



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Lars Thunberg

Kvittning i Konkurs

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Bengt-Åke Jönsson

Ämnesområde
Civilrätt

Termin
HT 1998

Innehåll

1 SAMMANFATTNING	3
2 FÖRORD	4
3 FÖRKORTNINGAR	5
4 INLEDNING	6
4.1 Metod	6
4.2 Litteratur	7
5 KVITTNING	8
5.1 Allmänt om kvittning	8
5.1.1 Historik och komperativ bakgrund	8
5.1.2 Verkan av kvittning	9
5.2 Lagstiftning	10
5.2.1 Kvittning enligt Skuldebrevslagen	10
5.2.1.1 Enkla skuldebrev	10
5.2.1.2 Löpande skuldebrev	11
5.3 Säkerhetsaspekten hos kvittningsinstitutet	11
5.3.1 Borgenärsskydd	12
5.4 Kvittningssgilla fordringar	12
5.4.1 Huvudfordran	13
5.4.2 Motfordran	14
5.4.2.1 Gällande	14
5.4.2.2 Klar	14
5.4.2.3 Förfallen	15
5.5 Kvittningshinder	15
5.5.1 Otillbörligt handlande	15
5.5.2 Lagreglerade kvittningshinder	16
5.5.3 Avtalade kvittningshinder	16
5.5.4 Processuella begränsningar	16
6 KVITTNING I KONKURS	18
6.1 Den utvidgade kvittningsrätten	18
6.2 Förfarande	19
6.2.1 Kvittningsförklaring	19
6.2.2 Bevakning av motfordran	19
6.2.3 Verkan av genomförd kvittning under konkurs	21
6.2.3.1 Kvittning som ägt rum innan konkurs	21

6.3 Parter vid kvittning i konkurs	22
6.3.1 Staten som kvittningssubjekt	23
6.3.2 Koncernförhållanden	23
6.4 Begränsning av kvittningsrätten	24
6.4.1 Begränsning enligt KL 5:16	24
6.5 Andra kritiska kvittningssituationer	25
6.5.1 Kvittning vid företagsrekonstruktion	25
6.6 Kritik mot den utvidgade kvittningsrätten	26
6.7 Förslag till ändringar av kvittningsrätten i konkurs	26
6.7.1 Effekter av föreslagen ändring	27
6.7.1.1 Effekter på förmånsrätten	28
6.7.1.2 Effekter på utdelningen	28
7 FORDRINGAR VID KVITTNING I KONKURS	30
7.1 Kvittningsbara fordringar	30
7.1.1 Fordringar av samma slag	31
7.1.2 Fordringar i olika myntslag	32
7.2 Särskilt om huvudfordran	32
7.2.1 Huvudfordrans beskaffenhet	32
7.2.1.1 Sociala skäl	33
7.2.2 Avtalade kvittningshinder	34
7.2.2.1 Avtalat kvittningshinder med undantag för konkurs	35
7.2.3 Villkorade huvudfordringar	35
7.2.3.1 Resolutivt villkorade huvudfordringar	36
7.2.3.2 Suspensivt villkorade huvudfordringar	36
7.2.4 Överlåtelse	36
7.3 Särskilt om motfordran	36
7.3.1 Motfordrans beskaffenhet	36
7.3.1.1 Ej förfallna fordringar	37
7.3.1.2 Villkorade motfordringar	37
7.3.1.2.1 Suspensivt villkorade motfordringar	37
7.3.1.3 Pantsatt motfordran	38
7.3.1.3.1 Panthavarens kvittningsrätt	38
7.3.2 Flera motfordringar	39
7.4 Skapande av kvittningsförutsättningar	39
7.4.1 Motköp	40
7.4.2 Förvärv av fordran från tredje man	40
7.4.2.1 Koncernförhållanden	41
7.4.3 Kontraktsbrott	41
7.4.3.1 Innehålla betalning	42
7.4.3.2 Innehålla annan prestation	42
8 LITTERATURFÖRTECKNING	44
9 RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	45

1 Sammanfattning

Kvittning i konkurs tillhör de så kallade kritiska kvittningsfallen där kvittningsförutsättningarna måste förelegat vid viss tidpunkt. Vid kvittning i konkurs är denna tidpunkt då konkursbeslutet meddelades. Bortsett från att kvittning i konkurs är ett kritiskt kvittningsfall är det de facto samma rättsfigur som allmän civilrättslig kvittning, men med den skillnaden att vissa fordringar tillåts användas till kvittning i men inte utom konkurs och vice versa.

Vid kvittning i konkurs kan icke förfallna och villkorade fordringar användas till avräkning till skillnad från allmän kvittning. Det är denna vidgning av kvittningsrätten som föranlett epitetet den *utvidgade kvittningsrätten*.

De begränsningar som finns i kvittningsrätten vid konkurs glöms ofta bort trots att de är av betydelse. Kortfattat kan begränsningarna sägas hindra otillbörligt handlande i kvittningssyfte vid motpartens konkurs eller insolvens. Dessa i Konkurslagen fastställda begränsningar är att motfordringar som uppkommit inom en viss period före (tre månader) konkursansökan eller med vetskap om huvudfordringsborgenärens insolvens inte kan användas till kvittning i konkurs. Likaså tillåts inte kvittning i konkurs då huvudfordringens uppkomst är att likställa med betalning med osedvanliga medel.

Det är inte till den ovan redovisade utvidgning som de största fördelarna med kvittning i konkurs är knutna. Det som är av verkligt intresse är den fördel som kvittningsberättigad konkursborgenär har framför övriga konkursborgenärer. Enligt nuvarande lagstiftning har kvittningsberättigad konkursborgenär rätt att kvitta och därigenom tillgodogöra sig en snabb och full utdelning ur konkursen trots att fordran eventuellt endast är oprioriterad. En förmån till utdelning före såväl prioriterade som oprioriterade konkursborgenärer. Resultatet av kvittning kan bli att prioriterade fordringar såsom fordringar knutna till företagshypotek inte erhåller utdelning i konkurs då oprioriterade konkursborgenärer kvittningsvis tillgodogjort sig konkursboets medel. Att kvittning inverkar på borgenärer med lagstadgad förmånsrätt möjlighet till utdelning i konkurs är inte acceptabelt. Istället förespråkas en lagreglering som hindrar kvittning i konkurs intill dess att genom förmånsrätt prioriterade fordringar erhållit utdelning ur boet, dvs även ur de motfordringar som senare kan komma att användas till kvittning. En lagändring av denna art kan anses drabba kvittningsberättigade konkursborgenärer på ett orättmätigt sätt, men dessa borgenärer har fortfarande den fördelen att de erhåller utdelning före oprioriterade konkursborgenärer. Kvittningsrätten i konkurs är dessutom fortfarande utvidgad i förhållande till allmän kvittning.

2 Förord

I och med detta examensarbete är en studietid om sex år avslutad. Under hela denna studietid som innehållit såväl företagsekonomiska- som juridiska studier har mina föräldrar stöttat mig och därigenom möjliggjort goda resultat. För detta vill jag tacka dem, Britta och Gunnar Thunberg.

Jag vill även tacka min handledare Hovrättsassessor Bengt-Åke Jönsson vid Juridiska fakulteten Lunds universitet för den goda handledning jag erhållit under detta arbetes färdigställande.

Jag vill också tacka jur stud Fredrik Lundblom för hjälp med korrekturläsning och för bidrag med viktiga synpunkter. Slutligen vill jag tacka Anders Bengtsson för bistånd med datorutrustning.

Göteborg 1998

3 Förkortningar

FrekL	Lag om företagsrekonstruktion
FRL	Förmånsrättslag
HD	Högsta domstol
HovR	Hovrätt
KL	Konkurslag
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk
SFS	Svensk författningssamling
SkbrL	Skuldebrevslag
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TR	Tingsrätt
UB	Utsökningsbalk

4 Inledning

Detta examensarbete vid Juris kand programmet Lunds Universitet behandlar ämnesområdet kvittning i konkurs. Valet av ämne bottnar i ett intresse för insolvensrätt i allmänhet och konkursrätt i synnerhet. Att ämnet just blev kvittning i konkurs har sin förklaring i tankar som väcktes av en tentamensfråga under andra terminens kurs i grundläggande civilrätt.

Frågan bestod av två delar där den första berörde frågan huruvida en äppelodlare var tvungen att leverera förskottsbelagd skörd till ett i konkurs försatt musterier. Frågans andra del var att besvara vad som gällde för de förfallna fordringar äppelodlaren hade sedan gammalt mot musteriet.

Naturligtvis var svaret på a-frågan att äppelodlaren var tvungen att fullfölja det ingångna avtalet och leverera årets skörd. På b-frågan var svaret att fordringen som förfallit innan försättandet i konkurs ingick i konkursen som en oprioriterad konkursfordran. Men under besvarandet av frågan väcktes intresset för kvittning, äppelodlaren skulle naturligtvis inte leverera. Han skulle istället sälja årets skörd till annan användare av äpplen och använda sin egen fordran mot konkursgäldenären till att kvitta gentemot konkursboets krav på återbetalning av förskott och eventuella skadestånds anspråk. Om detta förfarande var möjligt eller inte var ovisst då problemet uppstod, men det väckte intresse. I skrivande stund kan konstateras att handlandet med stor sannolikhet inte hade accepterats och att kvittning därför varit utesluten, se NJA 1995 s. 356.

4.1 Metod

I detta arbete utreds kvittningsrätten i konkurs, en form av kvittning som tillhör de så kallade kritiska kvittningsfallen. Framställningen är huvudsakligen deskriptiv och behandlar till största del den materiella sidan av kvittningsrätten i konkurs. I utredningsarbetet har förarbeten till konkurslagen och doktrin varit till stor hjälp. Även rättspraxis inom rättsområdet har använts men denna är liten till omfattningen och berör endast ett fåtal problem. Som exempel på detta kan nämnas att av konkurslagens tre paragrafer om kvittningsrätten i konkurs (5 kap 15-17 §§) är det endast förutsättningar enligt 5 kap 15 § KL som prövats av Högsta domstolen trots att viktiga begränsningar finns i 5 kap 16 §.

I arbetet skall kvittningsinstitutets syfte och funktion presenteras. Vidare utreds vilka rättsföljder som följer av kvittning, hur förfarandet går till och framförallt vilka förutsättningar vad gäller fordringarna som måste vara uppfyllda för att kvittning i konkurs får äga rum.

Till den rent deskriptiva framställning har egna värderingar vad gäller avvägningsfrågor framförts och motiverats med stöd av rättstillämpning, praxis och allmänna rättsprinciper. Dessutom presenteras ett eget förslag

beträffande en begränsning av kvittningsrätten i konkurs i slutet av kapitel sex.

Framställningen inleds med en kort genomgång av kvittning i allmänhet, (kapitel fem) vilket är nödvändigt för förståelsen av den fortsatta framställningen då kvittning i konkurs är samma rättsfigur som kvittning utom konkurs. I kapitel sex redogörs för kvittningsrätten i konkurs vad gäller verkan och förutsättningar kring själva förfarandet, arbetet avslutas med en redogörelse av de krav som ställs på fordringarna och deras inbördes förhållande i kapitel sju.

4.2 Litteratur

Kvittningsrätten i konkurs behandlas i litteraturen som en del av den materiella konkursrätten. Undantaget är Stefan Linskogs avhandling om kvittning där de kritiska kvittningssituationerna behandlas parallellt med vad som gäller för kvittning i allmänhet.

Den litteratur som huvudsakligen har använts är Stefan Linskogs *Kvittning. Om avräkning av privaträttsliga fordringar*, andra upplagan. Gösta Walins *Materiell konkursrätt*, andra upplagan. Torgny Håstads *Sakrätt avseende lös egendom*, sjätte upplagan. Lars Welamsons *Konkurs*, åttonde upplagan.

Av denna litteratur är det främst Linskogs arbete som bör kommenteras. Arbetet är en doktorsavhandling inom ämnet kvittning som utkom i första upplaga 1984. Arbetet består av ca 700 sidor och behandlar mycket detaljerat kvittning och de situationer som medför kvittningsrätt. Det är ett arbete som inte kan läsas från pärm till pärm i inlärningsyfte utan bör användas som ett uppslagsverk. Framställningen är bitvis komplicerad och osystematisk men inte omöjlig om man redan är insatt i reglerna kring kvittning. Arbetet har kritiserats av andra författare bl. a. av Walin som skriver att ”Linskog gör en rad nya värderingar och noterar resultat som avviker från hävdvunnen uppfattning på åtskilliga punkter - även från rättsfall i ämnet.”¹ På grund av denna kritik mot Linskogs arbete har viss försiktighet varit påkallad vad gäller Linskogs tolkningar av och uppfattningar om kvittningsrätten i detta examensarbete. Dock har boken varit till stor nytta genom sin detaljrikedom och heltäckande behandling av ämnet.

¹ Walin, s. 76.

5 Kvittning

I detta kapitel skall kvittningsinstitutet behandlas. Detta som en nödvändig bakgrund för redogörelsen för kvittning i samband med konkurs. Kvittning i konkurs är de facto samma rättsfigur som vid kvittning inom den allmänna civilrätten. För en framställning om kvittningsrätten i konkurs krävs därför en genomgång av kvittningsinstitutet i sig innan man fördjupar sig i kvittning vid konkursfallet.

5.1 Allmänt om kvittning

Kvittning kan ske genom att parterna kommer överens om att kvitta s.k. frivillig kvittning eller avtalad kvittning. Parterna överenskommer om att de motstående fordringarna skall gå i avräkning mot varandra, detta kan både ske innan eller efter det att fordringarna uppstår.

Kvittning kan också verkställas genom åtgärd från ena parten genom att denne avger en kvittningsförklaring vari han meddelar sin avsikt att kvitta. Om kvittningsförutsättningarna är uppfyllda (se nedan) genomföres s.k. tvångskvittning, vilket ger till resultat att man innehåller sin egen prestation till det belopp ens egen skuld till samme part beslår. Det är i samband med denna form av kvittning viktigt att påpeka att en allmän regel inom civilrätten är att kvittning sker på egen risk,² vilket innebär att den som framställer en ogrundad kvittningsförklaring svarar för de skador som uppkommer för motparten oavsett ond tro eller inte.

