

Insolvens — ett ansikte med skiftande mimik

(Del 2 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 i såväl 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.¹ 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.

7 Insolvens som förutsättning för återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen

7.1 Inledning

Vad gäller återvinningsbestämmelserna i 4 kap. konkurslagen är de flesta uppbyggda så att den rättshandling som kan angripas ska vara vidtagen inom viss tid före fristdagen, dvs. den dag ansökan om konkurs kom in till tingsrätten (4 kap. 2 § konkurslagen). Någon insolvensbedömning ska alltså inte göras i dessa fall. Det är tillräckligt att konstatera att gäldenären vid ett visst tillfälle blev försatt i konkurs. Någon (om)prövning av om det beslutet var riktigt eller inte ska inte förekomma.

Den generella återvinningsbestämmelsen i 4 kap. 5 § konkurslagen är emellertid konstruerad på ett annat sätt. Där är det föreskrivet att gäldenären, när rättshandlingen vidtogs, var eller genom förfarandet ensam eller i föreningen med annan omständighet blev insolvent, för att återvinning ska kunna ske.² Här måste det alltså göras en särskild insolvensprövning (ibland benämnd den objektiva insolvensbedömningen) och den bedömningen ska utgå från en tidpunkt i förfluten tid. Det är i detta sammanhang inte möjligt att använda sig av någon av insolvenspresumtionerna i 2 kap. 7–9 §§ konkurslagen; de är enbart

¹ SvJT 2025 s. 324.

² Även i dessa fall måste gäldenären också ha försatts i konkurs. Talan om återvinning förutsätter nämligen förekomsten av en konkursgäldenär och ett konkursbo, se 4 kap. 1 § konkurslagen.

användbara när frågan är om gäldenären ska försättas i konkurs. Till detta kommer att det i 4 kap. 5 § konkurslagen ingår att *dels* göra en ondtrosbedömning (ibland benämnt en *subjektiv* insolvensbedömning), *dels* göra en otillbörlighetsbedömning. En fråga är hur dessa bedömningar relaterar till varandra, vilket jag återkommer till. När det gäller den objektiva insolvensbedömningen är det ett vanligt förekommande synsätt att man här kan skilja på tre olika nivåer.

1) För det första är det frågan om att bedöma om gäldenären vid den aktuella tidpunkten var insolvent, bortsett från den angripna rättshandlingen. Det kan också uttryckas temporärt så att insolvensen ska ligga i tiden före den aktuella rättshandlingens genomförande. Om en bedömning mynnar ut i att det är visat att gäldenären då var insolvent är bedömningen slutförd.

2) Men om det inte går att slå fast insolvens på detta stadium får man för det andra bedöma om resultatet blir ett annat om man adderar den aktuella rättshandlingen till de omständigheter som ska beaktas.

3) Om inte heller det kan leda till slutsatsen att gäldenären blev insolvent kan man för det tredje säga att man ska vidga ramen ytterligare och göra en bedömning av om den angripna rättshandlingen sammantagen med andra omständigheter kan leda till att gäldenären kan anses ha blivit insolvent. Dessa ”andra” omständigheter som ska beaktas behöver inte ha något samband med den angripna rättshandlingen. Dessa ”andra” omständigheter måste dock stå i ett adekvat kausalsamband till insolvensen.

Vid tillämpningen av 4 kap. 5 § konkurslagen kan det alltså — med detta synsätt — ses som att underlaget för insolvensprövningen kan vidgas i två steg. Det är dock ett synsätt som med fog kan ifrågasättas. Konkret består detta ifrågasättande av

1) om det verkligen kan bli frågan om bedömningar på ”tre nivåer” enligt ovan, dvs. om det är meningsfullt att över huvud taget tala om ”direkt” respektive ”indirekt” insolvens och

2) om det är lämpligt att tala om att det ska göras en subjektiv insolvensbedömning.

Enligt min mening är svaret på båda frågorna nekande, vilket nu ska utvecklas.

7.2 Indirekt insolvens och ”facitmetoden”

Det talas i anslutning till 4 kap. 5 § konkurslagen ibland om att det kan vara frågan att bedöma *indirekt insolvens*.³ Med det menar Gertrud Lennander att insolvensbedömningen inte behöver uteslutande hänföra sig till tidpunkten för den angripna transaktionen utan att hänsyn kan tas även till ”*efterföljande händelser och utveckling*”. Mot detta ställer hon prognosbedömningen där det avgörande i stället är vad man vid tidpunkten för rättshandlingen objektivt sett med tillräcklig säkerhet

³ Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs s. 153 f. och i Vänbok till Mikael Mellqvist s. 147 f. Se också Mikael Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden II s. 261.

kan säga om framtiden. Hans Renman — som använder uttrycket *facitmetoden* för det Lennander kallar indirekt insolvens — menar att den metoden (använd i NJA 2003 s. 37) ska anses överspelad genom NJA 2013 s. 822.⁴ Hans konklusion är därför att det ska göras en ”ren” prognos utan beaktande av vad som kan framgå av ”facit”. Han har för övrigt ifrågasatt behovet av lagtextens tillägg ”eller genom förfarandet ensamt eller i förening med annan omständighet”.⁵ Det är ett ifrågasättande jag utan vidare kan instämma i. Vid närmare skärskådan är det nog så att det inte tillför något. För min del vill jag mena att det därför inte är särskilt träffande att här tala om ”indirekt insolvens”. Kännetecknande för prognosbedömningen — som alltid ingår i en insolvensbedömning — är ju att den som ett väsentligt moment alltid innefattar bedömningar av ”*efterföljande händelser och utveckling*”. Innebörden av det är att det här aldrig är frågan om något annat eller mer än en ”vanlig” insolvensbedömning, som alltid inkluderar — och främst består av — en prognosbedömning. Det är med andra ord inte frågan om några sådana tre olika bedömningsnivåer som ovan angetts och i och med det inte heller relevant att använda benämningen indirekt insolvens.

Det säregna i dessa fall ligger i stället på ett annat plan. Det har att göra med att prognosbedömningen inte består av en ”ren” prognos. I den bedömningen ingår nämligen att beakta vissa omständigheter som ”numera” faktiskt är kända (”facit”). Dessa kända omständigheter ska ”läggas in i” prognosen som just kända omständigheter. Det kan givetvis ge dem en särskild tyngd för prognosutfallet. Men det är inte så att dessa kända omständigheter med exklusivitet ersätter en prognos. Prognosen är alltså ett obligatoriskt och centralt inslag i bedömningen. När man från den dag den angripna transaktionen genomfördes spanar in i framtiden är ”facitomständigheterna” givna inslag. Därutöver ska på ”vanligt” sätt bedömas sannolikheten för att andra omständigheter då kunde inträffa (eller inte inträffa). Dessa prognostiserade omständigheter ska bedömas simultant med ”facitomständigheterna” för att mynna ut i en helhetsbedömning av om insolvens ska anses vara visad eller inte.

