



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tora Molander

Entreprenörens konkurs
– särskilt om boets inträde i
entreprenadavtalet

Examensarbete
20 poäng

Lars Gorton

Konkursrätt

Termin
VT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Problemformulering	4
1.3 Avgränsning	4
1.4 Metod	4
1.5 Disposition	4
2 KONKURSBOETS INTRÄDESRÄTT I GÄLDENÄRENS AVTAL6	
2.1 Inledning	6
2.2 Intressekonflikter	7
2.3 Stoppningsrätt	8
2.4 Motpartens hävningsrätt och boets inträdesrätt	9
2.4.1 Motpartens hävningsrätt	9
2.4.2 Boets inträdesrätt	11
2.4.3 Partiellt inträde	12
2.4.4 Tvingande eller icke-tvingande regler?	13
2.5 Företagsrekonstruktion	14
2.6 Särskilda avtalstyper	15
2.7 Verkan av ett inträde	16
2.7.1 Inledning	16
2.7.2 Boets ansvar	16
2.7.3 Kvittning och avräkning av förskott	17
2.8 Förslagen i SOU 2001:80	18
3 UTLÄNDSK RÄTT	20
3.1 Inledning	20
3.2 Dansk rätt	20
3.2.1 Inledning	20
3.2.2 Motpartens hävningsrätt	20
3.2.3 Boets inträdesrätt	21

3.2.4	Verkan av ett inträde	22
3.3	Norsk rätt	22
3.3.1	Inledning	22
3.3.2	Motpartens hävningsrätt	23
3.3.3	Boets inträdesrätt	23
3.3.4	Verkan av ett inträde	24
4	GÄLLANDE RÄTT FÖR ENTREPRENADER	26
4.1	Inledning	26
4.2	Standardavtal	26
4.3	Olika typer av entreprenader	28
4.4	Ersättningsformer	28
4.5	Faran	29
4.6	Entreprenörens kontraktsbrott	30
4.6.1	Entreprenörens dröjsmål	30
4.6.1.1	Tiden	30
4.6.1.2	Ändrings- och tillägsarbeten	30
4.6.2	Påföljder vid dröjsmål	30
4.6.3	Fel i entreprenaden	31
4.6.3.1	Allmänt	31
4.6.3.2	Slutbesiktning	32
4.6.3.3	Garantitid	33
4.6.3.4	Efter garantitiden	34
4.6.4	Påföljder vid fel	35
4.6.5	Andra skyldigheter	37
5	ENTREPRENÖRENS KONKURS	38
5.1	Inledning	38
5.2	Beställarens rätt att häva och boets inträdesrätt	38
5.2.1	AB 92 8 kap 1 §	38
5.2.2	De oreglerade fallen	39
5.2.3	Partiellt inträde	42
5.2.4	Inträde genom konkludent handlande eller passivitet	43
5.2.5	Avtalsklausulers giltighet	45
5.2.6	Återvinning av hävning	46
5.2.7	Överlåtelse av avtalet	48
5.3	Gränsdragning mellan konkurs- och massafordran	49
5.3.1	Allmänt	49
5.3.2	Konkursfordran	49
5.3.3	Massafordran	50
5.4	Konkursboets massaansvar för fel	51
5.4.1	Inledning	51
5.4.2	Felansvarets omfattning	51
5.4.3	Framtida felanspråk och lämnade garantier	53
5.4.4	Klander av utdelningsförslag och återbäringsskyldighet för borgenärerna	54

5.4.5	Konkursförvaltarens ansvar	57
5.5	Kvittning och avräkning av förskott	57
5.6	Rätt till material	58
5.6.1	Inledning	58
5.6.2	Rätt till material ur ett sakrättsligt perspektiv	59
5.6.3	Rätt till material ur ett entreprenadrättsligt perspektiv	61
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	64
6.1	Inträdesrätt	64
6.2	Verkan av ett inträde	65
6.3	Rätt till material	66
	LITTERATURFÖRTECKNING	68
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	70

Sammanfattning

Det finns i den svenska lagstiftningen inga generella regler som behandlar frågan om ett konkursbos inträde i gäldenärens avtal. De regler som finns på området är intagna i specifika kontraktsrättsliga regleringar. Företagsrekonstruktionslagen innehåller också bestämmelser som begränsar motpartens hävningsrätt och ger gäldenären fullföljdsrätt. Under 1970-talet diskuterades frågan om gäldenärens avtal i de nordiska länderna. Mötet hade som mål att lägga fram ett förslag om en gemensam revision av den materiella konkursrätten. Sveriges åsikt i frågan var att någon lagstiftning om konkursboets inträdesrätt inte var nödvändig mest med hänsyn till att förhållandena skiljde sig för mycket mellan olika kontraktstyper. Däremot ansåg man i både Danmark och Norge att det fanns ett behov av generella konkursrättsliga regler på området. Båda länderna lagstiftade därför om att ett konkursbo har rätt att inträda i gäldenärens avtal så länge det inte strider mot rättsförhållandets beskaffenhet. Nu har det nyligen framlagts ett förslag om att det skall införas liknande regler i den svenska konkurslagen men ännu har inte något beslut fattats. Det är alltså i dagsläget ett tvistigt och problematiskt område.

Uppsatsen är inriktad på att undersöka om ett konkursbo har rätt att inträda i ett av gäldenären ingått entreprenadavtal. Det regelverk som behandlar entreprenader är först och främst utvecklat inom den dispositiva rätten. Det finns väl utvecklade standardavtal på området. Den senaste versionen är AB 92 och innehåller, i motsats till sin föregångare AB 72, en inträdesrätt i avtalet för konkursboet. Kravet är att boet kan ställa fullgod säkerhet för sin prestation. I de fallen AB 92 inte är tillämpligt mellan parterna måste en analogi från andra områden göras. I viss mån kan även utländsk rätt vara behjälplig. Även då det konstateras att AB:s regler inte är tillämpliga torde det för konkursboet finnas en inträdesrätt mot ställande av säkerhet.

Vid konstaterandet av en inträdesrätt väcks en del följdfrågor. Det största problemet med ett inträde är huruvida konkursboet ansvarar för fel i utförd prestation och huruvida detta ansvar är ett massaansvar eller inte. Utgångspunkten är att om konkursboet utnyttjar sin rätt till inträde så svarar det för alla gäldenärens förpliktelser som följer av avtalet, vilket leder till att konkursboet svarar med massan för alla fel som kan uppkomma. Denna utgångspunkt eller huvudregel kan i vissa fall kräva undantag. Något säkert svar på frågan om felansvarets omfattning finns inte utan det återstår att se hur problemet kommer att lösas i praxis.

Förkortningar

AB 92	Byggandets Kontraktskommittés allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (1992)
AB 92 (Danmark)	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer (1992)
ABL	aktiebolagslagen (1975:1385)
ABT 94	Svenska teknologföreningens allmänna bestämmelser för totalentreprenader avsedda för byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten (1994)
AvtL	lag (1912:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Deknl	lov av den 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsret
DKL	lovbekendtgørelse nr. 118 af 4.2.1977 om konkurs
FRekL	lag (1996:764) om företagsrekonstruktion
FRL	förmånsrättslagen (1970:979)
HD	Högsta domstolen
JB	jordabalken (1970:994)
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KL	konkurslagen (1987:672)
KTjL	konsumenttjänstlagen (1985:716)
KöpL	köplagen (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd 1
NOU	Norsk offentlig utredning
NS 3430	Norsk Standard 3430. Almindelige Kontraktsbestemmelser for bygge- og anlægsarbejder, 1991.
SOU	Svensk offentlig utredning
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap (Norge)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen (Danmark)
ÄB	ärvdabalken (1958:637)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Ett företag består i huvudsak av en mängd olika avtal som har betydelse för driften av verksamheten. Det kan t.ex. röra sig om inköps- eller försäljningsavtal, avtal om successiva leveranser eller abonnemangsavtal avseende telefoni, elektricitet, vatten etc. Det kan också föreligga hyresavtal, licensavtal, entreprenadavtal eller andra uppdragsavtal. En särskild fråga är hur de kontraktsförhållanden som grundas på dessa avtal påverkas av den omständighet att ena parten blir insolvent och försätts i konkurs innan avtalet hunnit bli fullgjort av någon av parterna. I företagsrekonstruktionslagen finns regler som begränsar motpartens hävningsrätt vid dröjsmål med betalning och som ger gäldenären en rätt att kräva fullföljd av ömsesidigt ofullgjort avtal. Några regler om hur gäldenärens kontraktsförhållanden skall behandlas under ett konkursförfarande finns dock inte i den konkursrättsliga lagstiftningen. De föreskrifter som berör frågan finns istället i den kontraktsrättsliga lagstiftningen som till exempel köplagen. Men långt ifrån alla avtalsförhållanden regleras i särskild lagstiftning. På en del områden har det istället utvecklats branschpraxis som ersatt behovet av en klar lagstiftning. Detta gäller speciellt för området entreprenader. Inom detta område har branschen utvecklat ett väl fungerande system av standardavtal. Dessa har utvecklats under många år och innehållet i bestämmelserna har skiftat. Tidigare fanns det en bestämmelse i de allmänna bestämmelserna för entreprenader som gav den solventa parten rätt till hävning vid motpartens konkurs. Numera, i den senaste versionen av allmänna bestämmelser för entreprenader, finns det istället en inträdesrätt för den insolventa partens konkursbo under förutsättning att boet ställer säkerhet. I de fallen då det helt saknas bestämmelser kan analogier från andra lagområden göras.

I både Danmark och Norge har regleringen på området istället lösts därigenom att generella regler införts i konkursrätten. Både den norska och danska konkurslagen begränsar den solventa partens hävningsrätt och möjliggör istället ett inträde för konkursboet.

I Sverige har diskussionen om konkursbos inträdesrätt senast förts i förmånsrättskommitténs slutbetänkande *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*.¹ I denna utredning föreslås att generella regler om konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal skall införas i konkurslagen.

¹ SOU 2001:80

1.2 Problemformulering

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur en konkurs påverkar entreprenadavtalet. Det jag avser att undersöka närmare är vilka följder en entreprenörs konkurs får. Har konkursboet en inträdesrätt? Är denna inträdesrätt begränsad till att avse partiellt inträde eller är boet tvunget att inträda fullt ut? Vidare kommer jag att titta på verkningarna av ett inträde. Blir boet massaansvarigt för fel vid ett inträde? Vad händer om utdelning skett och boet konstateras ansvarigt för fel? Det kan även uppstå problem vid avgörandet av vad som skall ingå i konkursboet. Vem har rätt till materialet på byggplatsen?

1.3 Avgränsning

Det kan vid utredningen av konkursboets inträdesrätt i ett entreprenadavtal bli olika resultat beroende på om det är beställaren eller om det är entreprenören som går i konkurs. Då jag av utrymmesskäl inte har kunnat behandla båda situationerna är uppsatsen begränsad till att endast gälla entreprenörens konkurs. Jag har avgränsat uppsatsen till kommersiella entreprenader och skall inte behandla entreprenader som är beställda av konsumenter. Vidare ligger fokus på nationella entreprenader och således utlämnas de regler som gäller för internationella entreprenader. En del frågeställningar som är av mer konkursrättslig karaktär och som därmed inte är specifika för just entreprenadfallen har jag valt att inte behandla.²

1.4 Metod

För att besvara de olika frågeställningarna har jag valt att undersöka svensk, dansk och norsk litteratur. Den svenska litteraturen på området utgörs till största delen av avhandlingen *Konkurs och kontrakt – Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal* av Mikael Möller. Torgny Håstad har också i *Sakrätt avseende lös egendom* behandlat ämnet. Härutöver har jag studerat lagförarbeten, rättsfall och utredningar som behandlar problematiken. Jag har även tagit del av de standardavtal som finns på det svenska, danska och norska området. Den utländska rätten har jag inte kunnat studera lika djupt som den svenska utan där har jag nöjt mig med att endast hänvisa till ett fåtal författare.

1.5 Disposition

Uppsatsen är disponerad på följande sätt. I första kapitlet ges en kort presentation över problematiken runt konkursboets inträdesrätt i gäldenärens olika avtal. Detta kapitel kommer inte att vara inriktat på någon särskild

² T.ex. frysningsprincipen och förkovran.

avtalstyp utan behandlar avtal i allmänhet. Kapitlet därefter innehåller i stort sett detsamma som första kapitlet med den skillnaden att utgångspunkten istället ligger i den danska och norska rätten. Fjärde kapitlet redovisar för de regler och standardavtal som finns för entreprenader. Femte kapitlet inriktas på att behandla konkursboets inträde i entreprenörens avtal och de verkningar ett inträde får. Avslutningsvis kommer jag att ge några avslutande kommentarer beträffande de problem och eventuella lösningar som finns på området.

2 Konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal

2.1 Inledning

När en konkurs inträffar får detta en mängd olika rättsföljder. En av de största förändringarna är att konkursgäldenären förlorar rådigheten över sin förmögenhetsmassa. Rådigheten över tillgångarna flyttas över till konkursförvaltaren.

Konkursgäldenären har i sin verksamhet träffat en mängd olika avtal. Det kan röra sig om hyresavtal, återförsäljaravtal, köpavtal, kreditavtal m.fl. Det finns avtal som är av momentan karaktär, d.v.s. avsedda att fullgöras i och med omedelbart utbyte av prestationer (till exempel vid köp), men det finns även de avtal som är av mer varaktig karaktär. De i konkurssammanhang mer svårhanterliga avtalen avser successiva leveranser, såsom återkommande varuleveranser vid olika besiktning- och serviceavtal där samma tjänst skall utföras i intervall. Till dessa avtal skall även läggas varaktiga avtal där parternas fullgörelse pågår kontinuerligt under en viss tid. Ett exempel på ett sådant avtal är entreprenadavtalet.

I Sverige saknas generella konkursrättsliga regler om konkursboets befattning med gäldenärens avtal. Däremot har både Danmark och Norge antagit regler som behandlar den solventa partens rätt till hävning och den insolventa partens rätt till fullföljd.

Med inträdesrätt avses en rätt för konkursboet att tilltvinga sig en fortsättning av ett avtalsförhållande som gäldenären grundat före konkursen genom att boet tar på sig massaansvar för avtalsenlig prestation. Massaansvar innebär att den solventa parten får utdelning före de borgenärer som har konkursfordringar.³

För att möjliggöra en diskussion om konkursboets generella rätt att inträda i gäldenärens avtal måste först en uppdelning av avtal med sakrättsligt skydd och avtal utan sådant skydd göras. Det finns ingen skyldighet för boet att fullfölja avtal som saknar sakrättsligt skydd. Detta följer av sakrättsliga principer som utvecklats i rättspraxis. Exempelvis är boet inte skyldigt att lämna ut en vara, som gäldenären innan konkursbeslutet sålt och fått betalt för, till köparen. Köparen har då inte separationsrätt i konkursen om inte köpet registrerats enligt lösöreköpslagen. Följden av detta blir att

³ Möller Mikael, *Konkurs och Kontrakt, om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, Iustus Förlag, Uppsala 1988, s 31.

konkursboet inte är skyldigt att fullfölja avtalet.⁴ De avtal som kommer behandlas i uppsatsen är framförallt de avtal som inte åtnjuter sakrättsligt skydd.

Vad är det då som händer med avtalet vid en konkurs? Enligt svensk rätt finns det ingenting som säger att avtalet utan vidare upplöses p.g.a. konkursen. Konkursboet har heller inte hävningsrätt i egentlig mening. Utgångspunkten är att avtalsförhållandet består, om inte motparten har rätt att häva eller, vid varaktiga avtal, boet genom uppsägning kan få avtalet att upphöra med verkan för framtiden.⁵

Det som närmare avses utredas är vilka följder en konkurs får på ett entreprenadavtal. Som ovan sagts är det ett avtal som räknas som ett av de mest svårhanterliga avtalen. En inträdesrätt för konkursboet i ett entreprenadavtal är förenat med en hel del problematiska frågeställningar. För att överhuvudtaget kunna föra en diskussion huruvida en inträdesrätt i ett entreprenadavtal skall vara möjlig så har jag valt att först presentera allmänna regler på området. I detta kapitel ligger utgångspunkten på de regler som gäller för köp. Reglerna i köplagen kan i stor utsträckning tillämpas analogt på andra typer av avtal än köpavtal. I den mån en sådan analogi kan göras kommer jag att nämna detta. De regler som jag hänvisar till är köplagens regler om inte annat uttryckligen anges. Vidare skall även regler som berör ämnet i företagsrekonstruktionslagen redogöras för.

2.2 Intressekonflikter

När en part i ett avtalsförhållande blir insolvent innebär det en risk för att han inte kommer att fullgöra sin prestation. När det handlar om en naturaprestation uppkommer faran för att naturaprestationens kvalitet försämras, t.ex. därför att den viktigaste personalen lämnar företaget eller därför att det föreligger problem med att få fram likvid för inköp av nödvändigt material och tjänster till fullgörandet av åtagandena.

Motparten till den insolventa parten har ett beaktansvärt intresse av att den insolventa partens ställning inte ytterligare försämras. Detta intresse kan tillgodoses genom exempelvis ett konkursförfarande. För motparten innebär en konkurs en stor förändring av rättsläget. Avtalets fullföljande lämnas i stort sett till konkursförvaltarens avgörande. Risken för utebliven prestation ökar eftersom konkursboet kan vägra fullfölja avtal som saknar sakrättsligt skydd. Men man kan även säga att risken för utebliven prestation minskar därför att konkursboet i utgångsläget är solvent för sina förpliktelser. För

⁴ Hästad Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1999, s 398f. Det kan här tilläggas att det på konsumentområdet har skett en övergång från traditionsprincipen till avtalsprincipen, vilket innebär att en konsument som köpt en vara och erlagt betalning men som inte har varan i sin besittning ändå har separationsrätt till varan så länge den kan individualiseras.

⁵ Möller, s 53f.

motparten kan även det faktum att konkursen eller konkursboet så småningom måste avvecklas utgöra en risk även om verksamheten som sådan kan leva vidare. Att få ett konkursbo som motpart kan därför avsevärt ändra avtalsförhållandets karaktär. Vid för konkursboet förmånliga avtal finns det även hos motparten ett intresse att använda konkursen som en hävningsgrund och därigenom slippa ifrån avtalet.

Det är inte bara motpartens intressen som måste beaktas utan även gäldenärens borgenärer. Vid en konkurs så skall konkursförvaltaren enligt 7 kap 8 § KL ta tillvara borgenärernas gemensamma rätt och vidta de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av boet. I 8 kap 1 § KL stadgas att boets egendom skall realiseras så snart det lämpligen kan ske. Förvaltaren har dock rätt att fortsätta gäldenärens rörelse om det är ändamålsenligt. En vidaredrift är ändamålsenlig om den främjar en förmånlig avveckling. Förmånlig är en avveckling när den ger borgenärerna så mycket betalt som möjligt. En fortsatt drift av gäldenärens rörelse som syftar till en försäljning av en s.k. "going concern" är i många fall det mest ekonomiskt gynnsamma för konkursrealisationen av företag. Ett av borgenärernas intresse är därför att bevara gynnsamma avtal. Detta intresse måste givetvis vägas mot motpartens intresse. Det kollektiva borgenärsintresset att bibehålla gynnsamma avtal väger typiskt sett tyngre än den enskilda motpartens intresse av att genom hävning komma ifrån avtalet p.g.a. konkursen.⁶

2.3 Stoppningsrätt

Det kan sägas att stoppningsrätten är den första åtgärden som kan vidtas vid tecken på insolvens för att skydda sig mot förlust. Stoppningsrätten är en extraordinär rätt att hålla inne sin egen prestation när den ordinära rätten, d.v.s. detentionsrätten, saknas. Rätten har främst betydelse för den som skall utge en naturaprestation, särskilt då varor skall transporteras till köparen, och motta en penningprestation efter det att han skilts från den fysiska besittningen av varorna.⁷

Reglerna om stoppningsrätt återfinns i 61 §. Paragrafen stadgar att om det efter köpet visar sig att en parts handlingssätt eller ekonomiska förhållanden är sådana, att det finns starka skäl att anta att han inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser får motparten för sin del inställa fullgörelsen och hålla inne sin prestation. Det hänvisas alltså till en "parts handlingssätt eller ekonomiska förhållanden" och till de senare får i första hand räknas hans insolvens eller att ett företagsrekonstruktionsförfarande inletts. Fjärde stycket i bestämmelsen berättar att om godtagbar säkerhet ställs skall fullgörelsen fortsätta. Vad som skall anses vara godtagbar säkerhet för köparens del utgör normalt inget problem. Köparens prestation

⁶ Möller, s 39ff.

⁷ Se närmare om stoppningsrätten i NJA 1985 s 879 och Johansson Svante O, *Stoppningsrätt under godstransport*, Stockholm, Norstedts Juridik 2001.

utgörs endast av en penningprestation och för denna kan köparen t.ex. lämna bankgaranti. Det kan däremot vara svårare att avgöra vad som skall krävas som säkerhet för fullgörandet av säljarens prestation. Enligt propositionen är det för säljaren tillräckligt att han ställer ekonomisk säkerhet för den skadeståndsskyldighet han kan bli ålagd att betala vid slutligt dröjsmål eller fel.⁸ Hur detta belopp skall beräknas är en tvistig fråga. Enligt Ramberg så synes det krävas att den bankgaranti som ställs för säljarens befarade skadeståndsskyldighet gäller utan beloppsbegränsning eller till ett sådant belopp som med säkerhet täcker den skadeståndsskyldighet som kan komma ifråga.⁹ Sker inget innehållande upphör säljarens rätt att häva köpet och hans krav på betalning blir en konkursfordran.

Regeln är som antytts en köprättslig regel men den torde kunna tillämpas analogvis vid andra avtal än köp, t ex vid tjänster och vid hyra, i den mån inte särskilda lagregler lägger hinder i vägen.¹⁰

Reglerna om stoppning går att tillämpa såväl vid konkurs som vid företagsrekonstruktion. I konkursfallet blir det dock av särskild betydelse hur långt innehållanderätten gäller beträffande varor som transporteras till köparen. Detta beror på att sakrättsliga regler leder till att säljaren går miste om rätten att separera varan när den kommer i köparens besittning. Stoppningsrätten leder till att säljaren kan separera varan även medan den befinner sig under transport och t.o.m. då köparen mottagit konossement eller annat dokument som representerar varan.¹¹ Det finns också en rätt för säljaren att kräva tillbaka varan om den överlämnats till konkursboet/köparen efter det att konkursbeslutet meddelats.¹²

Säljarens stoppningsrätt kan ses som en förberedande åtgärd för hävning. Rätten är viktig då rätten till hävning upphör då varan kommit i köparens besittning.¹³

2.4 Motpartens hävningsrätt och boets inträdesrätt

2.4.1 Motpartens hävningsrätt

Normalt får en part häva endast vid fullbordade avtalsbrott. I 62 § ges dock ett undantag för befarade avtalsbrott. Det finns en rätt att i förtid häva avtalet på grund av motpartens insolvens. Köplagens 62 § säger att ”står det klart”

⁸ Prop. 1988/89:76, s 180.

⁹ Ramberg Jan, *Köplagen*, Norstedts Juridik (Fritzes Förlag), Stockholm 1995, s 597-598.

