



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Fredrik Badics

Dags att skrota otillbörlighetsrekvisitet

En kritisk analys av konkurslagens allmänna otillbörlighetsregel (4:5 KL)

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Lotta Maunsbach

Termin: VT 2013

INNEHÅLL

SUMMARY	2
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	4
1. INLEDNING	5
1.1 OM ÄMNET	5
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	5
1.3 METOD OCH DISPOSITION	5
1.4 FORSKNINGSLÄGE	6
1.5 MATERIAL	7
1.6 ORDFÖRKLARINGAR	7
1.7 AVGRÄNSNINGAR	7
2. RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	8
2.1 INTRODUKTION TILL KONKURS OCH ÅTERVINNING	8
2.2 DEN ALLMÄNNA OTILLBÖRLIGHETSREGELN (4:5 KL)	9
2.2.1 <i>Allmänt om 4:5 KL</i>	9
2.2.2 <i>Rättshandlingsrekvisitet och fristrekvisitet</i>	9
2.2.3 <i>Nackdelsrekvisitet och insolvensrekvisitet</i>	10
2.2.4 <i>Ondtrosrekvisitet</i>	10
2.2.5 <i>Otillbörlighetsrekvisitet</i>	11
3. UTREDNING	13
3.1 SYFTET MED 4:5 KL	13
3.1.1 <i>Mer om metoden</i>	13
3.1.2 <i>Syftet med återvinningsreglerna</i>	13
3.1.3 <i>Syftet med 4:5 KL</i>	14
3.2 OTILLBÖRLIGHETSREKVISITETS FUNKTION	15
3.3 OTILLBÖRLIGHETSREKVISITETS ÄNDAMÅLSENLIGHET	19
4. ANALYS	20
4.1 SYFTET MED 4:5 KL	20
4.2 OTILLBÖRLIGHETSREKVISITETS FUNKTION	20
4.2.1 <i>Beloppet, tidpunkten och närståendefaktorn</i>	20
4.2.2 <i>Syftet med transaktionen (vällovlighetsfaktorn)</i>	21
4.2.3 <i>Fall där återvinning undantogs</i>	21
4.2.4 <i>Sammanfattning</i>	22
4.3 OTILLBÖRLIGHETSREKVISITETS ÄNDAMÅLSENLIGHET	22
5. SLUTSATSER	24
KÄLLFÖRTECKNING	26

SUMMARY

The transaction avoidance rules in the Swedish Bankruptcy Act (konkurslagen) allow the reversal of transactions completed before a bankruptcy. The result of a reversal is that both parties return their performances. The principal rule among the transaction avoidance rules is the general rule governing inappropriate transactions in chapter 4, section 5 of the Bankruptcy Act (henceforth referred to as *the rule*). The rule has elastic properties moderated by a subjective element concerning the other party's state of mind during the transaction. This allows the rule to work as a general clause, supplementing the other, more rigid, transaction avoidance rules. One particular criterion of the rule, referred to here as *the concept of the inappropriate*, is a vague and uncertain element. This essay is a critical analysis of this criterion, questioning whether it actually serves the rule's objective.

I'm arguing that there are two main objectives of the rule. *Firstly* to reverse various forms of "designs": transactions created to evade the effects of a bankruptcy. A design – by its own nature – circumvents a rigid rule. *Secondly* to suppress intended transactions of this kind.

In case law the concept of the inappropriate has been used to exclude transactions from the rule's scope. Governing case law has allowed exceptions in the following situations: *firstly* payment relating to obligations with the right to withhold delivery, *secondly* payment for evaluation of a financially strained corporation's ability to survive and *thirdly* transactions increasing a VAT debt.

I'm arguing that the concept of the inappropriate fails to add anything beyond the possibility to exclude certain situations, and therefore should be removed from the wording of the law and be replaced by an exception for special circumstances. I'm further discussing if the burden of proof should be lowered concerning the other party's knowledge of the inappropriateness of the transaction, in order to make the rule more effective.

SAMMANFATTNING

Konkurslagen tillåter att vissa transaktioner som företagits före konkursen återvinns till konkursboet. Återvinning innebär att parterna återlämnar sina respektive prestationer. Huvudregeln bland återvinningsreglerna är den allmänna otillbörlighetsregeln (4:5 KL), en elastisk paragraf med ett subjektivt rekvisit som fungerar som en generalklausul. 4:5 KL har ett otillbörlighetsrekvisit som är vagt. Uppsatsen är en kritisk analys av otillbörlighetsrekvisitets funktion i 4:5 KL. Huvudfrågan i uppsatsen är ifall otillbörlighetsrekvisitet är ändamålsenligt i förhållande till paragrafens syfte.

Jag menar att huvudsyftet med 4:5 KL är följande: *För det första* att komma åt olika former av ”upplägg” med syfte att undgå konkursens verkningar, som inte skulle fångas upp av objektiva, mer rigida regleringar. *För det andra* att verka dämpande på viljan att företa dessa transaktioner.

I praxis har otillbörlighetsrekvisitet använts för att undanta rättshandlingar som i och för sig uppfyller de andra rekvisiten, men som ändå inte ska återvinnas. Nuvarande praxis har tillåtit undantag vid tre olika situationer: *för det första* vid betalning mot erhållande av egendom som omfattas av detentionsrätt, *för det andra* betalning som har koppling till utredning av ett ekonomiskt pressat företags möjligheter att drivas vidare *samt för det tredje* transaktioner som har ökat en moms-skuld.

Otillbörlighetsrekvisitet har alltså i själva verket utgjort ett undantag till återvinning och inte ett krav för att återvinning ska kunna ske. Jag menar att otillbörlighetsrekvisitet inte tillför något till 4:5 KL utöver detta, varför rekvisitet bör ersättas med ett undantag vid särskilda skäl som talar emot återvinning. Vidare diskuterar jag om det bör införas bevislättnader avseende det subjektiva rekvisitet i 4:5 KL för att ytterligare effektivisera paragrafen i förhållande till sitt syfte.

FÖRKORTNINGAR

BrB – Brottsbalken (1962:700)

FRL – Förmånsrättslagen (1970:979)

HD – Högsta Domstolen

KL – Konkurslagen (1987:672)

NJA – Nytt juridiskt arkiv. Avd. I

Prop. – Proposition

SOU – Statens offentliga utredningar

1. INLEDNING

1.1 Om ämnet

Vid en konkurs förlorar gäldenären rådigheten över sin egendom. Återvinningsreglerna ger konkursen retroaktiv verkan genom att vissa transaktioner som företagits före konkursbeslutet kan fås att återgå. På det sättet hålls konkursegendomen intakt. Huvudregeln bland återvinningsreglerna är den allmänna otillbörlighetsregeln (4:5 KL) som är tänkt att fungera som en generalklausul. 4:5 KL är uppbyggd av sex rekvisit. Genom en rättshandling med koppling till gäldenärens obestånd ska en skada ha uppstått för någon borgenär och den gynnade parten ska ha uppträtt culpöst. Dessutom ska en otillbörlighetsprövning göras. Trots att 4:5 KL i sin nuvarande lydelse inte har ändrats sedan 1987 är det svårt att sätta fingret på vad otillbörlighet i konkurslagens mening egentligen innebär. Rekvisitet är så vagt och svårfångat att det kan liknas vid ett svart hål. Ett svart hål har ett så starkt gravitationsfält att det drar allting till sig, även ljuspartiklar. Detta gör att det varken går att komma i närheten av ett svart hål eller ens titta på det genom ett teleskop; det måste studeras indirekt genom dess interaktion med närliggande objekt.

En lagregel bör vara utformad så att varje rekvisit är nödvändigt för att uppfylla syftet med paragrafen. Om man vet syftet med 4:5 KL bör man kunna få reda på otillbörlighetsrekvisitets funktion genom att plocka bort de andra rekvisitens funktioner (de närliggande objekten). Eller annorlunda uttryckt: när de andra rekvisiten har skalats bort ser man vad otillbörlighetsrekvisitet tillför. Det svarta hålet framträder.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att ”renodla” 4:5 KL genom att undersöka om otillbörlighetsrekvisitet är ändamålsenligt i förhållande till regelns syfte. För att kunna besvara den frågan krävs först att två delfrågor besvaras, vilket gör att frågeställningen ser ut på följande vis.