Det Hans Renman uttalar om att det inte går att förena en prognos med en facitbedömning håller jag alltså inte med om. Det går visst. Det är aldrig frågan om att ställa en facitmetod *mot* en prognosbedömning. Det som gäller är helt enkelt att det vid bedömningstidpunkten är såväl möjligt som tillåtet att ta hänsyn till efterföljande ”facit” och fasa in det i en prognos. I en prognos är vissa omständigheter (”facitomständigheterna”) alltså mycket säkra, ja, till och med så säkra att de utan vidare ska läggas till grund för bedömningen. Men samtidigt ska det göras en prognos vad gäller andra omständigheter av relevans, dvs. omständig-

⁴ Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 164 f. Gertrud Lennander kommenterar NJA 2003 s. 37 på s. 158 f. i Återvinning i konkurs. Det kan nämnas att den aktuella upplagan (fjärde) av den boken gavs ut före tillkomsten av NJA 2013 s. 822.

⁵ Se Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 170 f.

heter som de facto inte inträffat, men som under vissa förutsättningar vid bedömningstidpunkten kunde bedömas ha gjort det. Det är det som på ett väsentligt sätt skiljer dessa bedömningar från de ”rena” prognosbedömningar som annars ska göras.⁶ Och denna skillnad är inte av någon mer fundamental natur. Även vid en ”ren” prognosbedömning är prognosen avseende sannolikheten för att olika omständigheter kommer att inträffa (eller inte inträffa) av varierande styrka. Det som gäller när ”facit” inkluderas är inget annat än att sannolikheten för just dessa omständigheter är hundra procentig. Det Högsta domstolen uttalar i NJA 2013 s. 822 om att insolvensbedömningen är ”framåtblickande och innefattar en prognos” ruckar inte på det. Det finns kort och gott inte några motsättningar mellan NJA 2003 s. 37 och NJA 2013 s. 822 vad gäller (den *objektiva*) insolvensbedömningen.⁷

Jämförelsevis kan det framhållas att när det t.ex. är frågan om att pröva om någon ska försättas i konkurs *finns det inget* ”facit” för framtiden att tillgå. När prövningen av insolvens ska ske i en straffprocessuell kontext av om någon en viss dag i förfluten tid var insolvent finns det i och för sig ett facit, men det *får inte* användas då (se vidare nedan). I återvinningsfallet finns det ett facit som *får* (och ska) användas när prognosen görs. Någon fristående ”facitmetod” finns det inte — och att tala om en ”*indirekt*” variant av insolvens saknar alltså relevans.

7.3 ”Konstaterad” insolvens

Joakim Hedström/Eric Selander uttalar att det straffrättsliga insolvensbegreppet svarar mot det konkursrättsliga vid återvinning och att insolvens enligt lagen om redovisningsmedel är detsamma som i konkursrätten vid återvinning, men att det föreligger viss oklarhet om insolvens vid konkursförsättande korrelerar med insolvens vid återvinning. I två artiklar behandlar de med denna utgångspunkt insolvensbegreppets tillämpning vid återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen.⁸

I anslutning till det vill jag inledningsvis framhålla att *begreppet* insolvens är detsamma i alla dessa fall, men att utfallet av en insolvenspröv-

⁶ Det faktiska utfallet kan ju självfallet även vid en prognosbedömning ha bevisbetydelse, men det har uttalats — se Lars Heuman i JT 1994–95. s. 737 (s. 738) — att den betydelsen är begränsad.

⁷ Att jämföra de båda rättsfallen är över huvud taget lite som att jämföra äpplen och päron; fallen är fokuserade på olika frågor. Skillnaden består av att det i det förra fallet vid den *objektiva* insolvensbedömningen med stöd av ”facitmetoden” beaktades en förfallen skatteskuld, vilket saknar motsvarighet i det senare fallet. Jfr nedan vad som uttalas om att det förhåller sig annorlunda beträffande den subjektiva insolvensbedömningen, dvs. såvitt avser *medkontrahentens goda/onda tro* beträffande insolvensen i ett återvinningsfall och *gäldenärens uppsåt* i ett brottmål. Jfr också Marek Keller i SvJT 2024 s. 752 (s. 764) som där gör sig till tolk för uppfattningen att NJA 2003 s. 37 inte är ett exempel på användningen av en facitmetod, utan i stället en tillämpning av en *motsatt regel*, dvs. en objektiv bedömning. Jag vänder mig alltså mot denna tolkning. ”Facit”, dvs. skatteskulden existerar, ligger till grund för den objektiva insolvensbedömningen. Däremot ligger detta ”facit” inte till grund för ondrosbedömningen (den ”subjektiva insolvensbedömningen”).

⁸ Joakim Hedström/Eric Selander i Festskrift till Mikael Möller s. 187 och i Vänbok till Gertrud Lennander s. 215.

ning kan fluktuera beroende på i vilket sammanhang tillämpningen görs. Deras artiklar är emellertid främst fokuserade på en bestämd situation, nämligen att det 1) föreligger illikviditet (vad de — aningen olyckligt — kallar ”konstaterad insolvens”) och 2) vad som kan krävas för att det tillståndet ska anses hävt. I artiklarna ställer de frågan om det när insolvens har konstaterats kan vara så att återvinningsvaranden har att visa att insolvensen hävts (genom vissa konkreta åtgärder). Med hänvisning till NJA 2013 s. 822 (och i någon mån även NJA 1994 s. 336) framhåller Hedström/Selander att den fråga som ska ställas i denna situation, dvs. vad de kallar konstaterad insolvens, är om det kan bli *en förbättring* av gäldenärens ekonomi. Och författarna konkluderar:

Konkursboet får alltså anses ha uppfyllt bevisbördan för att insolvens föreligger om boet har styrkt obestånd vid en tidigare tidpunkt än då rättshandlingen har ägt rum och även åberopat att det inte finns någon omständighet efter att insolvensen inträffat som medfört att insolvensen hävts fram till konkursutbrottet.

Det ankommer i stället, enligt dem, på återvinningsvaranden att då åberopa omständigheter och bevisning om att den presumerade insolvensen har hävts efter att konkursboet bevisat inträffad insolvens eller med andra ord vad de benämner ”konstaterad insolvens”. Det utgör enligt dem en presumtion för fortsatt insolvens och de pläderar för att en återvinningsvarande under vissa förutsättningar bär en åberops- och bevisbördan för att visa icke-insolvens. Författarna tillägger att det därvid bör ställas ett tämligen högt krav på styrkan av den bevisning en återvinningsvarande presenterar och de gör en jämförelse med det beviskrav som ställs för brytande av en insolvenspresumtion i 2 kap. 8–9 §§ konkurslagen eller vid överklagande enligt 2 kap. 22 § konkurslagen.

I anslutning till detta förtjänar det att påpekas att Högsta domstolen i rättsfallet NJA 2013 s. 822 uttalar (punkten 4) att det som ska *prövas* vid en insolvensbedömning är om 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. Högsta domstolen säger inget om att gäldenären (eller någon annan) skulle bära någon bevisbördan för denna omständighet.

