

GERTRUD LENNANDER

Tillfällig betalningsoförmåga. Några frågor angående insolvens

Med insolvens (obestånd) avses enligt konkurslagen att gäldenären inte kan rätteligen betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig. Huruvida gäldenärens betalningsoförmåga är tillfällig avgörs genom en prognosbedömning. I denna artikel analyseras frågan vilka principer som styr denna bedömning. Härvid behandlas också, i anslutning till reglerna om återvinning i konkurs, skillnaden mellan s.k. indirekt insolvens och en prognosbedömning. Särskilt uppmärksammas vidare det komplicerade samspelet mellan prövningen av ond tro hos gäldenärens medkontrahent och en prognosbedömning, där bland annat frågan om undersökningsplikt för medkontrahenten intar en central plats.

GERTRUD LENNANDER är senior forskare på SCCL, f.d. Justitieråd och tidigare professor vid Stockholms universitet.

1. INLEDNING*

Mikael Mellqvists främsta disciplin är obeståndsrätten eller med en annan benämning insolvensrätten. I denna artikel tillägnad Mikael tänkte jag därför uppehålla mig kring en för Mikael välkänd fråga, nämligen innebörden i och tillämpningen av obestånds- eller insolvensrekvisitet.¹ Särskilt behandlas vad som gäller beträffande ”tillfällig betalningsoförmåga”.

* Denna artikel är tidigare publicerad i Särtryck ur Vänbok till Mikael Mellqvist, Jure Förlag, 2020, s. 141–154. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

¹ Det följande går bl.a. tillbaka på vissa allmänna resonemang som jag fört i ett antal rättsutlåtanden från januari 2014 och framåt. Några av dessa utlåtanden har avgetts i Saab-konkursen och kommenterats av Ulrik Hägge i Blendow Lexnovas Expertkommentarer, HYPERLINK ”<http://www.lexnova.se>” www.lexnova.se, oktober 2016, april 2017 och december 2017. Jfr också Ulrik Hägge, JT 2014–15 s. 233 ff.

1.1 Allmänt om insolvensbedömningen

Vad som avses med obestånd eller insolvens i konkursrätten anges i 1 kap. 2 § andra stycket konkurslagen (1987:672).² I fortsättningen använder jag företrädesvis termen insolvens.³ Enligt nämnda lagrum består insolvensbegreppet av två led. Med insolvens avses således ”att gäldenären inte kan rätteligen betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig.” Ordet rätteligen syftar på att gäldenären inte kan betala sina skulder allteftersom de förfaller till betalning. Frågan huruvida gäldenärens betalningsoförmåga är tillfällig eller inte besvaras genom en prognosbedömning.

Vid insolvensprövningen ska alltså först avgöras om gäldenären kan betala sina skulder allteftersom de förfaller. Detta första led i begreppet syftar på gäldenärens likviditet, dvs. hans faktiska förmåga att betala sina skulder vid den relevanta tidpunkten. Vid konkursansökan är den tidpunkten då ansökan prövas, medan bedömningen i andra fall får göras i efterhand med användande av vid bedömningen kända uppgifter om gäldenärens tillgångar och skulder etc.⁴

Det tydligaste tecknet på illikviditet föreligger då gäldenärens redan förfallna skulder överstiger hans tillgängliga tillgångar. Andra omständigheter som tyder på faktisk betalningsoförmåga kan vara t.ex. misslyckade utmätningsförsök eller upprepade betalningsförsummelse. Jfr här insolvenspresumtionerna vid prövningen av ansökan om konkurs i 2 kap. 7–9 §§ konkurslagen, vilka innehåller

² Se angående insolvensbegreppet t.ex. SOU 1970:75 s. 60 f. och 75 f., Lars Welamson, Konkursrätt, 1961, s. 18 ff. och 46 ff., Mikael Mellqvist och Lars Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, 12 uppl. 2017, s. 40 ff. och 52 ff., Mikael Mellqvist, Kommentar till 1 kap. 2 § konkurslagen, Lexino 2013-12-04, juno.nj.se, Eugène Palmér och Peter Savin, Konkurslagen. En kommentar, suppl. 39, febr. 2019, s. 1:17 f., Sven A Olsson och Stefan Lindskog, Advokaten 1987 s. 395 f., Lars Heuman, JT 1994-95 s. 737 ff., Märten Hultström, JT 1995-96 s. 228 ff., Fritjof Lejman, SvJT 1941 s. 529 ff., Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 4 uppl. 2013, s. 133 f., Mikael Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden, 2016, s. 681 f., Ulrik Håge, ovan i föregående not angivna arbeten, Hans Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen, 2 uppl. 2013, s. 135 f. och i Blendow Lexnovas Expertkommentarer, www.lexnova.se, juni 2019, november 2013 och oktober 2018 p. 23, liksom PM till Insolvensrättsligt Forum 2015, samt Madeleine Löfmarck, Brotten mot borgenärer, 2 uppl. 1986, s. 109 ff., Marie Karlsson-Tuula, Insolvensrättslig tidskrift 2018, nr 4, s. 36 ff. – Sedan ett arbete omnämnts första gången citeras det i förkortad form.

³ Se angående terminologin Mikael Mellqvist och Lars Welamson, Konkurs s. 14 ff.

