



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Bo Thomaeus

Kvittning vid gäldenärens obestånd

– Studie av kvittningsförutsättningar och
återvinning av företagen kvittning vid
konkurs och under företagsrekonstruktion

Examensarbete
20 poäng

Professor Birgitta Nyström

Ämnesområde: Förmögenhetsrätt, Kredit- och
säkerhetsrätt, Sakrätt

HT 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Ämnesval	5
1.3 Syfte	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Avgränsning	9
1.6 Disposition	9
2 PRINCIPIELLA UTGÅNGSPUNKTER	11
2.1 Kvittningens inverkan	11
2.1.1 Likställighetsprincipen och förmånsrättsordningen vid konkurs	11
2.1.2 Kvittning under företagsrekonstruktion	12
2.1.3 Något om återvinning	13
2.1.4 Något om borgenärens preferenser	13
2.2 Sakrättsliga principer	14
2.2.1 Förhållandet mellan obligations- och sakrätten	14
2.2.2 Principen om numerus clausus	15
2.3 Metoder för lösning av kvittningsfrågor	16
2.3.1 Ändamålsinriktad metod	16
2.3.2 Kritik mot den ändamålsinriktade metoden	18
2.3.3 En reaktion mot den ändamålsinriktade metoden	19
3 FORDRANS UPPKOMST	20
3.1 Fordringsbegreppet	20
3.2 Kvittningsgill fordran	20
3.2.1 Den kritiska tidpunkten	20
3.2.2 Samma kriterier vid fastställandet av mot- och huvudfordrans uppkomst?	21
3.2.3 Undantag då fordran är uppkommen efter den kritiska tidpunkten	23
3.2.4 Undantag då fordran är uppkommen innan den kritiska tidpunkten	24
3.2.4.1 Undantag för otillbörlig lön- och pensionsutbetalning	24
3.2.4.2 Undantag vid förvärv av motfordran	25

3.2.4.3	Undantag vid egen skuldsättning	26
3.2.5	Fordran kan göras gällande trots att den ej är förfallen till betalning	27
3.2.6	Närmare om villkorade fordringar	28
3.2.6.1	Resolutivt villkorad fordran	28
3.2.6.2	Suspensivt villkorad fordran	29
3.2.6.3	Villkorade fordringarnas gemensamma grund	31
3.2.6.4	Regressfordran vid infriad borgen	32
3.2.6.5	Villkorade fordringar under företagsrekonstruktion	33
3.2.6.6	Gäldenärens villkorade fordran	34
3.3	Kriterier för förläggandet av fordrans uppkomst	35
3.3.1	Obeståndsrättsliga uppkomstkriterier	35
3.3.2	Kriterier enligt den ändamålsinriktade metoden	37
3.3.3	Fordrans väsentliga grund	37
3.4	Praxis rörande fordrans uppkomst	39
3.4.1	Villkorad huvudfordran	39
3.4.1.1	Hf uppkommen vid fullgörande av tidigare avtal	39
3.4.1.2	Hf uppkommen genom tidigare avtal	43
3.4.2	Villkorad motfordran	46
3.4.2.1	Mf uppkommen på grund av tidigare avtal	46
3.4.2.2	Skadeståndsfordran uppkommen genom tidigare avtal	49
3.4.3	Villkorad mot- och huvudfordran	52
3.4.4	Närmare om arbetstagares fordran	53
3.4.5	Något om offentligrättsliga krav	54
3.4.5.1	Fordran avseende miljöfarlig verksamhet	55
3.4.5.2	Närmare om skattefordran	55
3.5	Sammanfattande om tidpunkten för fordrans uppkomst	59
4	FORDRANS BESKAFFENHET	61
4.1	Beskaffenhetsrekvisitet	61
4.2	Kvittningshinder vid bristande komputabilitet	62
4.2.1	Definition av komputabilitet	62
4.2.2	Huvudfordran utgörs av aktier	63
4.2.3	Närmare om förväntansvärde	63
4.2.4	Kvittning av överskott vid pantrealisation	64
4.2.5	Läkande av komputabilitetsbrist	66
4.2.6	Undantag för finansiella instrument	66
4.3	Kvittningshinder av sociala skäl	67
4.4	Kvittningshinder vid otillbörlighet	68
4.4.1	Återvinningsfordran – beskaffenhet eller tidpunkten för dess uppkomst?	68
4.4.2	Avtalsbrott	71
4.4.3	Avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder m.m.	72
4.5	Avtalat kvittningshinder	74
4.5.1	Rakt kvittningshinder	74
4.5.2	Kvittningshinder med undantag för gäldenärens obestånd	76
4.6	Kvittningshinder då fordringsförhållandet upphört	76

5	ÅTERVINNING AV FÖRETAGEN KVITTNING	80
5.1	Inledande om kvittningens konstruktion	80
5.2	Nackdelsrekvisitet	81
5.3	Schema för återvinning av kvittning	82
5.3.1	Schemat enligt 4 kap 10 § KonkL	82
5.3.2	Utökad tillämpning av schemat	82
5.3.3	Tillämpliga rekvisit vid återvinning enligt schemat	83
5.3.3.1	Rekvisitet om annat än sedvanliga betalningsmedel	83
5.3.3.2	Rekvisiten om betalning i förtid och med avsevärt belopp	84
5.3.3.3	Övriga rekvisit i 4 kap KonkL	85
5.4	Särskilt om checkräkningskonton	86
6	SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER	89
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	91
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	94
	BILAGA A – LAGRUM I UTDRAG	95

Sammanfattning

En generaliserad bild av situationen vid en gäldenärs obestånd ger för handen att ett antal olika borgenärsgrupper sinsemellan och inom respektive grupp konkurrerar om att få ta del av gäldenärens otillräckliga förmögenhet i sådan utsträckning att den egna förlusten minimeras. Av stor vikt för borgenären är att ha någon form av säkerhet för sin fordran, med risk för att annars förlora hela eller delar av fordrans värde. En säkerhet borgenären kan inneha är möjligheten till kvittning. Om borgenären till den på obestånd komna gäldenären samtidigt är gäldenär till densamme gällande en annan fordran, kan en avräkning göras, vilket åtminstone tillgodogör borgenären värdet av gäldenärens fordran. På detta vis kan borgenären undgå i vart fall en del av de negativa konsekvenser en gäldenärs obestånd medför.

Via nyligen genomförda lagändringar har säkerhetsunderlaget för ett antal borgenärsgrupper minskat, medförande att kvittningsfrågan återigen blivit aktuell. Syftet med förevarande arbete är att presentera och analysera förutsättningarna för kvittning vid gäldenärens obestånd. Detta görs genom att först fastslå tidpunkten för en kvittningsskild fordrans uppkomst, därefter utvärdera om kvittning på annat sätt kan vara utesluten och avslutningsvis behandla frågan om återvinning av företagen kvittning.

I arbetet har ett antal intressanta lösningar på sedan lång tid tillbaka öppna frågor lagts fram. Grundläggande för kvittning vid konkurs och under företagsrekonstruktion är att fordringarna stått mot varandra innan den kritiska tidpunkten, det vill säga konkursbeslutet respektive rekonstruktionsansökan. Vad gäller kriterierna för fastställandet av tidpunkten för en fordrans uppkomst, visar arbetet att de två främsta teorierna kring vilka kriterier som ska användas inte stämmer med vad som enligt lag, förarbeten och framförallt praxis kan uttolkas. Helt avgörande för om en fordran har uppkommit innan den kritiska tidpunkten är om den kan hänföras till ett avtal som slutits under denna period. Således är det mindre viktigt om exempelvis en leverans eller en försäljning av en fastighet sker först efter den kritiska tidpunkten. Så länge som det kan anses avtalat mellan borgenären och gäldenären att leverans ska ske eller att försäljningen ger rätt till provision är detta tillräckligt för att fordran ska anses uppkommen genom avtalet. Att det sedan kan tyckas vara en väsentlig grundförutsättning för fordran att leveransen respektive försäljningen de facto sker påverkar inte bedömningen. Detta är bara den omständighet som gör den villkorade fordran ovillkorad. Det sagda gäller för såväl borgenärens som gäldenärens fordran och fastslaget är att det inte ska inverka på bedömningen om fordringarna är sprungna ur samma avtal eller ej.

Det ovannämnda är emellertid främst sant vad gäller privaträttsliga fordringar, då praxis gällande offentligrättsliga fordringar visar sig ha en benägenhet att göra avsteg från den fastslagna linjen.

I arbetets andra del har det faktum att kvittning även kan vara utesluten på grund av fordrans beskaffenhet behandlats. Först undersöktes fodringar med bristande komputabilitet, varvid det fastslogs att kvittning ej är möjligt om förväntansvärdet inte är detsamma för de båda fordringarna. En efter den kritiska tidpunkten omvandlad fordran, exempelvis från natura- till penningfordran, har inte befunnits bota den uppkomna komputabilitetsbristen. Där- emot visas att den uppkomna bristen kan läkas genom att från början låta en alternativ mätbar förpliktelse löpa vid sidan av den ickekomputabla fordran.

Under arbetets andra del konstateras även att en av sociala skäl uppkommen fordran exempelvis avseende underhållsbidrag, inte kan användas till kvittning av den underhållsskyldige. Därefter tas frågan om otillbörligt skapade fordringar upp. Inom framförallt praxis hävdas att anledningen till varför en återvinningsfordran inte kan användas till kvittning är att denna uppkommit efter konkursbeslutet respektive rekonstruktionsansökan. I enlighet med vad som framkommit om tidpunkten för en fordrans uppkomst visas att den hävdade ståndpunkten är felaktig och att en mer ändamålsenlig motivering till kvittningsförbudet skulle vara att fordran tillkommit otillbörligt och därmed vara utesluten från kvittning på grund av sin beskaffenhet. Vidare visas att ett otillbörligt avtalsbrott, exempelvis då borgenären i tiden innan konkursen respektive företagsrekonstruktionen i avsikt att kunna kvitta tillsett att fordringarna blivit komputabla, medför kvittningshinder. Detta fastslås även gälla andra otillbörliga handlingar där kvittningssyftet kan visas, men frågan lämnas öppen om kvittningsförbud kan uppställas enkom av den anledning att fordran, utan att något kvittningssyfte varit för handen, skapats på otillbörlig väg.

Under beskaffenhetsfrågan har även avtalat kvittningshinder undersökts. Här fastslås att mycket talar för att ett rakt kvittningshinder ska gälla, medan frågan till viss del lämnas öppen i de fall det avtalade kvittningshindret uttryckligen undantar konkurs respektive rekonstruktion.

I arbetets avslutande del behandlas återvinning av företagen kvittning. Det schema som framkommer genom tillämpning av lag, förarbeten och praxis visar att den första frågan som ska ställas är om kvittningen under samma förutsättningar varit möjlig i konkursen respektive under företagsrekonstruktionen. Om svaret är nekande krävs för återvinning att förfarandet träffas av någon återvinningsparagraf i 4 kap KonkL. De möjligheter till återvinning av företagen kvittning som i arbetet förespråkas är mer omfattande än vad doktrinen i stort erkänner. Någon befogad anledning till den i doktrinen restriktiva tillämpningen av vissa rekvisit har inte befunnits föreligga. Avslutningsvis konstateras att den praktiskt viktiga frågan om insättningar på checkräkningskonton i praxis setts såsom en fråga om återvinning av betalning och inte återvinning av företagen kvittning. Samtidigt visas att detta de facto inte innebär sådan stor skillnad vad gäller möjligheterna till återvinning som framförts i doktrinen.

Förord

Efter att i omgångar under närmare ett års tid ha varit verksam vid Ackordscentralen Malmö kan det ifrågasättas varför jag lägger fram ett sådant borgenärsvänligt arbete som det förevarande. Emellertid får detta förklaras med det enkla faktum att kvittningsreglerna efter hur de uppställts i lag och kommit att tolkas i praxis ska tillämpas enligt det i arbetet angivna tillvägagångssättet. Till skillnad från vad många oroliga borgenärer än må tro är det inte på det viset att en förvaltare eller rekonstruktör blint försöker driva in så pass mycket pengar som möjligt. Ledstjärnan är fortfarande att rätt ska vara rätt. Är borgenärens påkallade kvittning giltig, finns det ingen anledning för förvaltaren respektive rekonstruktören till att motsätta sig denna. Förhoppningsvis kan detta arbete bidra till att närmare klargöra när så ska anses vara fallet.

Jag vill samtidigt passa på att rikta ett stort tack till mina kamrater på Ackordscentralen Malmö. Utan er hade ett stort antal av de väckta frågorna aldrig kommit upp i dager. Av er sakkännedom inom insolvensrätt kan många lära sig mycket.

Självfallet ska även ett stort tack riktas till Juridiska fakulteten vid Lunds universitet och framförallt min handledare professor Birgitta Nyström för värdefulla synpunkter vid färdigställandet av arbetet.

Lund i december 2004

Bo Thomaeus

Förkortningar

A	Innehavare av huvudfordran
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AvräkL	Lag (1985:146) om avräkning vid återbetalning av skatter och avgifter
B	Innehavare av motfordran
DepCh	Departementschefen
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
HD	Högsta domstolen
Hf	Huvudfordran
HovR	Hovrätten
JT	Juridiskt tidskrift vid Stockholms universitet
KonkL	Konkurslag (1987:672)
LFR	Lag (1996:764) om företagsrekonstruktion
NJA	Nytt juridiskt arkiv. Avd. I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv. Avd. II
Mf	Motfordran
RegR	Regeringsrätten
RH	Rättsfall från hovrätterna
RR	Rådhusrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvjT	Svensk juristtidning
TR	Tingsrätten
ÄKonkL	Konkurslag (1921:225)

1 Inledning

1.1 Introduktion

En generaliserad bild av situationen vid en gäldenärs obestånd ger för handen att ett antal olika borgenärsgrupper sinsemellan och inom respektive grupp konkurrerar om att få ta del av gäldenärens otillräckliga förmögenhet i sådan utsträckning att den egna förlusten minimeras. Det rör sig oftast om banker med fordran på utlånade medel, staten med fordran på ej inbetalda skatter och avgifter, hyresvärdar med fordran på hyresavgifter, arbetstagare med fordran på lön och slutligen leverantörer med fordran på betalning av på kredit försålda varor och tjänster.

Det är svårt att ge någon samlad bild, men historiskt sett har de stora förlorarna vid konkurser och företagsrekonstruktioner varit leverantörerna.¹ Det kommer sig av att deras fordringar normal är oprioriterade, det vill säga utan förmånsrätt enligt förmånsrättslagen (1970:979, FRL) och att de därmed vid ackord under företagsrekonstruktion fått se sina fordringar skrivas ned och vid konkurs fått utdelning först efter alla andra. Vid gäldenärens obestånd är det nämligen av stor vikt för borgenären att ha någon form av säkerhet för sin fordran, med risk för att annars förlora hela eller delar av fordrans värde.

En säkerhet som inte regleras i FRL är möjligheten till kvittning. Om borgenären till den på obestånd komna gäldenären samtidigt är gäldenär till den samme gällande en annan fordran, kan en avräkning göras vilket åtminstone tillgodogör borgenären värdet av gäldenärens fordran. På detta vis kan borgenären undgå i vart fall en del av de negativa konsekvenser en gäldenärs obestånd medför.

1.2 Ämnesval

I Insolvensutrednings slutbetänkande *Lag om företagsrekonstruktion* (SOU 1992:113) lades, förutom förslag till vad som kom att bli lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (LFR), även fram förslag om förändring i förmånsrättsordningen. I den efterföljande propositionen ansågs emellertid förslagen måsta utredas ytterligare, varför Förmånsrättskommittén kom att tillsättas i slutet av 1995.²

Via kommitténs huvudbetänkande *Nya förmånsrättsregler* (SOU 1999:1) kom framförallt reglerna om förmånsrätt i konkurs att ändras. Således har statens tidigare förmånsrätt för fordran på skatt och avgifter försvunnit,

¹ När arbetet mer övergripande hänvisar till företagsrekonstruktion avses även tidigare förfaranden enligt den äldre ackordslagen (1970:847).

² Se bl.a. SOU 2001:80, *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*, s. 71 ff, för vidare historik.

likaledes hyresvärden fordran på hyresavgift. Arbetstagarnas löneskydd har emellertid förbättrats genom att det belopp de kan åtnjuta förmånsrätt i avsevärt höjts. Banken däremot, vilken tidigare oftast haft den starkaste förmånsrätten genom företagshypoteket, får numera, eftersom hypoteket ersatts av en företagsinteckning, nöja sig med att endast ha förmånsrätt för sin fordran upp till 55 procent av tillgångarna i boet.³ Resterande del kommer, likt exempelvis statens och leverantörernas, att bli oprioriterad. Betänkandet medförde inte några ändringar vad gäller kvittningsreglerna.

Genom ett tilläggsdirektiv fick kommittén, eller snarare dess ordförande Torgny Håstad, i uppdrag att även utreda frågor kring gäldenärens avtal under företagsrekonstruktion.⁴ Håstads utredning, vilken mynnade ut i slutbetänkandet *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden* (SOU 2001:80), ger vissa förslag till inskränkt kvittningsrätt under såväl rekonstruktions- som konkursförfarandet. Betänkandet har i skrivandets stund remissbehandlats, men ännu ej sänts på lagrådsremiss.

Intressant, i synnerhet i förhållande till det ovannämnda, är att notera att möjligheten till kvittning i konkurs och under företagsrekonstruktion i tiden innan reformarbetets inledande debatterades förhållandevis flitigt. Inom doktrinen rådde relativ enighet om att kvittningsreglerna var mer än nödvändigt fördelaktiga för borgenärerna och att en inskränkning var på sin plats. Tongivande i diskursen var framförallt Stefan Lindskog och Torgny Håstad.

Den förändring som skett i och med de nya förmånsrättsreglerna och de förslag till inskränkt kvittningsrätt som föreligger, gör att kvittningsfrågan åter blir aktuell. En inte alltför vild gissning är att borgenärerna i ljuset av ett minskat säkerhetsunderlag mer aggressivt kommer att försöka tillgodogöra sig gäldenärens medel på ett eller annat vis. En noggrann undersökning av kvittningsförutsättningarna och återvinningsreglerna vid företagen kvittning torde därmed vara av stort allmänintresse.

1.3 Syfte

Syftet med detta arbete är att presentera och analysera förutsättningarna för kvittning vid gäldenärens obestånd. Detta görs genom att först fastslå tidpunkten för en kvittningstillståndsansökan, därefter utröna om kvittning på annat sätt kan vara utesluten och avslutningsvis behandla frågan om återvinning av företagen kvittning.

³ Se lag (2003:528) om företagsinteckning samt 10 § FRL.

⁴ Se SOU 2001:80, *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*, s. 72.

1.4 Metod och material

Det företagna syftet är tänkt att uppnås genom en rättsdogmatisk studie av lagar, förarbeten, praxis och doktrin. Underlaget har beaktats till och med januari månad år 2005.

Terminologiskt kan det anses felaktigt att använda ordet obestånd som en sammanfattande benämning av konkurs och företagsrekonstruktion. Särskilt som obeståndet inte måste ha uppkommit för att ett rekonstruktionsbeslut ska kunna meddelas.⁵ Eftersom även återvinningsreglerna kommer att beaktas är föremålet för undersökning emellertid kvittning såväl innan som efter konkurs- respektive rekonstruktionsförfarandet inletts, varför obestånd här får ses mer som syftandes till ett visst generellt tillstånd, snarare än en absolut grundförutsättning.

Eftersom det för att kvittning överhuvudtaget ska vara möjligt krävs ett ömsesidigt fordringsförhållande ställs den som påtagit sig uppgiften att redogöra för detta institut inför problemet hur parterna och deras fordringar ska benämnas. Parterna är nämligen båda såväl gäldenär som borgenär till varandra och fordringarna därmed såväl skuld till som fordran på den andra. Den framställningstekniska metod som här valts är hämtad från Lindskog.⁶

Gäldenären på obestånd kommer således i framställningen att benämnas A, medan den som vill kvitta benämns B. As fordran mot B benämns huvudfordran och förkortas hf, medan Bs fordran, med vilken han vill kvitta, benämns motfordran, förkortad mf. Övriga kontrahenter kommer att kallas för alltifrån C till Z, dock kommer deras ställning att förklaras vid varje tillfälle.

Den på obestånd komma gäldenären förutsätts arbetet igenom vara ett aktiebolag, såtillvida inget annat anges. Det bör noteras att kvittningsreglerna vid såväl konkurs som företagsrekonstruktion är oberoende av om gäldenären är en fysisk- eller annan juridisk person än ett aktiebolag.

Vad gäller hänvisningar i förarbeten, praxis och doktrin kommer det i dag gällande lagrummet att nämnas, trots att hänvisningen ges till ett äldre. Detta självfallet under förutsättning att bestämmelserna motsvarar varandra.

Kvittning i konkurs behandlas i svensk doktrin nästan uteslutande som en del av den materiella konkursrätten och återfinns därmed i kortare stycken i bl.a. Rodhes,⁷ Håstads,⁸ Walins⁹ och Welamsons¹⁰ framställningar.

⁵ Se 2 kap 6 § LFR. Jmf även 1 kap 1 § LFR som talar om näringsidkarens betalningssvårigheter.

⁶ Lindskog (1993), *Kvittning: Om avräkning av privaträttsliga fordringar*.

⁷ Rodhe, (1985), *Handbok i sakrätt*.

⁸ Håstad (1996), *Sakrätt avseende lös egendom*.

⁹ Walin (1987), *Materiell konkursrätt*.

¹⁰ Welamson (1961), *Konkursrätt* samt densamme (2003), *Konkurs*.

Kvittning under företagsrekonstruktion är mindre uppmärksammat, men har förutom i ovan angivna verk, omnämnts bland annat av Tuula¹¹ och Arnesdotter.¹²

Det stora undantaget på området är Stefan Lindskogs *Kvittning: om avräkning av privaträttsliga fordringar*. Från början Lindskogs doktorsavhandling ifrån 1984, som sedan 1993 finns i en andra omarbetad upplaga. Boken omfattar cirka 800 sidor och tar upp kvittning såväl inom som utom konkurs och företagsrekonstruktion.

Lindskogs bok är den främst konsulterade. Det bör dock direkt klargöras att meningen inte är att detta arbete ska vara en kort sammanfattning av nämnda bok, utan snarare kommer läsaren märka att Lindskog här används mer som ett bollplank än ett rättesnöre.

De nordiska konkurslagstiftningarna överensstämmer relativt väl med varandra efter bland annat samnordiska konkursöverläggningar under 1960- och 1970-talet.¹³ Emellertid är ämnet för detta arbete att fastslå gällande svensk rätt, varför övriga nordiska regleringar och avgöranden, samt vad doktrinen anfört i anslutning till dessa, inte kommer att tas upp till behandling i detta arbete.

Inom ramen för arbetet ligger inte att presentera någon historisk exposé över konkurs- och kvittningsinstitutets framväxt. Dock kommer såväl förarbeten, praxis som doktrin i anslutning till äldre lagstiftning att beaktas. Detta kommer sig särskilt av att den nuvarande konkurslagen till stor del innehåller bestämmelser som överförts i moderniserad språkdräkt ifrån 1921 års konkurslag (SFS 1921:225, ÄKonkL). Förenklat kan det sägas att 1921 års lag genomgick sin största reform 1976 och att införandet av nu gällande konkurslag (SFS 1987:672, KonkL) för de i arbetet relevanta regleringarna endast medförde en viss språklig modernisering och omdisponering under nya kapitel och paragrafer.

Det ovanstående ger även den något underliga situationen att det mest matnyttiga bidraget fortfarande är Lagberedningens betänkandet *Utsökningsrätt X* (SOU 1970:75). Då dess efterkommande proposition¹⁴ och så gott som samtliga följande betänkanden och propositioner i här aktuella ämnen endast refererar till avsnitt i *Utsökningsrätt X*, är det därför inte ett misstag om och när detta arbete åberopar sig av ett till synes inaktuellt förarbete.

¹¹ Tuula (2003), *Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs*.

¹² Arnesdotter (1982), *Om betalningsinställelse och offentligt ackord* samt densamme (1994), *Om konvertibla skuldebrev och kvittning vid ackord*.

¹³ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 53 ff.

¹⁴ Prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*

1.5 Avgränsning

Som tidigare nämnts kommer endast svensk rätt att beaktas.

Arbetet inriktar sig på att undersöka borgenärens förutsättningar för kvittning vid gäldenärens obestånd. Av utrymmesskäl måste därmed perifert liggande områden avgränsas. Således kommer kvittning vid kommission, lag (1970:215) om arbetsgivares kvittningsrätt samt kvittning vid användandet av växel och check inte närmare att beaktas. Vidare tas inte frågan om kvittning vid skuldsanering enligt skuldsaneringslagen (1994:334) upp, trots att området egentligen får anses inneslutet i begreppet gäldenärens obestånd. Detta kommer sig till stor del av att lagen tar särskild social hänsyn, varför principer som eventuellt skulle kunna utrönas därav, inte med säkerhet kan tillämpas vid konkurs och under företagsrekonstruktion.

Kvittning i handeln banker emellan, s.k. nettning, omnämns endast som hastigast. Detsamma gäller i princip kvittning mellan två solventa parter. Undantag görs dock vad gäller det sistnämnda i avsnittet om fordrans beskaffenhet, då reglerna av nödvändighet kommer att beaktas.

1.6 Disposition

Endast en kortfattad introduktion till ämnet kan av utrymmesskäl medges. Läsaren förutsätts även av detta skäl vara bevandrad i ämnets grundläggande materiella regler, varför större vikt kommer att läggas vid att analysera, än att presentera dessa. Mest frekvent återopade lagrum finns bilagda i slutet av arbetet.

Efter den kortfattade introduktionen kommer den allmänna utgångspunkten för den fortsatta analysen att presenteras under kapitel 2. Referensverket på området, Stefan Lindskogs *Kvittning*, använder sig av en särskild metod för lösandet av kvittningsfrågor vilken i förkortad form återges. Vidare tas det faktum upp att metoden kritiserats för att i praktiken inte ge några klara besked om hur en viss fråga skall avgöras. Avslutningsvis ges en förklaring till varför och på vilket vis detta arbete använder sig av en annan utgångspunkt för lösandet av kvittningsfrågor än Lindskog.

Under kapitel 3 kommer fastställandet av tidpunkten för fordrans uppkomst i enlighet med 5 kap 1 och 15 §§ KonkL respektive 2 kap 21 § LFR att behandlas. Preliminärfrågan om varifrån och på vilket sätt kriterierna för fastställandet ska sökas behandlas parallellt med en genomgång av de mer materiella kvittningsreglerna. Situationen är emellertid den att föga står att finna i lagarna eller deras respektive förarbeten, varför tyngdpunkten vad gäller analysen kommer att läggas vid de rättsfall som finns på området. Föresatsen har varit att behandla all svensk praxis som tar upp frågan. Doktrinens åsikter presenteras framförallt i anslutning till respektive avgörande.

Kapitel 4 behandlar de kvittningshinder som kan föreligga på grund av att fordrans beskaffenhet omöjliggör kvittning. På motsvarande vis som i föregående stycke saknar lagarnas förarbeten i stort vägledande information. Doktrinen har, med undantag för Lindskog, inte heller behandlat frågan i vidare mån. Analysen bygger därmed till stor del på den sparsmakade praxis som finns.

Återvinning av företagen kvittning tas upp i kapitel 5. Att kvitta och sedan drabbas av återvinning är i stort samma sak som att inte ha möjligheten att kvitta överhuvudtaget, varför frågan i detta arbete måste beaktas. En viss avgränsning har gjorts genom att vissa inte direkt kvittningsanslutna rekvisit av utrymmesskäl fått undgå analys. Viktigare i denna del har ansetts vara att fastställa ett schema som visar hur återvinning av företagen kvittning går till.

Arbetet avslutas i kapitel 6 med att sammanfattande synpunkter ges över vad som genom arbetet framkommit.

2 Principiella utgångspunkter

2.1 Kvittningens inverkan

2.1.1 Likställighetsprincipen och förmånsrättsordningen vid konkurs

Likställighetsprincipen,¹⁵ vilken indirekt kan utläsas av bl.a.

1 kap 1 § KonkL, innebär att borgenärerna, i proportion till storleken av sina fordringar, delar på den förlust som en konkurs i normalfallet innebär.¹⁶

Likställighetsprincipen har dock flertalet undantag, bland vilka främst förmånsrättslagen (FRL) bör nämnas. FRL gör en uppdelning av s.k. förmånsrätter för vilka borgenärer i tur och ordning enligt lagen har rätt att få utdelning. En borgenär med en fordran förenad med god förmånsrätt, exempelvis inteckning i en fastighet, kan därmed oftast erhålla full utdelning emedan en borgenär utan förmånsrätt, s.k. oprioriterad borgenär, får finna sig i att få utdelning i mån av att något återstår i boet. Likställighetsprincipen kvarvarande effekt är att borgenärerna inom samma förmånsrättsgrupp får utdelning till samma konkursdividend, dvs. utdelning till visst procenttal av deras fordran.

För en ökad förståelse av de effekter borgenären Bs möjligheter att kvittningsvis göra gällande sin motfordran i As konkurs kan få, torde ett mycket förenklat exempel vara på sin plats.

Antag att det i As konkurs finns tre borgenärer. Dessa är dels L, vilken har en lönefordran om 900 kr förenad med förmånsrätt, dels borgenärerna X och B vilka båda har en oprioriterad fordran om vardera 900 kr. Konkursboet enda tillgång är en fordran mot B uppgående till 1000 kr.

Tillåts B inte kvitta i konkursen måste han inbetala 1000 kr till konkursboet. Vid utdelning kommer L på grund av förmånsrättsordningen att få full täckning för sin fordran medan X och B således får dela på de resterande 100 kr. Resultatet blir att L inte förlorar något på konkursen emedan X förlorar 850 kr. Även B gör en förlust om 850 kr, men eftersom han de facto inbetalt 1000 kr kan nettoförlusten anges vara 950 kr.

¹⁵ Benämningen hämtad från Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 65, vilken i sin tur troligtvis tagit den ifrån Welamson (1961), *Konkursrätt*, s. 475. I senare framställningar talar dock Welamson om principen utan att namnge denna, se exempelvis Welamson (2003), *Konkurs*, s. 14. Normalt hänförs likställighetsprincip till kommunallagen bestämmelse i 2 kap 2 § om likabehandling av kommuninvånare.

¹⁶ Enligt 1 kap 2 § KonkL är förutsättningen för konkurs att gäldenären är på obestånd, dvs. att denne inte rätteligen kan betala sina skulder. Detta får oftast innebörden att tillgångarna vid tiden för utdelning inte täcker alla de skulder som gäldenären haft. Det är ovanligt, men det händer emellertid att man under konkursförfarandet finner tillgångar vilket medför att tidigare nämnda ratio omfördelas och att konkursen därmed slutar med ett överskott.

Om B däremot tillåts kvittningsvis göra sin mf om 900 kr gällande i As konkurs ändras läget. Den kvarvarande behållningen i konkursboet, 100 kr efter Bs inbetalning, kommer tillfullo att tillfalla L eftersom dennes förmånsrätt är bättre än Xs. I detta exempel gör X en förlust om 900 kr. B kan förvisso netto sägas förlora 100 kr, men eftersom han från början var skyldig detta, har någon egentlig förlust på grund av konkursen ej inträffat. L förlorar däremot 800 kr, trots att hans förmånsrätt objektivt sett var bättre än Bs.

Exemplet kan självfallet varieras obegränsat. Vi ser dock att Bs möjligheter att kvitta kan påverka såväl borgenärer med förmånsrätt som borgenärer utan. Kvittning i konkurs kan därför sägas åsidosätta såväl likställighetsprincipen som förmånsrättsordningen.

2.1.2 Kvittning under företagsrekonstruktion

Den bakomliggande tanken med lagen om företagsrekonstruktion och dess föregångare ackordslagen kan sägas vara en samhällsekonomisk önskan om att ett företag med bra produkter och tjänster, vilket hamnat i tillfälliga ekonomiska problem skall rekonstrueras utan att gå i konkurs.¹⁷ Att rekonstruera gäldenärens finanser genom att nå en ekonomisk uppgörelse med borgenärerna är förvisso inte ett krav i lagen, men i praktiken är det enda sättet för att en rekonstruktion inte skall sluta i en konkurs att ett ackord genomförs, där borgenärens fordringar antingen frivilligt eller tvångsvis sätts ned till ett visst fastslaget procentbelopp.¹⁸

Enligt 3 kap 3 § LFR deltar inte en borgenär som kan få täckning för sin fordran genom kvittning eller vars fordran är förenad med förmånsrätt vid ett ackord, såtillvida denne inte avstår från kvittningsmöjligheten eller förmånsrätten. Om en borgenärs fordran endast till viss del täcks genom kvittning eller om hans fordran inte fullt ut kan åtnjuta förmånsrätt, deltar han självfallet med återstående del av fordringen. Om ackordet fastställts och en borgenär först därefter blir känd, kan denne använda hela fordran till kvittning i det fall att kvittning tidigare varit möjligt.¹⁹

I syfte att undvika förluster under en företagsrekonstruktion är det således i linje med det ovan nämnda av vikt för borgenären att antingen ha förmånsrätt för sin fordran eller möjligheten att kvitta.

¹⁷ Se exempelvis prop. 1995/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 53 ff.

¹⁸ Normalt erbjuds en viss lägsta summa plus x antal procent av fordrans värde i ackordsförslaget. Detta för att på ett smidigt vis förenkla förfarandet då de borgenärer med en fordran under lägstabeloppet får full utdelning och därmed inte kommer att emotsätta sig ackordet.

¹⁹ Se 3 kap 8 § LFR sammanläst med 3 kap 3 § LFR. Noter att detta särskilt nämns vid ackord under konkurs i 12 kap 21 § sista st.

2.1.3 Något om återvinning

För att de regler som KonkL och LFR uppställer ska ha någon form av effekt, måste de kunna tillämpas retroaktivt innan själva beslutet. Detta då det annars skulle vara möjligt för en borgenär att, under den kapplöpning som oftast sker när gäldenären är på väg att komma på obestånd, se till att på ett illojalt sätt skaffa sig fördelar genom att i samförstånd med gäldenären mottaga betalningar eller gåvor. Det är även tänkbart att gäldenären under hotet av obestånd avhänt sig egendom till annan, exempelvis en närstående, för att undandra förmögenheten från borgenärerna. Av denna anledning uppställer 4 kap KonkL flertalet regler om återvinning. Innebörden av en återvinning är att rättshandlingen går åter och att egendomen skall återföras till konkursboet.

Av 3 kap 5 § LFR framgår att sedan beslut om företagsrekonstruktion meddelats tillämpas bestämmelserna i konkurslagen om återvinning i konkurs, under förutsättning att offentligt ackord fastställs.