Kvittningsförklaringen är ett icke formbundet påbud som dock bör framställas skriftligt av bevissäkringsorsaker. Kvittningsförklaringen gäller in dubio med omedelbar verkan så fort den kommit mottagaren tillhanda.³

5.1.1 Historik och komperativ bakgrund

Kvittningsinstitutet fanns redan i romersk rätt, dock uppkom det relativt sent då det infördes av Justinianus år 530. Via den romerska rätten spreds kvittningsinstitutet över Europa. I svensk rätt förekom redan i landskapslagarna bestämmelser om avräkning mellan vissa anspråk. Den första kända lagstiftningen om kvittning i egentlig mening återfinns i exekutionsstadgan av den 10 juli 1669.⁴

Kvittningsinstitutet i de skandinaviska rättssystemen är i stort sett likalydande, vilket medför att kvittning i konkurs kan ske med liknande fordringar

² SOU 1988:63, Kommissionsutredningen s. 183.

³ Lindskog, s. 571 f.

⁴ Lindskog, s. 44 ff. ”Såsom skuld må mot skuld qvittas, så må ock domar thermed fullgöras, then ther klaar ock ständig är; thy intet orichtigt må emot thet richtiga upgå”

som enligt svensk rätt, dvs. oförfallna och preskriberade. Den enda egentliga skillnaden ligger i att dansk och norsk rätt inte godtar kvittning med preskriberade fordringar med mindre än att fordringarna är konnexa eller att kvittningsrätten avtalats.⁵

Reglerna inom den tyska rätten om kvittning överensstämmer i stort med de skandinaviska. I fransk rätt är ordningen lite annorlunda, fransk rätt skiljer på *compensation légale* och *compensation judiciaire*. Det förstnämnda innebär det som brukar kallas för kvittning *ipso jure*, att fordringarna anses ha upphävt varandra intill summa concurrens i och med uppkomsten av den yngre fordringen. Den andra formen av kvittning i fransk rätt är ett kvittningsyrkande framställt vid domstol i form av ett genkärsmål. I fransk rätt måste förutsättningarna för *Compensation légale* föreligga vid konkursutbrottet för att borgenär skall få kvitta i konkurs. I engelsk rätt, som utvecklats utan större påverkan av den romerska rätten, finns regler om *set-off* och *counter-claim*, dock är det endast lagstiftat för konkursfallet av ”kvittning”. *Set-off* kräver konnexitet eller avtal och är ett slags motkärsmål och inte kvittning i egentlig mening. *Counter-claim* är snarast en genstämning och innebär endast att huvudfordran och motfordran avgörs i samma rättegång och att avräkning sker i domen. I konkurs föreligger en vidgad kvittningsrätt liknande den skandinaviska.⁶

5.1.2 Verkan av kvittning

Verkan av kvittning och vad genomförd kvittning ger för obligations- och sakrättsligt resultat varierar från fall till fall, detta som ett resultat av att det inte finns någon generell kvittningsregel. Den vanligaste uppfattningen i doktrinen är att giltig kvittning alltid medför samma rättsverkningar som betalning.⁷ I Kommissionsutredningen avsnitt om allmän kvittning framhålls denna syn på kvittningsinstitutets rättsverkningar. Där uttalas att ”om man använder sin motfordran till kvittning mot krav från den som är motfordringens gäldenär är effekten densamma som om man tog betalt för motfordringen”.⁸

Lindskog framhåller att effekten av varje kvittningssituation ligger mellan parametrarna ingen rättsverkan och fullt likställt med betalning, men att kvittning inte fullt ut kan likställas med betalning. Denna slutsats föranleds av att huvudfordran förvisso kan anses infriad på samma sätt som genom betalning men att andra rättsföljder inte uppfylls genom kvittningen.⁹ Rodhe i sin tur hävdar att kvittning är ett surrogat för betalning.¹⁰ I en allmän beskrivning av kvittningsinstitutet som detta arbete är det tillräckligt att som Rodhe betrakta och behandla kvittning som ett surrogat för betalning.

⁵ Lindskog, s. 46.

⁶ Lindskog, s. 47 ff.

⁷ Lindskog, s. 54.

⁸ SOU 1988:63, s. 183.

⁹ Lindskog, s. 53 ff.

¹⁰ Rodhe, s. 52.

5.2 Lagstiftning

Rätten till kvittning regleras på olika håll inom lagstiftningen i lagar för de olika rättsområdena. Några av de viktigaste bestämmelserna finns i skuldebrevslagen och rör kvittningsrätten efter överlåtelse av fordringar. De lagreglerade kvittningsfallen är inte uttömmande utan kompletteras av en omfattande praxis. Som ett resultat av detta kan ingen generell kvittningsregel uppställas, endast generella förutsättningar kan preciseras, se nedan. Kvittning skiljer sig alltså åt beroende på vilken situation och under vilka förhållande kvittning görs gällande.

5.2.1 Kvittning enligt Skuldebrevslagen

Enligt skuldebrevslagens huvudregel är kvittning efter överlåtelse av fordringar möjlig vid enkla skuldebrev men inte vid löpande skuldebrev. Detta är förvisso inte hela sanningen, men det sammanhänger med de båda skuldtypernas syften. Främst är det överlåtelsemöjligheterna som styr möjligheten att kvitta. En förvärvare av ett löpande skuldebrev (vilket är avsett för överlåtelse) skall inte behöva riskera sin fordran genom att gäldenären framställer en kvittningsinvändning.

En viktig anmärkning är att det är huvudfordrans karaktär som är avgörande för vilken kvittningsregel i skuldebrevslagen som är tillämplig, 18 § för löpande eller 28 § för enkla fordringar. Motfordrans karaktär av enkel eller löpande spelar i detta avseende ingen roll.¹¹

5.2.1.1 Enkla skuldebrev

Innehavare av motfordran kan naturligtvis kvitta hos ursprunglige borgenären, men enligt 28 § skuldebrevslagen kan gäldenären också kvitta hos förvärvaren av enkelt skuldebrev med fordran mot ursprunglige borgenären. Denna huvudregel har två undantag. Först och främst måste motfordran uppstått innan det att han fick reda på överlåtelsen eller hade skälig anledning till förmodan därom. Motfordringen måste också förfalla till betalning före det att gäldenären får reda på överlåtelsen och efter det att huvudfordringen förfallit.

Bestämmelsen och undantagen överensstämmer med övriga regler om enkla skuldebrev, som visserligen får men inte är lämpade för överlåtelse, främst genom att gäldenären skall ha samma rätt till invändningar mot förvärvare som mot ursprunglige borgenären.

¹¹ Mellqvist/Persson, s. 148.

5.2.1.2 Löpande skuldebrev

Liksom vid enkla fordringar kan naturligtvis gäldenären göra kvittningsinvändning gällande mot ursprunglige borgenären om det är denne som kräver betalning. Men enligt 18 § skuldebrevslagen kan som huvudregel inte kvittningsinvändning framställas med motfordran hos överlåtare mot förvärvare av löpande skuldebrev. Som vid alla huvudregler finns här undantag. Det första är att kvittning, under ovan nämnda förutsättningar, får äga rum om kvittningsrättens upphörande skulle äventyra indrivningen av motfordran och förvärvaren uppenbarligen insåg detta.¹² Det andra undantaget gäller vid konnexitet, vilket är en beteckning på fordringar som grundar sig på samma rättsförhållande. Om förvärvaren i sådant fall av konnexitet kände till eller hade skälig misstanke om motfordran¹³ kan gäldenären kvitta med motfordran gentemot överlåtare hos förvärvaren.

Det är värt att påpeka att gäldenär kan använda annan motfordran gentemot förvärvaren av huvudfordran till att kvitta mot krav från denne. Detta enligt allmänna principer och det faktum att vi i svensk rätt inte har något krav på konnexitet mellan fordringarna.

5.3 Säkerhetsaspekten hos kvittningsinstitutet

Olika teorier har framförts om kvittningsinstitutets bakomliggande syfte och funktion, såväl bekvämlighets/påtryckningsfunktionen, likviditets/kontanthänsyn, auktoritetsfunktioner, besparingseffekter som säkerhetsfunktionen har framförts som bakomliggande syfte till och funktion hos rättsfiguren¹⁴. Förenklat har dock kvittningsinstitutets funktion beskrivits som antingen bekvämlighetshänsyn eller säkerhetshänsyn. Numer kan man ansluta sig till att kvittning har fler funktioner än antingen eller. För enkelhetens skull är det lämpligt att begränsa sig till dessa två funktioner hos kvittningsinstitutet. Det detta arbete kommer att fokusera på är naturligtvis säkerhetsaspekten, då det är detta syfte som är av intresse i samband med konkurs.

De bekvämlighetsaspekter som kvittning anses medföra är det bekväma i att slippa utväxla prestationer i form av betalning etc. I stället löses de inbördes skuldförhållandena genom att fordringarna går i avräkning mot varandra och möjligheten till kvittning kan verka som ett effektivt påtryckningsmedel mot ovilliga gäldenärer.¹⁵

Vad gäller säkerhetsaspekten garanterar kvittning först och främst att motparten fullgör sina åtaganden, åtminstone till belopp motsvarande huvudfordran, en egenskap som är nog så viktig. Vid en betraktelse av säkerhetssyftet hos kvittning är det huvudfordran som ställs i fokus. För det är genom

¹² S.k. kvalificerat ondrosrekvisit.

¹³ S.k. normala objektiviserade ondrosrekvisitet.

¹⁴ Lindskog, s. 49.

¹⁵ Lindskog, s. 55 ff.

denna som kvittningsskyddet har säkerhet för sin egen fordran. Säkerhetsfunktionen hos kvittningsinstitutet består i att motfordringsborgenären har säkerhet för motfordran i sin egen skuld. Vad som behandlas här är vilket borgenärsskydd som kvittning medför. Vilket omsättningsskydd som kvittningsborgenären åtnjuter har behandlats ovan.¹⁶

5.3.1 Borgenärsskydd

Om kvittning tillåts i konkurs blir följden att kvittningsskyddet genom att kvitta med huvudfordran får full, eller upp till huvudfordrans belopp, i utdelning för sin motfordran. Detta trots att motfordran i de flesta fall är oprioriterad. Klart är att kvittning uppfyller ett sakrättsligt syfte. Huruvida detta syfte är motiverat kan diskuteras.

I svensk rätt, där tradition är huvudprincipen för sakrättsligt skydd och där tradition kan ersättas av denuntiation och registrering betonas kravet på publicitet. Andra borgenärer skall ha möjlighet att införskaffa kunskap om gäldenärens dispositioner som påverkar deras situation. I praxis och doktrin finns få undantag från detta krav på publicitet, allmänt sett nämns endast byggnad på ofri grund som ett undantag där själva avtalet ger sakrättsligt skydd.

Vid kvittning i en situation enligt ovan saknas publicitet. Övriga borgenärer kan svårigen känna till att kvittning kommer att genomföras. Det sakrättsliga skydd som uppkommer i en kvittningssituation faller utanför gängse former för uppkomst av sakrättsligt skydd. Ändå existerar den sakrättsliga funktionen hos kvittningsinstitutet i svensk och övrig nordisk rätt.¹⁷ Kvittningsrätten kan här jämföras med de dolda förmånsrätterna, skatter och löner, som inte behöver allmänt offentliggöras för att de skall erhålla förmånsrätt i konkurs.

Kvittningsrättens existens i konkurs och dess dolda förmånsrätt har ifrågasatts i doktrin, se nedan om kvittningssituationer i konkurs som uppkommer av ren slump. (avsnitt 6.6) Lindskog försöker förklara det sakrättsliga skyddet genom att jämföra med en pantsättning av enkel huvudfordran som säkerhet för motfordran,¹⁸ där panträtten (vad gäller enkel fordran) erhålls redan genom avtalet utan någon form av offentliggörande.

5.4 Kvittningsskydd gilla fordringar

Vid en redogörelse för vilka fordringar som kan användas till kvittning är det oftast karaktären hos den påstådda motfordran som avgör huruvida kvittning kan äga rum eller inte. Dock kan huvudfordringen ha en sådan karaktär att den i sig utesluter att fullgörande genomföres genom kvittning på

¹⁶ Se 4.2.1.1 och 4.2.1.2.

¹⁷ Lindskog, s. 67.

¹⁸ Lindskog, s. 65.

grund av social hänsyn¹⁹, till exempel lönefordringar, fordran på vårdnads-
underhåll och andra fordringar vilka är förbundna med medel för nödvändigt
uppehälle. Kvittning kan också vara utesluten i de fall då en löpande huvud-
fordran är överlåten enligt skuldebrevslagens regler.

Innan vilka krav som ställs på huvud- respektive motfordran skall först
konstateras att fordringarna som berörs av kvittning måste vara av samma
slag. Detta kan uttryckas som att de måste vara komputabla (mätbara) i för-
hållande till varandra, pengar mot pengar, varor mot varor etc. Dessutom
skall det vara samma parter i huvud- och motfordringsförhållandet, dock
finns undantag från denna regel, jämför SkbrL 18§.

I svensk rätt finns inget krav på att fordringarna måste vara konnexa för att
kvittning skall få genomföras. Konnexitet föreligger när en och samma om-
ständighet utgör rättsgrund för såväl huvud- som motfordran. Konnexitetens
betydelse i kvittningssammanhang är att den kan utöka möjligheten till full-
görelse genom kvittning.²⁰ Främst märks den utvidgning i kvittningsrätten
som konnexiteten medför enligt 18 § 2 st. SkbrL där förvärvare av löpande
skuldebrev vid ond tro kan tvingas godta avräkning för överlåtarens skuld
mot gäldenären.

En form av konnexitet är den strikta konnexiteten som kräver en form av
sanhörighet mellan de två fordringarna som medger lagstadgad rätt att in-
nehålla prestation i väntan på motpartens prestation. Strikt konnexa fordring-
ar är de som njuter detention- eller retentionsrätt enligt lag och är sak-
rättsligt skyddade som en följd av detta. När det gäller kvittning med strikt
konnexa fordringar är det rimligt att anta att dessa tillåts kvittas mot varandra
trots att kvittningsförutsättningarna i övrigt inte är uppfyllda. En uppfattning
som också delas av Lindskog.²¹

5.4.1 Huvudfordran

Som ovan nämnts kan i vissa fall karaktären hos huvudfordran förhindra
kvittning. Dessa kvittningshinder sammanhänger med att huvudfordran är
socialt skyddad vilket sammanhänger med att fordringen är utmättningsfri.
Då kvittning kan betecknas som en form av privat exekution²², skulle ut-
mättningsförbudet lätt kunna kringgåas om kvittning tilläts. En fordran eller
annat förmögenhetsrättsligt objekt kan bli utmättningsfri på två sätt, dels
genom föreskrift i lag, dels genom villkor i samband med överlåtelsen.²³ De
i lag givna utmättningsförbuden regleras till största del inom respektive la-
gområde, exempelvis regleras arbetsgivares rätt till kvittning inom arbets-
lagstiftningen, se lagen (1970:215) om arbetsgivares kvittningsrätt.