⁴ Jfr NJA 2012 s. 391 och NJA 2003 s. 37, varom mera nedan.

bevisregler som anknyter till omständigheter som typiskt sett talar för insolvens. Även beträffande detta första led kan emellertid i vissa fall en prognosbedömning bli nödvändig beträffande skulder som ännu inte har förfallit till betalning, en bedömning som får grundas på en helhetsbedömning av gäldenärens ekonomi.⁵ En gäldenär kan vara likvid på kort sikt, men ändå insolvent på längre sikt.

Blir svaret på frågan, om gäldenären kan betala sina skulder allteftersom de förfaller, nekande får därefter vid en prognosbedömning avgöras om denna oförmåga bara är tillfällig. Frågan om gäldenärens betalningsoförmåga är tillfällig eller inte tar då sikte på huruvida gäldenärens ekonomi eventuellt ska kunna förbättras längre fram. (Se närmare nedan avsnitt 2.)

Insolvensbegreppet (obeståndsbegreppet) har betydelse i flera olika sammanhang. I konkurslagen används begreppet i första hand i samband med reglerna om försättande i konkurs och om återvinning (i den allmänna otillbörlighetsregeln i 4 kap. 5 § och i de särskilda motbevisningsreglerna beträffande framför allt närstående till gäldenären i 4 kap. 9, 10, 12 och 13 §§).⁶ Begreppet används också utanför konkurslagen, t.ex. i reglerna om borgenärsbrott i 11 kap. 1, 3 och 4 §§ brottsbalken och i lagen (1944:181) om redovisningsmedel. Det är då i grunden fråga om samma begrepp. I *NJA 2013 s. 822* (Suderbagaren) understryker HD att det ”straffrättsliga obeståndsbegreppet svarar mot det konkursrättsliga”⁷ och i *NJA 2012 s. 391* fastslår HD att med obestånd i lagen om redovisningsmedel avses detsamma som i konkursrätten.⁸

Vissa skillnader kan emellertid skönjas när det kommer till *tillämpningen* av reglerna. Av visst intresse kan till att börja med vara att den för bedömningen relevanta tidpunkten kan skilja sig åt. Vid konkursansökan görs bedömningen i nutid och avgörande är de omständigheter som föreligger när ansökan prövas. Vid talan om återvinning och om borgenärsbrott hänför sig bedömningen till en tidpunkt i det förflutna, dvs. tidpunkten för den rättshandling

⁵ NJA 2012 s. 391, HD:s dom p. 6.

⁶ Se även 7 kap. 15 § angående förvaltarberättelsen.

⁷ HD:s dom p. 3.

⁸ HD:s beslut p. 6.

som angrips eller den brottsliga gärning som avses och åtminstone vid återvinning är konkursen och därmed gäldenärens insolvens ett faktum då bedömningen görs. Som ska framgå nedan är det dock knappast avsett att denna skillnad ska ha någon inverkan på insolvensbedömningen.

Vidare föreligger vissa skillnader i bevisbörda och beviskrav. Bevisbördan ligger i princip på borgenären, konkursboet, åklagaren osv. Några undantag finns emellertid. T.ex. kan en borgenär vid konkursansökan använda sig av insolvenspresumtionerna i 2 kap. konkurslagen⁹ och om en insolvenspresumtion är uppfylld anses gäldenären insolvent, om inte annat visas; gäldenären måste alltså i sådant fall styrka sin solvens för att undgå konkurs. Likaså åligger det gäldenären, om han överklagar ett konkursbeslut, att visa att han är solvent, 2 kap. 22 § konkurslagen. När de särskilda motbevisningsreglerna beträffande framför allt närstående i 4 kap. konkurslagen tillämpas måste svaranden på samma sätt styrka att gäldenären inte var eller genom åtgärden blev insolvent.¹⁰ Såvitt avser borgenärsbrotten kan gäldenären däremot inte åläggas vare sig bevisbörda eller motbevisningsskyldighet.¹¹ Det kan också framhållas att då redovisningslagen tillämpas är det den som åberopar att han vid avskiljandet inte var på obestånd som ska styrka detta.¹²

En ytterligare skillnad utgör möjligheten att åberopa indirekt insolvens vid tillämpningen av 4 kap. 5 § konkurslagen och fara för obestånd vid tillämpningen av 11 kap. 1, 3 och 4 §§ brottsbalken.

Sammanfattningsvis kan man nog konstatera att obeståndsbedömningen i ett mål om återvinning i konkurs har större likhet med obeståndsbedömningen i ett brottmål än i ett ärende om försättande

⁹ I andra fall kan dessa presumtioner naturligtvis ha ett bevisvärde av betydelse. Renman, PM till Insolvensrättsligt Forum 2015 p. 37.

¹⁰ Jfr här tingsrättens dom i NJA 2002 s. 441, där käranden inte lyckades styrka att gäldenären varit insolvent enligt 4 kap. 5 §, men inte heller svaranden lyckades styrka att gäldenären varit solvent enligt motbevisningsregeln i 4 kap. 10 §.

¹¹ Se Madeleine Löfmarck, Brotten mot borgenärer s. 116. Marie Karlsson-Tuula, Insolvensrättslig tidskrift 2018, nr 4, s. 37.

¹² NJA 2012 s. 391 p. 7.

i konkurs, där en konkursansökan prövas.¹³ Det bör dock enligt min mening fasthållas att själva begreppet i grunden är detsamma.