Min uppfattning är att jämförelsen med insolvenspresumtionerna inte är relevant. I dessa fall anges det uttryckligen i lagtext att gäldenären ska *visa* att han eller hon *är solvent*. Man kan möjligen spontant anse det vara detsamma som att visa att man *inte är insolvent*. Men med tanke på insolvenskriteriets utformning är det emellertid inte frågan om ett ”svartvitt” förhållande, utan det kan däremellan finnas ett grått utrymme, dvs. ett utrymme inom vilket det inte går att konstatera vare sig det ena eller andra. Läget är då med andra ord osäkert. Detta osäkra utrymme ska täppas till med placeringen av bevisbördan och/eller kvaliteten på beviskravet. Om man utgår från att bevisbördan för det

negativa förhållandet icke-insolvens vilar på gäldenären är det just det som han eller hon ska styrka, vilket inte nödvändigtvis är detsamma som att visa positivt konstaterad solvens. Jag anser att bevisbördan hela tiden — även i den nu diskuterade situationen — ligger på borgenären. Men — vilket är av största vikt — borgenärens bevisbörda består av att styrka det komplicerade och sammansatta rättsfaktum som insolvens utgör. När det gäller enskildheter som ingår i detta sammansatta komplex är det möjligt att laborera med växlande bevisbördor (och även åberopsbördor). Det kan t.ex. betyda att en av gäldenären åberopad konkret omständighet som talar för att en illikviditet ("konstaterad insolvens") har hävts också måste styrkas av gäldenären. Det är inte detsamma som att bevisbördan för det komplexa rättsfaktumet insolvens har kastats om. I stället är det möjligen så att det är det nu nämnda kravet på gäldenären som kan betecknas som en falsk bevisbörda. Jag föredrar dock att undvika den beteckningen, eftersom det här rör sig om skilda bevismoment (å ena sidan det komplexa och sammansatta bevismomentet "insolvens" och å andra sidan det begränsade bevismomentet t.ex. "det har tillskjutits kapital om 100 mkr" — vilket kan medföra att det förstnämnda temat inte [längre] är visat). Jag håller alltså inte med om att återvinningskärändens bevisbörda för insolvens "förvandlas" till en börda för återvinningsvaranden att visa icke-insolvens (eller solvens). För övrigt är det knappast relevant att som bevismoment ställa upp att en *förändring* (förbättring eller försämring) av gäldenärens ekonomiska status har skett. En förändring (av en viss omständighet) utgör ju inte annat än en komponent i en större helhetsbedömning. Och i avsaknad av explicit lagstöd finns det här — som i presumtionsfallen när frågan är om gäldenärens försättande i konkurs — inte någon plats för att påstå att gäldenären skulle ha att visa *solvens*. Det innebär att det aldrig kan bli så att återvinningsvaranden för att freda sig ska behöva visa att *insolvensen* har *hävts*. Däremot kan återvinningsvaranden behöva visa omständigheter som indikerar att hans eller hennes ekonomi har förbättrats på ett sådant sätt att käränden inte längre uppfyller kravet på att vederbörande ska visa insolvens.

Det nu sagda innebär också att jag också anser att uttrycket "konstaterad insolvens" i den av Hedström/Selander lanserade tappningen är mindre lämpligt att använda. Författarna säger själva att de med det avser illikviditet. Men illikviditet är ett statiskt begrepp som är något helt annat än det dynamiska insolvensbegreppet. Att någon en viss dag är illikvid ger nödvändigtvis inga ledtrådar i frågan om vederbörande då är solvent eller insolvent. Med "konstaterad insolvens" borde alltså rimligen menas just det, dvs. att en prognos har gjorts med bedömningsdagen som utgångspunkt. Har den prognosen utfallit i att gäldenären är insolvent är prövningen avslutad. En konstaterad insolvens (som jag menar att uttrycket bör förstås) kan inte läkas (hävas). Det finns inget för en återvinningsvarande att slåss för; han eller hon har redan förlorat.

Det är alltså inte så att insolvens ska styrkas i ett "första steg", med möjlighet för återvinningsvaranden att i ett "andra steg" styrka motsatsen. Det förefaller som att Hedström/Selander har satt likhetstecken mellan "för ögonblicket" konstaterad betalningsoförmåga och insolvens, vilket i så fall är ägnat att förvirra. Vad som uttalas i NJA 2013 s. 822 kan möjligen leda till missförståndet att det är frågan om att visa förbättringar eller försämringar i ekonomin utifrån ett givet läge och att det alltså skulle råda en presumtion för att konstaterad *illikviditet* är bestående om inte gäldenären motbevisar det. Möjligen (men troligen inte) är Mikael Möller inne på samma tanke, men — viktigt att betona — han talar om att det är en "*betalningsoförmåga*" och "*ekonomisk situation*" (inte insolvens) som i så fall ska hävas och att återvinningsvaranden har att visa konkreta omständigheter som medför att det är sannolikt att så är fallet.⁹ Men det betyder — som jag förstår Mikael Möller — inte att återvinningsvaranden ska visa att han eller hon inte är insolvent. Det övergripande rättsfaktumet — insolvens — ankommer alltid på den som åberopar det att också visa. En annan sak är att det beträffande olika underliggande rättsfakta kan vara så att bevisbördan är fördelad på ett annat sätt. NJA 2013 s. 822 kan alltså inte tolkas som att en vid ett givet tillfälle konstaterad betalningsoförmåga (dvs. *illikviditet*) utgör en presumtion för *insolvens* (som i förekommande fall måste motbevisas).¹⁰

Innebörden av Hedström/Selanders resonemang är i själva verket att insolvens *inte är konstaterad* på bedömningsdagen, utan att *illikviditet* den dagen skulle innebära en presumtion om insolvens när en prognosbedömning ska göras. Så kan det knappast vara. Det kan då inte heller vara så att denna (felaktiga) presumtion skulle få den revolutionerade betydelsen att svaranden helt plötsligt har att visa icke-solvens (eller till och med solvens). Bevisbördan för insolvens vilar oanfränt helt och hållet på återvinningskäranden. En annan sak är, som sagt, att svaranden kan ha ett starkt intresse av att åberopa och visa olika enstaka omständigheter som påverkar insolvensbedömningen till hans eller hennes fördel. Det ruckar inte på utgångspunkten att käranden har att visa att det komplexa rättsfaktumet insolvens är uppfyllt vid bedömningstidpunkten.¹¹ Vid den bedömningen i just återvinningsfallet råder emellertid den *speciella* förutsättningen att man får (och ska) beakta "facit", dvs. omständigheter som de facto har inträffat efter den

⁹ Se Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden II* s. 261 och s. 281.

¹⁰ Eftersom insolvens är ett dynamiskt begrepp är det egentligen aldrig av intresse att kunna slå fast läget vid några "mellanstationer" på väg mot slutdestinationen, dvs. avgörandet om det slutliga temat är uppfyllt eller inte. Och det är, som sagt, en *framöver relativt ihållande betalningsoförmåga*. Och läget bortom denna slutdestination är aldrig av intresse.

¹¹ Först som sist ska det medges att det praktiska utfallet vanligen torde bli det samma oavsett om man anammar Hedström/Selanders principer eller de principer jag här argumenterar för.

relevanta tidpunkten *och* även omständigheter som inte kommit att inträffa, men som vid bedömningstidpunkten kunde förväntas inträffa.¹²

7.4 Medkontrahentens goda/onda tro

Det som är speciellt i återvinningskontexten är alltså att (den objektiva) insolvensbedömningen avseende en förfluten tidpunkt får och ska göras med beaktande av vad som de facto har inträffat efter den tidpunkten *tillsammans* med vad som då kunde prognostiseras. Det är en objektiv bedömning där det saknar betydelse vad gäldenären eller annan (t.ex. medkontrahenten) kan ha haft för kunskaper eller misstankar rörande detta.

