstituerar solvens eller insolvens.²³

Bengt Lindell ägnar i sin avhandling *Sakfrågor och rättsfrågor* ett helt avsnitt åt bevisfrågor vid insolvens, varvid han kritiserar Lars Welamsons uppfattning.²⁴ Lars Welamson har i sin tur redovisat kritiska synpunkter på vad Bengt Lindell där framför.²⁵ Vad som avhandlas är (formellt) begränsat *dels* till konkursgrunden insolvens, *dels* till användningen och betydelsen av insolvenspresumtionerna i konkurslagen. Med avstamp i denna diskussion — och med beaktande av senare tillkomna rättsfall och doktrin — är det dock möjligt att göra en mer generell, men kortfattad, analys av insolvensrättsligt relaterade bevisfrågor.

Jag har här hittills benämnt ”insolvens” som ett *kriterium* eller ett *rekvisit*. Med det menar jag att insolvens *kännetecknar* eller *beskriver* ett tillstånd när någon inte är i stånd att i framtiden fortlöpande betala sina skulder. Jag har också uttalat att konkurslagen innehåller en (legal) *definition* av *begreppet* insolvens. Om man ska göra en processuell bestämning är ”insolvens” att betrakta som ett abstrakt rättsfaktum — och då som ett komplext sådant. Med ett *abstrakt rättsfaktum* avses de förutsättningar som uppställs i en regel (i detta fall insolvensdefinitionen i konkurslagen). Är detta faktum uppfyllt kan det leda till en

²² Att icke-insolvens och solvens inte är samma tema återkommer jag till i det följande.

²³ Lars Welamson, *Konkursrätt* s. 49 f. I sin anmälan av den boken i SvJT 1962 s. 715 ger Gösta Walin, efter att redovisat viss tveksamhet, ett ljummet stöd för (en del av) Welamsons resonemang i det att han (s. 717) uttrycker att ”mähända har förf. ändå rätt, om man ej ställer för höga krav på bevisningen”.

²⁴ Bengt Lindell, *Sakfrågor och rättsfrågor* s. 317 f.

²⁵ Se Mikael Mellqvist/Lars Welamson, *Konkurs och annan insolvensrätt* s. 69 f. och Lars Welamson, *Konkursrätt* s. 46 f.

rättsföljd (dvs. en konsekvens angiven i regeln), t.ex. att den insolventa personen försätts i konkurs. För att så ska kunna ske måste man ”koppla på” verkligheten och bedöma om det finns något konkret rättsfaktum som gör att det abstrakta rättsfaktumet kan anses uppfyllt. Med ett *konkret rättsfaktum* avses alltså faktiska omständigheter som i verkligheten har, eller inte har, inträffat och som matchar (kan subsumeras under) det aktuella abstrakta rättsfaktumet. Vad det här är frågan om är helt enkelt en rudimentär modell för rättstillämpning där man går från 1) något som har inträffat i det verkliga livet (konkret rättsfaktum) till 2) ett rekvisit (abstrakt rättsfaktum) i en regel och 3) om det senare täcker det förstnämnda — konkluderar med en konsekvens, dvs. en ”positiv” rättsföljd.²⁶

