



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Vidar Bley

När skulder inte betyder skuld
Uppgifter för lagstiftningen och effekter på
konkursgäldenären ur ett rättssociologiskt
perspektiv

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Patrik Lindskoug

Termin för examen: VT13

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING.....	2
FÖRORD.....	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING.....	5
1.1 Problemformulering och syfte	5
1.2 Frågeställning	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Terminologi.....	7
2 KONKURSINSTITUTETS FRAMVÄXT HISTORISKT OCH INTERNATIONELLT.....	9
2.1 Konkursinstitutet före 1734 års lag	9
2.1.1 Romersk rätt	9
2.1.2 Medeltida konkursrätt i Europa	10
2.1.3 Tidig svensk konkursrätt.....	11
2.2 1734 års lag och framåt.....	11
2.2.1 1734 års lag	11
2.2.2 KL 1862	13
2.2.3 KL 1921	13
2.2.4 Vägen fram till KL 1987.....	14
2.3 Internationell utblick och statistik.....	14
2.3.1 Den fortsatta internationella utvecklingen fram till idag	14
2.3.2 Statistik - Västeuropa och USA	15
3 KONKURSGÄLDENÄREN IDAG	17
3.1 Gälldenärens roll i konkursen	17
3.2 Betungande regler för gälldenärer	18
3.2.1 Inledning	18
3.2.2 Civilrättsliga regler	18
3.2.3 Offentligrättsliga regler	20
3.2.4 Straffrättsliga regler	22
3.3 Gynnande regler för gälldenärer	26

4	TEORIER OM RÄTTENS PÅVERKAN PÅ DEN ENSKILDES BETEENDE	28
4.1	Rättssociologins frågeställningar	28
4.2	Rättens uppgifter	28
4.2.1	Allmänt	28
4.2.2	Förmögenhetsrättens uppgifter	30
4.2.3	Straffrättens uppgifter.....	30
4.3	Rättens effekter	31
4.3.1	Lagstiftningsoptimis m.....	31
4.3.2	Lagstiftningspessimis m.....	32
4.3.3	Blandad syn.....	32
5	KONSEKVENSER AV LAGSTIFTNINGEN FÖR KONKURSGÄLDENÄREN	35
5.1	Inledande kommentarer	35
5.2	Applicerande av presenterade rättsregler efter dess syften	35
5.2.1	Historisk utveckling och internationella aspekter.....	35
5.2.2	Civilrättsliga uppgifter	37
5.2.3	Offentligrättsliga uppgifter	38
5.2.4	Straffrättsliga uppgifter	38
5.2.5	Välfärdsrättsliga uppgifter	39
5.3	Presumptiva effekter på gäldenärens beteende.....	39
5.3.1	Inledande kommentarer	39
5.3.2	Lagstiftningsoptimis m.....	40
5.3.3	Lagstiftningspessimis m.....	41
5.3.4	Blandad syn.....	42
5.4	Avslutande kommentarer.....	45
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	46
	Offentligt tryck	46
	Böcker.....	46
	Artiklar	47
	Hemsidor	48
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	49

Summary

The law of bankruptcy debtors has historically changed in a relatively comprehensive manner. In Roman law enslavement and similar treatment was the common consequence. In some cases the debtor could obtain relief, but this was an exception. Throughout history, the trend has gone towards a more lenient treatment of the bankrupt debtor. Today, for the legal entity, the exception is no longer an exception but the main rule. Punishment of various kinds will only be utilized in exceptional cases.

However, it is not only the bankruptcy law that is relevant to the bankrupt, Swedish legislature nowadays consists of a wide spectrum of different rules that affect, or at least theoretically to affect the debtor's behavior in bankruptcy and while facing bankruptcy. Examples of these rules are, in addition to bankruptcy law, the liability of the Companies Act, the personal liability of certain taxes and duties and the criminal provisions of the Penal Code. The listed rules are rules of liability, rules that in different ways enacts a responsibility for the debtor or a representative of the debtor at various undesirable actions. In addition to these liability rules there are also other rules that may affect the debtor's conduct. An example of such law is the Wage Guaranty Act, which is directed towards the workers, but wage guaranty also has enabled a new type of fraud, which in turn made the bankruptcies into something attractive as it is a prerequisite for the wage guaranty to be approved.

That these rules affect the debtor's conduct is reasonably clear, but the question is how and how much, or if there are other phenomena outside the legal sphere, also are affecting the conduct. There are many legal sociological theories that intend to provide answers to these questions. It is the sociology of law's task to answer the question of how the law affects society, although this is not the only task for this branch of science. There are legal sociological theories dealing with both what the law's task is and to what extent these tasks are met.

These theories concerns law in general and when applied to the bankruptcy law, we see that the bankruptcy law has tasks that may not be visible at first glance. For example, the personal liability of the Tax Procedure Act functions both as a way to distribute benefits and drawbacks, and to affect the actions taken by individuals. Moreover, the legislation has some presumptive effects that were not intended by the legislator. For instance the Wage Guaranty Act sometimes has the unintended effect of fraud. The criminal provisions of Chapter 11 Penal Code do not undoubtedly have the effect that the legislator intended. In summary, it is difficult to make forecasts of the legislation's impact on the individual.

Sammanfattning

Lagstiftningen för konkursgäldenären har genom historien förändrats på ett förhållandevis omfattande sätt. I den romerska rätten var personalexekution huvudregel men i vissa fall kunde gäldenären få lättnader. Genom historien har utvecklingen gått mot en mildare behandling av konkursgäldenären. Idag är – för den juridiska personen – istället undantaget huvudregel, att lättnad sker, och att straff av olika slag endast kommer ifråga i undantagsfall.

Det är emellertid inte bara själva konkurslagstiftningen som är relevant för konkursgäldenären, i Sverige består lagstiftningen idag av ett vitt spektrum av olika regler som påverkar, eller i vart fall är tänkta att påverka gäldenärens beteende i och inför en konkurs. Exempel på sådana regler är, vid sidan av konkurslagen, skadeståndsansvaret i aktiebolagslagen, det personliga betalningsansvaret av vissa skatter och avgifter samt de straffrättsliga bestämmelserna i brottsbalken. De uppräknade reglerna är, eller angränsar till, så kallade ansvarsregler. Regler som på olika sätt stiftar ett ansvar för gäldenären eller en företrädare för gäldenären vid olika icke önskvärda handlingar. Utöver dessa ansvarsregler finns också andra bestämmelser som kan påverka gäldenärens beteende. Exempel på sådana är lagen om lönegaranti. Visserligen är den riktad mot arbetstagare men det har visat sig att lönegarantin också har möjliggjort en ny typ av bedrägerier, vilket i sin tur gjort konkurser till något attraktivt, eftersom det är en förutsättning för att lönegaranti ska betalas ut.

Att ovan beskrivna regler påverkar gäldenärens beteende är tämligen klart, men frågan är på vilket sätt och hur mycket eller om det är andra företeelser, utanför den rättsliga sfären, som påverkar istället. Det finns många rättssociologiska teorier som ämnar ge svar på dessa frågor. Det är också själva rättssociologins uppdrag att besvara frågan om hur rätten påverkar samhället, även om detta inte är rättssociologins enda uppgift att lösa. Det finns rättssociologiska teorier som behandlar både vilka uppgifter rätten har och i vilken omfattning dessa uppgifter uppfylls.

När dessa teorier, som rör rätten i allmänhet, appliceras på konkursrätten ser vi att de konkursrättsliga reglerna har uppgifter som kanske inte syns vid första anblick. Till exempel kan det personliga betalningsansvaret i skatteförfarandelagen både vara ett sätt att fördela för- och nackdelar samt verka handlingsdirigerande. Lagstiftningen har också vissa presumtiva effekter som inte heller är helt uppenbara. När det gäller lönegarantilagen får den ibland en icke åsyftad effekt, genom bedrägerier och straffstadgandena i 11 kap. brottsbalken får inte alltid den effekt som lagstiftaren har haft för avsikt. Sammanfattningsvis är det svårt att göra prognoser över lagstiftningens effekt på de enskilda.

Förord

När jag en oktober natt vaknade upp från mitt halvsovande tillstånd yrandes någonting om Panaxiaskandalen visste jag för första gången vad jag skulle skriva om. Jag kan inte säga att jag var upprörd, men jag var ändå en smula undrandes över hur företag sätts i konkurs med få eller inga konsekvenser för de inblandade. Jag tänkte att det inte kunde ha varit på detta vis i alla tider. Jag tänkte också att det borde finnas en massa lagstiftning kring detta, men varför har den inte den effekt som lagstiftaren önskar?

Jag satte därför igång med detta arbete i hoppet om att fullkomligt omkullkasta rättsvetenskapen med mina nya rön. Tidigt nyktrade jag till från detta storhetsvansinne och förstod relativt tidigt att jag istället fick sikta in mig på att göra ett arbete som på sin höjd läses av min handledare, examinator och opponent. Ämnet jag valde, och framförallt åskådningssättet innebar en utmaning som hette duga. Detta har inneburit många ångestfyllda dagar i biblioteket och jag vill därför tacka min sambo Lydia Olofsgård både för hennes viktiga bidrag till uppsatsens innehåll och för hennes moraliska stöd under arbetets gång. Jag vill också tacka Viktor Anesäter för hans många insiktsfulla synpunkter. Utöver detta är jag också tacksam för att min handledare Patrik Lindskoug har bidragit med ett kritiskt öga men i en god balans också uppmuntrat mig i mitt något oortodoxa ämnesval från början till slut.

Lund, mars 2013

Vidar Bley

Förkortningar

ABL	aktiebolagslagen (2005:551)
BrB	brottsbalken (1962:700)
FRL	förmånsrättslagen (1970:979)
HD	Högsta domstolen
HB	handelsbalken (1736:01232)
KFM	Kronofogdemyndigheten
KL	konkurslagen (1987:672)
KL 1687	1687 års kungliga förklaring
KL 1862	1862 år konkurslag (1862:51)
KL 1921	1921 års konkurslag (1921:225)
LGL	lönegarantilagen (1992:497)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RUBICON	Rutiner, brottsutredningar i konkurs
SAMEB	Samverkan mellan Myndigheter mot Ekonomisk Brottslighet
SBL	skattebetalningslagen (1997:483)
SFL	skatteförfarandelagen (2011:1244)

1 Inledning

1.1 Problemformulering och syfte

Konkursinstitutet är ett centralt verktyg inom både rätten och ekonomin. Det kan rena fysiska och juridiska personer från ogynnsamma avtal, betungande förpliktelser och framförallt skulder. Konkursen kan ge gäldenären en nystart, en andra chans om man så vill. Konkursen kan också skala av de dåliga delarna av en verksamhet och plocka fram godbitarna som sedan kan tas över av någon annan, kanske mer lämpad, som kan driva verksamheten vidare och behålla så mycket som möjligt av värdet. Framförallt är kanske konkursen ett instrument för att göra en utifrån lagstiftarens perspektiv rättvis fördelning mellan borgenärerna, om det över huvud taget går att tala om att en fördelning kan vara ”rättvis”. För det kommer alltid att vara en grupp borgenärer som får väldigt lite eller till och med ingenting. Förutom denna grupp av borgenärer finns det också andra intressenter som vill se att konkursen går rätt till. Bland dessa finns de anställda som visserligen är borgenärer, men de är framförallt intressenter med mer investerat i gäldenären än bara sin lönefordran.

Lagstiftaren har alltså skapat konkursinstitutet för att uppnå någon form av ordning och reda vid en konkurs, men det har samtidigt, särskilt i kombination med aktiebolaget, gett möjlighet till otillbörliga aktioner från mindre nogräknade gäldenärer. En gäldenär som är en fysisk person som går i konkurs får leva med sina skulder resten av livet.¹ Är det däremot en juridisk person, till exempel ett fåmansaktiebolag, är det bara att likvidera bolaget för att skulderna ska försvinna.² I vissa fall finns det regler som gör att företrädarna för bolaget får ta en del av smällen, men det är mer undantag än regel.

Syftet med uppsatsen är att utreda hur lagstiftningen inför en konkurs motverkar möjligheterna att utnyttja konkursinstitutet på ett sätt som inte var tänkt. Vidare diskuteras ur ett rättssociologiskt perspektiv hur gäldenärer, på ett teoretiskt plan, påverkas av den här kompensatoriska lagstiftningen. För att förstå bakgrunden till den nuvarande svenska lagstiftningens utformning samt för att förstå hur avsikterna bakom konkurslagstiftningen kan variera inkluderas också en, för det här formatet, omfattande, historisk och internationell utblick.

1.2 Frågeställning

- Vad finns det för lagstiftning som är ämnad att begränsa otillbörlighet från konkursgäldenärens sida inför en konkurs och hur

¹ Möjligheter till skuldsanering kan själv klart finnas.

² Jag inser givetvis att en likvidering inte görs i en handvändning. Poängen är att konsekvenserna för den som häftar med sin person istället för bara aktiekapitalet är mångfalt mer påtagliga.

har denna lagstiftning utvecklats historiskt i Sverige och internationellt?

- Vad finns det för lagstiftning som kan göra en konkurs fördelaktig för konkursgäldenären?
- Vad kan lagstiftningen för konkursgäldenären inför en konkurs antas ha för betydelse för konkursgäldenärens beteende?

1.3 Metod och material

Den som har ögnat igenom det här arbetets innehållsförteckning ser snabbt att det finns kapitel som skvallrar om rättssociologiska inslag. Den inbitne juristen kan emellertid andas ut, det här är fortfarande en rättsvetenskaplig uppsats. Jag använder Auberts definition:

”Rättsvetenskapen beskriver den positiva rätten i ett samhälle vid en given tidpunkt. Den ordnar de gällande reglerna efter ett visst system och tolkar de enskilda bestämmelserna med hjälp av juridiska metoder.”³

Även om uppsatsen till vissa delar innefattar rättssociologiska teorier kommer huvuddelen av stoffet att behandlas med en klassisk juridisk metod. Först ska jag beskriva vad de ofta schablonmässigt använda uttrycken ”klassisk juridisk metod” och ”traditionell rättsdogmatisk metod” betyder. Kort och gott innebär detta att med hjälp av rättskällorna beskriva gällande rätt. Gällande rätt är ett nätverk av rättsregler som används som måttstockar, normer, för enskilda eller det allmännas handlingar.⁴ Dessa normer formas av de centrala rättskällorna: lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin. Jag använder mig av en metod där jag först läser och tolkar lagstiftning utifrån dessas rättssociologiska uppgifter för att sedan identifiera rekvisiten i denna rättsregel. Till sist preciserar jag dessa rekvisits innebörd genom att gå längre ner i rättskällehierarkin.⁵ Resultatet som jag får fram applicerar jag rättssociologiska teorier på och får där fram olika konsekvenser som rättsreglerna typiskt sätt får på en enskild. De rättssociologiska teorier jag använder har jag valt från ett par standardverk. Mathiesens *Rätten i samhället: en introduktion till rättssociologin* används som kursbok på rättssociologiska institutionen vid Lunds universitet och är flitigt refererad. Auberts teorier är av ett äldre datum men han är likväl flitigt refererad samt väldigt lättillgänglig och därför ett bra val för detta introducerande arbete. Hydén, en professor verksam på rättssociologiska institutionen vid Lunds universitet, har ägnat mycket tid åt normer och dess innebörd och driver starkt att rättssociologin ska användas parallellt med den klassiska

³ Aubert, Vilhelm, *Inledning till rättssociologin*, AWE/Gebbers, Stockholm, 1980, (cit. Aubert 1980) s. 26.

⁴ Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1 uppl., Fritze, Stockholm, 1995, s. 152.

⁵ Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 6 uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2010, s. 34-35.

rättsvetenskapen vilket jag ämnar att göra med denna uppsats.⁶ Slutligen är det viktigt att notera att rättssociologiska teorier är något annat än rättssociologisk metod som ofta har starka inslag av empiriska undersökningar.

Materialet för att kunna utföra den här metoden kommer givetvis att till stor del bestå av lagstiftning i så stor utsträckning som möjligt. För det historiska avsnittet använder jag tyvärr en del sekundärkällor, alltså sådant som är skrivet under en annan tidsperiod än primärkällan. Ämnet för uppsatsen är relativt smalt, konkursgäldenärens ställning, men eftersom jag har tre olika perspektiv på dennes ställning, den historiska, juridiska och rättssociologiska, utgörs mycket av litteraturunderlaget av standardverken på området. Detta eftersom en djuplodande redogörelse av var och en av perspektiven inte ryms inom ramen för denna uppsats. Det centrala är inte var del för sig utan hur dessa tre perspektiv korrelerar med varandra.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar historiska, juridiska och sociologiska perspektiv och besvarar genom denna korsbefruktning ovan nämnda frågeställningar. Dessa tredubbla perspektiv innebär att det finns vissa begränsningar. Det finns inte alltid utrymme för nyanseringar och en påläst jurist kommer därför snabbt att märka att många rekvisit behandlas närmast styvmoderligt. Detta gäller främst bolagsrätten och återvinningsreglerna vilka har rekvisit som går att vrida och vända på i all evighet. Exempel på sådana rekvisit är vad som är en *värdeöverföring* eller om det förutom nackdel för borgenären också krävs otillbörlighet för tillämplighet av återvinningsreglerna. Det ska också sägas att de regler jag har valt ut endast är ett axplock av de regler som kan påverka gäldenärens beteende. Jag har som exempel valt att lyfta fram borgenärsbrotten eftersom straffstadganden ofta utpekas som det mest handlingsdirigerande och även mest ingripande av verktyg från lagstiftarens sida. Vidare har jag valt lönegarantilagen som ett tydligt exempel på lagstiftning som inte får andra effekter än den lagstiftaren menat. Utöver det lämnas processrätten i stort helt därhän. För en djupare förståelse hänvisas därför till monografierna på konkursrättens, straffrättens och socialrättens område. Ytterligare avgränsningar är att det inte förekommer några empiriska undersökningar gällande gäldenärens beteende annat än ett väldigt översiktligt statistiskt avsnitt med internationell koppling.

