

GERTRUD LENNANDER

Lojalitetsplikt i insolvensrätten*

1. INLEDNING

Det finns inte många rättsfall där HD uttryckligen har hänfört sig till den lojalitetsplikt (skyldigheten för en part att iaktta eller tillvarata motpartens intressen) som kan föreligga i ett kontraktsförhållande. Torkel Gregow har gjort ett av dessa få uttalanden i en dissens i *NJA 2000 s. 773*. Han apostroferas också för detta av Jori Munukka i dennes avhandling *Kontraktuell lojalitetsplikt*.¹

Bakgrunden till den tvist som förelåg i *NJA 2000 s. 773* var följande. I ett skiljeförfarande mellan två bolag, 3S och Sky Park, blev parterna uppmanade av skiljenämnden att till nämnden betala in ett förskott på skiljedomskostnaderna. 3S betalade sin andel medan Sky Park förklarade sig inte ha för avsikt att ställa något förskott. Därefter erlade 3S även Sky Parks andel. Den fråga som allmän domstol hade att ta ställning till var huruvida Sky Park skulle förpliktas att under pågående skiljeförfarande ersätta 3S för inbetalningen av hälften av förskottet, eller med andra ord huruvida 3S hade en temporär regressrätt avseende halva förskottsbeloppet, som kunde utövas oberoende av hur parternas inbördes betalningsansvar i anledning av den slutliga skiljedomen kunde komma att se ut.

3S hävdade i målet att skiljeavtalet i sig innebar en skyldighet för vardera parten att lojalt medverka till att förfarandet kom till stånd. En underlåtenhet att ställa en del av förskottet till skiljenämndens förfogande utgjorde därför enligt 3S ett avtalsbrott som medförde skyldighet att omedelbart hålla den part skadeslös som nödgats erlægga motpartens del av förskottet.

* Denna artikel är tidigare publicerad i *Festskrift till Torkel Gregow, Norstedts Juridik, 2010 s. 203-224*.

¹ Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007 s. 144*. Se allmänt angående HD och uttalanden om lojalitetsplikt a.a. s. 192 ff. Beträffande lojalitetspliktens närmare innebörd, se vidare nedan.

HD kom fram till att det inte finns någon temporär regressrätt, såvida inte parterna har träffat en överenskommelse om det. I motiveringen framhölls bl.a. att det inte föreligger någon betalningsskyldighet i egentlig mening för en part gentemot skiljemännen när det gäller förskott, att en temporär regressrätt skulle ge upphov till vissa exekutionsrättsliga problem och att skiljedomsutredningen i förarbetena till 1999 års lag om skiljeförfarande övervägt men avstått från att införa en sådan regressrätt.

Torkel Gregow, som var skiljaktig beträffande motiveringen, hänförde sig i sitt votum uttryckligen till den allmänna lojalitetsplikt som kan följa av skiljeavtalet, men ansåg att denna inte kunde anses vara en tillräcklig grund för att skapa en betalningsförpliktelse för part (något som den argumentering som 3S förde i målet skulle innebära), särskilt inte som den skulle innebära en ändring av den ordning som gäller enligt lag.

Jag har därför valt att tillägna Torkel Gregow följande framställning om lojalitetsplikt i insolvensrätten (varmed i detta sammanhang avses konkurs, företagsrekonstruktion och skuldsanering), även om den inte behandlar hans specialområde utsökningsrätten. Det bör också framhållas att framställningen begränsas till att avse frågan om gäldenärens ansvar.

2. LOJALITETSPLIKT

Med lojalitetsplikt avses som ovan nämnts att en part är skyldig att iaktta, eller tillvarata, motpartens intressen.² Att det inom vissa gränser föreligger en sådan plikt framför allt i kontraktsförhållanden får numera anses vedertaget.

Principen att en part är skyldig att visa lojalitet mot den andra parten har rötter ända tillbaka till romarrätten (*bona fides*). I den tyska rätten är principen angående *Treu und Glauben* (där huvudstadgandet finns i BGB § 242) en av obligationsrättens mest fram-

² Se t.ex. Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 1, 12, 83 ff. och 501, Hans Nicander, "Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden", JT 1995–96 s. 31 ff. på s. 31, Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007 s. 29 f., som också återger olika definitionsvarianter.

trädande rättsgrundsatser. Det franska begreppet *bonne foi* var länge, och är numera åter, centralt (Code civil art. 1134 al. 3). Motsvarigheten i amerikansk rätt är *good faith (good faith and fair dealing)*, medan skepsisen mot en allmän lojalitetsprincip är större i engelsk rätt.³

I Norden har principen om parternas lojalitetsplikt vunnit särskild anklang i norsk rätt, men även i finsk rätt har existensen av en allmän lojalitetsplikt blivit allmänt erkänd. Också i dansk rätt ger den allmänna uppfattningen i doktrinen stöd för att lojalitetsplikten kan ses som en allmän obligationsrättslig grundsats.⁴

För svensk rätts del återfinns lojalitetstanken redan i 1734 års lag.⁵ Men under långa tider därefter ägnades den inte någon särskild uppmärksamhet. Tankegången kläddes i andra ord och kom därigenom i bakgrunden som självständig princip. Uttrycket lojalitetsplikt användes knappast. I stället kunde man tala om exempelvis ”omsorgsförpliktelser”, där ett exempel kunde vara en panthavares skyldighet att vårda panten. Bakom sådana förpliktelser låg outtalande lojalitetsaspekter.

På allra senaste tid har intresset för ämnet i svensk doktrin exploderat. Under år 2004 utgavs tre svenska avhandlingar där lojalitetsplikt är huvudföremål för eller en viktig faktor i framställningen.

³ Se t.ex. den ingående framställningen hos Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 17 ff., samt även Anders Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, 2004 s. 44 ff. och Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007 s. 104 ff. I Principles of European Contract Law (PECL) art. 1:201 och Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC) art. 1.7 uppställs *good faith and fair dealing* som en generell och överordnad princip. Motsvarande gäller inte beträffande Draft Common Frame of Reference (DCFR), dvs. de modellregler för europeisk privaträtt som utarbetats av the Study Group on a European Civil Code och the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), där principen intagits i Bok III om ”Obligations and corresponding rights” art. 1:103. Se t.ex. Ole Lando och Peter Arnt Nielsen, ”Europæisk obligationsret”, UfR 2008 B s. 187 ff., särskilt s. 189 f.

⁴ Se t.ex. Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 52 f. och 62 ff. med hänvisningar, Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten s. 81 ff. och Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforholds. 144 ff.

⁵ Angående lojalitetspliktens framväxt i svensk rätt se t.ex. Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 53 ff., och 455 ff., Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten s. 81 ff. och Jan Kleineman, ”Utomkontraktuella lojalitetsplikter – ett sakrättsligt problem?” i Festskrift till Gösta Walin, 2002 s. 207 ff. på s. 207 och 212.

