Insolvens — ett ansikte med skiftande mimik

(Del 3 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.*[2] *Del 3: Insolvens som brottsrekvisit och sammanfattning av de kontextuella skillnaderna vid tillämpningen av insolvensbegreppet.*

11 Insolvens som brottsrekvisit

I 11 kap. brottsbalken återfinns brott mot borgenärer med brottet oredlighet mot borgenärer som huvudbrott (11 kap. 1 §). Där är insolvens ett avgörande brottsrekvisit. I de flesta straffrättsliga kommentarer till dessa brott konstateras endast lakoniskt att insolvensbegreppet i de olika straffbestämmelserna är att förstå på samma sätt som i 1 kap. 2 § andra stycket konkurslagen.

Av betydelse är enligt 11 kap. 1 § brottsbalken att gärningspersonen när han eller hon vidtar en viss åtgärd *är på obestånd eller att påtaglig fara för det föreligger*. Inte minst det senare ledet ”påtaglig fara för insolvens” kan orsaka bekymmer. Som påpekas av Gustaf Almkvist är det i grunden en ”inte helt lättbegriplig” konstruktion, eftersom själva obeståndsbegreppet bygger på en framtidsprognos. Vad som uttalas i bestämmelsen är alltså att det ska föreligga ”fara för fara” att gäldenären inte rätteligen kan betala sina skulder vartefter de förfaller. Tillägget om att det straffbara handlandet kan ske, inte bara när man är på obestånd, utan även när det ”bara” föreligger fara för obestånd kom till den 1 januari 1986. Promemorians förslag innehöll betydligt mer omfattande och radikala ändringar av brottsrekvisiten i 11 kap. brottsbalken. Dessa mer långtgående förslag genomfördes emellertid inte, utan det som ”blev kvar” var just tillägget om ”fara för obestånd”. Hela det lag-

[1] SvJT 2025 s. 324.
[2] SvJT 2025 s. 390.

stiftningsärendet ”andas” mycket straffrätt och ledsagas av ambitionen att effektivare kunna lagföra ekonomisk brottslighet. Några mer ingående begreppsliga analyser av insolvens (obestånd) förekommer inte. Framför allt uttalas det inget om att insolvens här skulle vara att förstå på något annat sätt än enligt konkurslagens legaldefinition. Som nämnts är Gustaf Almkvist inne på att det nu diskuterade tillägget är en utvidgning av tidsrekvisitet i det att straffansvar kan inträda för åtgärder som vidtas under en längre tidsperiod före konkurs. Madeleine Leijonhufvud diskuterar betydelsen av det — som hon benämner det — ”förlängda tidsrekvisitet” som kom till vid reformen 1986 och gör ett ”försök att definiera det förstadium till obestånd” som då infördes. Jag kan dock inte se att hon i dessa försök behandlar något annat än insolvensrekvisitet i sig — och inte någon utvidgning av det.

Genom konstruktionen ”fara för fara” kan det ses som tveksamt om det verkligen innefattar någon utvidgning av straffansvaret. Och det kan också ses som tveksamt om man ska uppfatta tillägget som en bevislättnadsregel; det är dock tänkbart att tillmäta det en sådan betydelse. Alternativet är att tillägget inte betyder något alls. Och mycket talar för att det egentligen är så det förhåller sig. Det skulle med andra ord mycket väl kunna hävdas att lagstiftarens avsikt 1985/86 helt enkelt inte med något större grad av klarhet har kommit att uttryckas i någon lagtext. Det finns dock uttalanden som starkt pekar åt motsatt håll, dvs. att tillägget om ”fara för insolvens” verkligen har relevans. Det finns därför anledning att här något utveckla detta med ”fara för fara” (eller ”risk för risk”).[3]

En i viss mån likartad konstruktion finns alltså i lagen om företagsrekonstruktion. I den lagen är det emellertid frågan om att det ska föreligga illikviditet och att det tillståndet eller andra ekonomiska svårigheter innebär en risk för insolvens. Det är alltså frågan om att det finns risk för att endera ett temporärt tillstånd blir permanentat eller att något *annat* tillstånd (annan ekonomisk svårighet) övergår till insolvens. Gäldenären befinner sig alltså ekonomiskt på ett sluttande plan, även om ”sluttningen” är mycket vagt angiven. Men det är tillräckligt att det sluttar. Närmare precisering av lutningsgraden är inte nödvändig för att inleda en företagsrekonstruktion. Brottsbalkens rekvisit förutsätter däremot inte att gäldenären befinner sig i något visst ekonomiskt tillstånd som i sig riskerar att ”utvecklas” till insolvens. I stället är det frågan om att gäldenären vid en given tidpunkt (redan) ska vara insolvent eller riskera att bli det. Om man vid denna tidpunkt riskerar att bli insolvent, vill jag mena att man redan *är* insolvent, eftersom insolvensbedömningen i sig inte är något annat än en riskbedömning. Det är därför brottsbalkens konstruktion är att uppfatta som en tautologi, dvs. utöver den prognosbedömning (inklusive risker) som ska göras beträffande insolvensrekvisitet finns det inte några ytterligare riskbe-

[3] Claes Lood konstaterar t.ex. utan vidare — i likhet med andra — att ”fara för insolvens” är ett vidare begrepp än ”insolvens”, se JT 2012–13 s. 988 (s. 991).

dömningar att göra. I lagen om företagsrekonstruktion ska det i utgångsläget inte göras någon insolvensbedömning (riskbedömning) som sedan ska följas av ytterligare en; den legala konstruktionen är här alltså en annan.