1.5 Terminologi

För att räta ut frågetecken kommer jag här definiera några centrala begrepp för uppsatsen. Självklart är *konkurs* ett centralt begrepp och i det här arbetet är definitionen vidsträckt och täcker alla typer av situationer där gäldenären är insolvent och det förekommer något form av samordnat förfarande för att

⁶ Se t.ex. Hydén, , Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, 2002, (cit. Hydén) s. 16.

avveckla gäldenärens hela egendom och betala borgenärerna.⁷ Med *gäldenär* likställs också företrädare för juridisk person som har ensam kontroll över bolaget. Vidare kommer termen *enskild*, *individ*, *person* och *samhällsmedborgare* att användas frekvent. Dessa är enligt den här uppsatsens förmenande synonymer för just en enskild person som ställs i motsats till *staten*, alltså det allmänna. *Hen* kommer genomgående att användas som substitut för ”hon eller han” för att göra texten mer lättillgänglig för läsaren.

⁷ Denna definition kan tyckas vara den allena rådande men det betyder inte att jag slår in en öppen dörr, i det historiska avsnittet finns flera rättsinstitut som liknar konkursinstitutet men saknar vissa viktiga element därav den vidsträckta definitionen.

2 Konkursinstitutets framväxt historiskt och internationellt

2.1 Konkursinstitutet före 1734 års lag

2.1.1 Romersk rätt

Redan den romerska rätten begagnade ett rättsligt instrument liknande konkursen. Den tidigaste varianten kom till i och med Lex poetilia (326 f.kr.) och kallades *missio in bona*. Förfarandet hade givetvis många skillnader mot dagens konkursinstitut. Till exempel var inte syftet att dela upp gäldenärens egendom utan det var snarare ett påtryckningsmedel för att få gäldenären att betala. Förfarandet var som sådant att en borgenär kunde göra en förfrågan till praetorn⁸ om att få besittning till gäldenärens egendom och sedan sälja denna egendom till någon som var beredd att överta gäldenärens skulder. Resultatet kan närmast beskrivas som att borgenärerna tvångsvis fick panträtt i egendomen. Likheterna med konkursen var, förutom det tvångsvisa förfarandet, att borgenärerna kunde utse en *magister* som förvaldade och realiserade egendomen samt att vissa återvinningsregler, *actio pauliana*, existerade redan vid denna tid. Vidare var det inte bara den ansökande borgenären som hade rätt till betalning men det fanns ingen långtgående likhetsprincip eller några regler om förmånsrätt.⁹

Om *missio in bona* mer hade karaktären av en sanktion eller ett påtryckningsmedel var *cessio bonorum* mer inriktat på att ge gäldenären en möjlighet till nystart. Det var en form av frivilligt egendomsavträde. *Cessio bonorum* tillkom någon gång kring Kristi födelse, alltså senare än *missio in bona*. För det första krävdes att gäldenären själv ansökte om avträdet och för det andra övergick äganderätten till borgenärerna istället för att dessa fick panträtt i egendomen, det blev alltså borgenärerna som fick stå risken för att gäldenärens egendom inte kunde täcka hans skulder. För det tredje innebar *cessio bonorum* att risken för personalexekution försvann, tvärtom innefattade förfarandet vissa beneficieregler.¹⁰ Till sist ska sägas att det fanns en motsvarighet till *magistern* nämligen en *curator* som förvaldade gäldenärens egendom.¹¹ *Cessio bonorum* levde sedan vidare in i den justinianska rätten men då med ett krav på att oförmågan att betala inte var självförvårdad. I annat fall följde personalexekution¹²

⁸ Juridisk ämbetsman.

⁹ Hassler, Åke, *Svensk exekutionsrätt*, Ohlsson, Lund, 1938, (cit. Hassler) s. 22-23; Söderlund, Jenny, *Konkursrätten: om konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar*, ak. avh. Uppsala universitet, Iustus, Uppsala, 2009, (cit. Söderlund) s. 93-94.

¹⁰ Broomé, Gustaf, *Studier i konkursrätt: särskildt med afseende på svensk rätt*, ak avh. Lunds universitet, Gleerups, Lund, 1888; s. 36-37; Hassler s. 23; Söderlund s. 94-95.

¹¹ Hassler s. 23.

¹² Agge, Ivar, *Det svenska konkursförfarandets utveckling i Minnesskrift ägnad 1734 års lag*, Stockholm, 1934, (cit. Agge) s. 919; Hassler s. 23.

2.1.2 Medeltida konkursrätt i Europa

Liksom den sekulariserade rättsvetenskapen fick rättsutvecklingen på det konkursrättsliga området mellan romarikets fall och fram till den italienska handelsboomen på 1300-talet en undanskymd roll. Det var först när de italienska handelsmännen insåg vikten av kreditgivning som smörjmedel för ekonomin som behovet av en konkursrätt återuppstod. Med kreditgivning uppkommer också kreditrisker. Med det menas risken att betalning inte kan erläggas vid rätt tidpunkt, om betalning kan erläggas över huvud taget.

Den italienska konkursrätten byggde till stor del på det romerska synsättet, konsekvenserna för den insolvente gäldenären hade emellertid hårdnat. Med influenser från germansk rätt, som likställde underlåtenhet att betala med stöld, präglades den italienska konkursrätten av en synnerligen hårdhänt behandling av gäldenären. Fängelse och tortyr kunde användas för att få fram egendom till betalning. Om ett egendomsavträde sedan ägde rum följdes detta ofta av skamfyllda ritualer som att gäldenären fick gå barfota genom staden eller bära en särskild dräkt. De olika handelsstädernas rättsordningar kunde dock skifta, till exempel fanns det möjlighet till *cessio bonorum* i vissa städer om gäldenärens insolvens uppkommit utan eget förvållande. Eftersom handelsstäderna hade olika rättssystem och samtidigt låg relativt nära varandra var rymning från skuld relativt vanligt.¹³

Från den italienska, och i grunden romerska, rätten utvecklades sedan två riktningar inom Europa: den franskromerska och den tyskromerska.¹⁴ Den franskromerska konkursrätten präglades av ett starkt fokus på gäldenärens tillgångar, alltså dennes *aktivsida*. Tillgångarna skulle delas mellan borgenärerna i ett skifte där borgenärerna fick en panträtt i egendomen likt förfarandet för *missio in bona*. Alla typer av tvister mellan borgenärerna och gäldenären samt borgenärerna emellan prövades av vanlig domstol utanför själva konkursprocessen.¹⁵ Vidare hade själva domstolen mindre att göra med själva konkursen utan det var borgenärerna som styrde mycket av förvaltandet av gäldenärens egendom via en *deputé*.¹⁶

Den tyskromerska rätten var rent processrättsligt av ett diametralt annat slag, där skulle istället allt rörande konkursen och dess fordringar prövas i en och samma konkursprocess. Istället för att fokusera på gäldenärens tillgångar ägnades stor möda åt att utreda gäldenärens skulder, alltså dennes *passivsida*. Domstolen skötte också förvaltningen, om än via en administrator. När processen slutfördes var också konkursen till ända.¹⁷

¹³ Olivecrona, Karl, *Konkursrätt*, 10 uppl., Juridiska fören., Lund, 1964 (cit. Olivecrona) s. 4-5; Levinthal, Louis Edward, *The Early History of Bankruptcy Law* i 66(5) *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, PA, USA, 1918, (cit. Levinthal) s. 241-244.

¹⁴ Engelsk rätt är här lämnad därhän eftersom den inte förrän långt senare hade några influenser på svensk rätt.

¹⁵ Hassler s. 24; Olivecrona s. 6; Söderlund s. 101-102.

¹⁶ Levinthal s. 245.

¹⁷ Hassler s. 23-24; Olivecrona s. 6; Söderlund s. 102-103.

2.1.3 Tidig svensk konkursrätt

Den svenska utvecklingen av konkursrätten tog fart långt senare än den europeiska motsvarigheten. När Sverige var ett bondesamhälle fanns inte något konkursinstitut att tala om. För att det ska finnas ett behov av ett konkursinstitut krävs att det finns konkurrerande¹⁸ anspråk, vilket inte var fallet i tidig svensk medeltid. Oftast förekom bara en borgenär och någon konkurrens mellan borgenärer fanns då inte. I annat fall var handpant en vanlig säkerhet och betalning kunde fås ur panten. Fanns ingen handpant var personalexekution ett tämligen vanligt förfarande. Gälldenären häftade alltså inte bara med sin egendom (som realexekutionen) utan också med sin person och kunde därigenom bli borgenärens slav om det inte fanns tillräckligt med egendom för att täcka skulderna.¹⁹

Det var först med stadslagarna som det första embryot till konkurslagstiftning uppstod.²⁰ Där föreskrevs att en gälldenär som inte kunde betala skulle arbeta av sin skuld. Några regler om hur själva processen gick till fanns dock inte, saknades gjorde också bestämmelser om borgenärernas inbördes förhållanden, regleringen tog istället sikte på gälldenärens ställning. Det var snarast ett ”frivilligt egendomsavträde” likt *cessio bonorum*. Oklart är dock om gälldenären gick fri efter egendomsavträdet, det är troligt att denne gjorde så om obeståndet var utan egen förskyllan.²¹

Den första ansatsen till en konkurslagstiftning skedde i och med 1687 års Kungliga Förklaring (KL 1687). Denna förklaring befäste konkursinstitutet i svensk rätts likheter med *cessio bonorum* ytterligare. Liksom i romersk rätt fick borgenärerna överta gälldenärens egendom på vinst eller förlust utan redovisningsskyldighet för överskottet. Vidare innehöll förklaringen vissa straffrättsliga bestämmelser för gälldenären. Den stora skillnaden i och med KL 1687 var dock domstolens inblandning i processen. Borgenärerna var tvungna att framställa sina anspråk på gälldenären inför domstolen, i annat fall riskerades dessa krav att prekluderas. Domstolen fick alltså en viktigare roll i konkursförfarandet, likaså borgenärerna. Konkursförfarandet var emellertid fortfarande inte särskilt tydligt reglerat vilket gav upphov till ett behov av ytterligare lagstiftning.²²

2.2 1734 års lag och framåt

2.2.1 1734 års lag

Den senaste genomgripande kodifikationen av svensk rätt skedde i och med ikraftträdandet av 1734 års lag, en lag som fortfarande är gällande rätt i både

¹⁸ Konkurs härstammar från det latinska begreppet *concursum* och syftar på borgenärernas sammanlopp, Nationalencyklopedins definition; se vidare Olivecrona s. 3; Söderlund s. 102.

¹⁹ Söderlund s. 95-96.

²⁰ I landslagarna fanns endast ett kort stadgande om insolventa dösbönder, se Olivecrona s. 5.

²¹ Olivecrona s. 5; Söderlund s. 95-96.

²² Hassler s. 25-26; Söderlund s. 96-98.

Sverige och Finland även om den, särskilt i Sverige, mycket sällan tillämpas eftersom den på de flesta områden ersatts eller inte reglerar samhällsförhållanden som är aktuella idag.²³ Lagkommissionen hade tillsatts redan 50 år tidigare, men på grund av allehanda krig försenades antagandet av lagen.²⁴ Den nya lagen innebar också att Sverige fick sin första utsökningsbalk och än viktigare för den här framställningen infördes regler om gäldenärer som inte kunde betala sina borgenärer i 16 kap. handelsbalken samt även förmånsrättsregler i 17 kap. samma balk. Bestämmelserna var dock mycket knapphändiga när det gällde själva konkursförfarandet. I 16 kap. 1 § stipulerades att borgenärerna ska sammankallas och att en bouppteckning ska göras, allt detta inför domstolen. De centrala reglerna var dock de gällande egendomsavträde. Fortfarande var personalexekutionen ett påtryckningsmedel med olika typer av bestraffning så som bysättning och fängelse. Gäldenären kunde begära *beneficium cessionis bonorum*, alltså en cession av alla gäldenärens tillgångar, och sedan få befrielse. Konsekvenserna av ett sådant egendomsavträde berodde på klandervärde hos gäldenärens insolvens. Om obeståndet berodde på rena tillfälligheter (i lagen nämns eldsvåda, sjöskada och fiendens anfall) blev gäldenären helt och hållet fri (16 kap. 2 § HB). Om obeståndet istället var orsakat av ”slöseri, dobbel, lättja eller vårdslöshet” blev konsekvensen fängelse och straffarbete (16 kap. 3 § HB). Det tredje alternativet var om gäldenären gjort sig skyldig till bedrägligt förfarande av något slag som skadat borgenärerna. I sådant fall fick gäldenären stå vid skampålen och sedan tilldelas straffarbete på någon av konungens fästningar (16 kap. 4 § HB). Lagstiftningen var med andra ord väldigt inriktad på gäldenären och dennes beteende, borgenärernas inblandning i processen låg i skymundan.²⁵

Efter en stark tysk påverkan på rätten och dess processorienterade konkursrätt blev de knapphändiga förfarandereglerna i 1734 års lag alltför otillräckliga. Nya konkurslagar tillkom vid ett flertal tillfällen, varav den första redan 1767. Denna lag, som var en kunglig förklaring, innebar att borgenärerna för första gången fick rätt att förvalta gäldenärens egendom i ett konkursbo.²⁶ Ett par viktiga ändringar under denna tid var att arbetstvånget avskaffades och att avträdesförmånen (*beneficium cessionis bonorum*) begränsades till att bara gälla gäldenärens person. Skulderna kvarstod alltså även efter konkursen. Dessutom avskaffades personalexekutionen slutligt 1818. Sverige anammade den tyska modellen där konkursen skulle ske i en och samma process med omständliga prövningar av de olika fordringarna där panthavare blev särskilt drabbade då även deras anspråk drogs in i processen.²⁷ Dessutom inskränktes borgenärernas möjlighet att påverka processen.²⁸

²³ Taxell, Christoffer & Wickbom, Sten, *1734 års lag 250 år* i SvJT 1984 s. 679.

²⁴ Jägerskiöld, Stig, *Kring tillkomsten av 1734 års lag* i SvJT 1984 s. 681.

²⁵ Hassler s. 26-27; Olivecrona s. 5; Söderlund s. 104-105.

²⁶ Hassler s. 27; Kronofogden, *Handbok för konkurstillsyn*, 2008 (cit. KFM 2008), avsn. 1.1.2.1.

²⁷ Olivecrona s. 6; Söderlund s. 106.

²⁸ KFM 2008 avsn. 1.1.2.1.

2.2.2 KL 1862

Lagstiftaren ansåg att det tyskromerska konkursförfarandet var alltför tungrott och i och med 1862 års konkurslag antogs istället det franskromerska systemet. Borgenärerna fick en större roll i förfarandet och domstolens roll begränsades till en kontrollfunktion. Vidare avskaffades gäldenärens avträdesförmån slutligt och borgenärerna gavs rätt att ansöka gäldenärens försättande i konkurs.²⁹ Utöver det infördes något av en motsvarighet till konkursförvaltare, en god man skulle sköta förvaltningen av gäldenärens egendom och förbereda realisationen av densamma. När detta var gjort skulle ett nytt val av sysslomän göras för själva realisationen. Borgenärerna hade en stor del i denna beslutsprocess, vilket blev föremål för mycket kritik eftersom det innebar att förvaltningen blev segdragen och saknade den expertis som krävdes i ett Sverige som påbörjade sin industrialisering.³⁰

2.2.3 KL 1921

Efter ytterligare en långdragen utredning tillkom så 1921 års konkurslag. Flera förslag hade lagts fram under det föregående decenniet varav det första 1911. Den nya lagen hade fem huvudsyften, den skulle

1. reducera kostnaderna i konkurs,
2. göra förfarandet smidigare,
3. förbättra kontrollen av konkursen,
4. bygga ut återvinningsreglerna, samt
5. förtydliga oklara punkter.³¹

En stor skillnad var det tydliga avsteget från den processorienterade konkursrätten som redan påbörjats i och med 1862 års KL. I 1921 års KL fanns en uttrycklig regel som slog fast att fordringars giltighet inte skulle prövas inom ramen för konkursförfarandet utan detta skulle ske separat (115 § KL 1921).³² För att effektivisera förfarandet infördes för första gången en regelrätt förvaltare. Förvaltaren kunde visserligen röstas fram av borgenärerna men domstolen var tvungen att lämna sitt godkännande till att förvaltaren var tillräckligt kvalificerad.³³

Vad gäller gäldenärens ställning i konkursen fanns vissa nyheter men också många kvarlevor från den forna konkursrätten. Inskränkningar i gäldenärens person fanns i viss mån kvar. Till exempel fick gäldenären inte lämna orten utan att ha beedigt bouppteckningen vilket var gäldenärens viktigaste uppgift (88 § KL 1921). Andra skyldigheter för gäldenären var att denne var tvungen att lämna viktiga upplysningar till domaren, rättens ombudsmän, förvaltaren och granskningsmännen (89 § KL 1921). Om gäldenären inte

²⁹ Olivecrona s. 6; Söderlund s. 105-107.