År 2007 utkom ytterligare två svenska avhandlingar och därtill en norsk.⁶

Som antytts i det föregående brukar lojalitetsplikten karakteriseras som en rättsprincip eller en allmän rättsgrundsats; den saknar tillräcklig precision för att kunna betecknas som en rättsregel.⁷

Lojalitetsplikten kan få betydelse för innehållet i gällande rätt på tre olika sätt.⁸

För det första kan lojalitetsprincipen sägas ligga till grund för de konkreta förpliktelser vilka brukar uppfattas ge uttryck för lojalitetsplikt och därför karakteriseras som ”lojalitetsförpliktelser”. Hit hör medverkansplikt (varmed avses t.ex. skyldigheten att lojalt medverka i ett förfarande), tystnadsplikt, konkurrensförbud, informations- och upplysningsplikt (en sammanfattning av ett stort antal olika förpliktelser som går ut på att meddela motparten sin uppfattning eller något faktiskt förhållande, såsom reklamationsplikt och avrådningsplikt), skadebegränsningsplikt och vårdplikt (t.ex. en panthavares skyldighet att vårda pantsatt egendom). Egentligen skulle det kunna sägas att den allmänna lojalitetsprincipen har spelat ut sin roll, när förpliktelserna blivit uttryckliga och reglerade. Den grundläggande principen hör emellertid till bakgrundsmaterialet och kan bidra till att förklara och belysa förpliktelsernas innehåll.

⁶ Anders Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, 2004, Andreas Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, samt Sacharias Votinius, Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund, 2004, Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, Erika P. Björkdahl, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter, 2007, och Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsförhold, Oslo 2007. – Ur den svenska litteraturen kan också nämnas t.ex. Christina Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, dens., ”Lojalitetsplikten i avtalsförhållanden – närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kiosk-rörelse”, JT 1991–92 s. 701 ff., Jan Kleineman, ”Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris”, JT 1992–93 s. 289 ff., dens., ”Kreditgivaransvaret – professionsansvar under utveckling”, JT 1993–94 s. 172 ff., dens. i Festskrift till Gösta Walin s. 207 ff., Nicander, JT 1995–96 s. 31 ff., Stefan Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag, En kommentar, 2001 s. 79 ff. och Erica P. Björkdahl, Säljarens upplysningsplikt vid fastighetsköp – en regel om lojalitet före avtalslut, JT 2009–10 s. 5 ff.

⁷ T.ex. Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 461, Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten s. 182 ff. och 271, Votinius, Varandra som vänner och fiender s. 253, Lindskog, Lagen om handelsbolag s. 80 och Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsförhold s. 85.

⁸ Se och jfr Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt t.ex. s. 461, 488 och 490. Angående lojalitetsförpliktelserna se s. 143 ff.

Lojalitetsplikten kan för det andra ha inverkan på olika kontraktsförpliktelser, dels på det sättet att principen om lojalitetsplikt kan användas som en faktor vid tolkning och utfyllning av avtal så att en förpliktelse och dess närmare innehåll alltså fastställs i ljuset av lojalitetsplikten, dels genom att lojalitetsplikten kan åberopas och användas för att förhindra att gäldenären missbrukar sina formella rättigheter.⁹

För det tredje kan lojalitetsplikten i vissa fall verka självständigt. Med detta menas att den utgör en självständig grund för en viss förpliktelses uppkomst. Hit hör krav på sådant lojalt handlande som inte kan föras in under något konkret lagbud eller en konkret avtalsklausul, utan vars innehåll bestäms av den allmänna lojalitetsplikten. Exempel erbjuder arbetsrättslig rättspraxis rörande lojalitetsplikt. Hade utgången i det inledningsvis nämnda rättsfallet NJA 2000 s. 773 blivit en annan skulle man ha kunnat säga att HD skapat en ny förpliktelse (betalningsskyldighet för part avseende förskott till skiljemännen) grundad på den allmänna lojalitetsplikten.

Det brukar genomgående framhållas att lojalitetsplikten är vag. Den ger i sig inga konkreta handlingsdirektiv. Det är ganska illustrativt att principen fått först och störst genomslag hos lagstiftaren, så småningom också i doktrinen, men i betydligt mindre utsträckning i rättspraxis, framför allt när det gäller lojalitetsplikten som självständigt verkande grund. Principen kan lämpa sig utmärkt att åberopa i lagförarbeten till stöd för regler som lagstiftaren vill föreslå; här är friheten stor när det gäller val av rättskällor. Men i rättspraxis sätts principen på hårdare prov. Här ligger vagheten principen i fatet. Det sagda gäller även lojalitetsplikten som tolkningsfaktor. Även om domstolen skulle finna att det föreligger en lojalitetsplikt så ger det inte mycket ledning; det behövs ändå ingående överväganden för att fastställa vilket innehåll plikten i så fall skall ha. Som ett exempel kan åter nämnas det inledningsvis åberopade rättsfallet NJA 2000 s. 773. En sådan fråga som det målet gällde (dvs. om en part i ett skiljeförfarande, som erlagt hela det förskott

⁹ Se härom också Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten s. 180 f. och 271.

på skiljedomskostnaderna som skiljemännen begärt, kunde kräva betalning av den andra parten under det att förfarandet pågick) kan inte besvaras med ett enkelt konstaterande att det av skiljeavtalet följer en allmän lojalitetsplikt för parterna. Detta framgår också av Torkel Gregows votum.

Den vaga och vidsträckta definitionen av lojalitetsplikt har i doktrinen (Munukka) preciserats genom olika tilläggsdefinitioner och modeller.

Till att börja med har Munukka¹⁰ således föreslagit ett antal alternativa tilläggsdefinitioner: tillvaratagandedefinitionen (plikt att aktivt och uppmärksamt verka för att på bästa sätt tillvarata motpartens intresse), kontrolldefinitionen (plikt att utöva viss kontroll i motpartens intresse), samverkansdefinitionen (plikt att verka för avtalets genomförande), aktsamhetsdefinitionen (plikt att avstå från en handling eller underlåtenhet som kan tillfoga motparten skada) och missbruksdefinitionen (plikt att avstå från att missbruka ett rättsligt, kunskapsmässigt eller ekonomiskt övertag till egen vinning). Definitionerna utesluter inte varandra.

Gränsdragningen mellan lojalitetsplikt och förbud mot rättsmissbruk är inte given. Företeelserna kan sammanfalla, men också behandlas vid sidan av varandra.¹¹ Enligt min uppfattning utgör de situationer där frågan om rättsmissbruk kan bli aktuell ett av de viktigaste tillämpningsområdena för lojalitetsplikten. Detta gäller inte minst inom den del av juridiken som behandlas i det följande. Det innebär alltså att missbruksdefinitionen ofta blir aktuell i det sammanhanget.

Munukka hänför också lojalitetsplikten inom ett antal avtalstyper till olika modeller.¹² Den första, ”anförtroendemodellen”, omfattar anställningsförhållanden och mellanmansförhållanden. Här är lo-

¹⁰ Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 83 f.