¹⁹ Mellqvist/Persson, s. 91.

²⁰ Lindskog, s. 82.

²¹ Lindskog, s. 83 f.

²² NJA 1987 s. 746, där HD uttalade att kvittning kan ses som en form av privat exekution,
där sakliga och praktiska skäl talar för att utmättningsfri fordran inte heller skall kunna kvit-
tas bort.

²³ Se 5 kap 1-5 §§ Utsökningsbalken.

Andra fall där huvudfordrans karaktär inverkar på annans rätt till kvittning är då fordringarna inte är komputabla eller då huvudfordringen innehåller ett avtalat kvittningshinder. Om båda dessa kvittningshinder se nedan.

5.4.2 Motfordran

Vilka fordringar som kan användas till kvittning varierar från rättsgrund till rättsgrund och beror på fordringen som avräkning skall ske mot. Men de allmänna krav som nämns i samband med motfordran, som görs gällande till kvittning, är att motfordran skall vara gällande, klar och förfallen.

5.4.2.1 Gällande

Med uttrycket att motfordran är gällande menas här att den kan bli föremål för en verkställbar dom. Det som är av intresse vid kvittning jämfört med betalning är preskriberad alternativt prekluderad motfordran. En preskriberad fordran är omöjlig att erhålla verkställbar dom över, men i kvittningshänseende kan den ändå vara gällande. Preskriberad eller prekluderad motfordran kan användas till kvittning om ömsesidighet förelåg vid den kritiska tidpunkten enligt 8 och 10 §§ Preskriptionslagen.²⁴

Det kan diskuteras om dessa, för kvittningsborgenären förmånliga regler där en preskriberad fordran kan väckas till liv är motiverade. Lindskog drar en parallell till pantsättning där panthavaren har kvar sin rätt till panten oavsett om fordringsrätten upphört eller inte.²⁵

5.4.2.2 Klar

En i doktrinen diskuterad fråga är om motfordran måste vara klar. Med klar menas att den skall vara ostridig, faktiskt existera och inte åberopas endast i syfte förhindra betalning. Ställs inte ett krav på detta kan gäldenär genom att åberopa kvittning fördröja fullföljandet av ett åtagande i väntan på domstols slutliga avgörande i kvittningsfrågan. Omvänt så skulle huvudfordringsborgenären genom att bestrida motfordran hindra att den anses som klar och därigenom effektivt förhindra varje försök till kvittning. För att en klarhetsregel skall kunna formuleras krävs alltså ett övervägande av vilka eller vilkas intressen som väger tyngst. Lindskog hävdar att i detta fall väger likviditets och säkerhetsaspekterna hos kvittningsinstitutet över till förmån för motfordringsborgenären, vilket också den allmänna uppfattningen är.²⁶ Dock skall motfordrans storlek kunna fastställas, i vart fall av domstol.

Mer generellt kan det uttryckas som att kvittningsgäldenären måste ha möjlighet att få sin motfordran och sin möjlighet till kvittning prövad. Där-

²⁴ Vad gäller accesorisk preskription (borgen) är denna inte kvittningsduglig, Lindskog s. 117. Vad gäller specialpreskription, då preskriptionsregler anges i för speciellt rättsområde, anses inte 10 § Preskriptionslagen tillämplig analogt, Lindskog s. 121.

²⁵ Lindskog s. 117.

²⁶ Lindskog s. 105 ff.

för uppställs något av en presumtion för att motfordran som åberopas är klar.

5.4.2.3 Förfallen

Ett absolut krav för kvittning är att motfordran är förfallen. Visserligen talar både säkerhetsaspekten och likviditetsaspekten för kvittning med oförfallna motfordringar. Det har dock ansetts vålla för mycket oreda, bland annat skulle långfristiga skuldförbindelser inlösta i förtid genom kvittning strida mot syftet med långfristiga lån.

5.5 Kvittningshinder

De mest betydande begränsningarna av kvittningsrätten är de som är knutna till fordringarnas beskaffenhet och till partsförhållandena. Utöver dessa finns begränsningar i kvittningsrätten som reglerar förhållanden då kvittning inte får eller inte skall äga rum trots att allmänna kvittningsförutsättningar är för handen. De viktigaste av dessa är då kvittningssituationen uppstått genom otillbörligt handlande, främst från motfordringsborgenären. Eller då lagregler alternativt avtal sätter stopp för annars accepterade kvittningssituationer.

5.5.1 Otillbörligt handlande

Vid allmän kvittning krävs inte något kvittningssyfte bakom parternas handlande för att kvittning skall få äga rum. Kvittningen är ur detta perspektiv ett bekvämt sätt att låta fordringar gå i avräkning mot varandra som inte kräver någon avsikt i form av kvittningssyfte.

Kvittningssyftet blir däremot intressant vid otillbörligt handlande där kvittning som en följd av det otillbörliga handlandet inte bör få äga rum.²⁷ Att bevisa kvittningssyfte i syfte att hindra kvittning är inte utan problem. En viktig och nödvändig förutsättning är dock att motfordran förelegat vid handlandet. Om inte motfordran förelegat föreligger uppenbara problem att bevisa kvittningssyftet.²⁸ Problemet har behandlats i praxis genom HD:s avgörande i två fall, NJA 1933 A 217 samt NJA 1963 s. 195.

I NJA 1933 A 217 sålde en konkursborgenär orättmätigt egendom tillhörande konkursgäldenären och erhöll därigenom en huvudfordran som kunde användas till kvittning, utan att mer ingående diskutera kvittningssyftet godkändes kvittningen av HD.

I NJA 1963 s. 195 hade konkursborgenären dömts för ocker gentemot konkursgäldenären. När konkursboet krävde erlagda ockerräntor åter framställde konkursborgenären en kvitt-

²⁷ Förutom kvittningssyfte krävs, enligt Lindskog, att handlandet är såpass otillbörligt att det ur samhällssynpunkt är så oönskat att det uppväger kvittningens positiva funktioner.

Lindskog s. 269.

²⁸ Lindskog s. 271 f.

ningsförklaring gentemot lånebeloppen. HD fann att avräkning fick ske för de försträckningar som ansågs giltiga trots ockerränta. De motfordringar som konkursborgenären kunde tillgodogöra sig genom kvittning var endast lånebeloppsdelen alltså inte räntefordringarna.

Av ovan redovisade rättsfall framgår att det är problematiskt att hindra att kvittning äger rum genom att hävda otillbörligt handlande vid skapandet av kvittningsföresättningar. I 1963 års fall utnyttjade konkursborgenären motpartens trångmål genom spelmissbruk för att tillskansa sig räntor på över 100 %. Att huvudfordran uppstått genom ett brottsligt handlande från konkursborgenären påverkade inte kvittningsrätten i detta fall. En annan sak är att kvittning kan hindras genom att huvudfordran alternativt motfordran anses ogiltig enligt avtalslagens ogiltighetsregler.²⁹

5.5.2 Lagreglerade kvittningshinder

På flera ställen inom lagstiftningen specialregleras kvittning för det särskilda rättsområdet. Som exempel kan nämnas tredje mans kvittningsrätt mot kommissionär och kommittent som regleras i Lag (1914:45) om kommission 64 §.

I dessa specialstadganden (som enligt lex specialis är de som gäller) regleras i vilken utsträckning kvittning kan äga rum. De begränsningar som ges i dessa lagar varierar från rättsområde till rättsområde.

5.5.3 Avtalade kvittningshinder

Genom avtal är det fullt möjligt att skydda huvudfordringen från kvittning. Skälen till varför borgenär vill göra detta är många, till exempel driver han en rörelse där många kundkrediter lämnas och samtidigt har ett behov av att ha likvida medel för att betala egna skulder.

Vad som avtalas om är gäldenärens likviditetsskydd samt dennes säkerhetsrätt. Två rättsområden där två parter sinsemellan kan träffa avtal med bindande verkan, varför avtal om kvittningshinder är giltiga. En annan sak är förvisso att de inte alltid är rättsligt giltiga gentemot tredje man dvs. sakrättsligt, men som kvittningshinder mellan avtalande parter har de giltighet. En ytterligare aspekt är att de kan stå i strid mot en indispositiv lagregel eller att de kan bedömas som oskäliga och ogiltigförklaras alternativt jämkas, förslagsvis enligt 36 § Avtalslagen.

5.5.4 Processuella begränsningar

Ovan behandlade kvittningshinder och begränsningar är materiella begränsningar då de härrör ur fordringarna, deras inbördes förhållande och beskaffenhet. Det finns också processuella begränsningar vad gäller rätten att kvitta.

²⁹ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Avtalslagen, 28-36 §§.

Dessa processuella kvittningsbegränsningar avser framförallt rätten till prövning av huvud- och motfordran i samma rättegång. Denna rätt till prövning i samma rättegång hindras vanligtvis av forumhinder enligt Rättegångsbalkens 10 kapitel. Här skall dock regeln i 14 kap 3 § RB uppmärksammas. Denna ger att om svaranden vill väcka talan i samma sak, har gemenskap med denna eller rörande fordran som kan komma att användas till avräkning skall denna talan prövas i samma rättegång som huvudfordran. De fall som då kan komma att hindras av processuella begränsningar är framförallt fordringar som genom avtal destinerats till viss domstol eller skall avgöras genom skiljeförfarande, detta framgår av 10 kap 17 § 1 och 2 st.

6 KVITTNING I KONKURS

Kvittning i konkurs tillhör de så kallade kritiska kvittningsfallen, där förhållandena skall bedömas vid en viss fixerad tidpunkt, den kritiska tidpunkten. Vid kvittning i konkurs är den kritiska tidpunkten då beslut om konkurs meddelas.

Denna rätt till kvittning i konkurs har lagfästs genom 1921 års konkurslag³⁰, numer återfinns bestämmelserna i 5 kap 15-17 §§ KL.³¹ Dessa lagregler erhöll sitt innehåll i 121 och 121a §§ genom ändringar i konkurslagen genomförda 1975.³² Reglerna om kvittning i konkurs bygger i stor utsträckning på vad som gäller för kvittning i ett civilrättsligt hänseende. I princip skiljer sig reglerna om kvittning i konkurs från de allmänna reglerna främst genom att en fordran som ännu inte förfallit kan användas vid kvittning samt att vissa villkorade fordringar kan komma att beaktas.³³ Övriga begränsningar och regler vad gäller kvittning i konkurs behandlas nedan i detta kapitel. Framställningen därefter fokuserar på de aspekter av kvittning i konkurs som är relaterade till fordringarna och deras beskaffenhet.

6.1 Den utvidgade kvittningsrätten

Epitetet *den utvidgade kvittningsrätten* används i bland för att beskriva kvittning i konkurs. Utvidgningen visar sig i en jämförelse med kvittning utom konkurs och har inget samband med den fördel kvittning medför i konkurs för oprioriterad borgenär med kvittningsskild motfordran.

Utvidgningen av kvittningsrätten består i att vid kvittning i konkurs kan fordringar som ej är förfallna göras gällande vid kvittning. Att en fordran som inte är förfallen kan användas till kvittning innebär att suspensivt villkorade fordringar också kan göras gällande vid kvittning i konkurs.

Men kvittningsrätten i konkurs är inte bara utvidgad utan också inskränkt. Inskränkningen består i de undantag från kvittning som finns i 5 kap 16 § KL, undantag som medför att man inte får kvitta med motfordringar som förvärvats från tredje man under viss tidsperiod eller då huvudfordran tillskapats under sådana omständigheter att det är att anse som betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel. Dessa lagstadgade inskränkningar är i linje med konkurslagstiftningen i övrigt, främst 4 kap KL, där gynnande av viss eller vissa borgenärer framför andra inte accepteras.

³⁰ SFS 1921:225.

³¹ Konkurslag, SFS 1987:672.

³² I samband med 1987 års konkurslag delades de ursprungliga två paragraferna upp i tre paragrafer, 5 kap 15-17 §§ KL.

³³ Prop. 1975:6, s. 145.

6.2 Förfarande

Vid kvittning i konkurs torde s.k. frivillig kvittning eller avtalad kvittning per definition vara utesluten. Frågan är då om och när en kvittningsförklaring måste framställas och huruvida motfordran måste bevakas i huvudfordringsborgenärens konkurs.

6.2.1 Kvittningsförklaring

Vad gäller den första frågan om huruvida kvittningsförklaring behöver framställas eller inte, är frågan i stort sett obesvarad. Avvägningen som krävs är hur stort intresset är hos konkursborgenär av att få kvitta i konkurs. Är kvittningsrätten såpass skyddsvärd att konkursförvaltare på eget initiativ skall utreda och pröva kvittningsförutsättningar för konkursborgenärernas räkning? Eller är den utvidgade rätten till kvittning i konkurs såpass förmanliga att kvittningsrätten måste hävdas av kvittningsintresserade parten? Allt talar för att kvittningsförklaring måste framställas av motfordringsborgenären, så också praxis.³⁴ Lindskog instämmer i denna slutsats och anser vidare att konkursboet inte har någon skyldighet att upplysa konkursborgenär om kvittningsmöjligheten då huvudfordran infordras.³⁵

Att motfordringsborgenären måste bevaka sin kvittningsrätt själv genom att framställa kvittningsförklaring innebär att konkursförvaltaren inte verkar objektivt för samtliga borgenärer i dessa fall. Enligt 7 kap 8 § KL åligger det förvaltaren att verka för samtliga borgenärers gemensamma rätt och bästa, ett undantag från denna föreskrift vad gäller förvaltarens uppgifter kan alltså sägas vara kvittning i konkurs.

Frågan är då när kvittningsförklaring måste avges. De bestämmelser som finns i konkurslagen säger inget om detta. Men enligt allmänna kvittningsförutsättningar torde framgå att kvittningsförklaringen måste framställas innan huvudfordran infrias, därefter finns det ingen fordran att avräkna mot.³⁶

6.2.2 Bevakning av motfordran

Frågan huruvida motfordran måste bevakas i konkursen eller inte har indirekt besvarats ovan. Men i klargörande syfte kan konstateras att motfordran inte behöver bevakas i konkursen.³⁷ Detsamma framgår av 5 kap 17 § 2 st KL, där andra punkten garanterar kvittningsgäldenärens ställning om kvitt-

³⁴ Se NJA 1988 s. 94. Där en huvudfordran av misstag betalats innan kvittningsförklaring avgetts och kvittning därför inte godkändes.