³⁰ Hassler s. 28; KFM 2008 avsn. 1.1.2.2.

³¹ Olivecrona s. 6.

³² Söderlund s. 118.

³³ KFM 2008 avsn. 1.1.2.2.

uppfyllde sina skyldigheter kunde denne hämtas och häktas (94 och 95 §§ KL 1921). Gälldenären fick sitta i häkte så länge det krävdes för att hen skulle gå eden. Om gälldenären var ämbets- eller tjänsteman stängdes hen av från sin tjänst i fyra månader (199 § KL 1921). Lönen innehölls, men viss egendom fick undantas för gälldenären och dennes familjs uppehälle, alltså liknande de beneficieregler vi har idag (97 § KL 1921).³⁴ Vidare fråntogs också gälldenären sin rösträtt, detta ändrades dock 1945.³⁵

I förmögenhetsrättsligt hänseende inskränktes gälldenärens handlingsutrymme än mer. Hen fick inte företa några dispositioner över konkursboets egendom. Alla rättshandlingar gällande denna egendom blev ogiltiga oavsett om tredjeman var i god tro eller ej. Den egendom som gälldenären hade fått undanta med stöd av 97 § KL 1921 fick hen dock förfoga över. Andra förpliktelser var tillåtna men fordringar på gälldenären uppkomna efter konkursutbrottet kunde inte göras gällande i konkursen (100 § KL 1921).³⁶

2.2.4 Vägen fram till KL 1987

Under 1900-talet förändrades KL 1921 mycket, framförallt eftersom den tidigare tyska påverkan nu fick stå tillbaka för influenser från USA. De mest genomgripande reformerna skedde dock så sent som på 1970-talet. Då infördes till exempel strängare återvinningsregler. Tillsynen flyttades till Kronofogden och en ny ackordslag³⁷ (1970:847) infördes. De nya bestämmelserna hade inlemmats i KL 1921 systematik, vilket gjorde densamma svåröverskådlig och en utredning tillsattes för att modernisera och systematisera konkurslagen. Detta ledde så småningom fram till 1987 års konkurslag.³⁸

2.3 Internationell utblick och statistik

2.3.1 Den fortsatta internationella utvecklingen fram till idag

I Europa fortsatte utvecklingen i de två inriktningarna beskrivna ovan, alltså den tysk-romerska, vartill den spanska rätten anslöt sig, och den fransk-romerska. I industrialismens begynnelse visade sig dock det tyska processorienterade konkursförfarandet vara alltför omständligt och den franska modellen fick starkare fäste. Frankrikes konkurslag av år 1838 fick stor påverkan inte bara på den tyska konkurslagen från 1877 utan också på Norges, Finlands och Danmarks konkurslagar från 1863, 1868 respektive 1872. Konsekvensen blev alltså att borgenärerna fick större inflytande och domstolen tilldelades en tillsynsroll.³⁹

³⁴ Olivecrona s. 35.

³⁵ Welamson, Lars, *Konkursrätt*, Norstedts, Stockholm, 1961 (cit. Welamson) s. 130.

³⁶ Olivecrona s. 36.

³⁷ Ett embryo till det som skulle bli Lag (1996:764) om företagsrekonstruktion.

³⁸ SOU 2010:2 s. 40-41

³⁹ Hassler s. 24; Welamson s. 9-10.

Under 1900-talet har de traditionella konkurslagarna kompletterats av ackordslagar och olika lagar med rekonstruktionsförfaranden. Inledningsvis sköjde en våg av ackordslagar in över de västeuropeiska länderna i början av 1900-talet.⁴⁰ Efter detta dröjde det till andra hälften av 1900-talet innan nästa steg i utvecklingen togs, nämligen företagsrekonstruktionslagarnas tid.⁴¹

Dagens utveckling går istället mot ett samlat insolvensförfarande där både konkurs- och rekonstruktionsförfarandet regleras i samma lag och där en mjukare övergång från det ena till det andra kan uppnås. Den amerikanska *Bankruptcy Code*⁴² från 1978 har fått stå som förlaga. I England infördes en liknande lag 1986 i och med *Insolvency Act*.⁴³ Några år tidigare, 1982, infördes en i Österrike en lag som gav en gemensam ingång för både rekonstruktioner och konkurser, *Insolvenzrechtsänderungsgesetz*.⁴⁴ Frankrike reformerade sin insolvenslagstiftning 1985.⁴⁵ I Tyskland infördes 1999 en insolvenslag som sammanfogar rekonstruktioner och konkurser till ett och samma förfarande. Insolvensförvaltaren kommer tillsammans med borgenärerna fram till en insolvensplan. Insolvensplanen kan innehålla allt från avveckling av företaget till ackordsförhandlingar.⁴⁶ Vidare har många andra länder under det senaste årtiondet genomfört liknande lagstiftningsreformer, däribland Ryssland, Japan och Nederländerna.⁴⁷ I Norden har Danmark också genomfört vissa reformer medan resterande länder inom Norden haltar i sitt reformarbete på det konkursrättsliga området.⁴⁸ I nuläget ligger också ett svenskt förslag till ett samlat insolvensförfarande, starkt inspirerat av den tyska insolvenslagen från 1999, ute på remiss.⁴⁹

2.3.2 Statistik - Västeuropa och USA

För att ytterligare öka förståelsen för konkursinstitutet och för att sätta svensk konkursrätt i ett sammanhang presenteras här en del statistik kring konkurser. Statistiken behandlar Västeuropas fem befolkningsrikaste länder, USA samt de nordiska länderna.

Alla siffror är för 2011 om ej annat anges.

⁴⁰ Sverige: Lag (1921:227) och ackord utom konkurs; Finland: Lagen om ackord, 148/32; Tyskland: 1935 års *Vergleichsordnung*; Österrike: 1934 års *Ausgleichsordnung*.

⁴¹ Se SOU 1992:113 s. 198-299 för en synnerligen djupgående redogörelse av företagsrekonstruktionslagarna i Europa.

⁴² 11 U.S.C.

⁴³ SOU 1992:113 s. 243.

⁴⁴ SOU 1992:113 s. 274.

⁴⁵ SOU 1992:113 s. 282; *Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, Relative au adressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*.

⁴⁶ SOU 2010:2 s. 52.

⁴⁷ SOU 2010:2 s. 69-70.

⁴⁸ Danmark: *Konkursloven*, LBK nr 217 af 15/03/2011; Norge: *Konkursloven*, Lov 1984-06-08 nr 58; Finland: Konkurslag, 120/2004, vilken är en renodlad konkurslag.

⁴⁹ SOU 2010:2.

Land	Företagskonkurser ⁵⁰	Invånare tusental ⁵¹	Företag tusental	Konkurser per 1000 företag ⁵²	Konkurser per 1000 invånare
Danmark	5447	5560,6	299,3	18,2	0,98
Finland	3005	5375,3	319,7	9,4	0,56
Frankrike	49506	65075,4	5266,6	9,4	0,76
Italien	11792	60626,4	4535,4	2,6	0,19
Norge	4361	4920,3	484,6	9,0	0,89
Spanien	5752	46152,9	3195,6	1,8	0,12
Storbritannien	18571	62435,7	2292,7	8,1	0,30
Sverige	7177	9415,6	1055,4	6,8	0,76
Tyskland	30200	81751,6	3595,2	8,4	0,37
USA (2010)	59608 ⁵³	308745,5 ⁵⁴	5734,5 ⁵⁵	10,4	0,19
				(medel)	(medel)
Totalt	195419	650059,3	26779,0	8,4	0,51

Vid en snabb anblick ligger antalet konkurser i förhållande till antalet företag relativt lika med undantag för Danmark, som ligger klart över, samt Italien och Spanien, som ligger klart under. Sverige ligger strax under medel. I förhållande till invånarantalet är konkursantalet väldigt olika med Danmark högt och Italien och Spanien väldigt lågt medan Sverige ligger i övre delen av skalan.

Det skulle kunna tyda på att Spanien och Italiens ekonomier blomstrar och att Danmark är på ekonomisk nedgång, men så är förmodligen inte fallet, enligt världsbanken är utvecklingen snarare den omvända.⁵⁶ De spridda siffrorna kring konkurs är snarare ett tecken på att sambandet mellan antalet konkurser och landets ekonomi är små, i vart fall i jämförelse mellan olika länder. Det centrala med den här statistiken är att det kan variera väldigt mycket mellan olika rättssystem hur frekvent konkursinstitutet används.

⁵⁰ Creditreform, *Insolvencies in Europe 2011/12* (cit. Creditreform) s. 3, (https://www.uc.se/download/18.782617c713603ab70837ffd368/Europa_statistik_konkurser_2011.pdf) för stater i Europa, för USA, se not 46.

⁵¹ Eurostat, *Key Figures on Europe 2012*, s. 37, (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-EI-12-001/EN/KS-EI-12-001-EN.PDF) för stater i Europa, för USA, se not 47.

⁵² Creditreform s. 6 för stater i Europa, för USA se not 48.

⁵³ United States CENSUS Bureau, *Statistical Abstract of the United States: 2012*, s. 511, (<http://www.census.gov/prod/2011pubs/12statab/business.pdf>).

⁵⁴ United States CENSUS Bureau, *Statistical Abstract of the United States: 2012*, s. 8, (<http://www.census.gov/prod/2011pubs/12statab/pop.pdf>).

⁵⁵ United States CENSUS Bureau, *Statistics of U.S. Businesses*, (http://www2.census.gov/econ/susb/data/us_state_totals_2007-2010.xls).

⁵⁶ (<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.KD.ZG/countries/1W-XQ-EG-SY-MA-IR-SA?display=default>).

3 Konkursgäldenären idag

3.1 Gäldenärens roll i konkursen

Efter ovan relativt vidlyftiga textmassa om den svenska och internationella utvecklingen av konkursinstitutet är det så dags för ett närmare studium av den svenska konkursrätten som den ser ut idag och konkursgäldenärens roll.

Det finns många regler som påverkar en gäldenär och dennes beteende före och under en konkurs. Vi ska först se vad gäldenären har för roll i själva konkursen för att sedan se vad det finns för ansvarsregler för en konkursgäldenär. Därefter behandlas regler som eventuellt kan vara gynnande för en konkursgäldenär.

I konkurs har gäldenären fortfarande vissa handlingsbegränsningar likt enligt KL 1921. Gäldenären får inte förfoga över sådan egendom som ska ingå i konkursboet när konkursen har brutit ut (3 kap. 1 § KL). Annan egendom, som alltså inte ingår i boet, kan gäldenären råda över. Det kan till exempel vara sådant som denne ska få undanta enligt beneficiereglerna (3 kap. 5 § KL). Vidare får inte gäldenären bedriva näringsverksamhet under själva konkursen (6 kap. 1 § KL). Gäldenären har utöver detta en upplysningsplikt till rätten, konkursförvaltaren och tillsynsmyndigheten (6 kap. 2 § KL). Dessutom ska gäldenären också medverka till att under ed upprätta en bouppteckning (6 kap. 3-5 §§ KL). Gäldenären fråntas i princip möjligheterna till att vara part i rättegång. Det finns vissa möjligheter för gäldenären att fortsätta vara part om konkursboet inte vill inträda i dennes ställe (3 kap. 9 § KL). I övrigt förlorar gäldenären sin partsbehörighet i sådana frågor som rör konkursegendomen.

Förutom dessa inskränkningar i gäldenärens ekonomiska och juridiska handlingsutrymme finns även vissa begränsningar för gäldenärens personliga förehavanden. Precis som i KL 1921 får gäldenären inte lämna riket utan rättens medgivande (6 kap. 6 § KL) och om det finns risk för att gäldenären ska fly landet finns också möjligheter att häkta densamme eller utdöma vite (6 kap. 9-10 §§ KL).

Vid en juridisk persons konkurs upplöses i regel personen efter konkursens avslutande. Fysiska personer har däremot kvar sina skulder efter en konkurs. Incitamenten för fysiska personer att gå i konkurs är därför mindre än juridiska. Det ska dock påpekas att ovan nämnda skyldigheter för gäldenärer i princip också gäller ställföreträdare (6 kap. 2 § 2 st., 6 kap. 3 § 2 st. KL).

Reglerna presenterade ovan innefattar alltså vissa skyldigheter och inskränkningar för gäldenären när en konkurs redan är inledd. Vad finns det då för andra regler gällande en gäldenär, regler som är tänkta att styra gäldenärens beteende innan konkursen, eller i vart fall att i efterhand korrigera vissa handlingar?

3.2 Betungande regler för gäldenärer

3.2.1 Inledning

Det finns en rad regler som är till för att påverka gäldenärens beteende. I det följande kommer sådana regler att presenteras under tre olika rättsområden, först de civilrättsliga reglerna, därefter offentligrättsliga och till sist straffrättsliga. Under de civilrättsliga reglerna behandlas återvinningsinstitutet, skadeståndsreglerna i aktiebolagslagen (2005:551) samt det personliga ansvaret vid värdeöverföringar i samma lag. Det offentligrättsliga avsnittet innefattar det personliga betalningsansvaret enligt skatteförfarandelagen (2011:1244) för företrädare. Vidare behandlas under det straffrättsliga avsnittet 11 kap. 1-4 §§ BrB samt 30 kap. ABL.

3.2.2 Civilrättsliga regler

Låt oss först titta på återvinningsreglerna. Dessa regler ger konkursförvaltaren en möjlighet att få vissa rättshandlingar att återgå om de företagits inom en viss tid före konkursen. Reglerna bygger på samma grundsyn som konkursen i övrigt, nämligen *par conditio creditorum*, det vill säga likabehandling mellan borgenärerna. En borgenär eller annan som har fått betalt innan konkursen ska således inte få någon fördel bara därför att gäldenären velat gynna just den personen. Reglerna har således som syfte att motverka illojala dispositioner till skada för borgenärskollektivet som helhet.⁵⁷

Alla dispositioner kan självfallet inte förbjudas även om det i efterhand visar sig att effekten blev ”orättvis”. Därför har återvinningsreglerna tämligen snäva rekvisit, dessa kommer att presenteras nedan.

Gemensamt för alla reglerna gäller att dispositionen ska ha varit till nackdel för borgenärerna, detta gäller oavsett om resterande rekvisit är uppfyllda. Det kan tyckas självklart eftersom om det inte finns någon nackdel för borgenärerna har de heller inget intresse av att en transaktion ska återgå. Enligt förarbetena definieras ”nackdel” som att gäldenärens ekonomiska ställning har försämrats. Det krävs dock inte att gäldenärens totala förmögenhetsställning ska ha påverkats men däremot att åtminstone *en* borgenärs rätt till utdelning har försämrats.⁵⁸ Lennander sammanfattar nackdelsrekvisitet på följande vis:

”en transaktion skulle ha försämrat utdelningen för någon, några eller samtliga borgenärer, om gäldenären vid

⁵⁷ Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 3 uppl., Norstedts, Stockholm, 2004, (cit. Lennander) s. 21-23.

⁵⁸ Lennander s. 91; SOU 1970:75 s. 132, 134.

tidpunkten omedelbart efter denna hade blivit försatt i konkurs”⁵⁹

Förutom att transaktionen ska vara till nackdel för borgenärerna ska den ha ägt rum inom en viss tidsfrist. Fristen räknas bakåt från den dag ansökan om konkurs kom in (4 kap. 2 § KL). Denna är olika beroende på vad för typ av transaktion som gäldenären företagit. Till exempel är fristen för gåvor ett år (4 kap. 6 § KL) men för skulder är den endast 3 månader och ska dessutom uppfylla ett av tre övriga kriterier (4 kap. 10 § KL). Tidsfristerna är dessutom olika beroende på om transaktionen skett med en närstående eller ej (4 kap. 3 § KL). I nämnd paragraf räknas också upp vilka som ska räknas som närstående. Att fristerna är mer extensiva gällande närstående har motiverats med att det är mer troligt att gäldenären vill gynna någon som står hen nära. Samma gäller om det är en juridisk person, då vill den som har stort inflytande en möjlighet att gynna sig själv.⁶⁰

Utgångspunkten är att alla typer av transaktioner kan återvinnas (4 kap. 5 § KL) men det finns två kategorier som är undantagna. Det första är betalning av skatt och tull och det andra är betalning av underhållsbidrag (4 kap. 1 § KL).

Även om återvinningsreglerna främst har en restituerande funktion är de inte utan preventiv verkan. Om en gäldenär vet att en transaktion mycket väl kan återvinnas blir det mindre intressant att använda sig av detta sätt för att undanhålla egendom från borgenärerna.⁶¹ För att ytterligare förstärka preventionen av otillbörliga transaktioner finns även straffrättsliga regler, dessa behandlas under avsnitt 3.2.3.

Den civilrättsliga floran av avhållande regler innefattar dock inte bara de rent konkursrättsliga. Inom bolagsrätten finns bestämmelser som reglerar främst ställföreträdarens ansvar när aktiebolag kommer i ekonomiskt trångmål. För att inte fokusera alltför mycket på bolagsrättsliga aspekter behandlar framställningen främst ställföreträdarens ansvar gentemot borgenärer. Det är alltså inte fråga om själva gäldenärens ansvar utan om styrelse, VD och aktieägares ansvar gentemot aktiebolagets fordringsägare. Det är inte ovanligt att en eller ett fåtal personer innehar alla de tre ovan nämnda funktionerna.⁶² Styrelseledamöter och VD har skadeståndsansvar vid oaktsamhet om brott mot aktiebolagslagen (2005:551) har skett (29 kap. 1 § ABL). För aktieägare krävs dock grov oaktsamhet (29 kap. 3 § ABL). Problemet för en borgenär är att aktieägarna kan bevilja bolagets olika organ ansvarsfrihet, vilket är högst sannolikt om dessa är samma personer (29 kap. 7-8, 10 §§ ABL). På grund av denna risk har lagstiftaren tagit in en särskild

⁵⁹ Lennander s. 97; jfr dock Walin, Gösta, *Materiell konkursrätt: konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning m m*, 2 uppl., Norstedts, Stockholm, 1987, s. 139, där Walin framför att det är tillräckligt att ”gäldenärens ekonomiska ställning omedelbart försämrats genom transaktionen eller att förhållandet mellan borgenärerna förändrats”.