¹¹ Se Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 101 ff. och uppsatsen ”Rättsmissbruk. En rättsfigur under framväxt”, vilken bygger på avhandlingen och intagits i Stockholm Centre for Commercial Law, Årsbok I, 2008 s. 135 ff., se särskilt s. 138 ff. Munukka har valt att behandla lojalitetsplikt och rättsmissbruk inordnade under ett allmänt lojalitetskrav. Se även t.ex. Camilla Dalbak, ”Lojalitetsplikt som grundlag för å begrænse og utvide fleksibilitet i avtaleforhold”, Lov og Rett 2007 s. 598 ff., särskilt s. 611 f.

¹² Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 207 ff.

jalitetsplikten etablerad. Arbetstagarens lojalitetsplikt har noggrant utmejslats i rättspraxis och för många mellanmanstyper kan lojalitetsplikten utläsas direkt eller indirekt i lagtexten. Lojalitetsplikten utgör en basnorm och går ut på att sätta principalens intressen före sina egna.

Den andra modellen, ”mottagandemodellen” avser näringsidkares lojalitetsplikt i förhållande till konsumenter (konsumentförhållanden). Här utgör lojalitetsplikten en tilläggsnorm som genom utfyllnad och tolkning motverkar missbruk i rättsförhållandet.¹³

Kommersiella förhållanden, en heterogen grupp där parterna intar motstående positioner, förs till en tredje modell, ”deltagandemodellen”. Denna är partsneutral i den meningen att ingen av parterna skall ges särskilt skydd; motpartens intressen skall beaktas men det är tillåtet att främja sina egna intressen och motpartens intressen behöver inte sättas framför de egna.¹⁴

Lojalitetsplikten kan göras gällande i alla typer av avtal, av jämbördiga och ojämbördiga parter, från ömse håll, i prekontraktuella och även utomkontraktuella förhållanden.¹⁵

3. LOJALITETSPLIKT I KONKURSRÄTTEN

3.1 Allmänt

Som nyss nämndes kan lojalitetsplikt gälla inte bara i kontraktsförhållanden utan även i andra sammanhang. Man kan fråga sig till vilket område konkursrätten här skall hänföras. I en konkurs löper en rad krav med olika bakgrund samman. Ett antal fordringar kan vara utomobligatoriska. Men i stor utsträckning utgör konkursen slutskedet av ett tidigare rättsförhållande mellan gäldenären och konkursborgenären som är av inomobligatorisk natur, ett fordringsförhållande, ett kontraktsförhållande etc. I de olika ursprungsförhållandena kan lojalitetsplikt ha förelegat i skiftande grad. Denna

¹³ Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 352.

¹⁴ Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 209, 406, 499 och 519.

¹⁵ Se t.ex. Votinius, Varandra som vänner och fiender s. 269, Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 407 ff., Kleineman i Festskrift till Walin s. 207 ff. och Björkdahl, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden.

plikt upphör inte helt och hållet enbart av det skälet att gäldenären försätts i konkurs.

Vid konkurs uppstår emellertid en ny situation, med nya positioner. Den lojalitetsplikt som gäldenären kan ha haft mot den andra parten i respektive rättsförhållande, vilket nu ger upphov till en konkursfordran, omvandlas genom konkursen till en lojalitetsplikt för gäldenären gentemot borgenärskollektivet. Lojalitetsplikten kommer på så sätt att komplettera den konkursrättsliga regleringen.

Eftersom konkursgäldenären ofta är en juridisk person kan det vara på sin plats att framhålla att lojalitetsplikten såvitt avser en sådan gäldenär i realiteten hänförs till den eller de fysiska personer som står bakom och representerar företaget, eller med andra ord till den juridiska personens ställföreträdare (som också är närstående till gäldenären).¹⁶

Som en utgångspunkt för analysen av konkursgäldenärens lojalitetsplikt mot borgenärskollektivet kan konstateras att intresseavvägningen mellan gäldenären och hans borgenärer i viss mån är speciell. Det är inte fråga om en relation mellan två jämbördiga parter, med motstridiga intressen. Ännu mindre är det fråga om en relation mellan en svag part (gäldenären), som skall skyddas, och en stark part (borgenärerna). Gäldenären har skulder som han inte kan betala; konkursförvaltaren är under skadeståndsansvar skyldig att utreda och avveckla konkursen och har härvid att tillvarata borgenärernas bästa. Det överskuggande målet, när det gäller relationen mellan gäldenären och hans konkursborgenärer, är att borgenärerna skall få så mycket betalt som möjligt. Gäldenären fräntas rådigheten över all egendom som hör till boet. Han kan inte med tyngd hävda några egna intressen gentemot borgenärerna eller konkursboet, fränsett rätten att få behålla medel till sitt uppehälle etc. (jfr 3 kap. 3–6 §§ konkurslagen, 1987:672). Till detta kan läggas den viktiga aspekten att den omständigheten att borgenärerna erhåller så stor utdelning som möjligt också är i gäldenärens intresse, eftersom det medför att hans egna skulder kan bli betalda. I en avvecklings-

¹⁶ Jfr prop. 1986/87:90 s. 239 angående tillämpningen av 6 kap. konkurslagen om gäldenärens skyldigheter.

situation finns det således knappast några rättspolitiska skäl att sätta gäldenärens intresse före borgenärernas eller ens att anse dem jämställda. Borgenärernas intresse bör sättas främst.

Lojalitetspliktsmodellen liknar i mycket den som arbetsrätten uppvisar och som Munukka kallar ”anförtroendemodellen”.¹⁷ Inom arbetsrätten ställs högre krav på lojalitet än i andra avtalsrelationer. Medan principen om lojalitet enligt sin definition och egentliga innebörd innebär en skyldighet att *beakta* motpartens intressen, har den arbetsrättsliga lojalitetsplikten utvecklats till en skyldighet för arbetstagaren att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget. Denna beskrivning av en lojalitetsplikt, som är åtminstone i princip ensidig och inte har mycket med ”rättvisa” att göra, stämmer väl överens med vad som kan sägas gälla beträffande konkursgäldenären.

I förevarande avsnitt behandlas konkurs, avslutningsvis behandlas kortfattat också företagsrekonstruktion och skuldsanering.

I betänkandet ”Ett samlat insolvensförfarande – förslag till ny lag”, SOU 2010:2, föreslås att begreppen konkurs och företagsrekonstruktion utmönstras.¹⁸ I stället indelas insolvensförfarandet i dels det förvaltarledda förfarandet, dels egenförvaltning. Det förvaltarledda förfarandet kan utmynna i såväl avveckling och verksamhetsrekonstruktion (motsvarande nuvarande konkurs) som gäldenärsrekonstruktion (motsvarande företagsrekonstruktion). Egenförvaltning kan bara leda till gäldenärsrekonstruktion. Det som nedan sägs om företagsrekonstruktion kan då få betydelse särskilt beträffande egenförvaltning.