¹⁰ Hellner Jan, *Speciell Avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet Allmänna ämnen*, 3 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1993, s 87.

¹¹ Hellner, 2 häftet, s 90.

¹² Denna rätt kallas för den aktiva stoppningsrätten.

¹³ Hellner, *Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden*, Festskrift till Knut Rodhe. Norstedt, Stockholm 1976, s 241.

att det kommer inträffa ett avtalsbrott som ger en part en rätt att häva köpet får denne häva köpet redan före tiden för fullgörelsen. Uttrycket "står det klart" visar att kravet på sannolikhet för rätt till förtida hävning ställs mycket högt, betydligt högre än vid stoppningsrätten.¹⁴ Stränga krav på såväl prognosen som bevisningen ställs alltså upp för hävning enligt 62 §. Huruvida det stod klart att avtalsbrott skulle komma att inträffa, skall bedömas objektivt på grundval av de omständigheter som den hävande med fog kunde utgå från vid tidpunkten för hävningsförklaringen. Hävningen kan alltså vara befogad även om motparten p.g.a. senare uppkomna förhållanden blir i stånd att fullgöra.¹⁵ Förutom kraven enligt 62 § gäller för säljarens del att hävningsrätten är utesluten om varan kommit i köparens besittning och säljaren inte genom förbehåll skaffat sig rätten att häva trots detta. Bestämmelsen gör ingen hänvisning till motpartens handlingssätt eller ekonomiska förhållanden. Stadgandet täcker därmed fler situationer än stoppningsrätten. Hävningen är dock utan verkan om motparten genast ställer godtagbar säkerhet för sin prestation.

Hävningsrätten är den åtgärd som kan vidtas efter stoppningsrätten. För att få rätt att häva måste det alltså "stå klart" att motparten kommer att begå ett väsentligt avtalsbrott. Insolvensen i sig utgör inte ett anteciperat kontraktsbrott. Man kan säga att insolvensen allmänt sett innebär en ökad risk för utebliven prestation från den insolventa sidan. Vid konkursbeslutet ökas denna risk för utebliven prestation eller försämrad sådan. Gälldenären förlorar rådigheten över förmögenheten och boet är endast skyldigt att fullfölja prestationer med sakrättsligt skydd.

Trots den ökade risken för ett icke-fullföljande av avtalet är konkursboet i utgångsläget solvent för sina förpliktelser, massaförpliktelserna. Även om grund för hävning p.g.a. att anteciperat kontraktsbrott förelåg mot gälldenären innan han gick i konkurs är det inte säkert att denna hävningsgrund består vid konkursutbrottet. Huruvida konkursboet kommer att fullfölja avtalet beror inte främst på boets förmåga utan på konkursförvaltarens val att fullfölja gälldenärens avtal eller inte.¹⁶ Konkursförvaltaren har att överväga om han skall realisera tillgångarna i boet var för sig eller om han skall överlåta verksamheten som en helhet. Det alternativ som för borgenärerna är det mest förmånliga skall väljas.

Vid andra avtal än köp av lös egendom torde i stort sett samma regler gälla, antingen enligt särskilda stadganden¹⁷ eller genom analogislut från köplagen.¹⁸

¹⁴ Lennander Gertrud, *Gälldenärens kontraktsförhållanden i ett framtida rekonstruktionsförfarande*, JT 1992/93, s 321.

¹⁵ Håstad, *Den nya köprätten*, 5 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2003, s 184.

¹⁶ Möller, s 73.

¹⁷ Se nedan under om särskilda avtalstyper under 2.6.

¹⁸ Hellner, 2 häftet, s 88.

2.4.2 Boets inträdesrätt

Vid avgörandet av boets inträdesrätt blir det ytterst en fråga om motparten har rätt att häva avtalet eller om konkursboet kan fordra att det fullföljs. Ovan har konstaterats att motpartens rätt att, p.g.a. konkursen, häva enligt köplagen är begränsad. Istället är motparten enligt 63 § tvungen att acceptera att boet träder in i avtalet. Lagen bygger här på tanken att det inte spelar någon roll för den solventa parten om det är konkursgäldenären själv eller hans konkursbo som fullgör avtalet. Samtidigt är det ofta av utomordentligt stor betydelse för konkursboet att kunna hålla fast vid förmånliga avtal som gäldenären ingått. Vidare är det av vikt att konkursboet kan hålla igång en ekonomiskt meningsfull sysselsättning under den tid de anställda är berättigade till lönegaranti.¹⁹

63 § har följande lydelse.

”Har en part försatts i konkurs, får konkursboet inträda i avtalet. Motparten får kräva att boet inom skälig tid ger besked om det vill inträda.

Inträder konkursboet i avtalet och är tiden för motpartens fullgörelse inne, får denne kräva att boet fullgör sin prestation eller, om anstånd har medgetts, utan oskäligt uppehåll ställer godtagbar säkerhet för sin fullgörelse. Är tiden för motpartens fullgörelse inte inne, får denne kräva säkerhet om det av särskild anledning är nödvändigt för att skydda honom mot förlust.

Om boet inte inom skälig tid efter motpartens krav enligt första stycket inträder i avtalet eller inte efterkommer motpartens krav enligt andra stycket, får motparten häva köpet.

Överlämnas varan till köparen eller hans konkursbo efter det att ansökan om företagsrekonstruktion enligt lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion har gjorts beträffande köparen eller denne försatts i konkurs och har betalning inte skett, får säljaren kräva att varan lämnas tillbaka. Varan behöver dock inte lämnas tillbaka, om betalning sker genast eller, i fall då köpesumman inte ännu har förfallit till betalning, köparen eller konkursboet inom skälig tid efter uppmaning ställer godtagbar säkerhet för betalningen.

Om konkursboet har sålt varan eller på annat sätt har förfogat över den så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad, skall konkursboet anses ha inträtt i avtalet.”

Första stycket ger ett konkursbo en generell rätt, men inte en skyldighet, att träda in i konkursgäldenärens avtal. Denna rätt torde i och för sig vara utan undantag. Samtidigt påpekas i förarbetena att när säljaren går i konkurs och avtalet skulle utnyttja t.ex. dennes särskilda färdigheter, så kan köparen ha en möjlighet att komma ifrån avtalet genom en hävning enligt 62 § på grund av ett befogat antagande om att ett väsentligt avtalsbrott kommer att inträffa.²⁰ Eftersom det normalt är angeläget för motparten att få besked om konkursboet önskar inträda i avtalet, ges i 1 st 2 mening en rätt för motparten att kräva besked om eventuellt inträde. Vad som menas med skälig tid får bestämmas efter omständigheterna i det enskilda fallet. Vid

¹⁹ Håstad, *Den nya köprätten*, 5 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2003, s 186.

²⁰ Prop. 1988/89:76, s 183.

denna bedömning skall hänsyn tas till konkursboets behov av rådrum för överväganden och motpartens befogade intresse av ett svar. Vid köp av varor som är utsatta för snabba prisfluktuationer så krävs det ett omedelbart svar från konkursboet. Om det däremot handlar om ett tillverkningsköp så kan det vara befogat med en något längre betänketid för boet. Meddelandet från konkursboet om att man önskar inträda går, som framgår av ett motsatsslut av 82 §, på konkursboets egen risk.

Det andra stycket i paragrafen behandlar tre olika fall. Det första av dessa syftar på situationer när tiden för fullgörelse är inne. I sådant fall har motparten rätt att omedelbart kräva fullgörelse. Det andra fallet avser situationer där anstånd med fullgörelsen medgetts. I dessa har motparten rätt att kräva att godtagbar säkerhet ställs. Detta trots att ett sådant krav inte kunnat göras gällande om parten inte försatts i konkurs. Att en konkurs har inträffat och boets inträde har förändrat situationen och en rätt att kräva säkerhet kan aktualiseras. Säkerheten skall ställas utan oskäligt uppehåll. Hur den skall beräknas får bedömas med ledning av de konkreta förhållandena men det bör kunna ske på liknande sett som för säkerheten vid stoppningsrätten. Det tredje fallet gäller när tiden för fullgörelse inte är inne. Det föreligger då egentligen ingen risk för motparten förrän när den egna förpliktelsen skall fullgöras. Trots detta kan motparten i vissa fall, om det av särskild anledning är nödvändigt, kräva säkerhet.

I det tredje stycket ges motparten en hävningsrätt i de fall konkursboet inte inträder i avtalet efter motpartens krav. Hävningen innebär att motparten befrias från skyldigheten att fullgöra sin del av avtalet. Däremot är möjligheterna för motparten att få tillbaka redan fullgjorda delar av prestationen små. Motparten är hänvisad till att bevaka sin fordran i konkursen.

Sammanfattningsvis kan konstateras att enligt köplagen är både en köpare och en säljare tvungna att acceptera ett konkursbo som avtalspart. Konkursboet har en ovillkorlig rätt att inträda i köpavtalet. Inträdesrätten är undantagslös och bestämmelsen gör inte skillnad på olika typer av köp. Även i de fall då det handlar om ett större beställningsköp har boet inträdesrätt.

2.4.3 Partiellt inträde

En särskild fråga är om ett konkursbo skall, där varken lag eller avtal innehåller bestämmelser, kunna tillämpa s.k. partiellt inträde. Partiellt inträde i konkursgäldenärens avtal innebär att konkursboet, genom att endast inträda i avtalet för tiden efter konkursutbrottet, kan begränsa sitt massaansvar till att omfatta skyldighet att betala ersättning endast för de prestationer som fullgörs gentemot konkursboet under denna tid. Konkursboets massaansvar skulle alltså inte omfatta skulder som uppkommit före konkursutbrottet. Ett partiellt inträde torde dock inte vara

möjligt. Väljer konkursboet att träda in i avtalet måste inträdet ske fullt ut. I förarbetena till köplagen finns ett uttalande som lyder att om konkursboet inträder i avtalet övertar det gäldenärens rättigheter och skyldigheter fullt ut i enlighet med detta.²¹ Uttalandet behöver dock inte tolkas som ett absolut förbud mot ett partiellt inträde men mycket tyder på att ett sådant inte är lämpligt. Konkursboet övertar med andra ord, vid inträde, ansvaret för de förpliktelser som avtalet och dess fullgörelse före konkursen kan ha givit upphov till.²²

I rättsfallet NJA 1989 s 206 anslöt sig HD till uppfattningen att ett partiellt inträde inte är möjligt. I fallet klargjordes, att i samband med lokalhyresavtal äger hyresborgenären kräva att konkursboet, förutom att betala de hyror som förfallit efter konkursutbrottet, även skall betala förfallen hyra avseende tiden före konkursutbrottet.

I dagsläget synes det inte föreligga någon möjlighet till partiellt inträde. I framtiden kan det dock bli möjligt att göra åtskillnad mellan å ena sidan delbara prestationer och å andra sidan odelbara prestationer. Det förefaller inte vara omöjligt att ge en viss möjlighet till ett begränsat inträde vid avtal som lätt kan delas upp i olika delar medan denna möjlighet bör inskränkas när det gäller odelbara avtal. Exempel på delbara avtal är sådana som gäller löpande leveranser av t.ex. vatten, elektricitet och gas. Beträffande sådana avtal skulle en hävningsrätt med bakåtverkande effekt inte ge den solventa parten ett bättre utgångsläge, eftersom en leverans och förbrukning redan ägt rum och krav på betalning endast utgör konkursfordringar. Ett partiellt inträde i sådana avtal skulle avsevärt underlätta för konkursförvaltningen och för den fortsatta driften av verksamheten. Ett partiellt inträde vid delbara prestationer torde därför vara möjligt så länge det inte medför väsentliga olägenheter för motparten.²³

2.4.4 Tvingande eller icke-tvingande regler?

Köplagens bestämmelser är enligt 3 § dispositiva. Parterna är alltså fria att avtala om andra villkor än de som räknas upp i lagen. Hur är det då med boets inträdesrätt? Är 63 § dispositiv eller är den tvingande till boets förmån? I förarbetena framhölls att det är en öppen fråga om bestämmelsen p.g.a. sin konkursrättsliga karaktär var tvingande. Många avtal innehåller klausuler som ger en part hävningsrätt vid motpartens insolvens, varför frågan inte saknar relevans. Det är främst rättssäkerhetsskäl som talar mot en tvingande verkan. För tvingande verkan talar principen att det inte genom avtal går att påverka bestämmelser av offentligrättslig karaktär. Håstads uppfattning i frågan är att konkursboets rätt till inträde är bindande för den solventa parten oavsett vad som avtalats.²⁴

²¹ Prop. 1988/89:76, s 189.

²² Ramberg, s 605f.

²³ SOU 2001:80, s 86.

²⁴ Håstad, s 404.

2.5 Företagsrekonstruktion

Företagsrekonstruktion kan inledas då ”det kan antas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga inträder inom kort”.²⁵ Det skall med andra ord vara så att gäldenären kan antas vara illikvid eller att det finns risk för illikviditet inom kort. För det andra krävs att det finns skälig anledning att anta att en företagsrekonstruktion kan bli lyckosam. Är de angivna förutsättningarna uppfyllda skall ansökan bifallas, vilket bl.a. innebär att gäldenären i och med beslutet erhåller ett visst skydd mot aktioner från borgenärernas sida.

Utgångspunkten är att inledandet av en företagsrekonstruktion inte påverkar gäldenärens avtal. De upphör alltså inte automatiskt. Syftet är att rörelsen om möjligt skall kunna fortsätta med samma avtalspart på den insolventa sidan, och många avtal kan utgöra de viktigaste tillgångarna i en rörelse.

Vid avtal, där motparten men inte gäldenären har fullgjort sin prestation, är utgångsläget att avtalsförhållandet består. Så länge företagsrekonstruktionen pågår kan motparten inte räkna med att gäldenären kommer att utge något vederlag, eftersom detta skulle gynna motparten på övriga borgenärs bekostnad och motparten har inte heller här någon rätt att vidta exekutiva åtgärder. Gäldenären åtnjuter alltså ett moratorium enligt 2 kap 17 § FRekL.

Vid avtal, där varken gäldenären eller motparten har fullgjort hela sin prestation, måste man skilja mellan fallet då gäldenären råkat i hävningsgrundande dröjsmål före inledningen av företagsrekonstruktionen och fallet då inget kontraktsbrott ägt rum.

Har gäldenärens motpart före beslutet om rekonstruktion fått rätt att häva ett avtal p.g.a. inträffat eller befarat dröjsmål med betalning eller annan prestation, men har motparten inte utnyttjat denna hävningsrätt före beslutet, får motparten efter beslutet enligt en specialregel i 2 kap 20 § FRekL inte häva avtalet p.g.a. dröjsmålet, om gäldenären med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid begär att avtalet skall fullföljas.

Syftet med den speciella hävningsbegränsningen var inledningsvis att en motpart som har en monopolliknande ställning inte skulle kunna villkora en fortsättning av avtalsförhållandet med att gäldenären betalar fordringar för utgivna prestationer, där fordringarna är oprioriterade och sålunda skulle bli delvis obetalda vid ett ackord eller en konkurs, om gäldenären hade valt att avstå från fullföljd. Nu gäller regeln oavsett motpartens monopolliknande ställning.²⁶

²⁵ FRekL 2 kap 6 §.

²⁶ SOU 2001:80, s 80ff.

Bestämmelsen är tillämplig på alla typer av avtal utom anställningsavtal och är tvingande. Vidare gör bestämmelsen inte någon skillnad på om det är fråga om en penningprestation eller om det rör sig om en naturaförpliktelse.

Om gäldenären inte genom dröjsmål givit motparten en hävningsrätt före rekonstruktionen, är den speciella hävningsbegränsningen inte tillämplig. Eftersom avtalet är ömsesidigt ofullgjort har inget avtalsbrott förekommit och allmänna regler för avtalet gäller.²⁷

Förmånsrättskommittén har i sitt slutbetänkande²⁸ lämnat förslag till reviderade och väsentligt utbyggda regler om gäldenärens avtal vid rekonstruktion. För att hindra hävning så säger förslaget bl.a. att gäldenären inte behöver begära att hela avtalet fullföljs utan gäldenären kan bestämma att avtalet skall fullföljas endast avseende viss återstående tid eller mängd. Vidare kommer gäldenärens nuvarande rätt till fullföljd, utan att behöva lämna vederlag för det som utgivits till honom före rekonstruktionen, att gälla även om gäldenären inte var i hävningsgrundande dröjsmål före rekonstruktionen.

Någon motsvarighet till 2 kap 20 § FReKL. finns inte i KL, men som nedan framgår har det nu framlagts förslag på att motsvarande regler för konkurs skall gälla.

2.6 Särskilda avtalstyper

För vissa avtalstyper finns lagregler om att avtalet, p.g.a. konkursen, upphör omedelbart i och med konkursbeslutet. Enligt 47 § kommissionslagen anses kommissionärens uppdrag förfallet, om kommittenten eller kommissionären försätts i konkurs. Vid kommissionärens konkurs har alltså konkursboet inte någon rätt till inträde i kommissionärens avtal utan får finna sig i att avtalet upphör utan uppsägning. Handelsagenturlagens 27 § motsvarar regeln i kommissionslagen. Enligt andra lagbestämmelser har konkursgäldenärens motpart en ovillkorlig hävningsrätt. Handelsbolagslagens 2 kap 27 § stadgar att ett handelsbolag genast skall träda i likvidation om en bolagsman går i konkurs. I JB 9 kap 30 § står att om arrendatorn försätts i konkurs innan han tillträtt arrendestället har jordägaren rätt att säga upp avtalet. Inträffar konkursen efter tillträdet och har jordägaren inte säkerhet för avtalets fullgörande så får jordägaren säga upp avtalet om inte fullgod säkerhet ställs.

Att gäldenärens avtal i vissa fall omedelbart påverkas av konkursen beror på att gäldenärens person typiskt sett har betydelse för motparten samtidigt som gäldenären inte råder över konkursförvaltningen. Senast vid konkursens

²⁷ SOU 2001:80, s 83.

²⁸ SOU 2001:80.

avslutande kommer de flesta av dessa avtal att upphöra eftersom de inte är överlåtbara utan motpartens samtycke.²⁹

2.7 Verkan av ett inträde

2.7.1 Inledning

Den som sluter avtal med konkursboet får en bättre ställning än konkursborgenärerna i allmänhet. Detta åstadkoms genom att konkursboets motpart för sin kredit erhåller en massafordran som går före alla fordringar som uppkommit genom avtal med gäldenären.³⁰ Den vidare frågan man kan ställa sig är i vilken utsträckning konkursboet är ansvarigt för skulder uppkomna före konkursen. Kan konkursboet hållas ansvarigt för fel i varan? Är detta anspråk ett massaanspråk eller en konkursfordran? Vilken rätt till kvittning har borgenärerna?

2.7.2 Boets ansvar

Vid konkurs får fordringar som uppkommit före beslutet om konkurs utdelning i den mån konkursboets tillgångar räcker till sedan massaskulder och konkurskostnader betalats. Fordringar med förmånsrätt enligt förmånsrättslagen har företräde, medan efterställda fordringar får täckning endast om alla andra konkursborgenärer fått fullt betalt.³¹

Verkan av ett inträde behandlas i ett uttalande i propositionen till den nya köplagen:

”...när boet utnyttjar sin inträdesrätt, inträder det i gäldenärens rättigheter och skyldigheter fullt ut i enlighet med avtalet. Om konkursboet begår avtalsbrott kan motparten i full utsträckning göra gällande påföljder mot boet. Även skadeståndsansvar med anledning av boets avtalsbrott utgör en massafordran...”³²

Enligt NJA 1989 s 206 var konkursboet tvunget att åta sig ansvar inte enbart för framtida hyra utan även för hyra som kan ha uppkommit i förfluten tid. Boets ansvar omfattade alltså även förpliktelser som uppstått före konkursen. Samma regler kan antas gälla för andra nyttjanderättsavtal, som leasing, licensavtal och förlagsavtal.³³

²⁹ SOU 2001:80, s 85.

³⁰ Håstad, s 398.

³¹ SOU 2001:80, s 91.

³² Prop. 1988/89:76, s 189.

³³ SOU 2001:80, s 96. Utgången i rättsfallet ställer man sig i SOU 2001:80 tveksam till men det torde för tillfället utgöra gällande rätt.

Om konkursboet genom avtal med köparen har åtagit sig att fullgöra säljarens förpliktelser blir boet dröjningsansvarigt med massan om det underlåter att fullfölja. Om boet avlämnat varan men denna var behäftad med fel blir boet även här massaansvarigt för felet.³⁴ Om boet utnyttjar sin ensidiga inträdesrätt utan att ingå något nytt avtal, t.ex. genom att sända över en vara för att få återstående vederlag, medför detta massaansvar för fel.

Gränsdragningen mellan massafordringar och konkursfordringar redogörs i kapitel 5.3 och konkursboets massaansvar för fel blir utförligt diskuterat i kapitel 5.4.

2.7.3 Kvittning och avräkning av förskott

De fordringar som kan göras gällande i konkursen är de som uppkommit innan konkursbeslutet, 5 kap 1 § KL. En borgenär kan kvitta sin oprioriterade fordran mot en fordran som gäldenären hade mot honom när konkursbeslutet meddelades, 5 kap 15 § KL. Detta brukar uttryckas på det sätt att respektive parts fordran och skuld i princip skall ha stått mot varandra redan före konkursbeslutet. Tidpunkten för en fordrings uppkomst är av betydelse för borgenärens rätt att kvitta med respektive mot fordringen. Även gränsdragningen mellan konkursfordring och massafordring är av kvittningsrättsligt intresse. En fordran som konkursboet är massaansvarigt för kan ju användas till kvittning mot en fordran som uppstått under konkursen.³⁵

Borgenärens fordran skall alltså ha uppkommit före konkursen för att den skall få användas till kvittning. Fordringen behöver dock inte vara förfallen. Även konkursgäldenärens fordran mot borgenären måste ha uppkommit före konkursen för att kvittning skall få ske. Av bestämmelsen i 5 kap 15 § följer vidare att borgenären inte kan påfordra kvittning om det är konkursboet som skaffat en fordran mot honom genom ett avtal ingånget efter konkursbeslutet.³⁶ Det kan ibland uppstå problem med att avgöra om det är konkursgäldenären som skaffat fordringen före konkursen eller om fordringen uppstått först under konkursen genom konkursboets åtgärder.

Om ett konkursbo inträder i gäldenärens avtal och fullgör en naturaprestation, t.ex. genom att leverera en vara, utan att ingå något nytt avtal med köparen, anses fordringen på betalning grunda sig på gäldenärens avtal. Detta innebär alltså att fordringen uppstått redan innan konkursbeslutet meddelades. Följden blir att köparen/borgenären kan kvitta en oprioriterad inkonnex konkursfordran som han har mot fordringen på betalning för konkursboets leverans.³⁷ Detta framgår av NJA 1916 s 154 där

³⁴ Håstad, s 414.

³⁵ Lindskog Stefan, *Kvittning – Om avräkning mellan privaträttsliga fordringar*, Norstedts 1984, s 159f.

³⁶ Håstad, s 386.