I sammanhanget ska också framhållas att ansvar för t.ex. oredlighet mot borgenärer enligt 11 kap. 1 § brottsbalken inte förutsätter att gäldenären är försatt i konkurs eller har varit det. Det handlar alltså inte om att avgränsa någon tidsperiod *före konkurs*. Insolvensbedömningen i ett brottmål måste göras just i brottmålet — och hänför sig då vanligen också till en tidpunkt i förfluten tid som oftast inte heller är dagen för ett eventuellt konkursbeslut. Och skulle det vara så att gäldenären (den tilltalade) är försatt i konkurs eller har varit det, kan man i brottmålet inte utan vidare luta sig mot de insolvensbedömningar som gjorts i konkursärendet. Det är av särskild vikt att framhålla just detta eftersom en gäldenär kan bli försatt i konkurs på grundval av presumtioner som vid en närmare granskning inte visar det rätta förhållandet; i vart fall inte med den *höga grad av säkerhet* som krävs i ett brottmål. Efter att ha framhållit detta är det givet att beslut och utredningar i ett tidigare (eller pågående) konkursärende bevismässigt kan vara av stor betydelse i ett brottmål.

Ett brottmål som på sin tid väckte en hel del uppmärksamhet är NJA 1986 s. 336. I all enkelhet hade ett företag under flera år genom manipulerad bokföring lyckats erhålla nya krediter och på det sättet hållit sig flytande och undvikit konkurs. Två personer i central ställning i företaget åtalades för grov oredlighet mot borgenärer med påstående att de när företaget var på obestånd under flera år i följd beslutat om aktieutdelningar. De dömdes i tings- och hovrätt, men frikändes i Högsta domstolen. Avgörande för den slutliga utgången var att företaget inte ansågs ha varit insolvent när dispositionerna vidtogs. Och anledningen till den bedömningen var att företaget genom skickligt manipulerad räkenskapsinformation (alltså genom bedrägeri) lyckats skaffa sig medel för att löpande betala sina skulder. Det som av många kom att uppfattas som stötande var att man alltså kunde undgå straffansvar för ett brott (oredlighet mot borgenärer) tack vare att man begått andra brott (bedrägeri).

Det ska direkt anmärkas att åklagaren i målet inte i sin gärningsbeskrivning (alternativt) påstått att det förelåg *fara för obestånd*. I anledning av att Högsta domstolen i sina skäl särskilt lyfter fram denna begränsning för sin prövning kan man misstänka att det kan ha haft avgörande betydelse. I enlighet med vad jag ovan uttalat om betydelsen av ”fara för fara” borde dock svaret rimligen vara att detta inte hade spelat någon roll. Men jag har antagligen fel rörande detta, vilket enligt mitt synsätt beror på den ”symboliska kraft” tillägget om ”risk för insolvens” besitter. Tillägget kom, som nämnts, till i en strävan att undanröja ett hinder mot möjligheten att effektivare kunna lagföra s.k. ekobrott. Det då uttalade syftet får därmed ett genomslag som inte motiveras av

hur bestämmelsen har utformats i lagtext. Den ”symboliska kraft” som är förenad med det uttalade syftet övertrumfar helt enkelt begreppslogiken. Ett annat sätt att uttrycka det är att förarbetsuttalandena här är viktigare än själva lagtextens formulering.

Den fråga man kan ställa sig i anledning av rättsfallet är om utgången i fallet har någon betydelse för hur begreppet insolvens generellt (i andra sammanhang) ska förstås. Högsta domstolen uttalar i fallet att begreppet insolvens i brottsbalken *i princip* har samma innebörd som definitionen i 1 kap. 2 § andra stycket konkurslagen. Men man säger också som slutsats att obestånd *enligt 11 kap. 1 § brottsbalken* inte har inträtt. Vilken betydelse ska här tillmätas uttrycken ”i princip” och ”enligt brottsbalken”. Kan man av det motsatsvis t.ex. läsa att överenstämmelsen mellan ”insolvens” enligt konkurslagen och enligt brottsbalken *inte* är *exakt?* Mitt svar är givet; begreppet är exakt detsamma men tillämpningen av det skiljer sig åt (och ska skilja sig åt).