3.2 Lojalitetspliktens uttryckssätt

Utgångspunkten är alltså att konkursgäldenären har en allmän lojalitetsplikt mot sina borgenärer, som går ut på att han inte får sätta sina egna intressen före deras, eller rent av att han skall sätta deras

¹⁷ Se ovan vid not 12. Angående lojalitetsplikt i arbetsrätten, se särskilt Votinius, Varandra som vänner och fiender s. 249 ff. och Nicander, JT 1995–96 s. 38 ff. samt t.ex. Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 210 ff., Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten s. 135 ff. och Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsförhold s. 346 ff. Det kan noteras att en viss lojalitetsplikt numera anses älgga också arbetsgivaren.

¹⁸ Se SOU 2010:2 t.ex. s. 20 ff. och 102 ff.

intressen före sina egna. Till den del lojalitetsplikten inte avser gäldenärens medverkan i förfarandet, t.ex. genom att lämna upplysningar och ställa räkenskapsmaterial till förvaltarens förfogande, begränsas pliktens omfattning naturligtvis av att gäldenärens handlingsfrihet är starkt beskuren. Han har fräntagits rådigheten över den egendom som hör till konkursboet. Lojalitetsplikten kan alltså bara gälla i de avseenden där han ändå kan ha något att säga till om, dvs. i de avseenden där konkursgäldenären enligt lagen tillagts befogenhet att vidta åtgärder eller ställa anspråk. Som ett exempel kan, utöver vad som framgår i det följande, nämnas hans rätt att av boet få ut sådan egendom som är utmätningsfri. Inom dessa ramar kan lojalitetsplikten få betydelse. Till detta kommer att lojalitetsansvaret inte bara gäller under konkursförfarandet. Genom reglerna om återvinning i konkurs har gäldenären ålagts en skyldighet att även dessförinnan vara lojal mot (eventuellt) blivande konkursborgenärer. Återvinningsreglerna sanktionerar således gäldenärens lojalitetsplikt i tiden före konkursen.

3.3 Lojalitetsförpliktelser i konkurslagen, m.m.

3.3.1 Återvinningsreglerna

För att konkursrätten skall fungera måste gäldenären förhålla sig lojal och inte sabotera vare sig förfarandet eller möjligheterna för borgenärerna att erhålla del av tillgångarna, fördelade enligt lag. Gäldenären får inte göra sina egna prioriteringar. Han får inte före konkursen ge bort eller på annat sätt föra undan sina tillgångar eller använda dem på ett sätt som gynnar vissa borgenärer framför andra, t.ex. genom betalning eller pantsättning. Ett huvudsyfte bakom reglerna om återvinning i konkurs är att förhindra ett sådant beteende som nu beskrivits. Överhuvudtaget är det ett genomgående tema i insolvensrätten att illojala beteenden skall motverkas. Att återvinningsreglerna syftar till att förhindra ”illojala dispositioner” fram-

hålls också både i förarbeten och doktrin.¹⁹ Detta kommer även till synes i huvudregeln om återvinning av otillbörliga transaktioner, 4 kap. 5 § konkurslagen.

En viss lojalitetsplikt finns också mellan de konkurrerande borgenärerna inbördes.²⁰ Denna är emellertid av något annat snitt. Medan gäldenärens ansvar till stor del kan sägas falla under den kontraktuella lojalitetsplikten i dess förlängning är det, såvitt avser förhållandet mellan borgenärerna inbördes, till att börja med fråga om en utomkontraktuell lojalitetsplikt. När en tillämpning av 4 kap. 5 § konkurslagen är aktuell framgår borgenärens lojalitetsplikt av lagtexten, på samma sätt som beträffande gäldenären. Situationen är emellertid annorlunda då det gäller de objektiva återvinningssituationerna. I dessa fall är det snarare så att lojalitetsaspekten har beaktats vid själva lagregleringen och någon konkret illojalitet krävs då inte i det enskilda fallet.²¹

3.3.2 Medverkansplikt

Ett grundläggande syfte med konkursen är att se till att borgenärernas anspråk mot gäldenären blir tillgodosedda i så stor utsträckning som det är möjligt. Gäldenären är skyldig att lojalt medverka till att detta syfte uppnås. Det åligger honom därför att medverka i förfarandet på olika sätt. I detta sammanhang kan särskilt nämnas hans långtgående skyldighet att lämna upplysningar av betydelse för konkursutredningen (och att ställa räkenskapsmaterial till förfogande), inte minst i samband med upprättandet av konkursbouppteckningen, liksom hans närvaroplikt under förfarandet. Hans skyldighet att

¹⁹ Prop. 1975:6 s. 132. Lars Welamson, Konkursrätt, 1961 s. 207. Lars Welamson och Mikael Mellqvist, Konkurs, 10 uppl. 2003 s. 78. Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 3 uppl. 2004 s. 34 ff. NOU 1972:20 s. 281. Sjur Braekhus, Konkursrett, utvalgte emner, Oslo 1970 t.ex. s. 99. Jfr t.ex. Dir. 2007:29, Samordnat insolvensförfarande, första stycket under rubriken Behovet av en utredning, Theodore Eisenberg, Konkurs eller rekonstruktion, 1995 s. 41 ff., Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 102 not 218.

²⁰ Jfr även t.ex. NRt 1994 s. 775 och 1997 s. 645, Thor Falkanger, "Opplåning og lojalitetsplikt", Lov og Rett 1995 s. 100 ff., särskilt s. 107 f., Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold s. 51.

²¹ Lennander, Återvinning i konkurs t.ex. s. 35 f. Som där framhålls kan undantaget för ordinära transaktioner i 4 kap. 10 och 12 §§ konkurslagen fylla samma funktion som ett undantag för transaktioner som inte är illojala.

medverka kan även ta sig andra uttryck. (6 kap. 2 § konkurslagen, jfr 3–5 §§.)²²

Vad man här kan tala om är en ”medverkansplikt”. Medverkansplikt är en av de s.k. lojalitetsförpliktelserna, dvs. en förpliktelse som anses grunda sig på lojalitetshänsyn. Den uppfylls vanligen genom att den förpliktade lämnar någon form av upplysning. Medverkansplikt som företeelse utgör en heterogen samling förpliktelser. I och för sig kan den närmast ses som ett uttryck för en parts skyldighet att sträva efter att avtalsändamålet skall uppfyllas.²³

3.3.3 Försäljning av egendom till gäldenären eller denne närstående

Konkursinstitutet används – fortfarande – i betydande utsträckning som ett alternativ till företagsrekonstruktion för att få en verksamhet i kris att överleva. I motsats till företagsrekonstruktionen, som går ut på att företaget, dvs. den juridiska personen, rekonstrueras (man talar här också om gäldenärsrekonstruktion), innebär rekonstruktion genom konkurs att rörelsen (verksamheten) kan leva vidare, s.k. verksamhetsrekonstruktion. Rörelsen, eller delar av den, säljs för att drivas vidare av en ny fysisk eller juridisk person. Det är därvid inte ovanligt att den tidigare företagaren på så sätt kan fortsätta att driva företaget, befriad från de gamla skulderna.