Även om det inte tycks framgå av ovannämnda stycke är återvinningsreglerna tillämpliga redan i och med förfarandets inledande. Anledningen till att återvinningstalan inte kan prövas innan ackordsförhandlingar inletts och frågan om offentligt ackord slutligen avgjorts är att en företagsrekonstruktion i LFRs mening inte kräver ett genomfört ackord utan medger att rekonstruktionen avslutas utan att något sådant verkställts. Därmed kan den hypotetiska situationen uppkomma att gäldenären efter avslutat rekonstruktion lever vidare utan att någon ekonomisk uppgörelse kommit till stånd. Att rättsordningen i en sådan situation erkänner en återvinning, som de facto är avsteg från grundläggande avtalsrättsliga principer, torde ha ansetts felaktigt.²⁰

I praktiken kan återvinningsreglerna vid företagsrekonstruktion tillämpas utan problem, då de absolut flesta rekonstruktioner nog får anses förutsätta en ackordsuppgörelse. Om en återvinningstvist är aktuell torde möjligheterna till ett s.k. underhandsackord, det vill säga en formlös uppgörelse som kräver samtliga borgenärens godkännande, inte heller vara ett alternativ.

2.1.4 Något om borgenärens preferenser

Om antagandet görs att borgenären, i vart fall på kort sikt, är ekonomiskt rationell kommer denna vilja ha full täckning för sin fordran. Därmed uppkommer en viss skillnad vad gäller borgenärens preferens om hur fordran ska behandlas i konkurs och under företagsrekonstruktion. Vid en konkurs har en borgenär generellt sett en önskan om att dennes fordran skall anses vara en massafordran,²¹ då förutsättningarna för att få full täckning är avse-

²⁰ Jmf prop. 1995/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 96 ff.

²¹ Efter det att konkurskostnaderna enligt 14 kap 1 § KonkL, dvs. framförallt förvaltarens arvode, blivit täckta, ska andra skulder som konkursboet ådragit sig betalas enligt 14 kap 2 § KonkL. Dessa benämns massaskulder. Noteras bör att massafordringar som inte

värt högre än om fordran anses vara en konkursfordran.²² Vad borgenären framförallt vill undvika är att fordran ska anses vara en gäldenärsfordran.²³ Därmed kommer borgenären vid svårbedömda situationer främst hävda att fordran är mot konkursboet och i andra hand att den i vart fall får göras gällande i konkursen.

Under en företagsrekonstruktion är situationen oftast den omvända. Här får en kortsiktigt ekonomiskt rationell borgenär anses främst önska att fordran inte ska omfattas av det kommande ackordet för att på så vis undvika att få fordran nedsatt. Under och efter en företagsrekonstruktion fortsätter gäldenären att verka i princip under samma former som innan. En fordran som inte omfattas av företagsrekonstruktionen ska, såtillvida inget annat avtalats, betalas när förfallodagen är inne.

Sammanfattningsvis kan det således framhållas att en borgenär under en konkurs har en önskan om att hans fordran ska omfattas av konkursen, emedan en borgenär under en företagsrekonstruktion önskar det motsatta.

2.2 Sakrättsliga principer

2.2.1 Förhållandet mellan obligations- och sakrätten

Juridiska regler, principer och begrepp låter sig oftast klassificeras inom olika rättsområden. Således anses regler om aktiebolag och handelsbolag höra till associationsrätten, emedan brottsbalkens kapitel inordnas under straffrätten. Vad gäller obligationsrätt och sakrätt, vilka båda är underordnade förmögenhetsrätten, är situationen densamma. Normalt hänförs exempelvis avtalslagens bestämmelser till obligationsrättens område och regler om pantsättning till sakrättens.

En uppdelning enligt ovan är praktisk i bland annat utlärningshänseende, men egentligen föga användbart och troligtvis inte utan kritik vad gäller förenkling och felterminologisering. Rättighetstyperna används nämligen ej blott för klassificering av olika rättsområden, utan de beskriver även rättsförhållanden och rättsverkningar mellan olika parter.

blir täckta, tillskillnad från konkurskostnaderna, ej ersätts av staten och att ett konkursbo, vilket framgår av KonKL 1 kap 4 §, därmed kan försättas i konkurs.

²² En fordran mot den konkursförsatte gäldenären benämns konkursfordran och är med andra ord den fordran för vilken det sker utdelning.

²³ En gäldenärsfordran uppkommer exempelvis om en fysisk person i konkurs under konkursförfarandet köper en vara på kredit. Denna fordran omfattas inte av konkursen och borgenären har i princip små möjligheter att få täckning. Fysiska personers skulder finns förvisso fortsatt kvar efter avslutad konkurs såtillvida de inte täckts via utdelning eller ackord i konkursen. En fysisk person kan således direkt efter avslutad konkurs utan överskott i princip försättas i konkurs ännu en gång. Emellertid är detta fruktlöst så länge som inga nya tillgångar tillkommit. En juridisk person upplöses efter avslutad konkurs, se bl.a. 13 kap 49 § aktiebolagslagen (1975:1385) och 2 kap 44 § lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag.

En klassisk distinktion mellan obligationsrätt och sakrätt är att den förra rör rättigheter som medför rättsverkningar bara emellan parter i ett fordringsförhållande, medan den senare rör rättigheter som har verkan emot tredje man. Genom denna uppdelning ser vi att exempelvis en pantsättning kommer att beröra både obligationsrätt och sakrätt. Den första i förhållandet mellan pantsättaren och panthavaren och den senare i förhållandet mellan panthavaren och pantsättarens borgenärer.²⁴

Vad gäller sakrätten definieras denna emellertid ofta utefter dess funktion, det vill säga det skydd som ett anspråk åtnjuter gentemot tredje man. En innehavare av en sakrätt har enligt definitionen ett sakrättsligt skyddat anspråk mot ett förmögenhetsobjekt.

Skillnaden, men kanske framförallt vikten av, obligations- respektive sakrätt under konkurs förklaras troligen bäst genom förenklat exempel.

Antag att B på kredit levererat tio säckar potatis a´ 100 kr till A som innan betalning går i konkurs. Enligt avtalet har B av A att fordra 1000 kr i betalning för potatisen. Det är detta som är Bs obligationsrätt, en rätt som i de flesta konkurser i slutändan leder till att B i utdelning får mellan noll och 40 kr.²⁵ Om B på ett eller annat sätt skulle ha en sakrätt, eller i andra termer ett sakrättsligt skydd, för sin potatisleverans har B möjlighet att återfå sina säckar. Skillnaden i vårt exempel är med andra ord i princip allt eller inget.

2.2.2 Principen om *numerus clausus*

Principen om *numerus clausus* innebär att sakrätternas antal anses vara begränsat.²⁶ Tanken bakom denna princip är att två parter inte ska kunna avtala om det sakrättsliga skyddet till nackdel för tredje man.²⁷ Innebörden är exempelvis att ett avtal mellan en gäldenär och en borgenär om att vissa verktyg är pantsatt till borgenären, men trots allt fortfarande används av gäldenären inte är sakrättsligt giltigt. Likaledes kan ett avtal som stadgar att borgenären ska ha förmånsrätt för sin fordran, utan att han på något giltigt vis skaffat sig detta lämnas utan hänseende.

Principen är av fundamental betydelse. En ekonomiskt rationell borgenär kommer på alla möjliga vis försöka skaffa sig säkerhet för sin fordran. Upprätthålls inte klara och stränga regler kring vad som ger sakrättsligt skydd

²⁴ Jmf Lindskog (2002), *Preskription – Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid*, s. 67

²⁵ Avgörs av konkursdividenden som här satt till 4% för oprioriterade fordringar. Se SOU 1999:1, *Nya förmånsrättsregler*, s. 129, där det redogörs för en undersökning rörande konkurser som avslutats i Sverige år 1990. Av denna framgår att utdelningen till oprioriterade borgenären i snitt var mindre än 4 %.

²⁶ Se bl.a. Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom* s.130.

²⁷ Se Lindskog (1993), *Kvitning*, s. 35. Jmf Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 130 f.

och vad som inte ger sakrätligt skydd leder detta till i slutändan endast till såväl rätts- som ekonomiska förluster för alla inblandade parter.²⁸

Lindskog anser emellertid att en på detta sätt statisk uppdelning av sakrätterna som principen om *numerus clausus* förespråkar är en direkt skadlig begränsning av rättsbildningen i ett föränderligt samhälle.²⁹

Principen måste därmed enligt Lindskog överges eftersom "i vad mån ett anspråk ... ska åtnjuta [sakarätligt skydd] givetvis [beror] på vilka berättigade intressen och allmänna hänsyn som gör sig gällande i den ifrågavarande anspråkskollisionen".³⁰

Istället för en fast uppdelning i vad som är sakrätligt skyddat eller ej förespråkar Lindskog en mer ändamålsinriktad metod.

2.3 Metoder för lösning av kvittningsfrågor

2.3.1 Ändamålsinriktad metod

Den ovannämnda ändamålsinriktade metoden som Lindskog föreskriver går förenklat ut på att svaret på frågan om borgenären B ska få kvitta ges genom att argument såväl ställs som vägs mot varandra i generella typsituationer.³¹

Rent intuitivt kan nog de flesta anse att det ovannämnda angreppssättet har sina förtjänster och att det till och med används vid skapandet och tillämpningen av rättsregler. Således ställs och vägs exempelvis principen om pacta sunt servanda mot en uppfattning att svagare part stundom är i behov av förstärkt skydd vid såväl skapandet som tillämpningen av 36 § AvtL. Lindskog mening är, förenklat, att motsvarande avvägning ska gälla även vid en bedömning om kvittning ska eller inte ska vara möjlig i ett visst typfall.

Arbetes omfattning medger inte annat än en rent översiktligt genomgång av den ändamålsinriktade metoden.³²

²⁸ Antag att borgenären i ovannämnda exempel verkligen antagit att "pantsättning" av verktygen var gällande. Det oriktiga antagandet föranledde honom att leverera verktygen till en gäldenär han hade misstankar om vara insolvent. Utan säkerhet gör han kundförluster som i sin tur får effekter för hans borgenärer.

²⁹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 35.

³⁰ Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 35.

³¹ Här bör uppmärksammas att Lindskog inte själv benämner sin metod vid namn, utan att han förespråkar en ändamålsinriktad metod och föreskriver följande förfarande.

³² Lindskog (1993), *Kvittning*, anger redan i förordet till den första upplagan att hans arbete i viss mån bygger på egen terminologi och systematik, varför läsaren vid mer probleminriktad läsning lämpligen bör sätta sig in i denna. I huvuddrag återfinns det mesta som här nedan anges i (1993), *Kvittning*, s. 49-74.

Förenklat kan sägas att Lindskog definierar ett antal funktioner och effekter kvittningen ger upphov till. Dessa används sedan som argument för och emot att den tänkta borgenären B ska kunna få göra sin motfordran kvittningsvis gällande.

Argumenten delas av Lindskog upp i en obligationsrättslig och en sakrättslig del. Notera att argumenten hänförliga till obligationsrättsliga situationer mycket väl kan användas även i de fall detta arbete behandlar.

Bland de funktioner och effekter som av Lindskog hänförs till den obligationsrättsliga delen kan nämnas auktoritetsfunktionen, bekvämlighetshänsynen, besparingseffekten samt likviditetshänsynen. Den förstnämnda syftar till en samhällelig önskan om att skulder ska regleras, de två följande går ut på att kvittning oftast är såväl enklare som billigare för parterna emedan den sistnämnda gör gällande att en part inte i onödan ska behöva utge likvida medel.

I den sakrättsliga delen återfinns borgenärsintresset, borgenärsskyddet samt säkerhetsfunktionen.³³ Med borgenärsintresset ska förstås övriga borgenärsintresse av att B inte får kvitta i och med att underlaget som de har att få utdelning ifrån genom kvittningen minskar.³⁴ Lindskog framhåller dock att borgenärerna måste ha haft en berättigad förväntning på att huvudfordran, eg. värdet av den, skulle ha ingått i konkursboet för att borgenärsintresset ska beaktas.³⁵ Detta menar han emellertid att de knappast kan ha haft eftersom osäkerheten vid bedömning av As kreditvärdighet ökat genom förekomsten av återtagandeförbehåll och dylikt samt det faktum att A exempelvis mycket väl kan ha pantsatt huvudfordran till säkerhet för motfordran, vilket då inte skulle ha behövt kommuniceras utåt.

Mot borgenärsintresset hävdar B sitt borgenärsskydd. Innebörden av Bs borgenärsskydd är i princip vad detta arbete kommer att behandla, det vill säga de möjligheter B har att kvittningsvis göra mf gällande mot hf. Borgenärsskyddet emanerar ut säkerhetsfunktionen, vars innebörd är att B har en säkerhet för sin fordran mot A i sin egen skuld. B ska med andra ord endast behöva räkna med att till A utge skillnaden mellan huvudfordran och motfordran i de fall mf är mindre än hf. B kan därför enligt Lindskog sätt att resonera anses ha sakrättsligt skydd för sin motfordran.³⁶

Lindskog uppställer dock två centrala krav för att Bs kvittningsrätt faktiskt ska fylla någon beaktansvärd säkerhetsfunktion.³⁷ Dessa är dels att B ska ha räknat med att kunna infria mf kvittningsvis, dels att infriandet ska äventyras om B inte tillåts kvitta. Detta menar Lindskog kommer sig av att om B inte räknat med att kunna infria mf, en skyddad kvittningsrätt skulle ha upp-

³³ Även om Lindskog inte direkt skriver det torde argumenten ha motsvarande bäring vad gäller kvittning under företagsrekonstruktion.

³⁴ Se inledande exempel under rubrik 2.1.1.

³⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 65.

³⁶ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 67 f.

³⁷ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 68.

kommit av en slump. Ett sådant skydd kan enligt Lindskog inte vara befo-
gat. Detsamma gäller om B har möjlighet att infria mf på annat sätt än
genom kvittning. Bs behov av säkerhet motiverar då enligt Lindskog inte
någon sakrättsligt skyddad kvittningsrätt.

2.3.2 Kritik mot den ändamålsinriktade metoden

För att föregripa senare delar i arbetet kan redan nu sägas att det finns sub-
stans i Lindskogs sätt att ta sig an olika kvittningsfrågor. Problemet är dels
att, som det kommer att visa sig, praxis både gått och fortfarande går emot
en hel del av de Lindskog anför, dels att verktyget blir väldigt otympligt och
i princip oanvändbart för praktikern på grund av att inga övergripande prin-
ciper med säkerhet kan utläsas. Lindskog medger även vissa brister i meto-
den, främst dock avseende generaliseringsnivån.³⁸

Walin framför kritik mot Lindskogs ändamålsinriktade metod genom att
anföra ”att det ur praktisk synpunkt är en stor oangelägenhet, om kvittnings-
frågor framledes skall bedömas på ett så djupt differentierat sätt som Lind-
skog tänkt sig. Den som önskar kvitta vill naturligtvis ... lätt få svar på frå-
gan om kvittningsförutsättningarna föreligger, utan att behöva plöja igenom
en avhandling på drygt 700 sidor och dessutom överväga huruvida vad där
sägs är hållbart och kommer att godtas i händelse av tvist... [D]e synpunkter
som Lindskog anfört ... kan vara beaktansvärda men ... deras tillämpning i
olika situationer bli så skönsmåsig att de knappast kan sägas vara vägle-
dande. Av gammalt har mera robusta argument varit utslagsgivande och ur
praktisk synpunkt måste föredras att reglerna om kvittning håller sig på ett
tekniskt enklare plan”.³⁹

Lindskog svarar Walin med att komplexiteten är föranledd av kvittningssy-
stemet och att en förenkling därav är en uppgift för lagstiftaren och inte för
honom själv.⁴⁰ Han fortsätter vidare med att understryka att intresseavväg-
ningen inte ska avse det enskilda fallet utan att metoden ska tillämpas ge-
nom att de typiska allmänintressen och av parthänsyn grundade principerna
ställs och vägs mot varandra i varje enskilt fall, utan beaktande av vilken
relevans det må ha i det specifika fallet.⁴¹

Lindskogs ovan avgivna resonemang innebär exempelvis att trots att B inte i
ett specifikt fall haft en förväntan om att få kvitta, han ändock ska beredas
möjlighet till detta om det typiskt sett kan anses motiverat i förevarande fall.
Detta menar Lindskog är ett nödvändigt offer för en ordning som är hanter-
lig, förutsebar och i huvudsak utfyller avsedda funktioner.⁴²

³⁸ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 51.

³⁹ Walin (1987), *Materiell konkursrätt*, s. 76 f.

⁴⁰ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 50 n 4. Svaret ges i upplaga 2.

⁴¹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 50 f.

⁴² Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 52.

2.3.3 En reaktion mot den ändamålsinriktade metoden

Såsom redan nämnts och som även Walin antyder är den av Lindskog förespråkade ändamålsinriktade metoden till stora delar praktiskt otymplig. Frågan som kan ställas är även om kvittningssystemet är såpass komplext som Lindskog framhåller.⁴³ Genom att se på systemet med den motsatta utgångspunkten, nämligen att det exempelvis vid fastställande av fordrans uppkomst endast finns ett riktigt tillvägagångssätt, torde komplexiteten kunna blottläggas. Eventuellt disparata avgöranden och författningar får sedan analyseras utifrån denna utgångspunkt. På detta vis nås förhoppningsvis den eftersträlvade tydligheten och praktiska användbarheten.

Det är utefter det ovan anförda synsättet förevarande arbete, med start under nästa kapitel gällande tidpunkten för fordrans uppkomst, kommer att angripa de uppkommande frågorna.

⁴³ Givetvis finns ingen anledning till att bestrida Lindskogs uppfattning kring detta, i synnerhet som han de facto avlagt doktorsexamen i ämnet. Emellertid torde den av Lindskog upplevda komplexiteten till stor del grunda sig på att hans föresats varit att ge besked de lege ferenda, emedan detta arbete nöjer sig med att fastslå rättsläget de lege lata.

3 Fordrans uppkomst

3.1 Fordringsbegreppet

Det ska direkt fastslås att det är svårt att ge en allmängiltig definition av fordringsbegreppet och att ett försök inte ryms inom arbetets ramar.⁴⁴ I detta arbete är det tillräckligt att definiera en fordran som innebärande ett krav från någon mot någon.

Vissa författare, däribland Lindskog, förefaller mena att definitionen måste utökas med rättsfaktumet att anspråket är av rättsordningen sanktionerat.⁴⁵ Enligt det resonemanget skulle således den något märkliga situationen vara att ett krav på att utfå en vinstsumma i ett icke statligt sanktionerat poker-spel inte klassificeras som en fordran och den mot vilket kravet riktades således inte anses vara i skuld. Att en fordran föreligger torde stå klart. Att denna sedan inte kan infrias med rättsordningens hjälp är en annan sak.⁴⁶

Normalt skiljer man mellan en fordran på att utfå viss sak, s.k. naturafordran och en fordran på att utfå ett visst belopp, s.k. penningfordran.⁴⁷ Borgenären Bs fordran att utfå beloppet 100 kr är således en penningfordran, medan fordran om kravet avsåg just den specifika hundrakronorssedeln, varit att räkna som en naturafordran. Vad B dock har, oavsett om fordran är en penningfordran eller en naturafordran, är ett krav på att få bekomma ett visst värde. Det är i denna mening fordringsbegreppet kommer att användas i arbetet. Det är emellertid otympligt att var gång ange detta, vilket medför en medveten simplificering. När arbetet således talar om att B kvittar motfordran mot As huvudfordran, åsyftas i själva verket att B gör sin motfordrans värde gällande till avräkning gentemot As huvudfordrans värde.

3.2 Kvittningsgill fordran

3.2.1 Den kritiska tidpunkten

En fordran får, enligt 5 kap 1 § KonkL, i en konkurs endast göras gällande om den uppkommit innan konkursbeslutet meddelades. Motsvarande kvalificeringsregel saknas i detta avseende i LFR. Därav har portalparagraferna för kvittning lagarna emellan fått till viss del skild lydelse.

⁴⁴ Se bl.a. Lindskog (2002), *Preskription*, s. 68, som uttrycker att det ”med all säkerhet [är] ett hopplöst företag att försöka åstadkomma en allmängiltig civilrättslig definition av fordringsbegreppet”.

⁴⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 37.

⁴⁶ Jmf HDs domskäl i rättsfallet NJA 1989 s. 768, s. 772.

⁴⁷ Se bl.a. Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 36.

Enligt 5 kap 15 § 1 st 1 mom. KonkL kan en fordran hos gäldenären som får göras gällande i konkursen enligt 5 kap 1 § KonkL av borgenären användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade mot honom när konkursbeslutet meddelades. Vid företagsrekonstruktion kan motsvarande utläsas ur 2 kap 21 § 1 st 1 mom. LFR. Den största skillnaden är dock att det vid företagsrekonstruktion är ansökan och inte beslutet som utgör den kritiska tidpunkten.⁴⁸

Till stor del avgörande för kvittningsrätt i konkurs och under företagsrekonstruktion är således om fordringarna kan anses uppkomma innan den kritiska tidpunkten, det vill säga innan konkursbeslutet respektive rekonstruktionsansökan.

3.2.2 Samma kriterier vid fastställandet av mot- och huvudfordrans uppkomst?

En viktig preliminärfråga vid avgörandet av när en fordran ska anses stiftad är om samma bedömningsgrunder kan användas för såväl mot- som huvudfordran.

Enligt Håstad kan man inte utgå från att tidpunkten för konkursborgenärens och konkursboets fordrans uppkomst ska bestämmas enligt samma kriterier.⁴⁹ Till stöd för detta framhåller Håstad att 5 kap 1 § KonkL och 5 kap 15 § KonkL har olika funktioner, där det i 1 § framförallt gäller att undvika att borgenären får bevaka en fordran i konkursen som tillkommit genom gäldenärens handlingar efter konkursbeslutet, medan 15 § rör borgenärens rätt att göra fordran kvittningsvis gällande.⁵⁰ Emellertid nämner Håstad inget till ledning för hur skillnaden skall göras, eller till ytterligare stöd för uppfattningen.

Walin är av annan mening och framhåller i en kommentar till det Håstad anfört, att det förefaller rimligt att fordrans uppkomst ska avgöras på åtminstone ett enhetligt vis i samma lag.⁵¹

Lindskog belyser att Håstad och Walin har delad uppfattning i frågan, men anför att "[m]eningsskiljaktigheten ...[saknar] betydelse, eftersom ändamålsskäl talar för att stiftelsetidpunkten bestäms på samma sätt i kvittningsfallet som i bevakningsfallet".⁵² Frågan är dock om detta snarare borde anses styrka Walins uppfattning än något annat.

Av vad som framgår av de hänvisningar Håstad ger i anslutning till sitt uttalande, torde han främst ha tagit fasta på att han i förarbetena till den äldre konkurslagen (1921:225, ÄKonkL) inte finner något om hur tidpunkten för

⁴⁸ Begreppet "den kritiska tidpunkten" är hämtat från Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 86.

⁴⁹ Se Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 386 n 251.

⁵⁰ Se Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 386 n 251.

⁵¹ Se Walin (1987), *Materiell konkursrätt*, s. 25 n 8.

⁵² Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 167 n 35.

huvudfordrans uppkomst ska avgöras, emedan han gör så vad gäller tidpunkten för motfordran uppkomst.⁵³

Förarbetena till ÄKonkL, vilka återges i NJA II 1921, behandlar under paragrafen⁵⁴ om fordran som kan göras gällande i konkursen framförallt frågan om konkursansökan eller konkursbeslutet ska anses utgöra den kritiska tidpunkten för bevakningsrätt.⁵⁵ 1862 års konkurslag vred nämligen tillbaka klockan till när konkursansökan lämnades in, vilket bland annat ledde till att borgenärer som fått en fordran under tiden mellan ansökan och beslutet inte fick göra denna gällande om han kände till att ansökan lämnats.⁵⁶ Detta ansågs fortsatt skulle gälla, men att det inte var ändamålsenligt att ha kvar regeln under denna paragraf då gäldenären fortsatt hade rådighet över sin egendom ända fram tills beslutet.⁵⁷ Av denna anledning infördes regeln att fordran som uppkommit innan konkursbeslutet kunde göras gällande, medan det motsvarande inte skulle gälla för fordran som uppkommit därefter. I anslutning till detta anger kommittén, vars betänkande i denna del intogs ordagrant i propositionen, som svar på remissyttranden i anledning av ett lämnat preliminärt betänkande att den nya regeln inte skulle utesluta fordringar, exempelvis kostnader för växelprotest, vilka visat sig först efter konkursbeslutet, men som ”grunda sig på förpliktelser, vilka gäldenären åtagit sig innan konkurstillståndet inträdde”.⁵⁸

Det ovannämnda är vad som står att finna i ÄKonkLs förarbeten gällande fastställandet av tidpunkten för motfordrans uppkomst och således det Håstad till viss del grundar sin uppfattning på. Som Håstad påpekar nämns mycket riktigt inget i förarbetena om tidpunkten för huvudfordrans uppkomst. Endast i en kort sammanfattning sägs i ÄKonkLs förarbete att enligt ”vad här stadgas kräves för kvittning, att borgenären förvärvat sin fordran hos gäldenären och jämväl kommit i skuld till gäldenären innan konkurstillståndet inträdde”.⁵⁹

Förvisso kan det, vilket även Håstad till viss del torde vara inne på, anses att 5 kap 15 § 1 st 1 mom KonkL har en intetsägande avslutande del där huvudfordran beskrivs som "en fordran som gäldenären hade mot honom när konkursbeslutet meddelades". En fråga som exempelvis kan ställas är om detta därmed innebär att huvudfordran inte kan vara förenad med villkor för att kvittning ska vara möjligt. För att föregripa kommande avsnitt kan det redan nu sägas att så naturligtvis inte är fallet. I stort gäller samma regler för huvudfordran som för motfordran. Det paradoxala är dock att en sträng tolkning av vad Håstad anfört kring den skilda funktionen av 5 kap 1 och 15 §§ KonkL emellertid snarast ger det motsatta för handen. Av denna anledning

⁵³ Se Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 386 n 251.

⁵⁴ 100 § ÄKonkL, nuvarande 5 kap 1 § KonkL.

⁵⁵ Se NJA II 1921, *Konkurslag*, s. 535 f.

⁵⁶ Jmf Ekdahl (1935), *Om fordran i konkurs*, s. 10 n 12.

⁵⁷ Att borgenären haft vetskap om ansökan ansågs fortsatt kunna angripas vid återvinning och kvittningsförbud, se NJA II 1921, *Konkurslag*, s. 535. Se även rubrik 3.2.4.

⁵⁸ NJA II 1921, *Konkurslag*, s. 535.

⁵⁹ Se NJA II 1921, *Konkurslag*, s. 556.

måste skälen till Håstads uppfattning undersökas mer ingående, vilket kommer att ske under kommande rubriker.

Vad gäller reglerna om företagsrekonstruktion förekommer kvittningsbestämmelser under dels 2 kap 21 § LFR, vilken som ovan nämnt behandlar kvittning under rekonstruktion, dels 3 kap 3 § LFR vilken behandlar fordringar som ska delta och därmed omfattas av ackordet. Som tidigare nämnts saknar LFR en egentlig motsvarighet till 5 kap 1 § KonkL.

I anslutning till 2 kap 21 § LFR uttalas generellt i propositionen att "[h]uvudregeln är, liksom vid konkurs, att den som hade en fordran mot gäldenären när förhandling om offentligt ackord beslutades får kvitta den mot en fordran som gäldenären vid den tidpunkten hade mot honom. Det skall således vara fråga om två fordringar som står mot varandra vid den kritiska tidpunkten".⁶⁰ I propositionen framhålls vidare under författningskommentaren till 3 kap 3 § LFR att "borgenärskretsen delvis bestäms av reglerna om borgenärernas rätt till kvittning".⁶¹

Slutsatsen som kan dras är att förarbetena till LFR i vart fall inte gör någon skillnad mellan fordringar som kan användas till kvittning och fordringar som ska delta i ackordet. Den skillnad som Håstad noterat mellan bevakningsgilla och kvittningsgilla fordringar finns därmed inte i LFR. Emellertid bör av samma skäl som ovan även denna fråga undersökas närmare.

3.2.3 Undantag då fordran är uppkommen efter den kritiska tidpunkten

Ett viktigt undantag från huvudregeln att fordran endast kan göras gällande om den förelåg innan konkursbeslutet är 3 kap 2 § KonkL. Här stadgas att en rättshandling som företas mellan konkursgäldenären och någon annan senast dagen efter den då kungörelsen om konkursbeslutet var införd i Post- och Inrikes Tidningar ändå är giltig om den andre var i god tro angående konkursen.⁶² Fordran som uppkommit på grund av en sådan rättshandling kan med andra ord göras gällande i konkursen och även användas till kvittning.⁶³

Motsvarande bestämmelse saknas i LFR. Såsom nämnts under rubrik 2.1.4 fortsätter gäldenären under och efter en företagsrekonstruktion att verka i princip under samma former som innan. En fordran som uppkommer efter

⁶⁰ Prop. 1995/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 84.

⁶¹ Prop. 1995/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 205.

⁶² Gäldenären kan därmed i vissa fall rättshandla med bindande verkan för konkursboet under ytterligare ett par dagar. Antar vi att konkursbeslutet tas på fredagen och att kungörelse därom införs först på tisdagen blir resultatet att den egentliga rådighetsförlusten uppkommer först på torsdagen.

⁶³ Se NJA 1987 s. 407 där gäldenärens en gång givna anvisning till sina kunder att inbetala fakturor på postgirokontot medfört att inbetalningar likställts med rättshandling företagna av gäldenären och därmed kunnats göras gällande av borgenären under fristen i 3 kap 2 § KonkL.

rekonstruktionsansökan omfattas således inte av ackordet och ska, såtillvida inget annat avtalats, betalas när förfallodagen är inne. Under förutsättningen att rekonstruktören lämnat sitt samtycke är fordran förenad med allmän för-
månsrätt enligt 10 § 4p FRL vid en eventuell efterkommande konkurs.⁶⁴

Enligt 5 kap 1 § KonkL kan även bestämmelser i annan lag möjliggöra att fordran får göras gällande i konkursen, utan att ha förelegat vid den kritiska tidpunkten. Undantaget återinfördes i KonkL med början i januari 2001. Fram till och med konkurslagsreformen 1987 fanns undantaget och avsåg då en fordran som kunde göras gällande med stöd av 47 § lagen (1914:45) om kommission.⁶⁵ Emellertid ansågs en sådan fordran täckas in av principen om *lex specialis derogat legi generali* i 1 kap 6 § KonkL, varför undantaget temporärt togs bort.⁶⁶

När undantaget återinfördes genom SFS 2000:504 kom det att röra statens jämningsfordran för mervärdesskatt avseende fastigheter med indirekt hänvisning till 8 a kap 4 § 2 st mervärdesskattelagen (1994:200).⁶⁷ Förenklat kan förfarandet förklaras med att en skattskyldig under vissa villkor kan göra avdrag för ingående mervärdesskatt. Detta avdrag skall dock återföras, jämkas, om den skattskyldige exempelvis försätts i konkurs. Innebörden av stadgandet är att en jämningsfordran som uppkommit just på grund av konkursbeslutet, trots detta ska anses uppkommen innan konkursbeslutet och således kunna användas till kvittning.

3.2.4 Undantag då fordran är uppkommen innan den kritiska tidpunkten

3.2.4.1 Undantag för otillbörlig lön- och pensionsutbetalning

5 kap 2 § KonkL behandlar fordran på lön, arvode och pension, som inte får göras gällande i konkursen och således ej heller till kvittning om fordringen uppenbart överstiger vad som kan anses skäligt med hänsyn till gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt. Kopplingen till återvinningsreglerna i 4 kap 8 § KonkL bör noteras. Bestämmelsen finns för att motverka ett illojalt utnyttjande av det i flera fall svårkontrollerade fastställandet av framförallt närstående till konkursgäldenärens faktiska arbetsinsats.⁶⁸

Några bestämmelser motsvarande de ovan nämnda saknas i LFR. Detta beror främst på att den nu aktuella fordran omfattas av förmånsrätt i enlighet

⁶⁴ På grund av sitt gynnsamma läge i förmånsrättsordningen är det vanligt att man benämner en sådan fordran som förenad med superförmånsrätt.

⁶⁵ Se exempelvis prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*, s. 292 f.

⁶⁶ Se SOU 1983:24, *Ny konkurslag*, s. 272 f.

⁶⁷ Se prop. 1999/2000:82, *Mervärdesskatt vid överlåtelse och nyttjande av fastigheter*, s. 109 ff.

⁶⁸ Jmf prop. 1986/87:90, *Om ny konkurslag*, s. 226 ff.

med 12 § FRL och därmed inte kommer att medverka i ackordet.⁶⁹ Noteras bör dock att återvinning på motsvarande vis är möjligt enligt 3 kap 5 § LFR.

3.2.4.2 Undantag vid förvärv av motfordran

Enligt 5 kap 16 § 1 st KonkL, vilket har sin motsvarighet i 2 kap 21 § 2 st LFR, får en fordran mot gäldenären som förvärvats från tredje man senare än tre månader före konkurs- respektive rekonstruktionsansökan inte användas till kvittning.⁷⁰ Detsamma gäller om en fordran mot gäldenären förvärvats tidigare och borgenären vid den tidpunkten hade skälig anledning att anta att gäldenären var insolvent.⁷¹ Fordran får dock göras gällande i konkursen och ska omfattas av ackordet under en företagsrekonstruktion.

Skälet till förbudet är att gäldenären B annars utan vidare svårighet skulle kunna frångå sin skuld genom att från någon borgenär, vilken inte står i ett ömsesidigt fordringsförhållande med konkursgäldenären A, till ett pris överstigande dividenden förvärva dennes fordran för att använda till kvittning mot As hf. Antager vi att dividenden kan tänkas bli 10% av fordran värde skulle, om möjligheten givits, såväl den säljande borgenären som B gjort en förtjänst om B förvärvade fordran för blott 11 % av värdet. Den säljande borgenären får mer betalt av B än vad han fått efter avslutad konkurs/fastställt ackord, och B skulle kunna ha använd hela fordrans värde till att kvitta mot sin skuld till A.

Det bör noteras att ovannämnda förbud inte är absolut. I betänkandet *Utsökningsrätt X* framhåller Lagberedningen att undantag kan göras om borgenären förvärvat en fordran som ett normalt led i ett större mellanhavande.⁷² Ett gott exempel på detta, hämtat från Lennander, är om ett factoringbolag löpande köper fordringar från ett bolag och inom ramen för detta förvärv i princip råkar köpa en fordran fakturasäljaren hade mot den kommande konkursgäldenären som factoringbolaget sedan tidigare var i skuld till.⁷³ I departementspromemorian DS 2003:89 om finansiella säkerheter gavs förslaget att införa ett lagreglerat undantag för ordinära transaktioner i syfte att harmonisera lagstiftningen i enlighet med direktiv 2002/47/EG om stäl-

⁶⁹ Vidare är ett rekonstruktionsförfarande mer pragmatiskt än en konkurs, då rekonstruktion via ackord bygger på samtycke från borgenärerna. Om det skulle visa sig att exempelvis ägaren i tiden innan rekonstruktionen avsevärt höjt sin lön torde rekonstruktören påtala detta och med hänvisning till återvinningsmöjligheterna begära att ägaren avstår delar av fordran, med risk för att borgenärerna i annat fall inte kommer att gå med på ackordet.