³⁵ Lindskog, s. 585.

³⁶ Lindskog, s. 718.

³⁷ Walin, s. 78.

ning i ett senare skede inte visar sig vara genomförbart.³⁸ Bevakning är alltså överflödig av den del av motfordran som inte överskrider huvudfordrans belopp. För de fall att hans fordran är större än skulden krävs dock att han bevakar detta överskjutande belopp för att utdelning av denna överskjutande del i konkursen skall kunna erhållas.³⁹ Att motfordran inte behöver bevakas kan komplicera konkursförvaltarens uppgift att upprätta ett utdelningsförslag, men när konkursborgenärerna krävs på huvudfordran så torde kvittningsgilla och obevakade motfordringar komma i dager och därigenom underlätta för konkursförvaltaren i dennes arbete att upprätta utdelningsförslag.

Även om inte motfordran behöver bevakas är det viktigt att inte huvudfordran infrias. Om huvudfordran infrias finns det inte någon fordran att avräkna mot, dock kan huvudfordran infriats på grunder som enligt allmänna rättsgrundsatser medför ogiltighet vilket kan medföra att kvittningsrätten består trots att betalning skett.

I NJA 1987 s. 253 hade en bank fordringar på konkursgäldenären som i sin tur hade tillgodohavanden på två konton hos banken. Efter konkursutbrottet flyttade banken på konkursförvaltarens begäran behållningen på dessa två konton till ett konto i konkursboets namn. Dock flyttades på bankjuristernas begäran pengarna tillbaka till de ursprungliga kontona efter ett par dagar. Konkursboet hävdade att utbetalning skett genom första flytten och att kvittningsrätten därmed gått förlorad för banken. Banken hävdade att kontinuitet förelegat mellan konkursbolaget och dess konkursbo, att eftersom det var samma fordran konkursboet endast trätt i bolagets ställe och att kvittningsrätten därför bestod. HD kom fram till att kvittningsrätten bestod. Att banken på konkursförvaltarens begäran flyttat pengarna till ett konto i konkursboets namn hade, enligt HD, inte inneburit någon utbetalning. Borgenär och gäldenär var desamma som innan flytten mellan kontona.

I NJA 1988 s. 94 hade borgenären av misstag förlitat sig på ett äganderättsförbehåll som visade sig vara ogrundat. En motfordran hade infriats efter konkursutbrottet, en fordran som annars hade kunnat användas till avräkning mot huvudfordran genom kvittning. Alla instanser var överens om att betalning skett på ett för borgenären bindande sätt, HD motiverade sitt beslut med att borgenären endast åberopat att betalningen skett av misstag men detta räckte inte för att kvittningsrätten trots betalningen skulle kvarstå.

Det först redovisade rättsfallet handlar till största del om rättshandlingar företagna efter konkursutbrottet. Men onekligen har i fallet en motfordran infriats, men HD valde att använda sig av andra regler. I det senare fallet föreligger påtagliga likheter med *condictio indebiti*⁴⁰, men med den skillnaden att ond tro måste föreligga hos betalningsmottagaren.⁴¹ I fallet åberopade inte borgenären ond tro hos konkursboet. Vad detta haft för betydelse för utgången av fallet får vara osagt då det inte kan fastställas huruvida ond tro förelåg hos betalningsmottagaren, men för att åberopa felaktig betalning med bibehållen kvittningsrätt måste ond tro hos mottagaren av betalningen visas enligt Håstad.

³⁸ 5 kap 17 § 2 st 2 p KL. *När kvittning inte får ske äger borgenären trots det på sin skuld avräkna vad som borde ha tillkommit honom som utdelning i konkursen, om hans fordran intill skuldbeloppet bevakats i rätt tid.*

³⁹ Welamson, s. 139.

⁴⁰ Rätt att återkräva betalning som erlagts i den oriktiga tron att betalningsplikt förelåg oavsett god tro hos mottagaren.

⁴¹ Håstad, s. 390.

I de ovan redovisade rättsfall kan man diskutera huruvida inte frysningssprincipen skulle tillämpas. Enligt frysningssprincipen skall fördelningen av konkursboets förmögenhet ske med utgångspunkt i förhållandena på konkursdagen, varför borgenärs återkrav vad gäller den av misstag utförda betalningen av huvudfordran skall godtas. Vad som äger rum efter den kritiska tidpunkten skall inte påverka borgenärernas inbördes förhållanden. Lindskog hävdar att eftersom praxis tagit ställning mot frysningssprincipen kan man betrakta kvittningsrätten som en slags invändningsrätt, där borgenären inte kan begära betalt för motfordran utan endast tillgodogöra sig dess värde genom att kvitta med huvudfordran.⁴²

6.2.3 Verkan av genomförd kvittning under konkurs

De rättsföljder som följer av genomförd kvittning i konkurs är desamma som utom konkurs. Dessa är presenterade ovan i kapitel 5 och kan sammanfattas med att kvittning är att anse som ett substitut för betalning. Konkurslagens regler om återvinning och då främst 4 kap 10 § 2 st. KL där kvittning kan återvinnas på samma sätt och av samma orsaker som betalning bekräftar uppfattningen att kvittning är likställt med betalning.

När kvittning genomförs under konkurs är det hela beloppet som avräknas i den mån huvudfordran överstiger motfordran. Borgenären får full utdelning för sin fordran istället för utdelning enligt konkursdividenden.⁴³ För den del av motfordran som efter en eventuell avräkning kvarstår sker utdelning dock enligt konkursdividenden i enlighet med övriga oprioriterade fordringar.

6.2.3.1 Kvittning som ägt rum innan konkurs

I de fall där kvittning ägt rum strax innan försättandet i konkurs är naturligtvis utgångspunkten att den är giltig. Hade det förhållit sig annorlunda skulle borgenär vinna på att invänta konkurs innan han avger sin kvittningsförklaring.

Enligt återvinningsreglerna i 4 kap 10 § 2st. KL gäller samma regler för genomförd kvittning som för betalning om inte kvittning tillåtits i konkursen. Detta innebär att en kvittning som ägt rum inom tre månader från fristdagen och som inte varit tillåten i konkurs kan återvinnas i enlighet med 4 kap 10 § 1 st. KL. För att återvinning av kvittningen skall få äga rum krävs att den gjorts i förtid, med annat än vanliga betalningsmedel eller med ett belopp som väsentligt försämrat gäldenärens ställning. Dessutom får kvittningen inte anses som ordinär. För återvinning av kvittning gäller alltså samma förutsättningar som för betalning då genomförd kvittning skall behandlas som om borgenären erhållit betalning vid tillfället⁴⁴ även om förutsättningarna för kvittning inte direkt kan översättas till de som gäller för betalning. Som exempel kan nämnas att kvittning med fordran som inte är förfallen tillåts i konkurs, varför man inte skall räkna med återvinning av

⁴² Lindskog, s. 547 ff.

⁴³ Konkursdividenden är den andel av utdelningen borgenärer får i förhållande till sina bevakade fordringar då inte konkursegendomen förslår full utdelning.

⁴⁴ Walin, s. 190.

den orsaken att kvittningen skulle vara att jämställa med betalning i förtid. Det bör också påpekas att kvittning inte i sig är någon form av osedvanlig gottgörelse.⁴⁵

I särskilda fall kan också den subjektiva återvinningsregeln i 4 kap 5 § KL bli aktuell. Denna återvinningsregel som existerar parallellt med övriga stadgar om återvinning av rättshandlingar där viss borgenär gynns på ett otillbörligt sätt framför andra mm. och där gäldenären genom förfarandet var eller blev insolvent samt att den andre kände till eller borde känt till insolvensen och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig.

6.3 Parter vid kvittning i konkurs

Parterna vid kvittning utom konkurs är de som har fordringar mot varandra. Från denna huvudprincip finns undantag, de främsta undantagen är de som framgår av 18 och 28 §§ skuldebrevslagen⁴⁶ där kvittning under vissa förutsättningar kan genomföras mot förvärvare av huvudfordran, trots att motfordran endast är gällande mot överlåtaren av huvudfordran.

Vid enkla fordringar krävs endast att motfordran uppstått innan gäldenären fick kännedom om överlåtelsen samt förfallit till betalning innan gäldenären erhöll kännedom om överlåtelsen.

Vid löpande skuldebrev krävs ond tro hos förvärvaren vad gäller motfordrans existens enligt det kvalificerade ondrosrekvisitet.⁴⁷ Om det föreligger konnexitet mellan fordringarna krävs ond tro enligt det normala objektiviserade ondrosrekvisitet.⁴⁸

När en juridisk person försätts i konkurs förlorar rättssubjektet rådigheten över sina tillgångar, dessa tillgångar övergår till ett konkursbo och förvaltas av en tillsatt förvaltare, 3 kap 1 § och 7 kap 1-3 §§ KL. Den juridiska personen likvideras senare om konkursen avslutas utan överskott, för aktiebolag se 13 kap 19 § Aktiebolagslagen. Fysisk person som försätts i konkurs likvideras lyckligtvis inte, men ersätts av ett konkursbo och förvaltare under konkursen på samma sätt som förfarandet för juridiska personer och enligt samma regler. En annan sak är att en fysisk person kan ånyo försättas i konkurs för skulder som inte blev betalda i tidigare konkurs.

Begreppet konkursbo representerar två olika betydelser. Den första betydelsen är att konkursboet betecknar en förmögenhetsmassa, men man talar också om konkursboet som ett rättssubjekt vilket företar handlingar. Att beteckna konkursboet som ett rättssubjekt är inte helt korrekt,⁴⁹ men för en framställning om de konkursrättsliga reglerna behöver inte denna fråga utredas vidare då man riskerar hamna i en begrepps- och teoridiskussion utanför denna framställnings ämnesområde.

⁴⁵ Welamson, s. 80 ff.

⁴⁶ Se ovan, avsnitt 4.1.1.1 och 4.1.1.2.

⁴⁷ 18 § 1 st. SKbrL.

⁴⁸ 18 § 2 st. och 15 § 1 och 2 st. SkbrL.

⁴⁹ Welamson, s. 55.

Huvudfordran övergår således till konkursboet vilket ger att huvudfordran är gällande mot konkursborgenären medan motfordran är gällande mot konkursgäldenären. Detta är av naturliga skäl inte något kvittningshinder då försättandet i konkurs inte skall hindra kvittning. Enligt 5 kap 15 § 1 st. KL tillåts kvittning med fordringar som stod mot varandra vid konkursutbrottet, vid den kritiska tidpunkten.

Annorlunda förhåller det sig när huvudfordran alternativt motfordran uppstår genom rättshandling som konkursgäldenären eller konkursboet ingår efter det att konkursen inträffat. När konkursen har inträffat och fordringar uppkommer är de enligt 5 kap 15 § 1 st. KL e contrario inte användbara till kvittning, oavsett om det är huvud- eller motfordran som uppkommer. Konkursboet träder i detta sammanhang inte i gäldenärens ställe. Även om affärsförbindelser fortsätter och konkursboet inträder som motpart är inte de fordringar som uppkommer av denna kontinuitet kvittningsdugliga. När en fordran uppstår utreds nedan.⁵⁰ Konkursboet kan alltså betraktas som ett rättssubjekt för sig.

6.3.1 Staten som kvittningssubjekt

Genom NJA 1986 s. 539 har HD slagit fast att olika myndigheter inom statsförvaltningen kan använda varandras fordringar gentemot medborgare etc. till kvittning, som exempel utlovade bidrag mot obetalda skatteskulder.

I NJA 1986 s. 539 hade ett konkursbo drivit en bageriverksamhet vidare, före konkursen hade företaget beviljats sysselsättningsstöd av arbetsmarknadsstyrelsen (AMS). Efter konkursen beviljades på ansökan av konkursboet ånyo detta sysselsättningsstöd. Då stödet skulle utbetalas avräknade AMS kvittningsvis ett belopp bestående av konkursbolagets skuld till staten å obetald löneskatt för anställda och mervärdeskatt. Konkursboet bestred kvittningen genom att bl. a yrka att statens myndigheter är ett rättssubjekt var för sig. Staten anförde att staten är ett rättssubjekt och att en förvaltningsgren därför äger rätt att kvitta med fordran som tillkommer annan förvaltningsgren. HD fann ingen anledning till att inte låta staten kvitta då staten är att anse som ett rättssubjekt. Med motiveringen att då det är fordringar som inte behöver prövas materiellt av annan myndighet kan statens förvaltningsgrenar kvitta med varandras fordringar. En för staten gynnad, men inte otillbörlig, ställning gentemot andra borgenärer.

Att kvittning tillåts med fordringar som inte behöver prövas av annan myndighet torde betyda att fordringarna måste vara klara. I detta fall var motfordran klar då skatteskulden var fastställd och obestridd.

6.3.2 Koncernförhållanden

En intressant aspekt på partsförhållandena vid kvittning i allmänhet och i synnerhet vid konkurs är om en koncern kan ses som part. Om detta är möjligt skulle ett dotterbolag kunna använda annat dotterbolags motfordran till kvittning. Vilket skulle kunna vara ett fullgott kreditsäkringsalternativ för koncernen.

⁵⁰ Se avsnitt 7.1

Här skall situationen kortfattat behandlas för att senare i avsnitt 7.4.2 och 7.4.2.1 behandlas utifrån de konsekvenser ett sådant betraktelsesätt skulle få vid kvittning i konkurs.

I rättspraxis har däremot, som ovan nämnts, staten givits en på detta sätt generell kvittningsrätt. Det intressanta med detta rättsfall är den parallell man kan dra mellan staten och en företagskoncern.⁵¹ I en helägd koncern där moderbolaget äger 100% av dotterbolaget/-en torde moderbolagets ställning gentemot dotterbolagen vara jämförbar med den staten har gentemot sina förvaltningsmyndigheter.

6.4 Begränsning av kvittningsrätten

Utgångspunkten för begränsningen av kvittningsrätten i konkurs är att in dubio gäller samma begränsningar för kvittning såväl inom som utom konkurs.⁵² Om inte fordran är komputabel och gällande föreligger kvittningshinder. Likaså om parterna inte är desamma i kvittningsförhållandet som i fordringsförhållandet. Andra begränsningar i kvittningsrätten är de som är knutna till kraven på mot- respektive huvudfordran, vilka behandlas nedan.