Inställningen till denna rekonstruktionsform varierar, vissa anser den överlägsen, andra är skeptiska. Det avgörande är naturligtvis hur den utnyttjas. Det går inte att komma ifrån att det finns en risk för missbruk. I förslaget till ett samlat insolvensförfarande (SOU 2010:2) har verksamhetsrekonstruktionen emellertid fått en viktig roll som en av förfarandets tre inriktningar eller, annorlunda uttryckt, ett av de resultat som förfarandet skall kunna utmynna i.

I de nu åsyftade fallen är köparen i regel en konkursföretaget närstående fysisk eller juridisk person, dvs. någon ”bakom” detta. Gäldenären själv (dvs. gäldenären i egentlig mening) är av flera skäl mindre aktuell, även om lagtexten i och för sig möjliggör en försälj-

²² Prop. 1994/95:189 s. 23 ff, Ds 1994:96 s. 28, 29 ff., 101.

²³ Se till det sagda Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 143 ff, särskilt s. 143, 145 och 147, med hänvisningar. Se också ovan efter not 8.

ning också till denne (jfr nedan). Rimligen bör han sakna medel. Han "äger" redan egendomen och har rådighetsförbud under konkursen. Är gäldenären en fysisk person är han ålagd näringsförbud så länge konkursen pågår (6 kap. 1 § konkurslagen). En juridisk person är förhindrad att driva någon som helst verksamhet under konkursen²⁴ och upplöses efter denna.

Konkursförvaltaren är i och för sig skyldig att se till att egendomen säljs till ett pris som är så förmånligt för borgenärerna som möjligt, även om han också kan behöva ta andra hänsyn t.ex. till behovet av en snabb avveckling och till sysselsättningsintresset (7 kap. 8 § konkurslagen). Det kan också ofta vara så att det är den förre ägaren som har de bästa förutsättningarna att driva rörelsen vidare.²⁵ Samtidigt finns det en risk att gäldenären eller hans närstående sätter förfarandet i system eller försöker komma över verksamheten i skuldfritt skick för billigt. I konkurslagen infördes därför genom en lagändring år 1995 särskilda försiktighetsregler för de fall där konkursegendom säljs till gäldenären eller någon närstående till denne, 8 kap. 6 § (angående fast egendom) och 8 kap. 7 § (angående

lös egendom). Reglerna innebär att det i sådant fall som huvudregel krävs att försäljningen föregås av ett offentligt anbudsförfarande.²⁶ Det framhålls i förarbetena att regleringen har störst betydelse beträffande närstående, eftersom gäldenären själv regelmässigt inte torde kunna uppträda som köpare på grund av rådighetsförbudet.²⁷ Det framgår att försäljning till gäldenären själv tillagts mest för säkerhets skull.

Huvudsyftet med lagändringen var att motverka missbruk av konkursinstitutet i form av "planerade" konkurser (bekvämlighetskonkurser), där gäldenärens avsikt är att efter ett billigt köp kunna driva rörelsen vidare i huvudsakligen samma omfattning men utan de gamla skulderna eller åtminstone med väsentligt minskad skuld-

²⁴ Prop. 1986/87:90 s. 239 f.

²⁵ 1994/95:LU31 s. 8.

²⁶ Ds 1994:96 s. 75 ff. och 107, prop. 1994/95:189 s. 40 f. och 1994/95:LU31 s. 7 f. och 29.

Det kan noteras att promemorians förslag enligt prop. inte "nu" borde genomföras, men att ändringen sedan infördes efter det att frågan behandlats i lagutskottet. Eugène Palmér och Peter Savin, Konkurslagen, En kommentar, Del II s. 8:8 och 13.

²⁷ Ds 1994:96 s. 79.

sättning.²⁸ Ur borgenärskollektivets synvinkel är detta illojalt, eftersom gäldenären här sätter sina egna ekonomiska intressen i förgrunden medan borgenärerna, främst de oprioriterade, utan att ha något att säga till om drabbas av de ekonomiska konsekvenserna. I förarbetena betonas också att lagändringen innebar att frågans betydelse markerades.²⁹ Man framhäver kort sagt lojalitetsaspekten.

3.3.4 Rättspraxis. *NJA 1996 s. 46, angående boets övertagande av talan i rättegång*

I rättsfallet *NJA 1996 s. 46*, som gällde frågan om konkursboet kunnat återta sin förklaring att boet inte avsåg att överta gäldenärens talan i en rättegång som pågick mellan gäldenären och annan angående egendom som hörde till konkursboet (3 kap. 9 § konkurslagen), kommer lojalitetsprincipen – konkursgäldenärens skyldighet att vara lojal mot borgenärskollektivet – indirekt men ändå tydligt till uttryck i domskälen. Fallet är ganska omskrivet, men lojalitetsaspekten synes inte ha kommenterats av någon.³⁰

Till den rättsliga bakgrunden hör, såsom anges i HD:s beslut, bl.a. följande.³¹ Om det vid konkursutbrottet pågår en rättegång mellan gäldenären och någon annan om egendom som hör till konkursboet, t.ex. en tvistig skadeståndsfördran mot gäldenärens motpart, får boet enligt 3 kap. 9 § första stycket konkurslagen överta gäldenärens talan. Övertas talan blir konkursboet skyldigt att svara för rättegångskostnaderna i målet, även för sådana kostnader som

²⁸ Ds 1994:96 s. 5 och 19, jfr s. 76. Jfr även prop. 1995/96:5 s. 55.

²⁹ Ds 1994:96 s. 77, 1994/95:LU31 s. 9.

³⁰ Det kan dock noteras att Lars Heuman, *Specialprocess, Utsökning och konkurs*, 6 uppl. 2007 s. 204 f. talar om "missbruksprincipen" som en grundsats vid bedömningen.

³¹ Se också t.ex. Palmér och Savin, *Konkurslagen* s. 3:31 ff., Welamson och Mellqvist, *Konkurs* s. 123 f., 126 f. och Heuman, *Specialprocess* s. 203 ff.

belöper på tiden före övertagandet (massafordran).³² Har gäldenären varit kärande i målet ansvarar boet solidariskt med gäldenären för sistnämnda kostnader. Har gäldenären varit svarande ansvarar boet ensamt för hela rättegångskostnaden. (13 kap. 7 § och 18 kap. 10 § rättegångsbalken.) Skulle boet däremot avstå från ett övertagande har gäldenären rätt att fortsätta vara part i rättegången. Konkursboet skall då också anses ha uppgivit den omtvistade egendomen till förmån för gäldenären. Oavsett om konkursboet övertar talan eller inte får egendomen, så länge konkursen pågår, inte utmätas för en fordran som kan göras gällande i konkursen. Egendomen kan alltså utmätas för fordringar som inte kan göras gällande i konkursen. Givetvis kan den även utmätas efter det att konkursen avslutats, om det skulle bli aktuellt.