⁷⁰ Notera att det här talas om konkursansökan. Denna dag är avgörande som s.k. fristdag vid återvinning enligt 4 kap KonkL. Se särskilt 4 kap 2 § KonkL.

⁷¹ 2 kap 21 § 2 st LRF talar om att gäldenären var "på obestånd". Någon saklig skillnad förefaller ej vara avsedd. Se prop. 1995/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 203. Jmf prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*, s. 298.

⁷² Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 190. Jmf prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*, s. 108.

⁷³ Se Lennander (1994), *Återvinning i konkurs*, s. 256.

lande av finansiell säkerhet.⁷⁴ Lagrådet var emellertid starkt kritiskt till ett antal andra delar i förslaget, varför någon proposition ännu ej kommit i frågan.⁷⁵

3.2.4.3 Undantag vid egen skuldsättning

Ytterligare ett undantag finns i 5 kap 16 § 2 st KonkL med motsvarighet i 2 kap 21 § 3 st LFR. En borgenär som har satt sig i skuld till gäldenären under sådana omständigheter att det är att jämställa med en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel får inte kvitta i den mån en sådan betalning hade kunnat bli föremål för återvinning.⁷⁶ Undantaget är egentligen en följd av det ovan angivna undantaget vid förvärv av motfordran. Skillnaden ligger i att gäldenären B istället för att förvärva en fordran från någon borgenär, själv gör sig till borgenär i syfte att senare kunna kvitta med den ursprungliga motfordran. Typexemplet är när att någon vid gäldenärens obestånd beställer varor på kredit med avsikten att tillgodogöra sig varornas värde som en form av kompensation för den kommande fordringsförlusten.

I rättsfallet 1998 s. 487 gav HD en god mall för hur 5 kap 16 § 2 st KonkL respektive 2 kap 21 § 3 st LFR ska tillämpas. Frågan rörde egentligen återvinning i en konkurs, men som senare ska visas är kvittningsfrågan aktuell även i denna bedömning. Vid frågan om skuldsättningen kan jämföras med en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel fastslog HD att hela förfarandet ska beaktas och att det avgörande är vilket vederlag borgenären fått för sin skuldsättning.

I det aktuella fallet hade det mellan de närstående bolagen A och B förelegat något som brukat karaktäriseras som ett kontokurantförhållande. Detta innebär att i de fall där det ena bolaget vid olika tidpunkter endera är i skuld till eller har en fordran mot det andra bolaget, fordringarna med jämna mellanrum kvittas i syfte att slippa en onödig överföring av medel fram och tillbaka mellan bolagen. I det aktuella fallet handlade A med bilar medan B leasade ut bilar till slutkunder. Normalt var att A på kredit sålde bilarna till B vilka sedan efter leasingtidens slut återköptes av A. Några betalningsmedel utväxlades dock sällan, utan det vanliga var att fordringarna avräknades med jämna mellanrum. En liknande transaktion och efterföljande avräkningar hade skett strax innan A försattes i konkurs.

HD fann i det aktuella fallet att Bs skuldsättning var att jämföras med en betalning med osedvanliga betalningsmedel, trots att förfarandet tidigare använts bolagen emellan. Den andra frågan att avgöra vid tillämpning av 5 kap 16 § 2 st KonkL respektive 2 kap 21 § 3 st LFR är om återvinning kunnat ske. Enligt HD skulle främst 4 kap 10 § KonkL användas vid denna bedömning. I detta fall kunde dock inte återvinning enligt paragrafen ske, då

⁷⁴ Se DS 2003:89, *Finansiella säkerheter*, s. 15 och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet.

⁷⁵ Se vidare om DS 2003:89 och lagrådsremissen under rubrik 4.2.6.

⁷⁶ Se vidare under rubrik 5.3.

förfarandet av HD ansågs som ordinärt. Emellertid syftar återvinningsrekvisitet enligt HD inte uteslutande på återvinning vid betalning av skuld, utan även på återvinning vid allmän otillbörlighet i enlighet med 4 kap 5 § KonkL. Här fann HD flera omständigheter som utgjorde starka skäl för att anse att B på ett otillbörligt sätt gynnats framför andra borgenärer. Transaktionerna hade enligt HD avsett betydande belopp, genomförts kort tid före konkurs när A var i en akut ekonomisk kris samt skett mellan två närstående bolag med samma företrädare. Trots att transaktionerna till sin karaktär enligt HD inte kunde sägas ha avvikit från vad som varit normalt i bolagens affärsförbindelser fanns övervägande skäl som talade för att B genom transaktionerna gynnats framför andra borgenärer på ett otillbörligt sätt. Återvinning var således möjligt varför B förpliktigades att till konkursboet utge det bortkvittade beloppet.

3.2.5 Fordran kan göras gällande trots att den ej är förfallen till betalning

Enligt såväl 5 kap 1 § KonkL som 2 kap 21 § LFR, måste fordran inte vara förfallen till betalning för att kunna göras gällande. I konkursituationen är detta relativt självklart. Har exempelvis ett aktiebolag försatts i konkurs kommer detta efter avslutad konkurs att upplösas, varför en borgenär med en fordran som först förfaller därefter i sådant fall inte skulle ha haft någon möjlighet att få ersättning för fordrans värde.⁷⁷

Från lagstiftarens håll har det dock framförallt framhållits att förfallotidpunkten huvudsakligen kan sägas vara till för att den betalningsskyldiges skall vara tryggad mot att överraskande krav framställs och att detta skyddsbehov inte gör sig gällande när han gått i konkurs.⁷⁸

Varför motsvarande möjlighet ges i LFR är svårare att förklara, då syftet är att näringsidkaren ska fortsätta verka både under och efter avslutad rekonstruktion och således löpande och framöver kommer att ådra sig andra skulder som skall betalas vid kommande förfallodagar. Tillåts borgenären kvitta med en fordran som först förfaller långt mycket senare medför detta att bolagets likviditet ytterligare ansträngs, då en förväntad inkommande betalning går om intet.⁷⁹ En bidragande orsak till att möjligheten ges är troligtvis de tillämpningsproblem som i annat fall skulle uppkomma då antalet borgenärer och det totala ackordsbeloppet till viss del skulle bli beroende av med vilken fart handläggningen av ärendet fortskred.

⁷⁷ Se 13 kap 49 § aktiebolagslagen (1975:1385).

⁷⁸ Se prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*, s. 107. Jmf SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 187.

⁷⁹ Den äldre ackordslagen (1970:847) övertogs till stora delar av LFR och infogades som lagens 3 kap. Den senaste ändringen av ackordslagens 20 §, vilken behandlar kvittning, skedde i och med konkurslagsreformen 1976. Prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*, s. 298, framhåller att kvittning skall vara möjlig med oförfallna fordringar. Tydlig motivering saknas emellertid. Eventuellt kan det skönjas en önskan om samklang mellan reglerna om ackord inom konkurs i 12 kap KonkL och ackord utom konkurs.

3.2.6 Närmare om villkorade fordringar

Som framgår av 5 kap 1 § 2 st KonkL får även en fordran som är beroende av villkor göras gällande i en konkurs såtillvida denna förelåg innan konkursbeslutet. Med lydelsen *beroende av villkor* avses antingen en resolutivt eller en suspensivt villkorad fordran.⁸⁰

3.2.6.1 Resolutivt villkorad fordran

En resolutivt villkorad fordran är en fordran som borgenären direkt kan göra gällande, men där inträffandet av ett villkor gör att fordran helt eller till viss del faller och gör borgenären, under förutsättning att han uppburit betalning, återbetalningsskyldig. Ett exempel på en vanligt resolutivt villkorad fordran är en fordran som säljaren får i enlighet med reglerna i köplagen (1990:931). Säljaren har rätt att fordra full betalning av köparen, men kan komma att bli återbetalningsskyldig för hela eller delar av fordran om varan är behäftad med fel. Fordran är resolutivt villkorad till den del prisavdraget kan göras gällande.⁸¹ I de allra flesta fall är således den resolutivt villkorade delen svävande och fastställs först efter att villkoret inträffar.

Att en resolutivt villkorad fordran kan användas till kvittning förutsatt att den förelåg vid konkursbeslutet torde i enlighet med vad som i föregående stycke nämnts vara relativt självklart. Borgenären B gör hela fordran, det vill säga dels den ovillkorade delen, dels den resolutivt villkorade delen, gällande till kvittning och kan räkna av totalbeloppet mot gäldenären As hf.

Om det resolutiva villkoret inte uppfylls därefter uppstår inga ytterligare problem. Frågan är dock vad som sker om villkoret uppfylls, exempelvis genom att en av B försåld maskin visar sig vara behäftad med fel medförande en rätt till prisavdrag för den i konkurs försatte A. Antager vi att Bs tidigare kvittning föranlett att fordringarna gått på ett ut, torde det stå klart att B har att erlægga betalning till As konkursbo. Samma sak om Bs totala mf i det tidigare skedet understeg huvudfordran. B har i sådant fall att dels utge skillnaden mellan mf och hf, dels ersättning för det tillkommande prisavdraget.

Problemet ligger i om Bs totala mf översteg As ursprungliga hf. Knäckfrågan blir om B kan använda sin kvarvarande fordran till att räkna av konkursboets krav motsvarande den resolutivt villkorade delen.⁸² Konkursboets fordran har här, i vart fall i allmänt språkbruk, uppkommit efter konkursbeslutet, varför en kvittning, enligt vad som tidigare anförts, kan anses

⁸⁰ Se bl.a. SOU 1983:24, *Ny konkurslag*, s. 178 och Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 155 ff.

⁸¹ Jmf exempel i SOU 1983:24, *Ny konkurslag*, s. 178 n 2.

⁸² Antag att Bs ovillkorade del av fordran uppgick till 300 kr, emedan den resolutivt villkorade delen uppgick till 100 kr. As hf uppgick till 200 kr. B använder först den totala fordran till kvittning mot As hf. Därefter har B ett fortsatt krav om 200 kr. Villkoret inträffar, varför en fordran, motsvarande den resolutivt villkorade delen av Bs ursprungliga fordran, uppkommer mot B. Frågan blir då om B kan använda sin kvarvarande fordran om 200 kr till att kvitta mot konkursboets krav om 100 kr.

utesluten då fordringarna inte stått mot varandra innan den kritiska tidpunkten. Emellertid kan det även hävdas att kvittning ska vara möjligt då den nyuppkomna hf så pass starkt grundar sig på den innan konkurs uppkomna resolutivt villkorade fordringen. Avgörandet faller således på när fordran skall anses uppkommen.

3.2.6.2 Suspensivt villkorad fordran

En suspensivt villkorad fordran är en fordran som borgenären endast kan göra gällande om ett visst villkor inträffar. Exempel på detta kan vara en fordran emanerande från ett rörelseöverlåtelseavtal som innehåller villkoret att ytterligare köpeskillning skall utgå när en viss omsättning nåtts. När omsättningen har villkoret uppfyllts och borgenären kan fordra betalning. Det villkorade köpeskillningstillägget utgör fordrans suspensiva del.⁸³ På motsvarande vis med vad som gäller för den resolutivt villkorade delen av en fordran, måste den suspensivt villkorade delen inte alltid var bestämd. I det angivna fallet är det exempelvis tänkbart att köpeskillningstillägget ska utgöra 5% av omsättningen över ett visst belopp.

Noteras bör att, som bland annat Lindskog och Welamson påpekar, en fordran inte är suspensivt villkorad endast därför att den har en fastslagen förfallodag.⁸⁴ En förfallodag inträder, för att använda Lindskogs resonemang, alltid förr eller senare, medan det är ovissheten om detta som just gör en fordran suspensivt villkorad.⁸⁵

Även suspensivt villkorade fordringar kan göras gällande i en konkurs. Emellertid har särskilda regler fått ställas upp för hur förfarandet ska gå till vid kvittning. Tillvägagångssättet framgår av 5 kap 15 § 2 st KonkL som stadgar att borgenären B först ska fullgöra sin förpliktelse även om han annars haft rätt att kvitta. Om B däremot före det att utdelningsförslaget upprättas visar att villkoret har uppfyllts, har han rätt att återfå utgivet belopp. Har villkoret inte uppfyllts, men det ändå finns anledning att anta att det kommer att uppfyllas senare ska beloppet istället avsättas när utdelningsförslaget upprättas. Det sagda borde innebära att B, under förutsättning att rättsot mellan ovillkorad och villkorad del är klart, direkt kan kvitta med den delen av fordran som är ovillkorad, emedan han får inbetala eventuell kvarvarande del av hf och sedan begära återbetalning när villkoret uppfyllts. Situationen torde för övrigt inte vara vanligt förekommande.

Här ska en återkoppling göras till det som förarbetena till 1921 års konkurslag nämnde angående att fordringar, vilka visat sig först efter konkursbeslutet, men som hade sin grund i förpliktelser som gäldenären åtagit sig innan konkursbeslutet, trots lydelsen ändå kunde göras gällande.⁸⁶ De nämnda fordringarna är inget annat än suspensiva fordringar, och frågan bör

⁸³ Jmf exempel i SOU 1983:24, *Ny konkurslag*, s. 178 n 1.

⁸⁴ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 155 f. Jmf Welamson (1961), *Konkursrätt*, s. 454.

⁸⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 156.

⁸⁶ Se NJA II 1921, *Konkurslag*, s. 535.

ställas om den av Håstad funna vägledningen till fastställandet av tidpunkten för motfordrans uppkomst egentligen blott var kommitténs sätt att ge ett pedagogiskt exempel på hur suspensiva fordringar kan göras gällande. Att sådan erkändes framgår av reglerna i ÅKonkL om hur bevakning och efterutdelning skulle ske.⁸⁷

Den intressanta frågan vad gäller en suspensivt villkorad fordran är om tidpunkten för dess uppkomst ska bedömas på samma vis som för en ovillkorad fordran. När det suspensiva villkoret framgår av exempelvis ett rörelseöverlåtelseavtal som i det förra exemplet, är det relativt oproblematiskt att i vart fall föreställa sig uppkomsten av fordran framöver. När villkoret inträffar får detta till följd att fordran uppkommer. Har avtalet ingåtts innan konkursbeslutet ska även som ovan nämnts den suspensivt villkorade fordran anses ha förelegat vid denna tidpunkt. Fordran kan därmed göras gällande i konkursen och även som visats användas till kvittning, låt vara först efter ett specifikt förfarande. Det bör dock noteras att om villkoret inträffat efter konkursbeslutet, men innan åtgärder vidtagits i enlighet med 5 kap 15 § 2 st KonkL, inget torde hindra borgenären från att i vanlig ordning kvitta sin mf mot hf. Att transportera medel fram och tillbaka kan inte anses ändamålsenligt.

Av intresse är därmed att se till vad som sker om fordran är suspensivt villkorad i sin helhet, i detta fall att rörelsen överlåtits vederlagsfritt, men med det suspensiva villkoret att köpeskilling ska utgå om omsättningen överstiger visst belopp. Dras paralleller till det tidigare exemplet är det på motsvarande vis möjligt att dels förstå hur fordran uppkommer, dels när den uppkommer. Uppenbarligen måste den suspensivt villkorade fordran inte vara sprungen ur en ovillkorad fordran. Skillnad skulle i sådant fall i sin extrem göras om rörelsen överlåts vederlagsfritt eller för blott en krona. Den suspensivt villkorade fordran är inte heller avhängig om den ovillkorade fordran har infriats eller ej. Har den ovillkorade fordran infriats före konkursbeslutet föreligger denna inte längre, varför situationen då bör motsvara en vederlagsfri överlåtelse.

Frågan som slutligen bör ställas är därmed hur det ska förfaras med suspensiva fordringar när det inte finns någon klar skillnad mellan den suspensivt villkorade fordrans uppkomst och det suspensiva villkorets uppfyllande. Rent praktiskt blir det oftast anledning att, så att säga, räknat bakåt. Ett händelse inträffar efter konkursbeslutet vilket ger upphov till en fordran för B. Menar B att fordran ska kunna göras gällande till kvittning såsom att ha varit suspensivt villkorad, måste dess uppkomst förläggas till tiden innan konkursbeslutet.

Antag att den fysiska personen A hade en fordran mot handlaren B innan A försätts i konkurs. Efter konkursbeslutet och fristen i 3 kap 2 § KonkL beställer A en vara på kredit från B, varför en fordran nu uppkommer för B gentemot A. Fordran kan inte anses vara en massafordran då konkursboet

⁸⁷ Se 136 och 141 §§ ÅKonkL. Jmf 5 kap 10 § och 5 kap 15 2 st § KonkL.

inte har godkänt eller bistått As kreditköp.⁸⁸ B inser att tillgångarna i As konkurs inte kommer att förslå till att ge borgenärerna utdelningen, varför Bs fordran kommer att vara föga värd om den ska anses utgöra en gälde-
närskfordran, då A under lång tid framöver kommer att ha skulder vida över-
stigande sina tillgångar. Det ligger med andra ord i Bs intresse att kunna
kvitta fordran mot As huvudfordran. B hävdar därför att fordran varit sus-
pensivt villkorad redan innan konkursbeslutet och att villkoret uppfyllt i och
med att B levererade varan. Den givna frågan är om B skulle röna någon
framgång med en sådan talan. Notera att vi här bortser från bevisspörsmål
och endast koncentrerar oss på rättsfaktum.

Om B enbart i ovan anförda antagande påstår att fordran varit suspensivt
villkorad på den grunden att B mot alla potentiella köpare i alla tider har en
suspensivt villkorad fordran som blir ovillkorad när leverans sker, torde han
få svårt hävda kvittningsrätt. En variant på ovanstående tema är att B efter
konkursen blir påkörd av A och således får en skadeståndsfordran. Även en
sådan fordran kan sägas alltid föreligga suspensivt. Fordran är eventuell och
aktualiseras först när den skadeståndsgrundande handlingen företas. Trots
detta förefaller doktrinen vara rörande eniga om att tidpunkten för en ska-
deståndsfordran uppkomst tidigast kan förläggas till när handlingen före-
tas.⁸⁹ Hade Bs talan på denna grund godkänts skulle det innebära att
tidpunkten för alla motfordringars uppkomst kan förläggas till innan kon-
kursbeslutet, genom att anse de i vart fall ha förelegat såsom suspensivt vill-
korade.⁹⁰

Det sagda innebär att det måste finnas någon form av faktor som grundar
den suspensivt villkorade fordran. Först i och med denna kan den suspen-
siva fordran anses uppkommen. Något skäl till att göra skillnad mellan en
suspensivt villkorad och en ovillkorad fordran vid bedömandet av tidpunk-
ten för fordrans uppkomst finns därmed ej.

3.2.6.3 Villkorade fordringarnas gemensamma grund

Återgår vi till den resolutivt villkorade fordran märks nu det faktum att den
mot vilken fordran gäller, i våra exempel A, har en motsvarande suspensivt
villkorad fordran mot sin borgenär B. När det resolutiva villkoret uppfylls
kommer även det suspensiva villkoret att uppfyllas. Eftersom detta förhål-
lande alltid får anses gälla, måste den suspensivt villkorade fordran därmed
uppkomma samtidigt som den resolutivt villkorade.

Motsvarande omvända förhållande kan även anses gälla. En suspensivt vill-
korad fordran har alltid en resolutivt villkorad motsvarighet. Påståendet kan
anses anmärkningsvärt med tanke på det exempel som givits om den sus-

⁸⁸ Se avsnitt 2.1.4 och där angivna noter.

⁸⁹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 204 och där angivna författare.

⁹⁰ Ett annat exempel är att konkursboet av misstag betalar ut medel till borgenären B.
Härmed uppkommer den för kvittning så viktiga huvudfordran. Att B då ej har rätt att
påkalla kvittning torde vara klart. Jmf rubrik 4.6 som behandlar när fordran istället faller.

pensivt villkorade fordran i anslutning till rörelseöverlåtelsen. A blir när villkoret uppfyllts, det vill säga viss omsättning uppnås, inte skyldig att återbetala något utan han har de facto att erlægga ytterligare betalning till B. Förhållande får emellertid förklaras på följande vis. Anledningen till att någon har en suspensivt villkorad fordran är att denna upplåtit något till ett värde lägre än dess egentliga. A har därmed en överenskommen skyldighet att i händelse av att det suspensiva villkoret inträffar ersätta B för en viss del av detta värde. As fordran avser i detta fall rörelsen och är resolutivt villkorad av att en viss omsättning uppnås.

Enligt det ovan anförda ska ingen skillnad göras vid fastställandet av fordrans uppkomst på den grunden att fordran är suspensivt eller resolutivt villkorad.⁹¹ Då en suspensivt villkorad fordran alltid har en resolutivt villkorad fordran mot sig och vice versa kan det inte heller föreligga skäl till att göra en skillnad på grund av att den ena villkorade fordran är en motfordran och den andra villkorade en huvudfordran. Vidare har visats att det även är ovidkommande om fordran är villkorad eller ej, då den faktor som avgör uppkomsten måste vara den samma. Görs en återknytning till fråga under rubrik 3.2.4 angående om tidpunkten för gäldenärens och borgenärens fordrans uppkomst skall bedömas på samma vis, kan det härmed fastslås att skäl inte föreligger att göra någon skillnad fordringarna emellan. Walins uppfattning får därmed anses vara den riktiga.

3.2.6.4 Regressfordran vid infriad borgen

5 kap 17 § 1 st KonkL med sin motsvarighet i 2 kap 21 § 4 st LFR innehåller en specifik bestämmelse som reglerar borgensmannens eller annans regressfordran med anledning av att denna har infriat en förpliktelse. Bestämmelsen säger att vid tillämpningen av bland annat kvittningsreglerna skall fordran anses förvärvad när förpliktelsen grundades.

En uppkommen regressfordran är dock inget annat än en suspensivt villkorad fordran som fått sitt villkor uppfyllt. Enligt vad som tidigare nämnts förhåller det sig på detta vis med alla suspensiva fordringar i konkurs. Dras en parallell till det som under rubrik 3.2.2 anfördes om statens jämningsfordran avseende mervärdesskatt torde det kunna fastslås att även denna fordran kan sägas ha förelegat suspensivt sedan avdraget gjordes. Frågan som uppkommer är därmed om det finns någon särskild anledning till varför lagstiftaren valt att påpeka detta specifikt, eller om det är så att tidigare antaganden inte stämmer.

Lagberedningen framhåller i sitt betänkande *Utsökningsrätt X* att en regressfordran på grund av infriad borgen bör anses ha förvärvats när borgensåtagande gjordes.⁹² Detta torde enligt Lagberedningen följa av nuvarande 5 kap 1 och 15 §§ KonkL och även överensstämman med gällande rätt då betänkandet lades fram. Beredningen påpekar dock att det under de nordiska

⁹¹ Detta är därmed svaret på den öppet lämnade frågan under rubrik 3.2.6.1.

⁹² Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 192.

överläggningarna som föregått betänkandet ansetts önskvärt med en klar bestämmelse i ämnet. DepCh anger även i specialmotiveringen till paragrafen att Lagberedningens förslag torde överensstämja med gällande rätt, att det inte kritiserats av remissinstanserna samt att han delade uppfattningen om att det fanns anledning att lagfästa en särskild bestämmelse härom.⁹³

Således stämmer de tidigare antaganden om suspensivt villkorade fordringar allttjämt och det får fastslås att de specifika reglerna om regressfordringar endast tillkommit med omtanke om borgensmännen och övriga medgäldenärer. Självfallet kan denna regressfordran inte bara bevakas i konkursen utan även användas till kvittning mot en eventuell tidigare skuld till gäldenären.

3.2.6.5 Villkorade fordringar under företagsrekonstruktion

Såväl LFR som dess föregångare ackordslagen (1970:847) saknar generella föreskrifter om villkorade fordringar. Detta har motiverats med att särskilda föreskrifter om kvittningsrätt för villkorliga fordringar inte behövs, eftersom något utdelningsförfarande inte föreskrivits i samband med ackord.⁹⁴

Enligt Lindskog torde det ovanstående innebära att reglerna om kvittning utanför konkurs och företagsrekonstruktion ska tillämpas istället, varför B om denne har en suspensivt villkorad fordran i sådant fall enligt Lindskog ska infria hf kontant.⁹⁵ Med hänvisning till att 2 kap 21 § 4 st LFR annars skulle bli överflödig i de flesta fall anser Lindskog att B bör ha rätt till återbetalning i den mån villkoret sedermera uppfylls.⁹⁶ Motsvarande lösning har förespråkats av Arnesdotter.⁹⁷

Det bör noteras att lagstiftaren å den ena sidan inte ansett det nödvändigt med särskilda föreskrifter om villkorade fordringar, men å den andra sidan ändå givit det gällande regressfordringar. Propositionen till LFR uppmärksammar inte frågan, utan anger endast att redaktionella ändringar företagits i jämfört med ackordslagens (1970:847) regleringar.⁹⁸ Troligtvis innebär detta att Lindskogs ovan återgivna antagande stämmer.

Vad gäller resolutivt villkorade fordringar torde dessa kunna användas till kvittning på motsvarande vis som vid konkurs. Även här uppkommer frågan rörande vad som sker om det resolutiva villkoret uppfylls efter företagen kvittning. Avgörandet måste på motsvarande vis som vid konkurs falla på när den resolutivt villkorade fordran ska anses uppkommen.

⁹³ Se prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*, s. 274.

⁹⁴ Se prop. 1975:6, *Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*, s. 298.

⁹⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 171.

⁹⁶ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 171 och särskilt n 50.

⁹⁷ Se Arnesdotter (1994), *Om konvertibla skuldebrev och kvittning vid ackord*, s. 15.

⁹⁸ Se prop. 1996/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 203.

Specifikt för rekonstruktion via ackord är dock att gäldenären fortsätter verka efter avslutat förfarande. En intressant fråga som därmed uppkommer är hur ett fall där det resolutiva villkoret uppfylls efter det att B fått sin fordran nedskrivnen genom ett fastställt ackord ska bedömas.

Antag att B har en fordran om 1000 kr som är resolutivt villkorad till 100 kr. Ett ackord om 25 % fastställs och B erhåller 250 kr. Det resolutiva villkoret uppfylls därefter och A kräver återbetalning om 100 kr motsvarande den resolutiva delen. B hävdar dock att denna genom ackordet skrivit ned till 25% och är därmed endast villig att erlægga 25 kr. A menar, i och för sig riktigt, att en gäldenärs tillgångssida aldrig omfattas av ett ackord varför någon nedskrivning inte har skett.

Om det resolutiva villkoret hade uppfyllt under pågående rekonstruktion och fordran kunde anses uppkommen innan rekonstruktionsansökan hade, enligt vad som tidigare fastslagits, B kunnat kvitta sin mf mot As uppkomna hf. I det ovan angivna exemplet hade B således använt 1000 kr till kvittning mot As återbetalningskrav om 100kr. B hade därmed haft kvar en fordran om 900 kr som genom ackordet skulle ha satts ned till 225 kr. Om villkoret inträffar efter fastställt ackord och B har att erlægga full återbetalning om 100 kr hade han i och med att villkoret uppfylldes efter att ackordet fastställts gjort en förlust om 75 kr, det vill säga skillnaden mellan de 250-100 kr han nu har kvar och de 225 kr han skulle ha fått om villkoret uppfyllts innan ackordet fastställts. Om återbetalningen av den resolutivt villkorade fordran även omfattas av ackordet hade B försatts i samma situation oavsett när villkoret uppfylldes.⁹⁹ Det sagda talar för att Bs uppfattning är den riktiga.

Vad som kvarstår i denna del är att fastslå om det finns skäl att göra skillnad mellan huvud- och motfordrans uppkomst i enlighet med frågan under rubrik 3.2.4. Som visat finns regleringar om villkorade fordringar även i LFR. Genom att föra samma resonemang som i konkursfallet presenterats under rubrik 3.2.6.3. kan det fastslås att skäl även här saknas till att göra skillnad fordringarna emellan vad gäller fastställandet av tidpunkten för deras uppkomst.

3.2.6.6 Gäldenärens villkorade fordran

Gäldenärens fordran har till stor del redan behandlats under föregående rubriker om villkorade fordringar. Som redan visats föreligger inget skäl till att göra någon skillnad vid fastställandet av tidpunkten för huvudfordrans uppkomst i jämförelse med motfordran. Något ytterligare bör emellertid tilläggas generellt om huvudfordran.

⁹⁹ Efter fastställt ackord har B fått 250 kr och ska då villkoret uppfyllts utge 25 kr. Således är situationen densamma som om B kunnat kvitta innan fastställandet. Han har i sådant fall efter att fordringsförhållandet upplöst erhållit 225 kr för sin ursprungliga fordran om 1000 kr.

Kvittning mot villkorad huvudfordran leder inte till några särskilda problem. Är hf resolutivt villkorad kan mf göras gällande fullt ut. Uppfylls det resolutiva villkoret därefter uppkommer en situation motsvarande den som gäller vid kvittning med en suspensivt villkorad mf. Under förutsättning att fordran anses ha förelegat innan den kritiska tidpunkten kan den användas till att kvittas mot.¹⁰⁰

Om hf är suspensivt villkorad kan borgenären även använda sin motfordran till kvittning. Någon större anledning till detta torde dock ej finnas eftersom det inte föreligger någon fordran mot borgenären så länge villkoret inte är uppfyllt.¹⁰¹ Använder borgenär trots allt sin mf till kvittning torde det inte gå att förklara kvittningen ogiltig om villkoret aldrig uppfylls. Det ömsesidiga fordringsförhållandet har i och med kvittningen fallit.¹⁰²

3.3 Kriterier för förläggandet av fordrans uppkomst

Under föregående rubriker har det fastslagits att samma princip måste användas vid förläggandet av tidpunkten för fordrans uppkomst oavsett om fordran är villkorad eller ovillkorad och även oberoende av om det är en huvud- eller motfordran.

Under förevarande rubriker ska de kriterier för fastställandet av tidpunkten för fordrans uppkomst närmare undersökas.

3.3.1 Obeståndsrättsliga uppkomstkriterier

Den första frågan som bör ställas är om kriterierna för fastställandet av tidpunkten för fordrans uppkomst blott gör sig gällande inom konkurs- och rekonstruktionsinstitutet eller om samma kriterier kan anses gälla även inom andra rättsområden. Vidare är en berättigad följdfråga, såtillvida svaret på den första var nekande, om överhuvudtaget samma kriterier kan användas vid konkurs som under företagsrekonstruktion.

Besvaras frågorna i omvänd ordning får till stöd för uppfattningen att samma kriterier kan användas vid konkurs och under företagsrekonstruktion anföras att regelsystemen uppvisar klara likheter bland annat vad avser ackord under företagsrekonstruktion i 3 kap LFR och ackord under konkurs i 12 kap KonkL, återvinningsreglerna som i 3 kap 5 § LFR nämner att 4 kap KonkL ska tillämpas samt det faktum att avsikten med LFR varit att ge ”ett

¹⁰⁰ Antag att As hf är om 300 kr är resolutivt villkorad till 100 kr. B har en motfordran om 200 kr som han gör gällande till kvittning. Efter företagen kvittning har B fortsatt en skuld om 100 kr. Uppfylls villkoret uppkommer en ny mf om 100 kr. I stället för att kontant infria hf och sedan få utdelning för den nya mf, kan B kvitta mf mot den äldre hf.

¹⁰¹ Jmf SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 188, där beredningen talar om att borgenären avstår förmånen av att fordran kan bortfalla.

¹⁰² Se även nedan under rubrik 4.6.

rättsligt förfarande inom vars ram en näringsidkares verksamhet kan rekonstrueras utan att denne försätts i konkurs”.¹⁰³

Som argument emot att använda samma kriterier vid konkurs och företagsrekonstruktion kan nämnas det faktum att företagsrekonstruktionen förutsätter att gäldenären fortsatt verkar vidare, medan detta inte är huvudsyftet vid konkurs. Emellertid har i LFR intagits ett antal bestämmelser, som exempelvis att oförfallen fordran kan användas till kvittning, vilket som redan nämnts kan anses stämma sämre överens med denna tanke. Uppenbarligen har avsikten varit att vid ackordet i vart fall skapa en sådan ordnad form för att möjliggöra rekonstruktionen att reglerna till stor del kommit att influeras av konkurslagens mer generalexekutionsinriktade syfte. Skäl till att inte använda samma kriterier vid fastställandet av fordrans uppkomst vid konkurs som under företagsrekonstruktion föreligger således ej.¹⁰⁴

Kvar att besvara är därmed den övergripande frågan om endast obeståndsrättsliga kriterier kan användas eller om kriterierna är de samma inom alla rättsområden. Härvidlag bör kommitténs uttalande i förarbetena till ÅKonKL noteras, där kommittén anför att ”[a]tt avgöra, när en fordran skall anses uppkommen, är givetvis ej en konkurslags sak”.¹⁰⁵ Den berättigade frågan är således om kommitténs ståndpunkt är den riktiga, eller om man trots det kan skönja specifika kriterier inom obeståndssfären. Märkbart är att uttalandet inte förefaller ha uppmärksammats nämnvärt i vare sig efterföljande förarbeten, rättspraxis eller doktrin. I *Utsökningsrätt X* belyses frågan om tidpunkten för fordran uppkomst överhuvudtaget inte. Någon hänvisning till allmänna principer står inte att finna i praxis och i doktrinen är det såvitt funnit endast Lindskog som omnämner uttalandet och då blott i en fotnot där en generell hänvisning ges till vad andra anfört i frågan.¹⁰⁶ Situationen torde vara den att rättsområdet utvecklats efter kommitténs uttalande i betänkandet, varför det nog finns skäl att i vart fall arbeta efter den hypotesen att de kriterier som ska användas vid fastställandet av fordrans uppkomst i huvudsak ska sökas inom den obeståndsrättsliga sfären.¹⁰⁷

¹⁰³ Prop. 1995/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 57.

¹⁰⁴ Jmf dock Arnesdotter (1982), *Om betalningsinställelse och offentligt ackord*, s. 289, som framhåller att ”det inte är rimligt att utan vidare hävda att uttrycket fordrans uppkomst bör tolkas på alldeles samma sätt inom ackords- som konkursrätten”. Emellertid vill Arnesdotter främst visa på skillnaden i borgenärernas preferenser (se ovan under rubrik 2.1.4) vid konkurs och ackord. Efter att ha gjort detta, förefaller hon nöjd och konstaterar på s. 291 att vad gäller fordrans uppkomst det enligt hennes mening måste ”vara lämpligt att de likalydande reglerna i [5 kap 1 § KonkL] och [3 kap 3§ LFR] ges en och samma tolkning”. Till stöd för uppfattning att samma kriterier ska användas kan rättsfallet NJA 1994 s. 292 anges. Se vidare under rubrik 3.4.2.1.