1.2 Bevisbördan beträffande tillfällig betalningsoförmåga

Som sagt har borgenären bevisbördan för gäldenärens insolvens vid en konkursansökan. I förarbetena till bestämmelserna om konkursansökan framhålls emellertid att det ankommer på gäldenären att lägga fram skäl för att betalningsoförmågan skulle vara endast tillfällig.¹⁴ Antagligen är det här den s.k. falska bevisbördan som beskrivs.¹⁵ Motsvarande torde gälla beträffande konkursboet och återvinningsvaranden i ett mål angående tillämpningen av 4 kap. 5 § konkurslagen, där någon särskild motbevisningsregel inte gäller och där det är kärandens uppgift att visa att gäldenären var insolvent vid relevant tidpunkt.¹⁶

Beträffande den falska bevisbördan framhåller HD i återvinningsmålet *NJA 2007 not N 34*:

”Den omständigheten att återvinningskäranden ålagts bevisbördan hindrar emellertid inte att bevisskyldigheten kan växla mellan parterna med hänsyn till den bevisning som framläggs från båda sidor under processens gång. Om återvinningsvaranden har invändningar mot återvinningskärandens bevisning ankommer det på återvinningsvaranden att styrka sina invändningar i den utsträckning som erfordras för att återvinningskärandens bevisning inte längre skall anses tillräcklig. Genom rättens slutliga avvägning av all den bevisning som lagts fram i

¹³ Se också Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 uppl. 2018, avsnitt 14.4.2.5. Jfr även Heuman, *JT* 1994-95 s. 737.

¹⁴ Prop. 1975:6 s. 72. Palmér och Savin, *Konkurslagen*, En kommentar, suppl. 39, s. 1:18. Lejman, *SvJT* 1941 s. 541.

¹⁵ Se härom Lennander, *Återvinning i konkurs*, t.ex. s. 90 f. – En omkastning av bevisbördan kan också ligga i linje med det som ovan sagts angående tillämpningen av insolvenspresumtionerna.

¹⁶ Jfr Hägge, *Expertkommentar*, Blendow Lexnova, oktober 2016, not 5. Jfr också Hägge, *JT* 2014-15 s. 237. – Det kan här nämnas att, enligt Lindencrone Petersen & Ørgaard, *Konkursloven med kommentarer*, 14 uppl. Khvn 2018, s. 648, jfr s. 331, svaranden vid tillämpningen av motsvarigheten till 4 kap. 5 § KL i dansk rätt anses ha bevisbördan för att gäldenärens betalningsoförmåga är endast tillfällig.

målet avgörs frågan om återvinningskäranden fullgjort sin bevisbörda.”

Om gäldenären eller återvinningsvaranden har invändningar mot den andra partens bevisning åligger det honom alltså i enlighet med den falska bevisbördan att komma med motbevisning.

2. NÄRMARE OM TILLFÄLLIG BETALNINGSOFORMÅGA

I NJA 2013 s. 822 (Suderbagaren) som gällde en straffrättslig fråga, den tilltalade dömdes för otillbörligt gynnande av borgenär, framhåller HD:¹⁷

”Obeståndsbedömningen är framåtblickande och innefattar en prognos. Att en gäldenär vid en viss tidpunkt inte kan infria sina skulder rättidigt nödvändiggör inte att han är att anse som insolvent. I form av en prognosbedömning måste prövas huruvida det med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi inom en godtagbar tid kan förväntas ha så förbättrats att han kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning. Först om så inte är fallet föreligger insolvens.” (Kursiveringar gjorda här.)¹⁸

Hur ska då denna prognosbedömning utföras? Klart är att det är en objektiv, saklig bedömning som ska göras. Frågan gäller om och när gäldenären blev insolvent, inte vad medkontrahenten (eller gäldenären själv) insett eller bort inse. Vid tillämpning av 4 kap. 5 § konkurslagen beaktas medkontrahentens insikt i stället vid ondtrös-

¹⁷ HD:s dom p. 4. Se också NJA 2019 s. 119 (p. 16).

¹⁸ Såvitt avser den konkreta bedömningen i målet sägs vidare (p. 5): ”Det är klarlagt att bolaget, när löneuttagen skedde, inte kunde betala sina skulder rättidigt. När det gäller frågan huruvida bolaget då också var insolvent måste det prövas om det var rimligt att utgå från att bolaget ... skulle ha intäkter av sådan storlek, att bolagets skulder skulle kunna betalas ...”

bedömningen.¹⁹ En bedömning av insolvensen med hänsyn till vad medkontrahenten bort inse skulle medföra en dubblering av ond-trosrekvisitet. Gälldenärens egen insikt saknar också betydelse för själva insolvensbedömningen.

Det skulle kunna ligga nära till hands att anta att prognosbedömningen, då den hänför sig till en tidpunkt i det förflutna, ska göras med användande av den kännedom om den senare händelseutvecklingen som finns vid bedömningen, alltså en bedömning med facit i hand. Vid bedömningstillfället vet man att alla räddningsförsök misslyckades och att betalningsoförmågan därför inte var tillfällig. Det kan också framhållas att medkontrahentens intressen tillgodoses genom ond-trosrekvisitet, där sådant finns, och gälldenärens intressen i brottmål genom det subjektiva rekvisitet. Samtidigt skulle emellertid en sådan bedömningsmetod innebära att rekvisitet "tillfällig betalningsoförmåga" och dess prognos i stort sett miste sin mening i alla andra fall än då en konkursansökan prövas, där man ju vid bedömningstillfället inte med säkerhet vet om gälldenärens finansieringsproblem skulle komma att lösas eller inte. Tillämpas en facitmetod blir det dessutom svårt att tala om en "prognos" i egentlig mening. HD:s uttalanden i *NJA 2013 s. 822* ger också vid handen att detta alternativ inte är det som ska användas.