Konkreta rättsfakta i ett konkurssammanhang är att söka bland frågor om gäldenärens tillgångar, fordringar, skulder, förvärvsmöjligheter m.m. Ibland brukar det läggas till att ett rättsfaktum — för att vara just ett sådant — måste leda *direkt* till rättsföljden. Med det menas att om man har slagit fast existensen av ett sådant faktum är rättsföljden given. Det ska inte behövas några ytterligare analyser eller resonemang. I en kedja av många olika fakta som påverkar varandra skulle det alltså enbart vara det sista faktumet som är ett rättsfaktum. Detta sista rättsfaktum (t.ex. insolvens) sägs ofta vara det slutliga bevis temat (det som ska bevisas). Har man uppfyllt det temat har man som sagt bevisat insolvens. Det är givet att det bakom ett rättsfaktum (definierat på detta sätt) kan finnas en avsevärd mängd faktiska omständigheter som är relevanta i sammanhanget. Om dessa inte ger direkt stöd åt rättsföljden men sådant stöd till rättsfaktumet benämns dessa som *bevisfakta*. Ett bevisfaktum är alltså något som har värde som bevis för att kunna bedöma om ett rättsfaktum är uppfyllt. I detta sammanhang förekommer också begreppet *hjälpfaktum*. Med det avses ett faktum som inte säger något om bevis temat, men som kan påverka (höja eller sänka) värdet av ett bevisfaktum. Det finns här anledning att påpeka att olika faktum inte bär med sig karaktären av att vara konkret rättsfaktum, bevisfaktum eller hjälpfaktum. Ett och samma faktiska förhållande kan, beroende på kontexten, ikläda sig alla dessa ”roller”. Klassificeringen måste med andra ord göras i relation till en viss bestämd tillämpningssituation. Det sagda innebär att olika faktiska moment (detaljer) kan utgöra ett rättsfaktum som andra faktiska moment utgör bevisfaktum för. Ett faktum av det senare slaget kan i sin tur utgöra ett rättsfaktum för vilket andra moment utgör bevisfaktum. För att göra det hela än mer komplicerat kan detta också vara reversibelt, dvs. ett visst bevisfaktum kan bevisa ett

²⁶ Med ”positiv” menas här att den angivna rättsföljden ska inträda. Samma operation kan ju också leda till det motsatta; ett ”negativt” resultat, dvs. den angivna rättsföljden ska *inte* inträda.

visst rättsfaktum och detta senare faktum kan i sin tur som bevisfaktum bevisa det rättsfaktum som ”tidigare” var ett bevisfaktum.²⁷

Utgångspunkten är alltså att insolvens är ett komplext (sammansatt) rättsfaktum. Med det avses att det är ett faktum som består av ett flertal ”delfakta” (som också är — eller i vart fall kan vara — rättsfakta).²⁸ Det senare är, som nämnts, olika konkreta omständigheter som tillsammans kan medföra att den juridiskt konstruerade omständigheten ”insolvens” är för handen. Den som bär bevisbördan för det senare är den som påstår att gäldenären är insolvent. Det gäller, som jag ser det, oavsett i vilket sammanhang frågan aktualiseras. Tillämpningen av lagen om redovisningsmedel kan ses som ett undantag i det att det där är frågan om att temat är icke-insolvens och att bevisbördan för det ligger på den som åberopar icke-insolvens. Inte i några andra situationer än vid tillämpningen av lagen om redovisningsmedel ankommer det på motparten till den part som åberopat solvens att visa *icke-insolvens*. Ska man vara noga gäller det även i presumtionsfallen vid frågan om konkursförsättande (2 kap. 7–9 §§ konkurslagen). Det som då ska visas — enligt lag — är *solvens*, vilket bevismässigt i teorin inte är detsamma som att visa icke-insolvens.²⁹ Att det inte råder någon sådan samstämmighet hänger samman med att det med ”visa” avses en viss grad av sannolikhet som dock aldrig når upp till absolut visshet. Det framgår för övrigt redan av ordet ”*sannolikhet*” att det inte avser något fullständigt eller absolut (”hundraprocentigt”) sant.

När det gäller ”underliggande” rätts- och/eller bevisfakta som man kan ha att ta ställning till finns det dock anledning att laborera med skiftande bevisbördor. Detta laborerande underlättas inte av att bevisbördan ofta kan behöva ”delas upp” avseende olika moment i ett enda faktum, t.ex. beroende på hur en rättsregel är konstruerad.³⁰ När det gäller alla de konkreta omständigheter som kan vara av betydelse för

²⁷ Jfr Lars Welamson, Konkursrätt s. 51, där det uttalas att det är ”vanligt förekommande att ett visst moment i ett komplext rättsfaktum har betydelse jämväl såsom bevisfaktum med avseende på ett annat däri ingående moment”.