Situationen i målet var följande. Bolaget B stämde A i januari 1991 med yrkande om skadestånd. I oktober 1992 försattes B i konkurs. Konkursbouppteckning utvisade skulder om nära 3,5 miljoner kr och tillgångar om 451 kr. Den 2 februari 1993 meddelade konkursförvaltaren att boet inte avsåg att överta Bs talan i rättegången mot A. Drygt en månad senare, den 11 mars, ändrade konkursförvaltaren sig och förklarade att boet övertog talan. B bestred att konkursboet hade rätt att överta talan i målet och

gjorde gällande att boets ursprungliga inställning att inte inträda i rättegången var definitiv och oåterkallelig. – Det kan tilläggas, att det av argumenteringen i målet framgick att Bs intresse av att få driva processen för egen räkning grundade sig på att B tänkte använda det som kunde vinnas genom processen till att betala en av

³² För *motparten* är det i och för sig en fördel ur rättegångskostnadssynpunkt att få konkursboet på den andra sidan i stället för gäldenären. I en process med gäldenären själv kan motparten inte räkna med att få någon nämnvärd ersättning för sina rättegångskostnader även om han skulle vinna målet. Det sannolika är att gäldenären inte kan betala och ersättningsanspråket kan inte ens göras gällande som en oprioriterad konkursfordran annat än till den del det hänför sig till tiden före konkursbeslutet. Det bör naturligtvis också observeras att en juridisk person, som upplöses då konkursen avslutas utan överskott, enligt huvudregeln inte får fortsätta att driva en pågående process sedan konkursen avslutats. Se t.ex. NJA 1999 s. 237, 2000 s. 144 och 2001 s. 144 samt Heuman, Specialprocess s. 206 ff. Jfr Klara Håstad, "Insolventa aktiebolags rättegångskostnadsansvar" i Affärsjuridiska uppsatser, 2004 s. 67 ff. på s. 72 f., 104 ff., 109 och 171.

borgenärerna i konkursen, en bank, som hade en fordran för vilken Bs tidigare styrelse och aktieägarna i bolaget hade tecknat borgen.³³

Tingsrätten gav konkursboet rätt medan hovrätten ansåg att förklaringen inte kunnat återtas. HD följde konkursboets linje. Motiveringen gick till att börja med ut på följande.

Till förmån för att ett återtagande av konkursboets förklaring inte skall kunna ske kan i och för sig åberopas intresset av ordning och reda i processen. Dock anses en s.k. processhandling få återtas i samma instans som den avgetts, om inte särskilda omständigheter föranleder annat. I det nu aktuella fallet är det fråga om en processhandling med civilrättsliga konsekvenser, eftersom gäldenärens rätt till processföremålet berörs. På grund av förklaringens särskilda rättsverkningar för gäldenären blir frågan om det av hänsyn till denne kan vara motiverat att göra ett avsteg från den nämnda huvudregeln i detta fall. Av betydelse blir då vilka skäl som ligger bakom principen att boet skall anses avstå från den omtvistade egendomen, om det inte övertar talan. Den motiveringen sammanhänger med ansvaret för rättegångskostnaderna. Utför gäldenären tvisten själv ansvarar han ensam för kostnaderna. Det anses då rimligt att han skall kunna kompensera sig genom det som kan vinnas i processen. Men om boet övertar talan, övertar det som nämndes ovan också ansvaret för rättegångskostnaderna, även för sådana som hänför sig till tiden före övertagandet. Boets rätt att överta talan gäller oavsett hur länge rättegången kan ha pågått, och oavsett hur stora kostnader som uppstått, då ett övertagande blir aktuellt. Detta innebär att

³³ HD:s akt, aktbil. 10 och aktbil. 3 (konkursbouppteckningen). – I referatet i NJA finns ett korrekturfel på s. 46 sjätte stycket efter rubriken, där det talas om ”konkursboet” i stället för ”konkursbolaget”. Felet återfinns inte i originalbesluten.

gäldenärens anspråk på den omtvistade egendomen med hänsyn till sitt kostnadsansvar, inte ter sig lika befogat om boet övertar talan.³⁴

I övrigt kan emellertid utgången sägas ha grundats på lojalitetsprincipen. HD hänför sig först till den speciella relation som föreligger mellan gäldenären och hans konkursbo och framhåller att det inte är i vanlig mening fråga om två parter med motstridiga intressen. Konkursförvaltarens uppgift är att utreda och avveckla gäldenärens konkurs med så gott resultat som möjligt. För konkursboet, efter att ha övertagit gäldenärens talan, framgång i tvisten kommer detta gäldenärens egna borgenärer till godo. Det kan därför egentligen inte anses strida mot gäldenärens berättigade intressen att boet får överta talan, trots att boet först sagt sig vara ointresserat av detta, och att tvisteföremålet därmed återgår till boet. Under dessa uttalanden kan man skönja gäldenärens skyldighet att vara lojal mot borgenärskollektivet i stort. Även risken för rättsmissbruk betonas. HD tillägger bl.a. att viss hänsyn även bör tas till risken att en regel av innebörd, att förvaltarens första ställningstagande är definitivt, kan leda till att gäldenären i vissa fall frestas att undanhålla förvaltaren relevant underlag inför dennes beslut angående ett eventuellt övertagande.

Exemplet visar en situation där lojalitetsprincipen använts (kanske inte som en faktor vid tolkning av lagtext men) vid utfyllning av gällande rätt genom rättspraxis. Fallet illustrerar den generella lojalitetsplikten mot borgenärskollektivet, medverkansplikten i förfarandet och plikten att avstå från rättsmissbruk.

³⁴ Om konkursboet vinner processen kan ersättning erhållas även för gäldenärens rättegångskostnader. Han och en eventuell tredje man, som kan ha bistått gäldenären, hålls då skadeslösa. Ingår förvaltaren förlikning med motparten och avtalar t.ex. att vardera parten skall stå sina egna kostnader, kommer gäldenären däremot i kläm. Emellertid gäller här särskilda regler, 3 kap. 10 § konkurslagen, såsom också anges i HD:s beslut. Övertar konkursboet gäldenärens talan har förvaltaren befogenhet att ingå förlikning med svaranden, om det är till fördel för borgenärerna i konkursen. Anser förvaltaren att ett förlikningsanbud bör antas ges emellertid gäldenären en möjlighet att själv utföra tvisten, under förutsättning att han ställer säkerhet för vad som bjuds genom förlikningen. I detta fall är gäldenären redovisningsskyldig gentemot konkursboet för vad han lyckas uppnå. Skulle gäldenären vinna tvisten tillfaller den omtvistade egendomen således inte gäldenären själv. Däremot kan han, i den mån han inte erhåller ersättning för sina kostnader av motparten, få ersättning för dessa av konkursboet, intill ett belopp som motsvarar mervärdet av det som vunnits till boet. Se prop. 1986/87:90 s. 212 och bilagedelen s. 184, Heuman, Specialprocess s. 208 f. samt NJA 1996 s. 661.