Vad gäller gäldenärens medkontrahent ("den andre" enligt lagtexten) i den angripna rättshandlingen innehåller dock bestämmelsen i 4 kap. 5 § konkurslagen ett subjektivt rekvisit. Det krävs nämligen — för framgång med en återvinningsstalan — att "den andre" var i ond tro, dvs. kände till eller borde ha känt till gäldenärens insolvens (och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig). Och vid *den bedömningen* är det inte tillåtet att tillmäta faktiskt inträffade omständigheter ("facit") någon relevans. I stället ska man utifrån tidpunkten för den angripna rättshandlingen bedöma vad som då kunde vara rimligt att anta beträffande framtiden. Det är då medkontrahentens perspektiv som ska anläggas; därav den förekommande benämningen "subjektiv insolvensbedömning". Jag föredrar dock benämningen "ondtrosbedömning". Det ska alltså bedömas medkontrahentens vetenskap eller misstankar om ett objektivt tillstånd (insolvens).¹³ Vid denna senare bedömning ska man emellertid inom ramen för den prognos som ska göras *inte* beakta "facit" som "facit", vilket man däremot ska göra vid den förstnämnda bedömningen. Det är alltså frågan om *två olika objektiva* insolvensbedömningar. Eller rättare sagt; två olika underlag för bedömningarna.

7.5 Sammanfattning

Det som enligt 4 kap. 5 § konkurslagen *för det första* ska bedömas — och det objektivt — är om gäldenären var (eller blev) insolvent vid en given tidpunkt. Som jag redan varit inne på finns det ingen anledning att stanna upp vid de temporala verbformerna "var" och "blev" och ta dessa ord till intäkt för att det ska (eller kan) göras olika slags bedömningar (där den ena kallas för indirekt insolvens). Om en gäldenär kl. 13.00 den 1 oktober 2024 "blev" insolvent, var han/hon ju också vid den tidpunkten insolvent. Skillnaden är i stället begränsad till att man vid den (helt vanliga) insolvensbedömning som ska göras *inte måste*

¹² Jfr vad Mikael Möller benämner som den "objektiva insolvensbedömningen", se Insolvensrättsliga utlåtanden II t.ex. s. 263 där han stödjer sig på NJA 2003 s. 37.

¹³ Ska man vara noggrann säger Högsta domstolen i NJA 2013 s. 822 uttryckligen att den onda tron tar sikte på risken för att en skattemässig avskrivning inte skulle godtas av Skattemyndigheten. Uttalandet tar alltså inte direkt, men väl indirekt, sikte på ond tro om insolvensen.

(men får) beakta de ekonomiska konsekvenserna för gäldenären av den angripna rättshandlingen. Det är *tillräckligt* att gäldenären även bortsett från den rättshandlingen bedöms vara insolvent. Men om så inte bedöms vara fallet får man till bedömningsunderlaget även foga konsekvenserna av den angripna rättshandlingen (och dessutom beakta även andra senare inträffade omständigheter). Det som sålunda är unikt för bedömningen av insolvens i detta sammanhang är att man har tillgång till ett ”facit” och att detta får och ska beaktas, om det behövs för att komma fram till slutsatsen att gäldenären ska anses vara insolvens vid den kritiska tidpunkten. Men det är inte lagtextens ord om att gäldenären ”genom rättshandlingen ensamt eller i förening med andra omständigheter blev insolvens” som utgör grund för denna ”facittillämpning”.

För det andra ska det alltså göras en ondrosbedömning, som ibland benämns subjektiv insolvensbedömning, trots att den egentligen inte innefattar någon bedömning av insolvens, utan i stället någons vetenskap/misstankar om insolvens. I NJA 2003 s. 37 har Högsta domstolen uttalat sig om ondrosbedömningen och uttryckt sig i termer av att vederbörande då borde ha insett att det förelåg en *beaktansvärd risk* för [insolvens].¹⁴ Det är alltså ett uttryck som konkretiserar den onda tron, eller rättare sagt är *avsett* att konkretisera den onda tron. Jag har tidigare kommenterat att avsaknaden av precisering med detta och vissa andra uttryck innebär att de inte ger någon hjälpsam vägledning (se del 1, avsnitt 5.3).

7.6 Otillbörlighetskravet

Avslutningsvis ska här göras en liten utvikning, eller snarare en komplettering. Den har att göra med att det i 4 kap. 5 § konkurslagen föreskrivs att det ska vara fråga om ett otillbörligt gynnande av en viss borgenär och att den borgenären (gäldenärens medkontrahent) ska ha känt till, eller bort känna till inte bara insolvensen utan *dessutom* de omständigheter som gjorde den angripna rättshandlingen otillbörlig.¹⁵

Vad gäller det objektiva kravet på otillbörlighet är det ett krav som svävar över hela bestämmelsen. Själva ändamålet med bestämmelsen är att med återvinning kunna angripa rättshandlingar som generellt sätt är att anse som otillbörliga.¹⁶ Det uttalas också i förarbetena att bestämmelsen *bygger på* ett otillbörlighetsrekvisit. Med Gertrud Lennanders ord har detta rekvisit inget att göra med ”moralisk klandervärdhet”

¹⁴ Ang. detta rättsfall se Mikael Möller, *Insolvensrättsliga utlåtanden II* s. 268 f. och s. 288 f. och Göran Millqvist i JT 1993–94 s. 900 samt även Marek Keller i SvJT 2024 s. 752 (s. 762 f.).

¹⁵ Se prop. 1986/87:90 s. 117 f. och s. 214 f., SOU 1983:24 s. 270 f., SOU 1970:75 s. 159 f. och prop. 1975:6 s. 131 f. och s. 203 f. samt Gertrud Lennander, *Återvinning i konkurs* s. 162 f.

¹⁶ Jfr prop. 1975:6 s. 131 f. och s. 209 f. där det redogörs för tre typer av otillbörliga rättshandlingar som bestämmelsen tar sikte på. Se också SOU 1970:75 s. 159 f. och Gertrud Lennander, *Återvinning i konkurs* s. 151 f. som behandlar det hon benämner som ett objektiva skaderekvisit (krav på nackdel och insolvens).

utan det är i stället ett rekvisit med en ”teknisk, konkursrättslig innebörd”.¹⁷ Jag ser det emellertid som svårt att rent generellt, inklusive i detta fall, kunna dra någon skarpare sådan gräns mellan ”moral” och ”juridik”. I och med att begreppet ”otillbörlig” här förekommer i lagtext är det att beteckna som ett objektiva, dvs. normativt, begrepp. Men begreppet är innehållsmässigt fyllt med moraliska ställningstaganden (vilket i grunden gäller alla juridiska normer). Att begreppet har en *teknisk, konkursrättslig* innebörd är förvisso sant, men den beteckningen bidrar framför allt till att skyla över det förhållandet att det i stor utsträckning har lämnats till tillämparen att själv ”tycka” vad som är moralistiskt klandervärt i ett givet fall.¹⁸

Med att en viss rättshandling i sammanhanget är otillbörlig avses att den på något sätt har varit borgenärsskadlig. Det ska alltså vara frågan om att borgenärskollektivet gått miste om tillgångar som rätteligen borde ha utgjort underlag för utdelning till dem i konkursen. Det brukar också uttryckas som att gäldenären har undandragit tillgångar för borgenärerna. Gertrud Lennander sammanfattar en otillbörlig transaktion som en transaktion där övriga rekvisit i 4 kap. 5 § konkurslagen är uppfyllda, något av rekvisiten är påfallande starkt och det vid en helhetsbedömning inte finns något som talar emot otillbörlighet. Hon uttalar också att otillbörlighetsrekvisitet i praktiken bör prövas sist och då utgöra — som jag uppfattar henne — någon sorts ”kontrollstation” där utrymme ges för att vägra återvinning trots att övriga rekvisitet för återvinning är uppfyllda.¹⁹ Mikael Möller redogör för sin otillbörlighetsbedömning (med positivt utfall) i några fall genom att framhålla