⁶⁰ Lennander s. 80; SOU 1970:75 s. 130.

⁶¹ Lennander s. 24.

⁶² Rodhe, Knut & Skog, Rolf, *Rodhes aktiebolagsrätt*, 23 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, (cit. Rodhe & Skog) s. 226-227.

bestämmelse för konkursbon vilken möjliggör för ett konkursbo att inom en femårsperiod väcka talan enligt 29 kap. 1-3 §§ ABL trots att ansvarsfrihet har beviljats (29 kap. 14 § ABL).

Vilka regler inom ramen för ABL kan då tänkas vara mest centrala för att påverka dessa ställföreträdarens beteende? Självklart är både låneförbudet (21 kap. 1 § ABL) och förbudet mot vissa värdeöverföringar (17 kap. 3 § ABL) relevanta. Vid brott mot ovan nämnda regler kan också en återbäringskyldighet för den som värdeöverföringen skett till vara aktuell (17 kap. 6 § ABL). Den som har beviljat överföringen kan också bli bristtäckningsansvarig (17 kap. 7 § ABL). Dessa regler är såklart viktiga för att skydda borgenärerna och för att ett bolag inte ska tömmas på tillgångar. Vad som är än viktigare är att ställföreträdare har strikt ansvar för vissa förpliktelser som kan uppkomma för bolaget. Sådana åtgärder är obligatoriska i det fall bolaget inte har hållit en kontrollstämma, upprättat en kontrollbalansräkning eller ansökt om likvidation (25 kap. 18 § ABL). En sådan skyldighet föreligger om bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. För att urskulda sig måste alltså styrelsen upprätta en kontrollbalansräkning och hålla en kontrollstämma. Om det sedan vid den andra kontrollstämman, som ska hållas inom åtta månader från den första, visar sig att kapitalbristen fortgått måste företaget tvångslikvideras (25 kap. 13-17 §§ ABL). Viktigt att notera beträffande dessa bestämmelser är att de slår till redan vid insufficiens, alltså tidigare än eventuella konkursbestämmelser som kräver insolvens. Ett företag kan vara insufficient och ändå under lång tid drivas vidare utan att för den skull gå i konkurs. Det är dock högst otroligt att en person är insolvent utan att vara insufficient.⁶³

3.2.3 Offentligrättsliga regler

Som nämnt kan alltså ställföreträdare, under vissa förutsättningar, bli personligt ansvariga för skulder som ett aktiebolag har. För vissa särskilda skulder finns dock ytterligare regler, nämligen skulder till staten för skatter och avgifter. I SFL har bestämmelser gällande just detta införts. Reglerna motsvarar i allt väsentligt de regler som fanns i skattebetalningslagen (1997:483).⁶⁴ Bestämmelserna är som sådana att företrädare för juridisk person blir personligt betalningsansvariga om bolaget har betalat in för lite skatt (59 kap. 12 § SFL), detsamma gäller om ingen skatt alls har betalats in (59 kap. 13 § SFL). Det finns också ett betalningsansvar vid såkallade ”momsbedrägerier” och liknande (59 kap. 14 § SFL).

Anledningen till att det personliga betalningsansvaret infördes var att det inte var ovanligt att fysiska personer bedrev verksamhet i fåmansbolag som sedan inte hade medel att betala sina skatteskulder. Det visade sig att verksamheten inte sällan drevs vidare efter att fåmansbolaget satts i

⁶³ Rodhe & Skog s. 84.

⁶⁴ Prop. 2010/11:165 s. 555.

konkurs. Syftet med bestämmelserna var således att åtgärda de förlorade intäkter som staten fick stå för.⁶⁵

För att det personliga betalningsansvaret ska bli aktuellt krävs det också att underlåtenheten att betala in skatt sker uppsåtligt eller av grov oaktsamhet. Dessa begrepp ska enligt förarbetena i princip motsvara de straffrättsliga motsvarigheterna.⁶⁶ I NJA 1985 s. 13 ogillades en talan om personligt betalningsansvar därför att den åtalade inte hade förfarit grovt oaktsamt. Företrädaren T hade förvisso struntat i att betala in förfallna skatteskulder men eftersom han hade kontaktat en advokat, sin bank, kronofogdemyndigheten och länsstyrelsen och hade fått rådet att inte betala några skatter hade han urskuldat sig. T hade också förhandlat med KFM om en avbetalningsplan samt räknat med att hans inledda ackordsförhandlingar skulle bära frukt.

Vem som är företrädare definieras inte heller i lagtexten även om det föreslogs av den utredning som ledde fram till dagens bestämmelser.⁶⁷ Enligt praxis finns det dock vissa riktlinjer i frågan. För det första anses styrelseledamöter och VD som huvudregel omfattas.⁶⁸ Vidare kan även aktieägare med stort inflytande omfattas även om hen inte har varit styrelseledamot eller VD.⁶⁹ Det som dock skiljer sig mellan ABL:s regler och SFL:s är att det inte är de formella befattningarna som uteslutande avgör ansvaret, även om HD fäster stor vikt vid detta.⁷⁰ Det centrala är alltså huruvida personen har ett bestämmande inflytande eller ett betydande intresse i bolaget.

Även om det finns ett personligt betalningsansvar kan företrädaren befrias från detta ansvar om särskilda skäl föreligger (59 kap. 15 § SFL). Genom praxis har sådana särskilda skäl ansetts föreligga om:

”...det innan skatten skulle ha betalats har vidtagits sådana åtgärder som krävs för att få till stånd en samlad avveckling av den juridiska personens skulder med hänsyn till samtliga borgenärens intressen.”⁷¹

Detta ska dock vara undantagsfall vilket slogs fast i pilotfallen NJA 1971 s. 296 I-III.⁷² Sammantaget kan konstateras att företrädaren blir

⁶⁵ SOU 2002:8 s. 61, Löfgren, Kent, *Personligt ansvar vid likvidationsplikt, värdeöverföringar, företrädaransvar samt skattefrågor vid obestånd*, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012, s. 103-104.

⁶⁶ Prop. 2002/03:128 s. 25.

⁶⁷ Prop. 2002/03:128 s. 24.

⁶⁸ NJA 1971 s. 296 I; NJA 1973 s. 544; NJA 1975 s. 480.

⁶⁹ NJA 1979 s. 555.

⁷⁰ Se t.ex. NJA 1974 s. 297 där HD uttalar att ”Den som åtager sig uppdrag att vara ledamot av aktiebolags styrelse kan icke till frihet från att fullgöra de förpliktelser som eljest följer med sådant ledamotskap åberopa enbart att styrelseuppdraget varit av endast ”formell” natur eller att han ej förstått innebörden av uppdraget”

⁷¹ RÅ 2007 ref. 48.

⁷² NJA 1971 s. 296 I: En stor order som gick om intet var ej särskilda skäl; II: Företrädarens nuvarande ekonomiska nödtorftighet ansågs inte vara särskilda skäl; III: Företrädarna hade i god tro drivit verksamheten vidare och detta ansågs vara särskilda skäl och

betalningsskyldig om denne inte gjort vad som kan förväntas av en ansvarstagande företagsledare.

3.2.4 Straffrättsliga regler

Vid sidan av de civilrättsliga och offentlighetsrättsliga reglerna finns också ett par straffrättsliga bestämmelser som är relevanta för en presumtiv konkursgäldenär. Dessa regler finner vi i 11 kap. brottsbalken under rubriken ”Om brott mot borgenärer m.m.”. Med ledning av detta förstår vi att även om återvinningsreglerna också är till för att skydda borgenärerna och dessa förstärks av en straffrättslig reglering är brottsbalkens bestämmelser bara inriktade på gäldenärens handlande medan återvinningsreglerna lika mycket är till för att stoppa gäldenärens medkontrahent från otillbörligt handlande.⁷³ Med den distinktionen i minneska de för det här arbetets relevanta regler presenteras. De rena borgenärsbrotten är

- oredlighet mot borgenärer (11 kap. 1 § BrB)
- försvarande av konkurs eller exekutivt förfarande (11 kap. 2 § BrB)
- vårdslöshet mot borgenärer (11 kap. 3 § BrB) samt
- otillbörligt gynnande av borgenär (11 kap. 4 § BrB).

Borgenärsbrotten kriminaliserar handlingar som i vanliga fall inte är straffbelagda men blir det i en obeståndssituation. Alla brotten kan begås före en konkurs vid obestånd eller fara för obestånd, medan det bara är de två förstnämnda som kan begås i konkurs eller när konkurs är nära förestående.⁷⁴

Det var vid vilken tidpunkt som brotten kan begås. Om man istället studerar vilka subjekt som är ansvariga är det fysiska personer som är gäldenärer, men också fysiska personer som handlar för en juridisk persons räkning. Detta innebär inte bara att behöriga ställföreträdare för juridiska personer kan bli ansvariga utan också de som i annat fall handlar för en juridisk persons räkning (11 kap. 7 § BrB).⁷⁵ För att ansvar ska kunna utdömas enligt 11 kap. 1 och 4 §§ BrB, som är uppsåtlighetsbrott, krävs att det är just ställföreträdaren som utför själva dispositionen. När det gäller 11 kap. 3 § BrB, där det räcker med culpöst handlande krävs samma sak, alltså att ställföreträdaren själv är den som fortsätter driva en rörelse vidare trots obestånd.⁷⁶ I lagtexten anges att det är ”den som...” företar en viss handling

betalningsskyldigheten jämkades; NJA 1972 s. 115 I: De anställdas brist på möjlighet till försörjning på annat håll var inte särskilda skäl; II: Inte heller riskfyllda affärer minskad efterfrågan av en vara på grund av yttre förhållanden ansågs vara särskilda skäl.

⁷³ Lennander s. 39.

⁷⁴ Dahlqvist, Anna-Lena & Holmqvist, Rolf, *Brotten i näringsverksamhet*, 2 uppl., Norstedts, Stockholm, 2010 (cit. Dahlqvist & Holmqvist) s. 90.

⁷⁵ Karlsson-Tuula, Marie, *Ekonomisk brottslighet vid företagsrekonstruktion och konkurs*, Jure, Stockholm, 2011, (cit. Karlsson-Tuula) s. 137.

⁷⁶ Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole, Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken: en kommentar*, Norstedts, Stockholm, 2012, (cit. Holmqvist m.fl.) BrB 11 kap. s. 6.

som ska dömas till ansvar. Detta eftersom även latent skulder ska kunna medräknas. Latenta skulder är skulder som inte har uppkommit än men det går att förutse att de uppkommer. Typiska latent skulder är skatter och avgifter. Av pedagogiska skäl kommer den eventuelle brottslingen att benämnas som ”gäldenär”⁷⁷

Eftersom den här uppsatsen tar sikte på gäldenärens handlande innan konkurs ligger mest fokus på brotten *oredlighet mot borgenärer*, *vårdslöshet mot borgenärer* och *otillbörligt gynnande av borgenär*.

11 kap.1 § är uppbyggt av tre rekvisit: Det ska röra sig om ett *avhändande*, egendomen ska uppgå till *betydande värde* och gäldenären ska vara på *obestånd* eller att *påtaglig fara för obestånd* är för handen. Avhändandet kan som nämns i paragrafen innebära att egendomen förstörs eller ges bort, men också andra typer av avhändande kan vara aktuella. Relevanta exempel är avstående av gåvor och arv, försäljningar till underpris eller olika typer av olovliga vinstutdelningar. Det är viktigt att poängtera att dåliga investeringar eller riskfyllda affärer utom i mycket speciella fall inte är att anse som avhändanden. Detta slogs fast i NJA 2008 s. 848.

Fallet var ett resningsärende där P.M. av hovrätten hade dömts för grov oredlighet mot borgenärer därför att han för några fastighetsbolags räkning hade investerat egendom för ett hotellprojekt i Lettland. Dokumentationen kring transaktionerna var bristfälliga och hovrätten kom fram till att P.M. hade gett sig in på ett projekt som hade alltför små chanser att bli lyckosamt. Hovrätten ansåg att detta ”äventyrliga företag” var att jämföra med ett avhändande. Högsta domstolen rev upp domen och återförvisade ärendet till hovrätten på grund av att den hade gjort en för extensiv tolkning av avhändande:

”Särskilt mot bakgrund av förbudet mot analogisk tillämpning av straffbestämmelser i 1 kap. 1 § BrB finns det inte rättsligt stöd för att betrakta riskfyllda affärstransaktioner som omfattade av den aktuella straffbestämmelsen just på den grunden att de är riskfyllda ens vid höggradigt risktagande”

Fallet visar att det inte är fråga om avhändande när det finns en teoretisk chans till nytta för affärerna.⁷⁸

Förutom att egendomen ska ha avhånts ska den också uppgå till ett betydande värde. Värdet räknas i absoluta tal, men det ska tas hänsyn till gäldenärens ekonomiska förhållanden i relation till hur avhändandet skett. Om det är fråga om ett så kallat rent avhändande, till exempel genom gåva, menar departementschefen i förarbetena till dagens bestämmelser att tre fjärdedelars basbelopp är en utgångspunkt. Detta har sedan höjts till ett basbelopp (vilket för 2013 uppgår till 44 500 SEK).⁷⁹

⁷⁷ Prop. 1985/86 s. 27-32.

⁷⁸ P.M. fälldes sedan i hovrätten i alla fall eftersom åklagaren lyckades påvisa att ett avhändande likväl hade skett, se Svea hovrätt i mål 6884/08, dom 2009-07-17.

⁷⁹ Prop. 1985/86:30 s. 42; Dahlqvist & Holmquist s. 112.

Obeståndskravet motsvarar vad som räknas som obestånd i konkursrättens mening. Om det föreligger fara för obestånd får utvärderas i det enskilda fallet. Det är dock inte tillräckligt med en viss instabilitet eller att konjunkturen viker och liknande allmän negativ påverkan på gäldenärens ekonomiska status.⁸⁰

11 kap. 1 § BrB är ett uppsåtlighetsbrott vilket betyder att gäldenären måste ha uppsåt till samtliga rekvisit. Det innebär att gäldenären måste ha insikt i sin ekonomiska status. Om hen inte vet om att vissa skulder existerar eller att hen är på obestånd kan således gäldenären inte dömas till ansvar för brott. Det är bland annat i ett sådant fall som 11 kap. 3 § BrB blir relevant.⁸¹

När det gäller *vårdslöshet mot borgenärer* återkommer vissa likheter, men det finns också skillnader. Nämnade brott innefattar tre objektiva rekvisit: *Handlingsrekvisitet*, *tidsrekvisitet* och *effektrekvisitet*. *Tidsrekvisitet* tar sikte på att *handlingen* måste ha ägt rum när gäldenären (eller en person i hans ställe) "...är på obestånd eller när påtaglig fara föreligger för att han skall komma på obestånd...". Detta innefattar också tillfällena när gäldenären antingen var på obestånd eller påtaglig fara förelåg för att hen skulle hamna på obestånd men inte insåg detta men hade skälig anledning att anta detta. *Handlingsrekvisitet* innebär att gäldenären avhänder sig egendom, eller som det uttrycks i paragrafen: "...fortsätter rörelse under förbrukande av avsevärda medel utan motsvarande nytta för rörelsen eller lever slösaktigt eller inlåter sig på äventyrligt företag eller lättsinnig ansvarsförbindelse eller vidtar annan sådan åtgärd...". Utöver detta måste det finnas ett kausalsamband mellan *handlingen* och *effekten*: "och därigenom [...] försämrar sin förmögenhetsställning i avsevärd mån". För ansvar krävs också att gärningarna har skett uppsåtligt eller av grov oaktsamhet.⁸²

Tidsrekvisitet innebär att brottet kan innefatta en rad olika handlingar under en längre tid, men inte innan det förelåg en betydande fara för obestånd. Det ligger i sakens natur att ett *fortsättande av rörelse* eller ett *slösaktigt levnadssätt* inte sker över en dag, rättare sagt *måste* det vara fråga om en längre tidsperiod för att anses som brottsligt.⁸³ När det gäller *äventyrligt företag* och *lättsinnig förbindelse* är det viktigt att poängtera att det inte är fråga om någon kriminalisering av dåliga affärer eller riskfyllda projekt i allmänhet. Lika fullt som för de två första situationerna måste det i vart fall föreläggas en påtaglig fara för obestånd.⁸⁴ Utöver de exempel som ges i paragrafen är såklart rena avhändanden, så som att förstöra eller ge bort egendom, också handlingar som är straffbara men då torde dessa handlingar istället hamna under 11 kap. 1 § BrB istället. Vårdslöshetsbestämmelsen är således subsidiär till oredlighetsbrottet.⁸⁵

Som påpekats krävs också att det sker en avsevärd försämring av gäldenärens förmögenhetsställning. Detta ska göras på grundval av

⁸⁰ Prop. 1985/86:30 s. 41-42.

⁸¹ Holmqvist m.fl. BrB 11:1 s. 9.