1. Vilket är det främsta syftet med 4:5 KL?
2. Vilken funktion har otillbörlighetsrekvisitet i rättstillämpningen?
3. Är otillbörlighetsrekvisitet ändamålsenligt för att uppfylla syftet med 4:5 KL?

1.3 Metod och disposition

Uppsatsen anlägger ett rättsutvecklingsperspektiv. Huvudsyftet är inte att försöka passa in otillbörlighetsrekvisitet i HD:s resonemang eller att skapa en modell för hur HD resonerar, utan att se på vilket sätt rekvisitet har varit till nytta för paragrafen. Därför kommer jag även

gå in på hur man skulle kunna utforma 4:5 KL för att om möjligt göra lagrummet mer effektivt i förhållande till sitt syfte.

I kapitel två utreder jag gällande rätt avseende otillbörlighetsrekvisitet. Jag ger först en kort introduktion till återvinningsreglerna och går därefter igenom rekvisiten i 4:5 KL.

I tredje kapitlet börjar själva huvudtexten där jag presenterar den undersökning som kommer att användas för att besvara frågeställningarna i efterföljande kapitel. Här redovisas relevant material ur förarbetena samt skillnaderna mellan 4:5 KL och de objektiva reglerna på lagtextnivå, vilket sedan ligger till grund för att fastställa syftet med 4:5 KL. Relevant praxis för att kunna fastställa otillbörlighetsrekvisitets funktion i rättstillämpningen redovisas. Här återges även den kritik mot otillbörlighetsrekvisitets ändamålsenlighet som finns inom doktrinen.

I analysen i fjärde kapitlet ger jag min tolkning av forskningsunderlaget i föregående kapitel. Genom att se vad 4:5 KL tillför återvinningsinstitutet utöver de objektiva återvinningsreglerna besvarar jag vilket syfte 4:5 KL har (fråga 1). Därefter bryter jag ner domstolarnas bedömningsfaktorer i kategorier och ser vilken funktion otillbörlighetsrekvisitet har fyllt vid rättens otillbörlighetsbedömning utöver de andra rekvisiten i 4:5 KL (fråga 2). Därefter svarar jag på huruvida jag anser att de bedömningsfaktorer som rekvisitet sägs innehålla är ändamålsenliga för att uppfylla syftet med 4:5 KL (fråga 3).

I kapitel fem utvärderar jag kritiken i doktrinen avseende otillbörlighetsrekvisitets ändamålsenlighet och ger förslag på hur 4:5 KL skulle kunna förändras.

Uppsatsen riktar sig till läsare med juridiska förkunskaper och intresse för obeståndsrätt.

1.4 Forskningsläge

Jag har inte kunnat hitta någon uttalad uppfattning i förarbeten, praxis eller doktrin om vilket specifikt syfte just 4:5 KL har bland återvinningsreglerna.

Det har gjorts flera försök att utreda otillbörlighetsrekvisitets funktion inom doktrinen. Lennanders *Återvinning i konkurs* är det mest omfattande arbetet, vars första upplaga utkom redan 1984 och som därefter har kommit ut en gång i decenniet med senaste upplaga 2004 samt en ny upplaga på gång 2013. I övrigt från senare tid finns främst Möllers *Om återvinning av hävning* från 2002, Renmans mer praktiskt hållna *Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen. En process- och insolvensrättslig manual* från 2009 samt Welamsons och Mellqvists allmänt hållna *Konkurs* från 2013.

Vad gäller otillbörlighetsrekvisitets ändamålsenlighet finns det nämnt i doktrinen, men som regel endast i förbigående, exempelvis i Håstads *Sakrätt avseende lös egendom*, 1996

och Möllers *Om återvinning av hävning*, 2002. Ett undantag är den kritiska *Återvinning utom konkurs* från 1989, där Göransson grundligt utvärderar otillbörlighetsrekvisitet.

Det finns alltså flera färska exempel inom litteraturen där författaren utreder gällande rätt. Däremot har jag inte hittat någon ingående kritisk granskning av otillbörlighetsrekvisitet och systematiken i 4:5 KL sedan *Återvinning utom konkurs* 1989. Min uppsats är ett försök till en uppdaterad kritisk granskning av detta slag.

1.5 Material

Fundamentala källor i uppsatsen är SOU 1970:75 och prop. 1975:6, som konstant refereras till i både praxis och litteratur avseende 4:5 KL i allmänhet och otillbörlighetsrekvisitet i synnerhet. Andra viktiga källor är SOU 1983:60 samt prop. 1986/87:90 som låg till grund för den senaste lagändringen. Inom litteraturen har jag försökt att gå igenom det viktigaste som har skrivits om otillbörlighetsrekvisitet från 1985 till nutid för att kunna redogöra för vad som anses vara gällande rätt i kapitel 2. I rättsfallsgenomgången i kapitel 3 har jag gått igenom alla rättsfall som jag anser säger något om otillbörlighetsrekvisitets funktion.

1.6 Ordförklaringar

När det i det här arbetet hänvisas till *borgenärerna* menas därmed hela borgenärskollektivet. Vad som kan vara av intresse för en av borgenärerna kan självklart stå i direkt konflikt med borgenärskollektivet.

De processande parterna i ett mål om återvinning brukar kallas återvinningskäranden och återvinningsvaranden, vilket är otympliga ord. För enkelhetens skull har jag valt att skriva *konkursförvaltare* när jag menar återvinningskäranden, även om det inte är helt korrekt att det alltid är en konkursförvaltare som för återvinningstalan. Återvinningsvaranden (som även var medkontrahent i den angripna transaktionen) har förkortats till *motparten*.

När det talas om otillbörlighetsrekvisitets ändamålsenlighet är det alltid i förhållande till syftet i 4:5 KL.

1.7 Avgränsningar

Uppsatsen kommer endast att se på konkursreglerna ur borgenärernas intresse samt omsättningsintresset. Det finns andra skäl att ha tydliga regler vid konkurser och andra perspektiv kan anläggas.¹ I det här arbetet finns av utrymmesskäl inte plats för några andra perspektiv.

¹ Se SOU 2010:2 s. 76-78 där bland annat gäldenärsinriktat och samhällsinriktat perspektiv nämns.

2. RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

2.1 Introduktion till konkurs och återvinning

Vid en konkurs mister gäldenären all rådighet över den egendom som ingår i konkursboet. Fördelningen av tillgångarna genomförs av en konkursförvaltare.² Tvånget riktar sig både mot gäldenären och borgenärerna. Genom konkursreglerna vill man motverka att fordringsägarna kämpar sinsemellan för att komma åt de begränsade resurser som finns i konkursboet samt säkerställa att den materiella regleringen avseende förmånsrätter upprätthålls.³

Genom FRL fastställs förmånsrättsordningen som stadgar i vilken ordning fordringarna ska betalas ur konkursboet.⁴ Härutöver bygger konkursinstitutet på likabehandlingsprincipen. Om borgenärerna inom varje ”trappsteg” inte kan tillgodoses fullt ut ska de bära förlusten proportionellt.⁵ Det främsta syftet med konkursinstitutet är att skydda borgenärerna genom att minimera deras förluster i konkursboet.⁶ Med ordnade konkurser och upprätthållna förmånsrätter skapas trygghet för långgivare vilket är en förutsättning för att kreditmarknaden ska fungera.⁷ Vid utformningen av återvinningsreglerna måste hänsyn även tas till omsättningsintresset.⁸

Det är emellertid inte tillräckligt att gäldenären förlorar rådigheten över konkursegendomen vid konkursbeslutet, eftersom kampen om gäldenärens tillgångar kan börja långt dessförinnan, i takt med att de ekonomiska svårigheterna blir mer eller mindre uppenbara.⁹ För att konkursinstitutets syften inte ska undergrävas måste konkursen således få retroaktiv verkan, vilket sker genom reglerna om återvinning.¹⁰ Effekten av återvinning är att den angripna rättshandlingen går åter, dvs. varje part återlämnar sin prestation.¹¹

I konkurslagens fjärde kapitel finns dels 4:5 KL, en bred huvudregel med ett subjektivt rekvisit, dels en samling objektiva återvinningsregler (4:6-13 KL) som tar sikte på typiska situationer. 4:5 KL kan användas på alla situationer, även om en objektiv regel samtidigt är tillämplig.¹²

² 1:1 och 1:3 1 st. KL.