- att det varit frågan om en transaktion av stort värde,
- att transaktionen innebar ett undandragande av tillgångar,
- att gäldenären blev insolvent genom transaktionen,
- att medkontrahenten var i ond tro om a) insolvensen och b) den ekonomiska innebörden av undandragandet och
- att transaktionen till sin natur var extraordinär.²⁰

Det kan ses som en konkretisering i ett givet fall av vad Gertrud Lennander uttalat. Göran Millqvist ser också otillbörlighetskravet som ett självständigt krav när man gör en helhetsbedömning av vad som har

¹⁷ Se Gertrud Lennander i JT 1990–91 s. 472 och Ulrik Häge i Vänbok till Gertrud Lennander s. 65 (s. 71).

¹⁸ Vissa utvalda synonymer till ”otillbörlig” är ”opassande”, ”olämplig”, ”oläglig”, ”obefogad”, ”otillständig”, ”oförskämd”, ”oanständig” och ”ohyfsad”. Vart och ett av dessa ord har för mig en viss nyanserad innebörd. Att säga att ”otillbörlig” går att precisera som en objektiv och ”teknisk, konkursrättslig” term ter sig för mig som nära nog omöjligt. I och med det synes det givet att tillämpningen av begreppet ”otillbörlig” i hög grad är utsatt för subjektiva tolkningar. Det behöver emellertid inte förta begreppets objektiva karaktär som norm.

¹⁹ Se Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs s. 165. Det förefaller vara ett synsätt som delas av Ulrik Häge, se o.a.a. Det är omvänt alltså inte möjligt att bifalla en återvinningstalan om otillbörlighetsrekvisitet i sig skulle anses uppfyllt, men det brister i något av de övriga rekvisiten.

²⁰ Mikael Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s. 661 och Insolvensrättsliga utlåtanden II s. 292.

förevarit.²¹ Redan lagtextens ”och” talar starkt för att insolvensbedömningen och otillbörlighetsbedömningen i subjektivt hänseende är två olika bedömningar. De redovisade litteraturuttalandena kan sägas skingra eventuella oklarheter på denna punkt. Avgörande för återvinningsmöjligheten är alltså om medkontrahenten vid kontraheringstidpunkten var i god eller ond tro beträffande *båda* dessa omständigheter.

Bedömningen av otillbörlighet har alltså främst att göra med *karak- tären* av den angripna rättshandlingen och dess *betydelse* satt i ett större sammanhang. Omständigheter av betydelse är då i vilken grad den aktuella transaktionen avviker från normala transaktioner i gäldenärens verksamhet och den absoluta och relativa omfattningen (storleken) av transaktionen. Man skulle kunna hävda att redan det förhållandet att man i en insolvenssituation (eller hotande sådan situation) vidtar rätts- handlingar som inte är affärsmässigt motiverade (”normala”) i sig är otillbörligt. Och om medkontrahenten inser eller borde ha insett detta är återvinning möjlig. I praktiken torde det för övrigt inte sällan vara medkontrahenten som är initiativtagare (eller i vart fall aktivt medver- kande) till den onormala transaktionen, varför otillbörlighetskravet i många fall inte borde vara alltför betungande att visa.

Den avslutande frågan — och orsaken till denna utveckling — är att man ändå kan spåra att de två självständiga kraven (kravet på medkon- trahentens onda tro rörande insolvensen *och* otillbörligheten) på något sätt kan färga av sig på varandra. Ett sådant synsätt kan t.ex. spåras i NJA 2003 s. 37 där (insikten om) insolvensrisken kan sägas ingå i Högsta domstolens bedömning av otillbörligheten. Detsamma kan skönjas i ovan redovisade litteraturuttalanden. Här finns det anledning att återkomma till vad som sagts (och ovan kommenterats) om att ”otill- börlighet” här är ett *normativt konkursrättsligt begrepp*. Otillbörligheten ska alltså vara relaterad till en given objektiv insolvenssituation. Och det är tämligen självklart att man får vidta (nästan) vilka självskadliga rättshandlingar som helst, men de får inte samtidigt vara borgenärs- skadliga, om de vidtas inom den konkursrättsliga ram som 4 kap. 5 § konkurslagen ställer upp. På så vis är bedömningarna av medkontra- hentens onda tro avseende insolvensen och otillbörligheten samman- flätade, även om det formellt rör sig om två självständiga kriterier. Jag var ett tag inne på att insolvenskriteriet vid tillämpningen av detsamma enligt 4 kap. 5 § konkurslagen kunde vara i någon mån ”kontaminerat” av otillbörlighetskriteriet. Men så är det inte. Däremot är det nog tvär- tom så att otillbörlighetskriteriet här är ”kontaminerat” av hur man be- dömer medkontrahentens onda tro rörande insolvensen.

8 Insolvens som grund för företagsrekonstruktion

För att inleda en företagsrekonstruktion enligt lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion krävs enligt 2 kap. 10 § bl.a. att

²¹ Göran Millqvist i JT 2003–04 s. 900.

det kan antas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga inträder inom kort eller att gäldenären i något annat avseende har ekonomiska svårigheter som innebär en risk för insolvens.

Det kriterium som lagen om företagsrekonstruktion ställer upp vad gäller gäldenärens ekonomiska status är hämtat från det s.k. rekonstruktionsdirektivets artikel 1.1 a och 4.1.²² Det som i artikel 1.1 a i direktivet anges om ”ekonomiska svårigheter” kan knappast förstås som något annat än som en allmänt hållen beskrivning av när det kan vara aktuellt att vidta rekonstruktionsåtgärder och inte som något avgränsande kriterium som kan bli föremål för någon närmare prövning. I stället är det avgörande kriteriet (som anges i såväl artikel 1.1 a som 4.1 i direktivet) det aningen svårfångade att det ”råder sannolikhet för insolvens”. Lagen har i 2 kap. 10 § första punkten alltså utformats så att lydelsen täcker in 1) illikviditet (gäldenären kan inte betala sina förfallna skulder), 2) risk för illikviditet (sådan oförmåga inträder inom kort) och 3) risk för insolvens. Lagen laborerar med andra ord med begreppet insolvens, men insolvens är här — i motsats till vad som gäller enligt konkurslagen för att försätta någon i konkurs — inte någon skarpt utmejslad och exklusiv förutsättning för att inleda ett förfarande.