²⁸ Angående begreppen ”rättsfaktum” och ”bevisfaktum” och dessa begrepps betydelse i frågor rörande bevisbördor, se Lars Heuman, Bevisbördor och beviskrav i tvistemål, Stockholm 2005 s. 95 f. samt Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987 s. 26 f. och Peter Westberg i Festskrift till Per Henrik Lindblom, Uppsala 2004 s. 731. Av dessa framställningar är det lätt att utläsa att frågan om vad som utgör rättsfakta respektive bevisfakta inte alltid är så lätt att bestämma. Detsamma gäller för skillnaden mellan bevisbördor och bevisvärdering. I allt detta kan också skönjas ett betydande gap mellan teoribildningen och den praktiska tillämpningen.

²⁹ Vid tillämpningen av 2 kap. 22 § konkurslagen gäller att gäldenären måste visa solvens, inte endast icke-insolvens. Skillnaden mellan solvens och icke-insolvens kan med fog sägas vara akademiskt hårklyveri, Men just här har detta hårklyveri principiell bäring. Jfr formuleringarna i NJA 2009 s. 773, särskilt de avslutande skälen där Högsta domstolen först refererar till att konkurssökanden och konkursförvaltaren har anfört att gäldenären *inte* bör anses vara *insolvent*, vilket enligt Högsta domstolen har betydelse för prövningen av om gäldenären är *solvent*. I Högsta domstolens formuleringar här framskyntar den principiella skillnaden mellan att å ena sidan visa ”solvens” och å den andra att visa ”icke-insolvens”.

³⁰ Se Lars Heuman a.a. s. 112 f. och Peter Westberg a.a. s. 741.

en insolvensbedömning är det med andra ord självfallet inte givet att den som har bevisbördan för insolvens är den som också bär bevisbördan för varje sådan "underliggande" omständighet. I sådana fall kan det alltså förekomma att den som åberopar sådana underliggande fakta till stöd för att han eller hon inte är insolvent kan ha att bära den äkta bevisbördan för just den aktuella omständigheten, även om vederbörande inte bär bevisbördan för rättsfaktumet insolvens.³¹ Det finns helt enkelt inte någon koppling mellan å ena sidan bevisbördan för insolvens och å andra sidan bevisbördan för andra relevanta omständigheter. Att bevisbördan för insolvens alltid bärs av den som åberopar insolvens är i grunden ett rättspolitiskt *insolvensrättsligt* ställningstagande. Vem som bär bevisbördan för andra omständigheter är i grunden bestämt av *allmänna civilprocessuella* ställningstaganden.

Om en gäldenär (eller annan) i ett processuellt sammanhang påstår att gäldenären har betalt en skuld är det givetvis vederbörande som har att bevisa detta. Och den som påstår att en borgenär har en fordran mot gäldenären har givetvis att visa den påstådda fordringens existens. Och det gäller oavsett i vilket sammanhang påståendet framförs. För detta finns det inte några särskilda *insolvensrättsliga* bevisbörderegler. Rent allmänt är det också i stor utsträckning vedertaget att se det som att åberopsbörda och bevisbörda går hand i hand, dvs. den som påstår något (åberopar en omständighet) har att bevisa denna omständighet. Det kan till och med vara så att det kanske inte nödvändigtvis är så att det som påstås (åberopas) behöver avse ett rättsfaktum; det kan även vara ett bevisfaktum. Den hävdvunna utgångspunkten att bevisbörderegler endast avser rättsfakta kanske inte — till och med troligen inte — gäller fullt ut.³² Det är inte heller långt borta att tanken inställer sig att det kanske inte är särskilt fruktbart att över huvud taget "låsa sig" vid klassificeringen av fakta i kategorierna "rättsfakta" respektive "bevisfakta". Även om denna åtskillnad kan vara värdefull i ett pedagogiskt perspektiv, kanske den inte i en rättstillämpningssituation behöver upprätthållas med något större mått av stränghet. Det avgörande är i stället att vi rätt och slätt har med "fakta" (omständigheter) att göra och inriktar oss på att bedöma och värdera den bevisning avseende dessa fakta som har lagts fram; vad gäller *dels* respektive faktum i och för sig, *dels* samtliga fakta sammantagna. Det kanske saknar betydelse om man skarpt karaktäriserar dessa fakta som rättsfaktum, bevisfaktum eller hjälpfaktum. Den *rättstillämpningsfråga* (inklusive bevisvärderingsfråga) man är ställd inför löser man i alla fall.