Vidare uttalas att det inte föreligger insolvens om gäldenären bedöms ha förmåga att i *normal ordning* betala förfallande skulder. I anledning av det senare uttrycket gör Lars Heuman jämförelser med lagtextens ord ”rätteligen”, som enligt förarbetsuttalanden ska tydas som ”i rätt tid”. Kan det i ”rätteligen” dessutom anses ingå att gäldenären anskaffat medel för att betala förfallande skulder på rätt (lagligt) sätt? Semantiskt är det möjligt, enligt Lars Heuman. Men Högsta domstolens avgörande kan sägas slå fast motsatsen, dvs. det spelar i *princip* ingen roll hur gäldenären ordnar med betalningen. Det räcker — för att undgå insolvens — att han eller hon de facto kan betala. Vilken innebörd har det att Högsta domstolen här återigen använder orden ”i princip”? Minskar det generaliteten av rättsfallet? Mårten Hulterström är inne på att upptagandet av ny kredit egentligen inte borde kunna avvärja insolvensen. Det enda som det för med sig är ju att man skjuter insolvensen framåt i tiden (om andra inkomster inte kommer till). Och då kommer man in på tidsaspekten. Hur långt in i framtiden ska prognosen sträcka sig? Mårten Hulterström beklagar i sin kommentar avslutningsvis att Högsta domstolen valt ett så ”atypiskt fall” för att göra ”så generella uttalanden”. Han är alltså inne på att insolvensbedömningen i fallet har generell innebörd och därför bäring även utanför den straffrättsliga kontexten. Jag menar dock att man på goda grunder kan ifrågasätta generaliteten. Det är definitivt inte *nödvändigt* att tillmäta rättsfallet betydelse utanför det straffrättsliga tillämpningsområdet. Det är vidare tveksamt om det ens är möjligt att göra det. För det första skedde ju prövningen i ett straffrättsligt sammanhang. Redan det är av stor (begränsande) betydelse. För det andra sägs uttryckligen inte annat än att insolvens inte föreligger ”enligt brottsbalken”. Konkurslagen omnämns inte heller på att annat sätt än att insolvensbegreppet ”i princip” härstammar därifrån. Slutligen finns det inget i rättsfallet som positivt ger uttryck för att bedömningen i fallet ska ges någon mer extensiv verkan.

I själva verket ger NJA 1994 s. 336 besked om att det förhållandet att insolvens i princip har en enahanda definition oberoende av kontexten, inte tvunget innebär att *tillämpningen* av begreppet insolvens alltid ska göras på ett enahanda sätt. Rättsfallet måste rimligen anses begränsat av att det är just ett straffrättsligt fall och en tillämpning av 11 kap. 1 § brottsbalken. Intressant är därvid att Johan Lind i sin artikel uttalar att om man genom brottslig handling möjliggör betalning av sina skulder, föreligger inte insolvens i *brottsbalkens mening* och det ställningstagande *anknyter* till insolvensbegreppet i 1 kap. 2 § konkurslagen. Att något anknyter till något annat kan, enligt min mening, inte anses vara detsamma som att det råder identitet mellan ”något” och ”något annat”. Hans Renman uttrycker det som att Högsta domstolen i rättsfallet gör en ”mycket restriktiv” insolvensbedömning. Jag menar att ”mycket restriktiv” kan översättas med ”straffprocessuell” och att just det är av avgörande betydelse.

Just det förhållandet att kontexten är straffrättslig gör det särskilt befogat att tolka insolvensbegreppet — liksom andra begrepp — i en tilltalads favör. Grundläggande straffrättsliga principer som legalitetsprincipen, ”in dubio pro reo” och ”favor defensionis” talar i den riktningen. Till det kommer den straffprocessuella grundläggande principen om att det ankommer på åklagaren att styrka att gärningsmomenten (inklusive uppsåt) är uppfyllda; och med styrkt avses en mycket hög sannolikhet. Det innebär t.ex. att NJA 1994 s. 336 inte behöver ha någon absolut vägledande betydelse om det är frågan om att pröva insolvensbegreppet i andra sammanhang.

Sammanfattningsvis är det min bestämda uppfattning att insolvens enligt brottsbalken med hänsyn till beviskravet har getts, och ska ges, en särskild betydelse som i många fall kan avvika, och det till och med rejält, från hur insolvenskriteriet tillämpas i andra sammanhang.

12 Ett ansikte — skiftande ansiktsuttryck

12.1 Mina utgångspunkter

Som tidigare redogjorts för är insolvenskriteriet ett och samma i svensk rätt oavsett i vilket sammanhang det blir aktuellt att tillämpa det. Och det är legaldefinitionen i konkurslagen som då gäller. Det innebär att man alltid måste göra en prognos, som bygger på en ”då-nu-sedan-bedömning”. Avgörande för utfallet av bedömningen är vad man kommer fram till beträffande ”sedan”. Dåtid och nutid är aldrig något annat eller något mer än något av bevismässig betydelse för framtiden. Kommer gäldenären att *framöver sakna en relativt ihållande betalningsförmåga*? Det är den avgörande frågan. Jakande svar innebär att han eller hon är insolvent. Svaret nej innebär motsatsen.

Det ankommer alltid på den som har åberopat rättsfaktumet insolvens att också med någon grad (större eller mindre beroende på kontexten) av sannolikhet visa att detta faktum är uppfyllt. De två steg i bedömningen som t.ex. Högsta domstolen talar om bl.a. i rättsfallet

NJA 2013 s. 822 är alltså inte två insolvensbedömningar där man i det första steget kan komma fram till ett visst resultat och i ett andra steg till ett annat resultat. I stället är det som avses med de två stegen det som här benämns som 1) en bedömning av ”då”, ”nu” och ”sedan” samt 2) en bedömning av om läget ”sedan” är i viss utsträckning ihållande (icke tillfälligt). Det ska inte förekomma någon fristående bedömning av om ett statiskt tillstånd är tillfälligt eller inte. Det finns här anledning att återigen erinra om vad Lars Welamson säger om den förekommande missuppfattningen om att det är frågan om att vid bedömningstidpunkten 1) avgöra om gäldenären är illikvid och att man 2) sedan ska avgöra om detta tillstånd är tillfälligt eller inte. Det är i stället alltid frågan om en enda prognosbedömning med siktet inställt på en framtida relativt ihållande betalningsoförmåga. Det ska alltså