³ Prop. 1975:6 s. 111-112.

⁴ 1 § FRL.

⁵ Welamson & Mellqvist, s. 27.

⁶ SOU 2010:2 s. 87.

⁷ Lennander, s. 21.

⁸ SOU 1983:60 s. 7-8, prop. 1986/87:90 s. 120.

⁹ Lennander, s. 22.

¹⁰ Welamson & Mellqvist, s. 26.

¹¹ 4:14 KL, SOU 1983:60 s. 7.

¹² SOU 1970:75 s. 160, prop. 1975:6 s. 137.

2.2 Den allmänna otillbörlighetsregeln (4:5 KL)

4 kap. 5 § KL: En rättshandling, varigenom på ett otillbörligt sätt en viss borgenär har gynnats framför andra eller gäldenärens egendom har undandragits borgenärerna eller hans skulder har ökats, går åter, om gäldenären var eller genom förfarandet, ensamt eller i förening med annan omständighet, blev insolvent samt den andre kände till eller borde ha känt till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig.

Närstående till gäldenären skall anses ha sådan kännedom som anges i första stycket, om det inte görs sannolikt att han varken hade eller borde ha haft sådan kännedom.

Om rättshandlingen ägde rum mer än fem år före fristdagen, går den åter endast när den har gällt någon närstående till gäldenären.

2.2.1 Allmänt om 4:5 KL

Paragrafen kan brytas upp i följande rekvisit:

- Rättshandlingsrekvisitet
- Fristrekvisitet
- Nackdelsrekvisitet
- Insolvensrekvisitet
- Ondtrosrekvisitet (subjektivt)
- Otillbörlighetsrekvisitet¹³

I det följande ska jag i tur och ordning översiktligt gå igenom de första fem rekvisiten för att sedan något mer i detalj beskriva otillbörlighetsrekvisitet. Ordningen följer Lennanders modell där otillbörlighetsrekvisitet prövas sist, då detta rekvisit enligt hennes synsätt är beroende av de föregående rekvisiten.¹⁴ Bevisbördan för samtliga rekvisit ligger på konkursförvaltaren om inget annat stadgas.¹⁵

2.2.2 Rättshandlingsrekvisitet och fristrekvisitet

Rättshandlingsrekvisitet omfattar alla slag av rättshandlingar. Den uppräkningslista som görs i paragrafen är varken uttömmande eller begränsande med avseende på typer av rättshandlingar, enligt Welamson.¹⁶ Såväl rättshandlingar från gäldenär som borgenär kan återvinnas.¹⁷

¹³ Welamson och Mellqvist, s. 111.

¹⁴ Lennander, s. 158.

¹⁵ Lennander, s. 136.

¹⁶ Welamson & Mellqvist, s. 111 och 114. Se även Lennander, s. 145 som skriver att uppräkningslistan beskriver rättshandlingar som kan vara till nackdel. Jfr. dock Möller, s. 424-426 som är mer försiktig men menar att man åtminstone kan tillämpa lagrummet analogivis på andra rättshandlingar.

¹⁷ Prop. 1986/87:90 s. 215.

Som framgår av lagtexten löper återvinningsfristen fem år bakåt i tiden räknat från dagen för konkursansökan. För närstående finns dock ingen tidsgräns.¹⁸ Undantaget är om återvinningsanspråket preskriberas.¹⁹

2.2.3 Nackdelsrekvisitet och insolvensrekvisitet

Med nackdel menas att gäldenärens ekonomiska ställning omedelbart försämrats genom transaktionen eller att det inbördes förhållandet mellan borgenärerna har rubbats.²⁰ Lennander uttrycker det lite annorlunda: Nackdel föreligger om minst en av borgenärerna hade fått försämrad utdelning vid en fiktiv konkurs omedelbart efter transaktionen.²¹ För att en rättshandling ska kunna angripas krävs enligt lagtexten även att gäldenären var insolvent då rättshandlingen företogs, eller blev insolvent på grund av rättshandlingen. Insolvens innebär att gäldenären inte kan betala förfallna skulder och att denna oförmåga inte är tillfällig.²²

Det som skiljer nackdelsrekvisitet och insolvensrekvisitet i 4:5 KL från de objektiva återvinningsreglerna är att det i 4:5 KL räcker med ett indirekt samband. Nackdelen och insolvensen behöver inte bero på rättshandlingen i sig, utan kan ha uppstått i förening med andra omständigheter.²³ Ett exempel från förarbetena är att gäldenären ger bort sin egendom och därefter ger sig in på vågade spekulationer som ger upphov till insolvens. Då kan gåvan återvinnas om de båda handlingarna kan betraktas som en enhet med kausalsamband mellan handlande och insolvens.²⁴ Från rättspraxis kan nämnas fallet NJA 1987 s. 320, där kravet var uppfyllt redan vid ”ökad risk för ekonomisk förlust”. Återvinning är dock inte möjlig om gäldenären efter rättshandlingen återigen blir solvent innan konkurs eller ackord inträffar.²⁵

Om adekvansen brister eller är svag avseende nackdels- eller insolvensrekvisitet utgör ond trosrekvisitet och otillbörlighetsrekvisitet en säkerhetsventil, enligt Lennander.²⁶

2.2.4 Ond trosrekvisitet

Rekvisitet tar sikte på motparten. Denna ska vara i ond tro avseende hela det aktuella förfarandet och dess inverkan på gäldenärens ekonomi; alla objektiva rekvisit i 4:5 ska således vara täckta av ond tro. Det räcker att motparten uppträder culpöst, dvs. känner till eller borde ha känt till omständigheterna. Det är i sammanhanget ointressant vilken inställning gäldenä-

¹⁸ 4 kap. 2-3 §§ och 5 § 3 st. KL.

¹⁹ NJA 2011 s. 755.

²⁰ Palmér och Savin, kommentaren till 4 kap. KL under rubriken ”Nackdelsrekvisitet”.

²¹ Lennander, s. 97.

²² 1:2 KL.

²³ SOU 1983:60 s. 38, prop. 1986/87:90 s. 215.

²⁴ SOU 1970:75 s. 161.

²⁵ Prop. 1975:6 s. 144.

²⁶ Lennander, s. 148.

ren hade till förfarandet. Man kan exempelvis tänka sig att en slipad borgenär lyckas förleda gäldenären att genomföra vissa otillbörliga dispositioner.²⁷ Vid culpabedömningen ska endast objektiva faktorer vägas in. Det har alltså inte någon betydelse vilken värdering motparten lägger vid förfarandet, eller om hon själv bedömer handlandet som otillbörligt.²⁸ Det subjektiva rekvisitet vållar stora utrednings- och bevissvårigheter för konkursförvaltarna och är den största flaskhalsen för bifall till återvinningstalan enligt 4:5 KL.²⁹

En undersökningsplikt för motparten kan enligt Lennander uppstå om det föreligger omständigheter som pekar på insolvens hos gäldenären. Sådana omständigheter kan vara om gäldenären använder osedvanliga betalningsmedel eller om det förekommer rykten om betalningssvårigheter.³⁰

I paragrafens andra stycke stadgas att närstående till gäldenären presumeras ha ond tro; bevisbördan är alltså omkastad till motpartens nackdel i det fallet. För att exculpera sig krävs dock endast att den närstående gör sannolikt att hon inte hade eller borde haft sådan kännedom.

2.2.5 Otillbörlighetsrekvisitet

Otillbörlighetsrekvisitet är vagt utformat. Lagstiftaren har – väl medveten om detta – överlämnat till rättstillämpningen hur rekvisitet ska tolkas.³¹ Man har dock i förarbetena sagt att en inre kärna består av det straffrättsliga stadgandet i 11:4 BrB.³² Kortfattat kan nämnas att 11:4 BrB endast adresserar gäldenären och dessutom kräver uppsåt till att transaktionen ska medföra påtaglig fara för att en borgenärs rätt ska förringas avsevärt.