¹⁰⁵ NJA II 1921, *Konkurslag*, s. 535.

¹⁰⁶ Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 159 n 14.

¹⁰⁷ Om de funna kriterierna senare skulle visa sig vara allmängiltiga påverkar självfallet inte deras validitet i någon riktning. Emellertid ligger det inte inom arbetets ramar att undersöka om så är fallet eller ej.

3.3.2 Kriterier enligt den ändamålsinriktade metoden

Den ändamålsinriktade metod som Lindskog använder sig av har tidigare i korta drag redogjorts för. Med tillämpning av denna metod har Lindskog funnit att tidpunkten för fordringarnas uppkomst inte ska avgöras enligt samma kriterier.

Gällande motfordran anför Lindskog att B erhåller en sådan på två vis, antingen via avtal eller som ett skadeståndsanspråk och att motfordran då svarar mot en uppoffring från Bs sida genom exempelvis ett utgivet eller utfäst vederlag, liden skada eller liknande.¹⁰⁸ För att motfordran ska anses uppkommen innan den kritiska tidpunkten menar Lindskog att det avgörande ska vara om B antingen gjort sin uppoffring eller försatt sig i en sådan situation att han inte utan rättsförlust kan undvika denna.¹⁰⁹

Vad gäller huvudfordran menar Lindskog att Bs berättigade förväntan att njuta säkerhet i huvudfordran för sin motfordran ska vara avgörande.¹¹⁰ B kan dock enligt Lindskog inte ha haft en sådan berättigad förväntan om konkursboet haft rådigheten över om hf ska bli fullgången, varför huvudfordran endast ska anses uppkommen innan den kritiska tidpunkten om så inte är fallet.¹¹¹

3.3.3 Fordrans väsentliga grund

Vid ett försök till analys av vilka kriterier som föreligger vid fastställandet av tidpunkten för fordrans uppkomst återfinns, bortsett från Lindskogs ovan angivna, en återkommande princip som förefaller ha anammats av de flesta. I propositionen till den nya konkurslagen uttrycks det att "[i] doktrinen har en allmän princip formulerats enligt vilken den väsentliga grunden för fordringsanspråket måste föreligga vid tidpunkten för konkursbeslutet för att fordringen skall få göras gällande".¹¹² I stort sett samma mening står även att finna i flertalet rättsfall.¹¹³

Intressant är att merparten av de ovannämnda avgörandena från senare tid tillskriver Welamson principen om fordrans väsentliga grund. Welamson

¹⁰⁸ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 162.

¹⁰⁹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 162.

¹¹⁰ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 168 f.

¹¹¹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 168 f.

¹¹² Prop. 1986/87:90, *Om ny konkurslag*, s. 123.

¹¹³ Se bl.a. NJA 1966 s. 241, NJA 1986 s. 539, NJA 1989 s. 185, NJA 1989 s. 602, NJA 1990 s. 110, NJA 1997 s. 787, NJA 1998 s. 834 och RÅ 2000 ref 29.

själv hänvisar dock rätteligen till Ekdahl och dennes *Om fordran i konkurs* ifrån 1935.¹¹⁴

Principen om fordrans väsentliga grund skall tillskrivas Ekdahl. Emellertid är den stora frågan om han verkligen avsett att den skulle få det genomslag den fått. Principen har även kritiserats för att vara tämligen intetsägande.¹¹⁵ Ser man till vad Ekdahl de facto uttalat är detta relativt förståeligt. Principen har härletts från vad Ekdahl anfört kring en bevakningsgills fordrans uppkomst i enlighet med 5 kap 1 § KonkL¹¹⁶ och särskilt meningen: ”Alla de fakta, vilka tillsammans grunda fordringen, behöva emellertid ej vara för handen redan vid konkursens början, det räcker med att den väsentliga grunden är tillfinnandes”.¹¹⁷ Emellertid följer direkt efter denna mening stycket: ”I anförda lagrum framhålls uttryckligen, att fordran må göras gällande ändå att den är beroende av villkor, eller ej är förfallen till betalning. Att fordran är beroende av att ytterligare någon eller några omständigheter inträffa eller icke inträffa, utgör sålunda icke något hinder för att fordringen i konkursen bevakas”.¹¹⁸ Ekdahl syftade således inte på något annat än suspensivt villkorade fordringar när han, enligt hur det senare kommit att tolkats, anförde att den väsentliga grunden måste föreligga vid tidpunkten för konkursbeslutet.¹¹⁹

Visat är därmed att principen om fordrans väsentliga grund inte bara är tämligen intetsägande, utan även att det finns goda skäl för att anta att den bygger på en missuppfattning från första början. Ett rimligt antagande är att missuppfattningen kommer sig av den snarlika principen om det första rättsfaktumet, vilken återfinns inom preskriptionsinstitutet. Enligt 2 § preskriptionslagen (SFS 1981:130) preskriberas en fordran i allmänhet tio år efter dess tillkomst. Således har frågan om fordrans uppkomst även varit aktuell här. Principen som formulerats innebär att fordran preskriptionsrättsligt anses uppkommen vid tidpunkten för det första rättsfaktumet.¹²⁰ Detta kommer sig enligt Lindskog av det faktum att bevismedel i allmänhet bli svagare med tiden och att man därför sett det önskvärt att inte tillåta processer med alltför gamla bevismedel.¹²¹ Det första rättsfaktumets princip ger därmed för handen att en fordran som grundar sig på ett avtal i allmänhet ska anses pre-

¹¹⁴ I Welamson (1961), *Konkursrätt*, s. 441, sägs att om man söker formulera ”en allmän princip för bedömandet, kan man måhända med Ekdahl säga, att den väsentliga grunden för fordringsanspråket måste vara tillfinnandes vid tidpunkten för konkursbeslutet”.

¹¹⁵ Se bl.a. Welamson (1961), *Konkursrätt*, s. 441, densamme (2003), *Konkurs*, s. 155, Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 160 samt Möller (1998), *Konkurs och kontrakt*, s. 223.

¹¹⁶ 100 § ÅKonkL.

¹¹⁷ Ekdahl (1935), *Om fordran i konkurs*, s. 5 f.

¹¹⁸ Ekdahl (1935), *Om fordran i konkurs*, s. 6.

¹¹⁹ Ytterligare en gång på samma sida talar Ekdahl om ”grunden till fordringsanspråket” och då sker detta när han vill visa på att uppkomstbegreppet inte har att göra med tidpunkten då ett fordringsbelopp blir preciserat. Som prov på detta ger han det nu något ålderdomliga exemplet med ett fordringsanspråk grundad på ett arrendekontrakts bestämmelser om husröta och anför att det för bevakningsrätt i konkursen räcker med att avtalet träffats före konkursen, även om husrötan konstaterats först efter det formella konkursbeslutet. Se Ekdahl (1935), *Om fordran i konkurs*, s. 5.

¹²⁰ Se Lindskog (2002), *Preskription*, s. 371 ff.

¹²¹ Se Lindskog (2002), *Preskription*, s. 51 och i not 17 angivna författare samt s. 371.

skriberad tio år efter det att anbudet gavs. Emellertid är det så, och detta är viktigt att påpeka, att en accept av anbudet verkar som ett preskriptionsavbrott innebärande att en ny preskriptionstid börjar löpa.¹²² Således har principen i sig inte en sådan stor genomslagskraft som det vid första anblick kan tyckas. Att låta den ligga till grund för fastställandet av fordrans uppkomst inom konkurs och under företagsrekonstruktion är enligt vad som anförts felaktigt.¹²³

Trots att principen om fordrans väsentliga grund kan ifrågasättas ändrar detta inte det faktum att den uttryckligen återopats och legat till grund i såväl förarbeten som domskäl. Således torde det vara på sin plats med en genomgång av den praxis som finns på området.

3.4 Praxis rörande fordrans uppkomst

3.4.1 Villkorad huvudfordran

3.4.1.1 Hf uppkommen vid fullgörande av tidigare avtal

HD har i ett äldre avgörande, återgivet i NJA 1916 s. 154, funnit att kvittning får ske mot ett konkursbos fordran, vilken uppkommit genom fullgörande från konkursboets sida av ett avtal mellan konkursgäldenären och den borgenär som yrkat kvittning. Trots avgörandets ålder har det fortsatt stor betydelse vad gäller fastställandet av tidpunkten för fordrans uppkomst.

Bakgrunden var att en odlare (A) med en sockerfabrik (B) hade avtalat om att leverera sockerbetor för en period om tre säsonger för ett visst fastslaget pris. I samma avtal påtog sig B att till A leverera s.k. betmassa, vilket skulle användas till odlingen. Vid betalning var det avtalat att priset för betmassan skulle avräknas priset för As leveranser. På grund av avtalet mottog A dels den avtalsreglerade betmassan, dels melass och tomfat, vilket inte reglerats av det aktuella avtalet, och dels ett förskott på betalningen avseende de sockerbetsleveranser som A skulle utföra. Innan leverans gick A emellertid i konkurs, varpå konkursboet tog över och strax efter levererade en stor mängd sockerbetor till B. När B skulle betala för leveransen avräknades först det till A utställda förskottet. Vidare kvittade B fordran på betalning för betmassan samt melassen och tomfaten mot konkursboets fordran på betalning för vad som levererats.

¹²² Se 5 och 6 §§ preskriptionslagen.

¹²³ Se även Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 160, som likaledes anser att principen blott har bäring vid preskription. Jmf dock Nials rättsutlåtande i NJA 1943 s. 370, där han i ett fall rörande exekutiv försäljning av arrenderad fastighet och kvittning av uppkommen skadeståndsfordran, uttalar att samma regler gäller beträffande fordrans uppkomst inom såväl kvittningsinstitutet vid utsökning som vid preskription och konkurs. Bortsett från att uttalandet enligt vad som ovan anförts kan ifrågasättas, torde det vara nödvändigt att iakttä vissa restriktioner vad gäller att lägga ett av den ena parten betalt rättsutlåtande till grund för mer eller mindre långtgående slutsatser.

Konkursboet godtog avräkningen på förskottet, men hävdade att någon kvittning inte var möjlig avseende det andra. Enligt konkursboet hade nytt avtal ingåtts med B och då A vid konkurstillfället inte haft någon fordran mot B, var B oförmögen att kvitta i As konkurs. B å sin sida hävdade att något nytt avtal inte ingåtts, utan att konkursboets leverans skedde till fullgörande av det mellan A och B ingångna avtalet. Eftersom fordringarna därmed stod mot varandra vid den kritiska tidpunkten var B berättigad att kvitta.

Underrätterna fann inte att B visat något förhållande som skulle medge rätt till kvittning. I HD ansåg emellertid majoriteten att Bs kvittning var möjlig. De fann att leveransen skett till fullgörande av det ursprungliga avtalet mellan A och B. Kvittningsförutsättningarna var i och med detta uppfyllda och konkursboets talan ogillades.

Två justitieråd var av skiljaktig mening. Det ena justitierådet medgav endast kvittning för betmassan, då försäljningen av denna grundades på samma avtal. Melassen och tomfaten var inte reglerade i avtalet och skulle enligt justitierådet inte inverka på rättsförhållandet mellan B och konkursboet. Det andra justitierådet ansåg inte att kvittning över huvud taget var möjligt, trots att konkursboets leverans kunde ha ansetts grundad av det ursprungliga avtalet, då huvudfordran enligt justitierådet inte uppkom förrän först i och med leveransen som skett efter konkursbeslutet.

Rättsfallet har givit upphov till delade meningar i doktrinen. Såväl Walin som Welamson torde anse att majoriteten i HD dömt riktigt, då de okommenterat använder avgörandet som ett exempel på fall där konkursboet blir bundet av avtalet om boet, som Welamson uttrycker det, "begagnar sin rätt att fullgöra gäldenärens åtaganden".¹²⁴

Såväl Håstad som Möller, vilka förvisso mer ser rättsfallet som en fråga om konkursboets inträde i konkursgäldenärens avtal än en fråga om tidpunkten för fordrans uppkomst, anser att majoritetens slutsats kan ifrågasättas. Håstad framhåller dock att avgörande "för majoriteten var tydligen att konkursgäldenären hade en *villkorlig fordran* mot konkursborgenären på betalning för betorna från tiden före konkursen och redan innan betorna levererats samt att leveransen skedde till fullgörande av detta åtagande, inte enligt ett nytt avtal som i och för sig kunde ha slutits".¹²⁵ Håstad tillägger dock att B inte haft något sakrättsligt skydd för sitt anspråk och om konkursboet vägrat leverera, B endast haft en oprioriterad fordran i konkursen, varför "[l]ämpligheten av att [B] får kvitta med annat än förskott avseende just den aktuella leveransen kan diskuteras".¹²⁶ I tidigare upplagor av Håstads *Sakrätt avseende lös egendom* hävdades det att avgörandet var feldömt, men Håstad har därefter framfört att det lika gärna kan "påstås att utgången bara

¹²⁴ Welamson (1961), *Konkursrätt*, s. 479. Se även Welamson (2003), *Konkurs*, s. 173 n 55 där det talas om att "konkursboet ensidigt inträder i avtalet" och Walin (1987), *Materiell konkursrätt*, s. 79.

¹²⁵ Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 387.

¹²⁶ Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 387.

är ett utflöde ur den mycket vidsträckt kvittningsrätten i konkurs”.¹²⁷ Möller ansluter sig i stort till vad Håstad anfört, och tillägger att motiveringen till att kvittningsrätt förelåg på grund av att Bs fordran förelåg såsom villkorad innan konkursen inte säger mer än att kvittningsrätt förelåg därför att kvittningsrätt förelåg.¹²⁸ Enligt Möller är den egentliga motiveringen som ska eftersträvas svaret på frågan varför fordringen ansågs uppkommen före konkursen och något sådant sakskäl finner han ej.¹²⁹

Lindskog framför att konkursboet rådde över huruvida villkoret skulle uppfyllas och att B därför inte haft någon befogad kvittningsförväntning.¹³⁰ Vidare nämner han att B inte heller hade upplyst konkursboet om sin kvittningsavsikt och således ej berett boet tillfälle att disponera över leveransen på annat sätt, varför kvittningen inte borde ha medgetts.¹³¹

1916 års fall har på senare tid fått en uppföljning i NJA 1996 s. 368. Bakgrunden i rättsfallet var den att bolaget Priskaparen (A) i september 1992 hade slutit avtal med D-gruppen Syd (B) om att B skulle överta befintligt varulager samt diverse inventarier i As butik. Övertagandet skulle ske den 1 november och betalning erläggas 30 dagar senare. A försattes dock i konkurs den 30 oktober. Efter att konkursboet fullföljt det mellan A och B träffade avtalet, erlade B emellertid blott en del av köpeskillingen. B återopade innehavet av en motfordran som kvittningsvis hade avräknats mot konkursboets uppkomna huvudfordran i anledning av köpet.

Såväl underrätterna som HD fann att Bs motfordran kunde ha gjorts gällande i As konkurs, samt att konkursboet ensidigt inträtt i avtalet. Fråga som skulle tas ställning till var därmed vilken följd ett sådant ensidigt inträde skulle anses få beträffande Bs möjligheter till kvittning mot konkursboets hf.¹³²

Föredraganden anförde i sitt betänkande, till vilket HD anslöt sig, att ett konkursbo enligt 63 § KöpL har en principiell rätt att inträda i konkursgäldenärens avtal om köp av lös egendom och att det därmed övertar de villkor som gällde för konkursgäldenären. Konkursboet kan välja att inträda eller att avstå. Enligt föredraganden kunde boet därvid exempelvis ha förvissat sig om gällande avtalsvillkor och utröna om motfordringar fanns. Konkursboet kunde även ha valt att försöka få till stånd ett nytt avtal med motparten. Med hänvisning till 5 kap 15 § 1 st KonkL och NJA 1916 s. 154 anförde föredragande slutligen att om en skuld har ” sin grund i avtal som träffats

¹²⁷ Håstad (1988), *Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten*, SvJT häfte 3/4, s. 248 n 43. Se även Håstad (1986), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 312.

¹²⁸ Se Möller (1988), *Konkurs och kontrakt*, s. 223.

¹²⁹ Se Möller (1988), *Konkurs och kontrakt*, s. 223 ff.

¹³⁰ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 191. Se angående kvittningsförväntning vad som anförts under rubrik 2.3.1.

¹³¹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 191 f.

¹³² Notera här föredragandens felaktiga formulering på s. 370, där det sägs att rättsfrågan rör ”vilken följd ett ensidigt inträde får när det gäller borgenärs rätt till kvittning mot en konkursfordran”. En borgenär, i vårt typfall B, kvittar inte mot en konkursfordran, han gör konkursfordran kvittningsvis gällande mot en huvudfordran.

med gäldenären före konkursen *kan* [min kurs.] skulden anses ha uppkommit redan vid avtalet även om detta fullgörs först efter konkursen... I förevarande fall förelåg kvittningsrätt i och med avtalets ingående och fram till konkursen. Konkursboets val att utnyttja möjligheten att inträda i avtalet medförde inte att kvittningsrätten gick förlorad”.¹³³

Först av allt bör noteras att ordet *kan* i det ovancerade uttalandet, beroende på hur det utläses, får två skilda betydelser. Antingen är innebörden den att det är *möjligt* att anse skulden uppkommen i och med avtalet eller så är innebörden den att en skuld med grund i ett avtal *alltid* ska anses uppkommen då avtalet ingicks. Vad föredraganden avsåg får vara osagt, men klart är här att huvudfordran, det vill säga Bs skuld, ansågs ha förelegat innan konkursbeslutet.

Avgörandets relativa färskhet har gjort att Lindskog inte har kunnat kommentera det. Troligtvis hade han hävdats motsvarande som i 1916 års fall, då konkursboet även denna gång rådde över om villkoret skulle uppfyllas och B ej heller meddelat konkursboet sin kvittningsavsikt. Håstad omnämner avgörandet okommenterat i sitt senaste supplement till *Sakrätt avseende lös egendom*, och då som en bekräftelse på Bs kvittningsrätt när konkursboet via ensidigt beslut har inträtt i och fullgjort As leveransskyldighet.¹³⁴ Welamson omnämner rättsfallet gemensamt med 1916 års fall, ännu en gång som exempel på att kvittningsrätten för borgenären inte upphör om konkursboet ensidigt inträder i ett före den kritiska tidpunkten träffat avtal.¹³⁵

1916 års fall och 1996 års fall är rättsfaktummässigt i princip identiska. I båda fallen rör det sig om ett avtal som träffats innan den kritiska tidpunkten vilket konkursboet i efterhand fullföljt. I båda fallen har huvudfordran ansetts förelegat såsom suspensivt villkorad redan i och med avtalet och villkoret har genom konkursboets försorg sedermera ansetts blivit uppfyllt. Skillnaden fallen emellan är att motfordran i 1996 års fall var helt fristående från huvudfordran och avtalet som grundade denna. Uppenbarligen påverkar således inte fordringarnas eventuella konnexitet möjligheterna till kvittning.

Härvidlag bör Förmånsrättskommitténs slutbetänkande *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden* uppmärksammas och särskilt förslaget att under kvittningsparagraferna införa ett stycke som föreskriver att konkursboets/rekonstruktionsgäldenärens rätt till betalning för naturaprestation som boet/gäldenären valt att fullgöra skall anses ha uppkommit efter den kritiska tidpunkten.¹³⁶ Kommittén, eller rätteligen ensamutredaren Håstad, har uppmärksammat såväl 1916 som 1996 års fall och ansett den ordning som nu föreligger var ogynnsam, då värdet av en eventuell rätt för konkursboet/rekonstruktionsgäldenären att inträda partiellt vid successiva natura-

¹³³ NJA 1996 s. 368, s. 370.

¹³⁴ Se Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 387 supplement.

¹³⁵ Se Welamson (2003), *Konkurs*, s. 173 n 55.

¹³⁶ Se SOU 2001:80, *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*, s. 201 f och 231 f. Betänkandet har remissbehandlats, men ännu ej sänts på lagrådsremiss.

leveranser urholkas, eftersom köparen således kan kvitta en sedan tidigare föreliggande fordran mot kravet avseende den nya leveransen.¹³⁷

Ett eventuellt införande kommer att innebära att kvittning inte är möjligt i fall där boet/rekonstruktionsgäldenären valt att fullfölja en naturaprestation. Förskott som har lämnats just för den aktuella prestationen ska dock få avräknas och kvittning ska även vara möjligt om borgenären haft sakrättsligt skydd avseende naturaprestationen¹³⁸

3.4.1.2 Hf uppkommen genom tidigare avtal

I de under föregående rubrik nämnda rättsfallen företog konkursboet en rättshandling som uppfyllde villkoret för den sedan tidigare föreliggande suspensiva huvudfordran. Om Förmånsrättskommitténs slutbetänkande på denna punkt antas ska en fordran under vissa givna förutsättningar trots rättshandlingen anses uppkommen efter den kritiska tidpunkten. Intressant är därmed att undersöka fall där konkursboet inte rättshandlat, men där borgenären B ändock kvittat mot en huvudfordran som inte var definitiv vid den kritiska tidpunkten.

I det något till åren komna rättsfallet NJA 1929 s. 433 kan situationen för-
enklat sägas vara följande. Bolaget A hade producerat en film och slöt avtal med bolaget B om att B skulle utföra efterbehandling av filmen mot att bland annat erhålla ensamrätt till uthyrning av filmen till vissa biografer i Sverige. Av den hyra som inflöt skulle B först täcka sina kostnader för efterbehandlingen och sedan redovisa återstoden till A. A försattes ett par månader efter det att filmen var färdig i konkurs. B hade vid denna tid inte redovisat någon hyra till A och sådan inflöt även fortsatt månaderna efter konkursbeslutet. När konkursboet krävde B på redovisning av hyrorna, invände B att de fortfarande hade fordringar mot A vilka översteg hyresbeloppet, varför kvittning påkallades.

RR, vilken framförallt lagt ned stor möda på att utreda sakomständigheterna, fann att B var berättigade till att kvitta sin fordran på nedlagt arbete mot konkursboets fordran på hyra för tiden innan den kritiska tidpunkten. Hyran för tiden därefter skulle däremot utgivas till A. Såväl konkursboet som B sökte ändring.

HovR uttalade i sina kortfattade domskäl att avtalet mellan A och B inte kunde tolkas annorlunda än att B var berättigad till att före redovisning få täckning för hela sin fordran mot A. Då B vid tiden för As konkurs haft att fordra ett belopp överstigande hyresfordran, samt då konkursboet inte visat någon omständighet som skulle förbjuda kvittning, kom HovR att med ändring av RRs domslut ogilla konkursboets talan i sin helhet.

¹³⁷ Se SOU 2001:80, *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*, s. 92 f.

¹³⁸ Se SOU 2001:80, *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*, s. 202 och 232. Se även Tuula (2003), *Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs*, s. 149 f.

HD fastställde HovRs dom, varför B med andra ord ansågs berättigad att kvitta sin fordran mot As huvudfordran, trots att delar av huvudfordran inflöt i tiden efter konkursbeslutet.

Situationen i 1929 års fall liknar till viss del den i NJA 1957 s. 197. Privatpersonen B ämnade här förvärva en bostadsrätt i den nybildade bostadsrättsföreningen A. I avvaktan på att föreningen bland annat skulle erhålla bygg-lån och att övriga formaliteter skulle ordnas, ingicks ett avtal mellan A och B med innebörden att B skulle deponera en viss insats för bostadsrätten hos A och samtidigt av A hyra en lägenhet fram tills det att bostadsrätt kunde tecknas. Den aktuella fastigheten visade sig dock vara behäftad med omfattande fel, varför samtliga hyresgäster efter ett tag vägrade att erlægga hyra för sina lägenheter. A försattes av denna anledning i konkurs och något tecknande av bostadsrätt för B blev således ej aktuellt. B kom dock att bo kvar ett par månader i lägenheten efter konkursbeslutet.

Tvist uppkom mellan konkursboet och hyresgästerna och i syfte att få frågan prövad stämde konkursboet B och krävde hyra dels för månaderna innan konkursen, dels för månaderna efter. B åberopade att han hade en kvittningsskild fordran på återfåendet av den sedan tidigare utgivna insatsen.

Domstolarna fick därmed tre frågor att ta ställning till, dels om B hade rätt till att återfå insatsen, dels om B kunde kvitta denna mot As hyresfordran för tiden innan konkurs samt dels om B kunde kvitta insatsen mot As hyresfordran för tiden efter konkurs.

RR ansåg överhuvudtaget inte att B ägde rätt att återfå insatsen, varför kvittning inte var aktuellt. HovR fann däremot B berättigad att återfå insatsen, varför kvittning således var möjlig i vart fall mot hyresfordran innan konkursbeslutet. I domskälen framförde dock HovR att Bs hyresskuld också beträffande tiden efter konkursutbrottet grundade sig på det mellan A och B ingångna avtalet. B ansågs sålunda berättigad att mot hela konkursboets anspråk på obetald hyra åberopa den förskottsvis inbetalda insatsen. Konkursboet överklagade till HD som emellertid ej fann skäl att meddela prövningstillstånd.¹³⁹

Kvittning var således möjligt trots att en stor del av huvudfordran avsåg hyra för tiden efter konkursbeslutet.

I detta sammanhang ska även NJA 1989 s. 602 nämnas. Bakgrunden i rättsfallet, som förövrigt givits referatrubriken *Kvittning i konkurs?*, var följande. Brattefors Bruks (A) transporter till kunderna ombesörjdes av bland annat Lastbilcentralen (B). A kom i ekonomiska trångmål, men var fortfarande i behov av någon som kunde utföra transporter. Mellan parterna överenskoms därför att A till säkerhet för B, som A sedan tidigare var i skuld till, skulle styra betalningarna från kunderna till B. Kunderna, som alltid fakturerades för varorna och transporten på samma faktura, uppmana-

¹³⁹ Notera dock att rättsfallet publicerats i Nytt juridiskt arkiv.

des således att istället inbetala fakturabeloppet till B. B skulle dra av vad som motsvarade ersättning för den utförda transporten och sedan överföra resterande del till A.

När A efter en månads tid gick i konkurs inkom fortfarande kundbetalningar till B. När B redovisade kundbetalningarna till konkursboet utgav B ersättningen för varorna, men behöll enligt avtalet det som avsåg de utförda transporterna. Konkursboet krävde dock att B skulle utge även detta belopp, vilket B motsatte sig. Konkursboet anförde i TR som grund för sin talan att B inte kunde kvitta, då betalningarna influtit efter konkursbeslutet medförande att huvudfordran, det vill säga Bs skuld till A, uppkommit först efter konkursbeslutet och därmed inte stått mot motfordran vid den kritiska tidpunkten.

TR ansåg att kvittningen skulle vara tillåten varför As käromål ogillades. HovR gick emot TRs dom och biföll käromålet. Enligt HovR kunde huvudfordran inte anses ha uppkommit förrän betalning från As kunder influtit till B. I målet var det ostridigt att det omtvistade beloppet i sin helhet avsåg inbetalningar som verkstälts efter konkursbeslutet och enligt HovR förelåg därmed ej någon grund för kvittning då fordringarna inte stått mot varandra innan konkursbeslutet.

HD kom dock, med ändring av HovRs dom, att fastställa TRs domslut. I de kortfattade domskälen angav HD att betalningarna avsåg sådana transporter som utförts och fakturerats efter det att överenskommelsen ingicks och innan bolaget försattes i konkurs. Med hänsyn till dessa omständigheter ansågs B enligt HD berättigad att ur de erhållna beloppen tillgodogöra sig ersättning för transporterna, utan hinder av att betalningarna gjorts först efter konkursbeslutet.

Håstad anser att utgången i rättsfallet är materiellt felaktig, då innebörden blev att B fick sakrättsligt skydd till fordringarna mot kunderna trots att någon säkerhetsöverlåtelse eller pantsättning inte skett.¹⁴⁰ Håstad tillägger att A skulle ha kunnat avbryta det givna inkassouppdraget ända fram till konkursutbrottet genom att ha betalt skulderna till B.¹⁴¹ Även Gregow är kritiskt till avgörandet och framhåller att rättsfallet i själva verket inte handlade om kvittning, vilket HD på ett sinnrikt sätt skulle ha visat genom tillägget av ett frågetecken i referatrubriken.¹⁴² Enligt Gregow bedömde HD troligtvis situationen som om A med sakrättslig giltig verkan pantsatt fordringarna till B med redovisningsskyldighet avseende en viss del.¹⁴³

Lindskog menar, vilket även de ovannämnda författarna till viss del är inne på, att utgången kan ha berott på svag processföring av konkursboet, då boet

¹⁴⁰ Se Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 388.

¹⁴¹ Se Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 389.

¹⁴² Se Gregow (1993), *Svensk rättspraxis: Exekutionsrätt 1982-1990: II Konkursrätt*, SvJT häfte 3, s. 218.

¹⁴³ Se Gregow (1993), *Svensk rättspraxis: Exekutionsrätt 1982-1990: II Konkursrätt*, SvJT häfte 3, s. 217.

endast anfört att kvittning var utesluten på den grunden att huvudfordran uppkommit efter den kritiska tidpunkten.¹⁴⁴ Enligt Lindskog skulle konkursboet även ha nämnt att B inte hade någon sakrättsligt skyddad rätt till fordringarna.¹⁴⁵

Frågan är dock om det sakrättsliga skyddet i detta fall är av en sådan betydelse som doktrinen enligt ovan gör gällande. Självfallet hade en avräkning varit möjlig om B haft sakrättsligt skydd exempelvis genom att medlen pantsatts till honom. Det är dock inte en sådan kvittning som regleras i 5 kap 15 § KonkL respektive 2 kap 21 § LFR. Huvudfordran får i dessa paragrafer närmast anses ha förutsatts sakna sakrättsligt skydd.¹⁴⁶ Vad som var aktuellt i 1989 års fall och förövrigt är aktuellt i alla andra situationer där kvittning kan vara för handen är primärt att avgöra om fordringarna stått mot varandra innan den kritiska tidpunkten. Att Bs motfordran förelegat innan denna tidpunkt var ostridigt. Frågan rörde om även huvudfordran skulle anses ha uppkommit under denna period. Att det förelåg en skyldighet för B att redovisa medel till As konkursbo var oomtvistat. Hade B saknat en motfordran skulle medlen ha överförts till konkursboet. Avgörande för kvittningsfrågan var således, precis som domstolarna utgått ifrån, när huvudfordran uppkom. HovR ansåg att den uppkom när betalningarna inflöt, emedan TR och HD ansåg fordran uppkommen vid överenskommelsen om det aktuella upplägget. Att B saknade sakrättsligt skydd för fordran är ovidkommande då B via kvittningsmöjligheterna i konkurslagen så att säga bakvägen fick detta. Att inkassouppdraget, som Håstad anför, hade kunnat avbrytas innan konkursbeslutet påverkar Bs möjligheter till kvittning lika lite som i andra kvittningsfall. Galdenären A torde alltid kunna betala innan den kritiska tidpunkten och på så sätt omöjliggöra kvittning.

3.4.2 Villkorad motfordran

Såsom under föregående rubriker konstaterats ska samma kriterier användas vid fastställandet av tidpunkten för en motfordrans uppkomst som vid fastställandet av tidpunkten för en huvudfordrans uppkomst. Därmed är det även av intresse att undersöka fall där frågan inte varit om kvittning, utan om borgenärens fordran ska anses vara en massa- eller en konkursfordran. På motsvarande vis är det intressant att undersöka avgöranden där frågan varit om fordran ska omfattas av ackordet eller ej i enlighet med FRL eller den äldre ackordslagen. För att kvittning ska vara möjligt krävs som bekant att motfordran utgör en konkurs- respektive ackordsfordran.

3.4.2.1 Mf uppkommen på grund av tidigare avtal

Twisten i rättsfallet NJA 1966 s. 241 rörde frågan om ett konkursbo, som under den fortsatta driften sålt vissa böcker, var skyldigt att med massa-

¹⁴⁴ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 203.

¹⁴⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 203.

¹⁴⁶ I annan bemärkelse än det sakrättsliga skydd just kvittningsinstitutet ger.

ansvar utge royalty till de två författarna B₁ och B₂ enligt avtal som författarna tidigare ingått med konkursgäldenären A. Förenklat kan sägas att B₁ av konkursboet krävde ersättning för böcker som dels A innan konkursen, dels konkursboet efter konkursen försålt. Detta då konkursboet enligt B₁ inträtt i avtalet genom att ha fortsatt försäljningen. B₂ krävde skadestånd enligt en klausul i avtalet då konkursboet under den fortsatta driften realiserat hennes bok.

Underinstanserna förpliktade konkursboet att utge ersättning till såväl B₁ som B₂. HDs majoritet var dock av motsatt uppfattning. Majoritet konstaterade att avtalen före konkursen gav A en rätt att försälja böckerna och B₁ och B₂ en villkorad rätt till royalty, vilken de kunde göra gällande efterhand som böckerna försålde. Författarnas fordringar måste därmed enligt majoriteten anses ha uppkommit genom avtalen. Då ingen annan omständighet åberopats som kunde ge upphov till att fordringarna skulle anses utgöra massagäld i konkursen, kom således majoriteten att ogilla den mot konkursboet förda talan.

Skiljaktigt justitieråd menade att trots att fordringarna hade sin grund i avtalen, var det avgörande för deras uppkomst konkursboets, utanför B₁s och B₂s rådighet liggande, fortsatta försäljning av böckerna. Därmed skulle fordringarna enligt justitierådet inte anses ha förelegat innan konkursbeslutet varför HovRs domslut skulle fastställas.

Rättsfallet överensstämmer med den fastslagna principen för fastställandet av tidpunkten för huvudfordrans uppkomst. Genom avtalen som ingåtts mellan A och borgenärerna uppkom en villkorad fordran på provision. Att villkoret först uppfylldes efter den kritiska tidpunkten inverkade inte på det faktum att fordran skulle anses uppkommen innan dess.

En snarlik situation var för handen i rättsfallet NJA 1981 s. 801. Frågan rörde här mäklarprovision, som även den grundade sig på ett innan den kritiska tidpunkten ingånget avtal. Bakgrunden var den att bolaget A kom i stort behov av likvida medel, varför de gav mäklarbolaget B i uppdrag att finna en köpare åt en av A ägd fastighet. B fann en köpare och omfattande förhandlingar kom att inledas med denna, först genom B och mot slutskedet direkt mellan A och köparen. Strax innan avtalet slutligen skulle undertecknas gick A i konkurs. Konkursboet fortsatte förhandlingarna med den av B anvisade köparen och fastigheten kom sedermera att försäljas av konkursboet till denne. I anledning av försäljningen krävde B provision direkt från konkursboet såsom en massafordran, vilket boet motsatte sig.