Allmänna förmögenhetsrättsliga principer, tillsammans med ordalagen i *NJA 2013 s. 822*, leder i stället till att man med utgångspunkt i den tidpunkt som är relevant ska göra en objektiv prognosbedömning utifrån vad en ansvarsfull person med full kännedom om sakläget skulle komma fram till vid en realistisk bedömning.²⁰ Gälldenären är insolvent om denne *vir optimus*²¹ inte med tillräcklig

¹⁹ I *NJA 2013 s. 822* prövas också det subjektiva rekvisitet rörande bolagets obestånd längre fram i domskälen. – Hägge anför i *JT 2014-15 s. 233* att HD i *NJA 2013 s. 822* har gjort en prognosbedömning utifrån gälldenärens förväntningar om den ekonomiska utvecklingen, vilka inte ansågs tillräckliga. Med detta uttalande synes han dock inte mena att bedömningen varit "subjektiv". På s. 235 framhålls tvärtom att det är fråga om en objektivt grundad prognos, där HD gjort en sannolikhetsbedömning av det av gälldenären uppgivna alternativa händelseförloppet. – Det kan noteras att när Renman talar om en "subjektiv insolvensbedömning" så avser han endast den vanliga ond-trosbedömningen, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 140, jfr s. 136 och 143 f.

²⁰ Jfr även Olsson och Lindskog, *Advokaten 1987 s. 396*.

²¹ Jfr angående "vir optimus" t.ex. Jan Hellner & Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 10 uppl. 2018, avsnitt 12.3.2.

grad av säkerhet skulle kunna säga att gäldenären inom godtagbar tid kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning.

”*Beviskravet*” är som framgått ”med tillräcklig säkerhet”. Man kan också observera den ”positiva” formulering som HD använder. Vad som sägs synes vara att insolvens föreligger, om det *inte* ”med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi inom en godtagbar tid kan förväntas ha så förbättrats att han kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning”. – Man kunde också tänka sig en ”negativ” formulering: insolvens föreligger om det med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi *inte* 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. Den positiva formuleringen är i och för sig mer logisk: gäldenärens utgångsläge är dåligt, han kan inte betala sina skulder rätttidigt; frågan gäller om det kan bli en förbättring. En negativ formulering utgår från att en förbättring är huvudalternativet, som ska vederläggas.

Den *tidrymd* tillfällighetsbedömningen ska avse anges i *NJA 2013 s. 822* till ”godtagbar tid”. Även i *NJA 2019 s. 119* används detta uttryck (p. 28 och 31). I de domskälen sker också en precisering till ”nära överblickbar framtid” (p. 18). Utgångspunkten för bedömningen är även här den tidpunkt som är relevant, dvs. när konkursansökan prövas, när den återvinningsangripna rättshandlingen företagits eller när den ifrågasatta brottsliga gärningen begåtts, etc.

Någon närmare längd på den tid som avses finns inte angiven i förarbetena. Där framgår bara att tiden kan variera efter omständigheterna, t.ex. beroende på vilken bransch det är fråga om, och att det inte är någon längre tid som avses.²² Tiden torde också kunna variera beroende på i vilket sammanhang frågan prövas (konkursansökan, återvinning etc.) eller på vilken åtgärd eller händelse som inväntas

²² Prop. 1975:6 s. 72. SOU 1970:75 s. 75 (”helt tillfällig”). Palmér och Savin, Konkurslagen, En kommentar, suppl. 39, s. 1:17 f. Mellqvist och Welamson, Konkurs s. 42 (”den närmast överblickbara framtiden”). Jfr också Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 142. – Enligt Olsson och Lindskog, Advokaten 1987 s. 395, är frågan om tidsperspektiv en oriktig utgångspunkt; det avgörande är i stället graden av osäkerhet.

och på hur säker en inväntad finansiering är. Om utsikterna till finansiering är säkra bör en längre tid kunna accepteras än om de är mer osäkra. Betalningsoförmågan kan t.ex. vara tillfällig därför att gäldenären har tillgångar som kan realiserats, men där åtgärden tar lite tid. I ett sådant fall har i hovrättspraxis godtagits en tidrymd om 3–6 månader, se RH 2006:9. I övrigt får man hålla sig till att tiden ska vara ”godtagbar”, vilket i och för sig säger en del. Huruvida tidrymden är godtagbar ska givetvis ses ur borgenärernas synvinkel.

Vilka *omständigheter* ska då beaktas vid prognosbedömningen? En bedömning av gäldenärens ekonomiska läge får göras som omfattar, förutom tillgångar och skulder, framför allt gäldenärens förvärvs- förmåga, och även eventuella kreditmöjligheter etc.²³

Om det föreligger felaktigheter i bedömningsunderlaget²⁴ bör risken för att felaktigheterna ska komma i dagen beaktas, allt beroende på omständigheterna. Beträffande frågan, huruvida utsikten till *framtida finansiering* kan medföra att gäldenärens betalnings- oförmåga anses tillfällig, kan framhållas att det här måste krävas *dels* att det med tillräcklig säkerhet kan sägas att gäldenären verkligen kommer att erhålla finansieringen (enbart löften räcker inte), *dels* att den tänkta finansieringen är tillräcklig (jfr NJA 2013 s. 822, där det befanns att förväntade intäkter ändå inte skulle ha räckt) och kan lämnas inom godtagbar tid. Om gäldenären erhåller ett nytt lån måste han i princip också bedömas vara i stånd att återbetala detta när det förfaller.²⁵ Vid den bedömningen kan naturligtvis tidsaspekten ha betydelse. Det skulle t.ex. kunna tänkas att det nya lånet förfaller till betalning mycket långt fram i tiden (även om det kanske inte är särskilt sannolikt).