³⁷ SOU 2001:80, s 92.

en köpare tilläts att kvitta en fordran hos konkursgäldenären från tiden före konkursen mot konkursboets fordran för leverans utförd av boet till fullgörande av säljarens avtal med köparen. Detta trots att köparens motfordran inte avsåg förskott för just denna leverans eftersom konkursboet och köparen inte ingått något nytt avtal. Det nyare rättsfallet NJA 1996 s 368 bekräftar denna kvittningsrätt. HD uttryckte sig så att om en skuld har sin grund i ett avtal som träffats med gäldenären före konkursen kan skulden anses ha uppkommit redan vid avtalet även om detta fullgörs först efter konkursen. När ett konkursbo utnyttjar sin rätt till inträde i konkursgäldenärens avtal blir resultatet att boet får finna sig i kvittning. Inträdesrätten är således mindre värd, när motparten har en oprioriterad fordran, vare sig denna är konnex eller inkonnex.

Om en köpare betalat hela eller en del av köpeskillingen i förskott för en vara som är kvar i säljarens besittning så saknar han sakrättsligt skydd för varan. Säljarens konkursbo kan då vägra att lämna ut varan. Kan konkursboet vid ett inträde i avtalet kräva hela köpeskillingen av köparen mot levererandet av varan? Ifall boet skulle ges den rätten skulle det för köparen innebära att han betalat mer än 100 % för varan. Boet kan inte kräva detta av köparen vilket framgår av NJA 1910 s 564. I fallet hade en beställare betalat i förskott för en entreprenad. Entreprenören gick i konkurs som slutade med ackord för entreprenören. Detta förskott fick han avräkna när entreprenören senare, utan konkursboets medverkan, efter fullbordning av entreprenaden krävde betalt.

Enligt 5 kap 15 § KL 1 st finns alltså en rätt att kvitta konkursfordringar vare sig de är konnexa eller inkonnexa mot konkursboets krav på betalning för leveranser verkställda efter konkursbeslutet, om de senare kraven grundar sig på avtal som slutits före konkursen. Annat gäller endast om konkursboet slutit nytt avtal, vilket givetvis kräver den solventa partens medverkan, efter konkursbeslutet.³⁸ Kritik har riktats mot utgången i de ovan refererade rättsfallen och ett förslag till ändring har lagts fram.³⁹

2.8 Förslagen i SOU 2001:80

Förmånsrättskommittén fick i uppdrag att utreda om gäldenären under företagsrekonstruktion bör ges en rätt att säga upp avtal i förtid. I samband med detta uppdrag har kommittén även övervägt andra frågor som rör gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion. Slutligen har också kommittén övervägt behovet av att i konkurslagen införa generella regler om hävning och fullföljd av gäldenärens avtal genom konkursboets inträde motsvarande dem som föreslås gälla vid företagsrekonstruktion.

³⁸ Håstad, s 412.

³⁹ SOU 2001:80, s 231.

Utredningen kom fram till att det finns ett behov av generella regler för behandlingen av gäldenärens avtal vid konkurs. Ett principförslag på hur lagbestämmelserna skulle se ut lades fram. Förslaget innebär främst att före konkursen uppkommet dröjsmål och anteciperat dröjsmål liksom obeståndet och konkursen som sådan inte kan åberopas som hävningsgrund mot konkursboets vilja att inträda och fullfölja avtalet. Boet får dock inte inträda om detta följer av annan lag eller rättsförhållandets art. Vid avbetalningsköp och finansiell leasing måste gäldenären genast betala alla förfallna poster för att hindra hävning.

Ännu har inget beslut fattats i frågan utan det handlar fortfarande endast om ett förslag.

3 Utländsk rätt

3.1 Inledning

Det har genom tiderna förekommit samarbete mellan de nordiska länderna på lagstiftningsområdet. I början av 1970-talet togs frågan om konkursboets inträde i gäldenärens avtal upp på ett nordiskt möte där man genomförde en gemensam revision av den materiella konkursrätten. Sverige konstaterade att det inte behövdes några regler som behandlar frågan om gäldenärens avtal. Både Danmark och Norge kom dock fram till att sådana regler var nödvändiga. De båda länderna har därför på olika sätt lagstiftat på området.

3.2 Dansk rätt

3.2.1 Inledning

Danmark har till skillnad från Sverige infört regler som behandlar konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal. Samtidigt behandlar reglerna motpartens hävningsrätt. Reglerna är intagna i 7 kap 53-63 §§ Konkursloven, DKL.

Reglerna tillämpas enligt 56 § DKL vid konkurs om inte annat följer av andra lagbestämmelser eller av rättsförhållandets beskaffenhet. Andra lagbestämmelser är liksom i Sverige exempelvis kommissionslagen. Man kan alltså frångå reglerna i 7 kap DKL med hänsyn till rättsförhållandets beskaffenhet. Kan gäldenärens rättigheter enligt avtalet av hänsyn till honom själv inte tillägnas konkursboet kan detta inte inträda i kontraktet. Avtalet kan i så fall fortsätta med gäldenären själv som part. Ett exempel är då det gäller avtal med en arkitekt om utarbetande av teckningar till en nybyggning.⁴⁰ Bestämmelserna är tillämpliga på ”gensidigt bebyggande aftaler”. Med detta menas att det måste vara fråga om avtal där båda parter är förpliktade att utföra en prestation. Avtalet får inte innehålla någon benefik del.⁴¹

3.2.2 Motpartens hävningsrätt

Reglerna i 7 kap DKL ger motparten en rätt att häva avtal och kräva ersättning för sin förlust vid icke uppfyllelse i de fall då boet inte utan ogrundat uppehåll efter att ha blivit tillfrågat inträder i avtalet och fullföljer eller ställer säkerhet för fullföljandet.

⁴⁰ Munch Mogens, *Konkursloven med kommentarer*, 8 uppl., GadJura, Köpenhamn 1997, s 364.

⁴¹ Munch, s 363.

Gäldenären hamnar ofta i dröjsmål med sina förpliktelser den sista tiden innan konkursen, och konkursförvaltaren behöver tid att organisera och orientera sig. Dröjsmål från gäldenärens sida uppstår därför ofta. Föreligger det redan vid konkursens begynnelse ett kontraktsbrott eller gör sig boet skyldigt till kontraktsbrott efter att det inträtt i avtalet, kan motparten göra dessa brott gällande, 58 § DKL st 2.

Den solventa parten kan häva avtalet om gäldenären visar sig vara insolvent och om inte säkerhet ställs för förpliktelsen. Motparten kan dock inte häva avtalet, för att ingen säkerhet ställts, före den tid då uppfyllelsen skall äga rum. Den osäkerhet, om avtalet kommer att uppfyllas eller inte, som uppstår vid ekonomiska svårigheter hos gäldenären, är inte i sig en hävningsgrund.⁴²

Hävning av ett avtal bringar parternas krav på de avtalade prestationerna att upphöra. Plikten att prestera framtida åtaganden faller bort, och de prestationer som redan gjorts, skall ges tillbaka. En motpart som har tagit emot en prestation eller en del av denna från gäldenären, kan endast häva avtalet om han återlämnar det mottagna ”i väsentlig samme stand og mængde, hvori det var ved leveringen”. Hävning kan också ske om istället för att lämna tillbaka den mottagna prestationen han betalar in värdet av prestationen till boet.⁴³

3.2.3 Boets inträdesrätt

Huvudregeln enligt dansk rätt är att konkursboet kan inträda i gäldenärens uppfyllda avtal, § 55 DKL. Väljer boet att inte inträda i ett avtal, då inträde är möjligt, kan motparten häva avtalet och kräva ersättning, 58 § st 1 och 59 § DKL. Inträdet kan ske uttryckligen eller stillatigande. Förfogar konkursboet över motpartens prestation med vetskap om, att denne till följd av ett äganderättsförbehåll kan kräva prestationen tillbaka, anses boet ha inträtt. Boets svar på om inträde skall ske eller inte måste ges utan ogrundat uppehåll. Hänsyn måste tas till avtalstypen, branschsedvana samt avtalets omfattning och speciella problem.⁴⁴

Ett konkursbo, som inträder i ett uppfyllt avtal, som gäldenären ingått före konkursen, blir berättigat och förpliktigt i enlighet med avtalets innehåll enligt 56 § 1 st DKL. Motpartens krav på fullgörelse är ett massakrav. Boet häftar också för förpliktelser som följer av avtalet, som uppstått före konkursen, men som inte var kända för boet, t.ex. ersättning för dolt fel. Försening från boets sida har verkningar som dröjsmål enligt vanliga regler. Motparten kan således vid väsentligt dröjsmål av konkursboet häva avtalet

⁴² Gomard Bernhard, *Obligationsret*, del 3, Jurist- og økonomiforbundets Forlag, Köpenhamn 1993, s 36.

⁴³ Gomard, s 39.

⁴⁴ Munch, s 371ff.

och kräva ersättning som massakrav och om säkerhet ställts om möjligt erhålla täckning därur. Vid löpande leveranser får boets inträde tillbakaverkande kraft till konkursbeslutet, men inte längre, enligt 56 § 2 st DKL.⁴⁵ Vad som gäller för långvariga produktioner eller leveranser är oklart. Skall de behandlas i enlighet med första stycket eller andra? Är det fråga om flera olika beställningar kan de behandlas var för sig, även om de utgår från ett och samma avtal. Gäller det däremot en sammanhängande prestation, t.ex. ett uppförande av ett hus, kan det knappast antas, i det fall beställaren försatts i konkurs, att entreprenören skall nöja sig med att endast få det vederlag som svarar för färdigställandet av huset som ett massakrav och resten som en vanlig oprioriterad konkursfordran. Omvänt måste gälla att entreprenörens bo måste betala ersättning som massakrav också för skador, som hänför sig till gäldenärens verksamhet före konkursen.⁴⁶

Boet är inte skyldigt att inträda i gäldenärens ouppfyllda avtal men underlåtenhet att inträda är inte detsamma som hävning. Boet kan inte frånta motparten kravet på uppfyllelse. Ett sådant krav blir dock, om boet inte inträder, inte ett massakrav utan en allmän konkursfordran.⁴⁷

3.2.4 Verkan av ett inträde

Konkursboets inträde i gäldenärens avtal ger inte motparten full säkerhet för att gäldenärens skyldigheter kommer att bli behörigen uppfyllda, även om motpartens krav är massakrav. Ibland räcker inte boets medel till för att täcka massakraven och boet hamnar då i dröjsmål. Motparten har därför givits en rätt, enligt 57 och 58 §§ DKL, att kräva säkerhet. Säkerheten kan vara i form av pant, bankgaranti eller liknande.

Det kan inte uteslutas att det senare kan uppstå krav om ersättning eller liknande mot gäldenären, men motparten kan inte kräva att gäldenärens konkursbo reserverar medel för eventuella framtida krav såsom för dolda fel eller liknande om det inte finns något som talar för att sådana krav kommer att uppstå. Då kravet inte bara är rent hypotetiskt kan motparten anmäla detta till konkursboet i enlighet med 147 § st 2 DKL om betingade fordringar. Om kravet består utbetalas beloppet till anmälaren.⁴⁸

3.3 Norsk rätt

3.3.1 Inledning

De norska formella reglerna om konkurs finns i Lov av den 8. juni 1984 nr. 58 om Gjeldsforhandling og konkurs (Konkursloven) och de materiella

⁴⁵ Munch, s 375.

⁴⁶ Munch, s 378.

⁴⁷ Gomard, s 38.

⁴⁸ Gomard, s 39.

reglerna i Lov av den 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsret (Dekningsloven). Dekningslovens sjunde kapitel innehåller regler om gäldenärens avtal. Utgångspunkten i den norska rätten är att konkursboet inte är part i gäldenärens avtalsförhållanden, men att boet själv kan välja att träda in i vissa av gäldenärens avtal.⁴⁹

3.3.2 Motpartens hävningsrätt

I det fall då boet väljer att inte träda in i avtalet stadgar 7 kap 7 § 1 p. dekl. att motparten har rätt att häva. Denna regel måste ses i samband med regeln i 7 kap 2 § dekl. om motpartens stoppningsrätt. Stoppningsrätten är något som föregår hävningsrätten och transformeras till en hävningsrätt om boet inte träder in i avtalet. Hävningsrätten har störst betydelse när motparten inte har uppnått sakrättsligt skydd för gäldenärens ouppfyllda prestation.⁵⁰ Hävningsrätten i 7 kap 7 § 2 p. dekl. kan användas i de fall då boet har inträtt. Motpartens hävningsrätt kvarstår om den inte står i direkt sammanhang med insolvensen. Det kommer då oftast att handla om andra kontraktsbrott än betalningsdröjsmål.⁵¹ Motparten har endast rätt att åberopa insolvensen som hävningsgrund om det är påkallat på grund av avtalets art, t.ex. om gäldenärens skyldighet varit av personlig karaktär eller avsett ett långsiktigt avtalsförhållande.⁵²

3.3.3 Boets inträdesrätt

Boet har som allmän regel rätt att träda in i de ”gjensidig tyngende” avtal som gäldenären ingått och detta framgår av 7 kap 3 § 1 p. dekl. Boets rätt till inträde betyder att boet kan kräva att avtalet fullgörs mot motpartens vilja med boet som den berättigade och med massaansvar för boets förpliktelser. En borgenär är normalt inte skyldig att fortsätta ett avtal med en annan part än den ursprungliga. Boets rätt att träda in är ett slags gäldenärsbyte.

Lagens huvudregel är att boet har rätt till inträde. Men regeln har många undantag. Undantagen har tillkommit för att det finns gränser för vad boet med massaansvar kan åta sig. Boet avgör om rätten till inträde skall utnyttjas. Motparten kan inte kräva att boet skall träda in. Ifall gäldenären har ingått mer än ett avtal med motparten kan boet ensidigt välja vilka avtal det skall inträda i.⁵³

Ofta kan det föreligga väsentligt kontraktsbrott från gäldenärens sida vid tiden före konkursbeslutet utan att avtalet blivit hävt. Motpartens hävningsrätt består dock om kontraktsbrottet inte står i direkt sammanhang

⁴⁹ SOU 2001:80, s 114.

⁵⁰ Andenæs Mads Henry, *Konkurs*, Oslo 1999, s 141.

⁵¹ Andenæs, s 154.

⁵² NOU 1972:20, s 313.

⁵³ Andenæs, s 153.

med insolvensen. I praktiken kommer det att handla om andra kontraktsbrott än betalningsdröjsmål.

Motparten kan kräva av boet att det utan ogrundat dröjsmål tar ställning till om det vill utnyttja sin rätt. Regeln gäller även då gäldenärens förpliktelse redan förfallit vid konkursbeslutet.⁵⁴

I 7 kap 3 § dekl. får boets rätt att träda in ge vika för motpartens rätt att åberopa insolvensen som hävningsgrund om det följer av avtalets art. I förarbetena heter det att insolvensen i vissa fall kan vara en relevant bristande förutsättning. Detta kan vara fallet vid avtal där gäldenärens person är av betydelse.⁵⁵ Avtalsbestämmelser som ger motparten vidare möjlighet att häva avtalet p.g.a. gäldenärens insolvens än avtalets art ger, är inte bindande för boet. Detta följer den generella principen att boets rätt till inträde inte kan begränsas genom parternas avtal.⁵⁶

3.3.4 Verkan av ett inträde

Träder boet in i gäldenärens avtal blir det berättigat och förpliktat i enlighet med avtalets villkor, 7 kap 4 § dekl. Att boet blir berättigat enligt avtalets villkor tar främst sikte på att boet träder in i gäldenärens rätt till motpartens prestation. Boet intar samma ställning som gäldenären när det gäller rätten att kräva uppfyllelse, överlåta rättigheten till tredje man o.s.v. Att boet blir förpliktat enligt avtalet innebär att boet får samma plikt att uppfylla avtalet som gäldenären. Kravet på uppfyllelse från motparten utgör ett massakrav. Träder boet in i avtalet, och är tiden för uppfyllelse inne, kan motparten kräva att boet uppfyller avtalet, eller om uppskov medgivits, att säkerhet ställs. Görs inte detta kan motparten häva.⁵⁷

Är avtalet vid konkursbeslutet endast delvis uppfyllt kan boet kräva att träda in i avtalet som avser den delen som är uppfylld. Om motparten exempelvis är säljare som enligt avtalet skall leverera efter hand, kan boet nöja sig med att träda in bara för de leveranser som avser tiden efter konkursbeslutet. Då får motparten hålla tillgodo med en vanlig konkursfordran för de obetalda leveranser som företagits före konkursbeslutet.⁵⁸

Värdet av boets rätt att inträda måste ses i samband med kvittningsreglerna. Den konkursfordran motparten får mot boet för den uppfyllda delens vidkommande, kan nämligen inte användas för kvittning mot det boet har att kräva enligt den delen av avtalet som det trätt in i.

⁵⁴ Andenaes, s 155.

⁵⁵ NOU 1972:20, s 313.

⁵⁶ Andenæs, s 158.

⁵⁷ Andenæs, s 161.

⁵⁸ Andenæs, s 162.

Regeln om partiellt inträde förutsätter att den aktuella prestationen inte är odelbar enligt avtalet. En odelbar prestation kan inte vara delvis uppfylld. Boets rätt till partiellt inträde förutsätter också att det inte föreligger ett samband mellan de enkla delar som gör att det måste betraktas som en enhet. Förarbetenas exempel är att parterna har ingått ett entreprenadkontrakt och att bygget är halvfärdigt vid konkursbeslutet. Utan hänsyn till om entreprenören eller byggherren går i konkurs kommer en rätt till partiellt inträde för den ouppförda delen lätt skapa oklarhet och tvist.⁵⁹

⁵⁹ NOU 1972:20, s 314.

4 Gällande rätt för entreprenader

4.1 Inledning

När något utförs på entreprenad betyder det att någon, en beställare, har beställt ett uppdrag för att få ett arbete utfört. Arbetet kan vara uppförande av ett hus, anläggande av en väg, installation av ett fläktsystem eller liknande. Entreprenadformen är något som i det moderna samhället har utvecklats till att få lika stor betydelse som köpet.

Entreprenadavtal är till sin grundkaraktär ett arbetsbeting, d.v.s. någon skall på uppdrag av annan utföra ett arbete. Den part som skall utföra arbetet kallas entreprenör. Avsikten är som sagt att entreprenören skall utföra ett visst arbete som kan skifta i typ och omfattning. I vissa fall skall entreprenören utföra ett moment i en större entreprenad och entreprenörens arbete är då begränsat till en mycket ringa del av den större entreprenaden. I andra fall skall entreprenören utföra och leverera något så stort som en hel fabriksanläggning.

I många situationer har beställaren och entreprenören inte närmare avtalat vad som gäller i avseende på juridiska regler. När det handlar om en konsument gäller konsumenttjänstlagen. Men när det är fråga om näringsidkare blir rättsläget mer komplicerat. Det är främst olika standardavtal som parterna använder för att reglera sina avtalsrättsliga frågor.⁶⁰ Det kan även i vissa fall bli nödvändigt att tillämpa andra lagbestämmelser analogt.

4.2 Standardavtal

När man pratar om gällande rätt för entreprenader hamnar man, i avsaknad av egentliga lagregler, oftast i standardavtalens bestämmelser. Inom entreprenadbranschen finns ett väl utvecklat system av standardavtal, med allmänna bestämmelser, administrativa föreskrifter och tekniska beskrivningar. AB 92 (Allmänna bestämmelser) och ABT 94 (Allmänna Bestämmelser för Totalentreprenader) är de bestämmelser som ligger till grund för avtalssystemet. I skrivandets stund finns det ett förslag till AB 2003 som är ute på remiss. De bestämmelser jag valt att beakta i det nya förslaget är bestämmelserna om hävning och övertagande av material.

Eftersom det saknas lagregler på entreprenadområdet har standardavtalen fått enormt stor betydelse och stor genomslagskraft i branschen. Om AB:s

⁶⁰ Höök Rolf, *Entreprenadjuridik*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999, s 9.

principer är gällande rätt även i situationer där parterna inte har hänvisat till dessa villkor är tveksamt. I ett uttalande i förarbetena till konsumenttjänstlagen har det uttalats följande.

”Det har hävdats att AB:s principer skulle vara gällande rätt också när det enskilda avtalet inte hänvisar till dessa villkor. Man torde dock böra iaktta största försiktighet vid överförandet av AB:s regler på entreprenadtyper för vilka de inte är avsedda t ex på arbeten av mindre omfattning. Så synes också vara fallet i HD:s praxis. Man får vidare beakta att bestämmelserna i AB tillsammans bildar ett system där ur sitt sammanhang lösryckta regler knappast lämpar sig för analog tillämpning”⁶¹

Det finns idag många rättsfall som behandlar giltigheten av allmänna branschvillkor. En fråga som ofta ställs är om de allmänna villkoren måste vara kända för parterna och om de måste bifogas eller hänvisas till i avtalet. Åberopande av allmänna avtalsvillkor torde vara tillräckligt när det är klart att motparten har tillgång till dem och de är rimliga till sitt innehåll.⁶² Översändande av villkoren krävs om motparten inte har kännedom om dem. Är villkoren betungande krävs ett direkt klargörande av dem.⁶³

AB 92:s mest grundläggande bestämmelse är att omfattningen av arbetena/entreprenaden bestäms av kontraktshandlingarna, 1:1. Detta leder alltså till att så mycket som möjligt av förpliktelse ska bestämmas konkret. I 1:3 finns det en rangordningslista som anger i vilken ordning kontraktshandlingarna gäller vid motsägelser mellan dem. Först kommer själva kontraktet, därefter AB 92, och först därefter ett antal andra handlingar t.ex. beställning och anbud.⁶⁴

I Norge finns ett standardavtal som heter Norsk Standard 3430 och förkortas NS 3430. Det innehåller kontraktbestämmelser för bygg- och anläggningsarbeten. I Danmark finns ett standardavtal som liksom det svenska heter AB 92 och är en förkortning för Almindelige Betingelser. Detta innehåller bestämmelser för arbeten och leveranser.

När det nedan hänvisas till bestämmelser avses det svenska AB 92 om inte annat föreskrivs.

⁶¹ SOU 1979:36, s 67ff.

⁶² Se NJA 1980 s 46 som handlade om tillämpning av skiljeklausul i AB 72 på avtal mellan byggnadsfirma och lastbilscentral och där skiljeklausulen godtogs.

⁶³ Se NJA 1979 s 401 som handlade om giltigheten av en indexklausul vid köp av ett trähus. Klausulen ansågs ogiltig p.g.a. att den var betungande och hänvisning saknades i de individuella prisuppgifterna i avtalet.

⁶⁴ Hellner Jan, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktetsrätt, 1 häftet, Särskilda avtal*, Juristförlaget, Stockholm 1996, s 126.

4.3 Olika typer av entreprenader

En entreprenad kan vara utformad på flera olika sätt beroende på vad det är för arbete som skall utföras. Vanligtvis är det arbetets omfattning och varaktighet som styr valet av entreprenadform. Det finns bland annat delad entreprenad, general- och totalentreprenad.

Med delad entreprenad förstås att beställaren upphandlar de olika delarna av en entreprenad inklusive projektering. Beställaren har ett avtal med varje entreprenör. Den delade entreprenaden kan också vara utformad på så sätt att byggherren har en huvudentreprenör som sköter de vanliga byggentreprenaderna och andra sidoentreprenörer som sköter de mindre arbetena. Detta innebär att det ankommer på huvudentreprenören att tillhandahålla vissa hjälpmedel och arbeten till de andra sidoentreprenörerna.