⁸² Karlsson-Tuula s. 186-188.

⁸³ Holmqvist m.fl. BrB 11:3 s. 2.

⁸⁴ Holmqvist m.fl. BrB 11:3 s. 2-3; prop. 1985/86:30 s. 25.

⁸⁵ Holmqvist m.fl. BrB 11:3 s. 4; prop. 1985/86:30 s. 44.

företagsekonomiska principer i det enskilda fallet. Det finns alltså varken någon absolut eller relativ gräns, inte ens som riktmärke likt det basbelopp i 11 kap. 1 § BrB. I förarbetena framförs däremot att det troligtvis ska röra sig om mer omfattande belopp för att ansvar för vårdslöshetsfallet ska vara för handen.⁸⁶

11 kap. 3 § BrB har ett såkallat blandat subjektivt rekvisit. Gälldenären måste ha haft uppsåt när det gäller själva handlingen, alltså uppsåtliga drivit rörelsen vidare eller uppsåtliga förbrukat medel. Däremot räcker det med att gälldenären är oaktsam i förhållande till förmörghetsförsämringen, likaså obeståndet där det i lagtexten står att det räcker att gälldenären hade ”skälig anledning att anta”.⁸⁷

Straffbudet *otillbörligt gynnande av borgenär* (11 kap. 4 § BrB) tar sikte på sådana handlingar som i och för sig är rättsenliga men som om de genomförs riskerar att kränka en annan borgenärs rätt. Tanken med denna kriminalisering är att ge stadga åt förmånsrättslagen (1970:979). Betalningar som inte rubbar förmånsrättslagens ordning är alltså inte brottsliga eftersom de ej innebär att någon borgenärs rätt förringas. Skillnaden mellan de två tidigare beskrivna brotten och *otillbörligt gynnande av borgenär* är att det för det för det sistnämnda krävs obestånd vid själv handlingen. Utöver obeståndsrekvisitet ska också åtminstone en borgenär ha blivit gynnad och att detta inneburit en påtaglig fara för att annan borgenärs rätt förringas avsevärt.⁸⁸

Gynnandet kan ske antingen genom *betalning i förtid, betalning med annat än sedvanliga medel* eller *överlämnande av säkerhet*. Den noggranne uppmärksammar här att en skuld som är förfallen till betalning och betalas med sedvanliga betalningsmedel alltså i princip är tillåten. Därför finns i andra meningen samma paragraf även en kriminalisering av sådana transaktioner om de sker i ett *otillbörligt syfte*. Även här ser vi att den urgamla principen om *par conditio creditorum* slår igenom. 11 kap. 4 § BrB är således en spegling av bestämmelserna i 4 kap. 10, 12 §§ KL när det gäller första meningen och 4 kap. 5 § KL vad gäller andra meningen.⁸⁹

Utöver den allmänna straffrättsens bestämmelser om gälldenären finns även på specialstraffrätten regler som förvisso inte träffar gälldenärer, men likväl dess ställföreträdare, nämligen 30 kap. ABL. I 30 kap. 1 § stadgas att den som bryter mot låneförbudet i 21 kap. 1-2 §§ ABL kan dömas till fängelse i högst ett år. Detta för att ytterligare stärka förbudet mot att låna ut bolagets pengar till närstående. Denna bestämmelse är till för att bevara bolagets soliditet. För överträdelse av ABL har dock andra sanktionsmöjligheter i så stor utsträckning som möjligt använts, se avsnitt 3.2.1.⁹⁰

⁸⁶ Prop. 1985/86:30 s. 37.

⁸⁷ Holmqvist m.fl. BrB 11:3 s. 4-5; Löfmarck, Madeleine, *Uppsåt, culpa och villfarelse vid gälldenärsbrotten* i Festskrift till Hans Thornstedt, Norstedts, Stockholm, 1983, s. 506.

⁸⁸ Holmqvist m.fl. BrB 11:4 s. 1.

⁸⁹ Karlsson-Tuula s. 193-195.

⁹⁰ Anderson, Sten, Johansson, Svante, Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen: en kommentar*, Norstedts, Stockholm, 2012, s. 30:5; Dahlgvist & Holmquist s. 229-230; Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, Norstedts, Stockholm, 4 uppl., 2012, s. 327, 409.

3.3 Gynnande regler för gäldenärer

Som presenterats ovan finns en rad regler som är till för att kontrollera gäldenärens eller deras företrädares beteende på olika sätt. Det kan vara allt från att se till att det finns soliditet i bolaget till att vissa transaktioner inte är tillåtna. Effekten lagstiftningen vill uppnå är, som konstaterats, likhet mellan borgenärer och att dessa till syvende og sidst ska få betalt, i vart fall lite grann. Lagstiftningen vill avhålla gäldenärer från att åta sig förpliktelser som de ej kan uppfylla. Det innebär givetvis att vi måste ställa oss frågan om det finns några regler som, om inte uppmuntrar, i vart fall inte avhåller en gäldenär från att försätta sig i konkurs.

I november 2011 kom en rapport från SAMEB (Samverkan mellan Myndigheter mot Ekonomisk Brottlighet) gällande missbruk av statlig lönegaranti. Det hade uppdragats att det var långt ifrån ovanligt att företag gick i konkurs för att kunna utnyttja lönegarantin på olika vis.⁹¹

Låt oss först titta på hur lönegarantilagen (1992:497) är uppbyggd. Lönegarantilagen syftar till att skydda arbetstagare från att stå utan utdelning i en konkurs.⁹² Rätten till lönegaranti är knuten till om arbetstagaren över huvud taget har betalningsrätt i konkursen. Betalningsrätt har den som har en lönefordran som inte uppenbart överstiger vad som är skäligt i förhållande till "...gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt" (5 kap. 2 § KL). Finns betalningsrätt går man så vidare till att konstatera om arbetstagaren har förmånsrätt enligt 12-13 §§ förmånsrättslagen (1970:797). Förmånsrätt enligt dessa paragrafer finns för lönefordran som intjänats tre månader innan konkursansökan lämnades in och för tiden mellan konkursansökan och beslut samt en månad efter konkursbeslutet (12 § FRL). Om bägge dessa lagrum är uppfyllda är huvudförutsättningarna för rätt till lönegaranti för handen (7 § LGL).⁹³ Undantagen från denna rätt är fyra till antalet. Den första är att överlåtna lönefordringar inte ger rätt till utbetalning, man ska alltså inte kunna sälja sin lönefordran (5 § LGL). Dessutom lämnas inte lönegaranti för längre tid än åtta månader och ej heller till den del fordran överstiger fyra prisbasbelopp (178 000 SEK) (9 § LGL). Det fjärde undantaget kan tyckas vara naturligt, nämligen att ingen ersättning betalas ut vid missbruk av lönegarantin (9 b § LGL). För att denna regel ska tillämpas krävs inte något bevis för något otillbörligt förfarande, det räcker med att det finns en anledning att anta detta.

Förfarandet går till så att, vid konkurser utan bevakningsförfarande, konkursförvaltaren beslutar om lönegaranti ska utgå eller inte (16 § LGL). Om konkursen fortgår med bevakningsförfarande är det istället länsstyrelsen

⁹¹ SAMEB, *Missbruk av statlig lönegaranti*, slutlig rapport 2011-11-30, (cit. SAMEB) s. 4 (<http://www.kronofogden.se/download/18.e395c37136463f439680005293/SAMEB+Missbruk+av+statlig+lönegaranti++Slutrapport+2011-11-30.pdf>)

⁹² Walin, Gösta & Gregow, Torke, *Förmånsrättslagen, lönegarantilagen m.m.: en kommentar*, 6 uppl., Norstedts, Stockholm, 2010, s. 141

⁹³ Danhard, Erik, *Konkursarbetsrätt: om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion*, 4 uppl., Åhnberg, Uppsala, 2009, s. 286.

som beslutar om garantin (11 § LGL). I båda fallen betalar länsstyrelsen ut lönegarantin (22 § LGL). Detta är själva förutsättningarna och förfarandet för lönegaranti och eftersom det finns relativt stora pengar i omlopp finns det, som redan nämnts, en benägenhet hos mindre nogräknade företagare att utnyttja detta sociala skyddsnet på ett sätt som inte var tänkt.

I och med att beslut om och utbetalning av lönegaranti ska ske skyndsamt innebär det att en noggrann kontroll är svår att upprätthålla. Problemet med bedrägerier med statlig lönegaranti har dock uppmärksammats på senare år.⁹⁴ Missbruket kan ske genom ett par olika tillvägagångssätt. I vissa fall används bolag som redan är på ruinens brant och inblandade personer gör det bästa av situationen genom att anmäla fler anställda än som finns. I andra fall ser enskilda firmor till att ”anställa” varandra och sedan få lönegaranti när de sätter sina egna firmor i konkurs. Det har också funnits exempel där förfalskade beslut om lönegaranti har skickats in till länsstyrelsen eller till och med förfalskade konkurser med en påhittad konkursförvaltare. Typfallet går dock till som följer: Ett par huvudmän köper upp ett bolag med legitim verksamhet, i verksamheten begår de olika typer av ekonomisk brottslighet samt sätter upp släkt och vänner på anställningslistor. Dessutom kapas ett antal identiteter vars personnummer används för att ”anställa” dem. När bolaget är ”tömt” och sätts i konkurs begär släkt och vännerna ut pengar från lönegarantin och huvudmännen använder de kapade identiteterna för att få mer pengar. Därefter skickar huvudmännen ett par män med farligt utseende och kräver personerna med kapade identiteter på de pengar som betalats ut från länsstyrelsen.⁹⁵ Bedrägerierna verkar också vara relativt omfattande, enligt RUBICON är det omkring 3-5 procent av all lönegaranti som utbetalas.⁹⁶ Enligt SAMEB är det än mer omfattande, 7-10 procent. Detta skulle innebära att mellan 150 och 200 miljoner kronor felaktigt betalas ut varje år.⁹⁷

För att missbruka lönegarantin krävs alltså någon form av organiserad vilja till att utnyttja systemet, men konkursen har också andra gynnande konsekvenser, i vart fall för vissa konkursgäldenärer, de juridiska personerna. När ett aktiebolag har gått igenom en konkurs och utdelningsbeslutet har fastställts upplöses bolaget och upphör att existera (25 kap. 50 § ABL). Om ingen av de betalningsskyldigheter som redovisas under avsnitt 3.2.1. och 3.2.2. är för handen går företrädarna fria från de skulder som bolaget har.

⁹⁴ Ekobrottsmyndigheten, *RUBICON 2011*, (<http://www.ekobrottsmyndigheten.se/Documents/Rubicon/Rubicon%20slutversion%20m%20bilagor.pdf>) (cit. RUBICON) s. 18-19. Se också fotnot 91.

⁹⁵ SAMEB s. 18-24.

⁹⁶ RUBICON s. 19.

⁹⁷ SAMEB s. 4.

4 Teorier om rättens påverkan på den enskildes beteende

4.1 Rättssociologins frågeställningar

I kapitel två och tre ovan beskrivs konkursgäldenärens roll i konkursen historiskt och det redogörs för den svenska rätten idag. Det krävs några former av teorier om hur rätten påverkar den enskilde för att kunna besvara det här arbetets tredje frågeställning:

- Vad kan lagstiftningen för konkursgäldenären inför en konkurs antas ha för betydelse för konkursgäldenärens beteende?

Detta görs med hjälp av ett par rättssociologiska teorier. Innan detta måste jag dock kategorisera de olika bestämmelserna i kapitel tre för att se vad de har för uppgifter. Men först ska presenteras vad *rättssociologin* har för uppgifter.

Enligt Mathiesen har rättssociologin tre huvudsakliga frågeställningar:

- ”1. I vilken utsträckning, och i så fall hur, påverkar samhällsförhållandena i övrigt rättsregler, rättsliga avgöranden och rättsinstitutioner?
2. I vilken utsträckning, och i så fall hur, påverkar rättsregler, rättsliga avgöranden och rättsinstitutioner andra samhällsförhållanden?
3. I vilken utsträckning existerar det en växelverkan mellan rättsregler/rättsliga avgöranden/rättsinstitutioner och samhällsförhållandena i övrigt?”⁹⁸

Den som drar sig till minnes min tredje frågeställning finner snabbt att det är relevant att lägga störst fokus på Mathiesens andra frågeställning. Rätten blir med andra ord utgångspunkten för analysen.

4.2 Rättens uppgifter

4.2.1 Allmänt

För att se vad de bestämmelser som jag presenterat ovan har för karaktär och fyller för uppgifter använder jag Auberts fem kategorier. Dels därför att Aubert är en auktoritet på området, dels därför att han har fem tydliga kategorier vilket bidrar till en pedagogisk genomgång. Rättens uppgift är:

⁹⁸ Mathiesen, Thomas, *Rätten i samhället: en introduktion till rättssociologin*, Studentlitteratur, Lund, 2005, (cit. Mathiesen) s. 23.

1. att styra beteendet hos samhällsmedborgarna.
2. att fördela för- och nackdelar mellan desamma.
3. att säkerställa förväntningar.
4. att ge möjlighet till att konflikter kan lösas.
5. att kommunicera värden och ideal.⁹⁹

Aubert menar vidare att det inte kategoriskt går att etikettera en bestämmelses uppgift utan bestämmelsers uppgifter går ofta i varandra på ett eller annat sätt. Att styra samhällsbeteendet görs med olika typer av sanktioner, antingen positiva eller negativa. Den typiska negativa sanktionen är straff av olika slag, men det kan också vara avgifter, ogiltigheter eller konfiskering. De positiva är ofta olika typer av ekonomiska ersättningar. De här sanktionerna är alltså till för att styra individens beteende, att få dem att vidta vissa handlingar och att avhålla sig från andra.¹⁰⁰

Fördelning av fördelar sker typiskt sett genom socialförsäkringsystemet, ett system uppbyggt av olika typer av bidrag och liknande. Nackdelarna å andra sidan disponeras genom skatter och avgifter. Det är emellertid svårt att dra en gräns mellan till exempel progressiva skatters verkan att fördela och den avhållande effekt dessa skatter har för den som vill arbeta mer.¹⁰¹

Rättens uppgift att säkerställa förväntningar innebär att rätten ska reglera förhållandet mellan samhällsmedborgarna och allra viktigast relationen mellan den enskilde och det offentliga. Det brukar inom juridisk doktrin beskrivas som *förutsebarhet*. Förutsebarheten går också samman med konfliktlösandet, eller rättare sagt att konflikter kan förebyggas genom att två parter redan från början kan se effekten av deras handlande. Den här uppgiften är främst viktig på privaträttens område där det inte finns en plan för individens handlande på samma sätt som på den offentliga rättens område.¹⁰²

Vad gäller konfliktlösningen är det lätt att tro att denna sköts genom tillhandahållandet av domstolar, men så är emellertid inte fallet. Aubert menar att domstolarna har en underordnad roll när människor ska lösa sina konflikter. Konflikterna löses istället främst på informella sätt och domstolarna har funktionen att vara en del av rättens roll som styrmedel.¹⁰³

Att kommunicera värden och ideal innebär att det inte finns något särskilt handlingsreglerande i bestämmelsen. Det kan ske genom portalparagrafer i viktiga lagar som till exempel regeringsformen (1974:152) 1 kap. 2 § eller

⁹⁹ Aubert 1980 s. 55-56.

¹⁰⁰ Aubert 1980 s. 56.

¹⁰¹ Aubert 1980 s. 56-57.

¹⁰² Aubert 1980 s. 57; se också Luhmann som anser att denna uppgift är den viktigaste för rätten, så central att alla andra uppgifter ska underordnas säkerställandet av förväntningar, Luhmann, Niklas, *Law as a social system*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 147-148.

¹⁰³ Aubert 1980 s. 57-58.

miljöbalken (1998:808) 1 kap. 1 § som uttrycker de centrala värdegrunder som makten ska utövas på och hur lagar ska tolkas.¹⁰⁴

4.2.2 Förmögenhetsrättens uppgifter

Eftersom den här uppsatsen behandlar ett förmögenhetsrättsligt område är det relevant att klargöra vad förmögenhetsrätten har för uppgift. Enligt Hydén är förmögenhetsrättens uppgift att ge ett ramverk för aktörerna på marknaden att verka efter, alltså bistå med en spelplan för ekonomin. Spelplanen ska utgöras av regler och principer som de inblandade parterna ömsesidigt är överens om. Dessa principer behöver inte nödvändigtvis utgöras av rättsregler utan kan vara av informell karaktär. Rättsreglerna ska emellertid bistå parterna med ett konfliktlösningssystem i de fall en dispyt uppstår. Detta korrelerar alltså med uppgifterna tre och fyra nämnda under avsnitt 4.2.1: Att säkerställa förväntningar och att ge möjlighet till att konflikter kan lösas.