5.3 Bevisstyrka

Med bevisningens styrka avses med vilken grad av sannolikhet en viss given omständighet kan sägas vara uppfylld. När det specifikt gäller att visa insolvens (eller solvens) finns det uttalanden i förarbeten, rättsfall

³¹ Se Lars Welamson, Konkursrätt s. 57.

³² Se Peter Westberg a.a. s. 731.

och doktrin som indikerar vad som kan anses gälla i skilda situationer. Det visar sig då att kraven kan uttryckas på olika sätt och fluktuera, varvid det så gott som alltid är frågan om variationer betingade av sammanhanget. Det gäller i och för sig inte enbart på detta område, utan generellt är det så att en ändamålsinriktad rättstillämpning vanligen kräver att man kalibrerar beviskravets styrka efter vad som kan anses funktionellt för att uppnå materiellt rättssäkra resultat. Att det är ett generellt krav att insolvens ska *visas* säger inget konkret om kravet på bevisstyrka.³³ Med andra ord finns det inga generellt gällande regler om bevisstyrkan att redovisa. På ett principiellt plan är det — såvitt avser insolvenskriteriet — en avgörande skillnad mot vad som gäller för *bevisbördan* för insolvenskriteriet där det alltså är möjligt att göra generellt betonade uttalanden.

Det sagda kan rent allmänt sägas bli belyst av Högsta domstolens ord i NJA 2013 s. 822 om att det krävs en *tillräcklig grad av säkerhet* om vad som inom *en godtagbar tid* ger besked om en relativitet och elasticitet, inte i insolvensbegreppet i sig, utan i insolvensbedömningen. Uttrycken att säkerheten (sannolikheten) ska vara av *tillräcklig grad* och att bedömningen ska spänna över en *godtagbar tid* kan inte beskyllas för att vara överdrivet precisa. Vad Högsta domstolen uttalar ger i själva verket inte någon vägledning alls. Det är ju alldeles självklart att det inte duger med ”otillräcklig” bevisning, ”icke godtagbar” bevisning eller bevisning som inte ”är värd att beakta”. Vad som i förstone kan se ut som en precisering är i själva verket ingen precisering alls. Detsamma kan sägas om vad Högsta domstolen uttalar i NJA 2012 s. 391 om att något är ”högst osäkert”. Detta är domstolens slutsats *efter* en bevisvärdering, men kan ändå vara av visst intresse i sammanhanget i det att det inte är frågan om någon särskilt preciserad slutsats (se angående detta rättsfall, del 2, avsnitt 10). Jag kan också redan här nämna att det enligt min uppfattning är just denna punkt som är en vattendelare i sammanhanget. Svårigheten är emellertid att vattendelningen inte har någon tillförlitlig grad av säkerhet i generella termer. Utifrån denna intetsägande vaghet är det inte svårt att påstå att kontexten — och inget annat — har en helt avgörande betydelse. Det gäller i och för sig — mer eller mindre — all rättstillämpning. Och att ändamålsöverväganden anpassade till aktuell rättsföljd gäller för rättstillämpningen är generellt sett accepterat. Vad gäller tillämpningen av insolvenskriteriet framstår det med en alldeles särskild pregnans.