Bs talan ogillades i samtliga instanser. Majoriteten i HD anförde att "[f]örst efter konkursbeslutet undanröjdes visserligen genom konkursförvaltarens försäljning ovissheten, om [B] skulle bli berättigat att uppbära provision eller inte. Men provisionsfordringen är i sådan väsentlig mån grundad på vad som förekommit före konkursbeslutet att enbart den omständigheten att konkursförvaltaren utnyttjade [Bs] tidigare anvisning på köpare inte kan ge fordringen karaktär av massafordran".

Ett justitieråd var skiljaktig och anförde att B ”vid tidpunkten för konkursbeslutet visserligen fullgjort vad som krävdes för att det skulle bli berättigat till provision i händelse av försäljning till den anvisade köparen. Likväl hade för [B] då ännu ej uppkommit något anspråk mot [A] på provision, eftersom någon försäljning inte kommit till stånd. Sådant anspråk uppkom först genom konkursförvaltningens försäljning till den av [B] anvisade köparen. [Bs] provisionsfordran har sålunda uppkommit först efter konkursbeslutet som en direkt följd av konkursförvaltningens åtgärder”.

Intressant är att notera likheterna i de skiljaktiga justitierådens motiveringar mellan ovannämnda rättsfall och 1966 års provisionsfall. De skiljaktiga har tagit fasta på att det var konkursboet och inte borgenären som haft rådighet över motfordrans uppkomst. Hade konkursboet inte sålt böckerna respektive fastigheten hade någon motfordran aldrig uppkommit. Resonemanget liknar det Lindskog anför kring tidpunkten av en huvudfordrans uppkomst.¹⁴⁷ I enlighet med de tidigare anförda rättsfallen är det emellertid inte konkursboets utnyttjande av rådigheten som gör att fordran uppkommer. Utnyttjandet gör istället att villkoret för den suspensiva fordran uppfylls.

Rättsfallet NJA 1994 s. 292 som rör fordringar under företagsrekonstruktion bör även tas upp. Bakgrunden kan förenklat sägas vara följande. Privatpersonen B inbetalade ett relativt stort belopp till bolaget A mot att han erhöll diamanter värderade till det insatta beloppet. Tanken var att A, när diamanterna senare ökat i värde, skulle försälja dessa åt B. A hamnade dock på obestånd, varför en rekonstruktion i enlighet med den äldre ackordslagen inleddes. B hävde avtalet och krävde att A mot återfående av diamanterna skulle återbetala det insatta beloppet. A gick med på hävningen, men var endast villiga att utge 25 % av det insatta beloppet i enlighet med det fastställda ackordet.

Underrätterna kom till skilda slut. HD meddelade prövningsstillstånd beträffande frågan om ett ömsesidigt förpliktande avtal, vilket nu var för handen, skulle omfattas av ett fastställt ackord. HD konstaterade att innebörden av att avtal mellan parterna hävts, var att vardera parten i princip skulle återbära sin prestation. Således fick B genom hävningen en fordran som uppgick till det för diamanterna erlagda beloppet, men som var villkorade av att diamanterna återlämnades. Med hänsyn till lydelsen av och syftet med de aktuella bestämmelserna i ackordslagen skulle enligt HD även sådana villkorade fordringar anses omfattas av ackordet.

Om B senare återställde diamanterna och således mottog en fjärdedel av deras ursprungliga värde förtäljer inte historien. Klart är däremot att Bs fordran ansågs uppkommen innan den kritiska tidpunkten, trots att hävningen skett först därefter.

¹⁴⁷ Se rubrik 3.3.2. I dessa fall anser Lindskog i enlighet med vad som anförts under nämnda rubrik att motfordran uppkommit innan den kritiska tidpunkten, då B inte har haft rådighet över fordrans uppkomst, se Lindskog (1993), *Kvitning*, s. 178 och 198.

3.4.2.2 Skadeståndsfordran uppkommen genom tidigare avtal

Gäldenärens obestånd innebär såsom tidigare nämnts en risk för borgenären att drabbas av fordringsförluster. Av denna anledning torde en relativt vanligt förekommande klausul i avtal vara att motparten till den på obestånd komme gäldenären ska vara berättigad till skadestånd. En viktig fråga är därmed om en sådan skadeståndsfordran är att bedöma annorlunda än andra motfordringar vad gäller tidpunkten för dess uppkomst.

Ovanstående spörsmål prövades i rättsfallet NJA 1933 s. 234. Bakgrunden kan förenklat sägas vara att banken A i ett skuldebrev förband sig till försäkringsbolaget Svea (B) utge ett för den tiden betydande belopp via amortingar under flertalet år framöver. I skuldebrevet hade även införts en skadeståndsklausul som föreskrev att om A ej fullgjorde sina förpliktelser, hela lånebeloppet skulle anses förfallet, medförande en rätt för B att göra sig betald ur pant som ställt för lånet. När A försattes i konkurs bevakade B med yrkade om utdelning med förmånsrätt på grund av panten bland annat fordran på skadestånd enligt klausulen i skuldebrevet. Bevakningen i denna delen bestreds av konkursförvaltaren.

RR fann att då A inte i tiden innan konkursen åsidosatt någon bestämmelse i skuldebrevet kunde det faktum att konkursen inträffat inte i sig medföra att skadeståndsklausulen blev tillämplig. Bs bevakning ogillades således. HovR fann däremot att villkoret i klausulen blivit tillämpligt i och med konkursen varför anmärkningen mot Bs bevakningen, med ändring av RRs dom, ogillades. HDs majoritet kom dock utan motivering att fastställa RRs dom. Skiljaktiga justitieråd ville gå på HovRs linje, om än med sinsemellan olika motiveringar.

Lindskog anser att utgången kan ifrågasättas.¹⁴⁸ Welamson torde ha godtagit utgången, då han endast konstaterar att en strävan med konkurslagens regler har varit att borgenären inte skulle kunna dra fördel av att kunna infria en fordran utan ränta i förtid, men att i fall som det förevarande, där borgenären gör en förlust ”man däremot ansett sig vid konkurs principiellt icke kunna taga någon hänsyn”.¹⁴⁹

Ekdahl är av den uppfattningen att samtliga i domen återgivna förslag till lösningar är felaktiga.¹⁵⁰ Enligt Ekdahl skulle Bs skadeståndsfordran ha erkänts, men B skulle bara ha kunnat få utdelning om det inte lett till nackdel för övriga borgenärer.¹⁵¹ Detta kommer sig av att Ekdahl valt att hänföra fallet till reglerna om kassarabatt i 196 § ÅKonkL. Reglerna, som ej över-togs av den nya konkurslagen, föreskrev att om borgenären på fakturan medgivit en stor kassarabatt för betalning innan förfallodagen, vilket lett till att fakturabeloppet i realiteten inte överensstämde med vad borgenären med

¹⁴⁸ Se Lindskog (1993), *Kvitning*, s. 194.

¹⁴⁹ Welamson (1961), *Konkursrätt*, s. 455.

¹⁵⁰ Se Ekdahl (1935), *Om fordran i konkurs*, s. 307 f.

¹⁵¹ Se Ekdahl (1935), *Om fordran i konkurs*, s. 308.

fog kunde fordra, denne endast kunde få utdelning till det högre beloppet om ingen annan borgenär led skada. I annat fall fick borgenären nöja sig med utdelningen enligt det lägsta beloppet. Att på detta sätt otillbörligt kunna bevaka ett betydligt högre belopp vid konkurs och ackord var ett relativt vanligt tillvägagångssätt under i vart fall i 1900-talets början, men torde ha till viss del försvunnit i och med 196 § ÄKonkL.¹⁵²

1933 års fall gör därmed ett avsteg från den linje som tidigare noterats. Bs skadeståndsfordran förelåg i och med skuldebrevens undertecknande såsom suspensivt villkorad. Villkoret uppfylldes de facto någon gång efter den kritiska tidpunkten då A inte var i stånd att fullgöra sina förpliktelser. Således borde fordran anses uppkommen innan den kritiska tidpunkten. Ett antal anledningar kan finnas till varför HDs majoritet kom till det motsatta slutet. Troligtvis har den av Ekdahl nämnda regeln om kassarabatt inverkat en del på avgörandet, på så vis att majoriteten ansett klausulen endast varit till för att öka det belopp B i konkursen kunde bevaka. Ett större bevakningsunderlag ger som bekant en högre utdelning, särskilt om B skulle konkurrera med andra borgenärer inom samma förmånsrättsgrupp. Vidare är det även möjligt att majoriteten endast ansett klausulen vara en bestämmelse om hur räntan på fordran skulle beräknas i händelse av konkurs. Sådana regler återfanns i 138 § ÄKonkL¹⁵³ och var tvingande, varför ett försök till avsteg troligtvis hade underkänts.

Tidpunkten för skadeståndsfordrans uppkomst kom att återigen prövas i rättsfallet NJA 1989 s. 185. Frågan rörde främst om en säkerhet enligt återvinningsregeln i 4 kap 12 § KonkL hade blivit överlämnad utan dröjsmål vid skuldens tillkomst. Emellertid innefattar detta spørsmål även frågan om tidpunkten för fordrans uppkomst.

Bakgrunden i NJA 1989 s. 185 var följande. Enligt två i princip likalydandes leasingavtal hyrde B ut maskiner till A. I avtalen angavs att B ägde rätt att omedelbart säga upp avtalet och återta hyresobjekten i vissa angivna fall, bland annat om A blev försatt i konkurs. Vid uppsägning skulle B förutom det belopp som var förfallet till betalning äga rätt till ett skadestånd i form av ett diskonterat nuvärde av hyran för resterande hyrestid. A skulle dock kunna tillgodoräkna sig det belopp som B erhöll vid försäljning av hyresobjekten.

I As konkurs bevakade B bland annat skadeståndsbeloppet och gjorde anspråk på förmånsrätt till betalning av denna fordran enligt 4 § 2 FRL via säkerhet i form av fakturafordringar som A pantförskrivit till B enligt ett factoringavtal. Konkursförvaltaren framställde anmärkning mot bevakningen och menade att då säkerheten inte hade blivit överlämnad utan dröjsmål vid skuldens tillkomst, denna inte kunde medföra förmånsrätt för Bs bevakade fordran. Ostridigt var att factoringavtalet ingåtts två år senare än leasingavtalet. B hävdade dock att skulden tillkommit i samband med att A försattes i konkurs och inte vid leasingavtalets tillkomst.

¹⁵² Se Ekdahl (1935), *Om fordran i konkurs*, s. 12 ff.

¹⁵³ Återfinns numera i 5 kap 11 och 12 §§ KonkL.

TR ansåg As skuld uppkommen i och med undertecknandet av leasingavtalen, varför säkerheten enligt TR inte var överlämnad utan dröjsmål. Bs bevakning med förmånsrätt ogillades således.

HovR fann att Bs fordran på skadestånd uppkommit först när den händelse inträffat som förorsakade skadeståndsklausulens tillämpning. Då denna händelse i det aktuella fallet ostridigt var konkursutbrottet, kom HovR att med ändring av TRs beslut ogilla konkursförvaltarens anmärkning och fastställa Bs bevakning med förmånsrätt.

HD ansåg däremot att Bs såsom skadestånd betecknade fordran hade sin grund i leasingavtalen. Det förhållandet att skadeståndsanspråket var beroende av att A blev försatt i konkurs och att uppsägning av avtalen skedde från Bs sida kunde enligt HD inte medföra att fordran skulle anses ha uppkommit vid konkursutbrottet eller uppsägningen. HD kom därmed att med ändring av HovRs beslut fastställa det slut var till TR kommit.

Inte lång tid efter 1989 års avgörande kom återigen frågan om tidpunkten för skadeståndsfordrans uppkomst upp till prövning. Situationen i rättsfallet NJA 1990 s. 110 var snarlik den i 1933 års fall. Knivsta Sågverk (A) hade mottagit lån från bolaget Industrikredit (B) och i anledning av lånen utställt skuldebrev till B. Enligt en klausul i skuldebreven skulle B, om lånet till följd av exekutiv auktion eller annars betalades i förtid, ha rätt till gottgörelse för skada som kunde uppkomma därigenom.

I As konkurs bevakade B bland annat ersättning för den skada som uppstått till följd av lånens förtida betalning på grund av konkursen. Konkursförvaltaren anmärkte mot bevakningen och bestred med hänvisning till NJA 1933 s. 234 att ersättning för förtida inlösen av lån på grund av inträffad konkurs kunde göras gällande i konkursen.

TR fann att, då A i skuldebreven utfäst sig att utge gottgörelse för skada och då inget i villkoren talade för att de inte kunde göras gällande i fall av konkurs, något skäl till att ej beakta Bs anspråk på ersättning inte förelåg. B förklarades således berättigat till utdelning i konkursen.

HovR anförde i sitt beslut att omständigheterna i det nu aktuella målet inte skiljde sig på sådant sätt från omständigheterna i rättsfallet NJA 1933 s. 234 att den där fastlagda principen inte skulle anses vara tillämplig även i detta mål. Mot denna bakgrund förordnade HovR således att B ej skulle vara berättigad till utdelning i konkursen.

HD avgjorde målet efter föredragning. Föredraganden anförde i betänkandet, till vilket HD anslöt sig, att Bs skadeståndsfordringar, med hänvisning till bland annat Ekdahls väsentlighetsprincip, förarbetena till 1921 års konkurslag och NJA 1989 s. 185, hade sin grund i de förpliktelser som A åtagit sig genom skuldebreven. Fordringarna skulle därmed enligt föredragande anses ha uppkommit vid skuldförbindelsernas ingående och således före

konkursbeslutet. HD kom därmed att med ändring av HovRs beslut fastställa det slut vartill TR kommit.

Föredraganden behandlade även det av konkursboets åberopade rättsfallet NJA 1933 s. 234 och anförde att domskälen och rättsfallets rubrik ger vid handen att utgången i målet varit beroende av ställningstagandet till frågan, om det genom As försättande i konkurs inträffat sådant fall som enligt skadeståndsklausulen berättigade B att göra anspråk på ersättning för förtida betalning. Enligt föredraganden grundade HDs majoritet således sitt avgörande på en tolkning av skuldebrevet, där bestämmelsen närmast var att se som en klausul om straffränta och av annat slag än den nu aktuella skadeståndsbestämmelsen. Avgörandet hindrade enligt föredraganden således inte ett bifall till Bs talan.

Såväl 1989 som 1990 års fall visar att någon skillnad inte ska göras vid fastställandet av motfordrans uppkomst av den anledningen att motfordran har givits epitetet skadestånd. Avgörandet faller återigen på om fordran kan anses ha förelegat såsom suspensivt villkorad innan den kritiska tidpunkten. Intressant är att återanknyta till det under rubrik 3.2.3 nämnda undantag som återinförts i 5 kap 1 § KonkL om att momsfordran som uppkommit i och med konkursen, ändock ska anses vara en konkursfordran. Med dessa ovan nämnda avgöranden i färskt minne bör möjligtvis denna specialreglering relevans ifrågasättas. Momsfordran måste på samma sätt som andra motfordringar kunna anses ha förelegat såsom suspensivt villkorad innan den kritiska tidpunkten i och med att avdrag gjordes. Skäl till specialregleringen får därmed anses saknas.

3.4.3 Villkorad mot- och huvudfordran

En intressant situation, som förvisso till viss del inte uppmärksammades av domstolarna, förelåg i rättsfallet NJA 1971 s. 122. Frågan rörde här främst om kvittning var möjligt med mottaget handpenningsbelopp, men inom denna fråga ryms även spørsmålet om tidpunkten för såväl mfs som hfs uppkomst.

En mäklare (B) hade åt sin uppdragsgivare A förmedlat försäljningen av en fastighet. I anslutning till detta hade B av köparen mottagit en handpenning som B avskilde genom att sätta in på sitt klientmedelskonto. Kort tid där efter försattes A i konkurs. As konkursbo fullföljde försäljningen och krävde samtidigt att B skulle redovisa handpenningen till boet. B motsatte sig detta och gjorde den provisionsfordran han bevakat i konkursen kvittningsvis gällande.

TR lade stor fokus på frågan om medlen avskilts i enlighet med redovisningslagen (SFS 1944:181). Emellertid är detta, vilket HD även fastslog, av föga betydelse då det inte var B som kom på obestånd. Redovisningslagen reglerar som bekant en situation där gäldenären mottagit medel med skyldighet att redovisa dessa. Avskiljandet har i sig ingen verkan rent fordrings-

rättsligt, då motparten till den redovisningsskyldige såväl före som efter avskiljandet har en fordran mot honom avseende de mottagna medlen. TR fann detta till trots att någon fordran inte förelegat, varför kvittning var utesluten.

Såväl HovR som HD godkände emellertid kvittningen. HD fastslog att B blev skyldig att redovisa handpenning till konkursboet när fastighetsköpet fullföljdes och det faktum att B haft medlen avskilda på ett särskilt klientmedelskonto inte innebar att han förlorat möjligheten att kvitta. HD uttalade inte specifikt att fordran därmed varit suspensivt villkorad försäljningen och således uppkommen innan den kritiska tidpunkten, men detta får antas innefattat i den allmänna motivering att ingen annan omständighet som hindrat B från att kvittningsvis göra gällande provisionsfordring framkommit.

Rättsfallet är de facto mer komplicerat än vad det ter sig vid en första anblick. Att tidpunkten för huvudfordrans uppkomst indirekt prövades får enligt det ovan nämnda antas. Däremot gjordes ingen bedömning över tidpunkten för Bs provisionsfordran uppkomst. Intressant är att notera att rättsfallet avgjordes ca: tio år före NJA 1981 s. 801 där just provisionsfordrans klassificering som konkurs- eller massafordran var till bedömning. Troligtvis var någon prövning i domstolen inte aktuell då ingen av parterna ifrågasatt det faktum att provisionsfordran av nödvändighet inte skulle anses vara en konkursfordran. Mer anmärkningsvärt är kanske att 1971 års fall inte återopades i NJA 1981 s. 801. Situationen avseende motfordran är i de båda fallen i princip identisk.

3.4.4 Närmare om arbetstagares fordran

Den fordran på lön som någon otillbörligen kan ha att bekommen har redan behandlats under rubrik 3.2.4.1. Kvar är att se på de fall där något oegentligt gynnande inte är för handen.

Rättsfallet NJA 1979 s. 253 rör egentligen frågan om konkursboet genom att ha dröjt med att säga upp en arbetstagar efter konkursen blivit massansvarigt för dennes lön. Frågan i denna del är inte längre av särskilt stort intresse sedan införandet av 5 kap 18 § KonkL som föreskriver att konkursboet ansvarar för arbetstagarens fordran på lön eller annan ersättning för arbete som belöper på tid efter en månad från konkursbeslutet om arbetstagar fortsätter att fullgöra sina åtaganden enligt anställningsavtalet. Emellertid gjorde HD i sina domskäl en noggrann genomgång av hur en arbetstagar fordran ska klassificeras, vilket fortfarande får anses ha bäring.

Bakgrunden var den att arbetstagar B klandrade förvaltarens utdelningsförslag, där Bs löneanspråk fått utdelning såsom en konkursfordran. B menade att konkursboet inträtt som arbetsgivare till B, varför hans fordran skulle anses vara en massafordran. Samtliga instanser lämnade Bs talan utan bifall.

I domskälen anförde HD att en arbetsgivares konkurs inte automatiskt medför att anställningsavtalet upphör att gälla och att såväl konkursboet som arbetstagaren har rätt att säga upp sådant avtal att upphöra efter uppsägningstiden. Arbetstagarens fordran på lön under uppsägningstiden är enligt HD att anse som en konkursfordran enligt 5 Kap 1 § KonkL med föreskriven förmånsrätt och rätt till statlig lönegaranti.¹⁵⁴ HD tillade med hänvisning till propositionen om förslag till lag om anställningsskydd m.m. att arbetstagaren under uppsägningstiden är skyldig att, om det begärs, arbeta mot avtalad lön.¹⁵⁵ Löneanspråkets egenskap av konkursfordran påverkas enligt HD inte av att arbetstagaren under uppsägningstiden utför arbete åt konkursboet enligt anställningsavtalet, då detta kommit till klart uttryck i 12 § FRL. Principen fick enligt HD även anses ha gällt sedan tidigare. Vidare tillade HD att löneanspråket för uppsägningstiden måste anses utgöra konkursfordran inte bara i den mån anspråket omfattas av lönegarantin utan även om arbetstagaren har en fordran utöver maxbeloppet som får utbetalas med lönegaranti.¹⁵⁶

Intressant är att konstatera att arbetstagarens fordran således anses vara suspensivt villkorad redan genom anställningsavtalet medförande att fordran i anledning av arbete efter konkursbeslutet trots allt räknas som en konkursfordran. Emellertid bör viss försiktighet iakttas vad gäller att dra alltför långtgående principer av detta faktum. Att en arbetstages fordran inte i första hand ska anses vara den oftast mer förmånliga massafordran, kommer sig av arbetstagarens rätt till ersättning genom den statliga lönegarantin. I de fall där boet inte har några tillgångar alls, skulle exempelvis en arbetstages fordran på lön under uppsägningstid inte få någon ersättning, även om fordran ansågs vara en massafordran. Genom att lagstiftaren valt upplägget med att utbetala lönegaranti endast på konkursfordringar, är det därmed troligtvis inte helt fel att åtminstone anta att det finns en benägenhet att anse de flesta av arbetstages fordringar som konkursfordringar.

Noteras bör att lönekraven inte medverkar under företagsrekonstruktion då dessa erhåller förmånsrätt enligt 12 § FRL.

3.4.5 Något om offentligrättsliga krav

Om ett varningens finger höjdes under föregående rubrik i fråga om att dra slutsatser av hur en arbetstages fordran behandlats, torde ett än större kraftuttryck vara befogat vad gäller att dra slutsatser av praxis rörande offentligrättsliga krav. Emellertid bör något nämnas kring dessa, inte minst då staten oftast är en av de största borgenärerna vid gäldenärens obestånd.¹⁵⁷

¹⁵⁴ 100 § ÅKonkL. Se vidare Lönegarantilagen (SFS 1992:497) och 12 § FRL.

¹⁵⁵ Se prop. 1973:129, *Förslag till lag om anställningsskydd m.m.*, s. 27 och 138.

¹⁵⁶ För närvarande tio gånger prisbasbeloppet enligt 12 a § FRL.

¹⁵⁷ Se SOU 1999:1, *Nya förmånsrättsregler*, s. 127, där en undersökning rörande konkurser som avslutats i Sverige år 1990 presenteras. Av denna framgår att skatte- och allmänna avgiftsskulder utgjorde 13,6 % av den totala skuldmassan. Skäl till att tro att denna andel minskat finns knappast.

3.4.5.1 Fordran avseende miljöfarlig verksamhet

När en gäldenär som bedrivit miljöfarlig verksamhet gått i konkurs har frågan uppkommit om vem som har ansvaret för kostnader i anslutning till verksamheten. Framförallt har problemet uppkommit då konkursboet fått ett föreläggande att sanera exempelvis en fastighet, utan att konkursboet vid något tillfälle bedrivit någon verksamhet på denna.

Praxis innan införandet av miljöbalken har fått den följden att ett konkursbo i och med gäldenärens konkurs per automatik ansetts bedriva miljöfarlig verksamhet och därmed vara ansvarigt för kostnader knutna till denna.¹⁵⁸ Införandet av miljöbalken har dock inte medfört någon lättnad i detta avseende.¹⁵⁹

I enlighet med det ovanstående anses således en fordran i frågan om miljöfarlig verksamhet vara uppkommen efter konkursbeslutet även om exempelvis skadan inträffat innan.

Det ovannämnda förhållandet har kritiskt kommenterats i doktrinen.¹⁶⁰ Lindskog hävdar att avgörandena är felaktiga och menar att boet borde ha ett handhavandeansvar motsvarande vem som helst annan, vilken oförskyllt fått egendomen i sin besittning.¹⁶¹ Enligt Lindskogs sätt att se det skulle fordran därmed snarare vara en gäldenärsfordran. Fastmer finns nog skäl att i de flesta fall anse en fordran uppkommen av gäldenärens handlande innan konkursbeslutet som en konkursfordran. Att en skada som uppkommit innan den kritiska tidpunkten skulle vara att anse som en massaskuld för konkursboet ställer i vart fall det mesta av vad som tidigare presenterats i arbetet på kant. Emellertid får detta förklaras med att de miljörättsliga principerna här har brutit igenom, vilket till viss del skulle kunna vara en möjlighet via *lex specialis derogat legi generali*-regeln i 1 kap 6 § KonkL. I annat fall får förklaringen sökas i bristande obeståndsrättslig kunskap hos ledamöterna i ovannämnda avgöranden. Att i detta arbete ta avgörandena i nämnvärt beaktande vad gäller den generella frågan om kriterierna vid fastställandet av tidpunkten för fordrans uppkomst skulle vara felaktigt.

3.4.5.2 Närmare om skattefordran

Primärfrågan är här återigen om vilket rättsområdes principer som ska avgöra tidpunkten för fordrans uppkomst. Enligt Pelin och Elwin är det, beroende på att det finns så pass många skatteformer, svårt att formulera en all-

¹⁵⁸ Se bl.a. NJA 1984 s. 602 samt Koncessionsnämndens beslut 109/91, B 128/91, B 250/92 och B 124/94.

¹⁵⁹ Se exempelvis Miljööverdomstolens dom, 2002-02-20, mål nr M 5939-01.

¹⁶⁰ Se exempelvis Pfannenstill (92/93), *Konkursbos m.fl. ansvar för annans miljöfarliga verksamhet*, JT 92/93, s.104-117 och densamme (1993), *Några anmärkningar rörande ansvaret för miljöfarlig verksamhet vid konkurs och liknande situationer*, SvJT häfte 5/6, s. 391 ff.

¹⁶¹ Se Lindskog (1987), *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund: Något om övergiven egendom*, s. 355 n 26.

män princip ifråga om tidpunkten för en skattefordrans uppkomst.¹⁶² Vidare tillstår författarna att det inte heller är klarlagt om frågan är av konkurs- eller skatterättslig natur, men att det mesta trots allt talar för att det primärt är en konkursrättslig fråga.¹⁶³

Att ta sig för att lösa den ovannämnda preliminärfrågan torde vara att gå utanför ramarna för detta arbete. Emellertid bör den skillnad uppmärksammas som vid en genomgång av praxis på senare tid kan noteras i hur fordrans uppkomst, beroende på om frågan avgjorts i allmän domstol eller i förvaltningsdomstol, bedömts.¹⁶⁴

I rättsfallet NJA 1998 s. 834 var frågan som hänskjutits av TR till prövning av HD om länsstyrelsen kunde göra sin fordran avseende erlagda arbetsgivaravgifter på utbetalad lönegaranti gällande i konkursen.

HD inledde med en hänvisning till principen om fordrans väsentliga grund och fastslog, under åberopande av bland annat NJA 1979 s. 253, att fordran på lön i tidigare praxis ansetts ha haft sin väsentliga grund i det bakomliggande anställningsförhållandet. Härefter tog HD upp rättsfallet NJA 1983 s. 350 där det konstaterats att statens rätt till preliminära arbetsgivaravgifter inte kunde anses grundat omedelbart på anställningsavtalet. Anledning till detta var enligt HD att avgifterna vid den tiden inte beräknades på grundval av de löner som faktiskt utbetalats. Enligt nu gällande bestämmelserna ska arbetsgivaravgifter betalas månadsvis på grundval av de löneutbetalningar som gjorts under närmast föregående månad.¹⁶⁵ HD konstaterade att ett direkt samband mellan de utbetalade lönerna och arbetsgivaravgifterna således uppkommit och att därför även fordran på sådana avgifter som grundas på lön utbetalad efter konkursutbrottet bör kunna göras gällande i gäldenärens konkurs såsom en konkursfordran.

I det aktuella fallet var det dock länsstyrelsen som via sin regressrätt vid utbetalad lönegaranti gjorde arbetsgivaravgifterna gällande. Då lönegarantilagen (1992:497) enligt HD endast ger länsstyrelsen rätt till att göra utbetalad lön gällande, och då inga andra regler i denna lag finns avseende arbetsgivaravgifter, konstaterade HD att någon rätt till betalning för dessa avgifter inte förelåg.

I RÅ 2000 ref 29 gällde frågan om konkursboet var skyldig att med massan erlægga arbetsgivaravgifter för löner som konkursboet via utdelning betalat till tidigare anställda hos konkursgäldenären.

¹⁶² Se Pelin/Elwing (2003), *Inkomstbeskattning vid konkurs och ackord*, s. 48.

¹⁶³ Se Pelin/Elwing (2003), *Inkomstbeskattning vid konkurs och ackord*, s. 48 f med litteraturhänvisning i noterna.

¹⁶⁴ Vi bortser här ifrån rättsfallet NJA 1997 s. 787 där statens fordran på moms avseende en fastighet av HD ansetts vara en gäldenärsfordran på grund av att en ändring av mervärdesskattelagen som skulle ha gjort den till konkursfordran inte tydligt framgick. Rättsfallet föranledde återkomsten av inledningsvis nämnda undantaget för bestämmelser i annan lag i 5 kap 1 § KonkL. Se rubrik 3.2.3.

¹⁶⁵ Se 9 kap skattebetalningslagen (1997:483). Bestämmelsen har ersatt lagen (1984:668) om uppbörd av socialavgifter från arbetsgivare vilken HD i rättsfallet åberopade.

Majoriteten i RegR får ansetts ha avgjort frågan efter skatterättsliga principer. Enligt majoriteten blir ett konkursbo betalningsskyldigt för arbetsgivaravgifter när boet i samband med avvecklingen av konkursgäldenärens verksamhet vidtar åtgärder i form av utbetalning av lönefordringar. Detta ska enligt majoriteten anses gälla oavsett om lönefordringen är att hänföra till tiden före konkursutbrottet eller beror på att boet vid fortsatt drift av verksamheten självt avlönat personal. RegR fann att konkursboet i båda fallen var att anse som arbetsgivare och därmed betalningsskyldigt för den skuld på arbetsgivaravgifter som uppkommer när lönerna betalas ut.

Ett regeringsråd var skiljaktigt och ansåg att konkursrättsliga principer skulle gälla. Enligt honom framgick det av rättsfallet NJA 1998 s. 834 att HD ansett en fordran på arbetsgivaravgifter ha sin väsentliga grund i anställningsavtalet. Av denna anledning fann regeringsrådet att konkursboet inte skulle vara avgiftsskyldigt.

Således går det att sluta sig till att i vart fall vad gäller arbetsgivaravgifter, de skatterättsliga principerna för närvarande ska anses ha förtur.

Avslutningsvis under denna rubrik bör något nämnas om Svea Hovrätts beslut, 2004-07-21, ärende nr ÖÄ 1956-04.¹⁶⁶ Beslutet har överklagats och beviljats prövningstillstånd i HD. I skrivandets stund inväntas HDs avgörande av frågan.

M&M Garderobsinvest AB försattes i konkurs i juli 2002. Vid konkursutbrottet var bolaget inte restfört på skattekontot och ej heller andra skulder fanns i allmänna mål. Under konkursen upprättades skattedeklarationer för perioder innan konkursbeslutet, vilket fick till följd att, efter omprövningsbeslut i oktober 2003, skönstaxeringar för två skatteperioder innan konkursbeslutet undanröjdes medförande ett tillgodohavande på bolagets skattekonto om ca: 20 tkr. Istället för att utbetala tillgodohavandet avräknade Kronofogdemyndigheten i november 2003 detta belopp mot två fordringar staten hade i form av dels en rättshjälpskostnad, dels en förrättningskostnad. Fordringarna hade fastställts under år 2003, det vill säga efter konkursbeslutet.

Konkursboet överklagade Kronofogdemyndighetens beslut och yrkade att TR skulle förordna att avräkningen undanröjdes på den grund att de motfordringar som staten använt till kvittning uppkommit efter konkursbeslutet. Skatteverket (via Kronofogdemyndigheten) anförde att det av 2 § lag (1985:146) om avräkning vid återbetalning av skatter och avgifter (AvräkL) framgår att om någon har rätt till ett belopp som avses i 1 § AvräkL och det allmänna har en fordran som är registrerad i Kronofogdemyndighetens utsökings- och indrivningsdatabas, skall beloppet räknas av till den del att det allmännas fordran täcks.

¹⁶⁶ Överklagande av Stockholms tingsrätt beslut, 2004-02-17, ärende nr Ä 20810-03.

TR konstaterade att fordringarna omfattades av AvräkL varför en möjlighet till avräkning därmed fanns enligt lagens 2 §. Däremot menade TR var syftet med AvräkL inte att ge staten större möjligheter till kvittning i konkurs än övriga borgenärer. Staten var enligt TR således bunden av de begränsningar som gäller för övriga borgenärer avseende fordringar som används till kvittning i konkurs. Eftersom statens motfordringar uppkommit efter konkursbeslutet kunde inte avräkning ske i enlighet med 5 kap 1 och 15 §§ KonkL. Av denna anledning skulle Kronofogdemyndighetens beslut upphävas och tillgodohavandet utbetalas till konkursboet.

Skatteverket överklagade TR beslut till Svea Hovrätt. Parterna bibehöll sina respektive yrkanden och grunder. HovR inledde med att fastslå att frågan rörde huruvida staten med stöd av AvräkL ägde rätt att fullgöra sin skuld till konkursboet genom att avräkna "den mot statens nämnda fordran, trots att bestämmelserna i 5 kap. 1 § och 15 § första stycket konkurslagen inte medger kvittning då fordran har uppkommit i tiden *efter* [sic!] konkursbeslutet".¹⁶⁷

HovR fastslog även att bestämmelserna i AvräkL inte uppställer något krav på tidpunkten för fordringens uppkomst för rätt till avräkning. Den avgörande frågan var därmed enligt HovR om vilken lags bestämmelser som skulle reglera statens kvittningsrätt i förevarande fall. Med hänvisning till äldre praxis anförde HovR att det vid tillämpningen av tidigare bestämmelser, motsvarande nuvarande AvräkL, utan närmare motivering har ansetts att avräkning skall ha företräde.¹⁶⁸ Med vidare hänvisning till uttalanden i förarbetena till AvräkL menade HovR att det även torde kunna utläsas att någon ändring av innebörden av bestämmelserna i angivet hänseende inte åsyftades.¹⁶⁹ Slutligen anfördes att man även i doktrinen har anslutit sig till en sådan tolkning.¹⁷⁰ Då det enligt HovR i förevarande fall inte förelåg skäl till annan bedömning biföll HovR skatteverkets överklagande och medgav därmed avräkningen.

Som tidigare nämnts har HD i skrivandets stund beviljat prövningstillstånd. I avvaktan på ett slutgiltigt avgörande av frågan kan det vara av intresse att utreda vad som hitintills framkommit.