Utöver dessa allmänna kvittningshinder föreligger andra inskränkningar i kvittningsrätten i konkurs. Dessa skulle kunna föranleda epitetet *den inskränkta kvittningsrätten* istället för *den utvidgade kvittningsrätten* då de också är betydelsefulla vid kvittning i konkurs.

Det skall här konstateras att 5 kap KL inte gäller när kvittning ägt rum före konkursutbrottet, det betyder att motfordringsborgenären kan sätta reglerna i konkurslagen ur spel, i den mån inte återvinning är möjlig, genom att framställa kvittningsförklaring innan det att konkursansökan lämnas in till rätten.

6.4.1 Begränsning enligt KL 5:16

De begränsningar av kvittningsrätten som anges i 5 kap 16 § 1 och 2 st. KL medför att fordran mot gäldenär som förvärvats från tredje man senare än tre månader från fristdagen⁵³ inte får användas till kvittning. Detsamma gäller om fordran av tredje man förvärvats tidigare om borgenären hade skäl原因 anledning att anta att gäldenären var insolvent. Alltså uttrycker 5 kap 16 § 1 st. KL både en objektiv och en subjektiv begränsning. I paragrafens andra stycke återknyts begränsningen i kvittningsrätten till reglerna om återvinning i 4 kap KL. Borgenären är inte berättigad att kvitta om han satt sig i skuld gentemot gäldenären på sätt som är att anse som osedvanlig betalning och återvinning är möjlig enligt återvinningsreglerna.⁵⁴

⁵¹ Jämförelsen kan också inkludera familjen, men denna lämnas av framställningstekniska skäl utanför.

⁵² Lindskog s. 290.

⁵³ Fristdagen är enligt, 4 kap 2 § KL, den dag då konkursansökan inlämnas till TR.

⁵⁴ Osedvanlig betalning se 4 kap 5 och 10 §§ KL.

Beträffande borgenärens onda tro är det konkursboets sak att bevisa denna.⁵⁵ Inte heller får gäldenären ha varit solvent under en period mellan det att fordringen införskaffades och gäldenären försattes i konkurs.

Tidpunkten för överlåtelsen skall avgöras enligt allmänna civilrättsliga principer vilka medför att tidpunkten skall sättas till när överlåtelsen blev bindande för överlåtaren. Det är i dessa fall borgenären som skall styrka tidpunkten för fordrans införskaffande.⁵⁶

6.5 Andra kritiska kvittningssituationer

Det är inte endast vid konkurs som kvittning får äga rum trots gäldenärens insolvens. Numer finns regler i lag (1996:764) om företagsrekonstruktion (nedan förkortad FrekL) om kvittning vid denna kritiska situation. Tidigare fanns likalydande regler i Ackordslagen men denna upphävdes och ersattes av FrekL.

6.5.1 Kvittning vid företagsrekonstruktion

Liksom vid kvittning i konkurs kan fordran som borgenär hade mot gäldenär när ansökan om företagsrekonstruktion gjordes användas till kvittning. Detta framgår av 2 kap 21§ FrekL, motfordran behöver inte heller vara förfallen i dessa fall utan lagen medger en viss utökad kvittningsrätt.

Reglerna överensstämmer med de som tidigare fanns i Ackordslagens 20 § med den viktiga skillnaden att kvittning får äga rum endast med fordringar som existerade vid dagen för ansökan om företagsrekonstruktion. Enligt Ackordslagens 20 § var den kritiska tidpunkten dagen för beslut om förhandling om offentligt ackord. Den kritiska tidpunkten har alltså flyttats fram i och med FrekL.

Undantagen är övergripande desamma som vid kvittning i konkurs, dvs fordran mot gäldenär som förvärvats från tredje man inom tre månader från ansökan om företagsrekonstruktion får inte användas till kvittning. Likaså är fallet då borgenär skuldsatt sig till gäldenären på ett sätt som är att jämställa med betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel. Dock existerar den skillnaden att det subjektiva rekvivsitet saknas i FrekL. Alltså ingen vetskap krävs hos borgenären om gäldenärens situation blott de objektiva förutsättningarna skall vara uppfyllda.

⁵⁵ SOU 1970:75, Utsökningsrätt X, s. 190.

⁵⁶ Walin s. 90.

6.6 Kritik mot den utvidgade kvittningsrätten

Kvittningsmöjligheten i konkurs har kritiserats i doktrin.⁵⁷ Kritiken handlar till största del om den förmån kvittningsborgenären får framför andra också högre prioriterade konkursborgenärer. Speciellt omdiskuterat är det fall där kvittningsrätten uppstår som av en ren tillfällighet utan att ett säkerhetssyfte existerar. Som exempel ur rättspraxis kan nämnas NJA 1984 s. 30.

I detta fall hade huvudfordran pantsatts hos en bank, kvittningsborgenären hade en oprioriterad fordran i konkursen. Banken valde att ej använda sin panträtt i fordran varför denna överläts till konkursboet, i den uppkomna situationen medgavs en rätt till kvittning av HD. HD uttalade sig för att banken äger till största del själv bestämma över vilka säkerheter som skall utnyttjas. Därmed fick kvittningsborgenären en utdelning på två miljoner av sin oprioriterade fordran på fem miljoner.

Denna sida av kvittningsrätten i konkurs, som medger kvittning där säkerhetsfunktionen inte är styrande för motfordringsborgenären, motiverades av departementschefen med att huvudfordran och motfordran även i andra fall kan ha ett sådant samband att kvittning är att anse som naturligt trots att kvittningssituationen uppstår av ren slump.⁵⁸ För övriga fall där detta naturliga samband saknas (jämför NJA 1984 s. 30) ansågs lagstiftning i det närmaste omöjlig.⁵⁹

I sin avhandling om kvittning har Stefan Lindskog framställt några förslag som skulle kunna inskränka kvittningsrätten i konkurs. Det viktigaste av dessa är att borgenären enligt Lindskog skall ha haft säkerhet i sin egen skuld (huvudfordran) för motfordran, om det inte blivit konkurs. Lindskog betonar alltså säkerhetsfunktionens betydelse för möjlig kvittning i konkurs. Torgny Håstad är också för en begränsning av kvittningsrätten i konkurs. I en artikel om lagstiftningsbehov inom sakrätten⁶⁰ framför han tankar om en inskränkning genom att kvittningsrätten i konkurs borde begränsas till strikt konnexa motfordringar och kontokurantförhållanden.

6.7 Förslag till ändringar av kvittningsrätten i

konkurs

De fördelar som kvittning i konkurs medför framför kvittning utom konkurs är som tidigare nämnts de som är knutna till fordringarna och deras beskaffenhet. Att fordringar som inte förfallit och fordringar som är villkorade kan användas till kvittning i konkurs innebär en utvidgning av kvitt-

⁵⁷ Se bl.a. Håstad, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s. 247 ff.

⁵⁸ Proposition 1975:6 s. 145.

⁵⁹ Proposition 1975:6 s. 107.

⁶⁰ Håstad, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s. 224 ff.

ningsrätten vid konkurs jämfört med kvittning utom konkurs. Dessa till fordringarna knutna aspekter på kvittningsrätten i konkurs behandlas nedan i kapitel 7.

En intressant aspekt på kvittningsrätten i konkurs är de förmåner en konkursborgenär med kvittningstillfordran har vid konkurs framför övriga konkursborgenärer. De förmåner som tillkommer kvittningsborgenären framför andra borgenärer kan sammanfattas i tre punkter.

Den första fördelen är att konkursborgenären genom sin kvittningsrätt får en förmånsrätt till utdelning i konkursen. Nästa fördel är att konkursborgenären får sin utdelning snabbt då infriandet av konkursfordran sker genom framställandet av kvittningsförklaring. Till sist får konkursborgenären hela beloppet i utdelning så långt huvudfordran förslår.

Nedan skall ett förslag på en begränsning av kvittningsrätten presenteras. Detta förslag beskär kvittningsrätten i konkurs väsentligt men motiveras av den rådande konkurs- och förmånsrättsliga lagstiftningen och dess syfte. En begränsning av kvittningsrätten som innebär att konkursborgenär med kvittningsrätt erhåller utdelning först efter att andra förmånsberättigade erhållit utdelning torde vara genomförbar utan att några större ingrepp i lagstiftningen. Sålunda skulle ett stadgande likt det i 5 kap 15 § 2 st. KL innebära denna önskade begränsning av kvittningsrätten i konkurs. Den nya lydelsen av 5 kap 15 § 1 st. skulle då vara enligt följande.

15 § En fordran hos gäldenär som får göras gällande i konkursen kan av borgenär användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade mot honom när konkursbeslutet meddelades. *Borgenären skall fullgöra sin förpliktelse efter att ha framställt kvittningsförklaring. Då utdelningsförslag upprättas skall borgenär återfå motsvarande belopp i den mån det inte överstiger vad han har att fordra efter det att förmånsberättigade borgenärer erhållit utdelning.*

6.7.1 Effekter av föreslagen ändring

En ändring av 5 kap 15 § 1 st. enligt ovan redovisade förslag medför konsekvenser för kvittningsrätten i konkurs. I syfte att begränsa den förmån kvittning innebär för oprioriterade konkursborgenärer är den föreslagna ändringen enkel och effektiv. En ytterligare fördel med förslaget och som sammanhänger med enkelheten är den effekt förslaget torde ha på eventuella processer, det vill säga förslaget har positiva processekonomiska effekter. Förslaget talar tydligt om vad som gäller vilket i kombination med förslagets enkla innehåll måste antas minska antalet tvister samt förenkla eventuella processer till fördel för övriga konkursborgenärer.

På grund av sin enkelhet kan förslaget medföra vissa diskutabla begränsningar av kvittningsrätten. Främst är det motfordringsborgenärer med konnexa motfordringar och kontokurant förhållanden som påverkas negativt.⁶¹ Dessa begränsningar uppkommer som ett resultat av att alla motfordrings-

⁶¹ Vid konnexitet eller kontokurantförhållanden anses i doktrin kvittningsrätten vara speciellt motiverad. Håstads förslag till begränsning av kvittningsrätten har som mål att kvittning i konkurs endast skall få ske under dessa omständigheter. Håstad, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1986 s. 224 ff.

borgenärer behandlas lika. Att konkursborgenärer med konnexa motfordringar alternativt konkursborgenärer ur kontokurant förhållanden skall gynnas vid kvittning i konkurs följer inte av någon allmän rättsprincip. Tvärtom borde dessa konkursborgenärer behandlas som övriga kvittningsberättigade konkursborgenärer vad gäller förmånsrätt och utdelning i konkurs. Ett sådant ställningstagande kan motiveras med konkursinstitutets grundläggande funktion och syfte. Vilket ger att konkursborgenärer i princip skall bära förluster solidariskt och proportionellt mot storleken av var och ens fordran då medlen inte förslår till alla fordringsägare.⁶²

6.7.1.1 Effekter på förmånsrätten

Att en oprioriterad borgenär erhåller en framför andra gynnad situation genom sin kvittningsrätt är med rätta kritiserat i doktrin. Den förmånsrätt som konkursborgenären erhåller är inte lagstadgad i Förmånsrättslagen (1970:979) ändå ger den utdelning i konkurs före t.ex. företagshypotek och fordran på skatter och allmänna avgifter, 5 § 1 st. 2 p. respektive 11 § 1 st. FRL.

Att en oprioriterad konkursborgenär med kvittningsrätt erhåller en såpass fördelaktig position gentemot konkursborgenärer med prioriterade såväl som oprioriterade fordringar är en oberättigad fördel för kvittningsberättigade konkursborgenärer. Även om kvittningsrätten uppstått ur ett rättshandlande med säkerhetssyfte borde inte kvittningsberättigade konkursborgenärer erhålla utdelning före t. ex företagshypoteksinnehavare utan endast erhålla utdelning ur konkursen före övriga oprioriterade borgenärer. Borgenär som önskar bättre förmånsrätt än den som erbjuds genom kvittningsrätten har kvar möjligheten att välja ett annat creditsäkerhetsalternativ, förslagsvis pant eller företagshypotek.

6.7.1.2 Effekter på utdelningen

Vid konkurs dröjer det innan borgenärer erhåller utdelning för sina fordringar. Bland annat skall bevakningsförfarandet genomföras. Inventarier skall omsättas i pengar och utdelningsförslag skall upprättas. En konkursborgenär med kvittningsrätt kan omedelbart efter konkursbeslutet tillgodogöra sig utdelning ur konkursen genom att kvitta. Med en kvittningsrätt i konkurs enligt ovan föreslagna (6.7) upphör även denna fördel framför andra borgenärer. Dock är denna fördel ingen fördel på övriga konkursborgenärens be- kostnad, men för att nå ett resultat där kvittningsrätten ger utdelning först efter andra förmånsrätter blir denna senareläggning av utdelningen ett faktum.

En annan fördel vid kvittning i konkurs är att full utdelning erhålls i den mån motfordran understiger huvudfordran. Övriga oprioriterade borgenärer erhåller endast utdelning enligt konkursdividenden om medlen inte förslår. Att den förmånsrätt som följer av kvittningsrätten innebär att utdelning sker

⁶² Welamson, s. 11.

med hela motfordringsbeloppet som inte överstiger huvudfordran är ingen orättvisa i sig då t. ex. pantavaren tillgodogör sig fullt ut ur panten. Men under rådande lagstiftning kan fallet bli så att konkursborgenär med kvittningsmöjlighet erhåller en i förhållande till konkursfordran större utdelning än en annan borgenär med lagstadgad förmånsrätt. I den ovan föreslagna ändringen av 5 kap 15 § 2 st. KL förändras den kvittningsberättigades möjlighet till full utdelning så att utdelning (mer korrekt kvittningsrätten) är beroende på om det finns medel kvar efter det att förmånsberättigade borgenärer erhållit utdelning. Vilket ur förmånsrättsligt perspektiv ger en mer rättvis uppdelning av konkursgäldenärens medel.

7 Fordringar vid kvittning i konkurs

I detta avsnitt skall fordringarna och deras samband behandlas i den utsträckning de görs gällande till kvittning i konkurs.

I utredningen Utsökningsrätt X⁶³ behandlas vilka fordringar som kan användas till kvittning i konkurs. Framställningen i utredningen rörande dessa fordringar är allmän och på intet sätt uttömmande. Utredningen utgår från vilka fordringar som kan göras gällande vid tvångskvittning inom den allmänna förmögenhetsrätten och kompletterar dessa med fordringar som kan användas till kvittning i konkurs men inte utom.