3.3.5 Rättspraxis. *NJA 2004 s. 777, angående abandonering*

Lojalitetsplikten illustreras också i *NJA 2004 s. 777* som gällde s.k. abandonering, varmed åsyftas att en konkursförvaltare under pågående konkurs låter viss egendom utgå ur boet och i stället överlämnar egendomen till konkursgäldenären, som därmed återfår rådigheten över denna.

I rättsfallet hade konkursförvaltaren avstått från två skogsfastigheter till förmån för gäldenären, men senare under konkursen begärt att fastigheterna skulle säljas exekutivt; förvaltaren återtog alltså beslutet om abandonering. Frågan i målet om detta var möjligt besvarades jakande. Hovrätten använde i sin motivering bl.a. vissa av "lojalitetsargumenten" från *NJA 1996 s. 46*.

HD:s utgångspunkt var att gäldenären under konkursen saknar rådighet över den egendom som hör till konkursboet och därför så länge konkursen pågår bara kan förfoga över den egendomen, t.ex. genom avtal, i de fall där han i lagen särskilt tillagts sådan rätt. Vid abandonering måste ett visst ansvar läggas på gäldenären. Det framgår att HD inte ansåg sig kunna ställa upp en generell regel om abandonering under konkursen utan de nyanseringar och undantag som en sådan regel skulle kräva och som det inte fanns underlag för att utforma i målet. Detta ansågs i stället ankomma på lagstiftaren. I ett tillägg till domen av förf. till denna uppsats hänvisades till den norska regleringen av frågan.³⁵

Angående det allmänna syftet med reglerna framgår av de norska förarbetena att abandoneringsinstitutet inte är till för gäldenärens skull, för att ge honom en chans till nystart t.ex. Syftet med institutet är att tillgodose konkursboets intressen. Övergripande är intresset av att utdelningen i konkursen skall bli så bra som möjligt.

Den norska bestämmelsen innehåller vissa regler som kan sägas grunda sig på en lojalitetsplikt; gäldenären får inte sätta sina egna intressen före konkursborgenärernas och dessa måste skyddas mot missbruk från gäldenärens sida. Av lagtexten, konkursloven § 117 b tredje stycket, framgår således att gäldenären har upplysningsplikt i

³⁵ Se § 117 b i 1984 års Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven), Ot. prp. nr 26 (1998–99) s. 104 ff. och 236 f. samt NOU 1993:16 s. 67 ff., 175 och 186 ff.

samband med abandoneringen. Han får inte lämna oriktiga upplysningar av betydelse för beslutet om abandonering eller undanhålla information etc., i syfte att underlätta för sig själv att återfå rådhöheten över egendomen. Sker detta kan beslutet om abandonering tas tillbaka. Galdenären får inte heller utnyttja egendomen på ett sådant sätt att han gör en egen vinst på denna. Kan det förutses att egendomen kan ge vinst på något sätt skall abandonering i och för sig inte ske, men om så ändå har skett kan konkursförvaltaren kräva att överskottet överlämnas till konkursboet för att komma konkursborgenärerna till del i stället för att gå till galdenären.

Det framhålls vidare i de norska förarbetena att galdenären har all anledning att ta hand om egendomen på bästa sätt för att försöka att om möjligt reducera, eller eventuellt eliminera, förlusten för de borgenärer som inte har fått full täckning i konkursen.³⁶ Det kan tilläggas att det – om egendomen är pantsatt – har betydelse att egendomen behandlas väl, även under konkursen, eftersom pantavaren har rätt till utdelning i konkursen, som oprioriterad, för det som han inte får ut ur panten.

Rättsfallet illustrerar en situation där lojalitetsprincipen skulle kunna användas som självständig grund för i första hand en lagreglering. Här aktualiseras både den generella lojalitetsplikten mot borgenärskollektivet och plikten att avstå från rättsmissbruk. Det som nödvändiggör en särskild reglering är framför allt rättsmissbruksaspekten.

4. LOJALITETSPLIKT VID FÖRETAGSREKONSTRUKTION

Syftet med en företagsrekonstruktion är att ett företag, som har en bärkraftig affärsidé, genom omstrukturering och konsolidering av verksamheten och en finansiell uppgörelse med borgenärerna i ett tidigt skede, skall återfå livskraften innan en avveckling genom

³⁶ Carl-Bernhard Kjelstrup och Thor Falkanger i utredningen "Abandonering i konkurs", återgiven i NOU 1993:16 s. 186 ff. på s. 198.

konkurs är oundviklig.³⁷ I motsats till konkursinstitutet bygger reglerna om företagsrekonstruktion på gäldenärens initiativ och medverkan. Gäldenären måste vara helt med på att förfarandet inleds, det kan inte inledas mot hans vilja.³⁸ Han måste också delta aktivt i förfarandet. – När här talas om åligganden o.likn. för ”gäldenären” avses, på samma sätt som ovan beträffande konkurs, den eller de fysiska personer som står bakom och representerar företaget.

Vid företagsrekonstruktion är lojalitetsplikten annorlunda beskaffad än vid konkurs, eftersom rekonstruktionsförfarandet kan sägas ha ett dubbelt syfte. Tanken är i och för sig att borgenärernas intressen skall främjas på sikt. Borgenärernas rätt får inte heller äventyras under rekonstruktionen. Inför ett ackord skall borgenärernas intresse av att ackordsprocenten blir så hög som möjligt tillgodoses så gott det går. Men eftersom syftet med rekonstruktionen först och främst är att företaget (”gäldenären”) skall kunna leva vidare, kommer även gäldenärens bästa i förgrunden. Åtgärder skall vidtas som främjar företagets överlevnad och gäldenären själv kan därför inte vara skyldig att helt underordna sig borgenärernas intresse av att erhålla betalning. Situationen präglas snarare av det förhållandet att rekonstruktionen inte skall leda till total avveckling. Rekonstruktionsperioden är därför inte att se som ett helt nytt skede, på det sätt som är fallet vid konkurs. Således uppstår inte någon ny, ensidig lojalitetsplikt med samma generella innehåll som vid konkurs, i anledning av företagsrekonstruktionen som sådan.

I lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (FrekL) har det i stor utsträckning överlämnats till gäldenären själv att söka åstadkomma att förfarandet leder till önskat resultat. I förarbetena framhålls emellertid att det är viktigt att undvika att de borgenärer, vilkas rätt inskränks under den tid förfarandet pågår, drabbas av illojala handlingar från gäldenärens sida.³⁹ I lagens 1 kap. 2 § anges därför

³⁷ Se 1 kap. 2 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (FrekL), Trygve Hellners och Mikael Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion, En kommentar, 1997 (nytryck 2009) s. 21 och 51, SOU 1992:113 s. 318 f., prop. 1995/96:5 s. 53 ff., särskilt s. 54, 1995/96:LU11 s. 10.

³⁸ Jfr 2 kap. 6 § tredje stycket FrekL.