Uppenbarligen har HovR valt att tolka fallet som en fråga om *lex specialis derogat legi generali*. Detta torde emellertid kunna få långtgående konsekvenser. Så gott som samtliga statens fordringar och skulder registreras i Kronofogdemyndighetens utsköknings- och indrivningsdatabas. AvräkL stadgar att databasen ska kontrolleras innan en utbetalning från staten sker för att på så vis inte betala till någon som samtidigt är skyldig staten. Detta tillvägagångssätt får anses fungera väl så länge båda parterna är solventa, då ingen skiljelinje motsvarande den kritiska tidpunkten existerar. Att däremot

¹⁶⁷ Svea Hovrätts beslut, 2004-07-21, ärende nr ÖÄ 1956-04, s. 3.

¹⁶⁸ Se RÅ 1962 ref 64 och RÅ 1964 ref 42.

¹⁶⁹ Se prop. 1984/85:108, *Avräkning vid återbetalning av skatter och avgifter, m.m.*, s. 47.

¹⁷⁰ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 88 f, som dock blott konstaterar att avräkning sker och inte ger sitt stöd till vare sig den ena eller den andra uppfattningen.

tillämpa samma förfarandesätt under en konkurs eller vid en rekonstruktion åsidosätter de uppställda kvittningsreglerna till förmån för staten. Plötsligt blir inte den kritiska tidpunkten avgörande för kvittningsrätten, utan utslaget faller i sin extrem på när den enskilde handläggaren fått tid att föra in fordringarna i databasen. Att avräkning, som förarbetena även anger, ska ske också under en konkurs är en relativ självklarhet. Ett exempel är om konkursboet finner det lönsamt att lägga tid på att rätta vissa skönstaxeringar för att på så sätt få ned den totala skatteskulden. Här hade det stämt mindre väl att låta staten utbetala restitutionsfordran och endast få bevaka den numera nedsatta skattefordran då både huvudfordran och motfordran kan anses ha uppkommit innan den kritiska tidpunkten. I förevarande fall fanns dock ingen fordran innan den kritiska tidpunkten. Att då medge avräkning är ett avsteg från 5 kap 1 § KonkL som innebär långtgående fördelar för staten i jämförelse med andra borgenärsgupper.

3.5 Sammanfattande om tidpunkten för fordrans uppkomst

Så återstår att sammanfatta det som visats under förevarande huvudrubrik. Kriterierna för fastställandet av fordrans uppkomst ska som ovan konstaterats vara desamma oavsett om fordran i fråga är en huvud- eller motfordran.

I såväl förarbeten som praxis och doktrin har principen om fordrans väsentliga grund anförts som avgörande för när en fordran ska anses uppkomma. Principen har kritiserats för att vara vag och som visat har i flertalet avgöranden de olika instanserna gjort samma bedömning som HD, med skillnad för att de valt att förlägga den väsentliga grunden till någon annan händelse än de övriga. Motsvarande kan även noteras i de skiljaktigas motivering i ett antal avgöranden.

Enligt Lindskog ska istället för principen om fordrans väsentliga grund två skilda kriterier för fastställandet av fordringarna uppkomst användas. För att motfordran ska anses uppkommen innan den kritiska tidpunkten ska B ha mist rådgivningen över dess tillkomst innan dess. Det avgörande gällande huvudfordran är att konkursboet respektive rekonstruktionsgäldenären inte efter den kritiska tidpunkten haft rådgivning över fordrans fullgång.

Den praxis som finns på området ger emellertid vare sig förespråkarna av principen om fordrans väsentliga grund eller Lindskog helt rätt. Som visat gäller det inte att under en tidsperiod mellan då den initiala rättshandlingen företogs och då den villkorade fordran görs gällande finna en händelse som utgör den väsentliga grunden i likhet med den preskriptionsrättsliga principen om det första rättsfaktumet. På samma vis spelar borgenärens eller konkursboets rådgivning mindre roll. Helt avgörande för om en fordran har uppkommit innan den kritiska tidpunkten är om den kan hänföras till ett avtal som slutits under denna period. Oavsett avtalets innebörd och form anses fordran uppkommen då avtalet ingåtts. Således är det mindre viktigt om exempelvis en leverans eller en försäljning av en fastighet sker först efter

den kritiska tidpunkten. Så länge som det kan anses avtalat mellan borgenären och gäldenären att leverans ska ske eller att försäljningen ger rätt till provision är detta tillräckligt för att fordran ska anses uppkommen genom avtalet. Att det sedan kan tyckas vara en väsentlig grundförutsättning för fordran att leveransen respektive försäljningen de facto sker inverkar inte på bedömningen. Detta är bara den omständighet som gör den villkorade fordran ovillkorad. Uppkomsten ska förläggas till tidpunkten för avtalets uppkomst, det vill säga vid den tidpunkt endera A eller B avtalsrättsligt kan anses ha accepterat den andres anbud. Intressant är även att notera att den motstående fordran inte måste vara grundad på detta avtal. Bedömningen av tidpunkten för fordringarnas uppkomst ska ske skilt från varandra.

Notera emellertid att det sagda främst gäller fordringar av privaträttslig natur. Även om skäl föreligger för att anse att offentligrättsliga fordringar ska följa samma regler har praxis, som visat, intagit en till viss del annan ståndpunkt.

4 Fordrans beskaffenhet

4.1 Beskaffenhetsrekvisitet

Såväl KonkL som LFR innehåller regler som föreskriver att en fordran, trots att den förelegat innan den kritiska tidpunkten, ändå inte får användas till kvittning. Som redan visats är bland annat 5 kap 2,3 och 16 §§ KonkL respektive 2 kap 21 § 2 och 3 st LFR exempel på detta.

Det finns emellertid andra bestämmelser än de ovannämnda som uppställer kvittningshinder. I både 5 kap 15 § 1 st KonkL och 2 kap 21 § 1 st LFR görs nämligen undantag från huvudregeln som tillåter kvittning om fordringarna stod mot varandra vid den kritiska tidpunkten, genom att fordrans beskaffenhet tillerkänns viss rättsverkan. I 5 kap 15 § KonkL formuleras undantaget som att huvudregeln inte gäller om kvittning *var utesluten utom konkurs* på grund av fordringarnas beskaffenhet. I 2 kap 21 § LFR har motsvarande bestämmelse fått lydelsen om kvittning *är utesluten* på grund av någon av fordringarnas beskaffenhet.

Beskaffenhetsrekvisitet infördes genom konkurslagsreformen 1976. Detta kan dock mest ses som ett kodifierade av gällande rätt.¹⁷¹ Som exempel på vad som skulle kunna utgöra fordringar som på grund av sin beskaffenhet utesluter kvittning anger Lagberedningen fordran på underhållsbidrag, fall där ena fordran är i varor och den andra i pengar samt fall där fordringarna är i olika myntslag.¹⁷² Enligt Lagberedningen kan inte heller fordringar som enligt avtal ska få utdelning sist av alla, s.k. efterställda fordringar, användas till kvittning.¹⁷³

Beskaffenhetsrekvisitet infördes även samtidigt i ackordslagen. Gällande motivering hänvisade lagberedningen till vad som anfört under konkursparagrafen.¹⁷⁴

Uppmärksammas bör att beskaffenhetsrekvisitet i KonkL talar om kvittning som *var utesluten* innan konkursen, emedan motsvarigheten i LFR talar om kvittning som *är utesluten*. Ska stadgan tillämpas enligt sin lydelse leder detta till att fordrans beskaffenhet i konkursfallet ska avgöras per konkursbeslutet, det vill säga hur beskaffenheten var strax innan beslutet togs, samtidigt som bedömningen i rekonstruktionsfallet ska göras i samma stund som kvittningen företas. Lagberedningen nämner inget om detta i betänkandet *Utsökningsrätt X* och beskaffenhetsfrågan uppmärksammas överhuvudtaget inte i den efterföljande propositionen 1975:6. Troligt är att lydelsen i ackordslagen valts att sättas i nutid på grund av att den kritiska tidpunkten

¹⁷¹ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 183 f.

¹⁷² Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 188 f.

¹⁷³ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 189.

¹⁷⁴ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 219. Se även rubrik 4.6 och särskilt rättsfallet NJA 2000 s. 78.

enligt ackordslagen vid införandet var när förhandling om offentligt ackord inleddes. Ett ackordsförfarande var därmed redan igång när lagen blev tillämplig, varför det torde ha förefallit naturligt att så att säga skriva i presens. Vid skapandet av LFR kom den kritiska tidpunkten att förläggas till dagen för ansökan, men reglerna om bland annat kvittning flyttades rakt av över ifrån ackordslagen. Antagligen har lagstiftaren då förbiset den diskrepans som enligt lagarnas lydelse nu kan tyckas vara för handen.¹⁷⁵ Således får fastslås att beskaffenheten även enligt LFR ska avgöras vid den kritiska tidpunkten och inte vid tidpunkten för kvittningen.¹⁷⁶

4.2 Kvittningshinder vid bristande komputabilitet

4.2.1 Definition av komputabilitet

Med komputabilitet menas att Bs fordran ska vara duglig till uppfyllelse av As fordran.¹⁷⁷ Ett annat sätt att uttrycka det på är att den ena fordran ska vara mätbar med den andra.¹⁷⁸

Ett klagande exempel kan vara det att A och B är skyldiga varandra tio säckar potatis av samma sort. Om B av bekvämlighetsskäl vill kvitta prestationerna finns det ur komputabilitetshänseende inget hinder här emot, tio säckar potatis måste anses duglig till uppfyllelse av tio säckar potatis av samma sort. Antar vi däremot att A av B har att fordra tvåhundra kilo kaffe medan B av A har att fordra tvåhundra kilo bomull är situationen dock en annan. Kaffe låter sig inte lätt jämföras med bomull och komputabiliteten brister.

Det grundläggande syftet med kravet på komputabilitet är enligt Lindskog att B ska förhindras att frånta A dennes berättigade krav på framförallt fordrans funktionsegenskaper.¹⁷⁹ Rent värdemässigt är de olika fordringarna mätbara, då såväl kaffe som bomull handlas med på olika börser runt om i världen, medförande att de båda varorna vid varje tillfälle har ett allmänt

¹⁷⁵ Se prop. 1995/96:5, *Lag om företagsrekonstruktion*, s. 84 f, där frågan om den kritiska tidpunkten behandlas och beskaffenhetsregeln i samma stycke omnämns som ett undantag till huvudregeln att fordringarna ska ha stått emot varandra vid den kritiska tidpunkten.

¹⁷⁶ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 91 f, som uppmärksammar frågan om tidpunkten i konkurs, men sedan inte nämner något i rubriken efter där ackordslagens bestämmelser tas upp. Troligt är att Lindskog därmed på samma vis anser att beskaffenheten ska avgöras vid den kritiska tidpunkten såväl i konkurs som under, numera, företagsrekonstruktion.

Tilläggas kan att Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 92, generellt anger att om inget särskilt i hans avhandling säga om ackord samma ska gälla som vid konkurs.

¹⁷⁷ Se bl.a. Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 134.

¹⁷⁸ Se SOU 1988:63, *Kommission och dylikt*, s. 182.

¹⁷⁹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 134.

godtaget pris. Vad som gör att komputabiliteten i det ovan angivna exemplet brister är att funktionen inte är den samma för varuslagen.¹⁸⁰

4.2.2 Huvudfordran utgörs av aktier

Ett rättsfall som tydligt visar det tidigare nämnda funktionskravets vikt är NJA 1935 A 405. Bakgrunden var att B, som fått tillgång till en aktiepost vilken egentligen tillhörde A, hade försålt aktieposten då A sattes i konkurs. Konkursboet väckte talan om att aktieposten i sin helhet skulle återställas. B förpliktigades att göra så eller att, om detta befanns omöjligt, ersätta boet med ett belopp motsvarande den aktuella börskursen. Frågan som uppkom var om B kunde använda en sedan tidigare föreliggande motfordran i pengar till kvittning. HDs majoritet besvarade frågan nekande genom att säga att kvittning aktier mot pengar inte kunde äga rum och att B i första hand hade att prestera i aktier.

Följden av det ovan anförda är att om A, eller i detta fall boet, kan visa att funktionen hos aktierna inte är den samma som funktionen hos pengar är kvittning utesluten. Frågan som uppkommer är därmed hur långt kravet på viss funktion av samma slag kan dras. Att aktier kan ändra värde från dag till dag är troligtvis allom bekant. Denna funktion besitter inte de pengar som här både utgör mf och mätvärdet för aktierna.¹⁸¹ Emellertid är det inte särskilt svårt för A att vid det hypotetiska mottagandet av värdet för aktierna genast införskaffa nya.¹⁸² Bortser vi här ifrån kurtage och ev. skillnad i beskattning pga. annorlunda anskaffningsvärde, torde A kunna anses vara i samma situation som tidigare. Det ovan anförda rättsfallet gällde börsnoterade aktier. Om så inte varit fallet och aktierna därmed inte i samma omfattning fritt funnits att tillgå är det mer förklarligt att kvittning inte godkändes, då en kvittning kunnat medföra att A i framtiden går miste om en utdelning på eller värdeökning av aktierna. Avgörande för kravet på viss samma funktion i detta fall torde därmed vara om A efter Bs godkända kvittning kan tillskriva det som trätt istället för huvudfordran samma förväntansvärde som innan.

4.2.3 Närmare om förväntansvärde

För att tydliggöra påståendet om att det är förväntansvärdet som bär upp funktionskravet och således i själva verket avgör komputabiliteten, kan doktrinen behandling av frågan om komputabilitet föreligger trots att fordringarna är i skilda myntslag göras gällande. Problemet kan sammanfattas som följande. A har att fordra betalning i euro, medan B har att fordra betalning i svenska kronor. När B vill göra sin mf gällande för kvittning hävdar

¹⁸⁰ Det går att hävda att As funktionskrav var uppfyllt om tanken exempelvis var att använda Bs prestation som tvåhundra kilogram. Emellertid förutsätts att A i sådant fall inte motsatt sig kvittning.

¹⁸¹ Här förutsätts att inflation/deflation inte är lika omfattande som börskursens hausse/baisse.

¹⁸² Hypotetiskt då A har blivit befriad från att behöva erlägga betalning för Bs fordran.

A att detta inte går på grund av bristande komputabilitet. I äldre doktrin ansågs denna invändning vara möjlig.¹⁸³ Detta grundande sig troligtvis till viss del på den svårighet med att fastslå gällande växelkurs som förut förelåg, men även på förväntansvärdet då förvärv av utländsk valuta inte kunde göras i samma utsträckning och det därmed kunde vara fördelaktigare att in- neha starka brittiska pund istället för svaga svenska kronor. Under senare tid har dock den allmänna åsikten ändrats. Lagberedningen ifrågasatte redan i sitt betänkande *Utsökningsrätt X* om inte huvudregeln skulle vara att kvittning var tillåten, men att undantag kunde göras om A kunde åberopa särskilda skäl emot.¹⁸⁴ Lindskog är av samma åsikt och framför som enda godtagbart skäl till att kvittning på grund av komputabilitetsbrist kan underkännas det faktum att valutan skulle vara utan marknadsvärde.¹⁸⁵

Av det ovanstående och föregående rubrik kan slutsatsen därmed dras att bristande komputabilitet kan sättas någonstans mellan aktier och pengar å den ena sidan och olika valutor å den andra. Vad som gör skillnaden är kravet på samma förväntansvärde. Vanliga pengar anses ej vara komputabla med aktier då förväntansvärdet inte är detsamma, medan komputabilitet föreligger mellan alla handlingsdugliga valutor. Skillnaden i det enskilda fallet kan som ovan antytts vara liten, då i vart fall börsnoterade aktier i princip kan införskaffas på samma sätt som andra myntslag. Avgörandet torde ha fallit på att det generellt sett innebär ett större förfång för A att se sin aktiepost utbytas mot pengar än att se en valuta ersättas med en annan. A blir, i vart fall under ett tag, oförmögen att utöva de av aktieinnehavet tillkommande rättigheterna som exempelvis rösträtt och utdelning och något liknande kan knappast anses återfinnas hos exempelvis euron.

Sammanfattat kan därmed komputabilitetsbrist sägas föreligga då förväntansvärdet avseende prestationerna inte är detsamma. Detta är exempelvis fallet när en naturafordran står mot en penningfordran, emedan det motsatta gäller när penningfordringar i alla handlingsdugliga valutor står mot varandra.¹⁸⁶

4.2.4 Kvittning av överskott vid pantrealisation

Antag att panthavaren har gods i sitt förvar som denne säljer för att täcka sin pantsäkrade fordran. Frågan som därmed uppkommer är om panthavaren kan använda andra fordringar mot pantsättaren till att avräkna mot ett eventuellt överskott av pantrealisationen. Följande var bakgrunden i det något åldersstigna rättsfallet NJA 1889 s. 406. A hade till säkerhet för Bs utgivna

¹⁸³ Se exempelvis Walin (1987), *Materiell konkursrätt*, s. 76, där han framhåller, med syftning på äldre doktrin, att det har antagits att kvittning i dessa fall inte alltid kunnat ske. Se även Lindskog, (1993), *Kvittning*, s. 140 n 98, med vidare hänvisningar.

¹⁸⁴ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 184 n 9 och s. 189 samt rubrik 4.1.

¹⁸⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 141.

¹⁸⁶ Det sagda medför däremot att en naturafordran i guld är full komputabel med en penningfordran om valutan är knuten till guldpriset, eftersom förväntansvärdet i detta specifika fall är detsamma. Om några valutor fortfarande är knutna till en guldmyntfot får låtas vara osagt.

lån (mf₁) pantsatt aktier hos B. Efter det att A avlidit sålde B aktierna och tillgodogjorde sig betalning till täckandet av mf₁. Därefter försattes As dödsbo i konkurs. Konkursboet krävde nu att B skulle återbetala det överskott som uppkommit vid aktieförsäljningen, det vill säga vad som inbringats med kostnader och mf₁ borträknat. B, som emellertid hade andra fordringar mot A (mf₂), dock utan säkerhet, vägrade detta och åberopade kvittning.

Bs kvittning ogillades av underrätterna. Även HDs majoritet fann att B inte kunde kvitta och fastställde således RRs dom där skälen till nekandet angivits vara att pantsättning endast skett för mf₁. Skiljaktigt justitieråd ansåg att kvittning var möjligt, då frågan enligt honom skulle avgöras enligt allmänna kvittningsregler, eftersom kvittningen skett innan konkursbeslutet. De övriga torde ha ansett dödfallet utgöra den kritiska tidpunkten.¹⁸⁷

Lindskog menar att frågan rör komputabiliteten och anför att As anspråk innan pantrealisationen inte är ”en fordringsrätt utan en, villkorad om man så vill, äganderätt” och att kvittning inte godkändes därmed berodde på att huvudfordrans beskaffenhet hindrade kvittning vid den kritiska tidpunkten.¹⁸⁸ Om Lindskog har tolkat rättsfallet rätt överensstämmer det anförda väl med det faktum att överskottets omvandlande till komputabel penningfordran inte läkte komputabilitetsbristen vid den kritiska tidpunkten. Skiljaktigt justitieråds motivering tyder på att i vart fall han ansett detta.

Ovanstående rättsfall är emellertid svårt att dra några klara slutsatser ifrån då domskälen är kortfattade. Domstolen skulle lika väl kunnat ha ansett de avgörande vara att pantsättning inte skett för de motfordringar som åberopades och att fordringens beskaffenheten i denna del därmed innebar att kvittningen föll. Doktrinen är emellertid relativt överens om att kvittning av överskott vid pantrealisation är möjligt vid situationer då gäldenären inte är på obestånd.¹⁸⁹ Således får det därmed fastslås att kvittning av pantöverskott där realisationen skett först efter den kritiska tidpunkten är utesluten på grund av att komputabla fordringar inte stått mot varandra innan konkursbeslutet respektive rekonstruktionsansökan. Den uppkomna bristen avseende komputabiliteten får ännu en gång hänföras till att pantsättarens förväntansvärde inte är detsamma avseende pantobjektet som den fordran han till panthavaren haft att utge.

¹⁸⁷ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 95, som anger att dödfallet i äldre avgöranden ansetts utgöra den kritiska tidpunkten även om dödsboets konkurs inträffade senare.

¹⁸⁸ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 150. Notera vad som anförts under rubrik 4.1 kring att införandet av beskaffenhetsrekvisitet till viss del förefaller ha varit ett kodifierande av gällande rätt.

¹⁸⁹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 150 och i not 37 angivna författare.

4.2.5 Läkande av komputabilitetsbrist

En intressant fråga är om komputabilitetsbristen kan läkas för att på så vis möjliggöra för B att vid As obestånd ändå kunna kvitta. Fastslaget är enligt tidigare att bristande komputabilitet vid den kritiska tidpunkten är ett kvittningsförbud hänförligt till fordringens beskaffenhet. Ett senare omvandlande, som exempelvis realisation av det pantsatta objektet, läker enligt praxis inte denna brist.

Görs emellertid en återknytning särskilt till de rättsfall som under rubrik 3.4.2.2 behandlats rörande tidpunkten för skadeståndsfordrans uppkomst märks följande. En avtalad skadeståndsfordran anses, i likhet med den numera fastslagna principen för fastställandet av tidpunkt för fordrans uppkomst, uppkommen i och med avtalet, oavsett om själva skadeståndet aktualiseras vid obeståndet eller till och med efter den kritiska tidpunkten. Skadeståndet existerar med andra ord som en villkorad alternativ förpliktelse vid sidan om den egentliga fordran. Den berättigade frågan är således om samma sak kan anses gälla när en ickekomputabel naturafordran vid gäldenärens obestånd omvandlas till en komputabel penningfordran. I enlighet med det ovan anförda måste svaret vara jakande, så länge som den alternativa komputabla förpliktelsen kan anses framgå av avtalet och således från denna tidpunkt varit suspensivt villkorad vid sidan om den egentliga fordran.

Det sagda innebär således i praktiken ett läkande av en uppkommen komputabilitetsbrist. Emellertid är detta en förenkling, då någon bristande komputabilitet i sådant fall aldrig varit för handen. Den alternativa förpliktelsen har existerat vid sidan av den ickekomputabla fordran och det är de facto mot den alternativa fordran kvittning sker. Detta innebär exempelvis att en borgenär, vilken gått miste om en leverans av visst gods i leverantörens konkurs, till kvittning kan använda, inte fordran på godset, utan det alternativa skadeståndet som förelegat villkorad sedan leveransavtalet mot en eventuell huvudfordran gäldenären hade. Detta förutsätter dock att borgenären kan visa att en sådan alternativ förpliktelse varit avtalad.¹⁹⁰

4.2.6 Undantag för finansiella instrument

Som hastigast måste även det undantag som finns gällande komputabilitetskravet enligt lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument tas upp.

Handeln med finansiella instrument, det vill säga fondandelar, aktier och dylikt, samt handeln med valutor omsätter bara i Sverige miljardbelopp

¹⁹⁰ Reglerna i köplagen (1990:931) torde kunna göras gällande för att grunda en sådan alternativ fordran.

dagligen.¹⁹¹ Aktörerna på marknaden är bland annat kreditinstitut, fondbolag och centralbanker. En vanligt uppkommande situation, beroende på att handeln är så pass omfattande, är att parterna vid varje tillfälle ingår i en större kedja av förpliktelser där exempelvis U till V ska fullgöra en prestation som V i sin tur har att fullgöra till X som samtidigt har att fullgöra en annan prestation till Y som i sin tur har att prestera till U och till V. I syfte att hålla transaktionskostnaderna nere används ett avräkningsförfarande som benämns nettning, det vill säga en form av kvittning av prestationerna parterna emellan.

Via avtal regleras situationen då någon part hamnar på obestånd. Oftast föreskrivs att en slutavräkning mellan parterna ska ske. Icke så sällan skulle en sådan avräkning emellertid brista avseende komputabilitetskravet. Av denna anledning föreskrivs i 5 kap 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument att sådana avtal ändå är gällande mot konkursboet och borgenärerna. Troligtvis har lagstiftaren velat undvika en situation som potentiellt skulle kunna påverka hela marknaden via den korthuseffekt som i ett fall då slutavräkning underkändes skulle kunna uppkomma.

I departementspromemorian DS 2003:89 om finansiella säkerheter gavs förslaget att direkt i KonkL och LFR luckra upp komputabilitetskravet i syfte att harmonisera lagstiftningen i enlighet med direktivet 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet.¹⁹² Lagrådet, däribland Håstad, var emellertid starkt kritiskt till bland annat detta förslag.¹⁹³ Lagrådet ansåg att förefintligt regleringen i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument till viss del räckte och att underlaget lagförslaget byggde på i vart fall ”sviktat vad gäller en så generell ändring som den förslagna”.¹⁹⁴ Någon proposition har, troligtvis av denna anledning, i skrivandets stund inte lagts fram.

4.3 Kvittningshinder av sociala skäl

Då arbetet främst inriktar sig på frågor som rör juridiska personer behöver kvittningshinder på grund av sociala skäl inte uppmärksammas i särskild stor utsträckning. Emellertid är det intressant att återge vad HD uttalade i rättsfallet NJA 1987 s. 746, vilket rörde en privatperson som dömts för ofredande och ville använda en sedan tidigare uppkommen fordran till att kvitta bort skadeståndet i anledning av brottet. Det rör som synes inte ett konkurs- eller rekonstruktionsfall, men som ovan angivits ska bedömningen göras av beskaffenheten före den kritiska tidpunkten.

¹⁹¹ Se prop. 1994/95:130, *Avtal om avräkning (nettning) vid handel med finansiella instrument och valuta*, s. 7.

¹⁹² Se DS 2003:89, s. 15 och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet.

¹⁹³ Se Lagrådets yttrande av 2004-05-17, *Finansiella säkerheter*, s. 16 ff.

¹⁹⁴ Lagrådets yttrande av 2004-05-17, *Finansiella säkerheter*, s. 20.

”Frågan om rätt till kvittning i en situation som den förevarande är inte reglerad i lag. Sedan länge har emellertid i både domstolsavgöranden och doktrin hävdats att vissa fordringar på skadestånd är av den beskaffenheten att gäldenären inte äger rätt att utan den skadelidandes medgivande infria dem genom kvittning. Skälet härtill är att rätten till skadestånd kan ha en starkt personlig prägel. Motsvarande motiv bär upp bestämmelsen om utmättningsfrihet i 5 kap 7 § UB, nämligen att vissa fordringar är av den personliga natur att de inte bör kunna tillgripas av borgenärerna. I detta lagrum stadgas således att skadestånd, som tillkommer gäldenären med anledning av personskada, frihetsberövande, falskt åtal, ärekränkning eller annat sådant, ej får utmätas medan skadeståndet inestår hos den som skall utge det. Kvittning kan betecknas som en form av privat exekution. Från denna utgångspunkt ligger det av både sakliga och praktiska skäl nära till hands att tillämpa en ordning som innebär att en fordran som inte är åtkomlig genom utmätning i princip ej heller skall kunna kvittas bort”.¹⁹⁵

Lagrådets framhålla exempel om underhållsbidragsfordrans beskaffenhet utgår från samma ovan angivna grundtanke om sociala skäl, även om för just en sådan fordran inte direkt framgår av 5 kap utsökningsbalken att den är utmättningsfri.¹⁹⁶

Tumregeln får i enlighet med det ovan angivna sägas vara att borgenären inte får använda en motfordran till kvittning mot en fordran som av sociala skäl inte kan utmätas hos honom.¹⁹⁷

4.4 Kvittningshinder vid otillbörlighet

4.4.1 Återvinningsfordran – beskaffenhet eller tidpunkten för dess uppkomst?

Inledningsvis ska något om återvinningsfordran och särskilt tidpunkten för en sådan fordrans uppkomst nämnas. Den observante kan ifrågasätta varför denna fråga förlagts under förevarande huvudrubrik och inte under huvudrubriken innan eller efter, men som ska visas finns skäl till detta tillsynes inkonsekventa upplägg.

I rättsfallet NJA 1938 s. 149 var frågan om borgenärens motfordringar kunde användas till kvittning mot en uppkommen återvinningsfordran. Förenklat kan sägas att borgenären B i bolagets Wegas (A) konkurs hade blivit

¹⁹⁵ NJA 1987 s. 746, s. 748.

¹⁹⁶ Jmf 4 kap 1 § p 2 KonkL som föreskriver att utbetalt underhållsbidrag i princip inte kan återvinnas.

¹⁹⁷ Se till de anförda lag (1970:215) om arbetsgivares kvittningsrätt angående arbetsgivares användning av fordran till kvittning mot arbetstagares lönefordran. Se även NJA 1986 s. 539 där statligt sysselsättningsstöd inte ansågs vara av sådan beskaffenhet att kvittning uteslöts. Se även Hovrättens för Västra Sverige beslut, 2004-10-19, mål nr ÖÄ 3883-04, som fastslår att EU-bidrag kan utmätas trots bestämmelsen i 5 kap 6 § 1 st utsökningsbalken.

förpliktigad att återbetala vissa medel B strax innan konkursen uppburit från A. B hade emellertid även andra fordringar på A och vägrade därför med åberopande om kvittning att återbetala det återvunna.

RR fann att då återvinningsfordran uppkommit först efter konkurs kunde kvittning inte medges, annat än till det belopp B hade att tillgodoräkna sig i utdelning i konkursen. Domen fastställdes av HovR och HD.¹⁹⁸

Motsvarande fråga var föremål för prövning i rättsfallet NJA 1994 s. 705. Skillnaden var här att fordran överlätits från konkursboet till en borgenär. Bakgrunden var den att privatpersonen X hade försatts i konkurs. I tiden innan hade han betalt ett stort belopp i underhållsbidrag till sin f.d. fru B. Då konkursboet inte ansåg det processekonomiskt att föra talan hade en av borgenärerna väckt en återvinningstalan mot B, varvid B blivit förpliktigad att återbetala beloppet till konkursboet. Borgenären övertog därefter konkursboets fordran och krävde B på betalning. B gjorde då invändning om kvittning och åberopade en äldre skuld till konkursgäldenären X. Ostridigt var att B i bouppteckningen hade uppförts som fordringsägare till den äldre skulden. Kronofogdemyndigheten som fått i uppdrag att driva in borgenärens fordran mot B såg dock inga skäl mot att verkställighet skulle ske. Att fordran överlätits från konkursboet till B utgjorde inget problem.¹⁹⁹

B framförde besvär över kronofogdemyndighetens beslut. Samtliga instanser lämnade besvären utan bifall. HD konstaterade att den fordran som borgenären åberopade i utsökningsärendet utgjordes av en återvinningsfordran som borgenären förvärvat från konkursboet, varför frågan var att bedöma enligt konkursrättsliga grundsatser. Med hänvisning till 5 kap 15 § KonkL anförde HD att borgenärens fordran mot B inte förelåg vid tiden för konkursbeslutet, då denna uppkommit genom återvinning i konkursen. Bs överklagande skulle således lämnas utan bifall, eftersom fordringarna inte stått mot varandra vid den kritiska tidpunkten.

Avslutningsvis bör något även nämnas om rättsfallet NJA 2001 s. 805, trots att huvudfrågan, sedan förmånsrätten för hyresvärdens fordran har försvunnit, till viss del får anses vara inaktuell.

Bolaget Franlast (B) hade försatts i konkurs, men strax innan erlagt betalning till sitt öakta systerbolag Bålsön (A) för hyra som B under längre tid varit skyldig A.²⁰⁰ Ett par veckor senare försattes även A i konkurs. Konkursförvaltaren för B ville återvinna hyresbetalningen, men stod inför problemet att en återvinningsfordran i As konkurs endast är oprioriterad och därmed i detta fall utan utdelning. Konkursförvaltaren valde därmed att vid

¹⁹⁸ Notera att HD förvisso inte var eniga i motiveringen med att domslutet är detsamma, dvs. att hovrättens dom fastställs.

¹⁹⁹ Vilket får anses stämma med allmänna skuldebrevsrättsliga regler om fordringscession.

²⁰⁰ Termen öakta systerbolag är troligtvis inte vedertagen, även om skäl finns till att göra den det. Innebörden är att någon annan än ett moderbolag äger aktierna i båda bolagen. Om så hade varit fallet hade termen systerbolag varit den korrekta. I detta fall var en fysisk person ägare till aktierna, varför en form av öakta koncern förelåg medförande att bolagen var öakta systerbolag. Jmf 1 kap 5 § aktiebolagslagen (1975:1385).

upprättande av utdelningsförslaget i Bs konkurs kvitta As förmånsberättigade hyresskuld mot det konkursförvaltaren ansåg A skulle återbetala via återvinning. As konkursbo motsatte sig detta och menade i vart fall att kvittning skulle ske mot As oprioriterade del av fordran i Bs konkurs. Skillnaden blev i sådant fall att A skulle få utdelning för hela det förmånsberättigade beloppet och samtidigt i princip kunna behålla den betalning som B gjort strax innan konkursen.

HD, med justitierådet Håstad som referent, inledde med att fastslå att återvinningsreglernas syfte är att i borgenärernas gemensamma intresse återställa det läge som rådde innan den återvinningsbara rättshandlingen företogs. Med hänvisning till NJA 1994 s. 705 förklarade HD att om återvinningsvaranden, här A, inte är försatt i konkurs, kan denne inte kvitta boets återvinningsfordran mot konkursfordran, eftersom återvinningsfordran uppstår först i och med konkursen. Däremot tillade HD, denna gång med hänvisning till NJA 1938 s. 149, kan kvittning ske med fordran på utdelning, eftersom denna riktar sig mot konkursboet, vilket samtidigt är innehavare av återvinningsfordran. Avslutningsvis konstaterades att det faktum att A också var försatt i konkurs inte ställde till något problem, då såväl återvinningsfordran som utdelningsfordran stått mot varandra innan As konkurs. Konkursförvaltarens utdelningsförslag skulle således fastställas.

Utgången i samtliga ovan refererade fall får anses tämligen självklar. Om återvinningsssvarande hade tillåtits använda sin motfordran till att kvitta mot den uppkomna återvinningssskulden/huvudfordran hade det aldrig varit någon vits med en återvinningstalan.

Trots att det inte var föremål för egentlig prövning i något av rättsfallen, då återvinningsssvarande alltid hade andra fordringar som gjordes gällande, är situationen den att återvinningsssvarandes återuppväckta fordran anses uppkommen innan konkursbeslutet, medförande exempelvis rätt till utdelning.²⁰¹ Att den återuppväckta fordran ska ingå i ackordet framgår tydligt av 3 kap 7 § LFR.

Vad som emellertid kan förbrylla en aning är att återvinningsfordran anses uppkommen efter konkursbeslutet. Enligt 3 kap 3 § KonkL ska till gäldenärens bo bland annat räknas det som kan komma att återgå via återvinning. Den berättigade frågan är därmed om inte tidpunkten för återvinningsfordran uppkomst ska bedömas på samma vis som tidigare konstaterats, nämligen att återvinningsfordran uppkommit genom den återvinningsbara rättshandlingen innan den kritiska tidpunkten, men att villkoret för fordran uppfyllts först därefter genom att konkurs- respektive rekonstruktionsförfarandet inletts och återvinning påkallats. I sådant fall skulle emellertid kvittning inte vara uteslutet på grund av att fordringarna inte stått mot varandra och återvinningsreglerna hade inte, som HD uttryckte det i NJA 2001 s. 805, i borgenärernas gemensamma intresse återställt det läge som rådde innan den återvinningsbara rättshandlingen företogs.