Vid generalentreprenad föreligger ett renodlat förhållande mellan beställaren och den av honom upphandlade generalentreprenören. Beställaren har ett avtal avseende de arbeten som skall utföras på arbetsplatsen. Det är generalentreprenörens uppgift att upphandla och kontraktera de av honom anlitade underentreprenörerna. Även vid generalentreprenader är huvudtanken att beställaren tar fram projekteringen till entreprenaden.

Enligt ABT föreligger en totalentreprenad när entreprenören i förhållande till beställaren svarar för projektering och utförande. Detta innebär i sin tur att totalentreprenören måste projektera entreprenaden. Ur riskfördelningssynpunkt innebär en totalentreprenad att beställaren har en avtalspart att vända sig mot. Totalentreprenören bär ansvaret för såväl entreprenadens funktion som de faktiska fel som entreprenaden kan vara behäftad med.⁶⁵ För totalentreprenader gäller ett särskilt standardavtal. Många bestämmelser är gemensamma med AB 92 men på en del punkter skiljer sig de olika typerna av entreprenad åt. För totalentreprenader är begreppet funktion av stor betydelse. Totalentreprenören har ett s.k. funktionsansvar, vilket innebär att entreprenören har ansvar för såväl projektering som utförande. Vid en vanlig entreprenad har entreprenören endast ansvar för att utförandet sker i enlighet med av beställaren tillhandahållna ritningar och beskrivningar. Totalentreprenören svarar för att projektet uppfyller avtalad funktion. Om inte särskild funktion avtalats skall entreprenaden fungera för känd planerad användning.

4.4 Ersättningsformer

Det finns två olika ersättningsformer, fast pris och pris på löpande räkning.

⁶⁵ Höök, s 34f.

När det avtalats om fast pris innebär detta att beställaren får ett anbud som anger en klumpsumma för alla kontraksarbeten eller bestämda belopp för olika delar av arbetena. Detta fasta pris kan sedan vara reglerbart genom indexreglering för de kostnadsökningar som entreprenören drabbas av under byggtiden. I vissa situationer kan det gå avsevärd tid mellan det att anbudet ges och byggstart, därför måste det ges visst utrymme för flexibilitet. Fast pris kan även överenskommas då ändrings- eller tilläggsarbeten skall utföras.

När parterna har avtalat om ersättning enligt principerna för löpande räkning är avsikten att entreprenören skall få ersättning för alla verifierade självkostnader. I AB 92 är detta reglerat i 6 § 7.

”Enligt självkostnadsprincipen utgår ersättning för

- 1. kostnader för material och varor*
- 2. kostnader för arbetsledning*
- 3. kostnader för arbetare*
- 4. kostnader för hjälpmedel*
- 5. kostnader för underentreprenader*
- 6. kostnader för försäkringar i den mån de avser entreprenörens risk samt avgifter enligt lag och till företagsorganisationer*
- 7. kostnader i övrigt som inte anges i 8 och 9 nedan*
- 8. entreprenörarvode, inbegripet kostnader för räntor och centraladministration, beräknat som en i kontraktet angiven procent av kostnaderna enligt 1-7 ovan, exklusive mervärdesskatt*
- 9. entreprenörarvode, beräknat som en i kontraktet angiven procent av kostnaderna enligt 1-7 ovan, exklusive mervärdesskatt, för arbete, hjälpmedel, material eller vara, som tillhandahålls av beställaren.”*

4.5 Faran

Under entreprenadtiden fram till slutbesiktningen står entreprenören faran för skada som drabbar icke avlämnad del av entreprenaden, 5:4 1 st. Undantag gäller för skada som beror på beställaren eller är orsakad av denne. Det finns även andra undantag som gäller för vissa uppräknade situationer av karaktären force majeure. Detta kan sägas innebära att beställaren står faran för de extraordinära olyckorna medan entreprenören står faran för de mer ordinära olyckorna. Att entreprenören står faran innebär att entreprenören blir skyldig att för det pris som avtalats, utan särskild ersättning, på nytt utföra det arbete som gått förlorat genom olyckshändelsen. Den nu nämnda regeln om faran gäller arbete till fast pris. Vid arbete på löpande räkning fritar sig entreprenören från att stå faran. Han svarar endast i den mån skadan uppstått genom hans försummelse. Beställaren blir då skyldig att betala på nytt för arbete som utförts en gång men som gått förlorat genom olyckan.⁶⁶

⁶⁶ Hellner, 1 häftet, s 130.

4.6 Entreprenörens kontraktsbrott

4.6.1 Entreprenörens dröjsmål

4.6.1.1 Tiden

Inom vilka tidsramar som entreprenaden skall utföras anges i normalfallet i avtalet mellan parterna. I 4:1 anges bl.a. att om tidsplan inte ingår i kontraktshandlingarna kan beställaren begära att en tidsplan upprättas av entreprenören. Tidsplanen innefattar inte endast en sluttidpunkt utan en tämligen detaljerad redogörelse för tidpunkter för entreprenadens olika moment.

En viktig tidpunkt, som kan jämföras med ”avlämnande” av vara enligt köplagen och ”avslutande” enligt konsumenttjänstlagen, är den dag då arbetet skall vara ”färdigställt”. När arbetet är färdigställt skall det vara tillgängligt för slutbesiktning. Vad slutbesiktning innebär kommer att behandlas under kapitel 4.6.3.2. Denna tidpunkt är avgörande för om entreprenören skall anses ha uppfyllt sitt primära kontraktuella åtagande, d.v.s. att utföra de i kontraktet angivna arbetena.

Det finns två olika situationer som kan göra att entreprenadtiden förlängs. Det ena är att beställaren vill ändra arbetet eller få tilläggsarbeten utförda. Den andra är en reglering av situationer av karaktären force majeure. I båda fallen är det tänkt att entreprenören inte skall anses vara försenad och drabbas av sanktioner.⁶⁷

4.6.1.2 Ändrings- och tilläggsarbeten

Ändrings- och tilläggsarbeten regleras noggrant i 2 kap. Om beställaren önskar att ändra eller lägga till i arbetet är entreprenören i viss mån tvungen att följa detta. Entreprenören har en skyldighet att utföra de av beställaren beskrivna tilläggsarbetena, om de står i omedelbart samband med kontraktarbetena och inte är av väsentlig annan natur än dessa. Det har också givits en rätt för entreprenören att utföra tilläggsarbetena, vilket innebär att beställaren inte kan vända sig till någon annan entreprenör.⁶⁸

4.6.2 Påföljder vid dröjsmål

Om det uppstår dröjsmål från entreprenörens sida blir denne vanligen skyldig att betala ett i kontraktet fastställt vite, 5:1. Liksom i övriga avtalsförhållanden träder vitet in som den primära påföljden för dröjsmål.

Beställaren har en möjlighet att hålla inne belopp som motsvarar försuttna viten eller skadestånd enligt kontraktet, 6:15 4 st.

⁶⁷ Höök, s 69.

⁶⁸ Hellner, 1 häftet, s 127.

Beställarens rätt att häva kontraktet på grund av entreprenörens dröjsmål regleras i AB 92 tillsammans med hävning på grund av andra kontraktsbrott, både entreprenörens och beställarens. AB 92 räknar endast med hävning för framtiden, 8:1 1 st, vilket innebär att hävning inte kommer i fråga när arbetet slutförts, även om detta sker med stor försening. Liksom annars vid avtal om tjänster vore hävning med verkan för redan utfört arbete en både starkt ingripande och svårmanövrerad påföljd. Det är svårt att tänka sig en form av hävning där redan utfört arbete skall göras ogjort.⁶⁹ Det kan tänkas att beställaren i vissa speciella fall har en hävningsrätt som är mer omfattande än de regler som ges uttryck för i AB 92. Detta skulle kräva att det var väsentligt för beställaren som att entreprenören måste ha insett detta. Exempel på situationer där detta kan vara fallet är vid ett sådant speciellt arrangemang som ett VM eller en Olympiad. Vid dessa skall de flesta projekt när spelen avslutats monteras ned. Det är möjligt att parterna måste avtala om denna hävningsrätt för att den skall gälla.⁷⁰

Hävning vid kontraktsbrott är alltid förenat med skadestånd och vite. För att få häva krävs att motparten gjort sig skyldig till ett väsentligt kontraktsbrott. I 8:1 räknas de situationer upp som utgör hävningsgrund. Dessa hävningsgrunder är desamma i förslaget till AB 2003. Några av hävningsgrunderna är bl.a. då entreprenaden försenats så att den inte kan färdigställas i tid och om denna försening medför en väsentlig olägenhet för beställaren, då utförd del av entreprenaden inte är kontraktsenlig och då avhjälpande inte sker utan dröjsmål eller då entreprenören försätts i konkurs eller är på sådant obestånd att han inte kan förväntas fullgöra sina åligganden och betryggande säkerhet för rätta fullgörelsen av entreprenörens förpliktelser mot beställaren inte ofördröjligen ställs.

Om arbetet redan påbörjats när hävning sker avbryter entreprenören sitt arbete, och det blir beställarens sak att skaffa en ny entreprenör för det återstående arbetet.⁷¹

4.6.3 Fel i entreprenaden

4.6.3.1 Allmänt

Den viktigaste förpliktelsen för entreprenören är att entreprenaden avlämnas kontraktsenligt. Beställarens huvudförpliktelse är att betala. Det finns tre olika frågeställningar som är aktuella vid avgörandet om det föreligger fel eller inte. Det är avtalet, tidpunkten och slutbesiktningen.

⁶⁹ Lindahl Alf G, Malmberg Östen, Norén Alf Erik, *Entreprenad AB 92*, Bokförlaget Norén & Co, Stockholm 1994, s 243.

⁷⁰ Höök, s 79.

⁷¹ Hellner, 1 häftet, s 131f.

Det första som skall avgöras är vilken typ av avtal det är som parterna ingått. Har entreprenören påtagit sig projektering eller bygger han endast efter beställarens ritningar?

Den andra frågan är vid vilken tidpunkt som felet uppstått. I AB 92 finns en uppdelning mellan fel som uppträder under garantitiden och fel som uppträder efter garantitiden.

Den tredje frågan handlar om besiktningen. Vid entreprenader måste man av många skäl kunna avgöra om och när entreprenaden är avlämnad. Avlämnandet sker genom att en besiktning genomförs.⁷²

Felbegreppet enligt AB 92 anges som ”när en del av entreprenaden inte utförs kontraktsevenligt”. Hur entreprenaden skall utföras bestäms i allmänhet i avtalet på ett sådant sätt att någon abstrakt bedömning inte kommer ifråga. Det föreskrivs i 2:1 1 st att om kvalitetsangivelse i visst avseende inte lämnats skall arbetet i detta avseende utföras i klass med kontraktens arbetena i övrigt. Det finns också en allmän bestämmelse som säger att entreprenören skall utföra arbetet fackmässigt, 2:1 2 st. Om en del av entreprenaden är utförd på ett sätt som inte överensstämmer med kontraktet föreligger alltså fel.⁷³ Vid en totalentreprenad omfattar den fackmässighet en entreprenör skall iaktta vid uppdragets genomförande såväl projektering och konstruktion som utförande. En totalentreprenör ansvarar för att projektet uppfyller den funktion som entreprenaden enligt kontraktet skall ha.

4.6.3.2 Slutbesiktning

Vid en besiktning skall det avgöras om entreprenaden är felfri eller inte. Beställaren utser en besiktningsman som genom att undersöka entreprenaden konstaterar om entreprenaden har utförts kontraktsevenligt. Om en entreprenad är konstaterad felfri vid en besiktning som är utförd enligt 7 kap AB 92 skall besiktningsmannen godkänna entreprenaden och entreprenaden anses därmed avlämnad. AB 92 innehåller olika typer av besiktning, däribland slutbesiktning, 7:2, och garantibesiktning, 7:3. Funktionen av besiktningen är att uppnå ett objektivt klagörande av att entreprenaden är slutförd enligt det upprättade kontraktet och att den är utförd fackmässigt.⁷⁴ Den besiktningsform som nedan behandlas är slutbesiktningen. Garantibesiktningen kommer att beskrivas i nästa kapitel.

AB 92 utgår från att besiktningen är det sätt på vilket man avgör om det föreligger fel i entreprenaden. Det anges uttryckligen att vid besiktningen så skall besiktningsmannen med noggrannhet undersöka om entreprenaden uppfyller kontraktsevenliga fordringar. De fel som uppdagas vid besiktningen skall antecknas i ett särskilt besiktningsutlåtande. I 7:13 sägs att beställaren inte får göra gällande andra fel än de som anges i utlåtandet. Om det

⁷² Höök, s 82f.

⁷³ Höök, s 84.

⁷⁴ Höök, s 89.

konstateras att entreprenaden inte är behäftad med några fel skall den alltså godkännas. Ett godkännande innebär att en preklusionsregel riktas mot beställaren. Efter ett godkännande vid en slutbesiktning är entreprenaden avlämnad. Slutbesiktningen skall alltså normalt markera att kontraktstiden är utgången.

Besiktningen är i princip det exklusiva bevismedlet för att fastställa om fel föreligger. Beställaren har dock vissa möjligheter att göra gällande fel även efter att entreprenaden godkänts. Talan får föras om fel som förelegat vid besiktningen men som då inte märkts eller borde ha märkts, eller som beställaren påtalat men som besiktningsmannen inte ansett utgöra fel, samt fel som beställaren skriftligen påtalat inom tre månader, 7:13.⁷⁵

4.6.3.3 Garantitid

När entreprenadtiden är utgången börjar garantitiden att löpa. Entreprenadtiden är utgången då slutbesiktning och godkännande ägt rum.⁷⁶ Den normala längden på garantitid är två år och detta anges i 4:7.

”Garantitiden är två år om inte annat föreskrivs i övriga kontraktshandlingar. Garantitiden räknas från entreprenadens godkännande. Om inte slutbesiktning verkställs inom föreskriven tid på grund av beställarens underlåtenhet, räknas garantitiden från den dag besiktningen rätteligen skulle ha verkställts.”

I 4 kap anges vidare regler om att garantitiden kan förlängas av besiktningsmannen om entreprenören har avsevärt dröjt med att avhjälpa icke oväsentliga fel.

I NJA 1985 s 397 II behandlades frågan om en intagen bestämmelse om garantitid i ett byggnadsentreprenadavtal. Entreprenören hade avtalat om en ettårsgaranti från och med tillträdesdagen utan att nämna allmänna bestämmelser. Entreprenören hävdade att hans ettåriga garanti skulle innebära att han var friskriven från ansvar på samma sätt som om AB:s bestämmelser skulle ha varit tillämpliga. HD kom fram till att det förhållande att parterna avtalat om en viss garantitid inte behöver medföra att preskriptionsverkan inträder efter denna garantitids utgång. Utgången i fallet blev att entreprenören ansvarade även efter ettårsgarantins utgång.

Då beställaren hävdar att fel föreligger som entreprenören ansvarar för under garantitiden ankommer det på entreprenören att bevisa att detta fel beror på beställaren för att han skall slippa ansvar. Något som skulle kunna få entreprenören fri från ansvar kan vara att beställaren har felaktiga bygghandlingar eller att han själv har orsakat felet genom vårdslöst handlande.⁷⁷

⁷⁵ Höök, s 90.

⁷⁶ Lindahl m.fl., s 32.

⁷⁷ Höök, s 93f.

En garantibesiktning skall ske före garantitidens utgång. I de fall då en garantibesiktning inte sker inom denna tid kan fel, som framträtt efter slutbesiktningen, istället konstateras i en särskild besiktning enligt 7:4. Beställaren måste då visa vilka fel som framträtt redan under garantitiden och för vilka entreprenören skall svara för i enlighet med 5:6. Om parterna föreskriver att en garantibesiktning inte skall ske får entreprenören anses fri från ansvar för fel, som framträtt under garantitiden och som inte konstaterats vid en särskild besiktning. Entreprenörens ansvar för dolda fel finns dock kvar. Vid en garantibesiktning får inte fel göras gällande som borde ha upptäckts tidigare.⁷⁸

4.6.3.4 Efter garantitiden

När det gäller entreprenörens ansvar för fel efter garantitiden är rättsläget oklart. Det finns endast ett begränsat antal rättsfall som behandlar frågan. NJA 1946 s 666 handlade om ett entreprenadavtal som var baserat på AB 36 som saknade regler om ansvaret efter garantitiden. Entreprenören hade underlåtit att göra en dränering runt det av honom uppförda huset. Detta kom fram först efter garantitidens utgång. HD menade att den i kontraktet införda bestämmelsen om att entreprenören ansvarade för fel under en ettårsperiod inte i detta fall kunde begränsa entreprenörens ansvar för dräneringsfelet. Felet var av en sådan karaktär att det inte rimligen kunde upptäckas tidigare.

För att lösa problemet kring frågan vilket ansvar entreprenören har efter garantitiden har diskussionen främst haft två utgångspunkter. Den ena är att det framstår som normalt, åtminstone i kommersiella sammanhang, att båda parter vill ha ett definitivt och klart fastställande av att deras ekonomiska och juridiska relationer har upphört. Mot detta har det framförts att en begränsning av entreprenörens ansvar till garantitiden får konsekvenser endast för den ena sidan. Det skulle i många fall bli fråga om en orättvis behandling av den ena parten om entreprenören skulle vara helt friskriven från ansvar efter garantitiden.

I 5:7 anges att entreprenören ansvarar för fel som framträder efter garantitidens utgång om felet är väsentligt och om det visar sig att felet har sin grund i vårdslöshet av entreprenören. Utöver detta gäller den allmänna preskriptionstiden enligt lag, alltså tio år. Denna skall räknas från garantitidens början. I 4:7 anges att garantitiden räknas från entreprenadens godkännande.

Vid bedömningen om felet är väsentligt skall avseende inte bara fästas vid själva felet utan hänsyn skall även tas till vilken skada som uppkommit eller kan befaras uppkomma. Det skall vara fråga om fel som ytterst påverkar beställarens möjlighet att använda en byggnad eller en anläggning för avsett ändamål. Om en byggnad saknar kärnegenskaper är det ett väsentligt fel. En

⁷⁸ Lindahl m.fl., s 212f.

byggnad skall sålunda ha fungerande väggar, tak, golv och grund samt vara tät. Även fel som innebär fara för hälsa och säkerhet är normalt väsentliga.⁷⁹

Man kan alltså beträffande entreprenörens ansvar för fel skilja mellan tre olika perioder med olika typer av ansvar. Den första ansvarsperioden är den fram till besiktningen, då entreprenören står faran och svarar för alla bristfälligheter som uppstår. Den andra är den som löper under garantitiden, då entreprenören inte står faran men svarar för fel som inte varit synliga vid besiktningen men framträtt under garantitiden. Den tredje och sista ansvarsperioden är den som avser tiden efter garantitiden, då entreprenören svarar för dolda fel om de är väsentliga och beror på vårdslöshet.

4.6.4 Påföljder vid fel

Den primära påföljden för entreprenören vid ett konstaterat fel är att avhjälpa felet. En fråga är om entreprenören har rätt att avhjälpa felet även om detta inte är avtalat och om beställaren kan kräva att entreprenören avhjälper felet om heller inte detta är avtalat. Konsumenttjänstlagen säger att konsumenten kan kräva att näringsidkaren avhjälper felet om det inte medför olägenheter eller kostnader som är oskäligt stora i förhållande till felets betydelse för konsumenten. Näringsidkaren har också en rätt att avhjälpa felet och kan på detta sätt undvika mer omfattande ansvar. Det är dock svårt att jämföra konsumentförhållanden med kommersiella förhållanden, så det är tveksamt om paralleller kan dras därifrån. Det torde dock vara logiskt att det ingår en avhjälpningskyldighet i entreprenörens åtagande.⁸⁰ Det som sägs i 7:25 är följande.

”Entreprenören är berättigad och skyldig att avhjälpa vad som i besiktningens utlåtande antecknats utgöra fel. Därjämte är entreprenören skyldig att avhjälpa sådant som beställaren anser utgöra fel och skriftligen påtalat enligt kapitel 5 § 10.”

Det är oftast av stort intresse för beställaren att felet avhjälpas snarast. Med anledning av detta har det i 6:15 intagits en bestämmelse som ger beställaren en rätt att innehålla

”...ett betryggande belopp för avhjälpande av fel som konstateras vid slutbesiktning, dels belopp motsvarande avdrag på entreprenadsumman enligt kapitel 7 § 26.”

Begreppet ”betryggande belopp” innebär att det torde bli ett högre belopp än de direkta kostnaderna är för entreprenören att avhjälpa felet.⁸¹ Enligt AB 92 är således entreprenören skyldig men också berättigad att avhjälpa felet. Detta innebär att beställaren måste avvakta entreprenörens avhjälpande innan han kan anlita en annan entreprenör. I 7:25 sägs att, om inte

⁷⁹ Lindahl m.fl., s 142ff.

⁸⁰ Höök, s 104.

⁸¹ Lindahl m.fl., s 197ff.

entreprenören avhjälpes felet inom föreskriven tid eller skriftligen har meddelat beställaren att han inte avser avhjälpa felet, får beställaren avhjälpa felet själv. Är entreprenören ansvarig för felet sker avhjälpandet på hans bekostnad. Beställaren kan, om felet inte skall eller kan avhjälpas, vara berättigad till prisavdrag. Rätten till prisavdrag regleras i 7:26. Avdraget skall motsvara ett belopp som är skillnaden mellan värdet på entreprenaden i kontraktsenligt skick respektive felaktigt skick. Beloppet skall dock inte understiga den besparing entreprenören gjort genom det felaktiga förfarandet.⁸²

Bestämmelserna om hävning av avtalet på grund av fel är i princip desamma som för dröjsmål. Eftersom retroaktiv hävning inte förekommer och fel ofta konstateras först efter det att arbetet är slutfört, har hävningspåföljden vid fel mindre betydelse. Enligt 8:1 2 p kan hävning ske på grund av att entreprenadens kontraktsenliga färdigställande äventyras, antingen genom att utförd del av entreprenaden avviker från föreskriven kvalitet eller genom att entreprenören åsidosätter andra förpliktelser. Vid fel i redan utfört arbete och vid anteciperat allvarligt fel i det slutliga arbetet kan beställaren alltså häva.⁸³ Men även här avser hävandet endast framtida arbeten. Som konstaterats ovan vid hävning vid dröjsmål kan det i speciella fall vara möjligt med en vidare hävningsrätt än den stadgade i AB 92. I fall där det uppförda projektet efter användandet skall monteras ned kan en hävningsrätt i redan utförda arbeten eventuellt vara möjlig.

Ytterligare en påföljd som kan göras gällande mot entreprenören är skadestånd. Skadestånd utgår när avtalet hävs på grundval av bestämmelserna i 8:1 1-6p, 8:5. Om hävning sker är entreprenören skyldig att ersätta beställaren den kostnadsökning som på grund av hävandet uppkommer för entreprenadens färdigställande samt den skada hävandet i övrigt åsamkar beställaren. Skadestånd kan även utgå på grund av annat än hävning. En beställare har t.ex. rätt till skadestånd för skada som uppkommer på entreprenaden och som orsakats av ett fel som entreprenören är ansvarig för, 5:8. Vidare utgår skadestånd för vårdslöst handlande som orsakar skada på motpartens arbete, 5:13. Slutligen finns det en allmän bestämmelse som reglerar skadestånd för skada som inte beror på vissa uppräknade situationer, 5:14.