²³ Prop. 1975:6 s. 71. SOU 1970:75 s. 60. Palmér och Savin, Konkurslagen, En kommentar, suppl. 39, s. 1:17. Mellqvist och Welamson, Konkurs s. 41. Hulterström, JT 1995-96 s. 229. Olsson och Lindskog, Advokaten 1987 s. 395.

²⁴ Jfr NJA 1994 s. 336 samt t.ex. Heuman, JT 1994-95 s. 737 ff. och Hulterström, JT 1995-96 s. 228 ff.

²⁵ Welamson, Konkurs, 9 uppl. 1997, s. 23 not 3, liksom Welamson & Mellqvist, Konkurs, 10 uppl. 2003, s. 26 not 3. Uttalandet synes dock ha utgått i senare upplagor.

3. INDIREKT INSOLVENS OCH PROGNOSBEDÖMNING

Bestämmelsen i 4 kap. 5 § konkurslagen innehåller som framgått också en variant på insolvensbegreppet, nämligen *indirekt insolvens*, som innebär att gäldenären blev insolvent genom förfarandet ”i förening med annan omständighet”. Såväl vid indirekt insolvens som vid prognosbedömning tar man hänsyn till den framtida utvecklingen.

Att insolvensen kan vara indirekt innebär att insolvensbedömningen inte behöver uteslutande hänföra sig till tidpunkten för den angripna transaktionen utan att hänsyn kan tas även till efterföljande händelser och utveckling. Det måste dock förutsättas att det finns ett adekvat orsaks samband mellan rättshandlingen och den för borgenärerna menliga effekten av den.²⁶

Insolvensrekvisitet anges i 4 kap. 5 § så att ”gäldenären var eller genom förfarandet, ensamt eller i förening med annan omständighet, blev insolvent”. Här beskrivs således tre olika situationer. Antag till att börja med att gäldenären i tiden före sin konkurs ger bort värdefull egendom till en närstående. Ett första alternativ är här att gäldenären redan var insolvent när gåvan gavs; i så fall gäller första delen av citatet ”gäldenären var --- insolvent”. Ett andra alternativ är att gäldenären inte var insolvent före gåvan, men blev det genom den, t.ex. därför att han genom gåvan avhände sig alla sina tillgångar och därefter inte hade någon egendom kvar för att betala sina skulder; i citatet ”gäldenären --- genom förfarandet ensamt --- blev insolvent”. Ett tredje alternativ är slutligen att gäldenären varken var insolvent före gåvan eller blev det genom gåvan ensam men däremot genom gåvan i förening med senare händelser, t.ex. om gäldenären efter den första gåvan avhände sig samtliga resterande tillgångar till andra närstående; citatet ”gäldenären --- genom förfarandet --- i förening med annan omständighet, blev insolvent”. Som ovan nämndes förutsätts adekvat orsaks samband föreligga. I det sistnämnda fallet, det tredje alternativet, föreligger indirekt insolvens.

²⁶ Se t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs s. 137 och 152 ff. med hänv.

Skillnaden mellan bedömningen av *indirekt insolvens* och en *prognosbedömning* skulle kunna beskrivas på följande sätt. Vid indirekt insolvens tar man hänsyn till den faktiska utvecklingen (dessutom krävs alltså adekvat orsakssamband). Vid prognosbedömningen är det avgörande vad man vid tidpunkten för rättshandlingen objektivt sett med tillräcklig säkerhet kan säga om framtiden. I båda fallen krävs ond tro hos medkontrahenten.

Ett intressant rättsfall i detta sammanhang är *NJA 2003 s. 37* (Hjärtervägen). En fråga i det fallet var huruvida gäldenären var eller blev insolvent genom en ifrågasatt överlåtelse som skedde i december 1989. Av betydelse var då hur gäldenärens förmögensställning såg ut vid tidpunkten för överlåtelsen. Viktigt var härvidlag huruvida ett förlustavdrag som gäldenären yrkat i sin deklaration för inkomståret 1988 blev godkänt eller inte. Skattemyndigheten underkände avdragsyrkandet i juni 1990 och efter processer avgjordes frågan slutligt genom att Regeringsrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd den 9 september 1995. Den 28 september 1995 försattes gäldenären i konkurs.

HD anförde (något förkortat): En skatteskuld anses i konkursrättsliga sammanhang uppkomma i och med beskattningsårets utgång. Gäldenärens skatteskuld uppkom således vid utgången av år 1988, fastän frågan om skatten avgjordes slutligt först när Regeringsrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd i september 1995. Det framgår av redovisningshandlingar beträffande gäldenären att denne *efter överlåtelsen inte hade andra tillgångar som täckte skatteskulden. Gäldenären har således blivit insolvent genom överlåtelsen.* (Kursivering gjord här.) Situationen motsvarar alltså alternativet två här ovan.