1) *inte* efterfrågas något visst statiskt ”ursprungstillstånd” (jfr illikviditet eller ”konstaterad insolvens”) som sedan ska extrapoleras in i en osäker framtid,
2) *inte* utifrån ett fastslaget ”ursprungstillstånd” göras några framtida jämförelser (förbättringar eller försämringar),
3) *inte* vara så att insolvens kan vara ”direkt” eller ”indirekt”,
4) *inte* vara så att ”fara för insolvens” eller ”risk för insolvens” innebär någon ”utvidgad” insolvensbedömning och
5) *inte* vara så att det i något sammanhang finns plats för en självständig ”facitmetod”.

Kontexten är emellertid av stor betydelse och det visar sig i att variationer av kravet på bevisningens styrka gör sig gällande beroende på sammanhanget. Och det är det som *exklusivt* gör att tillämpningen av ett och samma insolvenskriterium är kontextuellt beroende. Med andra ord har jag här valt att

1) framhålla den kärna av enhetlighet som råder vad gäller insolvensrekvisitet och som inte är kontextuellt beroende samt
2) lyfta fram den omständighet som exklusivt gör att *tillämpningen* av insolvensrekvisitet är beroende av sammanhanget.

12.2 Ett enhetligt begrepp insatt i olika sammanhang

Denna genomgång visar, som sagt, med tydlighet att insolvensbegreppet i svensk rätt är detsamma oavsett i vilket sammanhang det aktualiseras. Lika tydligt framgår emellertid att tillämpningen av begreppet är i hög grad kontextuellt beroende där ändamålet med användningen av begreppet i den aktuella situationen ges stort genomslag. Det hänger väl ihop med det som allmänt framhålls när begreppet kommer på tal, nämligen att det vid bedömningen av om kriteriet insolvens är uppfyllt i det enskilda fallet ska göras en allsidig och nyanserad bedömning av olika ekonomiska faktorer. Vid en ”fullständig” bevisprövning är det alltså temat ”insolvens” (alternativt ”icke-insolvens” eller ”solvens”) som ska visas. Det är ett rättsfaktum och som sådant är det mycket komplext. Det har att göra med att bedömningar av tillgångar, intäkter, skulder,

löpande avtal, förvärvsförmåga, marknadsanalyser m.m. kan aktualiseras. Till det kommer att allt detta ska bedömas prognostiskt. Det är alltså frågan om att göra såväl statiska som dynamiska bedömningar. Och allt handlar om sannolikheter. Det innebär rimligen att kravet på att insolvens ska ”visas” kan hamna på skilda nivåer och alltså kan variera beroende på i vilken kontext prövningen görs. Är det frågan om att försätta någon i konkurs? Eller är det frågan om en återvinningstalan enligt 4 kap. 5 § konkurslagen ska ha framgång? Eller är det frågan om någon ska fällas till ansvar för oredlighet mot borgenärer enligt 11 kap. 1 § brottsbalken? Samma rekvisit kan alltså beroende på omständigheterna och kontexten vara att bedöma på skilda sätt. Eller rättare sagt; kriteriet ska inte bedömas på olika sätt. Det som ska bedömas på olika sätt är om det kriteriet är uppfyllt eller inte — och då är det bevisningens styrka som är ensamt avgörande.

12.3 Vad har sagts tidigare?

Lars Welamson är mycket tydlig med att insolvensbegreppets tillämpning kan fluktuera beroende på kontexten. Det uttalandet fäller han i samband med att han antar att frågor om betalningsanstånd och eventuell ny kredit vid prognosbedömningen har avsevärt större betydelse i en återvinnings- och straffrättslig kontext jämfört med när frågan är om någons försättande i konkurs. Detta eftersom möjligheterna till ytterligare kredit torde vara uttömda när frågan är om gäldenärens försättande i konkurs. Det kan också noteras att han i anslutning till det också faktiskt talar om ”konstaterad insolvens”. Men han menar då inte illikviditet, utan just att en insolvensbedömning, som inklusive en prognosbedömning, leder till slutsatsen att insolvens är för handen. Betydelsen av att han strax dessförinnan uttalat att insolvensbedömningen får en karaktär av prognos, *bortsett* från det fall redan förfallna fordringar överstiger värdet av gäldenärens tillgångar, kan därmed sägas ha neutraliserats.

Bengt Lindell är inne på att beviskravets styrka vad gäller att visa insolvens kan vara såväl *relativ* som *kontextuell*, dvs. inte lika hög i alla lägen. Bengt Lindells uttalande är alltså begränsat till *beviskravets styrka* och som sådant starkt belysande. Och det är helt i samklang med vad jag här vill föra fram. Han säger alltså inget om att insolvenskriteriet i sig skulle vara att se som oskarpt.