³³ Som bekant förekommer det allmänt — i lagtext och annorstädes — att det laboreras med olika uttryck för att ange krav på graden av sannolikhet. Sådana uttryck är ”antagligt”, ”skäligen”, ”sannolikt”, ”visat”, ”styrkt” m.fl. Valet av uttryck är avsett att sända en ”signal” till tillämparen att *en viss nivå av sannolikhet* krävs. Oavsett valet av uttryck är det alltid det som avses. Här använder jag genomgående ”visa” som ett neutralt begrepp, som inte säger något särskild om graden av sannolikhet (nivån).

5.4 Bevisning — en sammanfattning

Jag har så här långt presenterat ett antal olika begrepp ("faktisk insolvens", "fullgången insolvens", "konstaterad insolvens", "ådagalagd insolvens" m.fl.) som i den juridiska litteraturen använts för att närmare förklara och precisera hur insolvensbegreppet ska förstås och användas och hur insolvens ska visas. I anslutning till det har jag också ovan redogjort för viss relevant processrättslig begreppsbyggnad. Jag känner nu en skyldighet gentemot läsaren att presentera och motivera min syn på allt detta i sammanfattad form, vilket också innefattar vissa avståndstaganden från vad som i vissa fall anförts i den juridiska litteraturen. Som jag ser det kan man sammanfatta vad som generellt kan anses gälla i följande åtta punkter.

- 1) Insolvens är ett komplext rättsfaktum, dvs. ett rättsfaktum som är sammansatt av flera olika fakta (komponenter eller moment).
- 2) Betydelsen av insolvens kan utläsas som en i framtiden relativt (under viss period) ihållande betalningsoförmåga. För att fastställa att en sådan är för handen måste det alltid göras en framtidsprognos. Om oförmågan vid bedömningstidpunkten redan har varit bestående under en viss (längre) tid, behöver prognosen för framtiden — beroende på kontexten — endast täcka en kortare tid än annars; men prognosen måste alltid göras.
- 3) Vid bedömningen av om insolvens är för handen är det alltid (med ett "skenbart undantag"; se punkt 6 nedan) den som åberopar insolvensen som bär bevisbördan för det påståendet (åberopandet).
- 4) Bevisbördan kan aldrig kastas om när det slutliga beviset är insolvens.
- 5) Däremot har gäldenären i presumtionsfallen vid prövning av konkursansökan, och endast i dessa fall, bevisbördan för ett annat beviset, dvs. att han eller hon är *solvent* (vilket är ett högre ställt krav jämfört med att visa icke-insolvens).
- 6) Vid tillämpningen av lagen om redovisningsmedel gäller primärt ett annat slutligt beviset, nämligen icke-insolvens; och det ankommer på den som åberopar icke-insolvens att också visa det (helt i samklang med det som sägs i punkt 3 ovan).
- 7) Vem som bär bevisbördan för olika enskilda faktum som ingår i en insolvensbedömning kan fluktuera och är inte möjligt att uttala sig generellt om.
- 8) Viken bevisstyrka, dvs. grad av sannolikhet, som krävs varierar beroende på dels vilken omständighet (tema) som ska bevisas, dels den kontext i vilken bedömningen görs. Det är alltså inte möjligt att uttala något generellt rörande detta.

6 Insolvens som konkursgrund

6.1 Konkursansökan

Om en borgenär ansöker om konkurs ska han eller hon bl.a. lämna uppgifter om de omständigheter på vilka yrkandet grundas (2 kap. 4 § konkurslagen). Med *yrkandet* avses en begäran om att gäldenären av tingsrätten ska försättas i konkurs (rättsföljd) och med *omständigheter* avses bl.a. de faktiska omständigheter som konstituerar gäldenärens insolvens (grund för rättsföljden). Ibland sägs det att insolvens är en exklusiv grund för att försätta någon i konkurs (jfr 1 kap. 2 § första stycket konkurslagen).³⁴ En sökande borgenär ska dessutom visa att han eller hon är behörig att ansöka om gäldenärens försättande i konkurs, dvs. visa att han eller hon har en fordran och alltså *är* just borgenär (2 kap. 6 § konkurslagen).