De fordringar som kan användas till kvittning i (men inte utom) konkurs är som ovan nämnts fordringar som ej är förfallna, bankrörelses möjlighet att kvitta med medel på check eller annan räkning samt fordringar i olika myntslag. Även villkorade fordringar kan användas till kvittning i konkurs vilket sammanhänger med att inte förfallna fordringar också kan användas till kvittning i konkurs.

7.1 Kvittningsbara fordringar

För att en fordring skall vara användbar till kvittning i konkurs ställs olika krav på fordringarnas beskaffenhet, dessa krav preciseras nedan. Under denna rubrik behandlas deras inbördes beskaffenhet, det vill säga hur de måste förhålla sig till varandra.

I 5 kap 15 § 1 st. 1 p. KL klargörs att fordringarna måste stått mot varandra när konkursen hos endera part var ett faktum. Ett problem är då att fastställa när fordringarna uppstått. Genom NJA 1916 s 154, NJA 1989 s. 602 och NJA 1996 s. 368 har HD bistått med viss klarhet för problemet.

I NJA 1916 s. 154 liksom i NJA 1996 s. 368 behandlades konkursborgenärs rätt till kvittning då konkursboet inträtt i avtalen. HD konstaterade i båda fallen, liksom i NJA 1989 s. 602, att ett konkursbos krav på betalning för utförda leveranser är kvittningssgilla i den mån de grundar sig på avtal ingångna innan konkursen inträffande.

I NJA 1989 s. 602 hade ett företag dirigerat betalningen för dess fakturering till ett företag som ombesörjde dess transporter, detta som en säkerhetsåtgärd för transportören. När kunderna betalade till transportföretaget behöll det betalningen för sina transporter och redovisade överskjutande belopp till producenten. När producenten gått i konkurs uppstod tvist om de transporter som utförts före konkursen men där betalning influtit till transportföretaget först efter konkursutbrottet. Konkursboet yrkade att utfå belopp som influtit efter konkursutbrottet och nekade transportföretaget rätt till kvittning till dessa efter konkursutbrottet influtna medel. HD konstaterade att det gällde transporter som utförts efter det att överenskommelsen ingåtts och innan det att producenten försatts i konkurs. Därför ansåg HD att

⁶³ SOU 1970:75, s. 183 ff.

transportföretaget utan hinder av att betalning gjorts efter konkursutbrottet kunde tillgodogöra sig betalning för sina egna fordringar för utförda transporter.⁶⁴

Av fallen kan dras slutsatsen att det är avtalets ingående respektive rättshandlingens utförande som är av betydelse för när fordran uppstår, inte då betalning skett eller skall ske. Det senare rättsfallet har kritiserats, då det enligt Håstad inte överensstämmer med allmänna civilrättsliga regler.⁶⁵ Felet är att denuntiationskravet, så det kommer till uttryck i SkbrL 31 §, inte bör undergrävas. De betalningsanvisningar som transportföretaget utskickat till producentens kunder hade, enligt Håstad, inte tillräckligt innehåll för att medföra sakrättsligt skydd genom denuntiation. Ändock har rättsfallet betydelse för bedömandet av frågan när en fordran uppstår.

Borgenär kan även kvitta med fordran som uppkommit efter konkursbeslutet, enligt 5 kap 1 § 1 st. KL. Detta undantag gäller fordringar som uppkommit genom rättshandlingar som företagits inom en mycket kort tid efter konkursutbrottet och som blir gällande enligt 3 kap 2 § KL.

I detta sammanhang bör specialstadgandet i 5 kap 17 § KL tas upp, där uppkomsten av regressfordran behandlas i första stycket. Regressfordran skall anses uppkommen i och med förpliktelsen mot borgenär ingicks (till exempel borgensåtagandet) och inte när det aktualiseras.

7.1.1 Fordringar av samma slag

Liksom vid ordinär kvittning måste fordringarna vara av samma slag, båda måste vara t ex. penningfordringar. Men enligt utredningen Utsökningsrätt X hindrar inget att naturaförpliktelser som ersatts av en penningfordran (exempelvis ett skadeståndsanspråk) kan kvittas mot en annan penningfordran. Så torde fallet ofta vara vid konkurs där till exempel avtal hävs just av den orsak att motparten gått i konkurs eller befaras gå i konkurs respektive att den som skall prestera varor försätts i konkurs.⁶⁶ I såväl praxis, förarbeten som doktrin har denna omvandling av förpliktelse, vanligtvis från naturaförpliktelse till penningförpliktelse accepterats.⁶⁷ Även om förvandlingen av fordran skett efter den kritiska tidpunkten skall fordringen vara giltig till kvittning i konkurs. Orsaken till att denna förvandling från natura- till penningförpliktelse godtas är att motfordran kan anses ha existerat som en suspensivt villkorad penningfordran vid konkursutbrottet.⁶⁸

⁶⁴ Ett rättsfall som inte alls handlar om kvittning, vilket också rättsfallets rubrik indikerar ”Kvittning?”. Se också Gregow, Svensk rättspraxis: konkursrätt 1982-1990, SvJT 1993 s. 191 ff.

⁶⁵ Håstad s. 388.

⁶⁶ I NJA 1995 s. 356 var detta fallet, ett krav på leverans omvandlades till ett krav på återbetalning av förskotts betalning. Av HD:s domskäl går inte att utläsa att det var fordringarnas beskaffenhet som avgjorde målet, vad HD uttryckte i sin dom var i stället leveransvägrans betydelse. Om rättsfallet se nedan 7.4.3.2.

⁶⁷ Se bl a. SOU 1970:75 s. 189. Prop. 1975:6 s. 269. Walin s. 81 och Lindskog s. 149 f.

⁶⁸ Lindskog s. 150.

7.1.2 Fordringar i olika myntslag

I fall då huvudfordran och motfordran är i olika valutor är fordringarna normalt kvittningsdugliga utom konkurs.⁶⁹ Denna ståndpunkt kan motiveras med bekvämlighetsaspekten hos kvittningsinstitutet samt det faktum att pengar anses representera köpkraft. Problemen med kursförändringar som skulle kunna göra kvittningen komplicerad, kan med dagens utvecklade system knappast anses utgöra hinder mot kvittning.

Vid kvittning i konkurs är utgångspunkten som ovan nämnts att kvittning är tillåten om allmänna kvittningsförutsättningar är uppfyllda, varför kvittning med fordringar i olika myntslag skulle godkännas i konkurs. En ståndpunkt som dessutom kommit till uttryck i förarbetena där det framgår att olika myntslag inte skall hindra borgenären från att kvitta i konkurs.⁷⁰

7.2 Särskilt om huvudfordran

I detta avsnitt skall de problem som rör huvudfordran vid kvittning i konkurs behandlas. Huvudfordran är den fordran som konkursgäldenären hade mot konkursborgenären och som övertages av konkursboet. För tydlighetens skull skall klargöras att konkursborgenären benämns nedan, i detta avsnitt, som motfordringsborgenär och konkursboet som huvudfordringsborgenär.

7.2.1 Huvudfordrans beskaffenhet

Som ovan nämnts behöver inte heller huvudfordran vara förfallen vid kvittning i konkurs, 5 kap 1 § 2 st KL, vad som krävs för kvittning i konkurs är alltså att fordringar står mot varandra vid konkursutbrottet. I konkurslagens bestämmelser regleras i huvudsak vilka krav och restriktioner som ställs på motfordran. Två undantag som reglerar huvudfordran är dock uttryckta i 5 kap 15-17 §§ KL. I 15 § 1 st. 2 p. stadgas att kvittning i konkurs är utesluten på grund av fordringarnas beskaffenhet utesluter kvittning utom konkurs. I 16 § 2 st. behandlas det fall då borgenären satt sig i skuld hos gäldenären på sätt som kan jämföras med betalning med annat än sedvanliga medel, det vill säga att huvudfordran är ett resultat av en rättshandling som är att jämföra med betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel.

I det första fallet är det främst de i kapitel 5 redovisade sociala skälen som hindrar kvittning, men även avtal om kvittningsförbud faller in under detta stadgande. Vad gäller huvudfordringar som kan jämföras med betalning med annat än sedvanliga medel är återvinningsreglerna i 4 kap KL av stort intresse.

⁶⁹ Lindskog s. 138 ff.

⁷⁰ Prop. 1975:6 s. 268 f.

7.2.1.1 Sociala skäl

Ovan i kapitel 5 har kortfattat redogjorts för de fall då huvudfordringen inte kan användas till avräkning mot en motfordran orsakade av huvudfordringens karaktär. Kvittning utesluten på grund av sociala skäl. Situationen är att huvudfordran är av sådan karaktär att huvudfordringsborgenären har ett starkt intresse att få betalt i vanlig form.⁷¹ Uttryckt på annat sätt att det finns ett kontant behov vad gäller inkomster som typiskt är avsedda för livsuppehälle.

Vad som skall behandlas här är om sociala skäl har någon betydelse vid kvittning i konkurs. Först skall konstateras att sociala hänsyn eller konkursboets intresse av ordinär betalning orsakat av huvudfordringens karaktär rimligtvis inte kan hindra kvittning då konkurssubjektet är en juridisk person. Detta eventuella undantag från kvittning i konkurs berör således endast fysiska personers konkurser.

Som ett mått på vad som är sociala skäl har ovan, kap 4, använts vad som är utmättningsfritt.⁷² Vad som är utmättningsfritt regleras i lag, som exempel kan nämnas Lagen (1970:215) om arbetsgivares kvittningsrätt. I lag preciseras också beneficium vilket också är utmättningsfritt, se 5 kap 1 § 1 st. 7 p. Utsökningsbalken. Men vad som är utmättningsfritt kan också regleras genom villkor i samband med förvärv, 5 kap 5 § 1 st UB.⁷³

I vilken mån konkursgäldenären skulle vara skyddad mot kvittning är svårt att avgöra. Då det rör sig om fysiska personer torde i vart fall huvudfordringar med inverkan på beneficium vara utmättningsfria. En rimlig lösning på detta troligtvis mycket ovanliga problem, är att endast beneficium skyddas mot kvittning i samband med konkurs. Att inte godkänna kvittning med fordringar som genom avtalsvillkor gjorts utmättningsfria i samband med förvärv är det samma som att utesluta dem från egendomen som ingår i konkursen. Enligt 3 kap 3 § 1 st. KL ingår all egendom som tillhörde gäldenären vid konkursbeslutet och som kan utmätas. I 3 kap 5 § 1 st. KL framgår att vad som gäldenären har rätt att undandra från konkursen är det som i 5 kap 1, 2 och 4 §§ UB undantages från utmätning. Egendom som gjorts utmättningsfri genom villkor ingår i konkursegendomen då det i konkurslagen (3 kap 5 § 1 st. KL e contrario) saknas hänvisning till 5 kap 5 § UB.

⁷¹ Rodhe s. 66.

⁷² Jfr. NJA 1987 s.746 där kvittning jämställs med privat exekution, där det enligt HD är rimligt att fordran som inte kan användas vid utmätning enligt Utsökningsbalken alt. Specialstadganden i lag, inte heller skall kunna användas till kvittning. Se även Lindskog s. 292 ff.

⁷³ Huruvida man genom villkor i avtal kan hindra utmätning i det överlåtna är ingen självklarhet. Generellt kan inte parter avtala om det sakrättsliga skyddet i överlåtelsen, men vid benefika överlåtelser kan eventuellt gåvogivarens avsikt respekteras och förhindra kvittning. Vid onerösa fäng kan däremot ett villkor av detta slag svårligen accepteras. Lindskog s. 293.

7.2.2 Avtalade kvittningshinder

Avtal om kvittningshinder har ovan konstateras vara giltiga vid kvittning inom den allmänna förmögenhetsrätten. Dock kan avtalet stå i strid mot en indispositiv lagregel eller bedömas som oskäligt och därför ogiltigförklarats alternativt jämkas.⁷⁴

När innehavaren av en på detta sätt villkorad huvudfordran försätts i konkurs är frågan om det avtalade kvittningsförbudet är att hänföra till huvudfordringens karaktär och därmed förhindra kvittning i konkursen enligt 5 kap 15 § 1 st. 2 p. KL. Huruvida detta är fallet eller inte är oklart, Lindskog anser att det är en karaktär hos huvudfordran medan andra hävdar motsatsen bl. a Lennander.⁷⁵ Lennander anser att ett avtalat kvittningsförbud inte är att hänföra till huvudfordringens karaktär vilket ger att kvittningsförbudet inte hindrar kvittning i konkurs.⁷⁶

I betänkandet SOU 1970:75 fastslås det att banker under konkurs kan kvitta sina fordringar mot tillgodohavanden på bankkonton (huvudfordran) även om kvittning utom konkurs skulle vara förhindrad på grund av avtal.⁷⁷ I äldre rättspraxis, NJA 1914 A 235, har avtalat kvittningshinder upprätthållits. Frågan är om denna praxis fortfarande håller eller om förutsättningarna har förändrats genom införandet av 5 Kap 15 § 1 st. 2 p KL. (ursprungligen genom 121 § SFS 1921:225). Ett rättsfall som tyder på att denna äldre praxis fortfarande gäller är RH 1988:105.

I detta mål (RH 1988:105) fastställde HovR:en den av TR:en avgivna domen. TR:en ansåg att huvudfordran tillkommen likviditetssyfte inom ramen för ett rekonstruktionsförslag för ett insolvent företag inte kunde infrias kvittningsvis. Motfordringsborgenären hade stora utestående fordringar gentemot konkursgäldenären. Genom ett påtvingat rekonstruktionsförslag åtog sig motfordringsborgenären att köpa gäldenärens varulager. Från ursprungliga köpeskillingen avräknade borgenären sina motfordringar mot gäldenären varigenom kontant betalning erlades med 255 tkr istället för 1176 tkr. Varefter gäldenären försattes i konkurs. TR:en ansåg att kvittning inte kunde tillåtas enligt 121 § 1 st 2 p. gamla konkurslagen (nuvarande 5 kap 15 § 1 st. 2p. KL) på grund av det avtalade kvittningshindret som förelåg i och med likviditetssyftet och att kvittningen därmed kunde återvinnas.

Även om det är oklart, i väntan på klagörande, huruvida ett avtalat kvittningshinder står sig under konkurs kan man utgå från att avtalet förhindrar kvittning även vid konkurs. För detta talar rättstillämpningen, främst RH 1988:105, doktrin samt den kritik som framförts mot den utvidgade kvittningsrätten.⁷⁸ Mot denna slutsats talar dock motiven i SOU 1970:75 vilka uttalar att bankers eventuella avstående från kvittningsrätt utom konkurs inte har någon betydelse vid konkurs.⁷⁹ Dessa motivuttalanden är tvetydiga i fråga om avtalade kvittningshinder vid konkurs enligt Lindskog. Tvetydiga

⁷⁴ Se avsnitt 4.4.