En avgörande fråga i målet var medkontrahentens *onda tro*. Härom säger HD (något förkortat): Under sådana omständigheter har medkontrahenten (F) bort inse att det förelåg en *beaktansvärd risk* för att avdraget inte skulle komma att godtas av skattemyndigheterna. Detta bör vara tillräckligt för att F ska anses ha bort inse att överlåtelsen gjorde att gäldenären blev insolvent. (Kursiverat här.)

Som framgått av de återgivna domskälen blev gäldenären i det rättsfallet, som en följd av skattereglernas konstruktion, i och för sig insolvent direkt genom överlåtelsen. Detta kunde emellertid ingen säkert veta vid tiden för rättshandlingen. Skattemyndigheten hade vid den tidpunkten överhuvudtaget inte yttrat sig och det var sex år kvar tills frågan skulle komma att slutligt avgöras. Svarandebo-laget hävdade att det hade fog för antagandet att avdraget skulle godtas. Vid tillämpningen av *ondtrosrekvisitet* användes därför konstruktionen ”beaktansvärd risk”. (Jfr nedan avsnitt 4.) Praktiskt sett liknade situationen den som föreligger när det är fråga om indirekt insolvens: Genom överlåtelsen, i förening med den omständigheten att avdraget senare kom att underkännas, blev gäldenären insolvent. Även likheten med en prognosbedömning är påtaglig. Själva insolvensen uppstod dock, som nämnts, direkt genom rättshandlingen.²⁷

Renman anför *NJA 2003 s. 37* på flera ställen som exempel på indirekt insolvens och drar ett antal slutsatser av fallet.²⁸ Enligt min mening har han övertolkat såväl rättsfallet som innebörden av kravet på indirekt insolvens.

För det första förefaller han att sätta likhetstecken mellan kravet att gäldenären ”blev” insolvent och indirekt insolvens. Han uttalar t.ex. att insolvensrekvisitet är uppfyllt ”om gäldenären var insolvent vid tidpunkten för rättshandlingen (insolvens enligt det allmänna insolvensbegreppet) eller genom förfarandet ensamt eller i förening med annan omständighet *blev* insolvent (indirekt insolvens)”.²⁹ Men ”blev” i lagtexten syftar som framgått även på det fallet att gäldenären blev insolvent genom förfarandet enbart. Den indirekta insolvensen uttrycks genom kravet ”i förening med annan omständighet”.

²⁷ Jfr också Lennander, Återvinning i konkurs s. 158 f., Göran Millqvist, JT 2002-03 s. 903.

²⁸ Se Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 136 ff., samt densamme, PM till Insolvensrättsligt Forum p. 42, 49, 53 ff. och 61.

²⁹ PM till Insolvensrättsligt Forum p. 61. Se vidare p. 49 (om en solvent gäldenär ”ger bort alla likvida medel blir gäldenären däremot insolvent och insolvensrekvisitet är uppfyllt på grund av indirekt insolvens”) och 53. Se också Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 136.

Vidare uppställer han som krav för indirekt insolvens att den bidragande orsaken ska ha inneburit en ”beaktansvärd risk”.³⁰ Men detta krav som uppställs i Hjärter vägen syftar på den onda tron och inte på indirekt insolvens. I det rättsfallet var det som ovan angetts fråga om direkt insolvens, p.g.a. skattefordringarnas konstruktion. Något krav på beaktansvärd risk kan enligt min mening inte anses föreligga vid indirekt insolvens. Här gäller endast ett krav på adekvat kausalitet.

4. OND TRO OCH PROGNOSEBEDÖMNING. UNDERSÖKNINGSPLIKT M.M.

4.1 Närmare angående den onda tron

Frågan om ond tro hos svaranden i ett mål om återvinning i konkurs aktualiseras vid tillämpningen av 4 kap. 5 § konkurslagen. Enligt detta lagrum krävs att gäldenärens medkontrahent (”den andre”) ”kände till eller borde ha känt till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig”. Det kan nämnas att det enligt andra stycket gäller en särskild presumptionsregel beträffande ond tro hos en närstående till gäldenären. Denne ska enligt stadgandet anses ha sådan kännedom som krävs enligt första stycket, om det inte görs sannolikt att han varken hade eller borde ha haft sådan kännedom.

Som framgår av lagtexten ska den onda tron avse dels insolvensen, dels de (övriga) omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. Såvitt avser *otillbörligheten* bör det i och för sig räcka att medkontrahenten insett eller bort inse förekomsten av någon omständighet som i sig är tillräcklig för att medföra att förfarandet anses otillbörligt. När det gäller insolvensrekvisitet ska den onda tron omfatta båda momenten i rekvisitet.

Den onda tron ska alltså avse *dels* att gäldenären inte kunde betala sina förfallande skulder i rätt tid, dels att denna oförmåga inte var endast tillfällig, dvs. även prognosbedömningen. I sistnämnda avseende ska konkursboet visa att medkontrahenten åtminstone borde ha

³⁰ Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 136 f.

insett att det inte var fråga om någon tillfällig betalningsförmåga. Bedömningen ska generellt sett hänföra sig till tiden för rättshandlingen och ske med hänsynstagande till sådana omständigheter som medkontrahenten känt till eller borde ha känt till och de slutsatser han borde ha dragit av dessa.