När det gäller preskription av fordran på grund av fel är huvudregeln att den preskriberas tio år efter tillkomsten. Huvudtanken är att preskriptionstiden skall räknas från tidpunkten för avtalet, under förutsättning att fordran grundas på ett avtal.⁸⁴

Om det sker en hävning på grundval av bestämmelserna i 8:1 1-7p är entreprenören skyldig att låta beställaren eller nytillträdande entreprenör mot

⁸² Lindahl m.fl., s 238.

⁸³ Lindahl m.fl., s 244.

⁸⁴ Se NJA 1987 s 243 och NJA 1987 s 717.

skälig ersättning överta eller förhyra hjälpmedel, material och varor som finns inom arbetsområdet. Vid totalentreprenad gäller att totalentreprenören även är skyldig att låta den nytillträdande entreprenören överta handlingar angående entreprenaden. Entreprenören är vidare skyldig att medverka till att beställaren eller nytillträdande entreprenör får överta träffade avtal angående material, varor och underentreprenader. Bestämmelsen syftar till att entreprenören trots hävandet ändå skall vara skyldig att medverka till ett så fördelaktigt slutförande av entreprenaden som möjligt. Bestämmelsen har samma lydelse i förslaget till AB 2003. Huruvida denna bestämmelse är giltig mot ett konkursbo blir diskuterat i kapitel 5.6.

4.6.5 Andra skyldigheter

Entreprenören har även andra skyldigheter än de som kan hänföras till dröjsmål och fel. Detta framgår av att entreprenören kan bli skadeståndsskyldig enligt AB 92. Den centrala skadeståndsregeln i AB 92 går ut på att, om inte annat är föreskrivet, part ansvarar för skada som den åsamkar den andra parten genom vårdslöshet eller försummelse, 5:14 1 st. Det råder alltså ett culpaansvar. Som exempel på att entreprenören kan bli skadeståndsskyldig enligt denna bestämmelse kan nämnas att han skadar beställarens egendom, som inte utgörs av entreprenaden, eller att skadan uppstår efter entreprenadtiden, t.ex. vid avhjälpande av fel. Regeln kan tillämpas även vid skada för vilken entreprenören ansvarar efter garantitiden på grund av vårdslöshet.⁸⁵

⁸⁵ Hellner, 1 häftet, s 134f.

5 Entreprenörens konkurs

5.1 Inledning

Entreprenadavtalet är numera en central kommersiell avtalstyp. Det handlar ofta om stora projekt som kan pågå under flera år. Det handlar även om stora ekonomiska värden. I detta kapitel skall konsekvenserna av en entreprenörs konkurs diskuteras. Har konkursboet rätt att fullfölja och inträda i avtalet eller kan motparten häva avtalet? Vad händer om avtalet fullföljs och det senare uppkommer fel i entreprenaden? Är felanspråket att betrakta som en massafordran eller som en konkursfordran? Vidare kan man ställa sig frågan om vem som har rätt till materialet som befinner sig på byggarbetsplatsen. Har beställaren separationsrätt i konkursen?

5.2 Beställarens rätt att häva och boets inträdesrätt

5.2.1 AB 92 8 kap 1 §

Som ovan nämnts innehåller AB 92 bestämmelser som ger både beställaren och entreprenören en hävningsrätt vid motpartens konkurs. Samtidigt ger bestämmelserna parterna en inträdesrätt då säkerhet ställs. Beställaren äger, enligt 8:1 3p, häva avtalet såvitt avser återstående arbeten,

”då entreprenören försätts i konkurs eller eljest är på sådant obestånd att han inte kan förväntas fullgöra sina åligganden och betryggande säkerhet för rätta fullgörandet av entreprenörens förpliktelser mot beställaren inte ofördröjligen ställs efter begäran härom.”

Bestämmelsen har motsvarande utformning i det nya förslaget till AB 2003. Skulle beställaren inte utnyttja sin rätt till hävning, åligger det i princip konkursboet att fullfölja entreprenaden, eftersom AB 92 inte ger konkursboet rätt att häva kontraktet. Om konkursboet inte fullföljer entreprenaden är detta ett kontraktsbrott, vars ekonomiska konsekvenser får bedömas enligt vanliga skadeståndsregler. Eftersom arbetena vanligtvis ej kan bli stående tvingas beställaren att ta ställning till hävningsrätten. Hävningsrätten bör dock av praktiska skäl användas med urskillning framförallt när arbetet med entreprenaden är i sitt slutskede. Då kan det vara lämpligare att beställaren själv fullgör entreprenaden på entreprenörens/konkursboets bekostnad och sedan avräknar kostnaden på innehållna medel. Skulle innehållna medel inte förslå till betalning och återstoden av kontraktssumman ej förslå till att fullfölja kontraktarbetena, kan skäl föreligga för beställaren att häva avtalet.

I en tidigare version av AB⁸⁶ fanns en bestämmelse som gav entreprenören en möjlighet att undvika hävning genom att ställa betryggande säkerhet för fullgörandet. Denna bestämmelse togs i efterföljande versioner bort.⁸⁷ Orsaken till att den togs bort var att det inte alltid kan förväntas att entreprenören på rätt sätt fullgör sina åligganden ens om säkerhet ställs.

I AB 92 har nu regeln återinförts och den finns kvar i det nya förslaget till AB 2003. Vid bestämmandet av säkerhetens storlek bör beaktas dels den säkerhet som kan ha lämnats i samband med kontraktsskrivningen, dels vad som innehållits av kontraktssumman, dels omfattningen av återstående arbeten och dels entreprenadens skick i övrigt.⁸⁸

5.2.2 De oreglerade fallen

Ovan har diskuterats AB:s ställning och slutsatsen därav var att bestämmelserna inte är av sådan lagkaraktär att de alltid tillämpas utan det måste finnas en viss hänvisning till dessa för att ge dem verkan. Har inte parterna gett bestämmelserna verkan så är de inte tillämpliga. När AB:s regler inte är tillämpliga så blir det istället att tillämpa andra regelverk analogt. Det kan finnas principer i köprätten som kan tillämpas även i entreprenadfall. AB 92 ger entreprenörens konkursbo en möjlighet att vid ställande av säkerhet inträda i entreprenadavtalet. En fråga man då kan ställa sig är vilken rätt boet har till inträde och beställarens rätt till hävning i de fall då de inte är tillämpliga. Har boet samma inträdesrätt även i de fall då AB 92 inte gäller? För att besvara denna fråga avser jag att använda bestämmelserna i företagsrekonstruktionslagen och den norska och danska rätten samt bestämmelserna i köplagen som jämförelser.

Nedan följer en liten repetition från första kapitlet. Enligt köprätten har båda parter, vid konkurs, i ett köpeavtal en rätt till inträde om säkerhet ställs. Att köparens konkursbo har givits en inträdesrätt leder oftast inte till något problem. Den prestation som av köparen skall utges är endast en penningprestation. Däremot kan förhållandena bli mer komplicerade vid säljarens konkurs. Det kan då handla om komplicerade naturaprestationer som boet kommer att ha svårigheter att fullfölja. Detta har ansetts uppvägas av den möjlighet köparen har att kräva säkerhet. Eftersom en inträdesrätt redan är, om inte tveksam så problematisk, vid komplicerade naturaprestationer vid köp blir det svårare att argumentera för att en liknande inträdesrätt skall gälla för en entreprenörs konkursbo. En analogi från köprätten kan därav svårigen göras. Eftersom en entreprenad är en form av uppdrag eller tjänst skulle det istället vara lättare att analogvis tillämpa konsumenttjänstlagen. Denna lag är dock som namnet antyder endast tillämplig på förhållanden mellan näringsidkare och konsument och inte på förhållanden mellan uteslutande kommersiella parter. Även om en

⁸⁶ AB 54.

⁸⁷ Bestämmelsen fanns inte med i AB 65 och AB 72.

⁸⁸ Lindahl m.fl., s 245-246.

analogi inte låter sig göras så kan man ur de köprättsliga reglerna utläsa en princip. Huvudprincipen är att ett konkursbo har rätt att inträda i gäldenärens avtal. Är tiden för fullgörelse inne så är konkursboet skyldigt att på motpartens begäran ställa säkerhet. I förarbetena menade man att det inte skulle spela någon roll för motparten om han istället för gäldenären fick konkursboet som avtalspart. Så länge en säkerhet ställs finns det inget som säger att inte detta skulle gälla även för entreprenadavtal.

Företagsrekonstruktionslagen innehåller bestämmelsen 2 kap 20 § som är ett allmänt hävningsförbud. Kan man då jämföra företagsrekonstruktion med konkurs? Det som i första hand skiljer de två förfarandena åt är syftet bakom bestämmelserna. Syftet med företagsrekonstruktion är främst att företaget efter rekonstruktionen skall fortsätta på samma sätt som tidigare. Bolaget skall efter rekonstruktionen kvarstå. En av förutsättningarna för en rekonstruktion är givetvis att det finns en möjlighet för bolaget att fortsätta sin verksamhet. Konkursen syftar inte till att konkursbolaget skall fortsätta sin verksamhet. Bolaget kommer efter konkursens avslutande att upphöra. För den sakens skull behöver dock inte verksamheten som helhet upphöra. Ofta säljs inkråmet och verksamheten och driften fortsätter. Även om inte syftet bakom konkursförfarandet är detsamma som bakom företagsrekonstruktionens, d.v.s. att verksamheten skall fortgå innebär det inte att verksamheten i konkursbolaget automatiskt alltid upphör. Verksamheten kan dock fortsätta i ett annat bolag. Det mest fördelaktiga resultatet skall uppnås oavsett om det sker genom avveckling eller genom försäljning av inkråmet och fortsatt verksamhet.

I en del länder har de båda förfarandena om konkurs och företagsrekonstruktion sammanslagits och reglerna inom de båda instituten är desamma. Detta pekar på att förfarandena är mer lika än reglerna ger vid handen. Det behov som finns vid en företagsrekonstruktion att behålla förmånliga avtal för att verksamheten skall kunna fortsätta bedrivas finns även i konkursfallet. Detta eftersom den mest ekonomiskt fördelaktiga konkursrealisationen vanligtvis är att sälja verksamheten som en "going concern". Något som ytterligare skall tilläggas är att även om en försäljning av delarna i en verksamhet kan inbringa mer pengar till boet än en försäljning av hela verksamheten kan konkursförvaltaren välja det sistnämnda alternativet om detta bibehåller arbetstillfällena och främjar sysselsättningen på orten.

Den danska konkursrätten innehåller som tidigare nämnts en inträdesrätt för boet om inte annat följer av andra lagbestämmelser eller av rättsförhållandets beskaffenhet.⁸⁹ Som exempel på rättsförhållandets beskaffenhet har Munch bland annat angett långvariga och komplicerade avtal.⁹⁰ På denna beskrivning kan entreprenadavtal i vissa fall passa in. Det har även angetts de fall där gäldenärens person har sådan betydelse att boet

⁸⁹ 53 § DKL.

⁹⁰ Munch, s 365.

inte kan komma att genomföra avtalet. Enligt Hørlyck beror ett inträde på en konkret värdering i det enskilda fallet. Just när det gäller entreprenadavtal har han sagt att ett inträde endast kan bli aktuellt om entreprenaden är nära ett avslutande.⁹¹ Vagner menar att ”rättsförhållandets beskaffenhet” ganska ofta leder till att entreprenörens konkursbo inte kommer att ha inträdesrätt. Detta kan exempelvis vara fallet då det är fråga om ett komplicerat arbete som precis är påbörjat, om entreprenadens genomförande kräver så stor teknisk kapacitet och ekonomisk förmögenhet att det är tveksamt om boet kommer att klara av att slutföra arbetet, eller om entreprenörens person, hans särskilda expertis, har spelat en väsentlig roll för beställaren.⁹² Att genomföra exempelvis ett entreprenadavtal, som kräver en omfattande ekonomisk och teknisk insats under en längre tid, med ett konkursbo som aktiv motpart kan, enligt Gomard, orsaka svårigheter. Vidare säger Gomard att motparten vid långvariga och omfattande avtal har hävningsrätt.⁹³

Konkursrätten i Norge stadgar att boet har rätt att träda in i gäldenärens avtal om inte avtalets art hindrar detta.⁹⁴ Sådana avtal som entreprenadavtal har, enligt förarbetena, inte uttryckligen sagts utgöra ett hinder för boets inträdesrätt. Inträde är möjligt om boet ställer säkerhet för framtida förpliktelser.⁹⁵ Sandvik menar däremot att motparten har en långtgående hävningsrätt vid avtal som är av långsiktig karaktär.⁹⁶ Brækhus anger att om uppfyllelse av ett avtal kräver så stora utgifter från boets sida att motparten har god grund att anta att en riktig uppfyllelse inte kan ske är ett undantag från huvudregeln befogat. Detta kan t.ex. vara fallet när entreprenörens konkursbo önskar träda in i ett avtal om stora bygg- och anläggningsarbeten.⁹⁷

I Sverige har Möller varit den som mest ingående behandlat ämnet. Han anser att entreprenörens konkursbo har rätt att inträda i entreprenörens/gäldenärens avtal, om boet på krav från beställaren förmår visa att boet i ekonomiskt och kompetensmässigt hänseende har resurser att fullfölja entreprenaden.⁹⁸ Det blir alltså fråga om ett slags bevisregel. Hur stark bevisningen måste vara är dock tveksam. Om det räcker med att boet ställer säkerhet för entreprenadsumman eller om boet måste ställa säkerhet även för eventuella framtida felanspråk är osäkert.

Håstad är av den uppfattningen att entreprenörens konkursbos inträdesrätt i entreprenadavtal är möjlig men diskutabel. Problemen består i att det lätt kan uppstå svårigheter för entreprenörens konkursbo att behålla personal

⁹¹ Hørlyck Erik, *Entreprise & Licitation*, 5 uppl., Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1998, s 347.

⁹² Vagner Hans Henrik, *Entrepriseret*, 3 uppl., Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2001, s 137.

⁹³ Gomard, s 29-30.

⁹⁴ 7-3 dekl.

⁹⁵ NOU 1972:20 s 313.

⁹⁶ Sandvik, *Kommentar till NS 3401*, Universitetsförlaget, 1977, s 87-89.

⁹⁷ Brækhus Sjur, *Konkursrett utvalgte emner*, Universitetsförlaget, 1970, s 166.

⁹⁸ Möller, s 302.

och att förmå fullborda entreprenaden i tid och utan fel. Möjlig, menar Håstad, att inträdesrätten kan vara bl.a. på grund av att köplagens regler ger ett konkursbo inträdesrätt även om den prestation som säljaren skall utföra är komplicerad och långvarig. Säkerhet för fullgörelsen av entreprenadavtalet kommer troligtvis krävas för inträdet.⁹⁹

I förmånsrättskommitténs förslag presenteras regler avseende behandlingen av gäldenärens avtal under insolvensförfaranden som innebär att generella regler för konkursbos inträdesrätt införs i konkurslagen. Förslaget medför att konkursboet ges inträdesrätt om inget annat följer av annan lagbestämmelse eller av *rättsförhållandets art*. I lagtextkommentaren till ”rättsförhållandets art” nämns som exempel på avtal där inträdesrätten begränsas just entreprenadavtal. Anledningen till att utredningen funnit en begränsning befogad är att entreprenörens person ofta har betydelse vid mindre entreprenader, och vid större entreprenader, där mycket återstår att utföra, får konkursboet normalt stora svårigheter att självt slutföra entreprenaden. Samtidigt anges att konkursboet ofta har ett intresse av att nå en uppgörelse om ansvarsfrihet för fel mot rabatt på entreprenadsumman, inte minst därför att ansvarstiden vid entreprenader kan vara upp till tio år vilket hindrar en definitiv slututdelning. Däremot anges att om det återstående arbetet är av enkel och kortvarig beskaffenhet skall ett inträde vara möjligt.¹⁰⁰

Sammanfattningsvis kan det framföras att konkursboets inträdesrätt i entreprenörens avtal är diskutabel. Den lösning som synes vara den mest logiska och mest accepterade är att boet medges inträdesrätt i de avtal där det återstående arbetet inte är särskilt betungande för boet. I de fallen skulle ett begränsat inträde för boet endast leda till ökade kostnader för båda parter. Beställaren skulle säkerligen få problem med att hitta en ny entreprenör som skall färdigställa bygget och boet går miste om vederlaget för det återstående arbetet. När det istället handlar om arbeten som precis har påbörjats torde möjligheten till ett inträde vara begränsat. Har boet möjlighet att ställa godtagbar säkerhet för fullgörelsen kan ett inträde även i de sistnämnda fallen vara möjligt.

5.2.3 Partiellt inträde

Huvudregeln i svensk rätt är att partiella inträden inte är möjliga vid odelbara prestationer. När det gäller entreprenader är det fråga om en funktionellt odelbar prestation vilket innebär att konkursboet inte torde kunna inträda partiellt i avtalet. Det inträde som blir aktuellt sker i så fall i sin helhet.

Detta stämmer också överens med uppfattningen i både den norska och danska rätten. I förarbetena till den norska dekningslagen uttalas att om entreprenören går i konkurs skulle ett inträde som tillåts endast beträffande

⁹⁹ Håstad, s 405.

¹⁰⁰ SOU 2001:80, s 221f.

den ouppfyllda delen av avtalet lätt skapa oklarhet och tvist.¹⁰¹ Det skulle bli svårt att avgöra boets ansvar för fel eftersom det då måste konstateras när felet tillkommit, om det är orsakat av gäldenärens arbete eller om det orsakats av konkursboets arbete. I 56 § DKL står att om boet inträder blir boet förpliktat och berättigat i enlighet med avtalet. Gäller avtalet successiva leveranser kan boet inträda för de leveranser som sker från konkursbeslutet och framåt. Vad som då enligt den danska rätten gäller för långvariga produktioner anges som tveksamt av Munch.¹⁰² Han menar att om avtalet gäller en sammanhängande prestation, som till exempel uppförande av ett hus, måste boet vid ett inträde även svara för de fel som orsakats före konkursbeslutet. Detta innebär att det inte skulle vara möjligt med ett partiellt inträde i entreprenadavtal.

Det är inte uteslutande vid bestämmandet av felansvaret som problem vid partiellt inträde kan uppstå. Det gäller även då beställaren erlagt ett förskott. Om boet tillåts inträda partiellt kan det inte bli skyldigt att prestera vad som svarar mot beställarens förskott. Det innebär alltså att, vid ett partiellt inträde, ett förskott som betalats innan konkursbeslutet inte får avräknas på det arbete som boet utfört.¹⁰³ Beställaren får då nöja sig med att häva och kräva tillbaka förskottet som en konkursfordran. I det fall boet inte tillåts inträda partiellt så måste boet prestera även sådant som gäldenären åtagit sig för tiden före konkursen.¹⁰⁴

Även om gällande rätt ser ut att innehålla ett förbud mot partiella inträden överlag kan det dock föras en diskussion när ett partiellt inträde bör vara möjligt. Vad gäller partiellt inträde i ett entreprenadavtal kan nämnas att det föreligger en viss skillnad mellan de avtal som slutits på löpande räkning respektive fast pris. Vid fast pris bör utgången vara att ett partiellt inträde inte kan ske. Däremot kan man se löpande räkning som ett avtal som är delbart, därför borde det vara rimligt att tillåta ett partiellt inträde i ett sådant.

Såsom avslutning skall framhållas att boet endast bör ha att välja mellan att inte inträda och att inträda fullt ut. Ett partiellt inträde skulle medföra stora svårigheter med ansvarsfördelningen mellan boet och gäldenären. Dessutom kan det för beställaren medföra stora ekonomiska förluster för de fall då erlagda förskott endast kan bevakas som konkursfordringar.

5.2.4 Inträde genom konkludent handlande eller passivitet

Entreprenörens konkursbo bör, i enlighet med vad som redovisats ovan, ha inträdesrätt om det återstående arbetet är av kortvarig och enkel

¹⁰¹ NOU 1972:20, s 314.

¹⁰² Munch, s 377.

¹⁰³ Jfr NJA 1910 s 564, här fick beställaren avräkna hela det förskott som han erlagt när sedan entreprenören själv slutförde arbetet. Boet trädde aldrig i detta fall in i avtalet.

¹⁰⁴ Möller, s 302.

beskaffenhet och om boet ställer säkerhet. Boets inträde kan ske uttryckligen, genom att det på beställarens förfrågan eller på eget initiativ utnyttjar rätten att inträda, d.v.s. meddelar beställaren att det inträder och visar att kapaciteten för detta finns. Såväl i dansk som i norsk rätt gäller som allmän regel att inträdet skall ske uttryckligen på liknande sätt men också att boet kan inträda stillatigande.¹⁰⁵

Även i svensk rätt kan boet anses ha inträtt i gäldenärens avtal genom konkludent handlande. 63 § 5 st KöpL stadgar att om konkursboet mottagit en vara efter konkursbeslutet skall den antingen lämnas tillbaka eller så har säljaren rätt att kräva betalning. Vidare sägs att om konkursboet har sålt en vara eller på annat sätt har förfogat över den så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad, skall konkursboet anses ha inträtt i avtalet. Boets konsumtion av en vara som kommit boet tillhanda efter konkursbeslutet innebär inträde i betydelsen skyldighet att på massaplanet svara för vederlaget.¹⁰⁶ Denna bestämmelse är svår att tillämpa på fall då entreprenören gått i konkurs eftersom entreprenörens prestation är en naturaprestation. Givetvis kommer en betalning som gjorts av beställaren efter konkursbeslutet återgå till honom om inget arbete utförs.

Frågan blir istället vad som händer om boet fullföljer arbetet med entreprenaden men utan att uttryckligen förklara sig inträda i avtalet. Konstituerar då entreprenörens konkursbos stillatigande fullföljande av arbetena ett inträde? I större entreprenadkonkurser kan det förekomma att en mängd olika åtaganden utestår ofullgjorda vid konkursutbrottet. Det är då inte särskilt troligt att förvaltaren hinner sätta sig in i varje enskilt kontrakt, undersöka hur långt arbetena har fortskridit, göra en bedömning av avtalets gynnsamhet o.s.v. Munch menar att fortsättning på en produktion eller ett utnyttjande av löpande leveranser kan betyda att boet stillatigande inträtt i avtalen.¹⁰⁷ Normalt borde ett konkursbos fullgörelse av en naturaprestation leda till ett inträde i gäldenärens avtal. I vissa fall kan det dock vara befogat med ett visst anstånd med att tolka in ett inträde. Med tanke på de svårigheter under den första tiden av en entreprenadkonkurs och vikten av att arbeten inte blir stillastående bör ett konkludent inträde inte alltid tolkas in i fortsatta arbeten efter konkursutbrottet. Troligtvis krävs det något mer från boets sida för att ett inträde skall anses ha skett.

Det kan vidare ifrågasättas om boet skall anses ha inträtt om det, för att uppbära entreprenadsumman, endast slutför en vid konkursutbrottet i stort sett färdigställd entreprenad. Detta behandlades i ett danskt rättsfall, UfR 1971.540.