⁷⁵ Lindskog, s. 316.

⁷⁶ Lennander, s. 253 f.

⁷⁷ SOU 1970:75, s. 189.

⁷⁸ Denna begränsning skulle kunna vara ett lämpligt medel för att begränsa de redan gynnade oprioriterade fordringsägare stora, enligt kritikerna omotiverade, rätt till utdelning vid konkurs p.g.a. kvittningsrätt.

⁷⁹ SOU 1970:75, s. 189. Se även Lennander, s. 253 f.

eftersom de av utredningen motiveras med att det saknas tillräckliga skäl för att skydda konkursboet mot bankers rätt till avräkning mot tillgodohavanden.⁸⁰ Hur det förhåller sig i andra situationer där avtalade kvittningshinder aktualiseras tas inte upp i förarbetena.

7.2.2.1 Avtalat kvittningshinder med undantag för konkurs

Då ett avtalat kvittningshinder med stor sannolikhet består vid konkurs uppstår frågan om man genom avtal kan göra kvittningshindret giltigt endast utom konkurs. Denna typ av rättshandling, där det avtalade kvittningsförbudet förlorar sin verkan vid konkurs speglar kvittningens funktioner på ett bra sätt. För det första upprätthålls likviditeten genom kvittningsförbudet, men vid eventuell konkurs övertar säkerhetsfunktionen det bakomliggande syftet.

Emellertid kan inte parterna avtala om vilken sakrättslig innebörd en rättshandling skall medföra, varför ett sådant förfarande inte kan accepteras. Det är till exempel inte möjligt att rubricera ett avtal som hyra men i händelse av uthyrarens konkurs som köp.

Ett avtalat kvittningshinder med ovan givna villkor skapar problem. Faller hela kvittningsförbudet eller gäller det fortsatt även vid konkurs? Givet är att det inte godtas i ursprunglig form. En rimlig lösning är att kvittningsförbudet fortsatt gäller trots motpartens konkurs. Detta som en rimlig följd av att parterna på ett otillbörligt sätt försökt påverka andra situation, dvs. övriga konkursborgenärens.

7.2.3 Villkorade huvudfordringar

När det är fråga om kvittning i konkurs kan även villkorade fordringar användas till kvittning vilket framgår av 5 kap 1 § 2 st. KL. Det speciella med villkorade fordringar är att de i egentlig mening inte kan sägas existera då de inte ännu uppstått. Detta föranleder problem vid kvittning i konkurs där endast fordringar som står emot varandra vid konkursutbrottet kan användas till kvittning.⁸¹ Det är viktigt att observera att en fordran inte anses som villkorad enligt KL enbart på den grunden att dess förfallodag inte ännu inte inträffat.⁸²

När en fordran är villkorad kan den vara det på två sätt antingen suspensivt eller resolutivt. Suspensivt villkorad är en fordran som innebär att borgenären endast får uppbära beloppet om viss omständighet inträffar. Resolutivt villkorad är en fordran om betalning får utkrävas trots att det är ovisst om viss omständighet kommer att inträffa, men inträffandet av denna omständighet gör borgenären återbetalningsskyldig.⁸³

⁸⁰ Lindskog s. 317. Skulle få innebörden ”även om inte B får kvitta hos A får han kvitta hos Akb (A:s konkursbo) om inte tillräckliga skäl att skydda Akb mot sådan kvittning.”

⁸¹ Torde förhindra kvittning utom konkurs då det i sådana situationer krävs förfallna fordringar.

⁸² Welamson, Konkurs s. 120.

⁸³ Welamson, s. 120.

7.2.3.1 Resolutivt villkorade huvudfordringar

Att huvudfordran eller motfordran är resolutivt villkorade hindrar inte kvittning i konkurs. Fordran är i sig förfallen och är befintlig vid konkursutbrottet varför den inte behöver behandlas annorlunda än en vanlig fordran vid kvittning i konkurs.⁸⁴

7.2.3.2 Suspensivt villkorade huvudfordringar

I situationer där huvudfordran är suspensivt villkorad är konkursborgenären berättigad att kvitta. Vad konkursborgenären avstår från är förmånen av att konkursboets fordran kan bortfalla till följd av att det suspensiva villkoret ej uppfylls.⁸⁵ Däremot finns det ingen skyldighet för borgenär att i konkurs acceptera kvittning med suspensivt villkorad huvudfordran.

7.2.4 Överlåtelse

Om konkursboet överlåter en fordran till förfång vad gäller kvittningsrätten för borgenär, skall konkursboet ersätta borgenären för dennes skada, 5 kap 17 § 3 st. KL. Detta oavsett om konkursförvaltaren vid överlåtelsen kände till borgenärens motfordran eller inte.⁸⁶ Bestämmelsen har sitt ursprung i förvaltaren allmänna skyldigheter att tillgodose borgenärernas inbördes rätt på ett opartiskt sätt.⁸⁷

7.3 Särskilt om motfordran

I detta avsnitt skall olika aspekter på och kring motfordran vid kvittning i konkurs behandlas. Ur konkursborgenärens synvinkel är det till denna det mesta intresse fokuseras vad gäller dennes möjlighet till kvittning i konkurs.

7.3.1 Motfordrans beskaffenhet

Som ovan konstaterats är det beskaffenheten hos motfordran som till stor del är avgörande för huruvida kvittning kan tillåtas eller inte. Liksom vid allmän kvittning skall motfordran vara gällande och presumeras vara klar, däremot behöver den inte vara förfallen.

Att fordran skall vara gällande innebär att motfordran skall vara giltig mot konkursgäldenären på ett sådant sätt att verkställbar dom kan meddelas över rättsförhållandet. Med klar förstås, som ovan också beskrivits, att fordrans existens är verklig, ostridig. Liksom vid allmän kvittning uppställs en pre-

⁸⁴ Walin s. 80

⁸⁵ SOU 1970:75, s. 188.

⁸⁶ Walin s. 94.

⁸⁷ SOU 1970:75, s. 194.

sumption om åberopade fordringsklarhet, utan denna presumption skulle kvittningsskalden aldrig kunna få sin motfordrans kvittningssduglighet prövad om huvudfordringsborgenären motsätter sig kvittning med hänvisning till motfordrans klarhet.

7.3.1.1 Ej förfallna fordringar

Vid kvittning i konkurs behöver inte motfordran, tillskillnad från vanlig kvittning, vara förfallen vilket framgår av 5 kap 1 § 2 st. KL. Vilket i sig inte är en märklig regel. Om inte detta undantag för icke förfallna fordringar funnits skulle borgenärens fordran vara utan värde vid en eventuell kvittningssituation. Utan kvittningssrätt för icke förfallna fordringar är situationen densamma för konkursborgenär med kvittningssgill motfordran som för övriga oprioriterade borgenärer. Vad som motiverar denna fördel för kvittningssberättigad konkursborgenär med oprioriterad motfordran framför övriga oprioriterade fordringsägare är säkerhetsaspekten hos kvittningssinstitutet.

Den kritik som finns mot den utökade kvittningssrätten riktar i mångt och mycket in sig på denna fråga. När en borgenär utan annan möjlighet till skydd för sina fordringar säkras desamma med motfordringar gentemot huvudfordringssborgenären synes hans ställning och möjlighet till kvittning i konkurs vara motiverad, hans fordran kan anses uppnått viss prioritet. Men motfordringar som uppstått genom en ren slump är mer diskutabla. Det skolexempel som används för att beskriva denna situation är då konkursborgenär ådrar sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar gentemot konkursgaldenären, till exempel skadar dennes egendom genom vårdslöshet. I ett sådant fall är det svårt att motivera varför borgenärens ställning skall vara mer fördelaktig än övriga borgenärens med oprioriterade fordringar. Skälet enligt utredningen bakom SOU 1970:75 Utsökningssrätt X, till denna orättvisa är rent lagstiftningsteknisk. Att spalta upp reglerna efter säkerhets-hänsynen hos motfordran ansågs i utredningen vara komplicerat och att en uppspaltning skulle kunna vålla tillämpningssvårigheter.⁸⁸

7.3.1.2 Villkorade motfordringar

Att resolutivt villkorade motfordringar kan användas till kvittning torde enligt allmänna principer vara givet. Dessa skiljer sig inte från till exempel ordinära fordringar uppkomna genom köp där köplagens regler ger rätt till avdrag på köpeskillingen under vissa förutsättningar.

7.3.1.2.1 Suspensivt villkorade motfordringar

När motfordran är suspensivt villkorad gäller 5 kap 15 § 2 st. KL som tydligt talar om vad som gäller.

Är en fordran beroende av ett villkor som innebär att borgenären har rätt att få ut fordringsbeloppet endast om viss omständighet inträffar, skall bor-

⁸⁸ SOU 1970:75, s. 187.

genären fullgöra sin förpliktelse trots att han annars 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.

Suspensivt villkorade motfordringar är alltså inte kvittningssgilla i utgångsläget så länge de är villkorade. I stället skall huvudfordran infrias, men borgenären har rätt att återfå vad han har att fordra enligt motfordran om villkoret har uppfyllts före den dag då utdelningsförslaget upprättas.

7.3.1.3 Pantsatt motfordran

Om motfordran är pantsatt uppkommer problem i kvittningshänseende. Är motfordran pantsatt hos kvittningskontrahenten uppstår inga problem då denne på sätt och vis tillgodogör sig ur motfordran på samma sätt som vid kvittning.

Om motfordran däremot är pantsatt hos tredje man är huvudregeln att motfordringsborgenären inte kan använda fordringen till kvittning mot annan motfordringssgäldenär än pantavaren även om kvittningen sker med förbehåll för motfordringssgäldenärens rätt, alltså med begränsad rättsverkan för denne.⁸⁹ Detta som ett utfall av det faktum att motfordringsborgenären avskärs rådigheten över fordringen i och med giltig pantsättning. Detta gäller för pantsatta motfordringar såväl i som utom konkurs.

7.3.1.3.1 Pantavarens kvittningsrätt

Är det pantavaren som vill använda den pantsatta fordran till kvittning för egen skuld är detta möjligt vid allmän kvittning eftersom denne är rätt betalningsmottagare vad gäller den säkerhetsbelastade delen av fordran.⁹⁰ I konkurs kan inte pantavaren använda pantsatt fordran till kvittning för egen del. Om detta varit fallet hade pantsättarens oprioriterade fordran i gäldenärens konkurs ersatts av skuldbefrielse för egen skuld gentemot tredje man, pantavaren.⁹¹ Vad gäller begränsningarna av kvittningsrätten i 5 kap 16 § 1 st. KL, som torde innefatta pantsättning i begreppet överlåtelse, inkluderar dessa endast fordringar som överlåtits inom tre månader från den kritiska tidpunkten eller som gjorts med ond tro rörande gäldenärens insolvens. För de fall som inte ägt rum inom tre månader från det att konkursansökan lämnades in till rätten eller där ond tro saknas (sannolikt i de flesta fall) krävs en regel likt den Lindskog förespråkar. Annars skulle som sagt fordringsägaren, tillika konkursborgenär, vinna en oberättigad fördel framför andra konkurs-

⁸⁹ Lindskog, s. 433.

⁹⁰ Lindskog, s. 435 ff. Vad gäller eventuellt överhypotek är frågan osäker, eventuellt kan pantavaren även utnyttja detta till kvittning men med redovisningsskyldighet för överskottet. Lindskog anser dock inte att överhypotek kan användas då de fördelar för pantavaren och problem som uppstår är omotiverade.

⁹¹ Lindskog, s. 438.

borgenärer genom att dennes fordran kvittas med annans skuld till konkursboet.

7.3.2 Flera motfordringar

Vid konkurs (naturligtvis även utom konkurs) kan situationen vara den att kvittningsskuldägaren har flera motfordringar mot kvittningsskuldägaren, i konkursfallet konkursboet. Vissa av dessa fordringar kan vara förenade med andra slags säkerheter, exempelvis pantträtt. Oavsett detta kan kvittningsskuldägaren själv välja vilka motfordringar han vill använda till avräkning genom kvittning.⁹² Så är fallet också om det råder konnexitet mellan huvudfordran och motfordran, den konnexa motfordran behöver inte användas till kvittning om kvittningsskuldägaren finner det lämpligare att använda annan motfordran till kvittning. Denna valfrihet för kvittningsskuldägaren är ett utfall av att en konkursborgenär med flera säkerheter i princip kan välja vilka säkerheter han vill begagna sig av och i vilken turordning.⁹³

I rättsfallet NJA 1984 s.185 var en liknande fråga uppe för behandling. I fallet hade företag A utställt en revers till företag B, B hade i sin tur pantsatt reversen som säkerhet för sina åtaganden gentemot en bank. När B gick i konkurs hade A en oprioriterad fordran gentemot B. Banken i sin tur erhöll betalning för sina fordringar mot B utan att realisera den pantsatta reversen och meddelade konkursboet detta. Konkursboet så därefter upp reversen till betalning hos A som i sin tur meddelade konkursboet att de skulle utnyttja sin kvittningsrätt i såväl reversbelopp som ränta. Konkursboet bestred kvittningsinvändningen dels genom att hävda att huvudfordran inte existerade vid konkursutbrottet, reversen var pantförskriven till banken⁹⁴, dels att A då pantsättningen ägde rum inte åberopat någon motfordran i sitt godkännande av pantsättningen.

Såväl TR:en som HovR:en ansåg att reversen var överlåtten enligt 10 § skuldebrevslagen. Detta i kombination med 121 § konkurslagen⁹⁵ gav enligt domstolarna att huvudfordran inte förelåg vid konkursutbrottet.

HD konstaterade att rätten till kvittning i konkurs är att bedöma med hänsyn till förhållandena vid tidpunkten för konkursbeslutet, men att det senare kan visa sig föreligga sådana omständigheter att rätt till kvittning i konkurs föreligger. Som ovan nämnts konstaterar HD vidare att en borgenär i konkurs har valfrihet att välja vilka säkerheter han vill realisera, banken hade alltså rätt att avstå från sin pantträtt. HD ändrade TR:ns och HovR:ns beslut och erkände A:s rätt till kvittning.

7.4 Skapande av kvittningsförutsättningar

När konkurs inträffar hos motpart i affärssammanhang riskerar borgenärer att inte få sina fordringar betalda. Mest utsatta för denna risk är borgenärer med oprioriterade fordringar. I sin strävan att täcka förlusten kan kvittning,

⁹² Walin s. 79.