Det måste dessutom framhållas att *risk för insolvens* är ett mycket undflyende kriterium som inte tillåter en tillämpning innefattande något större mått av säkerhet. Det är i sig ett kriterium som talar om ”risk för risk” i det att insolvenskriteriet i sig består av en riskanalys (prognos) med sikte på en mer bestående betalningsoförmåga.²³ En risk för insolvens — som alltså *inte* innefattar att det föreligger faktisk illikviditet eller ens risk för det vid bedömningstillfället — gör att tröskeln för att inleda en företagsrekonstruktion regelmässigt torde vara mycket låg. Man kan alltså på goda grunder utgå från att det är mycket svårt att avslå en ansökan om företagsrekonstruktion på den grunden att det nu behandlade kriteriet inte är uppfyllt. Det är också helt i linje med lagens (och direktivets) syfte och anda. Man kan uttrycka det som att det gäldenärsföretag som *vill* bli föremål för företagsrekonstruktion inte ska hindras av detta kriterium, om det inte är uppenbart att kriteriet inte är uppfyllt. Det förhållandet att inledandet av företagsrekonstruktion kräver gäldenärens aktiva medverkan (ansökan eller medgivande av en borgenärsansökan) kan i någon mån jämföras med att gäldenärens egen konkursansökan eller medgivande av borgenärsansökan regelmässigt leder till bifall.

²² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132. Se rörande införlivandet av detta och tillkomsten av nu gällande lag om företagsrekonstruktion SOU 2021:12, prop. 2021/22:215 och Marie Karlsson-Tuula, Lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion — En kommentar.

²³ Jfr i det följande avsnittet i del 3 och vad som där i ett straffprocessuellt perspektiv sägs om ”fara för fara”.

Vid tillämpning av lagen om företagsrekonstruktion har alltså insolvenskriteriet i sig en mycket undanskymd roll att spela. Det saknar *direkt* betydelse i det att insolvens alltså inte är någon förutsättning för att inleda eller fortsätta ett förfarande. Den *indirekta* betydelsen är också marginell i det att alla ekonomiska svårigheter alltid torde innefatta åtminstone någon liten risk för insolvens. När det gäller just detta kan man dock givetvis komma in på frågor om vilken grad av risk som kan krävas. På så vis är insolvensbegreppet även i lagen om företagsrekonstruktion av viss relevans. Men det sagda leder till slutsatsen att det vid tillämpningen av lagen om företagsrekonstruktion inte är särskilt intressant att mer djupgående analysera och penetrera insolvenskriteriet. En avgörande prövning i detta sammanhang är i stället det s.k. livskraftstestet, dvs. bedömningen av om gäldenärsföretaget har en uthållig överlevnadsförmåga — vilket i sig inkluderar många av de bedömningar som görs när insolvens ska bedömas.²⁴

9 Insolvens som grund för skuldsanering och F-skuldsanering

Enligt 7 § skuldsaneringslagen (2016:675) och 8 § första stycket lagen (2016:676) om skuldsanering för företagare krävs för att beviljas skuldsanering respektive F-skuldsanering bl.a. att

gäldenären är insolvent och så skuldsatt att han eller hon med hänsyn till samtliga omständigheter inte kan antas ha förmåga att betala sina skulder inom överskådlig tid.

Enligt 8 § andra stycket lagen (2016:676) om skuldsanering för företagare föreskrivs vidare:

En bedömning av om gäldenären uppfyller kraven i första stycket ska göras även om hans eller hennes framtida inkomstförhållanden är oklara.

Som kan noteras är det endast i konkurslagen det finns en legaldefinition av begreppet insolvens. I lagen om företagsrekonstruktion har man alltså valt en helt egen formulering (förvisso mycket snarlik legaldefinitionen i konkurslagen) av vilket ekonomiskt tillstånd som avses. I bestämmelsen nämns ordet ”insolvens” utan angivande av någon bestämd betydelse, men underförstått är det konkurslagens legaldefinition som avses (i den svenska lagen). I de båda skuldsaneringslagarna används ordet ”insolvens” med den uttryckliga avsikten att betydelsen är i överensstämmelse med konkurslagens legaldefinition. Men där följs det i de båda skuldsaneringslagarna av två olika kvalificerande ”tilllägg”.²⁵ Det är det som motiverar att i dessa fall beteckna rekvisitet som

²⁴ Se t.ex. Ny Juridiks temanummer 2022:4; Hans Renman s. 7, Erik Hellström s. 47, Marie Karlsson-Tuula s. 73 och Mikael Mellqvist s. 95.

²⁵ Se ang. detta Mikael Mellqvist, Skuldsaneringslagarna — en kommentar, Stockholm 2024 s. 92 f. och s. 437 f. och densamme i rättsfallsöversikterna i SvJT 1998 s. 134, 2014 s. 321 och 2024 s. 167.

kvalificerad insolvens. I 1994 års skuldsaneringslag uttrycktes det rekvisitet (i 4 § första stycket 1) som att gäldenären ska vara ”på obestånd och så skuldsatt att han inte kan antas ha förmåga att betala sina skulder inom överskådlig tid”.²⁶ I 2006 års skuldsaneringslag (i 4 § första stycket 1) behölls den lydelsen.²⁷ I 2016 års lag hade motsvarande bestämmelse (7 §) ursprungligen följande lydelse. Skuldsanering får beviljas om gäldenären ”inte rätteligen kan betala sina skulder och denna oförmåga med hänsyn till samtliga omständigheter kan antas bestå under överskådlig tid (kvalificerad insolvens)”.²⁸ Rekvisitetet kom sedan att få den nuvarande lydelsen, dvs. skuldsanering får beviljas om gäldenären ”är insolvent och så skuldsatt att han eller hon med hänsyn till samtliga omständigheter inte kan antas ha förmåga att betala sina skulder inom överskådlig tid”.²⁹

För att uttrycka mig mycket kortfattat — och möjligen aningen provocerande — har rekvisitet haft exakt samma innebörd hela tiden trots de skiftande ordalydelserna. När tillägget om att ”samtliga omständigheter” ska beaktas infördes, var det motiverat av kritik mot Högsta domstolens tillämpning av rekvisitetet i NJA 2010 s. 496. Även om Högsta domstolen i NJA 2013 s. 128 kan sägas ha neutraliserat den stränga bedömningen i 2010 års fall betonades i förarbetena till nu gällande skuldsaneringslag vikten av att göra en realistisk och nyanserad bedömning med beaktande av alla vid bedömningstidpunkten kända omständigheter. Det sades också att ”det ligger i sakens natur att en prognos måste innehålla ett visst mått av osäkerhet och att detta inte utgör skäl för att avslå ansökan”.³⁰ I lagtexten avsåg man att åstadkomma denna mer nyanserade tillämpning med tillägget att ”samtliga omständigheter” skulle beaktas vid bedömningen. Den senaste ändringen har en helt annan bakgrund.³¹ Den direkta anledningen till den lagändringen har att göra med införlivandet av det s.k. rekonstruktionsdirektivet och hur begreppet ”insolvens” behandlas där. I förarbetena ställs frågan hur stort utrymme den nationella lagstiftaren kan anses ha när det kommer till formuleringen av insolvensrekvisitetet. Det konstateras vidare att direktivet inte ger några riktlinjer i frågan och att det *lämnas helt* till medlemsstaterna att bestämma detta. Trots detta väljer den svenska lagstiftaren alltså att ändra kriteriets formulering i en riktning som man ”tror” bättre överensstämmer med hur man ser på det i ett EU-perspektiv. Samtidigt framhålls i dessa förarbetsuttalanden att någon förändring i sak inte är avsedd, dvs. ett ”erkännande” av att ändringen inte är sakligt motiverad.³²

²⁶ Se prop. 1993/94:123 s. 197 och jfr SOU 1990:74 s. 274.

²⁷ Se prop. 2005/06:124 s. 74. Här fick dock ”han” sällskap av ”eller hon”.