UfR 1971.540. I detta fall hade en byggnadsentreprenör åtagit sig att uppföra ett hus. När entreprenören gick i konkurs var huset uppfört, men avlämnande skedde först ca tre månader efter konkursutbrottet. Innan slutlikviden erlagts konstaterades

¹⁰⁵ Se exempelvis Munch, s 371.

¹⁰⁶ Möller, s 310.

¹⁰⁷ Munch, s 371.

fel. Boet medverkade till att orsakerna till felet utreddes och försökte förgäves avhjälpa dem för utfående av resterande vederlag. Beställaren krävde sedermera skadestånd av boet som massafordran motsvarande utgifterna för avhjälpan av felet minus entreprenörens restfordran. I domen framhölls att boet varken genom sina förhandlingar med beställaren om avhjälpan av felet eller genom själva avhjälpningsförsöken trätt in i avtalet. Skadeståndet utgjorde med andra ord en konkursfordran.

Det finns ingenting som talar mot att utgången skulle ha blivit densamma enligt svensk rätt.¹⁰⁸ Utgången av det danska rättsfallet stöds också av ett svenskt hovrättsavgörande där en diskussion kring huruvida ett konkursbo ansetts inträtt i ett entreprenadavtal. En entreprenör hade åtagit sig att uppföra två hus. Husen färdigställdes i den mån att de blev inflyttningsklara. Entreprenören gick därefter i konkurs. Konkursboet krävde in resterande del av entreprenadsumman. Beställaren vägrade betala p.g.a. bristfälligheter i entreprenaderna. Boet lät besiktiga entreprenaderna och kravet på restsumman nedsattes till hälften. Beställaren bestred även detta krav. Tvist uppstod och frågan var huruvida ett inträde skett eller inte. TR anförde att det ansågs utrett att konkursboet åtagit sig att avhjälpa de brister som konstaterats vid besiktningen. Något annat åtagande fann TR ej styrkt.¹⁰⁹

Såsom HD uttalat i rättsfallet NJA 1979 s 253 förutsätts för att ett konkursbo skall kunna träda in i ett avtal, i rättsfallet handlade det om ett anställningsavtal, som avtalspart i konkursgäldenärens ställe en överenskommelse mellan boet och motparten. En sådan överenskommelse kan träffas uttryckligen men kan också komma till stånd genom konkludent handlande. Huruvida boet skall anses ha trätt in i avtalet får bedömas efter förhållandena i den aktuella situationen. I rättsfallet anför HD vidare att det får anses åligga förvaltaren att så snart omständigheterna medger det ta ställning till frågan om uppsägning skall ske eller om konkursboet skall träda in i avtalet.

Möller är av uppfattningen att passivitet från boets sida inte kan leda till att det inträtt i avtalet.¹¹⁰ Detta grundar han på ett förarbetsuttalande¹¹¹ avseende rent köprättsliga regler med just denna innebörd. I doktrinen synes det som godtaget att principerna bakom de köprättsliga reglerna i samband med konkurs skall kunna äga tillämpning även på oreglerade företeelser.¹¹²

5.2.5 Avtalsklausulens giltighet

I Sverige är rättsläget oklart om en klausul, som vid obestånd ger motparten en o villkorlig hävningsrätt, är giltig eller inte. Frågan är inte avgjord i lag eller rättspraxis och i litteraturen är meningarna delade om en sådan klausul

¹⁰⁸ Möller, s 310ff.

¹⁰⁹ Hovrätten över Övre Norrland (1986-06-17) mål T 2/86.

¹¹⁰ Möller, *Insolvensrättsligt Forum*, 22-23 januari, Iustus Förlag, Uppsala 1990, s 177.

¹¹¹ Prop 1988/89:76, s 184.

¹¹² Möller, s 354 ff, Håstad, s 420 f.

är bindande för konkursboet. Möller menar att övervägande skäl talar för att konkursboets rätt att fullfölja gäldenärens avtal, vid de avtalstyper där detta anses kunna ske enligt utfyllande rätt, är tvingande och att avtalsklausuler som berövar boet den rätten är utan verkan.¹¹³

Vid tillkomsten av köplagen diskuterades införandet av en regel som skulle göra 63 § tvingande. Saken var dock alltför kontroversiell och ingen regel infördes.¹¹⁴ I den ovan angivna utredningen om gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden anges att det som talar för giltigheten av sådana klausuler är att konkursboet vid utkrävandet av nya prestationer från motparten i princip är bundet av gäldenärens avtal och att motpartens position ofta påverkas när konkursboet skall fullgöra in natura. Vidare gäller att köplagen är dispositiv och skulle en tillämpning av klausulen vara oskälig kan den jämkas enligt 36 § avtalslagen, även till förmån för konkursboet. Mot giltigheten av en hävningsklausul sägs att den, när motparten presterat på kredit före konkursen, i praktiken används för att motparten skall få full valuta för oprioriterade fordringar. Klausulen kan även användas till att begagna konkursen till en förevändning för att omförhandla oförmånliga avtal.¹¹⁵

Håstad anser att reglerna om boets inträdesrätt binder den solventa parten oavsett vad konkursgäldenären avtalat.¹¹⁶ Ramberg är dock av en annan åsikt och menar att hävningsklausulerna är giltiga så länge inte 36 § avtalslagen ger annat resultat.¹¹⁷

Ett skäl som talar mot hävningsklausulers giltighet är att det inte skall gå att avtala bort regler som är av sakrättslig karaktär och som är till för att skydda borgenärskollektivet. En hävningsklausul kan som ovan konstaterats ge motparten en förevändning att komma ifrån ett för konkursboet förmånligt avtal. Detta sker då till nackdel för övriga borgenärer eftersom det kan handla om avtal som är viktiga för gäldenärens verksamhet. Mycket talar alltså för att hävningsklausuler som ger motparten en ovillkorlig hävningsrätt inte är bindande för konkursboet.

5.2.6 Återvinning av hävning

Om man utgår från att en hävningsklausul inte är giltig utan att boets rätt till inträde går före är en sådan tvingande regel till förmån för konkursboet inte mycket värd om inte boet kan återvinna en hävning som gjorts före konkursen.

¹¹³ Möller Mikael, *Om återvinning av hävning*, Festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik, Stockholm 2002, s 421.

¹¹⁴ Prop. 1988/89:76, s 180ff.

¹¹⁵ SOU 2001:80, s 87f.

¹¹⁶ Håstad, s 404.

¹¹⁷ Ramberg, s 606ff.

Det saknas en särskild återvinningsbestämmelse för återvinning av hävning därför får denna fråga bedömas enligt den allmänna regeln i 4 kap 5 § KL. Denna bestämmelse säger att 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. Att hävning är en rättshandling kan konstateras. Nackdelsrekvisitet bör också vara uppfyllt då man kan utgå från att utdelningen blir sämre som en följd av den hävning som inte mot boets vilja kunnat företas i konkursen. Det krävs också att gäldenären vid hävningen blir insolvent och att motparten är i ond tro. Dessa krav är ofta uppfyllda då motparten häver med stöd av en obeståndsklausul. Vidare krävs att undandraganderekvisitet är uppfyllt. En hävning av ett avtal strax före gäldenärens konkurs bör ofta kunna betraktas som ett undandragande av en tillgång som annars kunnat utnyttjas av boet. Återvinning bör då vara möjlig att genomföra genom analog tillämpning av undandraganderekvisitet.¹¹⁸

För alla rättshandlingar enligt 4 kap 5 § KL gäller ett otillbörlighetsrekvisit. Otillbörligt är något som inkräktar på borgenärernas lika rätt. Som exempel har angetts att om gäldenären gör en i och för sig ordinär betalning men med ett betydande belopp till en oprioriterad borgenär strax före konkursen, då borgenären kände till att gäldenären var eller genom betalningen blev insolvent, bör detta betraktas som otillbörligt.¹¹⁹ Möller har angett ett antal olika omständigheter som kan göra en hävning otillbörlig. Att motparten häver ett avtal med stöd av en obeståndsklausul kan tala för otillbörlighet. Även då hävningsförklaringen givits kort före gäldenärens konkurs eller om gäldenären befann sig i en akut ekonomisk kris då hävningsförklaringen gavs kan också vara omständigheter som talar för otillbörlighet. Vidare kan även det fall då avtalet utgjorde en viktig förutsättning för att värdet på gäldenärens rörelse skulle kunna upprätthållas och det faktum att hävningen tillfogade borgenärskollektivet betydande ekonomisk skada vara otillbörligt.¹²⁰

Enligt Möller kan det alltså vara möjligt för konkursboet att återvinna en otillåten hävning som gjorts före konkursen. Även om det inte uttryckligen finns någon lagbestämmelse som ger konkursboet möjlighet att återvinna en gjord hävning finns det goda möjligheter att argumentera för att en sådan kan göras enligt 4 kap 5 § KL.

Är detta då en rimlig möjlighet. Först kan nämnas att för det fall då det mot boet företagits en hävning som inte var tillåten så krävs det en effektiv sanktion för återställande av rättsförhållandet. En sanktion som redan finns

¹¹⁸ Möller, *Om återvinning av hävning*, s 426.

¹¹⁹ Prop. 1975:6, s 208.

¹²⁰ Möller, *Om återvinning av hävning*, s 428.

är givetvis att skadestånd utgår. Emellertid är detta inte alltid en tillfredsställande lösning. En del avtal är sådana att de inte går att ersätta i form av skadestånd. Avtalen kan ha en viktig funktion för den fortsatta driften av konkursbolaget och således kan värdet på konkursbolaget sjunka om avtalsförhållandet inte kan återupprättas. Detta skulle då kunna regleras genom att tillämpa återvinningsreglerna. Om syftet med återvinning av hävning är att återupprätta avtalet är den praktiska betydelsen mer tveksam. Vanligtvis är återvinningsprocesser både tidskrävande och kostsamma, vilket i många fall hindrar konkursförvaltare att utnyttja möjligheten. Syftet med en återvinning av en hävning tillgodoses inte på grund av den tid det kan ta att föra en återvinningsprocess. Måhända har en möjlighet till återvinning en preventiv effekt men utan effektiv sanktion framstår den något verkningslös. Jag ifrågasätter inte möjligheten av en tillämpning av återvinningsreglerna men däremot är jag tveksam till den praktiska tillämpningen av dem.

5.2.7 Överlåtelse av avtalet

Här kan det också passa in att diskutera huruvida konkursboet har möjlighet att överlåta avtalet. Vid konkurs framstår ett inträde av konkursboet kanske som ett gäldenärsbyte och detta är som regel inte tillåtet utan borgenärens medgivande. Detta har som vi sett lösts i den danska och norska rätten genom införandet av tvingande regler till förmån för boet, där borgenärens medgivande inte behövs. Men när det gäller huruvida boet får vidareöverlåta avtalet på någon annan är de vanliga reglerna om gäldenärsbyte tillämpliga. I AB 92 regleras frågan om gäldenärsbyte. Detta är enligt 8:1 6 p AB 92 en hävningsgrund. Bestämmelsen är begränsad till att avse fall av verklig kontraktsöverlåtelse och inskränker inte huvudentreprenörens rätt att anlita underentreprenörer. Entreprenören är likaledes oförhindrad att till annan överlåta fordran, som han kan ha eller få enligt kontraktet. Hävningsrätten är inte ovillkorlig, den förutsätter att överlåtelsen ”är av beaktansvärd betydelse för beställaren”.¹²¹ Detta innebär alltså för konkursboet att det har rätt att anlita underentreprenörer som slutför arbetet men det har inte rätt att överlåta avtalet fullständigt, då krävs beställarens medgivande.

Dessa regler stämmer väl överens med allmänna regler avseende gäldenärsbyte. Huvudregeln är att gäldenärens förpliktelser inte upphör utan borgenärens samtycke. Borgenärens samtycke kan ske uttryckligen men det kan också ges i den formen att borgenären aktivt medverkar till att den nya gäldenären påtar sig ansvar.¹²² När det gäller överlåtelse av en fordran är det som regel tillåtet utan gäldenärens samtycke. Det enda som skall kunna garanteras är att gäldenärens ställning inte försämras genom bytet. Om en byggnadsentreprenör överlåter rätten till entreprenadsumman kan han ha svårt att fullgöra entreprenaden. Även om han har möjlighet att fullgöra kanske hans villighet har blivit lidande av att han inte längre har något

¹²¹ Lindahl m.fl., s 247.

¹²² Rodhe Knut, *Lärobok i Obligationsrätt*, 6 uppl., Norstedt, 1986, s 271.

vederlag att vänta. Det kan å andra sidan vara så att förre borgenären just genom att överlåta sin fordran kan fullgöra motprestationen.¹²³

5.3 Gränsdragning mellan konkurs- och massafordran

5.3.1 Allmänt

Som direkt följd av konkursbeslutet inträder konkursboet som den som äger råda över konkursgäldenärens egendom.¹²⁴ Konkursboet är därmed den part med vilken tredje man ingår avtal och gentemot vilken dessa också skall fullgöras. Som utgångspunkt gäller att, om motparten inte har sakrättsligt skydd för sin prestation vid konkursutbrottet har boet inget massaansvar för fullgörandet av sin motprestation.¹²⁵ Innebörden av detta är att boet t.ex. kan behålla erhållna leveranser, om leverantören förlorat sin möjlighet att stoppa eller återta den, utan att därefter behöva betala priset enligt avtalet. Säljaren är i detta fall hänvisad till att göra sin fordran gällande som en konkursfordran.

Avgörandet om det föreligger en massafordran eller en konkursfordran är av central betydelse för förvaltningen. Betalning för respektive fordringslag sker efter en viss ordning.¹²⁶ Konkursborgenärerna kan erhålla betalning först efter att massaborgenärernas fordringar täckts. Enligt 14 kap 2 § KL skall dock konkurskostnader betalas före massafordringar. Det är först efter att dessa båda fordringslags borgenärer erhållit utdelning som konkursborgenärerna äger rätt till betalning. Konkursfordringar och konkurskostnader är inte samma sak. Med konkurskostnader avses, enligt 14 kap 1 § KL, i allmänhet fordringar som avser arvode till konkursfunktionär och ersättning för utlägg och för vilka betalning först skall utges ur konkursboets egendomsmassa. Saknas det tillgångar i konkursboet för betalning av konkurskostnaderna skall i sista hand staten svara för dem.¹²⁷

5.3.2 Konkursfordran

Fordringar som är hänförliga till tiden före konkursutbrottet, d.v.s. sådana som borgenärer kan göra gällande i konkursen, benämns gemensamt som konkursfordringar.¹²⁸ Vid bedömningen av om en fordran kan göras gällande i konkursen är, enligt praxis och doktrin, att den väsentliga grunden för fordran skall ha uppkommit innan konkursbeslutet meddelats.¹²⁹ En

¹²³ Rodhe, s 74.

¹²⁴ Welamson Lars, *Konkurs*, 9 uppl., Norstedts, 1997, s 61ff.

¹²⁵ Håstad, s 398f.

¹²⁶ KL 11 kap 1 §, jfr med FRL.

¹²⁷ KL 14 kap 2 och 3 §§.

¹²⁸ KL 5 kap 1 § jfr 3 kap 2 § jfr Welamson, s 132.

¹²⁹ Walin Gösta, *Materiell konkursrätt*, 2 uppl., Norstedt, Stockholm 1987, s 21 ff.

annan definition av konkursfordran är att se på gränsdragningen mellan massafordran och konkursfordran. Har motparten inte sakrättsligt skydd för sin prestation vid konkursutbrottet är hans anspråk på prestationen inte ett massaanspråk. Motparten kan därmed endast göra sina anspråk gällande som en vanlig fordran i konkursen – prioriterad eller oprioriterad.¹³⁰

Konkursborgenärernas inbördes rätt till utdelning utgår från principen om borgenärernas lika rätt till utdelning. Grundregeln har dock frångåtts vid en mängd undantag angivna i förmånsrättslagen. Denna ordning ger vissa borgenärer företräde framför andra.

5.3.3 Massafordran

Massafordringar uppkommer genom att konkursboet antingen inträder som part i gäldenärens redan befintliga avtal eller sluter egna avtal t.ex. i syfte att fortsätta verksamheten under en viss tid.¹³¹ Boets massaansvar grundar sig med andra ord på förpliktelser som uppkommit via rättsfaktum som tillkommit efter att konkursbeslutet meddelats. Den väsentliga grunden för fordran har uppkommit efter konkursbeslutet.¹³²

Konkursboet inträder ofta i abonnemangsavtal gällande leverans av elektricitet och telefoni, vilket är nödvändigt för att inte leverantören skall utöva sin stoppningsrätt och säga upp avtalet med avbrutna leveranser som följd. Konkursboets massaansvar förutsätter i de flesta fall att boet, på ett eller annat sätt, manifesterar sin vilja att inträda i avtalsförpliktelser. Massaansvar kan även uppkomma i fall då boet ådragit sig skadestånd. Det kan vara skadeståndsansvar för skada som orsakats vid drift av verksamhet, grundat på den allmänna culparegeln eller strikt ansvar för verksamheten i fråga.¹³³

Boet bör inte vara massaansvarigt för utnyttjanden av motpartens prestation om motparten saknade sakrättsligt skydd vid konkursutbrottet. Om det omvända gäller, d.v.s. att boet är massaansvarigt när motparten hade sakrättsligt skydd för återtagande av den utnyttjade prestationen, är tveksamt. Massaansvar kan uppstå om konkursboet tillägnar sig varor som det inte beställt.¹³⁴ Jag förutsätter att detta även gäller vid boets tillägnande av tjänster och nyttjande av upplåtelser som det inte beställt eller ingått avtal om.

¹³⁰ Håstad, s 419.

¹³¹ Håstad, s 398.

¹³² Walin, *Materiell Konkursrätt*, s 23.

¹³³ Håstad, s 398.

¹³⁴ Håstad, s 420 f.

5.4 Konkursboets massaansvar för fel

5.4.1 Inledning

Som tidigare nämnts innebär ett inträde av konkursboet i gäldenärens avtal att boet inträder fullt ut. Boet inträder alltså i gäldenärens skyldigheter och rättigheter i enlighet med avtalet.

Det är av rättspolitiska skäl som ett inträde av konkursboet måste vara ett fullt inträde och omfatta alla gäldenärens förpliktelser. Efter boets inträdesförklaring måste motparten vara beredd att leverera sålda varor till boet eller betala för köpta varor som boet kan komma att leverera. Ett haltande rättsläge skulle uppkomma om boet hade frihet att trots sin inträdesförklaring låta bli att prestera och hänvisa motparten till att bevaka en fordran i konkursen. Konkursboets ansvar bör därför omfatta både dröjsmål och fel.

Det händer inte sällan vid entreprenadförhållanden att konkursboet ingår nya avtal med beställaren eller ger beställaren ett prisavdrag mot att boet undgår massaansvar för fel. Detta eftersom det entreprenadrättsliga felansvaret kan sträcka sig långt fram i tiden.

Enligt motivuttalandet till 63 § KöpL ikläder sig boet massaansvar för de övertagna förpliktelserna. Om konkursboet begår avtalsbrott, kan motparten i full utsträckning göra gällande påföljder mot boet. Även skadeståndskrav med anledning av boets avtalsbrott utgör en massafordran.¹³⁵ Alltså anses konkursboet bli massaansvarigt för rättsliga och faktiska fel, enligt köprättsliga regler, när det säljer gäldenärens egendom. Vad gäller då för entreprenader?

5.4.2 Felansvarets omfattning

Tidigare har konstaterats att en entreprenad är en funktionellt odelbar prestation. Vid odelbara prestationer uttalanden i förarbetena till köplagen för att konkursboet måste välja mellan antingen att avstå från fullföljd eller att inträda i hela avtalet. Inträdet innebär därmed att boet måste ta ansvar för prestationer som gäldenären avlämnat före konkursen, fastän motparten inte kunnat göra felansvar gällande för dessa om konkursboet inte inträtt.¹³⁶ Det torde inte finnas något som talar mot att detta inte gäller för andra typer av avtal än köpavtal. En generell regel skulle kunna formuleras med innehållet att ett konkursbo som kräver fortsatt fullgörande från motparten måste ansvara för alla gäldenärens förpliktelser i enlighet med de regler som gäller för kontraktsförhållandet.

¹³⁵ Prop 1988/89:76, s 184.

¹³⁶ SOU 2001:80, s 96.

En regel av sådan karaktär skulle inte te sig särskilt anmärkningsvärd, om gäldenären före konkursen har utfört en mindre del av en entreprenad, varefter konkursboet kräver att få resterande betalning mot utförandet av återstående arbete. Konkursboet skulle då ansvara för fel också i den del som utförts före konkursen. Att tillämpa regeln blir inget problem och det uppstår inga svårigheter med att allokera fel som är hänförliga till gäldenärens utförande respektive konkursboets utförande. Om den betalning som mottas av konkursboet och den naturaprestation som utförs av boet utgör en obetydlig del av avtalet, framstår ett fullständigt massaansvar som mycket förmånligt för motparten. Om konkursboet inte hade velat inträda och motparten hade varit tvungen att vända sig till tredje man för fullföljd, skulle denna aldrig utan extra betalning ha tagit på sig ett felansvar för det konkursgäldenären utfört. Detta kan konkursboet emellertid utnyttja vid förhandlingar inför ett inträde genom att boet delvis kan bli friskrivet från ansvar för fel i det gäldenären fullgjort eller så att boets ansvar begränsas till visst belopp som ligger i närheten av den resterande betalningen.

Anta att konkursboet skulle ha ett ansvar för fel i prestationer som gäldenären fullgjort före konkursen så fort konkursboet kräver in resterande köpeskillning mot att boet fullgör återstående naturaprestationer. Frågan uppkommer då om inte detsamma bör gälla om boet utkräver resterande köpeskillning när gäldenären fullgjort alla naturaprestationer. Anta sedan att hela entreprenaden är fullgjord och den har blivit avlämnad och slutbesiktigad och det enda som återstår är att gäldenären/konkursboet skall motta den sista betalningen. Om det då under garantitiden upptäcks ett dolt fel skall då konkursboet ansvara med massan för felet? Visserligen kan det då inte uppkomma några problem med att allokera fel till antingen gäldenärens eller konkursboets prestationer, men i övrigt är situationen likartad såvitt gäller fel som är att hänföra till gäldenärens prestation. Innan ansvarstiden gått ut, är gäldenärens alla förpliktelser enligt avtalet inte fullgjorda även om han avlämnat varan. Han är fortfarande skyldig att avhjälpa fel och han kan vara skyldig att utge ett skadestånd som överstiger köpeskillingen. Därmed är avtalet fortfarande ömsesidigt förpliktande vilket i sin tur leder oss tillbaka till uttalandet i förarbetet om att konkursboet ikläder sig ansvar för avtalets alla förpliktelser. Enligt den ovan angivna generella regeln så blir konkursboet ansvarigt med massan även för uppkomna dolda fel under garantitiden.

Skulle ett konkursbo vara ansvarigt för alla fel i en fullgjord prestation så snart boet krävt in någon del av den resterande köpeskillingen, skulle med all säkerhet försvåra all inkassoverksamhet, och konkursboet skulle tvingas avstå från resterande betalning, om den utgör en mindre del av priset och fel inte kan uteslutas. Ibland kan drastiska resultat uppstå, om t.ex. en obetydlig restpost utkrävs varefter ett svåravhjälpt fel visar sig. En alternativ lösning, till den ovan presenterade generella regeln, är därför att motparten får hålla till godo med en rätt att endast göra felpåföljder gällande inom ramen för det belopp som han erlagt till boet. Härigenom skulle motparten tillförsäkras att han får vederlag för vad han utgivit av sakrättsligt skyddade pengar. Ett helt

säkert skydd för motparten kommer dock inte att kunna garanteras eftersom motpartens rätt till skadestånd i vissa fall kan överstiga köpeskillingen.