Utöver denna kärna ges i förarbetena till 4:5 KL några exempel på otillbörliga rättshandlingar. Vad först gäller *otillbörligt gynnande* (av en borgenär) så kan en ordinär betalning återvinnas om ”situationen var så prekär att betalningen i det aktuella fallet framstår som otillbörligt gynnande av viss borgenär framför andra”. En ordinär betalning av ett betydande belopp som görs till en oprioriterad, ondtröende borgenär kort före konkursutbrottet bör för det mesta vara otillbörlig. Att viss borgenär gynnas framför andra behöver dock inte innebära att betalningen är otillbörlig, om borgenären t.ex. genom förmånsrätt³³ ändå skulle få betalt före de andra. *Undandragande av egendom* är otillbörligt om det görs i syfte att skada borge-

²⁷ SOU 1970:75 s. 161-162.

²⁸ Lennander, s. 151, Walin, s. 160.

²⁹ Lennander, s. 149.

³⁰ Lennander, s. 152-153.

³¹ Prop. 1975:6 s. 206, 208.

³² SOU 1970:75 s. 160.

³³ Som flera författare (bland annat Rodhe, s. 273) har påpekat är detta inte ens en kränkning av nackdelsrekvisitet, varför en otillbörlighetsbedömning förefaller överflödig.

närerna, om utmätningsbar egendom byts ut mot sådan som inte är utmätningsbar eller om egendom säljs och pengarna används för eget uppehälle eller för betalning till viss borgenär. Det är dock inte otillbörligt att sälja egendom för att skaffa sig levebröd. *Skuldsättning* är otillbörligt om boet inte tillförs motsvarande värde. Exempel på detta är upplåning mot mycket dåliga villkor, samt onormal konsumtion på kredit.³⁴

I doktrinen är man överens om att otillbörligheten är ett rent objektivet rekvisit, med en teknisk, konkursrättslig innebörd som inte har något att göra med allmän moralisk klander- värdhet att göra.³⁵ Stöd för detta har man enligt Möller fått genom ovan exempel på otillbörliga handlingar i förarbetena.³⁶

Rodhe har mot bakgrund av de uppräknade exemplen i lagmotiven tidigt dragit slutsatsen att otillbörlighet föreligger när paragrafens rekvisit är uppfyllda och rättshandlingen är någorlunda betydelsefull i sina ekonomiska konsekvenser.³⁷ Stor vikt har lagts vid det ekonomiska värdet av transaktionen, men Renman är kritisk till detta resonemang och menar att även ett värde på ett par tusen kronor bör kunna återvinnas om flera andra faktorer pekar på otillbörlighet i det enskilda fallet.³⁸

Lennander menar att otillbörlighetsrekvisitets funktion rent principiellt är att välja ut och kvalificera vissa rättshandlingar såsom otillbörliga. Utöver att resterande rekvisit i 4:5 KL är uppfyllda ska en otillbörlighetsprövning göras. Rent praktiskt menar hon dock att rekvisitet ger rättstillämpningen möjlighet att undanta rättshandlingar som i och för sig uppfyller de övriga rekvisiten i 4:5 KL, men som ändå inte ska återvinnas. Hennes omfattande analys av otillbörlighetsrekvisitet har resulterat i en modell för att fastställa om rekvisitet är uppfyllt.

- De övriga rekvisiten i 4:5 KL är uppfyllda.
- Ett av rekvisiten är påfallande starkt.
- Inga omständigheter talar emot otillbörlighet.
- Vid en helhetsbedömning framstår transaktionen som extraordinär.³⁹

³⁴ SOU 1970:75 s. 160-161, prop. 1975:6 s. 208.

³⁵ Lennander, s. 155-156, Renman, s. 89 samt Rodhe, s. 273.

³⁶ Möller, s. 426.

³⁷ Rodhe, s. 273.

³⁸ Renman, s. 91-92.

³⁹ Lennander, s. 157-159.

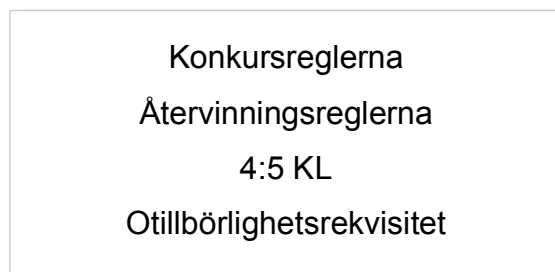
3. UTREDNING

3.1 Syftet med 4:5 KL

3.1.1 Mer om metoden

Syftet med återvinningsreglerna är att upprätthålla konkursinstitutet.⁴⁰ Detta syfte bör därför vara ledande för hur man ska tolka otillbörlighetsrekvisitet.⁴¹

Eftersom syftet med 4:5 KL inte är uttalat väljer jag att gå en omväg via en annan nivå inom lagen. Med nivåer menar jag de olika syften eller ändamål som ligger bakom reglerna. Högst upp finns konkursnivån, därefter återvinningsnivån, därefter paragrafen och längst ner otillbörlighetsrekvisitet.



Varje nivå i lagtexten tjänar en högre nivå. Varje steg nedåt blir mer specifikt och avgränsat. Konkursreglernas syfte högst upp är alltför omfattande att undersöka i den här uppsatsen och otillbörlighetsrekvisitets syfte längst ner alltför vag för att undersöka direkt (som jag förklarat i inledningen). Syftet med återvinningsreglerna är däremot begränsat och väl utvecklat i förarbetena. Genom att ha syftet med återvinningsreglerna i bakhuvudet och därefter i analysen jämföra 4:5 KL med de objektiva reglerna hoppas jag kunna klargöra syftet med 4:5 KL.

3.1.2 Syftet med återvinningsreglerna

Som tidigare har nämnts ger återvinningsreglerna konkursen retroaktiv verkan och är till för att syftet med konkursinstitutet inte ska undergrävas, men vad betyder det i praktiken? I förarbetena har syftet med återvinningsreglerna sammanfattats så här:

- Att säkra borgenärskollektivet mot illojala transaktioner från gäldenärens sida. I förarbetena ges det klassiska exemplet att gäldenären avyttrar sina tillgångar och flyr landet.

⁴⁰ Welamson & Mellqvist, s. 26.

⁴¹ Lennander, s. 156.

- Att förhindra en kapplöpning mellan borgenärerna om gäldenärens tillgångar. En sådan kapplöpning är i regel skadlig för både gäldenären och borgenärerna och kan i sig framkalla en konkurs ur ett läge som från början enbart var ekonomiskt ansträngt. Genom en konkursansökan neutraliseras åtgärder från en påstridig borgenär.⁴²
- Att göra borgenärerna mer jämspelta i en insolvenssituation. De behöver inte konstant bevaka gäldenärens ekonomiska situation för att ta till vara sin rätt. Transaktioner som rubbar förmånsrättsordningen neutraliseras.
- Att ge möjlighet att uppskjuta konkursbeslutet i väntan på utredning av andra möjligheter att komma till rätta med de ekonomiska svårigheterna.
- Att genom sin existens ha en preventiv effekt på möjliga illojala transaktioner.⁴³

3.1.3 Syftet med 4:5 KL

Syftet är som sagt inte uttalat i förarbetena utan får utläsas av sammanhanget och av de exempel som räknas upp (se ovan under avsnitt 2.2.5). Enligt förarbetena är det meningen att 4:5 KL ska kunna komplettera de objektiva reglerna. Man framhåller vikten av elasticitet och möjligheten att angripa rättshandlingar som i det enskilda fallet kan anses otillbörliga. Paragrafen fungerar som en generalklausul med det subjektiva rekvisitet som avgränsning av regelns mycket vida tillämpningsområde.⁴⁴ Paragrafens tillämpningsområde är avsevärt bredare avseende närstående till gäldenären än för andra, på grund av den omkastade bevisbördan i de fallen.

Vad det gäller lagtexten så har 4:5 KL vid en jämförelse med de objektiva reglerna följande egenheter. *För det första* riktar sig 4:5 KL mot rättshandlingar i stort, medan de objektiva reglerna riktar sig mot en specifik typ av rättshandling; gåva (4:6), bodelning (4:7), betalning av skuld (4:10) och så vidare. *För det andra* är tidsfristen avsevärt längre i 4:5 KL. Återvinning i de objektiva reglerna har korta tidsfrister, som regel sex månader som i gåvofallet (4:6) eller tre månader som är fallet vid betalning av skuld (4:10). Återvinning av bodelning (4:7) som kan fås att återgå upp till tre år bakåt i tiden är den enda längre tidsfristen bland de objektiva reglerna. *För det tredje* har 4:5 KL som tidigare nämnts ett indirekt skaderekvisit, vilket gör kravet på kausalitet mindre. Det räcker att transaktionen har ett samband med insolvensen, i förening med andra omständigheter.⁴⁵ *Slutligen* ska ond tro och insolvens

⁴² Resonemanget till viss del utvecklat av Rodhe, s. 260-261.