När en sökande borgenär ska visa gäldenärens insolvens finns det i 2 kap. 8 och 9 §§ konkurslagen några särskilda presumtionsregler av stor praktisk betydelse. Är en presumtionsregel uppfylld ska nämligen gäldenären anses vara insolvent, om gäldenären inte kan visa att han eller hon är solvent. Dessa presumtioner innebär med andra ord att tingsrätten utifrån vissa lätt avläsbara fakta kan konstatera att insolvenskravet ska anses uppfyllt. När en borgenärs ansökan stödjer sig på någon av insolvenspresumtionerna i 2 kap. 8 § eller 9 § konkurslagen innebär prövningen alltså inte några större utmaningar. Om ansökan inte är bestridd kan den normalt direkt bifallas.

6.2 Bestridd borgenärsansökan grundad på någon av presumtionerna

Vid ett bestridande från gäldenärens sida blir emellertid rätten tvungen att pröva om gäldenären, trots presumtionen, har visat att han eller hon är *solvent*. En uppfylld presumtion kastar alltså — om man ska vara noga — *inte* om bevisbördan från insolvens till icke-insolvens, utan ställer upp ett annat tema (rättsfaktum), dvs. solvens, som gäldenären har att visa.

En fråga som har diskuterats är om presumtionsreglerna då har förlorat sin betydelse så att man ska bortse från dem, eller om de alltså har betydelse vid prövningen.³⁵ För egen del vill jag mena att presumtionsreglerna då enbart, som nämnts, förändrar temat för bedömningen; från att borgenären ska visa insolvens till att gäldenären ska visa solvens. Men det är en tämligen dramatisk konsekvens. I nästa steg spelar de faktiska omständigheter som inneburit att en presumtionsregel är tillämplig inte någon särskild roll. Till exempel är då ett

³⁴ Formellt sett är det (numera) inte helt korrekt. Enligt artikel 34 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden kan ett s.k. sekundärt insolvensförfarande inledas i t.ex. Sverige utan att någon insolvensprövning ska göras. Det förutsätter dock att en sådan prövning gjorts i samband med att ett annat förfarande inletts i någon annan EU-stat.

³⁵ Se Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, 1986 s. 317 f. och densamme i SvJT 1989 s. 131, Mikael Mellqvist/Lars Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, s. 47 f., Lars Heuman, Specialprocess s. 173 och Gertrud Lennander i Vänbok till Mikael Mellqvist s. 141.

misslyckat utmätningförsök en omständighet av många tänkbara att beakta. I detta sammanhang gör sig ändamålmässiga överväganden gällande, dvs. hur ”lätt” respektive ”svårt” ska det vara att försätta någon i konkurs? Sådana överväganden kommer också in i bilden när man ska bestämma beviskravet, dvs. vad är innebörden styrkemässigt av att gäldenären ska visa solvens i dessa fall. På goda grunder kan man utgå från att sannolikheten för solvenspåståendet måste vara mycket hög, dvs. lika hög som den hade varit för sökanden att annars visa insolvens.

6.3 *Bestridd borgenärsansökan som inte grundar sig på någon presumtion*

En sökande borgenär måste inte åberopa någon presumtionsregel. I stället kan borgenären på i princip vilket sätt som helst visa gäldenärens insolvens. För fall där gäldenären medger en borgenärs konkursansökan gäller dock detsamma (se nedan) som när en gäldenär själv ansöker om konkurs (2 kap. 18 § konkurslagen), dvs. medgivandet innebär — så gott som utan vidare undersökningar — att gäldenären presumeras vara insolvent.