²⁸ Se prop. 2015/16:125 s. 69 f. och s. 206 f. samt SOU 2013:72 s. 159 f. och s. 312 f.

²⁹ Se prop. 2021/22:215 s. 282 f. och s. 448 samt Ds 2021:6 s. 33 f. och s. 93.

³⁰ Se prop. 2015/16:125 s. 69 f. och s. 206 f. samt SOU 2013:72 s. 159 f. och s. 312 f.

³¹ Se prop. 2021/22:215 s. 284 f. och Ds 2021:6 s. 33 f.

³² Jag ska inte utveckla det mer här, men jag ser detta som ett exempel på ett ofta uppvisat dåligt självförtroende hos den svenska lagstiftaren och som en form av undfallande EU-fjäskeri.

För att avgöra om någon är kvalificerat insolvent krävs det — precis som vid bedömningen om någon är ”bara” insolvent — alltså att det görs en prognos. Det anges i lagtexten *dels* att det räcker med att det kan *antas* att gäldenärens insolvens fortsätter framåt i tiden, *dels* att detta antagande ska gälla *överskådlig* tid. Svårigheten ligger givetvis i att ge detta senare led en klar innebörd. Vid den bedömningen ska det som är upplyst i det enskilda ärendet om gäldenärens förhållanden fälla utslaget. Det betyder att man inte på förhand generellt kan ange en exakt tidsrymd som ett mått på vad som är ”överskådlig tid”. För en överskuldssatt pensionär kan det räcka med en rätt kort tid, eftersom dennes ekonomi mestadels inte kan beräknas undergå någon förändring av betydelse för betalningen av skulderna. För en ung gäldenär blir en sådan omständighet som dennes arbetsförmåga av stor betydelse. Är arbetsförmågan nedsatt på grund av sjukdom, inverkar varaktigheten av sjukdomen på prognosen. Jämför här t.ex. rättsfallet NJA 1997 s. 229 där Högsta domstolen stödde sin insolvensbedömning på ett läkarintyg, vari till den dåliga prognosen för patienten lades att ”den sannolika utvecklingen under de närmaste åren är mot ökad invaliditet och ytterligare svårigheter att fullgöra arbete”.³³ I andra situationer åter kan den tidsrymd som ska överblickas bli beroende av sådana förhållanden som gäldenärens yrkesutbildning och familjeförhållanden. Ytterst spelar även skuldbördans storlek en stor roll. Skillnaden mellan ”insolvens” och ”kvalificerad insolvens” kan sägas vara ytterst hårfin i detta avseende. I båda fallen ska en prognos över framtiden göras och i båda fallen ska den avse överskådlig tid. I praktiken kan man dock se det som att överskådandet är något längre just i skuldsaneringsfallet.³⁴ Å andra sidan är det tillräckligt att det kvalificerade insolvensrekvisitet kan *antas* vara för handen (det behöver inte visas).

För att sammanfatta innebörden av det kvalificerade insolvensrekvisitet i skuldsaneringslagarna kan fastslås

1) att det inte är tillräckligt att ”bara” vara insolvent enligt definitionen i konkurslagen,

2) det måste därutöver antas (dvs. ett inte särskilt högt krav på bevisningens styrka) att nämnda oförmåga är bestående under överskådlig tid,

³³ Jfr notisfallet NJA 2003 C 6 där gäldenärens hälsa var av intresse. Detta fall har dock av allt att döma beviljats prövningstillstånd av Högsta domstolen för ställningstagande i en processuell fråga som i och med den nya skuldsaneringslagen inte längre är av intresse. Se ang. fallet också Annina H Persson i JT 2003–04 s. 125.

³⁴ Tillägget om ”överskådlig tid” var avsett att markera att man inte skulle behöva ”se in i evigheten”, dvs. en begränsning. I prop. 1993/94:1123 s. 92 uttalades det nämligen att kvalifikationen av insolvenskravet innebär att insolvens inte kunde antas någonsin upphöra. (Det kan dock jämföras med att det i författningskommentaren, s. 197, endast talas om att det rör sig om en ”längre” tid). Det förarbetsuttalandet hade, då det tillkom, avsikten att extendera det tidsmässiga överblickande som gäller vid en bedömning av insolvens enligt konkurslagen. Man har alltså först förlängt, sedan kortat ned en tidsrymd. Det som känns märkligt är dock att det man förlänger/förkortar är en *obestämd* tidsrymd.

3) bedömningen av vad som kan anses vara ”överskådlig tid” ska göras på ett nyanserat sätt med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet och

4) bedömningen ska göras på ett ändamålsorienterat sätt mot bakgrund av skuldsaneringslagens rehabiliterande syfte.

Och det är punkten 4 som i realiteten är (och ska vara) särskiljande jämfört med när insolvens bedöms i andra sammanhang.³⁵

Men här dyker en komplikation upp i det att det i F-skuldsaneringslagen finns ett tillägg som säger att en bedömning av om gäldenären är kvalificerat insolvent ”ska göras även om hans eller hennes framtida inkomstförhållanden är oklara”. Innebörden av det är att antaganden rörande just detta minskar i betydelse. Ena sidan i prognosen — dvs. inkomstsidan — kan, eller till och med ska, göras på ett annorlunda sätt. Trots att det är frågan om samma rekvisit i de båda skuldsaneringslagarna skulle det ändå finnas en skillnad i det att tröskeln är lägre vid tillämpning av F-skuldsaneringslagen. Denna nyansskillnad innebär att det kan vara lättare att anse ett och samma rekvisit uppfyllt vid tillämpningen av F-skuldsaneringslagen än vid tillämpningen av skuldsaneringslagen. Det kan med andra ord finnas en skillnad mellan kvalificerad insolvens (enligt skuldsaneringslagen) och kvalificerad insolvens (enligt F-skuldsaneringslagen). Och det är en skillnad som i många fall kan vara av helt avgörande betydelse. Detta är bra exempel på de glidningar (här med lagstöd) som kan finnas vid tillämpningen av insolvensbegreppet. Ett annat sätt att uttrycka det är att se det som att insolvenskriteriets innebörd är beroende av den juridiska kontexten.

Genomgången av utvecklingen av insolvensbegreppet i skuldsaneringslagarna visar att det i någon mån har bäring på hur man generellt ska förstå konkurslagens legaldefinition av insolvens. Men med hänsyn till de kvalificeringar som görs i de båda skuldsaneringslagarna kan man med fog mana till stor försiktighet med att använda praxis från skuldsaneringslagarnas tillämpningsområden när insolvensbegreppet ska tillämpas i andra sammanhang. Omvänt kan det emellertid vara mer värdefullt att hämta vägledning från andra områden vid tillämpning av skuldsaneringslagarna. Tillämpningen av insolvenskriteriet i skuldsaneringslagarna måste dock sammanfattningsvis med ett ändamålsorienterat synsätt sägas vara i hög grad kontextuellt beroende. Med andra ord följer redan av lagtexterna att det här ska göras specifika tillämpningar i och för dessa lagar.