Såvitt avser den närmare utformningen av godtroskravet beträffande prognosbedömningen skulle man till att börja med kunna anknyta till den formel som ges i *NJA 2013 s. 822* (Suderbagaren) som citerats ovan. Detta innebär att medkontrahenten ska anses ha varit i ond tro, om han vid den aktuella tidpunkten åtminstone borde ha insett att det inte med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi inom en godtagbar tid kan förväntas ha så förbättrats att han kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning. Ett alternativ är att med en analogi-tillämpning³¹ av *NJA 2003 s. 37* (Hjärtervägen) använda lokutionen beaktansvärd risk, vilket innebär att medkontrahenten är i ond tro om han borde ha insett att det föreligger en *beaktansvärd risk* för att gäldenärens finansieringsproblem inte kommer att lösas inom godtagbar tid. De båda formuleringarna torde kunna ses som två olika sätt att uttrycka samma sak. I *NJA 2017 s. 882* (Järnvägsoperatören) använder HD alternativet ”beaktansvärd risk” i samband med ond-trosbedömningen (p. 27).

Det subjektiva rekvisitet i 4 kap. 5 § konkurslagen är ett vanligt ond-trosrekvisit, som tar sikte på vad medkontrahenten känt till eller borde ha känt till. Det räcker alltså att medkontrahenten har varit culpös. Bedömningen är normativ; det avgörande är hur svaranden skulle ha agerat för att kunna anses ha uppträtt på ett godtagbart sätt och därmed ha varit i god tro.³²

Som en jämförelse kan erinras om att den prognosbedömning som ingår i *insolvensbegreppet*, och som alltså avgör om gäldenären är insolvent eller inte, är en objektiv prognosbedömning utifrån vad

³¹ Analogi därför att det, på grund av skattereglernas konstruktion, i målet inte var fråga om en prognosbedömning i vanlig mening. Jfr ovan avsnitt 3 och Lennander, Återvinning i konkurs s. 158 f.

³² Se Lennander, Återvinning i konkurs s. 155 ff. och Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 143 f.

en ansvarsfull och kompetent person med full kännedom om saken (en tänkt *vir optimus*) skulle komma fram till vid en realistisk bedömning. Vid prövningen av medkontrahentens *onda tro* är det däremot avgörande vad svaranden haft fog för att tro. Här är det fråga om en traditionell aktsamhetsbedömning (efter måttstocken *bonus pater familias*).

Ondtrosbedömningen skiljer sig alltså från insolvensbedömningen genom att man vid bedömandet av vad borgenären *borde ha insett* tar hänsyn till borgenärens egna förhållanden. Endast sådana omständigheter som borgenären känt till eller borde ha känt till beaktas. Likaså beaktas t.ex. vilka möjligheter borgenären haft att få information.

Den avgörande frågan vid ondrosbedömningen är således om medkontrahenten, med användande av de kunskaper som han borde ha haft, borde ha sagt sig (dragit slutsatsen) att det inte gick att med tillräcklig säkerhet säga att gäldenären skulle få erforderlig finansiering inom godtagbar tid eller, annorlunda uttryckt, att det fanns en beaktansvärd risk för att finansieringsfrågan inte skulle lösas inom godtagbar tid.

4.2 Undersökningsplikt

Frågan om medkontrahenten har en undersökningsplikt har fått sitt svar i NJA 2017 s. 882 (Järnvägsoperatören). HD fastslår där att det subjektiva rekvisitet i 4 kap. 5 § konkurslagen innefattar en undersökningsplikt för medkontrahenten i fall där omständigheterna är ägnade att väcka misstankar om att gäldenären är insolvent.³³ Detta innebär alltså att en skyldighet till undersökning inte gäller

³³ Se angående undersökningsplikt Lennander, Återvinning i konkurs, 1 uppl. 1984, s. 147 ff., 4 uppl. 2013 s. 159 ff., Palmér och Savin, Konkurslagen, En kommentar, suppl. 37, juni 2018, s. 4:40 f., Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen s. 144. Frågan har varit uppe i några hovrättsmål, se utöver det mål som berörs i Lennander, Återvinning i konkurs (4 uppl.) s. 159 f., även t.ex. Hovrätten för Västra Sverige, dom 2015-06-18 i mål T 5417-14 och Svea hovrätt, dom 2016-04-08 i mål T 6465-15 (se även tingsrättens dom). Det kan här också nämnas att undersökningsplikten numera berörs allt oftare i norsk och dansk rätt. Se Nazarian, Konkursrett, Oslo 2012, s. 235 f., Aasebø, Madsen & Sandvik, Dekningsloven med kommentarer, Oslo 2015, s. 265 f., Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3, Omstøtelse, Bergen 1992, s. 557 f., Lindencrone Petersen & Ørgaard, Konkursloven med kommentarer, 14 uppl. Khvn 2018, s. 651.

slentrian mässigt utan endast om det föreligger någon omständighet som är ägnad att väcka medkontrahentens misstankar.

Som jag ser det ingår frågan om undersökningsplikt som ett moment i culpabedömningen, på samma sätt som i andra sammanhang där en culpabedömning aktualiseras. ”Undersökningsplikt” kan alltså ses som en etikett på detta moment i culpabedömningen.

Undersökningsplikten gäller såväl gäldenärens insolvens som de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. Som HD framhåller i rättsfallet (p. 10) aktualiseras den i första hand beträffande insolvensen. Här är det, som framgått i det föregående, två frågor som är av betydelse, dels huruvida gäldenären kan betala sina skulder allteftersom de förfaller till betalning, dels – om svaret är nekande – huruvida betalningssvårigheterna endast är tillfälliga och alltså kan förväntas bli övervunna inom den närmaste tiden.