Vidare är det enligt Hydén också rättens uppgift att tillgodose att statsmakten kan hjälpa enskilda att få igenom sina krav där motparten inte betalar frivilligt, detta för att upprätthålla den ekonomiska ordningen. Förmögenhetsrätten kan närmast beskrivas som ett batteri av verktyg och redskap för att det ekonomiska livet ska kunna frodas, till exempel tillhandahållandet av den juridiska personen som är en av de mest centrala delarna för den moderna ekonomin.¹⁰⁵

Hydén menar dock att förmögenhetsrätten har förändrats under 1900-talet från att ha haft de ovan beskrivna uppgifterna till att mer verka fördelningsmässigt (punkt två). Alltså har rätten från att bara ha tillhandahållit verktygen nu även bifogat en bruksanvisning. Hydén kallar detta för statlig intervention. Ekonomin skapar vissa negativa effekter som måste motverkas eller i vart fall kontrolleras, till exempel miljöförstöring. I andra fall får ekonomin inte den effekt som önskas och incitament måste då skapas för att få den önskade effekten, till exempel subventionerad kollektivtrafik. Det som särskiljer förmögenhetsrättens statliga intervention är att den inte utgörs av handlingsnormer (påbud och förbud) utan bestämmelserna har istället karaktär av skälighetsbedömningar.¹⁰⁶

4.2.3 Straffrättens uppgifter

Straffrätten utgörs av förbud, förbud för handlingar som är inte är önskvärda från samhällets sida. Det är alltså fråga om något som vid första anblick ser ut att falla helt inom punkt ett ovan, att styra samhällsmedborgarnas handlingar. Sarnecki menar dock att straffrätten har fler funktioner än att bara påverka individers handlingar. Kriminalisering av handlingar är också ett sätt för staten att uttrycka makt. Vidare är det också ett sätt att förmedla

¹⁰⁴ Aubert 1980 s. 14.

¹⁰⁵ Hydén s. 85-88.

¹⁰⁶ Hydén s. 90-92.

olika värden och vad som är moraliskt förkastligt.¹⁰⁷ Thornstedt har en liknande uppfattning och menar att straffrättens syften är tvådelad. Dels ska den genom kriminaliseringen skydda enskildas rätt till liv och hälsa, dels ska den tillvarata politiska, ekonomiska och sociala intressen samt samhällets bestånd.¹⁰⁸ Straffrättens uppgift är med andra ord främst att påverka de enskildas beteende, men kan också innefatta andra uppgifter. Straffrättens uppgifter flyter mycket samman med vilken verkan den tros ha, allmänpreventivt, individualpreventivt m.m. Detta kommer att beskrivas mer ingående under avsnitt 4.3.

4.3 Rättens effekter

4.3.1 Lagstiftningsoptimism

Det finns flera generella teorier kring hur rätten påverkar samhällsmedborgarna. En av dem är lagstiftningsoptimismen, även kallad ”strömbrytareffekten”. Utgångspunkten i denna teori är att lagstiftningen har en direkt effekt på beteendet hos individer i samhället. Lagstiftningen är alltså ett instrument som samhället kan förändras med. Om lagen föreskriver ett visst handlande och sedan ger samhällsmedborgaren ett motiv till att följa handlingsbeskrivningen kommer handlandet också att ske på föreskrivet sätt.¹⁰⁹ Lagstiftningsoptimism får den effekten att mängden lagar som stiftas ökar. Kritik har framförts mot lagstiftningsoptimismen eftersom det är svårt att bevisa att det är förändringar i lagstiftningen som har en omedelbar effekt på samhällsmedborgarnas handlingsmönster när det kan bero på andra saker vid sidan av lagstiftningen. Aubert menar att det finns en stor enighet bland rättssociologer att rätten främst bevarar och inte reformerar.¹¹⁰ Vidare menar Aubert att lagstiftningen ibland används för att ge sken av att en reform har gjorts trots att ingenting i realiteten har förändrats.¹¹¹

Som en förlängning av lagstiftningsoptimismen finns den inom straffrätten väl vedertagna principen om straffets allmänpreventiva verkan. Allmänpreventionsteorin brukar delas upp i två delar, direkt och indirekt allmänprevention. Den direkta varianten innebär att själva lagstiftningen som sådan verkar avskräckande. Detta kräver att den potentielle brottslingen förväntas handla helt rationellt. Alltså att brottslingen väger fördelarna

¹⁰⁷ Sarnecki, Jerzy, *Introduktion till kriminologi*, Studentlitteratur, Lund, 2003, (cit. Sarnecki) s. 358-360.

¹⁰⁸ Thornstedt, Hans, *Kriminalisering och avkriminalisering* i Festskrift till Ivar Agge, Norstedts, Stockholm, 1970, s. 379-380.

¹⁰⁹ Aubert 1980 s. 108-109; Mathiesen s. 158-159; Eckhoff, Torstein, *Statens styrings muligheter: särskilt i resurs- og miljøspørsmål*, Tanum-Norli, Oslo, 1983, s. 35. Ett vanligt synsätt hos jurister, se t.ex. Olivecrona, Karl, *Rättsordningen: idéer och fakta*, Gleerup, Lund, 1966, s. 113-116. Olivecrona menar förvisso att det kan vara komplicerat att uttrycka detta handlingsmönster och bistå med ett motiv, men att detta främst är komplicerat för domaren i en eventuell rättegång.

¹¹⁰ Vilket kan tolkas som en stark indikation på att rättssociologins själva väsen innehåller en klart uttrycklig kritik av relationen mellan rätt och samhälle.

¹¹¹ Aubert 1980 s. 109.

(socialt, känslomässigt eller ekonomiskt) mot nackdelarna (ett potentiellt straff) och i slutändan väljer att inte begå brottet på grund av de negativa konsekvenserna. Det finns belägg för att det existerar en direkt allmänpreventiv effekt av straffstadganden men det krävs att gärningsmannen vet om att handlingen är straffbelagd, att upptäcktsrisken är tillräckligt stor samt att straffet är tillräckligt strängt. Uppfattningen om upptäcktsrisken varierar starkt mellan olika människor. Brottbelastade personer uppfattar den som klart mindre (och närmare den faktiska upptäcktsrisken) än personer utan brottsbakgrund. Även respekten för straffet är mindre hos brottbelastade än hos den skötsamma delen av befolkningen vilket innebär att den direkta allmänna preventiva verkan som straffet har påverkar de som har en låg tendens att begå brott mer än de som ligger i riskzonen.¹¹²

Den indirekta sidan av allmänpreventionens verkan innebär att den påverkar människors perception av vad som är moraliskt riktigt. Kriminaliseringen bygger alltså upp en social press, en form av gruppptryck, som avhåller en potentiell brottsling från att begå brott. Detta är en tydlig förlängning av lagstiftningsoptimismen, att samhällsmedborgarnas inställning till vad som är acceptabelt och inte kan regleras genom lagstiftning.¹¹³ Andenæs vill dessutom tillägga en tredje kategori, att lagen verkar vanebildande och tar exempel från militären där instruktioner upprepas tillräckligt ofta för att soldaten varken behöver tänka eller känna för att utföra en viss handling.¹¹⁴

4.3.2 Lagstiftningspessimism

Om lagstiftningsoptimismen innebär en stark tilltro till lagstiftning som normskapande och reformerande finns det många teorier som är klart mer reserverade. Ett exempel är den marxistiska rättssociologiska forskningen som menar att rätten är till för att konservera redan existerande strukturer. Rätten är alltså inte till för att förändra utan, på sin höjd, till för att reagera på materiella förändringar i samhället. Det är inte bara inom marxistisk teori som denna skeptiska syn är förhärskande. Många konservativa rättssociologer menar samma sak, vilket inte ska tolkas som att samhällsåskådningarna i sig menar samma sak.¹¹⁵ Att diskutera dessa pessimistiska teorier har mer bäring vid besvarandet av Mathiesens första frågeställning, nämligen hur samhället påverkar rätten. Av detta skäl utvecklas detta inte närmare i det här sammanhanget.

4.3.3 Blandad syn

Även om de två ytterligheterna beskrivna ovan går att argumentera för finns det helt klart fler förespråkare för något som närmast kan kallas en *blandad syn*, ett begrepp myntat av Aubert. Mathiesen ansluter sig till detta

¹¹² Samecki s. 361-367.

¹¹³ Samecki s. 361-362.

¹¹⁴ Andenæs, Johannes Bratt, *Straff og lovlydighet*, 2 uppl., Universitetsforlaget, Oslo, 1975, s. 11-12.

¹¹⁵ Aubert 1980 s. 106-108.

balanserade förhållningssätt. Han menar att även om det finns starka idealistiska idéer försvagas dessa från idé fram till lagstiftning. Detta sker på fyra olika sätt. För det första är planer på reformer som radikalt ska förändra samhället redan från början är *beskurna* för att passa in. Effekten blir då inte lika genomgripande. För det andra blir sådana lagförslag *avskalade* under lagstiftningsprocessen. När förslaget har gått igenom utredningar, departement, utskott och riksdag är det bara stommen kvar och genomslagskraften minskad. För det tredje *avskärmas* vissa grupper från lagstiftningsprocessen. De som stiftat tidigare lagar är desamma som remitteras under beslutsprocessen varför vissa viktiga synpunkter inte kommer med i utredningen. För det fjärde kommer *alternativa* lagreformer som följer den radikala förändringen som ägde rum först. Dessa alternativa lagar neutraliserar de radikala förändringarna.¹¹⁶

Detta visar på att idéer blir utsatta för distorsion redan innan en lag stiftas. Samma sak gäller givetvis från det att en lag blir antagen fram till själva handlingsmönstret. Det finns således, enligt den blandade synen, en skillnad mellan en lags *åsyftade verkan* och dess *faktiska verkan*. Detta kan också uttryckas som att lagen har *manifesta* verkningar och *latenta* verkningar. De manifesta verkningarna är de som uttrycks i antingen lagen eller i dess förarbeten. Rättens latent verkningar är andra typer av verkningar som lagen får som inte har förutsetts eller i vart fall inte åsyftats. Mathiesen tar som exempel att fängelsestraffet har som åsyftad verkan att återanpassa fången till samhället. Den faktiska verkan blir istället en isolering och stigmatisering av fångar som motverkar lagens syften.¹¹⁷

Inom straffrätten har relativt omfattande forskning bedrivits just gällande huruvida den effekt som önskats vid kriminaliseringen faktiskt får den genomslagskraft som var tänkt. Auberts blandade syn täcker också in straffrätten där han menar att termen ”allmänpreventiv verkan” ofta brukas slentrianmässigt. Aubert menar att större delen av den forskning som gjorts inte kan belägga att straff har en allmänpreventiv verkan men att den å andra sidan kan den inte heller kan förkastas.¹¹⁸ Anledningen till svårigheten med att hitta belägg för allmänpreventionens verkan eller brist därpå är att det inte går att särskilja vad som påverkas av de officiella normerna och vad som är en inverkan av de inofficiella, alltså socialt tryck eller andra moraliska påtryckningar. Aubert menar att allmänpreventionens verkan inte kan diskuteras på ett allmänt plan utan i sådana fall får användas i det enskilda fallet, till exempel när det gäller påföljdsval, längd på fängelsestraff och så vidare.¹¹⁹

Som nämnts har mycket forskning om rättens påverkan varit riktad mot det straffrättsliga området. En av lagarna beskrivna ovan får sägas vara en del av välfärdssystemet, nämligen lönegarantilagen. Därför måste ett par ord sägas om välfärdsrättens effekter på människors beteende. Välfärdslagar kan vara formulerade som målinriktade lagar, alltså att ett visst resultat ska

¹¹⁶ Mathiesen s. 158-162.

¹¹⁷ Mathiesen s. 68-70.

¹¹⁸ Aubert 1980 s. 110.

¹¹⁹ Aubert, Vilhelm, *Rettens sosiale funksjon*, Universitetsforlaget, Oslo, 1976, (cit Aubert 1976) s. 144-146.

uppnås, att en viss grupp ska tillförsäkras försörjning. I andra fall finns vissa mjuka kriterier som innefattar skönmässiga bedömningar hos beslutsfattaren. I ytterligare ett fall är kriterierna glasklara, till exempel om en person uppnått en viss ålder, har barn eller studerar. Aubert menar att när det gäller välfärdssystem som har kriterier som kan påverkas av bidragstagaren själv finns det en risk för bidragsfusk. Däremot påverkas benägenheten till bidragsfusk av vilka andra alternativ som finns. I en undersökning av *uførepensjon* (förtidspension) visade det sig att det var fler som ansökte om förtidspension och lyckades få det beviljat i de områden som hade sämre arbetsmarknad.¹²⁰

¹²⁰ Aubert 1976 s. 156-161

5 Konsekvenser av lagstiftningen för konkursgäldenären

5.1 Inledande kommentarer

Ovan beskrivs först den historiska utvecklingen för konkursinstitutet i allmänhet och lagstiftningen för konkursgäldenären i synnerhet. Därefter följer en genomgång av de idag gällande reglerna för konkursgäldenären. I kapitlet ovan beskriver jag sedan olika rättssociologiska teorier för dels lagstiftningens uppgifter, dels för lagstiftningens effekter. Det är nu dags för mig att göra den korsbefruktning jag talade om i inledningen, att applicera de rättssociologiska teorier jag skildrat på den lagstiftning som presenterats och på så vis försöka bidra till rättsvetenskapen.

5.2 Applicering av presenterade rättsregler efter dess syften

5.2.1 Historisk utveckling och internationella aspekter

För att jag kunna diskutera lagstiftningens effekter måste jag först göra en kategorisering av vad lagstiftningen har för syften och för uppgifter och vi börjar således med den historiska utvecklingen.

I den romerska rätten var konkursbestämmelserna knapphändiga men de som fanns tog sikte på gäldenärens förhållande till borgenärerna. Principen om *missio in bona* stadgade en betalningsbefrielse genom att borgenären fick panträtt i gäldenärens egendom. Detta är självklart främst en civilrättslig regel som kan anses uppfylla rättens uppgifter att säkerställa förväntningar och lösa konflikter. Det är alltså enligt Hydéns teorier ett sätt att ge medborgarna spelregler att leva efter och ett smörjmedel för ekonomin. Borgenären kunde få betalt och gäldenären kunde våga låna pengar. Vad som däremot är intressant är effekten om *missio in bona* eller *cessio bonorum* inte hade funnits. Alternativet var vid den tiden personalekution, vilket hade inneburit förslavande av gäldenären. I ljuset av detta framstår de romerska konkursreglerna mer som en skyddslagstiftning för gäldenärer. Det blir alltså mer en fråga om att fördela för- och nackdelar. När gäldenären utan egen förskyllan har kommit på obestånd är det borgenären som får stå för en viss del av förlusten. Detta gav också gäldenären ett incitament att inte förfara vårdslöst eftersom denne då förlorade möjligheten till skuldbefrielse.

Som nämnts hårdnade situationen för konkursgäldenären avsevärt under medeltiden. De tidigare reglerna om *cessio bonorum* fanns i vissa fall kvar, men i andra fall var reglerna helt klart straffrättsligt orienterade. Uppgiften för rätten var i det här fallet enligt min mening mer att påverka gäldenärerna att avhålla sig från överskuldssättning. En annan aspekt är att kyrkan fått ett större inflytande över lagstiftning och att detta påverkar synen på gäldenären. Rätten får således en uppgift att överföra moraliska värderingar på medborgarna, detta blir extra tydligt med tanke på de offentliga förnedringsmetoder som användes som straff.

När sedan konkursrätten utvecklades i två olika riktningar blev uppgifterna också olika därefter. Den italienskromerska riktningen torde enligt mig innebära en mer konfliktlösande funktion med sitt rapsodiska förfarande. Den tyska processorienterade konkursrätten tror jag mer hade som syfte att uppnå någon form av ”rättvisa”.

Om man istället studerar den svenska rätten före 1734 års lag påminner dennes uppgifter om den romerska. Regleringen var liknande, alltså knapphändig och tog sikte på att bistå gäldenären med att bli skuldfri. Att lagstiftningen inte var omfattande berodde såklart på att behovet inte fanns.¹²¹ Jag är också tveksam till den 1687 års kungliga förklarings effektivitet. I små byar där en fattig bonde lånade av närmaste adelsman var förmodligen hen inte informerad om sina rättigheter. Informella kontrollmedel torde ha varit av större vikt vid den här tiden.

När sedan 1734 års lag infördes i Sverige lämnade den som nämnts mycket till övers att önska på obeståndsrättens område. Den bestod av en förfarandedel och en förmånsrättsdel. Förfarandedelen bistod inte bara domstolen med klagoranden utan också borgenärerna. Denna del får alltså sägas vara en lagstiftning som bistår samhällsmedborgarna med ett forum för konfliktlösning. Bestämmelserna som stadgar att gäldenären i vissa fall kan gå fri genom *beneficium cessionis bonorum* hade enligt mig funktionen av sociallagstiftning, medan villkoren för att åtnjuta denna befrielse var klart handlingsstyrande. Reglerna innefattade dessutom straffbestämmelser för de fall gäldenären hade orsakat sin insolvens uppsåtligen. Straffen kunde vara offentliga och är därför ett sätt att moraliskt påverka befolkningen, alltså att kommunicera värden. Förmånsrättsreglerna biträdde borgenärerna med förutsebarhet över deras fordringars kreditrisk. Dessa reglers uppgift blev då att bistå borgenärer och gäldenärer med en spelplan.

När istället KL 1862 trädde i kraft fick borgenärerna ett större inflytande på processen. Detta får ses som en glidning från straffrätt mot civilrätt och uppgifterna för rätten blir annorlunda, om än inte per automatik. I det här fallet fick borgenärerna vara med och bestämma i processen. Det centrala blir då att ”konflikten” ska lösas så smidigt som möjligt. Lagstiftaren vill inte på samma sätt statuera vad som är förkastligt beteende och vad som inte är det. Att leverera värden och ideal till befolkningen blir heller inte lika

¹²¹ I vår uppfattning av ett rättssamhälle är det lätt att tro att lagar bara stiftas när det finns ett behov. Det kan emellertid finnas andra skäl att stifta lagar, t.ex. kan lagstiftningsapparaten i ett auktoritärt styrt samhälle användas för att utöva social kontroll över de enskilda.

viktigt som tidigare, men att ekonomiska synpunkter inte var lika viktiga ses tydligt. Borgenärernas medbestämmande var viktigare än effektivitet.