⁴³ Prop. 1975:6 s. 132, 204, prop. 1986/87:90 s. 120.

⁴⁴ Prop. 1975:6 s. 94, 134, prop. 1986/87:90 s. 118, 130.

⁴⁵ Prop. 1975:6 s. 142, 209, prop. 1986/87:90 s. 215.

bevisas av konkursförvaltaren i 4:5 KL. I de objektiva reglerna presumeras insolvens och (naturligt nog) saknas ondTROSREKVISITET.

3.2 Otillbörighetsrekvisitets funktion

I det här avsnittet ska jag redogöra för praxis där det på något sätt kan utläsas något om otillbörighetsrekvisitets funktion. Jag har inte låtit enstaka nyare rättsfall som inte tillför något till analysen tynga uppsatsen. De rättsfall som tagits med har sammanfattats och presenteras här kronologiskt helt utan mina kommentarer. (Dock har kommentarer från doktrinen fällt in i notform vid behov.) Tanken är att hålla rättsfallen rena i det här avsnittet för att underlätta för läsaren att senare kritiskt granska uppsatsens analys och slutsatser.

NJA 1978 s. 194

Företaget Stelvio hade vid ett möte med banken konstaterat att man var på obestånd. Mötet ägde rum den 16 september och den 8 oktober försattes Stelvio i konkurs. Under den tiden inflöt betalningar från Stelvios kunder på cirka 33 000 kr på Stelvios bankkonto. Bankkontot utgjorde en del av bankens säkerhet i företaget genom ett borgensåtagande från Stelvio. Genom kundernas betalningar minskades företagens skuld till banken som från och med mötet den 16 september kände till Stelvios insolvens. Eftersom detta skedde under dagarna före konkursutbrottet och det rörde sig om ett betydande belopp ansågs förfarandet vara otillbörligt.

NJA 1981 s. 562

Företaget NK hade skött inredningen åt ett restaurangföretag (GAD). Arbetet hade utförts på kredit med återtagandeförbehåll avseende inredningen. När GAD ett halvår senare gick i konkurs övertog ett tredje företag (El Pilar) restaurangrörelsen. Den säkerhet NK hade i GAD:s konkurs genom återtagandeförbehållet uppgick då till cirka 400 000 kr. Vid överlåtelserna ingick NK, GAD och El Pilar ett avtal som innebar att El Pilar övertog betalningsansvar för GAD:s skuld och erlade visst kontantbelopp till NK. Genom avtalet fick således NK täckning för hela sin inredningsfordran avseende 3,2 miljoner kr och tillfördes därmed ett värde som översteg säkerheten med 2,8 miljoner kr. NK gynnades härigenom framför övriga borgenärer i GAD:s konkurs. HD ansåg att gynnandet var otillbörligt redan med hänsyn till beloppets storlek.

NJA 1983 s. 737

Företaget ME-FA befann sig i betalningssvårigheter. Konkurs hotade och en ackordsuppörelse föreslogs. Staten som hade skattefordringar med förmånsrätt hade vid det här tillfället kunnat försätta ME-FA i konkurs och troligtvis fått utdelning för hela sin fordran. Staten påkallade dock inte konkurs eftersom man ville att ME-FA skulle kunna drivas vidare, vilket bland annat skulle rädda flera arbetstillfällen. Staten gick därför med på ackordsuppörelsen, men med den förutsättningen att staten skulle få ytterligare säkerhet i form av företagsinteckningar. De företagsinteckningar som staten härigenom fick var så förmånliga att staten genom denna transaktion flyttades upp i hierarkin i förmånsordningen även gentemot andra borgenärer med företagsinteckningar. Borgenärernas inbördes ordning hade alltså rubbats. Vid tidpunkten fanns det dock full täckning för alla borgenärer med företagsinteckningar.

ME-FA gick trots detta senare i konkurs och det fanns då risk för att andra borgenärer med företagsinteckningar inte skulle få full utdelning. När statens företagsinteckningar återkrävdes av konkursboet vitsordade staten att säkerställelsen var till nackdel för några borgenärer och att staten vid tidpunkten var i ond tro om ME-FA:s insolvens, men bestred att det var en otillbörlig transaktion. Underinstanserna och föredragande i HD ansåg att otillbörlighetsrekvisitet var uppfyllt. HD dömde dock till statens fördel med motiveringen att kravet på otillbörlighet inte var uppfyllt, eftersom det gynnande som skett av just den ifrågavarande borgenären inte framstod som ”föranlett av någon omständighet som förtjänar beteckningen otillbörlig”, alternativt att ”särskilda skäl föreligger”.

Rättsfallet är kontroversiellt och kan vara obsolet.⁴⁶

NJA 1985 s. 29

Simiaprodukter AB (SP) hade anlitat en bokföringsbyrå för att utreda sin ekonomiska situation. Bokföringsbyrån kom fram till att SP var på obestånd och krävde betalning av sina fordringar för att lämna ut bokföringsmaterialet, (dvs. använde sin detentionsrätt). SP betalade och försattes kort därefter i konkurs. HD uttalade följande: Betydande (men inte avgörande) styrka talar för att betalning mot erhållande av egendom som omfattas av detentionsrätt inte är otillbörlig. Vidare bör normala ersättningar för att utreda ett företags möjlighet att drivas vidare godtas, med hänvisning till förarbetena⁴⁷. Dessutom bör betalningen inte vara otillbör-

⁴⁶ Avgörandet har kritiserats hårt av Göransson, s. 284-285, till viss del av Walin, s. 163, Welamson, s. 439 samt av Håstad, s. 268, som även påpekar att synsättet och den aktuella lokutionen inte har upprätthållits i senare praxis. Möller, s. 426 anser att rättsfallet inte längre kan anses vara vägledande beträffande otillbörlighetsbedömningen.

⁴⁷ Prop. 1975:6 s. 224 som gäller 4:10 KL.

lig eftersom det med hänsyn till enskilda och allmänna intressen måste vara angeläget att företag med ekonomiska bekymmer ska kunna anlita hjälp för att utreda sin situation. De fordringar som kunde hänföras till denna utredning och som inbegreps av detentionsrätten kunde därför inte återvinnas. Bokföringsbyrån hade även krävt betalning för andra äldre fordringar som inte hade koppling till varken detentionsrätt eller utredning av SP:s möjlighet att drivas vidare. Betalningen av dessa fordringar var otillbörlig och återvanns därför.

NJA 1990 s. 562

Pengar hade inlutit på postgiro till Stålmanufaktur AB (SLM). En bank som hade säkerhet hos SLM genom företagsinteckning överförde i enlighet med fullmakt 180 000 kr inom SLM, från postgiro till bankkonto, samma dag som SLM försattes i konkurs. Genom denna transaktion tillfördes medel till bankens säkerhet eftersom postgirot inte var en del av företagsinteckningen, vilket bankkontot var. Därmed hade banken gynnats framför övriga borgenärer som endast hade allmän förmånsrätt eller oprioriterade fordringar. Överföringen utgjorde ett betydande belopp och ansågs med beaktande av omständigheterna i övrigt vara otillbörlig.

NJA 1994 s. 484

Genom återköp fick en borgenär en momsfordran på staten och staten en momsfordran på konkursgäldenären. HD uttalade att en ökning av ett företags momsskuld inte annat än undantagsvis kan anses innebära att gäldenärens skulder ökats på ett otillbörligt sätt. Beloppet återvanns inte.

NJA 1996 s. 271

Företaget Skypark och en bank (Banken) hade samma styrelseordförande och var därmed närstående företag. Skypark hamnade i betalningssvårigheter, rekonstruktion startade och en ackordsuppgörelse föreslogs. En stiftelse (Stiftelsen), som var en av de större ägarna i Skypark, gick med på att skriva ner sin fordran på Skypark från 2,5 mkr till 625 000 kr. Innan ackordsuppgörelsen hade blivit definitiv tog Skypark på sig en checkkredit i Banken som i sin tur utfärdade en växel på samma summa vilken Banken gav till Stiftelsen som betalning för skulden. Härigenom fördes likvida medel om 625 000 kr från Skypark till Stiftelsen. 13 dagar senare försattes Skypark i konkurs. Genom utbetalningen gynnades Stiftelsen framför andra borgenärer på ett otillbörligt sätt.