Undersökningsplikten kan se olika ut i olika situationer, beroende på omständigheterna, och innefatta allt från en skyldighet att utföra aktiva undersökningar till att hålla sig allmänt informerad om ett skeende eller om vad som sägs i branschen. Är den företagna rättshandlingen av osedvanlig och kanske misstänkt karaktär kan det anses culpöst av medkontrahenten att inte sätta sig närmare in i gäldenärens förhållanden.³⁴ Medkontrahenten kan också, i ett fall som blivit allmänt uppmärksammat, anses skyldig att hålla sig underrättad om allmänt tillgänglig information som ges t.ex. i massmedia.

(i) Den första frågan som uppstår i detta sammanhang är om medkontrahenten har haft någon undersökningsplikt i det enskilda fallet. Avgörande för svaret på denna fråga är som framgått huruvida det fanns någon eller några omständigheter som borde ha väckt dennes misstankar om att gäldenären var insolvent.

De omständigheter som är ägnade att väcka misstankar kan, som HD framhåller i rättsfallet (p. 11), vara av skilda slag.³⁵ Som exempel anges att gäldenären föreslår betalning med osedvanliga betalningsmedel eller till ovanligt förmånliga villkor, att medkontrahenten

³⁴ Lindencrone Petersen & Ørgaard, Konkursloven med kommentarer s. 651. Jfr Lennander, Återvinning i konkurs s. 159 ff. och Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3, Omstøtelse s. 557 f.

³⁵ Se också Lennander, Återvinning i konkurs s. 160.

sedan tidigare känner till att gäldenären har betalningsproblem eller att det finns sådana rykten med viss utbredning. Vidare anges (p. 12) att andra omständigheter kan ge intryck av att allt är i sin ordning beträffande gäldenärens ekonomi, t.ex. om medkontrahenten får kännedom om lugnande uppgifter eller då ett rykte om gäldenärens svåra ekonomiska situation har florerat så länge att det med fog kan anses överspelat.

Det kan här tilläggas att lugnande uppgifter om det ekonomiska läget som kommer från *gäldenären själv* naturligen måste värderas med försiktighet eller, som det uttrycks i den danska konkurslagskommentaren, med "sund skepsis".³⁶ Gäldenärens optimism kan inte gärna få styra ondrosbedömningen. Det kan också noteras att det i 4 kap. 5 § konkurslagen överhuvudtaget inte ställs något krav på att gäldenären själv känt till eller ens bort känna till sin egen insolvens.³⁷

Om undersökningsplikt ansetts föreligga uppkommer andra frågor, angående vad den ska omfatta, hur medkontrahenten borde gå till väga och vidare vilka slut- satsar medkontrahenten, enligt den rättsliga värdering som domstolen gör, borde ha dragit av dessa omständigheter. Avgörande för frågan om ond tro förelegat är ju inte vad medkontrahenten trott, utan vad denne vid en rättslig bedömning anses ha haft fog för att tro. Här ger *NJA 2017 s. 882* inte närmare vägledning. Följande kan framhållas.

(ii) Av betydelse är här till att börja med vilken information medkontrahenten hade.

(iii) Nästa fråga blir vad medkontrahenten hade kunnat få reda på genom en efterforskning. Skulle en närmare undersökning ha varit meningslös kan medkontrahenten inte klandras för att han inte vidtagit några åtgärder.³⁸

³⁶ Lindencrone Petersen & Ørgaard, Konkursloven med kommentarer s. 651. I det danska rättsfallet UfR 1960 s. 47 H, som omnämns i Lennander, Återvinning i konkurs s. 158 och s. 160 not 74, kom inte heller de lugnande uppgifterna från gäldenären själv.

³⁷ Jfr också t.ex. Lennander, Återvinning i konkurs s. 155, Lindencrone Petersen & Ørgaard, Konkursloven med kommentarer s. 641, och Andenæs, Konkurs, 3 utg. Oslo 2009, s. 369. Samtidigt kan naturligtvis ett sådant krav ligga inbakat i otilbörlighetsrekvisitet.

³⁸ Lennander, Återvinning i konkurs s. 160 not 73.

(iv) Viktigt är också hur medkontrahenten skulle ha kunnat få fram relevanta uppgifter. Han kan t.ex. ha haft möjlighet att ta kreditupplysning, att studera årsredovisningar eller att begära att få ta del av eventuella kontrollbalansräkningar etc. På sätt framgått ovan i det allmänna avsnittet angående ondrosbedömningen (avsnitt 4.1) bestäms det närmare innehållet i undersökningsplikten med hänsyn till vad man kan begära av den aktuella borgenären. Liksom vid ondrosbedömningen i övrigt ska alltså borgenärens förhållanden beaktas. Olika krav kan därför ställas på olika borgenärer. Kraven bör t.ex. vara betydligt strängare beträffande en part som har omfattande affärer med gäldenären, såsom exempelvis en stor leverantör, än när det gäller en part som endast gör en mindre tillfällig affär, liksom på andra personer med särskild anknytning till gäldenären t.ex. dennes revisor, mångårige kreditgivare etc.³⁹

³⁹ Se NJA 2017 s. 882 (p. 11) och t.ex. Hägge, Expertkommentar, Blendow Lexnova, www.lexnova.se, april 2017 s. 2 och Andenæs, Konkurs s. 367 f., med hänvisning till norska rättsfall.