Effektivitet var dock något som stod i centrum när KL 1921 infördes vilket var ett steg i riktningen mot den moderna förmögenhetsrätten. Det var inte längre fråga om en stor process där rättvisa skulle skippas utan i tidens rättsrealistiska anda var någon inneboende rättvisa inte intressant. Rätten skulle istället användas som ett redskap för effektivitet och en snabb avveckling. Inte heller var det för själva konkursförfarandet relevant hur gäldenären kommit på obestånd. Straffbestämmelserna flyttades ut från konkurslagen och kvar fanns endast tvångsmedel i det fall gäldenären inte var tillräckligt samarbetsvillig vilket går samman med kravet på effektivitet. Den förlorade rösträtten och omöjligheten att få vissa jobb får dock ses som kvarlevor av den gamla föreställningen att det var moraliskt förkastligt att komma på obestånd.

Internationellt har också den moraliskt förkastligheten som motiv stått tillbaka för att istället fungera som ekonomiskt smörjmedel, först genom ackordslagar och sedan lagar där rekonstruktion och konkurs kan samköras. I USA har det sedan 1970-talet funnits en samordnat insolvensförfarande med stor flexibilitet och liten inblandning från konkursdomstolen. Det är ett bra exempel på att staten har intagit en mer passiv roll där spelbrädet tillhandahålls för speljäsarna.

Sammanfattningsvis har den historiska utvecklingen, i Sverige liksom internationellt, för konkurslagstiftningens uppgifter enligt mig gått från att vara ett handlingsdirigerande medel till att tillhandahålla verktyg till marknadens aktörer. Rätten har fått en mer tillbakadragen roll.

5.2.2 Civilrättsliga uppgifter

Låt oss lämna historien bakom oss och istället spalta upp gällande rätt på det konkursrättsliga området. Konkurslagen är till stor del en processrättslig lagstiftning med formella bestämmelser med formella regler kring ansökan och funktionsfördelningen under konkursprocessen. Dessa formella regler har flera uppgifter. 6 kap. 2 § KL som stadgar konkursgäldenärens upplysningsplikt med tillhörande sanktionsmedel som häktning och vite är handlingsdirigerande. Detta är självklart till för att tillförsäkra parterna om en smidig process, upplysningarna är viktiga för att konkursförfarandet ska flyta på. Detta leder enligt mig i sin tur till att parterna (både borgenärerna och gäldenären) vet vad de kan förvänta sig. Alltså har dessa regler i första ledet funktionen att påverka gäldenärens beteende och i andra ledet konfliktlösande för att i det tredje ledet säkerställa förväntningarna hos borgenärer och gäldenärer långt före en process. Det skapar en tilltro till att det finns ett effektivt forum att lösa konflikten.

Vad är då uppgifterna för återvinningsreglerna? Dessa är inte desamma som för konkurslagen i övrigt. De är vad man skulle kunna kalla för ett kapitel för sig. Syftet med denna reglering är som beskrivits att åstadkomma likhet mellan borgenärer. Frågan är dock om det här innebär att återvinningsinstitutet är ett medel för rättvisa. Jag är inte av den åsikten. Det

torde snarare röra sig som så många andra regler i konkursrätten, att ge stadga åt konkursinstitutet och undvika kapplöpningar efter gäldenärens egendom. Det här har enligt mig inget att göra med någon inneboende rättvisa för att alla borgenärer ska få samma rätt. Det har istället att göra med att det finns samhällsekonomiska fördelar om avvecklingen kan göras av en utomstående part och de värden som finns kan bevaras i största möjliga mån. Återvinningsreglernas uppgift är alltså att vara handlingsdirigerande för att få så stor behållning i konkursboet. Det finns förvisso inget straff somper se följer en återvinningsbar transaktion, men som sagts under avsnitt 4.2.1. kan även ogiltighet vara en negativ sanktion.

Regler som har en tydligt handlingsdirigerande uppgift är ABL:s skadeståndsregler även om Hydén anser att den juridiska personen som sådan är till för att bistå marknaden med effektiva verktyg.

5.2.3 Offentligrättsliga uppgifter

De offentligrättsliga reglerna som är relevanta för konkursgäldenären är enligt den här uppsatsen främst det personliga betalningsansvaret som kan träffa företrädare för juridiska personer. Jag vill här poängtera att en lag kan uppfattas ha en uppgift men i verkligheten vara tänkt att ha en annan. För den enskilde framstår det personliga betalningsansvaret förmodligen som ett straffbud. Företagets ekonomi ska skötas annars riskerar den enskilde få ta konsekvenserna. För lagstiftaren har däremot detta betalningsansvar, enligt mig, uppgiften att fördela samhällets för- och nackdelar. Skatten ska helt enkelt in. Detta förklarar också att skatter inte är återvinningsbara. För gäldenären är det istället en handlingsdirigerande regel.

Vidare anser jag att det personliga betalningsansvaret vill förmedla värden och ideal genom att inte göra någon skillnad mellan juridiska personer och fysiska personer.

5.2.4 Straffrättsliga uppgifter

Under avsnitt 4.2.1. och 4.2.3. beskrivs straffrätten i allmänhet olika uppgifter. Det är lätt att tro att borgenärsbrotten enbart är till för att verka handlingsdirigerande, vilket också är deras huvudfunktion. Under hot om straff stadgas vissa handlingar som inte är önskvärda, men om man får tro Thornstedt har dock straffrätten fler funktioner. Att borgenärsbrottens kriminalisering är till för att skydda individers liv och hälsa är nog att tolka liv och hälsa extensivt, men möjligtvis kan egendom räknas som en tredje punkt. Det är dock troligare att funktionen är att tillvarata ekonomiska intressen och samhällets bestånd. Jag vill ansluta mig till den ståndpunkten, att borgenärsbrotten främst är en del av det förmögenhetsrättsliga området och verkar som ett komplement till de övriga konkursrättsliga bestämmelserna som till exempel återvinningsreglerna. Ett tecken på detta är HD:s uttalande (citerat under avsnitt 3.2.3.) om att riskfyllda affärer inte ska anses vara vårdslöshet mot borgenärer. Detta är ett tydligt uttalande att lagstiftningen inte ska lägga sig i företagares affärsbeslut. Hydéns teorier om förmögenhetsrättens uppgifter är således också applicerbara på

straffrättens område. I det här fallet är det inte tal om någon statlig intervention utan marknaden får sköta sin gilla gång.

Även om uppgiften för kriminalisering av visst oredligt beteende gentemot borgenärerna är till för att avhålla gäldenären från sådana handlingar tror jag att en annan uppgift är än mer central. Den uppgift jag tänker på är att säkerställa förväntningar hos kreditgivare på marknaden. En kreditgivare räknar ut en kreditrisk innan krediten ges och i detta ingår givetvis att det finns en risk att gäldenären fattar dåliga affärsbeslut. Borgenären ska dock kunna lita på att affärsbeslutet bara är dåligt och inte bedrägligt. Borgenären ska kunna lita på att en annan borgenär inte sätts före hen på ett sätt som inte gick att förutse. Borgenären ska kunna lita på att den egendom som påfinns vid ett konkursutbrott inte undan göms. Om beteendet är bedrägligt enligt någon av situationerna ovan ska det i vart fall finnas en möjlighet att gäldenären inte kommer undan. Möjligheterna till återvinningstalan finns såklart kvar, men det är inte alltid tillräckligt, egendomen kan ju ha förbrukats eller avhänts från mottagaren. De straffrättsliga reglerna för konkursgäldenären kan således vid en första anblick ses enbart som handlingsdirigerande, och det är de också, men de är också en del i det ramverk av regler som bygger upp kreditmarknaden.

5.2.5 Valfärdsrättsliga uppgifter

Lönegarantilagen är per definition en välfärdslagstiftning. Lagen ger arbetstagare en möjlighet att få ersättning för förlorad arbetsinkomst i det fall arbetsgivaren går i konkurs. Det är alltså en lagstiftning som har fördelningsuppgifter. Skattemedel ska fördelas från de som har till de som inte har, i det här fallet individer som har förlorat sitt arbete. Lagstiftningen har dock enligt mig också andra uppgifter, nämligen att verka handlingsdirigerande och även att säkerställa förväntningar hos arbetstagaren. Om vi börjar med det sistnämnda, att den som upplåter sin arbetskraft till en arbetsgivare förväntar sig att få betalt, lönegarantilagen säkerställer detta. Utöver det är jag av den uppfattningen att lönegarantilagen vill uppmuntra arbetstagare att ta anställning utan att ifrågasätta arbetsgivarens ekonomiska sundhet, detta är alltså den handlingsdirigerande uppgiften. Vad lönegarantilagen inte bidrar med är den sociala trygghet som en arbetstagare får i och med ett jobb, jobbet försvinner likväl.

5.3 Presumptiva effekter på gäldenärens beteende

5.3.1 Inledande kommentarer

Som överrubriken lyder kommer här alltså *presumptiva* effekter presenteras. Det är alltså fråga om effekter, negativa som positiva, som utifrån de sociologiska teorier om rättens påverkan lagstiftningen kan förväntas ha på

konkursgäldenärer. Avsnittet behandlar med andra ord hur väl rätten uppfyller sina uppgifter.

5.3.2 Lagstiftningsoptimism

Om strömbrytareffekten vore sann skulle det innebära att alla lagar uppfyllde sina uppgifter så snart de stiftades. För att detta skulle kunna ske skulle alla individer prenumerera på svensk författningssamling eller på annat sätt informeras om alla lagar som var relevanta för just dem. Att här i detalj gå igenom vilka effekter lagstiftningen därmed skulle ha på konkursgäldenären blir inte särskilt meningsfullt eftersom de skulle ha precis den effekt som var tänkt. Vad som är mer intressant är vilka konsekvenser detta skulle få på samhället. Alltså, är det över huvud taget önskvärt att få en fullständig efterlevnad av lagstiftningen?

Låt oss för ett ögonblick föreställa oss ett samhälle där lagen har omedelbar effekt på var persons handlande. Gäldenären ser till att betala sina borgenärer i rätt ordning och avyttrar ingen egendom till närstående och liknande. Hen betalar skatter i rätt ordning och upprättar kontrollbalansräkningar i rätt tid. Vidare gör gäldenären inga vårdslösa transaktioner och är hjälpsam i konkursen. Bortsett från vilket förutsägbart och tråkigt samhälle vi skulle få innebär detta reella problem. För det första skulle det ställa extremt höga krav på lagstiftningens tydlighet. Vad betyder ”otillbörligt” i 4 kap. 5 § KL? Vad är ”sedvanliga betalningsmedel” i 4 kap. 10 § KL? En sansad människa förstår att detta inte går att definiera utan att vissa situationer går under radarn samt att det vore omöjligt för varje människa att känna till alla relevanta lagbestämmelser. På dessa frågor finns det inga riktiga svar, och jag är medveten om att resonemanget går i cirklar, det intressanta är dock frågan om uppsåtet. Även om gäldenären inte har full kunskap och möjlighet att skaffa sig denna eller att lagstiftningen inte preciseras, är det fortfarande önskvärt om gäldenären *vill* vara fullt laglydig och har för stor respekt för lagstiftningen? Detta skulle enligt mig leda till försiktiga gäldenärer. Gäldenären skulle vara rädd för att göra sig skyldig till vårdslöshet mot borgenärer. Hen skulle tänka efter en och två gånger innan hen gav sig in på riskfyllda affärer. Låt oss ta exemplet med P.M. som investerade pengar i ett hotellprojekt i Lettland, i det fallet verkade det inte finnas något projekt över huvud taget, men låt oss anta att det var en genuin investering. Denna investering kunde ha genererat stora intäkter inte bara till investeraren P.M. utan också till statskassan och andra. Kreditgivarna hade fått sina pengar tillbaka och ingen talan om oredlighet mot borgenärer hade inträffat. Risktagande utan illvilja är rent marknadsekonomiskt att föredra, varför lagstiftaren inte har något intresse av en fullkomlig laglydighet utan det krävs lite stötdämpning.

Ett par ord om straffrätten specifikt ska sägas. Som nämnts ovan innebär teorin om straffets allmänpreventiva verkan att gärningsmän handlar rationellt och alltså väger de negativa konsekvenserna av handlandet mot de positiva konsekvenserna. För att göra detta krävs inte bara att gärningsmannen har full insikt i lagregleringen utan också i upptäcktsrisken och möjligheten till att bli dömd i domstol. För den här uppsatsens relevanta

straffbestämmelser skulle det till exempel innebära att gäldenären beräknar att för 5 000 000 SEK skulle hen kunna tänka sig att sitta i fängelse i ett halvår. Gäldenären uppskattar att det för det relevanta brottet finns 15 % upptäcktsrisk och sedan 80 % risk för en fällande dom med sex månaders fängelse som påföljd. Vilket skulle innebära 12 % ($0,15 \times 0,8$) risk för fängelse. För att gärningsmannen ska finna det värt att riskera fängelse ska minsta förtjänst från den olagliga transaktionen bli 600 000 SEK ($5\,000\,000/0,12$). Detta är ett extremt exempel, men jag har svårt att tro att den typiske gärningsmannen ens är i närheten av ett sådant cyniskt och beräknande förhållningssätt.

Om rätten fungerade som en strömbrytare och direkt påverkade människors liv, skulle då rätten kunna uppfylla sina uppgifter? När det gäller det förmögenhetsrättsliga området skulle en omedelbar effekt av lagstiftningen snarast vara ett hinder. Lagstiftningen skulle behöva utformas ytterst försiktigt för att inte påverka aktörerna på marknaden alltför mycket. Straffrätten skulle däremot på ett lättare sätt uppnå sina uppgifter genom en mer effektiv påverkan på enskilda. Detta eftersom straffrättens främsta uppgift är att vara handlingsdirigerande.

5.3.3 Lagstiftningspessimism

Raka motsatsen till strömbrytareffekten är de pessimistiska rättssociologiska teorierna. Att säga att dessa teorier menar att lagstiftningen inte har någon påverkan alls är nog att ta i, men enligt vad som beskrivs ovan har de en klart mer restriktiv inställning till rätten som påverkansmedel. Särskilt de marxistiska rättssociologerna hävdar att rätten är ett verktyg för att cementera strukturer i samhället. På vilket sätt kan konkurslagstiftning gällande gäldenärer låsa fast strukturer? Ett sätt är genom det sätt som FRL är konstruerad. FRL ger stora fördelar för dem som har bra säkerheter genom till exempel fast egendom. De som har sådana säkerheter är ofta banker eller andra stora kreditgivare. Eftersom de har bra säkerheter kan de låna ut till låg ränta eftersom kreditrisken är låg. Den låga räntan lockar gäldenärer och de stora blir därmed större medan en mindre aktör har svårt att ge sig in på den marknaden. Vidare är också det borgenärsinriktade perspektivet som är förhärskande i svensk konkursrätt ytterligare ett sätt att befästa de ekonomiska strukturer som redan existerar. Konkursinstitutet används för att dela upp gäldenärens egendom mellan borgenärerna.

Straffrätten kan ses som ett sätt för staten att uttrycka makt och blir då ett medel för att hålla de enskilda i schack: att skapa rädsla hos enskilda genom otydligt formulerade lagregler så att de enskilda inte gör oväntade saker. Ytterligare ett sätt som konkursrätten befäster strukturer skulle kunna vara, i vart fall för den konspiratoriskt lagda, att LGL uppmuntrar arbetstagare till att fortsätta vara arbetstagare istället för att starta egna företag eller göra annat som inte förväntas av en arbetstagare.

Förutom cementerandet av strukturer i samhället finns bland de pessimistiska teorierna tanken att rätten inte påverkar samhället utan bara påverkas av detsamma. Exempel inom konkursrätten för detta är också FRL, det skulle gå att hävda att förmånsrättsordningen är skapt av marknaden.

5.3.4 Blandad syn

Efter att ha behandlat två extremer gällande rättens påverkan på konkursgäldenären ska vi istället titta till mer balanserade teorier. En blandad syn på rättens effekter på konkursgäldenären är mest intressant eftersom den enligt mig ger ett större svängrum för nyanserade resonemang.

Låt mig först gå igenom på vilka sätt en lag mjukas upp och tonas ned redan innan den går i tryck, såkallad lagdistorsion. Ett exempel är det förslaget till KL 1987. I listan över remissinstanser finns ett par företrädare från industrin och även ett par från tjänstesektorn, alltså företag som rimligen behöver finansiering genom att låna pengar från en bank eller en annan kreditgivare. Jag får det till fem intresseföreningar för den lånande sidan vilket får ses som en stark representation.¹²² Den starka representationen hindrar dock inte att det förekommer en försvagning från den enskilda gäldenärens åsikter fram till propositionen. Låt mig förklara. Först väljer föreningsmedlemmarna sina förtroendevalda i till exempel Sveriges grossistförbund. Dessa personer får ett utredningens förslag skickat till sig och skriver antingen själva eller låter en jurist, intern eller extern, skriva ett remissvar. Remissvaret skrivs utifrån vad som författaren tror vara bäst för medlemmarna. De förtroendevalda godkänner sedan svaret och skickar in det. Efter det tar en anställd på departementet emot svaret och plockar ut det som det som den tycker är viktigast i det svaret och väger in det i motiveringen till det nya lagförslaget. Propositionen går sedan ut till utskotten och ändras möjligen där för att sedan voteras om i riksdagen.