⁹³ Förutsätter naturligtvis generella pant respektive borgensåtaganden.

⁹⁴ Pantsättning av löpande skuldebrev är enligt 10 § skuldebrevslagen att jämställa med överlåtelse.

⁹⁵ 121 § i gamla konkurslagen SFS 1921:225, motsvaras av 5 kap 15 § i 1975 års konkurslag.

som ovan nämnts, vara ett medel för att säkra sina fordringar helt eller delvis.

Man kan tänka sig tre övergripande sätt att skaffa sig denna säkerhet i form av en rätt till kvittning.

- Skapande av en huvudfordran genom motköp på kredit eller annan skuldsättning.
- Förvärv av motfordran från tredje man
- Huvudfordran skapad genom kontraktsbrott

7.4.1 Motköp

Det kanske enklaste sättet att skaffa sig en huvudfordran användbar till kvittning är att genom motköp eller dylikt förfarande sätta sig i skuld i förhållande till gäldenären i det ursprungliga skuldförhållandet. Detta är inte helt okomplicerat eftersom någon form av affärsrämsighet krävs, det vill säga man kan inte göra motköp av den enkla anledningen att tillskapa en huvudfordran, utan man måste också ha någon form av användning alternativt avsättning för det införskaffade godset.

En huvudfordran som tillkommit på detta sätt är kvittningsduglig om den uppkommit före konkursbeslutet meddelades enligt 5 kap 15 § 1 st. KL, samt att den inte är att anse som betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel. Det sistnämnda regleras i 5 kap 16 § 2 st. KL och anknyter såväl till andemening som lagtext till reglerna om återvinning, främst 4 kap 10 § KL.

Denna regel, 5 kap 16 § 2 st. KL, kan synas onödig då fallet med största sannolikhet täcks av återvinningsreglerna. Men i motiven förklaras ställningstagandet med att lagstiftaren velat undvika en situation där omständigheterna inte var tillräckliga för att kunna bevisa att avsikten med skuldsättningen var att via kvittning skaffa borgenären betalning.⁹⁶ Dessutom ansågs det var enklare för konkursboet med ett direkt kvittningsförbud i stället för att behöva gå via återvinningsreglerna.

7.4.2 Förvärv av fordran från tredje man

Ett annat alternativ är att den som är gäldenär i förhållande till konkursgäldenären av borgenär förvärvar oprioriterad fordran till underpris. Syftet med att införskaffande av motfordran är att kunna infria huvudfordran så billigt som möjligt och vid konkurs att rädda fordran.⁹⁷ Resultatet av en sådan transaktion skulle bli att borgenären med endast en oprioriterad fordran skulle erhålla viss utdelning samt att förvärvaren genom kvittning inte skulle behöva uppfylla hela sitt åtagande. Vid allmän kvittning utgör det faktum att motfordran införskaffats genom överlåtelse inget hinder. Men vad som ovan beskrivits är ett till synes klandervärd beteende i de fall då huvudfordringsborgenären försatts i konkurs eller annars är synbart insolvent. Genom 5 kap

⁹⁶ SOU 1970:75, s. 190 f.

⁹⁷ Lindskog, s. 234.

16 § 1 st. KL har lagstiftaren satt stopp för detta i den utsträckning kvittningsförklaring framställs efter konkursutbrottet.

I sig är inte handel med fordringar klandervärd utan tvärtom en god affärsidé för till exempel factoringföretag. Det som lagstiftaren velat sätta stopp för är när överlåtelsen äger rum inom tre månader från fristdagen⁹⁸ eller då borgenären vid överlåtelsen hade skälig anledning att anta att gäldenären var insolvent. 5 kap 16 § 1 st. innehåller alltså både ett objektivt och ett subjektivt kvittningsförbud, något krav på kvittningssyfte vid förvärvet finns inte.

Det är avsikten att kvitta som lagstiftaren velat hindra och som motiverar kvittningsförbudet då kvittningssyftet förutsätts föreligga vid dylika transaktioner. Det är konkursboet som måste bevisa kvittningssyftet och detta torde konsumera förvärvarens kännedom om gäldenärens insolvens. För om transaktionens syfte är att säkra motfordran mot gäldenärens obestånd bör härav följa att förvärvaren kände till obeståndet.⁹⁹

Om fordringen överlåtits på annat sätt än genom överlåtelse, till exempel genom arvsskifte eller bodelning, gäller inte kvittningsförbudet.¹⁰⁰ Inte heller drabbar förbudet dödsbo där den avlidne ägt rätt att kvitta.¹⁰¹

7.4.2.1 Koncernförhållanden

En intressant fråga är huruvida företag inom en koncern kan anses vara ett och samma rättssubjekt, alltså om koncernen i sig kan hävda motfordringar alternativt huvudfordringar som finns hos/mot olika dotterbolag etc. Att staten ses som ett rättssubjekt har tidigare behandlats (6.3.1) och en diskussion huruvida detta synsätt är möjligt vad gäller koncerner ligger nära till hands. Genom koncernbidrag och ägartillskott kan ett moderbolag fördela resurser på ett sätt som påminner om förhållandet mellan staten och dess förvaltningsmyndigheter. Dock skall här konstateras att den allmänna uppfattningen är att företag inom en koncern betraktas som olika rättssubjekt, se NJA 1977 s. 664.

Frågan är intressant ur det perspektiv som beskrivits ovan då företagen inom koncerner har möjlighet att överlåta fordringar till varandra.¹⁰² Därigenom kan (främst i stora och divergerade) koncerner säkra sina fordringar på ett effektivt sätt genom att matcha koncernens fordringar mot dess skulder och därigenom uppnå det kreditsäkringsskydd som kvittning innebär vid motpartens insolvens och konkurs..

7.4.3 Kontraktsbrott

Att bryta ingångna avtal i syfte att skapa kvittningsförutsättningar i säkerhetssyfte är omdiskuterat. I praktiken kan kontraktsbrottet ske på ett oändligt antal sätt, här skall dock främst och övergripande behandlas innehållande av betalning eller annan prestation samt kontraktsbrott i form av leveransvägran etc.

Att en borgenär vid motparts insolvens eller dåliga betalningsvilja innehåller egen prestation i syfte att t ex. låta motpartens fordran förfalla medför

⁹⁸ Fristdagen, enligt 4 kap 2 § KL detsamma som den dag då konkursansökan lämnades in till TR. Det åligger borgenären att styrka när han förvärvat sin fordran. Se Walin s. 90.

⁹⁹ Lindskog, s. 240.

¹⁰⁰ Lindskog, s. 241. Se också nedanstående not.

¹⁰¹ SOU 1970:75, s. 190.

¹⁰² S.k. borgenärssuccesion, vilket inte kräver gäldenärens samtycke.

inga konstigheter i sig. I vilken utsträckning kvittning tillåts med på detta sätt framprovocerade situationer behandlas nedan.

I det andra fallet ådrar sig den ursprunglige borgenären skadeståndsskyldighet efter en lönsamhetsbedömning, ett företag väljer t ex. att sälja den avtalade egendomen till annan då detta trots skadeståndsskyldighet anses mer fördelaktigt än att leverera till insolvent kund. Vad som sker i sådana fall är att en huvudfordran skapas. Genom kontraktsbrottet uppstår en huvudfordran som kan användas vid kvittning mot äldre utestående krediter vid konkurs eller annan insolvens hos gäldenären.

7.4.3.1 Innehålla betalning

Vid kvittning inom den allmänna civilrätten krävs att både huvudfordran och motfordran är förfallna, annorlunda förhåller det sig i konkurs. Men situationen kan vara sådan att i avvaktan på att motfordran skall förfalla till betalning och därmed bli kvittningsduglig försätts innehavaren av huvudfordran i konkurs. Frågan är då om kvittningsrätten som tillkommit genom avtalsbrott och måhända tvingat fram insolvensen skall bestå.

Vad som talar för att kvittningsrätten består är att innehavaren av huvudfordran har haft möjlighet att kräva betalning, om inte detta lyckats har han haft möjlighet att sälja sin fordran¹⁰³, som en sista utväg har han haft möjlighet att med hjälp av lagens bestämmelser utverka ett betalningsföreläggande.

Enligt Håstad kvarstår kvittningsrätten även om motfordringsborgenären förhalat betalningen.¹⁰⁴ Den utvidgade kvittningsrätten i konkurs kan försvåra för en insolvent borgenär att driva in sina fordringar, när gäldenären har motfordringar, eftersom gäldenären har sakrättsligt skyddad kvittningsrätt om han lyckas förhala betalningen tills huvudfordringsborgenären försätts i konkurs.

7.4.3.2 Innehålla annan prestation

I NJA 1995 s. 356 bedömdes den i lagstiftningen oreglerade frågan om skapande av en kvittningssituation genom kontraktsbrott. I fallet hade en leverantör av fläktutrustning mottagit förskottsbetalning avseende viss fläktutrustning, orsaken till detta förfarande var att köparen hade skulder gentemot samma leverantör för tidigare köpta varor. Då frågan kom upp i rättegång hade ursprunglige köparen gått i konkurs men fordran på leverans hade övertagits av ett annat företag i samma bransch, dock kvarstod en möjlig kvittningsinvändning. När frågan kom upp i hovrätten hade även förvärvaren av leveransfordran gått i konkurs. Som svar på konkursboets yrkande att utfå det i förskott erlagda beloppet hävdade leverantören en rätt till kvittning enligt 5 kap 15 § 1 st KL. TR:en fann att det rörde sig om en penningfordran då yrkandet var att utfå det i förskott erlagda beloppet, inte en naturaprestation vilket varit fallet om konkursboet yrkat på leverans. Fordringarna hade dessutom ostridigt uppkommit innan konkursutbrottet, varför TR:en godkände kvittningsinvändningen. HovR:en bedömde kvittningsfrågan mot bakgrund av den situation, i vilken förskottsbetalningen gjordes och efter vilket berättigat intresse leverantören hade av att få kvitta.

¹⁰³ S.k. borgenärssuccesion som kan göras utan gäldenärens samtycke, vid löpande fordringar är dessutom kvittningsrätten gentemot förvärvare starkt begränsad.

¹⁰⁴ Håstad, s. 393.

Förskottsbetalning bedömdes enligt HovR:en som erlagd under förutsättning att leverans skulle ske, med beaktande av detta godkänner HovR:en inte leverantörens kvittningsinvändning. HD diskuterade kvittningsinstitutets generositet gentemot konkursborgenärer, med bakgrund i denna diskussion finner HD att det för kvittning i princip krävs att kvittningsborgenären inte skaffat sig kvittningsmöjligheten under omständigheter som kommer i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet. Med denna motivering underkändes kvittningsförklaringen av HD.

Ett kontraktsbrott skall alltså inte kunna medföra kvittning i konkurs till den felandes fördel, med reservation för motfordringar ur samma avtal (konnexitet) och kontraktsbrott som beror på hinder utanför parternas kontroll. Detta skulle kunna vara en väsentlig begränsning av kvittningsrätten i konkurs. Frågan är om rättsfallet har såpass genomslagskraft. Hade konkursboet yrkat leverans skulle diskussionen aldrig ha uppstått. Av processuella skäl var inte taleändring tillåten, varför HD troligtvis avgjorde målet med hänsyn till billighet.

Vid en jämförelse med vad förarbeten och doktrin anser om liknande fall där avtalsbrott föranlett kvittning framstår HD:s avgörande som lite märkligt. Problemet har sin grund i två faktorer, avtalsbrottet och att fordringarna var av olika slag. Komputabilitet förelåg då konkursboet yrkat återbetalning av utbetalat förskott varför det otillbörliga i det aktuella fallet berodde på huvudfordrans tillskapande och inte på fordringarnas beskaffenhet. Jämför Karnov där rättsfallet felaktigt tolkats som att utgången i fallet berodde på bristande komputabilitet.¹⁰⁵

Vad som i kvittningshänseende gäller då huvudfordran tillskapats genom kontraktsbrott på ovan beskrivna sätt måste anses oklart trots NJA 1995 s. 356. Frågor som väcks av fallet är vad effekten av domens utfall blir på situationer där motfordringsborgenärer innehåller betalning för huvudfordran i avsikt att kunna kvitta. Att inte betala i rätt tid är också i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet. I väntan på klagande praxis alternativt doktrin måste fallet NJA 1995 s. 356 anses vara ett undantagsfall för ett mycket speciellt handlande likt det som ägt rum i rättsfallet.

¹⁰⁵ Jfr Karnov, band 3 s. 2831 där rättsfallet felaktigt kommenteras genom att utgången sägs bero på att ”den således uppkomna penningsskulden fick ej användas till kvittning med penningfordran mot naturaborgenärer”. Det var det otillbörliga i skapandet av kvittningssituationen som föranledde domen, inte bristen på komputabilitet. Att en naturaprestation i konkurs kan ersättas av en penningprestation har konstaterats ovan i avsnitt 7.1.1.

8 Litteraturförteckning

Håstad Torgny Lennander Gertrud	Sakrätt, sjätte uppl. Stockholm 1996. Återvinning i konkurs, andra uppl. Stockholm 1994
Lindskog Stefan Mellqvist/Persson Rodhe Knut	Kvittning, andra uppl. Stockholm 1993. Fordran och skuld, tredje uppl. Uppsala 1992. Obligationsrätt, första upplaga. Stockholm 1956. (omtryckt 1993)
Walin Gösta	Materiell konkursrätt, andra uppl. Stockholm 1987.
Welamson Lars	Konkurs, åttonde uppl. Stockholm 1988.

Lagkommentarer:

Karnov	Band 3, första uppl. Stockholm 1996
--------	-------------------------------------

Artiklar:

Håstad Torgny	Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s. 224.
Gregow Torkel	Svensk rättspraxis: konkursrätt 1982-1990, SvJT 1993 s. 191

Offentligt tryck:

Proposition 1975:6
Proposition 1986/87:90

SOU 1970:75 SOU 1988:63	Utsökningsrätt X Kommissionsutredningen
----------------------------	--

9 Rättsfallsförteckning

NJA 1914 A 235	NJA 1986 s. 539
NJA 1916 s. 154	NJA 1987 s. 253
NJA 1933 A 217	NJA 1987 s. 746
NJA 1963 s. 195	NJA 1988 s. 94
NJA 1977 s. 664	NJA 1989 s. 602
NJA 1984 s. 30	NJA 1995 s. 356
NJA 1984 s. 185	NJA 1996 s. 368

RH 1988:105