Problematiken kan sägas ligga i själva grunden för felansvaret. Grunden för konkursboets ansvar för fel kan inte vara att boet presterat in natura, inte ens om denna prestation är felaktig. Om boet har levererat en fullt betald specialtillverkad vara som saknar värde för tredje man bör boet inte bli ansvarigt för fel, även om leveransen minskar motpartens bevakningsrätt. Konkursboet hade ju lika gärna kunnat förstöra varan¹³⁷ Grunden för boets felansvar måste istället ligga i att konkursboet kräver att motparten skall fullgöra sin återstående del av avtalet eller att boet tillägnar sig en betalning till vilken motparten hade en sakrättsligt skyddad detentionsrätt.¹³⁸

Något svenskt prejudikat om konkursboets massaansvar för fel finns inte. Enligt både den danska och norska rätten omfattas boets felansvar även av det arbete som gäldenären utfört.¹³⁹

Det är svårt att säga vad gällande rätt innehåller men det torde vara så att boet har ett fullt massaansvar för fel så snart boet krävt in och mottagit någon del av entreprenadsumman. Ett undantag kan vara behövligt för de situationer då boet endast färdigställer en nästan avslutad entreprenad för att få resterande köpeskillning. Boets ansvar skulle här kunna vara beloppsbegränsat till att endast avse det motparten har betalat till boet.

5.4.3 Framtida felanspråk och lämnade garantier

De entreprenadrättsliga felreglerna innebär att entreprenören kan ha ett felansvar upp till tio år, vilket motsvaras av den allmänna preskriptionstiden. Entreprenören kan också genom att ha lämnat en särskild garanti vara ansvarig för fel under en längre period. Felansvaret kan delas upp i tre olika perioder. Den första perioden är den fram till besiktningen, då entreprenören står faran och svarar för alla bristfälligheter som uppstår. Den andra är den som löper under garantitiden, då entreprenören inte står faran men svarar för fel som inte varit synliga vid besiktningen men framträtt under garantitiden. Den tredje och sista ansvarsperioden är den som avser tiden efter garantitiden, då entreprenören svarar för dolda fel om de är väsentliga och beror på vårdslöshet.

Man kan fråga sig i vilken utsträckning anspråk på grund av fel, som ännu inte uppkommit vid konkursens avslutande, kan göras gällande i konkursen. Det kan av olika anledningar misstänkas att det i framtiden kan uppstå fel i entreprenaden. Bestämmelsen i 5 kap 10 § KL säger att om en fordran är beroende av ett villkor som innebär att borgenären inte har rätt att utfå

¹³⁷ Se UfR 1971.540, där ett misslyckat avhjälpande av fel i den vara som gäldenären avlämnat före konkursen inte medförde ansvar för konkursboet för det kvarstående felet.

¹³⁸ SOU 2001:80 s 95ff.

¹³⁹ Gomard, s 43, Andenæs, s 160.

fordringsbeloppet om inte viss omständighet inträffar, skall utdelning för fordringen inte beräknas i ett utdelningsförslag om det saknas anledning att anta att villkoret kommer att uppfyllas. Detta leder till att medel skall avsättas om inte förvaltaren vid tillämpning av denna bestämmelse finner, att det saknas anledning att anta att fel kommer att uppstå. Saknas det skäl att anta att ett framtida fel kommer att uppstå kan alltså avsättning förvägras borgenären. Hur storleken av det belopp som kan krävas avsatt skall beräknas är oklart, vilket dock inte bör hindra att avsättning sker till ett schablonmässigt beräknat belopp.¹⁴⁰

Även i de fall då garantitiden börjat löpa när konkursen skall avslutas, synes omfattningen av boets felansvar innebära att förvaltaren måste beakta att garantibesiktningen kan ge beställaren ersättningskrav och eventuellt avsätta medel för detta.

När det gäller dolda fel under allmän preskriptionstid är frågan kanske mera tveksam. Det är även här beroende av en direkt tillämpning av 5 kap 10 § KL om sådana felkrav skall beaktas eller inte. Sannolikheten för att felkrav som beror på entreprenörens grova culpa kommer att väckas efter garantibesiktningen bör rimligtvis vara mindre än sannolikheten för att berättigade felanspråk görs gällande under garantitiden. Avsättning torde med andra ord oftare kunna förvägras beställaren i det förra fallet.¹⁴¹

Problemen med konkursboets långvariga felansvar har även i den danska och norska rätten lösts på samma sätt som i Sverige. Alltså att konkursboet måste avsätta medel för eventuella framtida felanspråk om det föreligger skäl att anta att sådana kommer att riktas mot boet.¹⁴²

Förvaltaren måste undersöka sannolikheten för att felanspråk kommer väckas. Då han själv beslutar om inträde med massaansvar bör han också vara skyldig att avsätta belopp för sådana anspråk. Vid underlåtenhet i det avseendet kan beställaren föra skadeståndstalan mot förvaltaren, oavsett om konkursen avslutats och fristen för klandertalan gått ut.¹⁴³

5.4.4 Klander av utdelningsförslag och återbäringsskyldighet för borgenärerna

Saknas det anledning att avsätta medel enligt 5 kap 10 § KL kommer det att finnas en risk att köparen/beställaren vill göra ett felanspråk gällande sedan ett utdelningsförslag vunnit laga kraft och boets tillgångar delats ut till borgenärerna.

¹⁴⁰ Möller, s 304.

¹⁴¹ Möller, s 305.

¹⁴² Hørlyck, s 348.

¹⁴³ Möller, s 306.

Konkursboet kan inte utfärda kallelse å okända massaborgenärer enligt lagen 1981:131 med verkan att icke anmälda och okända massafordringar efter kallelsetidens utgång prekluderas. Konkursförvaltarens förslag till utdelning kungörs av rätten och det finns möjlighet till klander inom viss tid, 11 kap 5, 6 §§ KL. Rätten skall fastställa utdelning enligt förslaget, om det inte genom invändning eller på något annat sätt framgår att fel eller brist föreligger, som inverkar på någons rätt, 11 kap 7 § KL.

Om förvaltaren inte beaktat massaborgenärernas villkorliga fordran då det borde ha skett, kan massaborgenären även klandra utdelningsförslaget, såvitt gäller den omfattning som boets medel tagits i anspråk för utdelning till konkursborgenärerna. Detta framgår av NJA 1972 s 633. HD menade att det förhållande att ett konkursbo, utan samtycke från bevakande borgenär, sålde egendom som borgenären hade inteckning i, ansågs medföra att borgenären gentemot konkursboet förvärvat en massafordran motsvarande det intecknade beloppet. Borgenären ansågs ha rätt att i egenskap av massaborgenär klandra utdelningsförslaget. Klanderfristen är enligt 11 kap 6 § 3 st KL 30 dagar. Sker klandret inom denna frist, får en konkursborgenär inte annat än mot ställande av säkerhet lyfta utdelning förrän ett lagakraftvunnet beslut föreligger, 11 kap 10 § 1 st KL. Men vad händer om massaborgenären försuttit klanderfristen och alla konkursborgenärer redan fått utdelning. Kan de tvingas att återbära vad de erhållit?¹⁴⁴

Welamson utgår från att borgenärerna har en obetingad rätt till medel som tilldelats dem i enlighet med ett oklandrat utdelningsförslag. Welamson har tillagt att det inte bör vara omöjligt att denna obetingade rätt även borde gälla i förhållande till massaborgenärer.¹⁴⁵

Den möjlighet som HD öppnat för en massaborgenär att klandra ett utdelningsförslag, i NJA 1972 s 633, verkar innebära att man samtidigt avvisat en möjlighet för massaborgenären att oberoende klanderfristen få till stånd återbäring av de medel som konkursborgenärerna uppburit. Rättsfallet NJA 1977 s 816 öppnade möjligheter att föra skadeståndstalan mot förvaltaren oberoende av olika tänkbara frister. Detta talar mot en allmän återbäringsregel gentemot de konkursborgenärer som uppburit utdelning i ond tro.¹⁴⁶

Håstad har jämfört konkursborgenärernas eventuella rätt att behålla mottagen utdelning med de regler som gäller för skifte av dödsbo och likvidation av aktiebolag.¹⁴⁷ Dödsbodelägare och legatarie har ett strikt ansvar intill mottaget belopp, när den dödes skulder inte har betalats, 21 kap 4, 5 §§ ÄB. Regeln är även tillämplig om skiftet skett av en boutredningsman och mottagaren var i god tro om gälden. Endast om vad

¹⁴⁴ Håstad, *Ansvar för köprättsligt fel vid exekutiv försäljning, underhandsförsäljning i konkurs eller pantrealisation*, Juridiska fakultetens årsskrift *De lege*, 1996, s 106.

¹⁴⁵ Welamson Lars, *Konkursrätt*, Stockholm 1961, s 653f.

¹⁴⁶ Möller, s 307f.

¹⁴⁷ Håstad, *De lege*, s 107f.

som mottagits inte finns i behåll, kan jämkning av återbäringskyldigheten ske. Enligt Walin torde denna undantagsbestämmelse tillämpas då mottagaren varit i god tro och egendomen utan oaktsamhet på hans sida frångått honom utan han haft nytta av den.¹⁴⁸ Enligt 13 kap 13 § ABL skall likvidatorn, efter det att kallelsetiden för okända borgenärer har gått ut och alla skulder är betalda, skifta bolagets behållna tillgångar. När skifte genomförts och slutredovisning framlagts, är bolaget upplöst, 13 kap 15 § ABL. Om talan därefter väcks mot bolaget, skall likvidationen fortsätta, 13 kap 16 § ABL. Någon regel om vad som gäller då skifte skett innan kända skulder betalats finns inte. Eftersom skiftet i sådana fall inte skulle ha skett, måste aktieägare i ond tro bli återbäringspliktiga, 12 kap 5 § 1 st ABL. Den allmänna regeln vid olovlig kapitalanvändning, att god tro inte skyddar mottagaren, bör gälla.

Sammanfattningsvis borde det vara så att såväl dödsbodelägare som aktieägare, vilka mottagit egendom som skiftats innan den dödes respektive aktiebolagets skulder betalats, är återbäringspliktiga även om de var i god tro. Leder detta till att även ett konkursbos borgenärer är återbäringskyldiga om konkursboets tillgångar skiftats innan alla massaskulder betalats även om konkursborgenären var i god tro?

En skillnad mellan dödsbodelägare och konkursborgenärer är att dödsbodelägare förvärvar egendom benefikt. Även i förhållande till aktieägare finns en skillnad såtillvida att konkursborgenärer är fordringsägare och inte andelsägare till den likviderade förmögenhetsmassan. Detta skulle kunna läggas till grund för att konkursborgenärerna är skyddade mot återbäringskrav så länge de är i god tro. Enligt Håstad är det dock inte en skillnad som har betydelse för denna fråga. Som ovan nämns finns det varken vid dödsboförvaltning eller likvidation av aktiebolag en möjlighet att genom kallelse å okända borgenärer åstadkomma preklusion av likvidationsmassagäld, och det vore därför konstigt om det vore så att konkursborgenärernas rätt skulle prekluderas.¹⁴⁹

Om samma regler skall gälla för konkursutdelning som vid skifte av dödsbo och likvidation av bolag är svårt att säga. Reglerna för skifte och likvidation ger emellertid uttryck för principer i svensk rätt och de borde i alla fall kunna användas för en jämförelse. Likaså gäller de principer som gäller för felaktiga utbetalningar i allmänhet. När en felaktig utbetalning gjorts har den betalande rätt att kräva tillbaka det som erlagts. Det finns viktiga undantag till huvudregeln. När den som tagit emot betalningen varit i god tro och förbrukat det uppburna beloppet har i vissa fall kravet på återbetalning ogillats.¹⁵⁰ Oavsett vilka jämförelser som görs blir resultatet trots allt

¹⁴⁸ Håstad, *De lege*, s 109. Walin Gösta, *Kommentar till ärvdabalken*, del II, 3 uppl. Norstedt, Stockholm 1976, s 185.

¹⁴⁹ Håstad, *De lege*, s 108-111.

¹⁵⁰ Se t.ex NJA 2001 s 353 där ett försäkringsbolag betalade ut ett för stort försäkringsbelopp till ett företag. Försäkringsbolaget krävde nio månader senare tillbaka

osäkert. Om konkursborgenärerna är skyldiga att återbära erhållen utdelning är tveksamt. Möjligtvis har de en obetingad rätt att behålla utdelning som tilldelats dem i ett oklandrat utdelningsförslag men det är också möjligt att de är återbäringsskyldiga vid ond tro om att massaskuld inte var betald eller rentav strikt återbäringsskyldiga.

5.4.5 Konkursförvaltarens ansvar

Welamson anser att det finns en möjlighet att hålla konkursförvaltaren ansvarig när utdelning gjorts trots att han borde ha insett att det fanns en oreglerad massaskuld. Enligt 17 kap 1 § KL skall förvaltaren ersätta de skador som han vid fullgörandet av sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet tillfogar ”boet, en konkursborgenär eller gäldenären”. Massaborgenärer nämns således inte bland de skyddade subjekten i 17 kap 1 § KL. Förvaltaren bör ändå bli skadeståndsskyldig mot en massaborgenär i den mån massaborgenären inte därefter kan få betalt från konkursborgenärerna.¹⁵¹

5.5 Kvittning och avräkning av förskott

Om beställaren har en fordran som kan göras gällande i konkursen, enligt 5 kap 1 § KL, kan han kvitta denna mot en fordran som entreprenören hade mot honom när konkursbeslutet meddelades. Alltså beställaren har rätt, då boet inte inträder i entreprenadavtalet utan hävning sker, att kvitta sin skadeståndsfordran på grund av hävningen och de kostnadsökningar den medför, mot entreprenörens fordran för redan utfört arbete, 5 kap 15 § KL.

Om boet träder in i avtalet kan beställaren ha fordringar som både härrör från vad entreprenören själv har utfört före konkursen och vad konkursboet utfört. Att beställaren får avräkna ersättningskrav som hänför sig från boets arbete på boets fordran på betalning av detta arbete är helt klart. Däremot kan det tyckas att kvittning med beställarens ersättningskrav på grund av dröjsmål, fel eller bristfälligheter i entreprenörens arbete före konkursen strider mot 5 kap 15 § KL. Beställarens fordran torde ha uppstått före konkursen och kan då inte kvittas mot en fordran som boet skaffat sig genom eget arbete i konkursen.

I och med att konkursboet vid inträde på entreprenörens sida normalt bör bli massaansvarigt även för fel hänförliga till entreprenörens arbete före konkursen, blir beställarens fordran genom boets inträde en massafordran. Det fullständiga inträdet upphöjer alla beställarens fordringar på grund av avtalet till massaplanet. Eftersom båda sidornas fordringar då står mellan beställaren och boet som sådant bör kvittning medges. 5 kap 15 § KL utgör

den delen av beloppet som översteg det riktiga beloppet. Företaget, som i god tro hade inrättat sig efter betalningen, ansågs inte skyldigt att betala tillbaka beloppet..

¹⁵¹ Welamson, *Konkursrätt*, s 652.

inget hinder mot detta, då regeln via 5 kap 1 § KL på borgenärssidan endast drar en gräns mellan å ena sidan massa- och konkursfordringar och å andra sidan fordringar som överhuvudtaget inte kan göras gällande i konkursen, jfr 3 kap 1 § KL.¹⁵²

Kritik har riktats mot den kvittningsrätt som medgivits i rättsfallen NJA 1916 s 154 och NJA 1996 s 368. I situationer där boet utfört arbete och beställaren kan kvitta boets fordran på ersättning mot en fordran som beställaren har mot boet går värdet av konkursboets inträde förlorat. Därför har förmånsrättskommittén lagt fram ett lagändringsförslag, genom en ny mening i 5 kap 15 § KL, som innebär att konkursboets krav på betalning för en naturaprestation som boet valt att fullgöra skall anses ha uppkommit under konkursen och inte före denna. Det betyder att förutsättningarna för kvittning enligt första meningen 5 kap 15 § KL inte är uppfyllda. Konkursboets motpart får således inte kvitta en sådan skuld mot en fordran hos boet som uppkommit före ansökningen om konkurs. Den nya regeln ska inte hindra att en borgenär, som betalat en del av köpeskillingen i förskott på just den prestation som konkursboet fullgjort, får avräkna förskottet. Annars skulle borgenären tvingas betala mer än utfäst pris för naturaprestationen. Det man avsåg att ta bort med lagbestämmelsen var alltså möjligheten till att använda inkonnexa fordringar till kvittning.¹⁵³

5.6 Rätt till material

5.6.1 Inledning

Beställaren har rätt att häva avtalet om konkursboet väljer att inte inträda i avtalet. Enligt 8:4 AB 92 tillgodoräknas entreprenören då värdet av det arbete som utförts. Beställaren kan dock kräva ersättning för de kostnadsökningar och eventuella övriga skador som hävningen medför, 8:5 1 st AB 92. Den fordran beställaren då har är en konkursfordran och kan avräknas på entreprenörens konkursbos krav på ersättning för det arbete som entreprenören utfört, 5 kap 15 § KL. AB 92 ger beställaren rätt att själv låta utföra resterande arbeten efter en hävning, 8:5 2 st. För att underlätta detta skall ske på ett smidigt sätt så föreskriver 8:7 följande.

”Sker hävande på grundval av § 1, 1-7 i detta kapitel är entreprenören skyldig att låta beställaren eller nytillträdande entreprenör mot skälig ersättning övertaga eller förhyra hjälpmedel, material och varor, som finns inom arbetsområdet. Entreprenören är även skyldig att medverka till att beställaren eller nytillträdande entreprenör får övertaga träffade avtal angående material, varor och underentreprenader mot ersättning för entreprenörens kostnader i den mån de avser ännu icke fullgjorda delar av sådana avtal.”

¹⁵² Möller, s 309.

¹⁵³ SOU 2001:80, s 231.

Bestämmelsen har inte ändrats i det nya förslaget till AB 2003 utan har bara skjutits fram och återfinns i 8:8.

En fråga som uppkommer om avtalet inte fullföljs är bl.a.: Vem har rätt till materialet på byggplatsen? Denna fråga kan man se ur två olika perspektiv, dels ur ett sakrättsligt perspektiv, då med frågan om separationsrätt i åtanke, dels ur ett entreprenadrättsligt perspektiv, då med inriktning på bestämmelsen i 8:7 AB 92.

5.6.2 Rätt till material ur ett sakrättsligt perspektiv

När det gäller att avgöra vem som har rätt till materialet i entreprenörens konkurs kan man utgå från de konkursrättsliga reglerna om vad som ingår i ett konkursbo. Enligt 3 kap 3 § KL räknas all egendom som tillhörde gäldenären när konkursbeslutet meddelades eller tillfaller honom under konkursen och som är sådan att den kan utmätas till konkursboet. Till detta skall även de regler som behandlar separationsrätt läggas. Beställaren kan till exempel genom tradition eller andra sakrättsliga principer ha rätt till separation av materialet. Direkt kan anföras att det material som redan infogats i byggnaden eller anläggningen då konkursen inträffar inte förorsakar några problem. Detta material har blivit skyddat mot entreprenörens borgenärer p.g.a. reglerna i 2 kap JB om beställaren äger marken. Det material som är aktuellt för diskussion är det som finns på byggplatsen. Diskussionen gäller således inte material som inte är upplagt på byggplatsen. Det är enligt svensk rätt uteslutet att beställaren skulle ha separationsrätt till material, som entreprenören inte levererat till byggplatsen.

Två äldre rättsfall behandlar traditionskravets innebörd för material som upplagts på en byggplats.

NJA 1941 s 687. Beställaren hade som säkerhet för de olika fordringarna han kunde få på grund av entreprenadavtalet tillförsäkrat sig panträtt i allt entreprenörens material som var avsett för arbetet och som under arbetets gång skulle komma att finnas på de olika byggplatserna. I avtalet stadgades att beställaren kunde häva avtalet om entreprenören gick i konkurs och att beställaren därefter själv hade rätt att utföra återstående arbeten på entreprenörens bekostnad. I efterföljande tvist påstod entreprenören att han inte på något sätt varit förhindrad att förfoga över materialet och därför bibehållit rådigheten över detta. Beställaren menade att arbetet utförts på hans mark, att byggplatsen var inhägnad och bevakad och att entreprenören inte haft annan nyttjanderätt till markområdena än den faktiska dispositionsrätt som betingats av entreprenadarbetena. En panträtt hade därför uppkommit för beställaren. Domstolarna, inklusive HD, konstaterade att materialet inte kunde anses ha blivit överlämnat i beställarens besittning. Kravet på panträtt ogillades.

NJA 1945 s 400. En entreprenör hade avtalat med en kommun att bygga avloppsledningar inom kommunen. I entreprenadavtalet stod att entreprenören skulle leverera allt material som behövdes för de avtalade arbetena och att dessa

skulle besiktigas och godkännas av beställaren innan de fick användas för arbetena. Entreprenören skulle lämna faktura på mängder och på samma faktura angavs att entreprenören till beställaren överlät äganderätten till materialet. I en särskild handling hade entreprenören dessutom förklarat att äganderätten till materialet skulle övergå på beställaren i och med avlastningen på byggplatsen. Entreprenören gick i konkurs innan arbetena var färdigställda. Vid konkursutbrottet fanns det på byggplatsen material som entreprenören köpt in. Materialet hade före konkursen blivit besiktigat och godkänt. Konkursboet beslutade att inte fullfölja arbetena och beställaren överlät materialet till den nytillträdande entreprenören. Boet menade dock att materialet skulle ingå i boet eftersom entreprenören hade haft materialet i sin besittning. Då materialet inte längre fanns i behåll yrkade boet ersättning för dess värde. HD slog fast att även om materialet befunnit sig på mark som kommunen upplåtit och materialet besiktigats och godkänts av beställaren så kunde materialet ändå inte ha övergått i beställarens besittning före konkursutbrottet. Överlåtelsen från beställaren till den nya entreprenören var inte tillåten och beställaren förpliktigades att utge ersättning.

Det finns en hel del nyare rättsfallspraxis både från hovrätterna och från tingsrätterna. Deras avgöranden har naturligtvis inte samma genomslagskraft som avgöranden från HD men de ger ändå uttryck för principer i gällande rätt. Ett fall från Svea hovrätt handlade om en leverans och montering av ett ventilationsaggregat. Aggregatet hade ställts upp men inte slutligt blivit monterat. Hovrätten konstaterade att AB 72 gällde mellan parterna. Av AB 72 följer att en entreprenad skall slutbesiktigas och godkännas av en besiktningsman. Först när entreprenaden har blivit godkänd är den enligt avtalet avlämnad till beställaren. Domstolen kom fram till att aggregatet inte hade monterats fast och inte heller slutbesiktigats och godkänts av en besiktningsman varför inget avlämnande till beställaren ägt rum. Det område där aggregatet var uppställt på utgjorde enligt avtalet entreprenörens arbetsområde, vilket under entreprenaden stod till entreprenörens förfogande. Aggregatet ansågs inte vara i beställarens besittning utan i entreprenörens.¹⁵⁴ I ett rättsfall från Helsingborgs tingsrätt uttalas att icke inbyggt material och varor som finns inom arbetsområdet normalt inte tillhör beställaren och beställaren har inte separationsrätt i entreprenörens konkurs.¹⁵⁵

Slutsatsen av dessa rättsfall är att det avgörande för frågan om beställaren har separationsrätt eller inte till upplagt material är, huruvida entreprenören fritt kan förfoga över materialet eller om han avskurits från den faktiska rådigheten över egendomen. Eftersom entreprenören normalt använder materialet löpande under entreprenaden har det normalt inte traderats till beställaren.