²⁰¹ Se bl.a. Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 337 f. Jmf med 4 kap 21 § KonkL.

Närmare tillhands ligger eventuellt att bedöma ovanstående fråga enligt den tidigare nämnda regeln om kvittningsförbud vid egen skuldsättning i 5 kap 16 § 2 st KonkL respektive 2 kap 21 § 3 st LFR. Regeln träffar emellertid inte alla återvinningsfordringar eftersom den dels förutsätter att återvinningsvaranden först varit i skuld till gäldenären, dels att själva rätts-handlingen varit att jämställa med en betalning med osedvanliga betalningsmedel. Emellertid hade det varit mer ändamålsenligt att hänföra återvinningsvarandens förlust av kvittningsrätt till en regel om otillbörlighet än att felaktigt anföra att återvinningsfordran uppkommit först efter den kritiska tidpunkten.

Noteras bör att Lagberedningen i *Utsökningsrätt X* tar upp återvinningsfordran till behandling under stycket om fordrans beskaffenhet.²⁰² Vidare kan en viss skepsis skönjas hos Håstad som även han behandlar återvinningsfordran under stycket om fordrans beskaffenhet och anger att den ”formella förklaringen torde emellertid vara att *återvinningskravet uppstår först genom konkursbeslutet* [Sic!]”.²⁰³

4.4.2 Avtalsbrott

Strax ovan väcktes frågan om det faktum att fordran skapats eller bibehållits på ett otillbörligt vis skulle kunna leda till att kvittning på grund av fordrans beskaffenhet är utesluten.

HD har haft att ta ställning till det ovanstående spørsmålet i rättsfallet NJA 1995 s. 356. Förenklat kan följande situation sägas ha varit förhanden. Bolaget X beställde varor från bolaget B, men fick på grund av tidigare obetalda fakturor betala köpeskillingen i förskott. Kort tid därefter genomfördes en inkråmsöverlåtelse från bolaget X till bolaget A, där allt inkråm inklusive huvudfordran avseende förskottet övertogs av A. X försattes därefter i konkurs. Tanken var att A skulle fortsätta den bedrivna verksamheten, varför A krävde leverans av B. B vägrade emellertid detta. A stämde av denna anledning B och begärde återbetalning av det inbetalda förskottet. Med åberopande av de fordringar B hade mot X förklarade B sig kvitta As fordran. Under handläggningen av ärendet i tingsrätten försattes även A i konkurs, varpå konkursboet övertog As talan.

HD konstaterade inledningsvis att B enligt 28 § skuldebrevslagen (1936:81) inte förlorade möjligheten att kvitta en äldre fordran mot X när A framställt krav på betalning för förvärvad huvudfordran. Därefter behandlade HD komputabiliteten och fastslog att en fordran i varor inte kan kvittas mot en penningfordran, men att Bs leveransvägran, som inneburit ett kontraktsbrott, föranlett A att istället för leverans begära återbetalning av förskottet. Kvittning kunde därmed inte uteslutas på grund av bristande komputabilitet.

²⁰² Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 188 f.

²⁰³ Håstad (2004), *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 390.

Frågan som enligt HD till följd av det ovanstående uppkom, var om en borgenär genom ett kontraktsbrott ska kunna åstadkomma en situation där kvittning är möjlig. HD tog upp fördelarna med kvittning och likställde institutet med en form av exekution utan exekutionstitel samt uttalade att fördelarna blir särskilt påtagliga när kvittningen genomförs mot en gäldenär som är i konkurs. Därför borde det enligt HD i princip krävas att borgenären inte skaffat sig möjligheten att kvitta under omständigheter som kommer i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet, särskilt som kvittning i konkurs gynnar borgenären på borgenärskollektivets bekostnad. HD gjorde i denna del en jämförelse med kvittningsförbudet vid egen skuldsättning i 5 kap 16 § 2 st KonkL.

Av det ovan sagda följde enligt HD att ett kontraktsbrott inte borde kunna leda till fördel i kvittningssammanhang för den som begick kontraktsbrottet och att om ett medvetet kontraktsbrott leder till att det uppkommer en situation där kvittning enligt vanliga regler skulle vara tillåten, kvittningen likväl inte på grund av kontraktsbrottet ska kunna genomföras. Bs kvittningsinvändning kom således till följd av fordringarnas beskaffenhet att ogillas.

Lindskog anser utgången vara riktig.²⁰⁴ Han uppställde nämligen redan innan avgörandet två grunder till varför Bs kvittningsrätt vid otillbörlighet ska begränsas. Dessa är dels att handlingen ska vara företagen av B i syfte att kunna kvitta, dels att handlandet ska vara oönskat från samhällsynpunkt.²⁰⁵ Att B i ett typfall av det ovanstående kan sägas ha företagit handlingen att inte leverera och således tvinga motparten att begära återbetalning av förskottet i kvittningssyfte torde vara självklart. Vidare är det ej heller något som kan sägas vara särskilt önskvärt ur samhällssynpunkt.

Ett medvetet kontraktsbrott innebärande en fördel i kvittningshänseende leder således till att kvittning kan uteslutas på grund av fordringarnas beskaffenhet. Av intresse är därmed att närmare undersöka andra former av otillbörligt handlande.

4.4.3 Avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder m.m.

I 3 kap AvtL behandlas bland annat rätthandlingars ogiltighet.²⁰⁶ Intressant är att se till hur ogiltigheten påverkar en eventuell kvittning och framförallt om detta kan hänföras till fordringens beskaffenhet.

Ovanstående fråga har prövats i rättsfallet NJA 1963 s. 195. B, som tidigare mot ockerränta lånat ut pengar till konkursgäldenären A, fälldes av samtliga instanser för ocker i enlighet med nuvarande 9 kap 5 § brottsbalken. As

²⁰⁴ Se Lindskog (1995/96), *Kvittning mot huvudfordring tillskapad genom avtalsbrott*, JT häfte 2, s. 398 ff.

²⁰⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 270 f.

²⁰⁶ Att kapitelrubriken lyder *Om rätthandlingars ogiltighet* torde vara ett förbiseende som lämpligen skulle kunna ha rättats med tillägget *m.m.* Detta särskilt efter införandet av 36 § AvtL, som medger partiell ogiltighet.

konkursbo hade i ett enskilt anspråk yrkat att den ockerränta som A utgivit skulle återbetalas till konkursboet. B ville dock avräkna sin motfordran på grund av de ursprungliga lånen mot konkursboets krav.

Underrätterna kom till olika slut. HD godtog dock Bs kvittningsyrkande. I domskälen uttalade HD att såvitt angår de ”avsedda lånen har man att utgå från att försträkningsavtalen icke äro gällande mot [A]. Ogiltigheten är icke [såsom konkursboet gjort gällande] begränsad till ränteutfästelserna utan omfattar avtalen i deras helhet. Konkursboet äger därför icke återkräva de erlagda räntebeloppen utan att å sin sida återbära oguldna kapitalbelopp”. Då fordringarna stått mot varandra innan den kritiska tidpunkten fanns enligt HD inget hinder mot att godkänna kvittningen.

Rättsfallet omnämns av Lagberedningen i *Utsökningsrätt X* i en hänvisning till att det har hävdats att kvittning i princip inte bör få ske om borgenären genom rättsstridig handling satt sig i skuld till gäldenären.²⁰⁷ Lagberedningen tillstår dock att rättsläget är osäkert och att de inte ansett sig kunna gå in på en differentiering av olika fordringar efter deras rättsliga grund.²⁰⁸

Såväl Walin som Welamson väljer att inte kommentera fallet, annat än att ange det som ett exempel på att det osäkra rättsläget.²⁰⁹ Lindskog anser att rättsfallet är riktigt avgjort.²¹⁰ Detta då Bs handlande i ett typfall av det ovan angivna sker utan kvittningssyfte för B. Som skäl till att räkna kvittningssyftet som det starkare av de två anger Lindskog att allmänprevention främst bör tillgodoses av det straffrättsliga regelsystemet.²¹¹ Tilläggas bör att Lindskog således anser att ett brottsligt handlande utan kvittningssyfte inte utesluter kvittning.²¹²

Noteras bör dock att rättsfallet avgjordes innan beskaffenhetsrekvisitets kodifiering i lagtext. HD, som förvisso till viss del valt att motivera svaret utefter konkursboets yrkande, förefaller också främst ha velat klargöra att den civilrättsliga ogiltigheten vid ocker innebär att rättshandlingen i sin helhet ska återgå och att ockerparagrafens lydelsen *icke gällande mot den förfördelade* i 31 § AvtL, därmed inte innebär att rättshandlingen fortsatt ska gälla med ockraren.

Om ovanstående rättsfall skulle ha avgjorts på annat vis med nu gällande regler får låtas vara osagt. NJA 1995 s. 356 öppnar onekligen för ett mer restriktivt användande av beskaffenhetsrekvisitet. Skillnaden fallen emellan är dock att B i 1995 års fall de facto handlat otillbörligt just i syfte att kunna kvitta, medan detta knappast kan anses ha varit Bs huvudavsikt i 1963 års fall. Görs en återknytning till vad som anförts under rubrik 3.2.4.2 angående

²⁰⁷ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 184.

²⁰⁸ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 184 och särskilt not 6.

²⁰⁹ Se Walin (1987), *Materiell konkursrätt*, s. 75

och Welamson (2003), *Konkurs*, s. 174 n 58.

²¹⁰ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 270 f.

²¹¹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 270.

²¹² Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 275 ff.

5 kap 16 § 2 st KonkL och dess motsvarighet i 2 kap 21 § 3 st LFR, noteras att paragrafernas tillämpning kräver att borgenärens skuldsättning gjorts just i syfte att kunna kvitta.

Att i enlighet med det ovanstående uppställa regeln att en fordran som uppkommit eller bibehållits genom en otillbörlig handling som vidtagits i kvittningssyfte, ej kan användas till kvittning vid gäldenärens obestånd på grund av fordrans beskaffenhet torde inte vara att gå alltför långt. Om kvittningssyftet kan uteslutas får däremot i dagsläget låtas vara osagt.

4.5 Avtalat kvittningshinder

4.5.1 Rakt kvittningshinder

Något bör även nämnas om avtalat kvittningshinder. Tas för ett tillfälle återigen steget utanför KonkL och LFR, kan det direkt fastslås att det mellan två parter är möjligt att avtala om kvittningshinder. Skälet till detta kan vara flera, men oftast torde den ena partens likviditetsbehov vara avgörande för införandet av en sådan klausul. Görs en återanknytning till rättsfallen NJA 1916 s. 154 respektive NJA 1996 s. 368, vilka behandlats under rubrik 3.4.1.1, märks nu det faktum att konkursboet i båda fallen hade kunnat undkomma att B kvittningsvis läts infria sin fordran. Detta genom att för leverans uppställa kravet på kvittningshinder. Regelmässigt är det troligtvis så att de flesta förvaltare och rekonstruktörer numera i vart fall ser till att få med en sådan klausul i de flesta avtal som ingås. Således har troligtvis det tidigare refererade förslaget från Håstads slutbetänkande *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden* inte sådan stor praktiskt betydelse i annat fall än där det verkligen inte finns någon annan att naturaprestera till. Regeln är måhända tänkt att vara ett räddningsplank för den förvaltare/rekonstruktör som förbisett att föreskriva kvittningshinder.

Såsom inledningsvis i denna huvudrubrik nämndes är beskaffenhetsrekvisitet utformat på så sätt att det anges att kvittning inte får ske om kvittning utanför konkurs respektive rekonstruktion inte var möjligt. Frågan som uppkommer är om detta därmed innebär att ett avtalat kvittningshinder även står sig vid en konkurs eller företagsrekonstruktion, då kvittningshindret alla gånger uteslöt kvittning innan förfarandet inleddes.

Svaret på det ovanstående spørsmålet är att det beror på om man anser kvittningshindret vara hänförligt till fordrans beskaffenhet eller ej. Lagberedningen uttalade i *Utsökningsrätt X* att införandet av beskaffenhetsrekvisitet inte hindrar en bank att under konkurs kvitta ett tillgodohavande som gäldenären har inestående hos banken även om kvittning utom konkurs var

utesluten enligt avtal.²¹³ Det saknades enligt Lagberedningens mening ”tillräckliga skäl att skydda konkursboet mot sådan kvittning”.²¹⁴

Lindskog är av den åsikten att ett kvittningsförbud trots det ovan anförda gäller i konkursen och ställer frågan varför B gentemot konkursboet inte skulle vara bunden vid sitt löfte till A.²¹⁵ Lennander anser däremot, med hänvisning till Lagberedningens uttalande, det faktum att borgenären avstått kvittningsrätten utom konkurs ”inte utan vidare [medför] att borgenären också skulle vara förhindrad att kvitta i gäldenärens konkurs”.²¹⁶ Även Walin förefaller anse kvittningshindret bli överksam vid konkurs.²¹⁷

Den av Lindskog väckta frågan har viss relevans. Ett konkursbo med fortsatt drift och i synnerhet en gäldenär under företagsrekonstruktion har väl i princip samma, om inte större, behov av likvida medel för att hålla igång driften under förfarandet. Att underkänna ett kvittningsförbud som av likviditets-skäl tidigare uppställts torde i ett sådant läge vara att förfela grundtanken med fortsatt drift respektive företagsrekonstruktion. Vidare måste även det faktum påpekas att borgenären tar, eller i vart fall borde ta, betalt för den kredit han ger i relation till sitt risktagande. En kredit förenad med god säkerhet ska således kosta mindre i bland annat ränta, än en kredit förenad med något sämre säkerhet och kvittningsförbud. Regelmässigt får en sådan prissättning även antas vara för handen. I ljuset av detta är den berättigade frågan kanske snarare varför B ska få lov att betinga sig högre ersättning för en risk han inte tar, i de fall ett kvittningsförbud ställts upp, men inte ska anses gälla i konkursen.

Praxis kring frågan är i princip obefintlig. Spörsmålet har dock indirekt kommit till prövning i rättsfallet RH 1988:105 med följande bakgrund. Bolaget A hade hamnat i en ekonomisk kris. I syfte att rekonstruera A under hand lade de största borgenärerna fram en plan vilken bland annat gick ut på att borgenären B skulle förvärva As lager och inventarier. Köpeavtalet hann undertecknas innan rekonstruktionsplanen föll på grund av andra omständigheter. Istället för kontant betalning, vilket angavs i avtalet, kom B att använda sina sedan tidigare föreliggande motfordringar till kvittning mot As fordran på grund av köpet. Strax därefter försattes A i konkurs.

Under påstående att B enligt köpeavtalen haft skyldighet att erlagga likviden i sin helhet kontant och att kvittning således inte kunnat ske, yrkade konkursboet i TR att B via återvinning skulle förpliktas utge det avtalade beloppet. TR konstaterade i sin av HovR fastställda dom att kvittningen inte var möjlig i konkursen på grund av fordringens beskaffenhet som kontantbetalning. Återvinning kunde således enligt 4 kap 5 § KonkL ske då kvittningen bland annat var otillbörlig. Konkursboets talan bifölls av denna anledning.

²¹³ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 189. Notera dock att bankerna normalt alltid föreskriver att kvittning ska vara möjligt.

²¹⁴ SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 189.

²¹⁵ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 316 ff.

²¹⁶ Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 260.

²¹⁷ Se Walin (1987), *Materiell konkursrätt*, s. 81.

Även om det ovannämnda avgörandets prejudicerande verkan kan sättas ifråga visar det att i vart fall ett avtalat likviditetsbehov kan utesluta kvittningsrätt. Om detta står sig vid en ytterligare prövning får lämnas öppet, även om skäl nog talar för att så borde ske.

4.5.2 Kvittningshinder med undantag för gäldenärens obestånd

Kompliceras den under föregående rubrik nämnda situationen ytterligare kan frågan ställas om vad som sker när parterna i avtalet har reglerat kvittningsförbudet på så vis att det av avtalet framgår att förbudet i händelse av konkurs eller företagsrekonstruktion per automatik faller. Det ska noteras att den modifierade klausulen enligt beskaffenhetsrekvisitets lydelse inte förändrar situationen, kvittningen var fortfarande utesluten innan konkurs- respektive rekonstruktionsförfarandet inleddes.

Lindskog hävdar att kvittningsförbudet trots avtalet står sig.²¹⁸ I en aningens krystad förklaring anför Lindskog att B och A i själva verket ingått två olika avtal, ett mellan B och A och ett mellan B och As konkursbo.²¹⁹ Att parterna sinsemellan har avtalsfrihet är självklart. Vad som enligt Lindskog gör att kvittningshindret står sig är att A inte till förfång för sina borgenärer via avtal kan binda sitt konkursbo.²²⁰ Detta kommer sig av den under rubrik 2.2.2. behandlade principen om numerus clausus.

Samma argument som under föregående rubrik anfördes kring att kvittningshinder oftast uppställs för att garantera gäldenärens likviditet har även bäring i den nu aktuella situationen. Emellertid kan det ifrågasättas om borgenären verkligen ska bli bunden av ett avtal som han inte avsett att ingå. Parterna kan lika gärna enbart anses gjort avsteg från vad som annars skulle ha gällt när gäldenären var solvent, men återgått till den normala situationen vid konkurs respektive företagsrekonstruktion.²²¹ Frågan får således i dagsläget anses vara öppen.

4.6 Kvittningshinder då fordringsförhållandet upphört

Avslutningsvis under rubriken om fordrans beskaffenhet ska något om fordringsförhållandets upphörande nämnas.²²²

²¹⁸ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 319 ff.

²¹⁹ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 322.

²²⁰ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 320 f. Uppenbarligen anser Lindskog denna gång principen om numerus clausus vara av vikt.

²²¹ Jmf Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 320 f, som tar upp invändningen, men avfärdar den som oviktig.

²²² Terminologiskt kan det ifrågasättas om förevarande spørsmål ska behandlas under en rubrik om fordrans beskaffenhet. Emellertid får som förklaring anges det faktum att frågan

Vid en genomläsning av 5 kap 15 § KonkL respektive 2 kap 21 § LFR kan det något märkliga faktumet noteras att det inte klart framgår att fordran fortfarande måste vara gällande när kvittningen görs. Paragraferna talar nämligen bland annat om en fordran som gäldenären *hade* mot borgenären innan den kritiska tidpunkten. Trots att det kanske kan anses underförstått att ett ömsesidigt fordringsförhållande måste föreligga för att kvittning ska vara möjligt har frågan kommit till prövning i rättspraxis.

Bakgrunden i rättsfallet NJA 1987 s. 253 var att bolaget AB Malaga (A) hade försatts i konkurs. Stor fordringsägare var SE-banken (B), hos vilken A även hade tillgodohavanden i form av medel på dels ett checkräkningskonto och dels ett vanligt kapitalsamlingskonto. Konkursboet tillskrev B och begärde att ett nytt bankkonto med konkursboet som innehavare skulle öppnas vartill medlen från de båda tidigare kontona skulle överföras. B följde uppmaningen, men kom att efter två dagar återföra medlen till de ursprungliga kontona. Detta med hänvisning till att de förbisett möjligheten att kvitta. I sin bevakningsinlägga meddelade således B att kvittning hade skett, något som ej godtoqs av konkursboet.

Konkursboet yrkade att B skulle förpliktigas utbetala de aktuella medlen. Grunden var enligt konkursboet att det ömsesidiga fordringsförhållandet hade upphört i och med överföringen till konkursboets konto och att kvittning därmed var utesluten. B bestred detta och hävdade att överföringen endast var en intern bokföringstransaktion och inte en utbetalning, varför fordringsförhållandet aldrig upphört. Såväl underrätterna som HD ogillade konkursboets talan.

HD anförde i de kortfattade domskälen att eftersom fordringarna som tvisten avsåg tillhörde A när konkursbeslutet meddelades, kom de i och med beslutet att räknas till konkursboet. En överföring till konkursboets konto kunde inte anses ha inneburit en betalning från B till konkursboet. Överföringen ändrade enligt HD inte fordringarnas karaktär i något hänseende av betydelse för kvittningsfrågan, då fordringsförhållandet var detsamma även därefter. B hade därför, överföringen till trots, kvar sin rätt till kvittning.

Kort tid efter ovannämnda avgörandet kom i och med rättsfallet NJA 1988 s. 94 ett liknande spörsmål till prövning i HD.

En privatperson (A) arbetade som fristående transportör för Bilspedition AB (B). Innan A gick i konkurs hade A av B köpt ett lastbilssläp på avbetalning och enbart hunnit med att betala en del av den totala köpeskillingen. Något äganderättsförbehåll förelåg ej. Vid konkursutbrottet hade A att fordra betalning av B avseende transporter A utfört samma månad som konkursen inträffat.

om fordrans existens något ansträngt även skulle kunna innefattas i en större fråga om fordrans beskaffenhet.

B bevakade sin fordran avseende lastbilssläpet utan att därvid nämna något om As huvudfordran. Kort därefter inbetalades, utan något förbehåll, dock denna skuld till konkursboets bankkonto. Först därpå avsändes ett brev från B till konkursboet där, under hänvisning till att utbetalningen hade skett av förbiseende, kvittning yrkades. Förvaltaren avvisade dock denna kvittningsframställning och då utdelningsförslaget inte gav oprioriterade fordringar, till vilken Bs fordran räknades, någon utdelning, kom tvisten på Bs initiativ att prövas av domstol.

Såväl underrätterna som HD fann att Bs kvittningsmöjlighet gått förlorad i och med inbetalningen, varför Bs talan ogillades. HD inledde med att fastslå att den som innehar en kvittningstill motfordran kan, av en eller annan anledning, välja att i stället betala skulden varpå kvittningsrätten därmed skulle gå förlorad. Vidare tillstod HD att det emellertid kan föreligga särskilda omständigheter som medför att en betalning inte ska anses som bindande, där betalning av misstag eller på grund av oriktiga förutsättningar omnämndes. HD fortsatte resonemanget och framförde att med hänsyn till de särskilda förhållanden som gäller vid konkurs där ”kvittning i princip inte får ske för andra fordringar än sådana som förelåg vid konkursutbrottet och förvaltningen är inriktad på en avveckling av boet under tillvaratagande av borgenärernas gemensamma rätt och bästa”,²²³ det inte kan uteslutas att vissa ytterligare situationer av närliggande karaktär kan uppstå i fall då omständigheterna är så speciella att kvittningsrätten, trots betalning, ska anses bevarad. Att B endast åberopat att betalningen skett av misstag och det faktum att de bevakat sin fordran ledde enligt HD inte till en annan bedömning än att inbetalningen blivit bindande för B och att kvittningsrätten därigenom gått förlorad.²²⁴

1987 års fall torde fortfarande idag medföra viss oro inom konkursförvaltar-kretsar, då förfarandet att öppna ett bankkonto i konkursboets namn och till detta överföra konkursgäldenärens inestående medel är vedertaget. Att banken även egenmäktigt återfört medlen från konkursboets konto har säkerligen inte bidragit till att minska förvirringen. Emellertid medförde själva återförandet av medlen inte att fordringsförhållandet ändrades. Direkt i och med konkursbeslutet övergår alla fordringar från A till konkursboet. Dispositionen på olika konton påverkar, vilken B i 1987 års fall även framhöll, inte fordringsförhållandet. A, eller numera konkursboet, har fortfarande en huvudfordran mot B. Av denna anledning får rekommendationen således bli att konkursboet bör se till att aldrig öppna ett konto i samma bank som konkursgäldenären använt. I linje med 1988 års fall måste nämligen en utbetalning från banken nummer ett till bank nummer två utesluta kvittningsrätt.

Avslutningsvis bör även rättsfallet NJA 2000 s. 78 nämnas. Frågan rörde framförallt om en konkursförvaltare varit behörig att med bindande verkan för panthavarna och konkursboet godta en kvittning som borgenären gjort

²²³ NJA 1988 s. 94, s. 97.

²²⁴ Se även Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2000-09-06, T 491-99, där en snarlik situation var för handen och utgången i hovrätten blev densamma. Domen överklagades ej.

med en efterställd fordran mot en skuld enligt ett skuldebrev som A hade pantsatt före konkursen.

När konkursförvaltaren krävde B på betalning enligt skuldebrevet förklarade B att den efterställda fordran genom kvittning skulle gå i avräkning mot As fordran enligt skuldebrevet och begärde konkursboets accept av kvittningsförklaringen. Detta kom konkursförvaltaren att via brev bekräfta. Efter påtryckningar från det konsortium av banker till vilket A pantsatt skuldebrevet ändrade sig emellertid förvaltaren och menade att kvittningsaccepten var ett förklaringsmisstag och att han ändå inte var behörig att träffa en sådan överenskommelse.

I HDs bedömning av förvaltarens behörighet uppkom frågan om förvaltaren enligt KonkL iakttagit panthavarens intressen. Här fastslog HD att kvittningsrätt inte var för handen om gäldenären överlätit sin fordran före konkursbeslutet och att detsamma ska anses gälla om fordran pantsatts. Då fordran hade pantsatts före den kritiska tidpunkten och då dessutom Bs fordran på A var efterställd, hade B enligt HD ingen rätt att kvitta.²²⁵ Förvaltaren hade således överskridit sin behörighet, varför kvittningen inte kunde göras gällande av B.

Om en fordran pantsätts medför detta således att kvittning är utesluten. Det bör här emellertid noteras att B enligt skuldebrevslagen har en rätt hos förvärvaren av fordran, det vill säga bankerna, att i dylika fall kvitta, men att även detta var omöjligt då Bs fordran mot A dels förföll efter det att B hade denuncierats om pantsättningen av As fordran och dels förföll senare än As fordran mot B i enlighet med 10 och 28 §§ skuldebrevslagen.

Intressant är emellertid att en pantsatt fordran som panthavaren inte utnyttjat och således återställt till pantsättaren av HD i rättsfallet NJA 1984 s. 185 ansetts uppkommen innan den kritiska tidpunkten. B kunde därmed kvitta sin motfordran mot konkursgäldenären As tidigare pantsatta fordran. Sammanläst med 2000 års fall märks således att en pantsättning av fordran endast gör att det ömsesidiga fordringsförhållandet temporärt upphör. Avstår panthavaren av någon anledning panten är kvittning återigen möjligt.

²²⁵ Här fick således även Lagberedningens under rubrik 4.1 nämnda uttalande om att en efterställd fordran inte kunde användas till kvittning på grund av sin beskaffenhet bekräftelse.

5 Återvinning av företagen kvittning

5.1 Inledande om kvittningens konstruktion

Under tidigare rubriker har kvittningsförutsättningar behandlats. Emellertid är det även av vikt för analysen av förutsättningarna för kvittning vid gäldenärens obestånd att avgöra under vilka former en kvittning som skett innan den kritiska tidpunkten kan komma att återvinnas. Först när detta har tagits upp kan den övergripande frågan anses ha besvarats tillfredsställande.

Inledningsvis konstaterades det att kvittning i sin konstruktion är en avräkning mellan två parter, vilka båda samtidigt har såväl en skuld till som en fordran mot den andra parten. Vid en kvittning får således åtminstone den ena parten ersättning fullt ut för sin fordran genom att dennes skuld till den andra nedbringas. Kvittning kan således i vissa delar jämföras med betalning där parterna genom kvittningen får betalt för sina fordringar, utan att regelrätta betalningsmedel utväxlas. Samtidigt är kvittningen även ett sätt för borgenären B att ha säkerhet för sin fordran mot A. Möjligheten till kvittningen kan i denna skepnad jämföras med en pantsättning där pantobjektet är panthavarens Bs egna skuld till pantsättaren A. Det sagda medför att framförallt tre paragrafer i 4 kap KonkL kan vara aktuella vid återvinning av företagen kvittning. Dessa är 10 § om återvinning av betalning, 12 § om återvinning av ställd säkerhet samt 5 § om återvinning vid allmän otillbörlighet.

Kopplingen mellan ovanstående paragrafer och det uppställda kvittningsförbudet vid egen skuldsättning i 5 kap 16 § 2 st KonkL respektive 2 kap 21 § 3 st LFR är stark. Används det under rubrik 3.2.4.3 givna exemplet om en borgenär som med vetskap om gäldenärens obestånd beställer varor på kredit med avsikten att tillgodogöra sig varornas värde som en form av kompensation för den kommande fordringsförlusten, märks det faktum att även samtliga ovan angivna paragrafer kan användas för att angripa situationen. Borgenären har otillbörligt gynnats framför andra borgenärer och egendom har undandragits dem. Att borgenären fått sin skuld ersatt med varor kan även anses vara en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel. Vidare kan varorna ses som en säkerhet för den ursprungliga skulden, vilken inte överlämnats utan dröjsmål efter skuldens tillkomst.

Kvittningsförfarandet i sin konstruktion angränsar enligt det ovan nämnda följaktligen till andra områden där återvinningsfrågor gör sig aktuella. Detta har föranlett Lennander att i hennes *Återvinning i konkurs* kategorisera återvinning av kvittning som något som ”följer sina egna regler, vilka varken till fullo överensstämmer med reglerna om återvinning av betalning eller av

säkerställande eller om kvittning i konkurs”.²²⁶ Lennander menar även att reglerna om återvinning av betalning är strängare mot borgenären än vad reglerna om återvinning av företagen kvittning är.²²⁷

I ljuset av Lennanders ovannämnda påstående torde det därmed vara på plats med en systematisk genomgång av reglerna om återvinning av företagen kvittning. Först ska det dock fastslås att föresatsen med denna huvudrubrik inte är att närmare analysera de rekvisit av svävande karaktär, exempelvis *avsevärt belopp* eller *ordinär betalning*, som återfinns i 4 kap KonkL. Rekvisiten har redan behandlats i den allmänna återvinningslitteraturen och är ej heller uteslutande tillämpliga vid återvinning av kvittning.²²⁸ Viktigare i förevarande arbete är att analysera om en kvittning överhuvudtaget kan angripas via rekvisit som de ovan nämnda. Vad som ska presenteras är ett schema för återvinning.

5.2 Nackdelsrekvisitet

Något som särskilt bör förtydligas är att en kvittning när gäldenären är solvent inte är till förfång för övriga borgenärer, då summan av gäldenärens tillgångar minus skulder är densamma innan som efter den företagna kvittningen. Det är först vid obeståndet som kvittningen kan vara till nackdel för övriga borgenärer, men då endast om kvittningen de facto påverkar borgenärernas inbördes rätt till utdelning.

Som grundförutsättning vid all form av återvinning gäller att den företagna rättshandlingen ska ha varit till nackdel för övriga borgenärer. Detta framgår inte specifikt av 4 kap KonkL, utan anses vara underförstått.²²⁹ En rättshandling som i och för sig skulle kunna återvinnas vare sig ska eller kan därmed bli föremål för återvinning om den inte varit till nackdel för övriga borgenärer vid tidpunkten då den företogs. Ett exempel på när nackdelsrekvisitet utesluter återvinning är om en betalning strax innan en konkurs gjorts till den borgenär som har bäst förmånsrätt i konkursen. En återvinningstalan skulle inte bara vara kostsam för boet, utan även i flera fall obefogad då situationen oftast är den att borgenären i ett senare stadie ska erhålla ett större belopp i utdelning än vad som skulle kunna återvinnas.

Det ovanstående nackdelsrekvisitet får därmed även anses gälla vid en återvinning av en företagen kvittning. Enligt Lennander torde en ogiltigt påkallad kvittning enligt samma princip kunna godkännas såtillvida nackdel inte uppstår för någon annan borgenär.²³⁰ Uppfattningen synes befogad och såle-

²²⁶ Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 258.

²²⁷ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 271.

²²⁸ Om avsevärtrekvisitet, se exempelvis Lennander (2004), *Återvinnig i konkurs*, s. 232 ff. Lennander (2004), *Återvinnig i konkurs*, s. 240 f, har efter genomgång av praxis satt tumregeln till 10 % av gäldenärens samlade tillgångar.

²²⁹ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 132 ff.

²³⁰ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 263.

des får slutsatsen dras att även när situationen inte rör återvinning av kvittning, den första frågan som ska ställas är om annan borgenär lidit nackdel.

5.3 Schema för återvinning av kvittning

5.3.1 Schemat enligt 4 kap 10 § KonkL

I 4 kap 10 § 2 st KonkL ges den enda lagstadgade föreskriften om återvinning av företagen kvittning genom att det förestavas att vad som i första stycket sägs om återvinning av betalning också ska tillämpas när kvittning har skett, under förutsättning att borgenären inte hade varit berättigad att kvitta i konkursen. Paragrafen första stycke anger bland annat att en betalning av en skuld som gjorts senare än tre månader före konkursansökan med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning, kan återvinnas om den inte med hänsyn till omständigheterna ändå ska anses vara ordinär.

Schemat som av det ovan angivna framträder är således följande. Den första frågan vilken ska besvaras är om borgenären i konkursen eller under företagsrekonstruktionen hade kunnat kvitta om samma förutsättningar varit för handen vid denna tidpunkt som vid tidpunkten när kvittningen skedde. Att fordringarna stått mot varandra innan den kritiska tidpunkten får förutsättas. Vad som i denna bedömning skulle kunna utesluta kvittning är dels fordrans beskaffenhet, dels specialregleringarna i 5 kap 2,3 och 16 §§ KonkL respektive 2 kap 21 § 2-3 §§ LFR.²³¹ Om det visar sig att borgenären inte hade kunnat kvitta i konkursen eller under företagsrekonstruktionen blir nästa fråga att besvara om förfarandet träffas av 4 kap 10 § 1 st KonkL. Ger denna frågan ett jakande svar kan återvinning ske.

5.3.2 Utökad tillämpning av schemat

Tillämpningsområdet för det under föregående rubrik uppskissade återvinningsschemat har i praxis utökats. I det under rubrik 3.2.4.3 angivna rättsfallet NJA 1998 s. 487, vilket rörde återvinning av Bs skuldsättning, var exempelvis den av konkursboet yrkade grunden inte 4 kap 10 § KonkL utan 4 kap 5 § KonkL.²³²

HD använde sig i 1998 års fall av schemat i 4 kap 10 § KonkL. I överensstämmelse med schemat var det första som fastslogs om kvittningen under samma förutsättningar hade kunnat ske i konkursen som när den de facto skedde. Här var svaret nekande då bolagens rättshandlingar föll inom tillämpningsområdet för kvittningsförbudet i 5 kap 16 § 2 st KonkL. Kvar att

²³¹ 4 kap 10 § 2 st KonkL säger förvisso att kvittning ska ha varit utesluten enligt 5 kap 15 och 16 §§ KonkL. Emellertid får en fordran enligt exempelvis 5 kap 2 § KonkL inte göras gällande i konkursen och således inte användas till kvittning enligt 5 kap 15 § KonkL, varför lagrummet kan anses vara kvalificerat bakvägen.