NJA 1998 s. 487

Två närstående bolag hade genomfört en serie transaktioner under de närmsta 20 dagarna före konkursutbrottet som resulterade i en överföring av totalt 500 000 kr från konkursbolaget. Transaktionerna avsåg ett betydande belopp och hade genomförts av närstående bolag som hade samma företrädare kort före konkurs när gäldenären befann sig i akut ekonomisk kris, vilket gjorde att de ansågs vara otillbörliga. Att transaktionerna inte avvek från vad som var brukligt mellan parterna föranledde inte någon annan bedömning.

NJA 2005 s. 443 (skadeståndstalan)

Målet gällde skadeståndstalan mot konkursförvaltare som underlåtit att väcka återvinningstalan enligt 4:5 KL. För att utreda om skadeståndstalan skulle bifallas behövde rätten fastställa om återvinning hade varit möjlig i det aktuella fallet. Timmerverkstaden (Timmer) hade betalat en skuld till en advokatbyrå cirka en månad innan Timmer gick i konkurs. Konkursförvaltaren hänvisade till NJA 1985 s. 29 och menade att det arbete som advokatbyrån hade utfört var sådant som krävdes för att reda ut Timmers möjlighet att drivas vidare och att betalningen av fordran därför inte var otillbörlig. HD uttalade att NJA 1985 s. 29 inte innebär att det finns någon allmän princip om att betalning för redovisningsbiträden eller juridiska tjänster för företag i ekonomiska svårigheter skulle vara undantagen återvinning. Dessutom lade man vikt vid att en förordnad rekonstruktör har allmän förmånsrätt genom FRL och advokaten som utfört arbetet hade inte förordnats som rekonstruktör. HD ansåg dock att det utöver denna reglering finns visst utrymme att anse betalning av juridiska tjänster som ej otillbörliga. Det ankom dock på konkursförvaltaren att visa varför det rörde sig om en sådan situation i det här fallet. Utredningen visade att advokatbyrån bistått med rådgivning i samband med åtgärder för återställande av bolagets eget kapital, flera försök att driva in kundfordringar, planering och genomförande av tre bolagsstämmor, frågor rörande rösträtt i bolaget, bolagets aktiebok, styrelsens ansvar för bolagets förpliktelser m.m. HD lade vikt vid att advokatbyråns fordran grundade sig på arbetsuppgifter utförda under en lång tid samt verkade innefatta sedvanligt juridiskt arbete som inte avvek från vad som förekommer i förhållande till företag i allmänhet och ansåg att betalningen inte var skyddad mot återvinning. Två justitieråd var skiljaktiga och ansåg att den juridiska rådgivningen var av sådan typ som skulle kunna undantas återvinning, eftersom arbetet syftade till att lösa Timmers likviditetsproblem. Minoriteten ansåg alltså att man skulle se på det arbete som faktiskt hade utförts och inte huruvida det rent formellt föll in under FRL.

Göta hovrätts dom 2012-05-22 i målet T 1854-11

JT var styrelseordförande, firmatecknare samt aktieägare (med innehav 30 %) i bolaget Netbroad. Han hade i slutet av januari lånat ut 40 000 kr till Netbroad med villkor om återbetalning senast den 31 mars. Återbetalning skedde till JT den 25 mars då Netbroad var insolvent. Bolaget försattes i konkurs den 8 maj. Tingsrätten hänvisade till doktrin samt NJA 1983 s. 737 och ansåg att rättshandlingen vid en samlad bedömning inte skulle anses vara otillbörlig eftersom den utgjorde en ”räddningstransaktion”. Hovrätten konstaterade i sin otillbörlighetsbedömning att det aktuella beloppet bland annat med avseende på bolagets förhållanden var betydande samt att JT stod Netbroad betydligt närmare än bolagets övriga borgenärer. Det faktum att JT hade bolagets bästa för ögonen vid utbetalningen av lånet var inte tillräckligt för att föranleda en annan bedömning. Låneåterbetalningen var alltså otillbörlig. Målet överklagades till HD som ej meddelade prövningstillstånd.⁴⁸

3.3 Otillbörlighetsrekvisitets ändamålsenlighet

Det råder delade meningar i doktrinen om hur ändamålsenligt rekvisitet är. Håstad anser att rekvisitet kan strykas och ersättas med ett undantag vid särskilda rättfärdigande omständigheter samt vid åtgärder av mindre betydelse.⁴⁹ Enligt Möller är rekvisitet så elastiskt att det i vissa fall inte tycks ha något självständigt innehåll, men rekvisitets vaghet kan enligt honom vara till nytta för återvinningsreglernas preventiva funktion genom att dämpa antalet transaktioner i gråzonen för det tillåtna. Samtidigt varnar han för att samma vaghet kan göra att konkursförvaltare blir mindre benägna att processa, vilket kan ge 4:5 KL en tandlöshet som motverkar det preventiva syftet.⁵⁰ Göransson är mycket kritisk till rekvisitet och menar att det är alltför borgenärsfientligt. Han föreslår att rekvisitet helt tas bort, alternativt att bevisbördan kastas om till motpartens nackdel.⁵¹

⁴⁸ HD:s beslut 2012-11-15, i målet T 2880-12, aktbilaga 3.

⁴⁹ Håstad, s. 268. Se även Möller s. 427, som menar att gällande rätt troligtvis redan ser ut så som Håstad förespråkar.

⁵⁰ Möller, s. 432.

⁵¹ Göransson, s. 286, 290.

4. ANALYS

4.1 Syftet med 4:5 KL

4:5 KL är huvudregel bland återvinningsreglerna och tänkt att träffa väldigt många typer av situationer. Vid en jämförelse mellan 4:5 KL och de objektiva reglerna kan man dock se följande egenheter med 4:5 KL: *För det första* vill man kunna återvinna transaktioner oberoende av vilken etikett rättshandlingen har. Det har ingen betydelse om det rör sig om ett lån, betalning av skuld eller något annat. *För det andra* kan man med lagrummet komma åt transaktioner som har ett svagare kausalsamband till insolvensen. Det räcker att rättshandlingen har bidragit till insolvensen. *För det tredje* tillåter lagrummet återvinning av transaktioner längre bak i tiden. *Slutligen* krävs ond tro hos motparten, vilket är en starkt avgränsande faktor.

Allt detta innebär att 4:5 KL i teorin är mycket effektiv för att komma åt olika former av ”upplägg”, dvs. transaktioner som genomförs i syfte att kringgå konkursreglerna. Det är även den typen av exempel som förekommer i förarbetena. Upplägg bör vara vanligast mellan närstående, men kan självklart även genomföras av en stark och påstridig borgenär med insyn i verksamheten, exempelvis en långgivare. Eftersom ett upplägg är gjort för att undvika objektiva regler som inriktar sig på specifika situationer och har konkreta tidsgränser krävs en mer elastisk form av paragraf, vilket 4:5 KL är. Denna elasticitet kan även lämpa sig väl på det preventiva planet, vilket är ett viktigt syfte med återvinningsreglerna.

I min mening talar alltså förarbetena och lagtexten för att det främsta syftet med 4:5 KL är att återvinna medvetna upplägg och att verka dämpande på viljan att genomföra den typen av transaktioner.

4.2 Otillbörlighetsrekvisitets funktion

4.2.1 Beloppet, tidpunkten och närståendefaktorn

I flera rättsfall har transaktioner varit otillbörliga på grund av beloppets storlek och för att de genomförts kort före konkursutbrottet. I NJA 1978 s. 194 ansågs transaktioner otillbörliga som genomförts 22 dagar före konkursutbrottet till ett sammanlagt värde om 33 000 kr. Synsättet upprätthölls i NJA 1990 s. 562 och NJA 1996 s. 271. Detsamma gällde NJA 1998 s. 487 där transaktionerna återvanns även fast de var ordinära, möjligtvis eftersom parterna var närstående. HD säger dock inte något om huruvida transaktionen hade varit otillbörlig även om parterna inte hade varit närstående. I hovrättsfallet T 1854-11 återkommer samma resonemang. (Mer om detta fall i 4.2.2.) I NJA 1981 s. 562 verkar tidpunkten för konkursutbrottet

inte ha någon betydelse. HD konstaterar lakoniskt att transaktionen var otillbörlig redan på grund av beloppets storlek (2,8 miljoner kr), tydligen oberoende av när den hade genomförts.