Kan man genom att se entreprenören som ett slags mellanman ge beställaren separationsrätt i konkursen? Är det möjligt att betrakta entreprenörens inköp av material såsom material inköpt för beställarens räkning? Ofta

¹⁵⁴ Svea Hovrätt (1992-06-09) mål B 802/92

¹⁵⁵ Helsingborgs tingsrätt (1993-03-01) mål T 386/92.

förekommer det att beställaren tillhandahåller entreprenören förskott för att entreprenören på så sätt skall kunna finansiera bygget. Kan detta leda till att beställaren skall ses som den som köper materialet av leverantören? Det är återigen traditionsprincipen som får svara på frågan. Har materialet inte traderats till beställaren har han inte separationsrätt till det. Är det däremot så att det kan konstateras att beställaren är den riktiga köparen av materialet är förhållandet annorlunda. Då har egendomen aldrig varit entreprenörens egendom och ingår därför naturligt nog inte i entreprenörens konkursbo.¹⁵⁶

När det gäller annat material än sådant som skall byggas in, d.v.s. lyftkranar, maskiner, byggnadsställningar och liknande, är det alltid material som ingår i konkursboets egendom, så länge materialet inte är leasat eller försett med något annat äganderättsförbehåll. Till detta finns eventuellt ett undantag och det är om bestämmelsen i 8:7 AB 92 åberopas. Frågan om denna är giltig mot boet kommer att diskuteras nedan.

Ovan har diskuterats beställarens separationsrätt till materialet på byggplatsen. En annan fråga är leverantörens rätt att återta levererat material. Genom att en leverantör har levererat material till en byggarbetsplats så har entreprenören mottagit materialet och det anses vara i hans besittning. Har leverantören sålt materialet på kredit utan att ha gjort ett giltigt äganderättsförbehåll ingår materialet i entreprenörens konkurs och leverantören har ingen separationsrätt. Har leverantören däremot förbehållit sig rätten till godset har han rätt att återta det så länge det inte infogats i fastigheten och blivit tillbehör till denna.

5.6.3 Rätt till material ur ett entreprenadrättsligt perspektiv

AB 92 ger beställaren rätt att själv låta utföra resterande arbeten efter en hävning, 8:5 2 st. För att detta skall kunna ske på ett smidigt sätt stadgas i 8:7 att entreprenören är skyldig att låta beställaren eller en nytillträdande entreprenör överta eller förhysa hjälpmedel och material mot skälig ersättning. Vidare stadgas att entreprenören är skyldig att medverka till att beställaren eller den nytillträdande entreprenören får överta träffade avtal angående material och underentreprenader mot ersättning i den mån de avser ej fullgjorda delar av entreprenaden.

Bestämmelsen syftar till att entreprenörens konkursbo, trots hävandet ändå skall vara skyldig att medverka till ett så fördelaktigt slutförande av entreprenaden som möjligt. Undandrar sig konkursboet denna medverkan, kan därigenom eventuellt uppkomma kostnadsökningar drabba boet i form av ett sämre resultat vid den slutgiltiga avräkningen.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Se NJA 2000 s 685 som behandlade frågan om ett avtal skulle betraktas som ett entreprenadavtal eller som ett kommissionsavtal.

¹⁵⁷ Lindahl m.fl., s 256f.

Frågan är om entreprenörens konkursbo verkligen är skyldigt att låta beställaren överta det material som finns på byggplatsen och om boet behöver acceptera att möjligheten att av tredje man få ut ett bättre pris än ”skälig ersättning” försvinner.

I danska AB 92 i 44 § 5 p stadgas att då entreprenadavtalet hävs skall konkursentreprenören låta material vara kvar på platsen så att ersättningsentreprenören kan fortsätta arbetet så snabbt som möjligt. Det är alltså en del av entreprenörens kontraktsförpliktelse att ställa materialet till byggherrens/beställarens disposition.¹⁵⁸ I det danska rättsfallet UfR 1979.6H har förhållandet mellan bestämmelsen i AB och konkursboets rätt avgjorts.

UfR 1979.6H. Huvudfrågan var i detta mål om konkursboets krav på ersättning för byggherrens användning av entreprenörens material för att färdigställa entreprenaden skulle inbetalas effektivt till boet eller om beställaren kunde avräkna kravet på det ersättningskrav som han hade mot entreprenören p.g.a. av kontraktsbrott. Majoriteten menade att avräkning kunde ske.

Det torde vara så enligt dansk rätt att bestämmelsen är giltig mot boet i alla fall så länge materialet är individualiserat. Individualiseringskravet är uppfyllt om materialet befinner sig på byggplatsen men även då materialet inte befinner sig där men som är märkt för beställarens räkning.¹⁵⁹

Liknande bestämmelse återfinns i det norska standardavtalet NS 3430. Även denna bestämmelse verkar vara giltig mot konkursboet. Det norska rättsfallet TfR 1968.462-66 säger att bestämmelsen är giltig mot boet men framhäver att ersättningen måste betalas effektivt till boet. Byggherren/beställaren har alltså ingen rätt att avräkna ersättningen för utnyttjandet av materialet mot eventuella ersättningskrav p.g.a. hävningen.

Beställarens rätt att överta entreprenörens material mot skälig ersättning är alltså enligt både den danska och norska rätten giltig mot konkursboet. Det kan nämnas att både den danska och norska rätten innehåller en del sakrättsliga principer som inte finns i den svenska rätten.

Möller menar att beställarens rätt att, enligt 8:7 AB 92, ”övertaga eller förhyra” egendom ”inom arbetsområdet” bör avgöras enligt vanliga sakrättsliga regler, om vilken egendom som ingår i entreprenörens konkursbos förmögenhetsmassa. Om separationsrätt eller annan skyddad rätt saknas i det beskrivna läget kan sägas att klausulen inte binder boet. Låter boet ändå beställaren använda egendomen är detta en helt frivillig disposition från boets sida som i princip grundar ett avtalsförhållande mellan beställaren och boet. Boet kan ju om det önskar i stället vägra beställaren att använda egendomen, sälja den fritt på annat håll, upplåta den för nyttjande till högstbjudande etc. Kvittning mellan boets vederlagsfordran på grund av ett sådant frivilligt val och en beställares konkursfordran bör då inte kunna

¹⁵⁸ Vagner, s 140.

¹⁵⁹ Hørlyck, s 355.

ske, oavsett om beställarens fordran avser skadestånd för entreprenörens bristande färdigställande av den aktuella entreprenaden eller en utomstående fordran från tiden före konkurs.¹⁶⁰

Beställaren kan argumentera för att avtalet mellan beställaren och entreprenören om en framtida rätt till förvärv eller förhyrning, alltså ett slags optionsrätt, skulle vara giltigt mot borgenärerna. Enligt svensk rätt uppnås normalt inte sakrättsligt skydd genom avtal. I Sverige tillämpas i stället traditionsprincipen.¹⁶¹ Avtalsprincipen tillämpas endast i Sverige vid köp av fast egendom. Själva avtalet kan alltså inte garantera beställaren bättre rätt än de övriga borgenärerna.

Beställaren kan vidare argumentera för att han ikraft av 8:7 AB 92 har nyttjanderätt till egendomen på byggområdet. Hur uppnås då sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös egendom? Det saknas lagstiftning på detta område. Utgångspunkten är att nyttjanderätt till lös egendom inte har sakrättsligt skydd och att nyttjanderättsinnehavaren kan sägas upp av en ny ägare, vare sig dennes förvärv skett vid frivillig överlåtelse eller exekutivt, eller av ägarens konkursbo. Sägs nyttjanderättsinnehavaren upp har denne en fordran mot boet/ägaren som endast blir en oprioriterad konkursfordran.¹⁶² Detta skulle gälla oavsett om nyttjanderättshavaren kommit i besittning till den lösa egendomen eller inte. Det torde även i detta fall vara så att något sakrättsligt skydd inte kan anses uppnått. Inte heller denna argumentation bör leda till att beställaren får bättre rätt till materialet än de övriga borgenärerna.

Slutsatsen av det anförda är att bestämmelsen i 8:7 AB 92 inte är giltig mot boet. Detta sammanfaller med den allmänna uppfattningen inom sakrätten att parter aldrig genom avtal kan begränsa tredje mans rätt och att avtal inte ersätter kravet på tradition.

¹⁶⁰ Möller s 323.

¹⁶¹ Håstad, s 207.

¹⁶² Håstad, s 437 som vidare anför att starka skäl talar för att de nyttjanderättsavtal som står avbetalningsköpet nära i viss utsträckning bör kunna ges sakrättsligt skydd genom besittningstagande.

6 Avslutande kommentarer

6.1 Inträdesrätt

Efter att nu ingående ha studerat ett konkursbos rättigheter vad gäller dess inträde i gäldenärens befintliga avtal har jag nu följande att konstatera. Den svenska konkursrätten innehåller för tillfället inga regler om konkursboets inträdesrätt utan de regler som finns är utspridda i olika lagar. Nyligen har förslag lagts fram om införande av generella regler i konkurslagen men ännu har inget beslut fattats. För att kunna avgöra huruvida ett konkursbo kan träda in i ett entreprenadavtal som gäldenären ingått har jag använt mig av analogier från befintliga lagregler, främst de köprättsliga bestämmelserna. Det standardavtal som gäller för entreprenader, AB 92, innehåller en bestämmelse som säger att vid händelse av entreprenörens konkurs har boet inträdesrätt ifall säkerhet för fullgörelse ställs. I de fall då parterna i sitt avtal har hänvisat till AB 92 så finns det en inträdesrätt för boet. I annat fall blir det mer tveksamt om boet kan mot motpartens vilja träda in i avtalet. De fall som från konkursboet sida kommer att vara aktuella är troligen då det inte återstår mycket arbete på entreprenaden. I de fall då entreprenaden precis påbörjats är det inte troligt att konkursboet har något egentligt intresse av att fullfölja entreprenaden. Det krävs ofta omfattande resurser som boet inte har möjlighet att skaffa.

Köprätten ger båda parter, i händelse av konkurs, en inträdesrätt. Detta är oavsett om köpet är av momentan eller av mer långvarig karaktär. Bestämmelsen är således utan undantag. Vad är det då som skiljer köpet från entreprenaden? Går köpet att jämföra med entreprenaden? En entreprenad är till skillnad från köpet en tjänst. Entreprenaden kan liknas vid ett tillverkningsköp och frågan är då om reglerna om dessa också skall utsträckas till att omfatta också entreprenadavtal. Vid stiftandet av 63 § köplagen kan man tänka sig att lagstiftaren hade det mer renodlade köpet framför ögonen. Det är svårt att tro att om denna regel även skulle tillämpas på komplicerade tillverkningsköp där det är naturgäldenären som gått i konkurs, inget sådant omnämns i motiven till bestämmelsen. Hur som helst torde det vara svårt att med bestämdhet avgöra om konkursboet skall ha inträdesrätt endast med utgångspunkt i köplagens bestämmelser.

De danska och norska reglerna, som i sina konkurslagar har allmänna bestämmelser om boets inträdesrätt, säger att boet har inträdesrätt så länge det inte strider mot rättsförhållandets art. Rättsförhållandets art kan i vissa fall hindra boet från inträde i ett entreprenadavtal. Detta då entreprenaden precis är påbörjad. Den norska rätten verkar ge ett något större utrymme för en inträdesrätt än vad den danska ger. Dessa regler motsvaras i stort sett med de av förmånsrättskommittén föreslagna lagändringar i konkurslagen. Dessa

förslag innebär också att den hävningsbegränsning motparten enligt företagsrekonstruktionslagen har också införs i konkurslagen.

Mycket talar för att ett konkursbo skall ha inträdesrätt i entreprenadavtalet men med vissa begränsningar. Det finns inget som hindrar boet från inträde i de fall då det inte återstår särskilt mycket arbete kvar på entreprenaden. I dessa fall har boet inträdesrätt. Det som däremot är mer tveksamt är de fall då det återstår omfattande arbeten. Då borde konkursboets inträdesrätt vara mer begränsad och ett inträde bör endast tillåtas då boet kan ställa betryggande säkerhet.

Diskussioner kring frågan om konkursboet kan välja att endast delvis inträda i gäldenärens avtal har förekommit. När det gäller entreprenadavtal är det en prestation som är odelbar och majoritetsuppfattningen i svensk rätt är då att inträdet måste ske fullt ut. Om man tillåter partiellt inträde i entreprenadavtal skulle problem med allokering av fel uppstå. Detta skulle i vissa fall kunna leda till att det inte går att avgöra vem av konkursboet eller gäldenären som orsakat felet. Resultatet av detta är inte tillfredsställande. Problemet undviks genom att inte tillåta partiellt inträde utan konkursboet måste ta ansvar även för den del av prestationen som utförts av gäldenären. Denna lösning underlättar för allokeringen av fel men kan ibland leda till orimliga konsekvenser av konkursboets felansvar.

6.2 Verkan av ett inträde

Då boet utövar sin inträdesrätt uppstår en mängd följdfrågor inte minst när det gäller boets massaansvar för fel. I motiven till köplagen sägs att då boet inträder i avtalet så blir det förpliktigt och berättigat i enlighet med avtalets villkor. Detta stämmer väl överens med det ovan konstaterade att boet inte kan inträda partiellt. Kan då boet göras ansvarigt för fel i en prestation som gäldenären utfört? Svaret på denna fråga måste bli ja, men med en del begränsningar. Ansvar kommer att omfatta både det arbete som gäldenären utfört före konkursen och det som boet själv utfört. För att denna allmänna regel inte skall få orimliga konsekvenser borde det i vissa fall finnas begränsningar. När konkursboet endast färdigställt en nästan avslutad entreprenad för att få resterande köpeskilling kan ett felansvar, som omfattar även gäldenärens prestation, bli väldigt betungande för boet. Här skulle en lösning kunna vara att boet endast blir ansvarigt upp till det belopp som motparten betalat till boet. Grunden för konkursboets felansvar bör inte ligga i själva avlämnandet av prestationen utan istället i det faktum att boet kräver motparten på fullgörelse.

Boets ansvar för framtida fel grundar sig på samma princip som ovan att boet är massaansvarigt för fel. Konkursförvaltaren måste beakta eventuella framtida felanspråk och reservera medel för detta. Om det finns skälig anledning att anta att det kommer att uppstå felanspråk skall förvaltaren undanta medel för detta. Om det inte sker kan beställaren klandra

utdelningsförslaget. Har utdelning redan skett är frågan om utdelningsborgenärerna är återbäringsskyldiga. Det är inte möjligt att ge ett säkert svar på detta men vid jämförelse med aktiebolagslagens likvidationsregler och skiftesreglerna vid ett dödsbo kan det vara så att konkursborgenärerna är återbäringsskyldiga oavsett god tro. Men som sagt frågan är tvistig. En annan möjlighet för en beställare som har ett felanspråk men som inte fått detta anspråk beaktat i utdelningsförslaget, är att rikta en skadeståndstalan mot konkursförvaltaren. Konkursförvaltaren skall, enligt 17 kap 1 § KL, ersätta de skador som han vid fullgörandet av sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet tillfogar ”boet, en konkursborgenär eller gäldenären”. Massaborgenärer nämns således inte bland de skyddade subjekten i 17 kap 1 § KL. Förvaltaren bör ändå bli skadeståndsskyldig mot en massaborgenär i den mån massaborgenären inte därefter kan få betalt från konkursborgenärerna.

Det kan eventuellt uppstå problem vid ett inträde med borgenärens/beställarens kvittningsrätt. En borgenär har rätt att kvitta en fordran som förelegat innan konkursbeslutet mot en skuld som borgenären hade mot gäldenären före konkursen. Då ett konkursbo träder in i ett avtal och fullgör en naturaprestation skulle en kvittningsrätt för borgenären emellertid leda till att boet blir utan ersättning. En rätt för boet att inträda skulle inte vara mycket värt för boet om det inte kan garanteras ersättning för utfört arbete. Enligt gällande rätt så kan en borgenär kvitta en inkonnex fordran mot konkursboets krav på betalning för utförd prestation om denna prestation grundar sig på avtal slutits före konkursen. Eftersom denna ordning inte är tillfredsställande så borde det på detta område krävas en lagändring eller ändring av praxis. Det borde råda samma principer på kvittningsområdet som det gör på felansvarsområdet. Nämligen den att konkursboet måste få full valuta för sina pengar. Ovan har föreslagits att felansvaret skall begränsas till mottaget belopp. På kvittningsområdet föreslår jag ett förbud för borgenären att kvitta en fordran som uppstått före konkursen mot det krav som konkursboet kan ha mot borgenären för utfört arbete.

6.3 Rätt till material

I AB 92 stadgas att beställaren har rätt att överta och förhyra entreprenörens material om denne går i konkurs. Kan konkursboet välja att istället sälja materialet till någon annan eller är boet bunden av AB:s bestämmelse? Först kan sägas att vad som ingår i ett konkursbo styrs av allmänna sakrättsliga principer. Om en borgenär skall ha rätt att separera en vara måste han ha sakrättsligt skydd för den. Sakrättsligt skydd kan uppstå på en del olika sätt. En vara kan separeras om ett giltigt äganderättsförbehåll gjorts, om registrering skett eller om traditionskravet är uppfyllt. Även om liknande bestämmelse både enligt den danska och norska rätten är giltig mot boet kan den inte enligt svensk rätt bli det. Det går inte enligt svensk rätt att avtala bort traditionsprincipen. För att beställaren skall ha separationsrätt till

upplagt material är, huruvida entreprenören fritt kan förfoga över materialet eller om han avskurits från den faktiska rådigheten över egendomen. Eftersom entreprenören normalt använder materialet löpande under entreprenaden har det normalt inte traderats till beställaren. Har det inte traderats till beställaren så ingår materialet i entreprenörens konkurs. Därmed har konkursförvaltaren rätt att överlåta materialet till den som betalar mest och bestämmelsen i 8:7 AB 92 är således inte giltig mot boet.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Andenæs Mads Henry *Konkurs*, Oslo 1999.
- Brækhus Sjur *Konkursrett - utvalgte emner*, Universitetsforlaget, 1975.
- Gomard Bernhard *Obligationsret*, 3 del, Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1993.
- Hellner Jan *Speciell Avtalsrett II. Kontraktsrett*
1 häftet Särskilda avtal, 3 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1996. Citeras som häfte 1.
2 häftet Allmänna ämnen, 3 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1993. Citeras som häfte 2.
- Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden*, i Festskrift till Knut Rodhe. Norstedt, Stockholm 1976 s. 235-270.
- Håstad Torgny *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1999. Citeras som Håstad.
- Ansvar för köprättsligt fel vid exekutiv försäljning, underhandsförsäljning i konkurs eller pantrealisation*, Juridiska fakultetens årsskrift De lege 1996. Citeras som Håstad, De lege.
- Den nya köprätten*, 5 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2003. Citeras som Håstad, Den nya köprätten.
- Hørlyck Erik *Entreprise & Licitation*, 5 uppl., Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1998.
- Höök Rolf *Entreprenadjuridik*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999.
- Insolvensrättsligt Forum 22-23 januari 1990, Iustus Förlag, Uppsala 1990.
- Johansson Svante O *Stoppningsrätt under godstransport*, Norstedts Juridik, Stockholm 2001.
- Lennander Gertrud *Gäldenärens kontraktsförhållanden i ett framtida rekonstruktionsförfarande*, JT 1992-1993, s 318-330.
- Lindahl Alf G, Malmberg Östen, Norén Alf Erik *Entreprenad AB 92*, Bokförlaget Norén & Co, Stockholm 1994.
- Lindskog Stefan *Kvittning – Om avräkning mellan privaträttsliga fordringar*, Akademisk avhandling vid Juridiska institutionen, Stockholms Universitet, Norstedt, Stockholm 1984.

- Munch Mogens *Konkursloven med kommentarer*, 8 uppl., GadJura, Köpenhamn 1997.
- Möller Mikael *Konkurs och kontrakt – Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, Akademisk avhandling vid Juridiska fakulteten, Uppsala Universitet, Iustus Förlag, Uppsala 1988. Citeras som Möller.
- Om återvinning av hävning*, Festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik, Stockholm 2002. Citeras som Möller, *Om återvinning av hävning*.
- Ossmer Per *Beställarens konkurs – vem tar hand om entreprenörens material?*, Elinstallatören 6-7, 1993.
- Ramberg Jan *Köplagen*, Norstedts Juridik (Fritzes Förlag), Stockholm 1995.
- Rodhe Knut *Lärobok i obligationsrätt*, 6 uppl., Norstedt, Stockholm 1986.
- Sandvik *Kommentar till NS 3401*, Universitetsförlaget, 1977.
- Vagner Hans Henrik *Entrepriseret*, 3 uppl., Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2001.
- Walin *Materiell konkursrätt*, 2 uppl., Norstedt, Stockholm 1987.
- Kommentar till Ärvdabalken*, del 2, Norstedt, Stockholm 1976.
- Welamson Lars *Konkurs*, 9 uppl., Norstedts Juridik, 1997.
- Konkursrätt*, Stockholm 1961.

Offentligt tryck

- Prop. 1970:142 *Förslag till förmånsrättslag mm.*
- Prop. 1975:6 *Om ändring i konkurslagen mm.*
- Prop.1988/89:76 *Ny köplag.*
- NOU 1972:20 *Gjeldsforhandling og konkurs (Norge).*
- SOU 1979:36 *Konsumenttjänstlagen.*
- SOU 2001:80 *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden.*

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

NJA 1910 s 564	s 18, 43
NJA 1916 s 154	s 17, 58
NJA 1941 s 687	s 59
NJA 1945 s 400	s 59
NJA 1946 s 666	s 34
NJA 1972 s 633	s 55
NJA 1977 s 816	s 55
NJA 1979 s 253	s 45
NJA 1979 s 401	s 27
NJA 1980 s 46	s 27
NJA 1985 s 397 II	s 33
NJA 1985 s 879	s 8
NJA 1987 s 243	s 36
NJA 1987 s 717	s 36
NJA 1989 s 206	s 13, 16
NJA 1996 s 368	s 18, 58
NJA 2000 s 685	s 61
NJA 2001 s 353	s 56

Svea Hovrätt (1992-06-09) mål B 802/92	s 60
Hovrätten över Övre Norrland (1986-06-17) mål T 2/86	s 45
Helsingborgs Tingsrätt (1993-03-01) mål T 386/92	s 60

Danska rättsfall

UfR 1971.540	s 44, 53
UfR 1979.6H	s 62

Norska rättsfall

TfR 1968.462-66	s 62
-----------------	------