Hans Renman uttalar att en insolvensbedömning i ett konkursansökningsärende skiljer sig från insolvensbedömningar i andra sammanhang. Och han är här mycket konkret när han uttalar sig. Med hänvisning bl.a. till ett konkursbesluts irreparabla karaktär uttalar han nämligen att en sannolikhetsgrad om 50 procent för bestående betalningsoförmåga inte är tillräcklig för att försätta gäldenären i konkurs. I en återvinningsprocess ställer sig saken, enligt honom, annorlunda. Han menar att intresset av en rättvis behandling av borgenärskollektivet här motiverar att även en sannolikhetsgrad för bestående insolvens

som understiger 50 procent kan motivera återvinning. Hans slutsats är alltså att man får skilja mellan ”konkursansökningsinsolvens” och ”återvinningsinsolvens”. Och han fyller på med — särskilt intressant i detta sammanhang — att domstolen ofta i ett konkursansökningsärende bortser från tvistiga skulder, vilket man — enligt honom — inte kan göra i ett återvinningsmål. Här kan jag kort inflika att det givetvis är fel om man vid en insolvensprövning bortser från tvistiga skulder. En annan sak är att man då kan bedöma dessa skulder som så pass osäkra att de inte kan läggas till grund för den samlade insolvensbedömningen.

Men även om jag, som framgått, inte håller med Hans Renman i allt det han framför, kan jag konstatera att han — liksom jag — enbart uppehåller sig vid kravet på bevisningens styrka som särskiljande faktor när begreppet insolvens ska tillämpas i olika sammanhang.

Gertrud Lennander uttalar att vissa skillnader kan skönjas när insolvensbegreppet tillämpas i olika sammanhang. Jag menar att det är alltför återhållsamt; skillnaderna är större än att de enbart ”kan skönjas”. Hon är däremot väldigt tydlig med att begreppet insolvens i sig alltid är ett och samma. Möjligen kan man se hennes uttalanden som mer vittsyftande än att enbart avse kravet på bevisningens styrka. Och det är nog en korrekt iakttagelse. Men hon uttalar dock i annat sammanhang (vad gäller begreppet ”otillbörlighet” som förekommer såväl inom insolvensrätten som straffrätten) att varje regel måste tolkas i sitt eget sammanhang. Det är ett uttalande av generellt slag. Det finns alltså inget som tyder på att hon skulle se det som att insolvenskriteriet i sig ska ges skiftande innebörd när det tillämpas i olika sammanhang. I stället är det frågan om att hon ser det som att tillämpningsmiljön kan påverka tillämpningens utfall. Och det finns då inte så mycket annat än bevisfrågor att hänga upp kontextuellt beroende skillnader på.

Marek Keller har i en färsk artikel i SvJT — Om insolvens på grund av tvistiga skulder — och som här tidigare hänvisats till, redovisat den övergripande slutsatsen att ”insolvensbegreppet inte är enhetligt utan i stället relativt i flera avseenden, och att det påverkar utfallet av insolvensbedömningar vars utgång beror på prövningar av existensen och storleken av tvistiga skulder”. Som jag upprepat nämnt är min uppfattning att begreppet (rekvisitet) insolvens är enhetligt, men att tillämpningen av det skiftar (är relativ) beroende på kontexten.

Även Stefan Lindskog anmärker att det inte är givet att insolvens såsom konkursförutsättning (konkursgrund) innebär exakt detsamma som förutsättning för konkurskorrigering (t.ex. återvinning). Han går dock inte närmare i clinch med frågan om vilken skillnaden närmare bestämt skulle vara. Det är därför lätt att instämma i hans uttalande.

12.4 Kontextens särskiljande betydelse

Kontexten har onekligen en signifikant särskiljande betydelse.

- *För det första* är det frågan om insolvensbedömningar som (vanligen) görs utifrån olika tidpunkter (inklusive tidpunkter när gäldenären inte var försatt i konkurs).
- *För det andra* är underlagen för bedömningarna olika (jfr ”ren” respektive ”oren” prognos).
- *För det tredje* berör frågan om rättsskydd skilda kategorier; borgenärskollektivet respektive en enskild medkontrahent, som inte alls behöver vara en aktör i en eventuell konkurs.

Den som påstår insolvens har alltså alltid bevisbördan för det påståendet (varvid alltså bedömningar enligt lagen om redovisningsmedel utgör ett skenbart undantag). För ”underliggande” fakta (dvs. i komplexiteten ingående enskilda fakta) kan emellertid bevisbördan variera. En helt annan sak är att det i praktiken naturligtvis kan vara så att utredningen i sak till stor del kan handla om att påvisa ”förbättringar” eller ”försämringar”. Det växlar emellertid *aldrig* bevisbördan för det ”slutliga bevistemat” insolvens. Det nu sagda gäller också, oavsett i vilket sammanhang insolvens ska bedömas. Det materiella rättsfaktumet insolvens är med andra ord stabilt, liksom även den processuella omständigheten att åberopsbörda och bevisbörda alltid följs åt — och bärs av den som gör gällande att rättsfaktumet insolvens ska läggas till grund för en rättsföljd (vad den nu kan vara för någon).

12.5 Situationen återvinning

Utifrån ett och samma grundbegrepp — insolvens — kan det alltså vid tillämpningen av detta begrepp bli olika utfall beroende på den kontext i vilket bedömningen görs, vilket just här kan sägas följa redan av själva lagtexten. Det brukar ofta beskrivas som att det i en återvinningskontext

- ska göras en prognosbedömning, dvs. sannolikheten för att vissa omständigheter kan komma att inträffa (eller inte) ska beaktas utifrån de kunskaper som då finns. Denna prognosbedömning är dock inte exklusiv, eftersom också
- en viss bestämd rättshandling (den angripna rättshandlingen) ska beaktas liksom
- även andra faktiskt inträffade omständigheter.