4.2.2 Syftet med transaktionen (vällovlighetsfaktorn)

NJA 1983 s. 737 har orsakat mycket kontrovers angående otillbörlighetsrekvisitet. Där fick en borgenärs påstådda välvilja och gäldenärens skäl för gynnandet av denna borgenär effekten att transaktionen inte skulle anses vara otillbörlig. Som tidigare anförts har avgörandet kritiserats av Håstad, Göransson och Walin. Möller menar att rättsfallet inte längre kan anses vara vägledande beträffande otillbörlighetsbedömningen. Jag håller till viss del med om Möllers bedömning, med tanke på att HD:s formulering – som Håstad påpekat – inte använts därefter, samt NJA 1996 s. 271 där HD kom till motsatt slut i en liknande situation. Själva tanken att se till syftet med transaktionen vid otillbörlighetsbedömningen återkommer dock i hovrättsfallet T 1854-11. Tingsrätten hade sett rättshandlingen som en del av en räddningstransaktion och därför ogillat återvinning på grund av bristande otillbörlighet. Hovrätten ändrade domen och tillät återvinning med motiveringen att det vällovliga syftet med räddningstransaktionen *inte var tillräckligt* för att undanta den från återvinning. Här hade HD kunnat sätta ner foten och bestämma ifall någon av parternas vällovliga inställning eller syfte med en viss transaktion verkligen ska ha betydelse i otillbörlighetsbedömningen överhuvudtaget. Tyvärr meddelades inte prövningstillstånd.

4.2.3 Fall där återvinning undantogs

I NJA 1985 s. 29 uttalade HD att betydande (men inte avgörande) styrka talar för att betalning av fordran mot utfående av egendom som omfattas av detentionsrätt inte är otillbörlig. Vidare sade HD i samma rättsfall att ett företag som misstänker att det är på obestånd måste kunna få hjälp med att ordna upp sin ekonomi och utreda huruvida det finns möjlighet att fortsätta driften, varför betalning av fordringar som har koppling till utredningar av detta slag måste kunna undantas återvinning. Detta synsätt utvecklades i NJA 2005 s. 443 där HD uttalade att det inte finns någon allmän princip om att betalning för redovisningstjänster eller juridiska tjänster för företag i ekonomiska svårigheter ska vara undantagna återvinning. Det fanns visst utrymme att argumentera för att juridiska tjänster utanför rekonstruktion skulle undantas återvinning, men enligt HD:s majoritet hade de aktuella tjänsterna varit av sedvanligt juridiskt arbete som inte kunde undantas återvinning. Två justitieråd var av motsatt åsikt och ansåg att den aktuella juridiska rådgivningen varit av sådan art som skulle skyddas från återvinning. HD:s majoritet har därmed markerat att principen i 1985 års fall ska användas med viss re-

striktivitet. I NJA 1994 s. 484 ansågs en ökning av ett företags momsskuld inte (annat än undantagsvis) innebära att gäldenärens skulder ökats på ett otillbörligt sätt.

4.2.4 Sammanfattning

De faktorer som hela tiden har återkommit i bedömningarna är beloppet och tidpunkten. HD har dock aldrig uttalat att ett belopp inte har varit tillräckligt stort eller att en tidpunkt har varit för långt tillbaka i tiden. Närståendefaktorn har funnits med i bedömningen när den har varit aktuell, men det är oklart vilken vikt som har lagts härvid. Vällovlighetsfaktorn har använts vid ett tillfälle av HD för att undanta en transaktion från återvinning, men rättsfallet är hårt kritiserat och troligtvis obsolet.

Följande tre undantag kan därutöver skönjas. *För det första* vid betalning mot erhållande av egendom som omfattas av detentionsrätt, *för det andra* betalning som har koppling till utredning av ett ekonomiskt pressat företags möjligheter att drivas vidare *samt för det tredje* transaktioner som har ökat en momsskuld.

4.3 Otillbörlighetsrekvisitets ändamålsenlighet

Jag ska utvärdera otillbörlighetsrekvisitets ändamålsenlighet genom att undersöka huruvida de bedömningsfaktorer som har använts i rättstillämpningen verkar vara relevanta.

De vanligaste faktorerna ”beloppet” och ”tidpunkten” har inte använts någon gång av HD för att undanta transaktioner med hjälp av otillbörlighetsrekvisitet. Detta är i min mening egentligen inte konstigt, eftersom det är faktorer som inte heller bör vara avgörande vid otillbörlighetsbedömningen. De skäl jag kan se med att ha beloppets storlek som en bedömningsfaktor är att ge företagen visst handlingsutrymme och att undanta mindre återvinningsprocesser. Inget av alternativen är förnuftiga i min mening. En helt annan sak är att beloppets storlek i vissa fall kan tala för att motparten borde vara i ond tro avseende något av de andra rekvisiten i 4:5 KL.

Närheten i tid mellan rättshandlingen och konkursbeslutet ges en framträdande roll vid otillbörlighetsbedömningen. Eftersom tidpunkten enligt ordalydelsen i 4:5 KL sträcker sig åtminstone fem år bakåt i tiden verkar det emellertid underligt att ge denna faktor någon avgörande betydelse. Tidpunkten skulle i min mening kunna ha betydelse för att avgöra om kausalitet föreligger mellan handling och obestånd eller för att peka på ond tro avseende gäldenärens insolvens, men bör inte ha någon ytterligare betydelse även i en otillbörlighetsbedömning.

Närståndefaktorn har eventuellt haft betydelse vid bedömningen. Troligtvis eftersom man kan presumera att närstående i större utsträckning försöker sig på upplägg för att kringgå konkursens verkningar och att transaktioner därför oftare saknar rent affärsmässiga skäl. Med andra ord kan man presumera ond tro både om insolvens och nackdel. Närstående är emellertid redan tvungna att exculpera sig enligt 4:5 KL, så en ytterligare bedömning på otillbörlighetsnivån är i min mening överflödigt.

Transaktionens eventuellt välvilliga syfte hade betydelse i NJA 1983 s. 737, men har därefter inte synts till i HD:s praxis. I hovrättsmålet T 1854-11 har dock resonemanget återuppstått, om än i en annan form. I 1983 års fall ställde HD upp ett speciellt villkor om att gynnandet ska ha varit föranlett av ett otillbörligt syfte. Detta *krav* har aldrig återkommit, men som en *faktor* återkom det i T 1854-11. I målet var det inte den välvilliga transaktionen (ägarens lån till företaget) som skulle återvinnas utan den efterföljande transaktionen (återbetalningen av lånet till ägaren). Enligt min mening ska detta ”välvilliga lån” inte behandlas på något annat sätt än de lån som företagets andra kreditgivare har gett. Vidare bör parternas syfte inte vara en faktor vid bedömningen överhuvudtaget. Har någon gynnats på bekostnad av någon annan (nackdelsrekvisitet) så har det i min mening ingen betydelse om transaktionen genomfördes för att företaget skulle kunna fortsätta att drivas eller för att betala maffian. Vill man att företaget ska kunna drivas vidare bör man nämligen kunna använda en lösning som inte medför att nackdelsrekvisitet uppfylls. Syftet med transaktionen bör därför inte heller vara en faktor av betydelse.

Lennander menar att de andra rekvisitens styrka inverkar på otillbörlighetsbedömningen samt att otillbörlighetsrekvisitet kan tjäna som en säkerhetsventil om adekvansen är svag avseende nackdelsrekvisitet eller insolvensrekvisitet. Jag anser att det är både lättare och mer systematiskt korrekt att hantera eventuella problem på sin specifika nivå. Om adekvansen brister eller är svag avseende exempelvis insolvensrekvisitet bör det istället innebära att insolvensrekvisitet inte anses uppfyllt. Något otillbörlighetsrekvisit krävs inte för att hantera dessa situationer. Jag menar sammanfattningsvis att alla ovan funktioner bör kunna hanteras av andra rekvisit i 4:5 KL.