²³² Se även det under rubrik 4.5.1 omnämnda rättsfallet RH 1988:105.

avgöra var därmed om återvinning kunde ske. Här kom prövningen inte att göras enligt 4 kap 10 § KonkL, utan 4 kap 5 § KonkL. I det aktuella fallet gjordes bedömningen redan i och med analysen av kvittningsförbudet vid egen skuldsättning, varför det troligtvis ansågs onödigt att återupprepa sig. Fastslaget var att rätthandlingen mellan parterna på flertalet grunder framstod som otillbörlig, vilket borgenären även haft kännedom om. Rätthandlingen skulle således återgå i enlighet med 4 kap 5 § KonkL.

I enlighet med bland annat 1998 års fall kan det därmed fastslås att schemat för återvinning av företagen kvittning kan utökas till att även innefatta återvinningsregeln vid allmän otillbörlighet i 4 kap 5 § KonkL. Skäl föreligger därmed för att anta att samtliga återvinningsparagrafer, däribland regeln om återvinning av ställd säkerhet, således skulle kunna användas.

Av det ovan anförda får schemat för återvinning av företagen kvittning följande lydelse. Det första som ska avgöras är om kvittning hade kunnat ske om samma förutsättning varit för handen i en konkurs eller under en företagsrekonstruktion. Är svaret jakande är återvinning inte möjligt. Är svaret däremot nekande kvarstår att knyta an förfarandet till någon återvinningsbestämmelse i 4 kap KonkL. Kan detta inte ske är kvittningen möjlig, i annat fall ska kvittningen återgå.

5.3.3 Tillämpliga rekvisit vid återvinning enligt schemat

I anledning av det schema för återvinning av företagen kvittning som nu ställts upp är det av intresse att närmare analysera vilka återvinningsrekvisit som skulle kunna utesluta kvittning i schemats andra del. Doktrinen uppmärksammar nämligen att det vid återvinning av företagen kvittning kan uppkomma frågetecken särskilt vid tillämpningen av rekvisiten i 4 kap 10 § 1 st KonkL. Detta då kvittning de facto skiljer sig från betalning i vissa avseenden.

5.3.3.1 Rekvisitet om annat än sedvanliga betalningsmedel

Rekvisitet om annat än sedvanliga betalningsmedel återfinns på två skilda ställen i KonkL, dels i 4 kap 10 § KonkL rörande återvinning av betalning och kvittning, dels i 5 kap 16 § 2 st KonkL (2 kap 21 § 3 st LFR) rörande kvittningsförbudet vid egen skuldsättning.

För att avgöra om en betalning skett med annat än sedvanlig betalningsmedel har Lennander ställt upp en checklista som ställer frågorna om det tidigare funnits en sedvänja eller ett partsbruk som gör att transaktionen kan ses som ett normalt led i parternas verksamhet samt om transaktionens karaktär skulle ändras om den sätts i samband med andra företagna transaktioner.²³³

²³³ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 223 f.

Lagberedningen uttalade att såväl förvärv av fordran som skuldsättning efter köp av varor i vart fall ska anses som osedvanliga betalningsmedel om rättshandlingarna gjorts i kvittningssyfte.²³⁴

I doktrinen framhålls särskilt att en kvittning är en reguljär uppfyllelse av en betalningsförpliktelse som således i sig inte ska falla inom rekvisitets tillämpningsområde.²³⁵ Författarna förefaller även vara överens om att rekvisitet i övrigt har samma innebörd som vid en återvinning av betalning.²³⁶ Såsom HD fastslog i det tidigare omnämnda rättsfallet NJA 1998 s. 487 ska hela transaktionen vara i fokus, det vill säga såväl skuldsättningen som kvittningen, och det avgörande är det vederlag som borgenären fått för sin skuldsättning.

5.3.3.2 Rekvisiten om betalning i förtid och med avsevärt belopp

Rekvisiten om betalning i förtid och med avsevärt belopp återfinns även de i 4 kap 10 § KonkL.

Enligt Lennander ska det främst ses till den normala förfallodagen vid avgörandet om betalningen skett i förtid.²³⁷

Vid bedömningen av om kvittningen skett med avsevärt belopp anser Lindskog att jämförelsen ska göras mellan vad som gäldenären skulle ha mottagit om kvittning inte skett och vad gäldenären efter kvittning eventuellt erhållit.²³⁸ Enligt Lennanders tumregeln är beloppet avsevärt om det skulle ha överstigit tio procent av gäldenärens samlade tillgångar.²³⁹

Värt att notera är att en regelrätt betalning av en skuld lika lite som en kvittning påverkar gäldenärens balansomslutning. Summan av tillgångarna minus skulderna är densamma såväl innan som efter. Rekvisitet om avsevärt belopp får därmed anses vara uppställt främst i likviditetssyfte, varför en kvittning istället för ett kontant mottagande av huvudfordran på så vis kan få samma följder som en utgiven betalning.

Gällande de ovanstående rekvisiten har doktrinen emellertid intagit en viss restriktiv hållning. Welamson synes framhålla att dessa överhuvudtaget inte ska innefattas i bedömningen, då kvittning enligt både KonkL och LFR kan ske med oförfallen fordran samt då beloppets storlek inte har någon bety-

²³⁴ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 152 f.

²³⁵ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 257, Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 730 och Welamson (2003), *Konkurs*, s. 104.

²³⁶ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 269, Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 732 och s. 740 f. samt Welamson (2003), *Konkurs*, s. 104.

²³⁷ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 226 ff. och särskilt s. 230.

²³⁸ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 741.

²³⁹ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 240 f.

delse för rätten att kvitta i konkurs.²⁴⁰ Samma åsikt avseende betalning i förtid framfördes även av Lagberedningen.²⁴¹

Lennander och Lindskog förefaller vara av en något annan åsikt än Welamsons ovan angivna. Författarna, som i vart fall identifierat schemat enligt 4 kap 10 § KonkL, menar att såväl rekvisitet om betalning i förtid som rekvisitet om avsevärt belopp kan åberopas vid återvinning, men framhåller särskilt att detta endast gäller om kvittningen av någon annan anledning inte fick ske.²⁴² Lindskog ger som exempel att B innan den kritiska tidpunkten kvittat med oförfallen motfordran och med As samtycke infriat huvudfordran som var kvittningsskyddad på grund av sin beskaffenhet.²⁴³ I en sådan situation skulle således rekvisitet användas för att anhängiggöra återvinningen enligt 4 kap 10 § KonkL i enlighet med schemats andra del. Detta framgår emellertid inte av Lindskog resonemang och en motsvarande reservation avseende betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel saknas. Även Lennander uppvisar en viss ambivalent inställning då hon senare anför att det beträffande återvinning av kvittning inte finns något att invända mot att betalningen skett i förtid eller med avsevärt belopp samt tillägger att det faktum att ”en avveckling sker i förtid är t.o.m. önskvärt från konkursboets sida, eftersom hela boet skall realiseras och omvandlas till pengar”.²⁴⁴

Den ovan angivna inställningen kan ifrågasättas. Författarna verkar anförda en form av billighetsskäl vid tillämpningen av dessa rekvisit. Självfallet ska en kvittning som skett dagen innan konkurs inte återvinnas endast på den grund att fordran var oförfallen, i det fall att kvittningen dagen efter hade godkänts. Görs emellertid bedömningen enligt det fastslagna schemat har när frågan gäller återvinning det redan konstaterats att kvittningen inte varit möjlig i konkursen. Några beaktansvärda skäl till att inte tillämpa de uppställda återvinningsreglerna på denna kvittning torde därmed saknas. Att det i enlighet med vad Lennander anför skulle vara önskvärt för övriga borgenärer att en fordran, som inte skulle kunna ha kvittats i konkursen, med bindande verkan kan infrias strax innan torde författaren vara relativt ensam om att anse.

5.3.3.3 Övriga rekvisit i 4 kap KonkL

De övriga rekvisiten som enligt schemat kan komma att tillämpas vid återvinning av företagen kvittning överensstämmer bättre med kvittningens konstruktion varför färre tillämpningsproblem torde behöva uppkomma i denna del.

²⁴⁰ Se Welamson (2003), *Konkurs*, s. 104. Troligtvis avses även företagsrekonstruktion.

²⁴¹ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 153.

²⁴² Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 269 och Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 741.

²⁴³ Se Lindskog (1993), *Kvittning*, s. 741.

²⁴⁴ Se Lennander (2004), *Återvinning i konkurs*, s. 271.

4 kap 5 § KonkL talar, som exempel på det ovanstående, om en *rättshandling* som antingen otillbörligt gynnat en viss borgenär, medfört att egendom undandragits borgenärerna eller medfört att gäldenärens skuldmassa ökat. Kvittning innan den kritiska tidpunkten som skulle ha underkänts därefter faller relativt okomplicerat in under ett otillbörligt gynnande av kvittningsborgenären. Även rekvisitet om att egendom undandragits borgenärerna gör sig gällande, då utdelningsunderlaget efter kvittning blivit mindre. Teoretiskt är det även möjligt att anhängiggöra en återvinning på den grunden att gäldenärens skuldmassa ökat. Detta skulle vara aktuellt i det troligtvis sällsynta fallet att konkursgäldenären utan motsvarande vederlag övertagit någon annans skuld till borgenären som därmed kan kvitta sin uppkomna motfordran mot en tidigare föreliggande skuld till gäldenären. Situationen torde dock på ett smidigare vis kunna angripas via ett påstående om att borgenären otillbörligt gynnats.

4 kap 12 § KonkL reglerar som nämnts överlämnande av säkerhet utan att det var betingat eller i dröjsmål. Paragrafens andra stycke anger att överlämnande av säkerhet ska jämföras med annan åtgärd av gäldenären eller borgenären som är avsedd att trygga borgenärens rätt. Paragrafen får emellertid främst ses som ett andrahandsalternativ till kvittningsförbudet vid egen skuldsättning i 5 kap 16 § 2 st KonkL respektive 2 kap 21 § 3 st LFR.

Vad gäller de tidsfrister som rättshandlingen måste ha skett inom i 4 kap KonkL uttalade Lagberedningen att borgenären ska behandlas som om han fått betalt vid tillfället kvittningen skedde.²⁴⁵ Enligt Lennander innebär detta att tidsfristen ska beräknas från tidpunkten för kvittningen.²⁴⁶

Det bör även under denna rubrik framhållas av betalningar av offentligrättsliga fordringar avseende skatt, avgifter m.m. enligt 4 kap 1 § KonkL inte kan återvinnas. En kvittning med en sådan fordran torde därmed ej kunna återvinnas, även om kvittningen inte kunnat ske i konkursen eller under företagsrekonstruktionen.²⁴⁷

5.4 Särskilt om checkräkningskonton

Ett i praktiken viktigt fall som måste tas upp till behandling är insättningar som sker på checkräkningskonton.

Om gäldenären har medel inestående på ett vanligt inlåningskonto i en bank och banken vid gäldenärens obestånd tillgodogör sig dessa medel till täckande av fordringar banken hade mot gäldenären har en kvittning skett. Bankens motfordran har kvittats mot gäldenärens huvudfordran. En gäldenärs likviditetsbehov fullgörs dock oftast genom att gäldenären hos en bank

²⁴⁵ Se SOU 1970:75, *Utsökningsrätt X*, s. 152.

²⁴⁶ Se Lennander (2004), *Återvinning*, s. 270.

²⁴⁷ I anledning av de nya förmånsrättsreglerna antogs det att återvinningsförbudet avseende statens fordringar skulle försvinna. Emellertid ansågs frågan behöva ”övervägas ytterligare”, prop. 2002/03:49, *Nya förmånsrättsregler*, s. 70.

har ett checkräkningskonto förenat med kredit. Detta innebär, tillskillnad från ett vanligt inlåningskonto, att gäldenären via vanliga uttag kan belasta kontot upp till ett visst förutbestämt belopp. Genom att exempelvis gäldenärens bankgiro kopplas till samma konto kommer betalningar in på checkräkningskontot, varvid gäldenärens skuld till banken i motsvarande mån minskar.

Om ett checkräkningskonto analyseras utefter begreppen mot- och huvudfordran märks det faktum att en huvudfordran föreligger när checkräkningskontot har ett plussaldo, medan en motfordran föreligger då krediten utnyttjats. När medel inflyter på ett utnyttjat checkräkningskonto sker en avräkning varvid ett nytt saldo uppkommer. I rättsfallet NJA 1937 s. 351 uttalade HD att i återvinningshänseende varje insättning på ett checkräkningskonto från återvinningsfristens början till den kritiska tidpunkten ska ”anses såsom betalning i den mån beloppet motsvaras av saldo räkningshavaren till last och ej åter uttages”. Detta innebär att avräkningen på checkräkningskontot inte ska behandlas som en kvittning från banken sida utan som ett mottagande av betalning.

Intressant är även att HD i 1937 års fall, vilket var ett av många i kölvattnet av den s.k. Kreugerkraschen där tvisten rörde stora insättningar som gjorts innan kraschen, vidare fastslog att insättningar som däremot givit ett plussaldo kan vara en sådan skuldsättning som avses i kvittningsförbudet vid egen skuldsättning i nuvarande 5 kap 16 § 2 st KonkL respektive 2 kap 21 § 3 st LFR. Banken blev i det aktuella fallet förpliktigad att även utge dessa medel.

Även rättsfallet NJA 1978 s. 194 rörde insättningar på ett checkräkningskonto. Bolaget Stelvio (A) försattes i konkurs. Konkursboet stämde SE-banken (B) och yrkade att B skulle utge vissa medel vilka blivit insatta på As checkräkningskonto hos B. De aktuella medlen kom från As kunder, vilka inbetalt dem via det till kontot knutna bankgirot. Graverande för B var att det innan konkursen vid ett möte i Bs lokaler framkommit att A var på obestånd, vilket dagen efter lett till att A förklarat sig ställa in betalningarna.

Samtliga instanser ansåg att grund för återvinning fanns, varför B förpliktigades att utge de medel som mottagits efter det att B fick kännedom om insolvensen. Föredraganden inledde sitt betänkande, till vilket HDs ledamöter förenade sig, med att fastslå att Bs rätt att tillgodogöra sig medel som inbetalt av As kunder grundade sig på ett generellt medgivande från A att göra så. Detta medgivande skulle A ha tagit tillbaka när de fick insikt om sitt obestånd. Underlåtenheten att göra så var enligt föredraganden (och underrätterna) att bedöma såsom en rättshandling som avses i 4 kap 5 § KonkL.²⁴⁸ Det otillbörliga förelåg i att, eftersom det till As konto överförda beloppen varit betydande, B gynnats framför andra borgenärer i konkursen. Då B känt till de omständigheter som gjort överförandet av beloppen otillbörligt ansågs rekvisiten för återvinning därmed vara uppfyllda.

²⁴⁸ 30 § ÄKonkL.

Rättsfallet visar återigen att frågan i återvinningshänseende inte avgjorts enligt reglerna om återvinning av företagen kvittning. En intressant fråga är emellertid om det har någon betydelse att återvinningsfrågan i nämnda situationer inte ska avgöras enligt det fastslagna schemat. Bankens mottagande av medel skulle i vart fall med vetskap om gäldenärens obestånd kunna anses otillbörlig och därmed i enlighet med NJA 1995 s. 356 och vad som anförts under rubrik 4.4 utesluta kvittning på grund av fordrans beskaffenhet. Eftersom steg två i schemat anger att det nästa som ska avgöras är om återvinning kan ske är bedömningen från denna punkt den samma som om frågan direkt avgjordes enligt reglerna om återvinning av betalning eller vid allmän otillbörlighet. Som även framgår av 1937 års fall kan mottagandet av medel falla inom reglerna för kvittningsförbud vid egen skuldsättning. En tillämpning av schemat skulle i sådant fall ge den första frågan ett jakande svar genom att förfarandet träffades av 5 kap 16 § 2 st KonkL respektive 2 kap 21 § 3 st LFR. Frågan om återvinning skulle därefter i enlighet med steg två i schemat än en gång avgöras enligt samma grunder.

Bland annat Lennander har särskilt uppmärksammat att kvittningslika rättshandlingar i återvinningshänseende ska bedömas såsom betalningar i ovan angivna situationer.²⁴⁹ Hon anför att det kan ”vara av avgörande betydelse att fastställa, vilken typ av transaktion som förevarit, eftersom reglerna härom företer påfallande olikheter”.²⁵⁰ I enlighet med vad som ovan nämnts torde denna slutsats måhända kunna ifrågasättas.

²⁴⁹ Se Lennander (2004), *Återvinning*, s. 199 ff.

²⁵⁰ Lennander (2004), *Återvinning*, s. 200.

6 Sammanfattande synpunkter

Avslutningsvis ska ges ett par sammanfattade synpunkter över vad som genom arbetet framkommit.

Via det inledningsvis fastslagna tillvägagångssättet att utgå från att kvittningsproblem endast har ett riktigt svar och således inte är så pass diversifierade som exempelvis Lindskog framhållit har ett antal intressanta lösningar på sedan lång tid tillbaka öppna frågor presenterats.

I arbetets första del har kriterierna för fastställandet av en fordrans uppkomst i enlighet med reglerna om konkurs och företagsrekonstruktion undersökts. Den företagna genomgången av förarbeten, praxis och doktrin visar att de två främsta teorierna kring vilka kriterier som ska användas inte stämmer med vad som enligt lag och framförallt praxis kan uttolkas. Avgörandet faller lika lite på om konkursboet eller borgenären råder över huruvida fordran ska bli fullgången eller ej som på om den väsentliga grunden för fordran ska anses vara den ena eller den andra rättshandlingen. Helt avgörande för om en fordran har uppkommit innan den kritiska tidpunkten är om den kan hänföras till ett avtal som slutits under denna period. Oavsett avtalets innebörd och form anses fordran uppkommen då avtalet ingåtts. Den motstående fordran behöver inte heller vara grundad på samma avtal, utan bedömningen av tidpunkten för båda fordringarnas uppkomst ska ske skilt från varandra. Som även visas är detta främst sant vad gäller privaträttsliga fordringar. Praxis gällande offentlighetsrättsliga fordringar har nämligen en benägenhet att göra avsteg fram den fastslagna linjen.

En berättigad fråga enligt det ovan anförda är varför motsvarande teori inte fått genomslag i doktrinen. Säkerligen finns otaliga skäl till detta. I fråga om framförallt Lindskog och Håstad kan det anföras att de båda har ambitionen att uttala sig de lege ferenda, varför en förespråkad annan utgång av avgöranden som de funnit mindre rättvisa således måste understödjas via en mer övergripande teori. Av samma anledning arbetar de båda författarna även ifrån en annan metodisk utgångspunkt, där Håstad främst inriktar sig på former av inträden i gäldenärens avtal och Lindskog i en mer övergripande ändamålsinriktad metod. Vidare får det faktum att en del av det som åberopats i förevarande arbete kunnat göras med facit i hand även anses vara en viktig faktor. Troligtvis avser författarna att i senare utgåvor av sina verk till viss del modifiera de anförda ståndpunkterna.

I arbetets andra del tas det faktum upp att kvittning även kan vara utesluten på grund av fordrans beskaffenhet. Först undersöks fordringar med bristande komputabilitet, varvid det fastslås att kvittning ej är möjligt om förväntansvärdet inte är detsamma för de båda fordringarna. En efter den kritiska tidpunkten omvandlad fordran, exempelvis från natura- till penningfordran, befinner sig inte bota den uppkomna komputabilitetsbristen. Däremot visas att

den uppkomna bristen kan läkas genom att från början låta en alternativ mätbar förpliktelse löpa vid sidan av den ickekomputabla fordran.

Under arbetets andra del konstateras även att en av sociala skäl uppkommen fordran exempelvis avseende underhållsbidrag, inte kan användas till kvittning av den underhållsskyldige. Därefter tas frågan om otillbörligt skapade fordringar upp. Inom framförallt praxis hävdas att anledningen till varför en återvinningsfordran inte kan användas till kvittning är att denna uppkommit efter konkursbeslutet. I enlighet med vad som framkommit om tidpunkten för en fordrans uppkomst visas att den hävdade ståndpunkten är felaktig och att en mer ändamålsenlig motivering till kvittningsförbudet skulle vara att fordran tillkommit otillbörligt och därmed vara utesluten från kvittning på grund av sin beskaffenhet. Vidare visas att ett otillbörligt avtalsbrott, exempelvis då borgenären i tiden innan konkursen respektive företagsrekonstruktionen i avsikt att kunna kvitta tillsett att fordringarna blivit komputabla, medför kvittningshinder. Detta fastslås även gälla andra otillbörliga handlingar där kvittningssyftet kan visas, men frågan lämnas öppen om kvittningsförbud kan uppställas enkom av den anledning att fordran, utan att något kvittningssyfte varit förhanden, skapats på otillbörlig väg.

Under beskaffenhetsfrågan undersöks även avtalat kvittningshinder. Här fastslås att mycket talar för att ett rakt kvittningshinder ska gälla, medan frågan till viss del lämnas öppen i de fall det avtalade kvittningshindret uttryckligen undantar konkursen respektive rekonstruktionen. Avslutningsvis fastslås det tämligen självklara, nämligen att båda fordringarna fortfarande måste vara gällande när kvittningen görs.

I arbetets avslutande del behandlas återvinning av företagen kvittning. Det schema som framkommer genom tillämpning av lag och praxis visar att den första frågan som ska ställas är om kvittningen under samma förutsättningar varit möjlig i konkursen respektive under företagsrekonstruktionen. Om svaret är nekande krävs för återvinning att förfarandet träffas av någon återvinningsparagraf i 4 kap KonkL. De möjligheter till återvinning av företagen kvittning som i arbetet förespråkas är mer omfattande än vad doktrinen i stort erkänner. Någon befogad anledning till den i doktrinen restriktiva tillämpningen av vissa rekvisit har inte befunnits föreligga. Avslutningsvis konstateras att den praktiskt viktiga frågan om insättningar på checkräkningskonton i praxis setts såsom en fråga om återvinning av betalning och inte återvinning av företagen kvittning. Samtidigt visas att detta de facto inte innebär en så pass stor skillnad vad gäller möjligheterna till återvinning som doktrinen framfört.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1973:129	<i>Förslag till lag om anställningsskydd m.m.</i>
Prop. 1975:6	<i>Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.</i>
Prop. 1984/85:108	<i>Avräkning vid återbetalning av skatter och avgifter, m.m.</i>
Prop. 1986/87:90	<i>Om ny konkurslag</i>
Prop. 1994/95:130	<i>Avtal om avräkning (nettning) vid handel med finansiella instrument och valuta</i>
Prop. 1995/96:5	<i>Lag om företagsrekonstruktion</i>
Prop. 1999/2000:82	<i>Mervärdesskatt vid överlåtelse och nyttjande av fastigheter</i>
Prop. 2002/03:49	<i>Nya förmånsrättsregler</i>

Statens offentliga utredningar

SOU 1970:75	<i>Utsökningsrätt X</i>
SOU 1983:24	<i>Ny konkurslag</i>
SOU 1988:63	<i>Kommission och dylikt</i>
SOU 1991:1	<i>Nya förmånsrättsregler</i>
SOU 1992:113	<i>Lag om företagsrekonstruktion</i>
SOU 2001:80	<i>Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden</i>

Övrigt offentligt tryck

DS 2003:89	<i>Finansiella säkerheter</i>
Lagrådets yttrande av 2004-05-17 angående finansiella säkerheter	
NJA II 1921	<i>Konkurslag</i>

Litteratur

- Arnesdotter, Ingrid *Om betalningsinställelse och offentligt ackord*, 1982, Stockholm: Norstedt.
- Om konvertibla skuldebrev och kvittning vid ackord*, 1994, Linköping: Dept. of Management and Economics, Linköping Universitet.
- Ekdahl, Curt *Om fordran i konkurs*, 1935, Stockholm: Norstedt.
- Gregow, Torkel *Svensk rättspraxis : Exekutionsrätt 1982-1990: II Konkursrätt*, Svensk juristtidning 1993, häfte 3, s. 181-245.
- Håstad, Torgny *Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten*, Svensk juristtidning 1988, häfte 3/4, s. 224-261.
- Sakrätt avseende lös egendom*, 3 upplagan, 1986, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Sakrätt avseende lös egendom*, 6 upplagan med supplement, 2004, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Lennander, Gertrud *Återvinning i konkurs*, 1994, Andra omarbetade upplagan, Stockholm: Norstedts juridik.
- Återvinning i konkurs*, 2004, Tredje omarbetade upplagan, Stockholm: Norstedts juridik.
- Lindskog, Stefan *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund: Något om övergiven egendom*, 1987, Stockholm: Nordstedt.
- Kvittning mot huvudfordring tillskapad genom avtalsbrott*, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 1995/96, häfte 2, s. 398-400.
- Preskription: om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid*, 2002, Stockholm: Norstedts juridik. [cit: Preskription].

- Lindskog, Stefan *Kvittning: om avräkning av privaträttsliga fordringar*, 1993, Stockholm: Norstedts juridik [cit: Kvittning].
- Möller, Mikael *Konkurs och kontrakt: om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, 1988, Uppsala: Iustus.
- Pelin, Lars & Elwin, Carl *Inkomstbeskattning vid konkurs och ackord*, 2003, Lund: Palmkron.
- Pfannenstill, Magnus *Konkursbos m.fl. ansvar för annans miljöfarliga verksamhet*, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 92/93, s.104-117.
- Några anmärkningar rörande ansvaret för miljöfarlig verksamhet vid konkurs och liknande situationer*, Svensk juristtidning 1993, häfte 5/6, s. 391-418.
- Rodhe, Knut *Handbok i sakrätt*, 1985, Stockholm: Norstedt.
- Tuula, Marie *Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs*, 2003, Stockholm: Norstedts juridik.
- Walin, Gösta *Materiell konkursrätt: konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning m m*, 1987, Stockholm: Norstedt [cit: Materiell konkursrätt].
- Welamson, Lars *Konkurs*, 2003, Stockholm: Norstedts juridik.
- Konkursrätt*, 1961, Stockholm: Norstedt.

Rättsfallsförteckning

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1889 s. 406	NJA 1986 s. 539
NJA 1916 s. 154	NJA 1987 s. 253
NJA 1929 s. 433	NJA 1987 s. 407
NJA 1933 s. 234	NJA 1987 s. 746
NJA 1935 A 405	NJA 1988 s. 94
NJA 1937 s. 351	NJA 1989 s. 185
NJA 1938 s. 149	NJA 1989 s. 602
NJA 1943 s. 370	NJA 1989 s. 786
NJA 1957 s. 197	NJA 1990 s. 110
NJA 1963 s. 195	NJA 1994 s. 292
NJA 1966 s. 241	NJA 1994 s. 705
NJA 1971 s. 122	NJA 1995 s. 356
NJA 1978 s. 194	NJA 1996 s. 368
NJA 1979 s. 253	NJA 1997 s. 787
NJA 1981 s. 801	NJA 1998 s. 487
NJA 1983 s. 350	NJA 1998 s. 834
NJA 1984 s. 185	NJA 2000 s. 78
NJA 1984 s. 602	NJA 2001 s. 805

Koncessionsnämndens beslut

B 109/91
B 128/91
B 250/92
B 124/94

Regeringsrättens årsbok

RÅ 1962 ref 64
RÅ 1964 ref 42
RÅ 2000 ref 29

Rättsfall från hovrätterna

RH 1988:105

Övriga avgöranden

Hovrättens för Västra Sverige beslut, 2004-10-19, mål nr ÖÄ 3883-04
Hovrättens över Skåne och Blekinge dom, 2000-09-06, mål nr T 491-99
Miljööverdomstolens dom, 2002-02-20, mål nr M 5939-01
Stockholms tingsrätt beslut, 2004-02-17, ärende nr Ä 20810-03
Svea Hovrätts beslut, 2004-07-21, ärende nr ÖÄ 1956-04

Bilaga A – Lagrum i utdrag

Nedan följer utdrag av arbetets mest frekvent åberopade lagrum i dess lydelse beaktat till och med den 1 januari 2005.

Konkurslag (1987:672)

4 kap. Återvinning till konkursbo

Förutsättningar för återvinning

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

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

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

10 § Betalning av en skuld, som har skett senare än tre månader före fristdagen och som har gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning, går åter, om den inte med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinär. Har betalningen skett till någon som är närstående till gäldenären dessförinnan men senare än två år före fristdagen, går den åter, om det inte visas att gäldenären varken var eller genom åtgärden blev insolvent.

Vad som i första stycket sägs om återvinning av betalning tillämpas också när kvittning har skett, om borgenären enligt 5 kap. 15 eller 16 § inte hade varit berättigad att kvitta i konkursen.

12 § Säkerhet som gäldenären har överlämnat senare än tre månader före fristdagen och som inte var betingad vid skuldens tillkomst eller inte har överlämnats utan dröjsmål efterskuldens tillkomst går åter, om inte säkerställandet med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinärt. Har säkerheten överlämnats till någon som är närstående till gäldenären dessförinnan men senare än två år före fristdagen, går den åter under angivna förutsättningar, om det inte visas att gäldenären varken var eller genom åtgärden blev insolvent.

Med överlämnande av säkerhet jämställs annan åtgärd av gäldenären eller borgenären som är avsedd att trygga borgenärens rätt.

När säkerheten förutsätter inskrivning, skall dröjsmål som sägs i första stycket anses föreligga om ansökan har gjorts senare än på den inskrivningsdag som inträffar näst efter två veckor från skuldens tillkomst.

Konkurslag (1987:672)

5 kap. Fordringar i konkurs

Fordringar som kan göras gällande

1 § I konkurs får endast en fordran som har uppkommit innan konkursbeslutet meddelades göras gällande, om inte något annat följer av 3 kap. 2 § eller bestämmelser i annan lag.

En fordran får göras gällande i konkurs även om den är beroende av villkor eller inte är förfallen till betalning.

Kvittning i konkurs

15 § En fordran hos gäldenären som får göras gällande i konkursen kan av borgenären användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade mot honom när konkursbeslutet meddelades. Detta gäller dock inte om kvittning var utesluten utom konkurs på grund av fordringarnas beskaffenhet.

Är en fordran beroende av ett villkor som innebär att borgenären har rätt att få ut fordringsbeloppet endast om viss omständighet inträffar, skall borgenären fullgöra sin förpliktelse trots att han annars hade haft rätt att kvitta. Om han före den dag då utdelningsförslaget upprättas visar att villkoret har uppfyllts, har han emellertid rätt att återfå motsvarande belopp i den mån det inte överstiger vad han har att fordra. Finns det anledning att anta att villkoret kommer att uppfyllas senare, skall ett för borgenären beräknat belopp avsättas när utdelningsförslaget upprättas.

16 § En fordran mot gäldenären som har förvärvats genom en överlåtelse från tredje man senare än tre månader före den i 4 kap. 2 § angivna fristdagen får inte användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade när borgenären förvärvade sin fordran. Detsamma gäller om en fordran mot gäldenären har förvärvats tidigare genom sådan överlåtelse och borgenären då hade skälig anledning att anta att gäldenären var insolvent.

En borgenär som har satt sig i skuld till gäldenären under sådana omständigheter att det är att jämställa med en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel får inte kvitta i den mån en sådan betalning hade kunnat bli föremål för återvinning.

17 § En fordran på ersättning som tillkommer en borgensman eller någon annan med anledning av en förpliktelse som han har infriat (regressfordran) anses vid tillämpningen av 15 och 16 §§ ha förvärvats när hans förpliktelse grundades.

Även om bevakningsförfarande äger rum i konkursen, behöver en borgenär som har rätt att kvitta inte bevaka sin fordran i den mån den täcks av gäldenärens fordran. När kvittning inte får ske, får borgenären trots det på sin skuld avräkna vad som borde ha tillkommit honom som utdelning i konkursen, om hans fordran intill skuldbeloppet hade bevakats i rätt tid.

Överlåter boet en fordran så att en borgenär därigenom förlorar rätten till kvittning, skall boet gottgöra borgenären för detta.

Lag (1996:764) om företagsrekonstruktion

2 kap. Företagsrekonstruktion i allmänhet

Kvittning

21 § Den som hade en fordran hos gäldenären när ansökan om företagsrekonstruktion gjordes får, även om fordringen inte är förfallen till betalning, använda den till kvittning mot fordran som gäldenären då hade mot honom. Detta gäller dock inte, om kvittning är utesluten på grund av någon av fordringarnas beskaffenhet eller undantagen enligt vad som sägs nedan.

Om en fordran mot gäldenären har förvärvats genom överlåtelse från tredje man senare än tre månader före ansökan om företagsrekonstruktion, får den inte användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade när borgenären förvärvade sin fordran. I fråga om dödsbo räknas tiden dock från ansökan om boets avträdande till förvaltning av boutredningsman, under förutsättning att en ansökan om företagsrekonstruktion följt inom tre månader från det att en boutredningsman förordnats. Sådant förbud gäller också, om en fordran mot gäldenären har förvärvats tidigare genom sådant fång och borgenären då hade skälig anledning anta att gäldenären var på obestånd.

En borgenär, som har satt sig i skuld till gäldenären under sådana omständigheter att det är att jämställa med betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel, får inte kvitta, i den mån sådan betalning hade kunnat bli föremål för återvinning enligt 3 kap. 5-7 §§.

En fordran på ersättning som tillkommer en borgensman eller annan med anledning av en förpliktelse som han infriat (regressfordran) anses vid tillämpning av vad som sägs ovan ha förvärvats när hans förpliktelse grundades.

Överlåter gäldenären sedan ansökan om företagsrekonstruktion gjorts en fordran så att en borgenär därigenom förlorar rätt till kvittning, skall han ersätta borgenären för detta.

3 kap. Offentligt ackord under företagsrekonstruktion

Borgenärer vid offentligt ackord

3 § I ackordsförhandling deltar endast borgenärer vilkas fordringar uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion. En borgenär som kan få täckning för sin fordran genom kvittning eller vars fordran är förenad med förmånsrätt deltar inte i förhandlingen. En borgenär som vid konkurs skulle ha rätt till betalning först efter övriga borgenärer deltar inte heller i förhandlingen om inte övriga borgenärer som deltar i förhandlingen medger det.

Om en borgenär helt eller delvis avstår från kvittningsrätt eller förmånsrätt, deltar han i förhandlingen i motsvarande mån. Kan en borgenärs fordran endast till viss del täckas genom kvittning eller understiger värdet av den egendom i vilken en borgenär har särskild förmånsrätt eller förmånsrätt på grund av företagsinteckning hans fordran, deltar han med återstående del av fordringen.

Innehåller ackordsförslaget en bestämmelse att borgenärer som inte har förmånsrätt skall få full betalning intill ett visst belopp, skall deras fordringar i ackordsförhandlingen anses som förmånsberättigade i motsvarande mån.

En borgenär får delta i förhandlingen, även om hans fordran inte är förfallen till betalning eller den är beroende av särskilt villkor.

Med borgenärer som har förmånsrätt likställs en borgenär som till säkerhet för sin fordran har gjort förbehåll om återtaganderätt.