³⁹ Prop. 1995/96:5 s. 58.

att rekonstruktören, även om han närmast är gäldenärens rådgivare, skall verka för att borgenärernas intressen inte åsidosätts. Gäldenären behåller i princip sin rådighet, men har i praktiken begränsad handlingsfrihet. Han måste följa rekonstruktörens anvisningar och får inte på egen hand betala skulder som uppkommit före beslutet om företagsrekonstruktion eller ställa säkerhet för sådana skulder, åta sig nya förpliktelser eller överlåta, pantsätta eller upplåta annan rätt till egendom av väsentlig betydelse för verksamheten (se 2 kap. 14 och 15 §§ FrekL). Lagen bygger på att gäldenären medverkar lojalt under förfarandet.⁴⁰ De skyldigheter som härvid åläggs honom är typiska lojalitetsförpliktelser, framför allt upplysningsplikt och lydnadsplikt.

Om gäldenären handlar illojalt kan företagsrekonstruktionen upphöra enligt 4 kap. 7 § FrekL. Även ett offentligt ackord kan förverkas om gäldenären har handlat oredligt, i hemlighet gynnat någon borgenär eller uppträtt illojalt på något annat sätt, 3 kap. 27 §.⁴¹

5. LOJALITETSPLIKT VID SKULDSANERING

Skuldsanering ligger i lojalitetshänseende nära företagsrekonstruktionen. Båda instituten är inriktade inte bara på borgenärernas utan även på gäldenärens eget intresse. Vid skuldsanering är det gäldenärens ekonomi som skall rehabiliteras.

Skuldsaneringsinstitutet vilar på tanken att gäldenären vill göra rätt för sig, men inte kan. Handlar han inte lojalt kan det leda till att skuldsanering vägras eller att den omprövas. Men lojalitetsplikten har otydliga konturer. Eftersom ett huvudsyfte med förfarandet är att gäldenären själv skall komma på fötter, är skuldsaneringsinstitutet utformat för att tillgodose i viss mån motstridiga intressen: Gäldenärens intresse av rehabilitering och borgenärernas intresse av

⁴⁰ Jfr t.ex. Hellners och Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion s. 35, 99, 113, 227 f. och 246, prop. 1995/96:5 s. 119, 121 och 190, SOU 1992:113 s. 431 f.

⁴¹ Se hänv. i föregående not. Jfr prop. 1970:136 s. 122, SOU 1968:41 s. 122. Se även 2 kap. 18 § FrekL.

att få betalt för sina fordringar. Dessa intressen måste balanseras mot varandra.

Strängt taget kan det sägas att den särskilda lojalitetsplikten vid skuldsanering i första hand inskränker sig till en skyldighet för gäldenären att lojalt medverka under handläggningen av ärendet om skuldsanering (jfr 4 § tredje stycket in fine skuldsaneringslagen, 2006:548). Detta lojalitetskrav är å andra sidan starkt.⁴² Som exempel på situationer där gäldenären under förfarandet uppträtt på ett sätt som inte kan anses lojalt, kan nämnas att gäldenären lämnar oriktiga, ofullständiga eller vilseledande uppgifter om sina inkomster (*RH 1996:46*), att gäldenären inte vill anpassa sina boendekostnader till en rimlig nivå (*RH 1996:15* och *2004:78*, jfr *RH 1996:63*), att gäldenären fortsätter att skuldsätta sig även efter det att han ansökt om skuldsanering (*RH 1997:113*) eller att gäldenären efter ansökan slutar arbeta och i stället börjar studera (*UfR 2008 s. 2318*). I dessa fall har skälighetsrekvisitetet för att erhålla skuldsanering inte ansetts uppfyllt (4 § skuldsaneringslagen, jfr den danska konkursloven § 197, ändrad år 2005). Till kravet på gäldenärens allmänna uppträdande under förfarandet hör också att han inte får gynna en viss borgenär genom att betala dennes fordran, om fordringen omfattas av skuldsaneringen enligt 7 § i lagen.

Lojalitetsplikten kan emellertid också aktualiseras då gäldenären skall fullgöra sina skyldigheter under det att betalningsplanen löper, sedan själva handläggningen avslutats. I *NJA 2005 s. 303* intogs i detta avseende en välvillig attityd gentemot gäldenären. Av rättsfallet framgår indirekt att det inte kan anses vara illojalt av gäldenären att underlåta att upplysa borgenärerna om att hans ekonomi under den nämnda tiden blivit väsentligt förbättrad.

Om det efter det att skuldsanering beviljats visar sig att gäldenären har uppträtt oredligt, medvetet lämnat oriktiga uppgifter eller förfarit på något liknande sätt, kan skuldsaneringen omprövas, 24 §

⁴² Mikael Mellqvist, Handbok till skuldsaneringslagen, 2007 s. 71 f. Se angående kravet på gäldenärens medverkan under handläggningen av ärendet om skuldsanering även t.ex. Trygve Hellners och Mikael Mellqvist, Skuldsaneringslagen, En kommentar till 2006 års lag, 2007 s. 95 och prop. 1993/94:123 s. 98, 131 och 135. Jfr även Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 439 f.

skuldsaneringslagen. Detsamma gäller om gäldenären inte följer betalningsplanen.

Den skälighetsbedömning som enligt 4 § skuldsaneringslagen skall göras vid prövningen av om gäldenärens ansökan skall beviljas innefattar i övrigt, dvs. bortsett från det sätt på vilket gäldenären har medverkat under handläggningen, bl.a. en bedömning av de ansträngningar gäldenären gjort för att betala sina skulder och hans förhållningssätt överhuvudtaget vid deras tillkomst och eljest. I detta ligger exempelvis att det som regel inte kan godtas att gäldenären har skuldsatt sig genom vidlyftiga eller spekulativa affärer med högt risktagande och att det är viktigt att gäldenären inte kan beslås med att ha använt en ”illojal” strategi för att bli av med sina skulder.⁴³ De överväganden som görs i detta avseende kan dock knappast sägas ge uttryck för en regelrätt lojalitetsplikt som skulle åligga gäldenären i egenskap av just skuldsaneringsgäldenär; de omständigheter som beaktas vid dessa delar av skälighetsbedömningen har ju också inträffat innan frågan om skuldsanering blev aktuell och någon tillbakaverkande effekt föreligger inte.

6. SLUTORD

Det föregående har innehållit några tankar kring gäldenärens lojalitetsplikt vid konkurs, företagsrekonstruktion och skuldsanering. Förslaget om ett samlat insolvensförfarande kan ge upphov till fortsatta funderingar. Det har ovan framgått att lojalitetsprincipen kan få betydelse i insolvensrätten både vid tillämpning av de konkreta lojalitetsförpliktelser som framgår av lag (t.ex. medverkansplikt), vid utfyllning av gällande rätt och som självständig grund för nya förpliktelser. Däremot har borgenärens lojalitetsplikt endast flyktigt berörts. Och vad som gäller vid utmätning får bli en annan historia.

⁴³ Jfr SOU 2008:82 s. 265. Se, förutom ovan nämnda rättsfall, t.ex. NJA 2001 s. 601, 2003 s. 437 och 2003 C 6 samt RH 1996:34, 1999:20 och 2003:26.