Enligt min uppfattning finns det emellertid starka skäl att ta avstånd från detta synsätt med tre olika nivåer (där de båda sista strecksatserna skulle utgöra s.k. indirekt insolvens). Detta sagt med den starka reservationen att det mesta nämligen talar för att de två senare strecksatserna redan innefattas i den första. Och det finns anledning att utveckla detta något. Det som är typiskt för den *objektiva* insolvensbedömningen i detta fall är att man vid bedömningen ska utgå från läget vid en tidpunkt i det förflutna, men att man då får (och ska) beakta vad man nu vet om vad som ”då” var framtid. Det är därför jag ibland

benämner det som att det handlar om att göra en ”oren” prognosbedömning. Orenheten består då av att man har vetskap om väldigt mycket av vad man annars hade varit tvungen att göra antaganden om. Men det är *inte enbart* vad som faktiskt har hänt i tiden mellan ”då” och ”nu” som ska beaktas. Även omständigheter som ”då” med en hög grad av sannolikhet antogs komma att inträffa ska beaktas, även om man ”nu” vet att så inte blev fallet. En prognos med avstamp i det förflutna ska alltså alltid göras, men i den ingår att ta hänsyn till vad som faktiskt inträffade (eller inte inträffade) under perioden, vilket t.ex. skiljer sig från tillämpningen i ett brottmål (se den fortsatta framställningen). Återvinningsfallet bjuder alltså på en unik tillämpningssituation där också omständigheterna i det enskilda fallet har en framträdande betydelse. Det gör det t.ex. vanskligt att kategoriskt (som t.ex. Hans Renman) hävda att beviskravet för insolvens *alltid* är lägre i en återvinningskontext (än när frågan är om någons försättande i konkurs). Med viss försiktighet kan jag dock inta ståndpunkten att det *ofta* kan vara ändamålsenligt med ett sådant synsätt.

Vid den subjektiva ondtrosbedömningen (dvs. medkontrahentens goda/onda tro beträffande insolvensen) ska däremot faktiskt inträffade omständigheter under perioden inte ges status av ett ”hundraprocentigt” säkert faktum. Var t.ex. sannolikheten ”då” för att en viss omständighet skulle slå in avlägsen gäller detta vid bedömningen ”nu”, även om omständigheten faktiskt slog in. Detta stämmer överens med bedömningen (av uppsåtet) enligt 11 kap. 1 § brottsbalken.

Utifrån vad som här har uttalats är ”tilläggen” i 4 kap. 5 § konkurslagen om att man förutom om gäldenären *var* insolvent när rättshandlingen vidtogs också ska beakta om gäldenären genom rättshandlingen ensam eller i förening med andra omständigheter *blev* insolvent överflödiga. De kan inte tillföra något i sammanhanget. Den angripna rättshandlingens betydelse för gäldenärens status liksom även betydelsen av andra därefter inträffade omständigheter innefattas redan i den prognosbedömning som alltid ska göras vid en insolvensbedömning. Och det är inte detta ”tillägg” som motiverar att man när det är frågan om att bedöma insolvensfrågan i en återvinningskontext får (och ska) göra en ”oren” prognos. Detta följer i stället av hur bedömningsunderlaget har bestämts i praxis. Till detta kommer att det här också ska göras en otillbörlighetsbedömning, som i vart fall i någon mån kan påverka övriga bedömningar.

12.6 Situationen separation av redovisningsmedel

Tillämpningen av insolvenskravet i lagen om redovisningsmedel skiljer som nämnts ut sig, jämfört med alla andra sammanhang där insolvens ska bedömas, i det att det här är frågan om att det relevanta temat är icke-insolvens. Helt följdriktigt har då den som har att åberopa icke-insolvens också att visa det. Det är i grunden ett rättspolitiskt ställningstagande som ligger bakom detta. Och det är svårt att ifrågasätta rim-

ligheten i det ställningstagandet. Vill redovisningsborgenären (vilket i praktiken är mest intressant) komma i åtnjutande av en särbestämmelse rörande separationsrätt (som kan sägas utgöra ett avsteg från den insolvensrättsliga likabehandlingsprincipen), förefaller det rimligt att kräva att han eller hon också kan visa att förutsättningarna för det är uppfyllda. Det är då också naturligt att lägga kravet på bevisningens styrka på en hög nivå.

12.7 Situationen brottsbalken

Tillämpningen av insolvenskriteriet i en straffprocessuell kontext skiljer också ut sig. Där handlar det ju om att ”nu” göra en bedömning av vad som kunde bedömas ”då”. Och ”nu” får man *inte* beakta vad som faktiskt har inträffat under perioden mellan ”då” och ”nu”. Det är alltså frågan om väsentligt andra förutsättningar än de som gäller vid tillämpningen i en återvinningssituation. Det är också helt annorlunda — men på ett annat sätt — jämfört med vad som gäller när frågan är om någon ska försättas i konkurs eller inte. I det senare fallet är ju framtiden alltid okänd. I den straffrättsliga kontexten är framtiden alltid känd, men vetskapen om detta måste man bortse från. Att det förhåller sig på det viset har med den straffprocessuella utgångpunkten att göra, dvs. att uppsåtet ska bedömas utifrån vad som gällde ”då”. Det följer alltså inte av några specifika insolvensrättsliga överväganden.