Redan på den här korta resan, alltså innan ens lagen har gått i tryck, har den grundläggande idén försvagats ur två perspektiv. Det första gäller det problem som identifierades vid utredningens tillsättande. Om det inte fanns ett problem hade inte något kommittédirektiv utfärdats och ingen utredning hade tillsatts. Det vore otroligt om inte fler problem uppdagas under resans gång vilka troligen inte går att lösa utan det första problemet får stå tillbaka, för att inte tala om de olika förslag som dyker upp under remissrundan. Min poäng är alltså att den lag som stiftas förmodligen är en ytterst väl avvägd lag där många intressen har tillvaratagits och många problem har fått sin lösning men att det inte är säkert att det ursprungliga problemet löses. Det andra perspektivet jag har i åtanke är den enskilde konkursgäldenären intresse av ändrad lagstiftning. Även om hen kan få sin åsikt levererad genom remissvar är det en lång resa för denna åsikt. Olika personer ska tolka varandra och till slut är det inte mycket kvar av en från början radikal idé. Låt mig poängtera att detta inte bara är av ondo och det är inte en förbehållslös kritik av det svenska lagstiftningssystemet, men jag vill lyfta fram den *avskalning* och *avskärmning* som sker.¹²³

Utöver den distorsion som sker under lagstiftningsprocessen får inte alltid lagen den genomslagskraft som var tänkt. Både Mathiesen och Aubert

¹²² Sveriges grossistförbund, SHIO-familjeföretagen, Sveriges industriförbund, Sveriges köpmannaförbund och Svenska tidningsutgivareföreningen. Från bank- och finanssektor finns långt fler, prop. 1986/87:90, bilaga 3, s. 94.

¹²³ Däremot kan man fråga sig vad som har hänt med förslaget till en ny insolvenslagstiftning (SOU 2010:2) som verkar ha glömts bort i någon låda.

hävdar att den *faktiska verkan* som lagen har kan skilja sig från dess *åsyftade verkan*.¹²⁴ Låt oss först titta på återvinningsreglerna, vad kan det finnas för diskrepans mellan den åsyftade och faktiska verkan dessa regler har? Återvinningsreglerna har som nämnts syftet att se till att borgenärerna ska behandlas lika och att ingen egendom på ett otillbörligt sätt göms undan eller avhänds. Det mest intressanta här är nog de transaktioner som inte kan återvinnas, nämligen skatt och tull. Det saknas därmed incitament för gäldenären att inte betala in skatt, tvärtom, kombinerat med det personliga betalningsansvaret finns det starka skäl att betala in skatten före allt annat. Eftersom staten stiftar lagar och även vill ha in skatt är det här förmodligen inte en helt oväntad bieffekt. Vad som förmodligen inte var tänkt är den effekt detta kan ha på gäldenärens vilja att försätta sig i konkurs. Jag drar mig till minnes en konkursförvaltare som sa att konkursansökningarna alltid är som högst den 11:e varje månad för det är dagen innan momsinsbetalningen ska göras. Det personliga betalningsansvaret får enligt mig konsekvensen att gäldenärer är mer benägna att försätta sin rörelse i konkurs vid ett tidigare stadium. Detta är positivt om man vill ha en ekonomi där gäldenärer drar i handbromsen innan det är försent, det finns förmodligen större tillgångar vid den 11:e än om företaget rullar vidare i ett par veckor till. Frågan är dock om inte det mesta redan är förlorat vid det här stadiet. Borgenärer med bra förmånsrätt får ut sina pengar oavsett men de oprioriterades tåg till återbetalning har nog redan lämnat perrongen. Därför kan det istället vara positivt om gäldenären får fortsätta driva sin rörelse så långt hen ämnar utan det personliga betalningsansvaret med en, om än liten, möjlighet att affärerna börjar blomstra igen. Detta skulle innebära minskade intäkter för staten vilket gör att en sådan reform blir mindre trolig.¹²⁵

Vad gäller de regler som ska ge stadga åt återvinningsreglerna, nämligen kriminaliseringen av vissa brott mot borgenärer, kan sägas följande. Under avsnitt 5.2.2. behandlas den allmänpreventiva verkan som lagstiftaren ofta har en förhoppning om ska bli verklighet. Jag framför flera invändningar mot den teorin, däremot är den inte helt utan relevans. Det krävs dock mer än bara en kriminalisering för att 11 kap. BrB ska få någon genomslagskraft. Det krävs att det finns en upptäcktsrisk, eller rättare sagt att gäldenären uppfattar att det finns en upptäcktsrisk. Vad som talar mot en upptäcktsrisk är frånvaron av ett riktigt brottsoffer. Brottsoffret torde vara borgenärskollektivet som helhet. Att dessa har en sådan insikt i gäldenärens ekonomi innan en konkurs är relativt otroligt. Vad som dock talar för en stor upptäcktsrisk är att det i konkurs görs en stor genomgång av gäldenärens ekonomiska förhållanden. Sådant som inte gick att upptäcka tidigare kan flyta upp till ytan när en oberoende part (konkursförvaltaren) går igenom bokföringen. Om nu en sådan finns, och finns den är det fortfarande svårt för konkursförvaltaren att särskilja otillbörliga affärer från olämpliga. Om bokföringen dessutom är bristfällig är bevisvärigheterna¹²⁶ ytterst framträdande.

¹²⁴ Se avsn. 4.3.3.

¹²⁵ Ett förslag till en inskränkning av företrädaransvaret finns förvisso i det skrinlagda förslaget till en insolvenslag, se 2010:2 s. 446-456.

¹²⁶ Förmodligen är det därför bokföringsbrott ses så allvarligt på, nämligen de följdbrott som kan göras om bokföring saknas.

Jag tror att det på grund av denna sammantaget relativt låga upptäcktsrisk att det är andra saker som påverkar gäldenärens beteende mer påtagligt. För det första finns det en rad andra regler som till viss del överlappar vilket gör det svårt att reda ut vilken regel som påverkar på vilket sätt. Jag vill därför snarast ansluta mig till åsikten att det är andra, mer inofficiella normer som påverkar gäldenärens beteende. Sådana normer skulle kunna vara social press eller liknande. Dessa normer kan uppstå antingen helt fristående sociala normer som uppstått inom samhället utan påverkan från rätten. Det kan till exempel röra sig om religiösa normer eller normer som finns inom vissa subkulturer. I annat fall rör det sig om den indirekta allmänpreventionen där rätten har påverkat vad människor uppfattar som socialt accepterat och det är dessa informella sanktioner som avhåller gärningsmannen istället för rädslan för ett straff.

Det finns emellertid ytterligare en företeelse som lägger till ännu ett led mellan lagstiftarens intention och den enskildes beteende. Jag tänker på ställföreträdaransvaret i ABL. Där krävs att någon drabbad eller konkursförvaltaren stämmer ställföreträdarna. Eftersom detta är en del av förmögenhetsrätten torde det också vara syftet, dessutom är aktiebolagets grundtanke det begränsade ansvar som ägarna tar. Skadeståndsreglerna får därför ses som ett undantag från denna huvudregel, det är därför förmodligen inte något större problem för lagstiftaren att möjligheten inte brukas i någon större utsträckning.

Det mest intressanta exemplet på att en lag kan få en icke åsyftad verkan är lönegarantilagen, en lag som var tänkt att bygga ett skyddsnät för arbetstagare. Effekten man ville uppnå var att få arbetstagare att stanna kvar hos arbetsgivare i ekonomisk kris eller i vart fall ge någon form av grundtrygghet. Arbetstagaren ska inte heller behöva granska arbetsgivaren. Vidare kan arbetsgivaren vara trygg i att hans anställda kommer att få sin lön även i fall av konkurs. Det finns alltså ett flertal goda effekter som ger lönegarantilagen sitt existensberättigande eftersom dessa effekter förmodligen också äger rum. Vad som inte var avsett var de typer av bedrägerier som finns beskrivna ovan under avsnitt 3.3. Förmodligen hade lagstiftaren i det tysta räknat med ett visst "svinn" men upp mot 150-200 miljoner per år är förmodligen mer än beräknat. Jag tror att denna effekt beror på flera saker. En är att det är konkursförvaltaren som beslutar om utbetalningen och att detta ska ske skyndsamt. Att göra länsstyrelsen till en kontrollinstans skulle förhåla processen och målet med en snabb utbetalning skulle bli ouppnåeligt. Några omvälvande ändringar är förmodligen inte att vänta. Lönegarantilagen har alltså en åsyftad verkan i den trygghet den ger men också en icke åsyftad verkan i form av bedrägerierna.

En annan icke åsyftad verkan är att konkursen kan användas som ett rekonstruktionsförfarande. Ett bolag försätts i konkurs och oförmånliga avtal kan rensas bort medan de delar som är fördelaktiga behålls. De vinstdrivande delarna säljs sedan till ett nytt bolag, kanske också ägt av samma personer som ägde det första.

5.4 Avslutande kommentarer

De lagregler som omger en konkursgäldenär får beskrivas som minst sagt mångfasetterad. Det är ett spektrum av civilrättsliga, offentlighetsrättsliga och straffrättsliga bestämmelser som är tänkta att påverka gäldenärens beteende på olika sätt. Beroende på vilken teori man vill ansluta sig till är denna påverkan mer eller mindre effektiv. De olika lagstiftningarna kan vidare motverka varandra i vissa fall. Slutsatsen är att det är ytterst svårt att beräkna en lags genomslagskraft på förhand. Ingenting tyder på att lagstiftningsnätet ska bli mindre finmaskigt i framtiden.

Historiskt ser jag främst två spår enligt vilka rätten har utvecklats. Det första är den materiella konkursrätten som har gått från straffrätt till civilrätt. Konkursrätten har nu ansetts vara civilrätt i flera hundra år och där kommer den att förbli. Det andra spåret som ligger senare i tiden är att konkursen har gått från att vara en stor process till att gå mot ett mer summariskt förfarande. Framgent är jag inte säker på att konkursbeslut kommer att fattas i domstol utan det kommer istället att ske som ett rent administrativt beslut, kanske hos kronofogdemyndigheten.

Internationellt finns stora likheter mellan de nordeuropeiska länderna samt Storbritannien och USA, i södra Europa finns en annan kultur vilket tydligt framgår av statistiken. Även om sydeuropa har haft en dålig tillväxt de senaste åren har många länder ytterst få konkurser. Det kan bero på hur man klassificerar konkurser och hur man klassificerar företag, men även om så är fallet är det intressant att man väljer att kalla det för något annat än konkurs. Anses det vara skamligt med konkurs?

De rättssociologiska teorierna går isär vilket inte är ett problem, utan lägger istället en bra grund för en analys. Vad som däremot är tydligt är att de olika författarna tycker om att låna av varandra genom att plocka russinerna ur kakan för att andras åsikter ska kunna passa in i deras världsbild. Jag är långt ifrån övertygad om det finns någon heltäckande teori som passar hela rätten, men jag är säker på att rättssociologiska aspekter gagnar även jurister. Det blir farligt om man har för stor tilltro till rätten som medel för att påverka samhället.

Det som är mest intressant måste jag säga är den resa som konkursgäldenären har gjort. I den antika och medeltida rätten var konkurs som utgångspunkt brottsligt, idag är det motsatsen. Idag tar en konkursförvaltare över och gäldenären sätts åt sidan. Konkursgäldenären har alltså gått från att vara förövare till att helt enkelt bli en bisittare till spektaklet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1985/86:30, *Om ändring i brottsbalken m.m. (om brott mot borgenärer)*

Prop. 1986/87:90, *Om ny konkurslag*

Prop. 2002/03:128, *Företrädaransvar m.m.*

Prop. 2010/11:165, *Skatteförfarandet*

SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*

SOU 1992:113, *Lag om företagsrekonstruktion*

SOU 2002:8, *Företrädaransvar*

SOU 2010:2, *Ett samlat insolvensförfarande – förslag till ny lag*

Böcker

Andenæes, Johannes Bratt, *Straff og lovlydighet*, Universitetsforlaget, Oslo, 2 uppl., 1975

Anderson, Sten, Johansson, Svante & Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen: en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm, 2012

Aubert, Vilhelm, *Rettens sosiale funksjon*, Universitetsforlaget, Oslo, 1976

Aubert, Vilhelm, *Inledning till rättsociologin*, AWE/Gebbers, Stockholm, 1980

Broomé, Gustaf, *Studier i konkursrätt: särskildt med afseende på svensk rätt*, ak avh. Lunds universitet, Gleerups, Lund, 1888

Dahlqvist, Anna-Lena & Holmquist, Rolf, *Brotten i näringsverksamhet*, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Danhard, Erik, *KonkursArbetsrätt: om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion*, 4 uppl., Åhnberg, Uppsala, 2009

Eckhoff, Torstein, *Statens styrings muligheter: særlig i ressurs- og miljøspørsmål*, Tanum-Norli, Oslo, 1983

Handbok för konkurstillsyn, (utgiven av Kronofogdemyndigheten), 2008

Hassler, Åke, *Svensk exekutionsrätt*, Ohlsson, Lund, 1938

Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole & Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken: en kommentar*, Norstedts, Stockholm, 2012

Hydén, Håkan, *Rättsociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, 2002

- Karlsson-Tuula, Marie, *Ekonomisk brottslighet vid företagsrekonstruktion och konkurs*, Jure, Stockholm, 2011
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 6 uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2010
- Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004
- Luhmann, Niklas, *Law as a social system*, Oxford University Press, Oxford, 2004
- Löfgren, Kent, *Personligt ansvar vid likvidationsplikt, värdeöverföringar, företrädaransvar samt skattefrågor vid obestånd*, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012
- Mathiesen, Thomas, *Rätten i samhället: en introduktion till rättssociologin*, Studentlitteratur, Lund, 2005
- Olivecrona, Karl, *Konkursrätt: efter föreläsningar av Karl Olivecrona*, 10 uppl., Juridiska fören., Lund, 1964
- Olivecrona, Karl, *Rättsordningen: idéer och fakta*, Gleerup, Lund, 1966
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1 uppl., Fritze, Stockholm, 1995
- Rodhe, Knut & Skog, Rolf, *Rodhes aktiebolagsrätt*, 23 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011
- Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 4 uppl. Norstedts, Stockholm, 2012
- Sarnecki, Jerzy, *Introduktion till kriminologi*, Studentlitteratur, Lund, 2003
- Söderlund, Jenny, *Konkursrätten: om konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar*, ak. avh., Uppsala universitet, Iustus, Uppsala, 2009
- Walén, Gösta, *Materiell konkursrätt: konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning m m*, 2 uppl., Norstedt, Stockholm, 1987
- Walén, Gösta & Gregow, Torkel, *Förmånsrättslagen, lönegarantilagen m.m.: en kommentar*, 6 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010
- Welamson, Lars, *Konkursrätt*, Norstedts, Stockholm, 1961

Artiklar

- Agge, Ivar, *Det svenska konkursförfarandets utveckling* i Minnesskrift ägnad 1734 års lag 2, Svensk juristidning, Stockholm, 1934 s. 915-937
- Jägerskiöld, Stig, *Kring tillkomsten av 1734 års lag* i SvJT 1984 s. 681-699

Levinthal, Louis Edward, *The Early History of Bankruptcy Law* i 66(5) University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, PA, USA, 1918, s. 223-250

Löfmarck, Madeleine, *Uppsåt, culpa och villfarelse vid gäldenärsbrotten* i Festskrift till Hans Thornstedt, Norstedts, Stockholm, 1983, s. 505-517

Taxell, Christoffer & Wickbom, Sten, *1734 års lag 250 år* i SvJT 1984, s. 679-680

Thornstedt, Hans, *Kriminalisering och avkriminalisering* i Festskrift till Ivar Agge, Norstedts, Stockholm, 1970, 369-392

Hemsidor

Creditreform, *Insolvencies in Europe 2011/12*, (https://www.uc.se/download/18.782617c713603ab70837ffd368/Europa_statistik_konkurser_2011.pdf), hämtad 2013-01-28

Eurostat, *Key Figures on Europe 2012*, (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-EI-12-001/EN/KS-EI-12-001-EN.PDF), hämtad 2013-01-28

SAMEB, *Missbruk av statlig lönegaranti*, slutlig rapport 2011-11-30, (<http://www.kronofogden.se/download/18.e395c37136463f439680005293/SAMEB+Missbruk+a+v+statlig+lönegaranti++Slutrapport+2011-11-30.pdf>), hämtad 2013-01-28

United States CENSUS Bureau, *Statistical Abstract of the United States: 2012*, Business Enterprise, (<http://www.census.gov/prod/2011pubs/12statab/business.pdf>), hämtad 2013-01-28

United States CENSUS Bureau, *Statistical Abstract of the United States: 2012*, Population (<http://www.census.gov/prod/2011pubs/12statab/pop.pdf>), hämtad 2013-01-28

United States CENSUS Bureau, *Statistics of U.S. Businesses*, (http://www2.census.gov/econ/susb/data/us_state_totals_2007-2010.xls), hämtad 2013-01-28

Världsbanken, *GDP per capita growth*, (<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.KD.ZG/countries/1W-XQ-EG-SY-MA-IR-SA?display=default>), hämtad 2013-01-28

Rättsfallsförteckning

NJA 1971 s. 296 I-III

NJA 1972 s. 115 I-II

NJA 1973 s. 544

NJA 1974 s. 297

NJA 1975 s. 480

NJA 1979 s. 555

NJA 2008 s. 848

RÅ 2007 ref. 48