NJA 1985 s. 29, NJA 2005 s. 443 och NJA 1994 s. 484 är i min mening de tre tillfällen då rekvisitet har använts på ett sätt som är begripligt och ändamålsenligt. Om undantaget är uppfyllt ska återvinning inte ske (trots att resterande rekvisit är uppfyllda), eftersom transaktionen inte är otillbörlig.

5. SLUTSATSER

Jag ska nu utvärdera resonemangen i doktrinen avseende otillbörlighetsrekvisitet och diskutera hur jag anser att 4:5 KL bör se ut. Jag börjar med gällande rätt. Lennanders modell ser ut på följande vis.

- De övriga rekvisiten i 4:5 KL är uppfyllda.
- Ett av rekvisiten är påfallande starkt.
- Inga omständigheter talar emot otillbörlighet.
- Vid en helhetsbedömning framstår transaktionen som extraordinär.

Modellen åskådliggör på ett logiskt och lättförståeligt sätt hur HD:s *bedömningsfaktorer* har sett ut avseende otillbörlighetsrekvisitet. Efter min analys menar jag dock att det enda krav som egentligen behövs i modellen för att förklara rekvisitets *funktion* i rättstillämpningen är det tredje kravet: ”inga omständigheter talar emot otillbörlighet”. I likhet med Möllers resonemang menar jag att otillbörlighetsrekvisitet – trots ordalydelsen i domstolarnas domskäl – i praktiken har varit ett undantag vid särskilda rättfärdigande omständigheter. Det skulle därför stämma bättre med hur paragrafen används om man i lagtexten tog bort otillbörlighetsrekvisitet och ersatte det med ett undantag vid särskilda omständigheter som talar emot återvinning, till viss del i linje med Håstads förslag som tidigare redovisats. Principerna i NJA 1985 s. 29, NJA 2005 s. 443 och NJA 1994 s. 484 samt de uppräknade situationerna i förarbetena skulle utgöra exempel på sådana omständigheter. Jag håller med Möller om att detta med nuvarande rättsläge endast skulle vara en kosmetisk förändring, men det skulle göra paragrafen tydligare och mer i linje med hur den faktiskt används. I praxis har de flesta transaktioner som uppfyller övriga rekvisit i 4:5 KL faktiskt återvunnits och har inte ”räddats” av otillbörlighetsrekvisitet. Det skulle även innebära att vällovlighetsfaktorn och NJA 1983 s. 737 får vila i frid. Dessutom menar jag (se avsnitt 4.3) att de flesta av bedömningsfaktorerna kan hanteras av paragrafens övriga rekvisit, vilket är i linje med denna förändring.

Håstad anser även att det behövs ett undantag för transaktioner av mindre betydelse, vilket kanske har att göra med en vilja att få paragrafen att korrelera med uttalandena om ”betydande belopp” i förarbetena. Själv anser jag inte att en sådan reglering behövs för att uppfylla syftet med paragrafen. Som jag tidigare har redogjort för ser jag inte någon anledning att skära bort händelser med anledning av beloppet.

Jag har nu svarat på uppsatsens huvudfråga. Emellertid kan jag inte låta bli att diskutera ytterligare förändringar i 4:5 KL som skulle göra paragrafen mer borgenärsvänlig.

Det är meningen att 4:5 KL ska fungera dämpande på viljan att genomföra olika former av upplägg. Möller menar att ett osäkert rättsläge skulle kunna vara en återhållande faktor för viljan att företa dessa transaktioner. Jag vill påstå motsatsen. Problemet är att rättsföljden av återvinning endast innebär att rättshandlingen går åter. Om rättsläget är osäkert bör det i många fall vara logiskt för en borgenär eller gäldenär att försöka genomföra en transaktion som man gynnas av, om värsta tänkbara scenario endast är att man får återlämna det man fick. Även om man räknar med kostnaderna för att driva en process kan det vara högst rimligt att göra ett försök. Eftersom bevisbördan ligger helt på konkursförvaltaren – utom det subjektiva rekvisitet i närståendefallet – är risken desto mindre för den gynnade parten vid tveksamma fall. Som Möller påpekar kan detta även innebära att konkursförvaltaren inte vågar ta risken att processa. Allt detta talar i min mening emot att osäkerheten i 4:5 KL skulle ha en dämpande effekt på otillåtna transaktioner och tyder till viss del på motsatsen.

På vilket sätt skulle 4:5 KL då kunna se ut för att fungera ännu bättre preventivt? Ett sätt skulle vara att underlätta bevisningen av det subjektiva rekvisitet. Det skulle kunna räcka att konkursförvaltaren gör det sannolikt att motparten varit culpös. Vill man gå ett steg längre kan man tänka sig en omkastad bevisbörda även för parter som inte är närstående. Faran med detta skulle kunna vara minskad omsättning och ökade kostnader genom alltför stora försiktighetsåtgärder och onödig byråkrati för motparter som behöver skydda sig fem år bakåt i tiden mot återvinning. I likhet med närstående skulle det dock endast krävas att motparten gör det sannolikt att den inte handlat culpöst. En mellanlösning skulle vara att bevisbördan ligger hos icke närstående motpart för rättshandlingar inom ett år från konkursdagen och hos konkursförvaltaren för rättshandlingar längre bak i tiden.

Är detta att gå för långt med tanke på bland annat omsättningsintresset? Jag menar inte det. Det krävs som bekant att motparten varit i ond tro avseende alla objektiva rekvisit i 4:5 KL. Motparten ska alltså vara i ond tro avseende så grundläggande faktorer som att gäldenären inte kan betala sina skulder och att transaktionen medför nackdel. Vid ett sänkt beviskrav krävs fortfarande en hel del bevisning för att göra det sannolikt att motparten kände eller bort ha känt till alla nödvändiga omständigheter. Med omkastad bevisbörda kan man säga att motparten får en viss undersökningsplikt som inte är överdrivet betungande. I affärslivet bör man hur som helst iaktta viss försiktighet och kontroll av vem det är man gör affärer med.

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

- SOU 1970:75 Utsökningsrätt X.
- SOU 1983:60 Återvinning i konkurs.
- SOU 2010:2 Ett samlat insolvensförfarande – Förslag till ny lag.
- Prop. 1975:6 Ändringar i konkurslagen m.m.
- Prop. 1986/87:90 Ny konkurslag.

Litteratur

- Göransson, Ulf Återvinning utom konkurs. Stockholm 1989.
(*Cit Göransson*)
- Håstad, Torgny Sakrätt avseende lös egendom. 6 uppl. Stockholm 1996.
(*Cit Håstad*)
- Lennander, Gertrud Återvinning i konkurs. 3 uppl. Stockholm 2004.
(*Cit Lennander*)
- Möller, Mikael Om återvinning av hävning. I Festskrift till Gösta Walin s. 417. Stockholm 2002. (*Cit Möller*)
- Palmér, Eugène & Savin, Peter Konkurslagen – En kommentar. 28 februari 2013, Zeteo.
(*Cit Palmér & Savin*)
- Renman, Hans Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen. En process- och insolvensrättslig manual. Stockholm 2009.
(*Cit Renman*)
- Rodhe, Knut Handbok i sakrätt. Stockholm 1985. (*Cit Rodhe*)
- Walín, Gösta Materiell konkursrätt. Konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning m.m. 2 uppl. Stockholm 1987. (*Cit Walin*)
- Welamson, Lars Några frågor kring s.k. dold äganderätt till fastighet. I Festskrift till Henrik Hessler s. 433. Stockholm 1985.
(*Cit Welamson*)
- Welamson, Lars & Mellqvist, Mikael Konkurs och annan insolvensrätt. 11 uppl. Stockholm 2013. (*Cit Welamson & Mellqvist*)

Rättsfall

NJA 1978 s. 194

NJA 1981 s. 562

NJA 1983 s. 737

NJA 1985 s. 29

NJA 1987 s. 320

NJA 1990 s. 562

NJA 1994 s. 484

NJA 1996 s. 271

NJA 1998 s. 487

NJA 2005 s. 443

NJA 2011 s. 755

Göta hovrätts dom 2012-05-22 i målet T 1854-11 (*Cit T 1854-11*)

HD:s beslut T 2880-12