Det är först när en borgenär ansöker om konkurs utan att till stöd för sitt insolvenspåstående åberopa någon av presumtionerna och gäldenären bestrider ansökan som det blir aktuellt att göra en ”fullständig” *insolvensprövning* där borgenären bär bevisbördan.³⁶ I presumtionsfallet är det i stället gäldenären som ska visa solvens.

Kravet på bevisningens styrka i detta fall är högt. Det betyder med andra ord att sannolikheten för insolvenspåståendet måste vara mycket hög.

6.4 *Gäldenärens egen ansökan (eller medgivande av en borgenärsansökan)*

Om gäldenären själv är sökande anges i lagen, märkligt nog, inget om att han eller hon ska ange något yrkande eller några omständigheter till stöd för yrkandet. Å andra sidan kan man utgå från att en gäldenärs ”ansökan om konkurs” implicit innefattar ett yrkande om att vederbörande ska försättas i konkurs. Men en sökande gäldenär behöver inte ange några omständigheter till stöd för sitt ”underförstådda” yrkande. Det är tillräckligt (och också nödvändigt!) med ett ”blankt” påstående om att man är insolvent. Ett sådant påstående ska godtas, om det inte finns särskilda skäl att inte göra det. Påståendet utgör alltså en presumtion om insolvens (2 kap. 7 § konkurslagen). I praktiken är det ytterst

³⁶ I princip gäller detsamma när gäldenären överklagar ett tingsrättsbeslut enligt vilket han eller hon har försatts i konkurs (se 2 kap. 22 § konkurslagen). Och det gäller oavsett under vilka förutsättningar prövningen av gäldenärens insolvens gjordes i samband med att gäldenären försattes i konkurs. Man kan i någon mån uttrycka detta som att det här ställs upp ytterligare en presumtion (vid sidan av 2 kap. 7–9 §§) konkurslagen) för insolvens, dvs. tingsrättens beslut utgör vid överprövningen en presumtion för insolvens. Se NJA 2012 s. 97 och NJA 2009 s. 773. Av sistnämnda rättsfall framgår att klaganden i överinstansen emellertid har rätt att åberopa efter konkursbeslutet inträffade omständigheter. Överinstansens prövning ska alltså göras utifrån förhållanden vid överinstansens prövning, inte utifrån förhållandena vid underinstansens prövning.

sällsynt att det finns några särskilda skäl som hindrar bifall till en konkursansökan i dessa fall. I förarbetena har också understrukits vikten av att den sistnämnda reservationen inte föranleder olämpliga dröjsmål med behandlingen av konkursansökningar och att gäldenärens uppgifter som regel ska godtas utan någon ingående materiell prövning.³⁷ Det är viktigt att påpeka att rätten inte har någon undersökningsskyldighet i dessa fall. För att ett medgivande från gäldenären inte omedelbart ska leda till ett bifall krävs alltså att rätten på något sätt får relevant och tillförlitlig information som kan tänkas hindra ett bifall.³⁸

Här inställer sig egentligen aldrig några bevisvärigheter. Det är i stället frågan om att kontrollera att föreskrivna formalia har iakttagits på ett korrekt sätt.