10 Insolvens vid avskiljande enligt lagen om redovisningsmedel

I lagen (1944:181) om redovisningsmedel föreskrivs bl.a. att medlen är skyddade mot anspråk mot innehavaren av medlen om dessa hålls avskilda för annans räkning och innehavaren vid avskiljandet inte var insolvent. I NJA 2012 s. 391 har Högsta domstolen helt kortfattat angett att insolvens här har samma innebörd som den som anges i konkurs-

³⁵ Jfr också Mikael Mellqvist i Skuldsaneringslagarna — En kommentar särskilt s. 55.

lagens definition. Vidare uttalas i rättsfallet, med hänvisning till förarbetena, att det ankommer på den som åberopar att han eller hon vid avskiljandet inte var insolvent att visa detta.³⁶ Vidare uttalas i fallet att det bör gälla när det, som i det aktuella fallet, är den redovisningsskyldige själv som åberopar att han inte var insolvent, bl.a. av det skälet att det är han som har bäst förutsättningar att lägga fram bevisning om sin ekonomi. Högsta domstolen gör alltså en egen bedömning av om det — i det aktuella fallet — finns fog för att följa förarbetsuttalandet och kommer, med en egen motivering, fram till att det finns fog för det när det är den redovisningsskyldige själv som åberopar solvens. En fråga som inställer sig här är om detsamma gäller ograverat i övriga fall, dvs. när den som åberopar icke-insolvens är någon annan än den redovisningsskyldige (t.ex. redovisningsborgenären).

Min uppfattning är att rättsfallet i och för sig inte tillåter någon bestämd tolkning utöver vad som faktiskt sägs av Högsta domstolen, bl.a. med hänsyn till hänvisningen att det är redovisningsgäldenären som enklast kan lägga fram bevisning rörande sin ekonomi. Av rättsfallet kan ett positivt stöd inte hämtas i vidare mening än att nämnda placering av bevisbördan gäller när det är redovisningsgäldenären som påstår icke-insolvens. Samtidigt ger rättsfallet definitivt inte något positivt stöd för att detsamma skulle gälla när icke-insolvensen åberopas av någon annan. Ett praktiskt fall är givetvis att det är redovisningsborgenären som i en separationstvist med konkursboet åberopar icke-insolvens. I det fallet gör sig dock, enligt min uppfattning, samma argument gällande i frågan om var bevisbördan ska placeras. Redovisningsborgenären bör rimligen normalt ha en viss närmare relation till redovisningsgäldenären; en relation som inte har någon motsvarighet vad gäller redovisningsgäldenärens relation gentemot borgenärskollektivet. Övervägande skäl talar, enligt min mening, bl.a. därför för att lägga bevisbördan på redovisningsborgenären i dessa fall.

I ljuset av vad jag i denna artikelserie hävdar rörande frågor om bevisbördan är det Högsta domstolen uttalar därefter särskilt intressant. Man säger nämligen att det finns skäl att skilja mellan å ena sidan skulderna och å andra sidan tillgångarna (och gäldenärens övriga möjligheter att betala skulderna). Det Högsta domstolen därefter gör är att 1) pröva om konkurssökanden visat att en skuld existerar och 2) pröva om innehavaren av medlen har visat att han hade bestående betalningsförmåga (icke-insolvens) vid bedömningstidpunkten. Det som skedde var att Högsta domstolen lade bevisbördan på konkurssökanden (Skatteverket) att visa en omständighet som ingår i den helhetsbedömning som innefattas i insolvensprövningen. Rent konkret rörde det sig alltså om att Skatteverket hade att visa existensen av en viss påstådd fordran. Det lyckades Skatteverket med. Det var alltså ett enskilt moment i en komplex insolvensbedömning. När det gällde det slutliga

³⁶ Prop. 1944:81 s. 36. Det kan tilläggas att vederbörande enligt samma förarbeten (s. 34) också har bevisbördan för att medlen hållits avskilda.

bevistemat, som här var *icke-insolvens*, låg bevisbördan redan från början på redovisningsgäldenären.³⁷ Han lyckades inte utifrån den förutsättningen, sammantagen med övriga relevanta omständigheter, visa att han inte var insolvent. Någon omkastning av någon bevisbörda skedde alltså inte i fallet. I linje med vad jag här i övrigt hävdade vilade bördan för att bevisa icke-insolvens hela tiden på redovisningsgäldenären, medan Skatteverket bar bevisbördan för innehavet av en påstådd fordran, dvs. en underliggande omständighet i förhållande till den överordnade, komplexa, omständigheten insolvens.³⁸ Även om detta fall alltså kan sägas vara spegelvänt bekräftar det den (enligt mig) gällande principen, dvs. placering av bevisbördan för det slutliga bevisemat (som vanligen är insolvens, men just i detta specifika fall icke-insolvens) aldrig kan bli föremål för några ”omkastningar”.

Vad gäller beviskravet för temat att gäldenären hade förmåga att löpande betala sina skulder uttalar Högsta domstolen (punkten 10 i skälen) att det är *högst osäkert* att han vid avskiljandet kunde det, dvs. han var insolvent. Det uttalandet är en slutsats av en rättstillämpning (inklusive en bevisvärdering). Slutsatsen säger att redovisningsgäldenären har misslyckats med att uppfylla den bevisbörda som riktats mot honom. Den framöver relativt ihållande betalningsförmågan var alltså ”högst osäker”, dvs. icke-insolvens var inte visat.

Det nu sagda innebär att frågan om bevisbördans förläggning vid tillämpningen av lagen om redovisningsmedel skiljer sig från alla andra sammanhang där samma fråga aktualiseras i det att temat för den som bär bevisbördan är ett annat (icke-insolvens i stället insolvens). På ett principiellt plan är emellertid det i samklang med vad som generellt gäller, dvs. att man måste hålla isär å ena sidan vem som bär bevisbördan för det övergripande slutliga bevisemat insolvens (eller som här icke-insolvens) och å andra sidan vem som bär bevisbördan för enskilda moment som ingår i det komplexa rättsfaktumet insolvens/icke-insolvens. Det nu redovisade rättsfallet är alltså ett mycket bra exempel på detta.

En fråga som här inställer sig är vilka slutsatser man kan dra av detta rättsfall utanför tillämpningen av lagen om redovisningsmedel. Jag anser att den betydelsen kan vara stor. Högsta domstolens utgångspunkt är nämligen konkurslagens insolvensbegrepp. Det är alltså det begreppet som *tillämpas*. Självfallet är denna tillämpning kontextuell såtillvida att det är begreppets innebörd just vid tillämpningen av lagen om redovisningsmedel som prövas. Men det hindrar inte att vad som uttalas i rättsfallet i större eller mindre grad kan ha generell relevans. Även

³⁷ Jfr vad Högsta domstolen uttalar (punkten 11) om att bevisbördan för icke-insolvens inte bör kastas om, dvs. den ska ligga kvar på redovisningsgäldenären.

³⁸ I NJA 2019 s. 119 hade gäldenären inte visat att han var solvent. Det rättsfallet är därför inte till fullo jämförbart med NJA 2012 s. 391. Men man kan konstatera att gäldenären i det förra fallet bar bevisbördan för påståendet om det övergripande rättsfaktumet *solvens* och även för det underordnade faktumet uthållig betalningsförmåga (konstaterad oförmåga var endast tillfällig). I det senare fallet låg bevisbördan för *insolvens*, menar jag, hela tiden hos den som påstått insolvens.

om insolvenskriteriet — vilket hävdas i denna artikelserie — ska tillämpas kontextuellt, är det fullt möjligt att göra jämförelser mellan två olika sammanhang och komma fram till att de två sammanhangen har sådana likheter att samma överväganden är motiverade och ändamålsenliga i båda fallen.