13 Konklusioner

13.1 Allmänt

Förutom att den prognos som alltid ingår i en insolvensbedömning måste göras kontextuellt och ändamålstroget är skillnaderna i beviskrav av den digniteten att skillnaderna i utfall av tillämpningen av insolvensbegreppet kan bli högst betydande. Den verkligt särskiljande komponenten när det gäller att tillämpa insolvenskriteriet i olika sammanhang är alltså att det finns anledning att variera kravet på bevisningens styrka (graden av sannolikhet för att temat insolvens ska anses vara uppfyllt). Det innebär i sin tur att utfallet av den prognos som alltid ska göras kan variera — inte för att kriteriet insolvens varierar, utan för att variationerna av beviskravets styrka innebär att såväl bedömningsunderlagen som syftena med bedömningen kan variera.

Den kortfattade konklusionen i denna artikelserie (med bortseende från vissa detaljer) är

1) att insolvenskriteriet i svensk rätt är enhetligt,
2) att bevisbördereglerna rörande insolvens är mycket stabila,
3) att tillämpningen av kriteriet är kontextuellt beroende och
4) att de kontextuella variationerna vid tillämpningen enbart beror på skillnader i vilken bevisstyrka som krävs för att det komplexa rättsfaktumet insolvens ska anses uppfyllt.

13.2 En rangordnande komparation

Efter att här ha slagit fast att insolvensbegreppet de facto är enhetligt i svensk rätt och att det är konkurslagens legaldefinition som därvid gäller, har jag alltså pläderat för att begreppet i den praktiska tillämpningen har en elasticitet som bottnar i att kravet på bevisstyrka vid tillämpningen gör utfallet av bedömningen kontextuellt beroende. Denna elasticitet bottnar helt enkelt i att kravet för att rättsfaktumet insolvens ska anses visat, och alltså kunna mynna ut i en viss bestämd rättsföljd (konkursförsättande, återvinning, straffansvar m.m.), ställs olika högt. Det kan också uttryckas som att graden av sannolikhet för att beviskravet ska anses vara uppnått ligger på skilda nivåer.

Med denna utgångspunkt är det möjligt att göra jämförelser (en rangordning). I vilket sammanhang krävs den högsta sannolikheten, den näst högsta osv. ned till det sammanhang där den lägsta graden av sannolikhet krävs för att insolvenskravet ska anses uppfyllt. Aningen halvseriöst ska jag här avsluta med en sådan rangordning och då också sätta siffror på graden av den sannolikhet som krävs. Vid denna ”övning” innebär 100 alltså att insolvenskravet med fullständig säkerhet är uppfyllt, 0 betyder att motsatsen med samma grad av säkerhet är uppfyllt och 50 betyder att det väger jämnt; insolvens och solvens är lika sannolikt.

1. Insolvens enligt brottsbalken (93)

På första plats placerar jag insolvens enligt brottsbalken. Det bygger på att insolvens här utgör ett *brottsrekvisit*. Tillämpningen av insolvenskravet måste därför göras mot bakgrund av allmänna straffrättsliga principer. Innebörden är konkret att kravet på insolvensprognosens sannolikhet måste ställas mycket högt. En tänkbar nyansering är att det kravet skulle kunna ställas något lägre om man, tvärtemot min uppfattning, skulle se det som att ”fara för insolvens” uttrycker en lägre grad av sannolikhet än ”för insolvens”. Det är med andra ord frågan om en förskjutning som innebär att ett mer lättuppnåeligt tema kan utgöra grund för straffansvar. Detta kan dock — i vart fall i någon mån — komma att kompenseras vid uppsåtsbedömningen. Skillnaden mellan att vara i ond tro beträffande ”insolvens” eller ”risk för insolvens” kan i många fall i praktiken reduceras avsevärt. Till detta kommer att bedömningen här ska göras i en straffprocessuell kontext med generella principer till stöd för en tilltalad. Även om jag skulle anses ha fel när det gäller mina synpunkter på lagtextens formulering om ”fara för fara”, menar jag att det samlade resultatet ändå blir att det i en straffrättslig kontext, jämfört med andra sammanhang, är allra svårast att kunna styrka insolvens (eller risk för det).

2. Insolvens för att beviljas skuldsanering (87)

Här är det uttryckligen frågan om ett i lag kvalificerat insolvensrekvisit. Det borde rimligen ha inneburit att detta fall intog förstaplatsen. Hade

bedömningen gjorts 1995 hade det också säkert blivit så. Men insolvenskravets kvalifikation har genom praxis och lagreformer successivt tonats ned. Det innebär att sannolikheten för insolvensprognosens riktighet måste sättas lägre än motsvarande sannolikhet i en straffprocessuell kontext. Annorlunda uttryckt övertrumfar här de generella straffprocessuella principerna det i skuldsaneringslagen uppställda, men numera uttunnade, kvalifikationskravet.