6.5 *Insolvens som konkursgrund — en sammanfattning*

Vid bedömningen av insolvenskriteriet i samband med en konkursansökan är det alltså sammanfattningsvis sökanden som ska visa insolvens. I presumtionsfallen medför det, som sagt, inga problem. I dessa fall är det till och med så att gäldenären, vid ett bestridande (eller efter överklagande) måste visa solvens. I alla andra fall kan större eller mindre bevisvärigheter föreligga. Och bevisbördan bärs då alltså alltid av sökande borgenär. En annan sak är att det kan ankomma på gäldenären att peka på omständigheter som talar för att han eller hon inte är oförmögen att löpande betala sina skulder eller att en betalningsoförmåga är endast tillfällig. Det har påpekats att det då är frågan om gäldenärens s.k. falska bevisbörda, vilket *inte* innebär att bevisbördan för icke-insolvens läggs över på gäldenären.³⁹ De uttalanden som det här hänvisas till syftar på tillämpningen av insolvensbegreppet i anslutning till 4 kap. 5 § konkurslagen. Det spelar emellertid knappast någon roll på ett principiellt plan. När det talas om att en konkurssökande borgenär ska styrka insolvens avses i alla fall att det är ett komplext rättsfaktum som ska styrkas. Detta komplexa rättsfaktum består i sin tur av ett flertal enskilda omständigheter (aktuell tillgång till likvida medel, förfallna skulder, inom viss tid tillkommande medel, inom samma tid ytterligare förfallna skulder m.m.). *Helheten* måste styrkas. Det är inom ramen för denna helhet *inte* så att gäldenären måste styrka att en oförmåga endast är tillfällig. Det är inte ens så att gäldenären måste påstå att oförmågan är enbart tillfällig. Det är alltså borgenären som bär såväl åberops- som bevisbördan för att betalningsoförmågan är *relativt ihållande*.

³⁷ Se prop. 1975:6 s. 117 f. och s. 396, jfr s. 416.

³⁸ När det här sägs ”på något sätt” är en grundläggande utgångspunkt att uppgiften läggs fram inom ramen för konkursärendet. Det kan ske på olika sätt, men uppgifter som presenteras utanför ärendet, t.ex. i media, ska inte utgöra material som beaktas. *Möjligen*, men långt ifrån säkert, kan sådana uppgifter i *vissa fall* ge rätten ett incitament till att efterfråga förtydliganden/kompletteringar från sökanden och/eller annan.

³⁹ Se Gertrud Lennander i Vänbok till Mikael Mellqvist s. 141 (s. 143) och prop. 1975:6 s. 72 samt Joakim Hedström/Erik Selander i Festskrift till Mikael Möller s. 187 f. (s. 198 f.).

Efter att ha sagt detta kan det *för det första* påpekas att när det här talas om falsk bevisbörda avses helt enkelt att borgenären har fullgjort sin primära bevisbörda och att det då ankommer på gäldenären att lägga fram bevisning som förminskar värdet av den bevisning som primärt skulle kunna vara tillräcklig för att uppnå beviskravet om en relativt ihållande betalningsoförmåga. I princip gäller detta generellt för bedömningen av *insolvenskriteriet*. Sätillvida spelar bedömningskontexten inte någon roll. Eftersom insolvens är ett komplext rättsfaktum finns det alltså ett otal *underliggande rättsfakta*. När det gäller sådana fakta kan, *för det andra*, åberops- och bevisbördan fluktuera. Det får inte skymma det förhållandet att den som åberopar insolvens alltid har bevisbördan för detta.

Den nu beskrivna ordningen innebär att det är mycket sällsynt att tingsrätten behöver fullt ut pröva insolvenskriteriet i samband med frågan om någon ska försättas i konkurs. Det innebär i sin tur att det saknas en fylligare prejudikatbildning rörande insolvenskriteriets tillämpning i samband med prövningen om någons försättande i konkurs.

Den insolvensprövning (eller i vissa fall solvensprövning) som här ska göras måste givetvis göras i skenet av att det är just frågan om någon ska försättas i konkurs eller inte. Det är med andra ord insolvens som *konkursgrund* som står i fokus. *För det första* är då den relevanta bedömningstidpunkten den dag ansökan prövas. Frågan blir då alltså om gäldenären endera redan den dagen har en betalningsoförmåga som kan bedömas som ihållande eller annars att sådan ihållande oförmåga kommer att inträda under viss tid efter den dagen. När det gäller kravet på bevisningens styrka kan det, *för det andra*, konstateras att det inte torde råda några olika meningar. Sökande borgenär ska med en mycket hög grad av sannolikhet visa insolvens och gäldenären ska i vissa fall, med samma höga grad av sannolikhet, visa solvens. I dessa fall finns det inte skäl att laborera med bevislättnader av något slag, utöver den betydande bevislättnad som råder i presumtionsfallen.