3. Insolvens för att beviljas F-skuldsanering (83)

I F-skuldsaneringslagen finns ett tillägg i lagtexten som innebär att det, jämfört med den ”vanliga” skuldsaneringslagen, här vid den samlade bedömningen ställs ett något lägre krav på sannolikhet för att gäldenären ska anses vara kvalificerat insolvent. Kravet kvalificerad insolvens i denna lag och i skuldsaneringslagen innebär emellertid att det enligt båda dessa lagar krävs en högre grad av sannolikhet för riktigheten av insolvensprognosen än för insolvens som konkursgrund.

4. Insolvens som allmän konkursgrund (80)

Det är här insolvenskriteriet har sitt hemvist. När ingen av konkurslagens insolvenspresumtioner är tillämpliga ska den sökande borgenären alltså visa att gäldenären är insolvent. Att bli försatt i konkurs är en ingripande statusförändring och kraven på prognosens sannolikhet måste därför ställas högt. Beviskravet kan anses motsvara det som i civilprocessuella sammanhang brukar uttryckas som att det ska vara ”styrkt”, dvs. ett högt ställt krav; dock lägre än vad som i straffprocessuella sammanhang avses med ”styrkt” (dvs. ”bortom allt rimligt tvivel”) och även lägre än skuldsaneringslagarnas kvalificerade insolvensrekvisit.

5. Insolvens som återvinningsgrund enligt 4 kap. 5 § konkurslagen (72)

När det gäller de insolvensprövningar som aktualiseras i samband med återvinning finns det alltså inte någon anledning att skilja mellan ”direkt” och ”indirekt” insolvens. Oavsett vilket är det alltid frågan om att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter (inklusive om gäldenären genom ett visst förfarande i kombination med andra omständigheter blev insolvent). Vid en ”ren” insolvensbedömning ingår det ju att beakta alla tänkbara omständigheter som kan inträffa framöver och värdera sannolikheten för att de verkligen inträffar. Med det synsättet finns det inga ”andra omständigheter” som behöver fogas till bedömningen. *Alla* omständigheter ska ju beaktas redan vid den ”rena” insolvensbedömningen.

Med viss tvekan placerar jag ändå kravet för att insolvens ska anses visad generellt på denna plats i rangordningen. Men min ståndpunkt skiljer sig från vad såväl Renman som Hedström/Selander har redovisat. Även om det handlar om en mindre nyansskillnad är min upp-

fattning att det krävs mer i form av bevisstyrka av den som påstår insolvens än vad de synes utgå från.

6. Insolvens när pengar ska separeras (23 och ”spegelvänt” 77)
Vid tillämpningen av lagen om redovisningsmedel ska icke-insolvens vid avskiljandet styrkas. Det kan vara krävande och skulle i och för sig kunna innebära att tillämpningen av *insolvenskravet* här utan vidare intog sistaplatsen, dvs. här skulle det vara som lättast att konstatera insolvens. Men Högsta domstolen har här öppnat för nyanseringar av beviskravet för olika moment som kan ingå i det komplexa rättsfaktum som solvens (och insolvens) utgör. Och bedömningen av sådana enstaka moment kan givetvis slå igenom vid den slutliga bedömningen om kravet på visad icke-insolvens är uppfyllt. Det måste också sägas råda viss osäkerhet i frågor rörande bevisbörda/bevisstyrka när någon annan än redovisningsgäldenären (t.ex. redovisningsborgenären) har att visa icke-insolvens och underliggande omständigheter. Mot denna bakgrund — och med hänsyn till att det alltså är icke-insolvens och inte insolvens som ska visas — placerar jag den praktiska innebörden av utfallet av en prövning på en lägre nivå än när insolvens ska anses visad när det är frågan om att försätta någon i konkurs men högre än insolvens vid återvinning. Det krävs med andra ord mer av en separatist för att ”komma åt” medlen än det krävs av en konkurssökande borgenär för att nå framgång med sin ansökan eller av en återvinningskärande för att vinna framgång med en återvinningstalan. Trots det sagda placerar jag emellertid denna kategori före kategorierna 7 och 8.

7. Insolvens vid företagsrekonstruktion (20 och ”spegelvänt” 80)
Här krävs det helt enkelt inte ens insolvens för att inleda ett förfarande. Det är tillräckligt med ”ekonomiska svårigheter”. Visserligen ska dessa ekonomiska svårigheter innebära en risk för insolvens. Men en sådan risk torde väl vara förbunden med praktiskt taget alla ekonomiska svårigheter. Insolvens i någon bestämd mening har i detta sammanhang inte någon särskiljande betydelse. Det avgörande kriteriet för om ett förfarande ska inledas och fortsättas är i stället att utsikterna för en lyckosam rekonstruktion bedöms som goda, dvs. ett helt annat kriterium.

8. Presumerad insolvens som konkursgrund (13 och ”spegelvänt” 87)
När konkurssökanden med framgång kan åberopa någon av konkurslagens insolvenspresumtioner uppstår ett särskilt läge. Och det gäller även när gäldenären, oavsett vad en sökande borgenär har åberopat, medger en borgenärsansökan. Saken är ju i dessa fall så gott som klar. Gäldenären ska försättas i konkurs. För att hindra det krävs att gäldenären — redan i tingsrätten eller annars efter ett överklagande — visar att han eller hon är *solvent*. Och med det avses att gäldenären med en mycket hög grad av sannolikhet kan underbygga sitt påstående om

solvens. Omvänt är alltså tröskeln för sökanden att få bifall till sin ansökan att se som låg.