



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Magnus Wickman

Nackdelsrekvisitet vid
återvinning

20 poäng

Ralf G. Larsson

Insolvensrätt

HT 2001

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING OCH SYFTE	5
1.1 Problemorientering	5
1.2 Syfte	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metodik och källkritik	6
1.5 Disposition	7
2 ÅTERVINNINGSSINSTITUTET – HISTORIK, SYFTEN OCH INNEBÖRD	8
3 ÅTERVINNINGSGREGLERNA	11
4 NACKDELSREKVISITET	12
4.1 Introduktion till nackdelsrekvisitet – historik samt syften	12
4.2 Allmänt om nackdelsrekvisitet	13
4.3 Nackdel – Hur?	16
4.4 Direkt/indirekt nackdel	17
4.5 Krävs insolvens?	18
4.5.1 Äldre rätt	18
4.5.2 Nackdelsbedömning enligt de objektiva reglerna	18
4.5.3 Nackdelsbedömning enligt konkurslagen 4 kap 5 §	20
4.6 Tidpunkten för nackdelsbedömningen	20

4.6.1	Enligt de objektiva reglerna.	20
4.6.2	Enligt den subjektiva regeln.	22
4.7	Kan nackdel uppstå genom gäldenärs passivitet?	23
4.8	Skall man ta hänsyn till eventuella konkurskostnader?	26
4.9	Nackdelsrekvisitet och risken för skada	29
4.9.1	Inledning	29
4.9.2	Praxis	30
4.9.3	Doktrin	31
5	NACKDELSREKVISITET I PRAKTIKEN	35
5.1	Inledning	35
5.2	Ömsesidigt förpliktande avtal	35
5.3	Gäldenärsbyte	36
5.4	Betalning av skuld med medel som annars inte skulle ha ingått i konkursboet	37
5.5	Löpande avtalsförhållanden	41
5.5.1	Avtal om checkräkningskredit	41
5.5.2	Leasingavtal	47
5.5.3	Ställande av säkerhet för annans skuld	49
5.5.4	Betalning till förmånsberättigad borgenär	51
5.5.4.1	inledning	51
5.5.4.2	Annan pantavare rycker upp	52
5.5.4.3	Borgenär erhåller betalning med medel som härrör ur egendom vari han har säkerhet	53
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	56
	LITTERATURFÖRTECKNING	60
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Sammanfattning

I konkurs finns ofta ett behov att återvinna vissa av gäldenären gjorda rättshandlingar. Återvinningsreglerna i konkurslagen (1987:672) 4 kap. 5-13 §§ medger återvinning av rättshandlingar som skett inom en viss tid före konkursbeslutet. En förutsättning för återvinning är emellertid att det saknades rekvisitet är uppfyllt. Kort sammanfattat innebär saknades rekvisitet att ingen återvinning kan bli möjlig om inte åtminstone en borgenär försatts i en sämre situation som följd av rättshandlingen.

Saknades rekvisitet är inte uttryckt direkt i lagtexten, det föreligger emellertid ingen tvekan om huruvida saknades rekvisitet är en nödvändig förutsättning för återvinning av rättshandlingar. Att saknades rekvisitet krävs för återvinning framgår av såväl förarbeten som praxis.

Återvinningsreglerna finner man i konkurslagen 4 kap. Bedömningen av om det föreligger saknades rekvisitet måste genomföras annorlunda vid tillämpning på den subjektiva bestämmelsen i 5 § jämfört med hur den görs angående de objektiva återvinningsreglerna i 6-13 §§.

En rättshandling innebär saknades rekvisitet om gäldenärens ekonomiska situation försämras eller borgenärernas inbördes förhållanden förändras. Vad gäller de objektiva återvinningsbestämmelserna, krävs att saknades rekvisitet uppstått som en *direkt följd* av rättshandlingen. Saknades rekvisitetsbedömningen skall hänföras till tidpunkten för rättshandlingens genomförande. Den subjektiva bestämmelsen i 5 § måste behandlas annorlunda. *Indirekt saknades rekvisitet* är tillräcklig, dvs det är tillräckligt om saknades rekvisitet uppstår i samband med en efterföljande händelse. Inte heller krävs att man hänför saknades rekvisitetsbedömningen till tiden för rättshandlingens genomförande. Saknades rekvisitet kan uppstå så sent som då återvinningsfrågan tas upp till behandling.

Ett flertal olika faktorer påverkar nackdelsbedömningen, exempelvis konkurskostnader. Konkurskostnader skall beaktas om en borgenär med samma eller bättre rätt annars skulle belastas med dem.

Vid ömsesidiga avtal kan nackdel uppstå endast då konkursgäldenären inte får fullvärdig ersättning för sin prestation.

Om borgenär erhåller betalning med medel som konkursgäldenären genom *gåva* erhållit *från tredje man*, och som inte skulle ha ingått i konkursboet är huvudregeln att ingen nackdel kan anses ha uppstått. Om betalning däremot sker med medel som gäldenären *lånat från tredje man* för att betala borgenären, måste situationen behandlas annorlunda. Enligt huvudregeln skall nackdelsbedömning av betalning som skett med inlånade medel genomföras på samma sätt som vanlig betalning till borgenär, vilket innebär att nackdel som regel kan konstateras. I vissa undantagssituationer medges emellertid betalning med medel som lånats in för detta syfte, men då måste omständigheterna i det enskilda fallet vara mycket speciella.

Checkräkningskrediter behandlas återvinningsrättsligt inte som vanliga lån. Nackdelsbedömningen skall inte genomföras för varje enskild transaktion, vilket vore det normala. Istället måste man summera alla insättningar och uttag på kontot som sker under återvinningsfristen. Har gäldenärens sammanlagda skuld på checkräkningskontot minskat från återvinningsfristens början till konkursbeslutet, föreligger nackdel.

Eftersom skyldighet att betala leasingavgift uppkommer redan genom leasingavtalets ingående, behandlas leasingavgift som betalas före kommande nyttjandeperiod som betalning av skuld. Det innebär att så länge motprestationen är acceptabel, så har ingen nackdel uppstått. Även betalning i efterskott kan accepteras under vissa förutsättningar om betalningen är en nödvändig förutsättning för fortsatt nyttjande av den leasade egendomen.

Det är uppenbart att om konkursgäldenären har ställt säkerhet för annans skuld, är nackdelsrekvisitet uppfyllt. Viss oenighet råder emellertid angående vilka bestämmelser man bör tillämpa för att kunna återvinna. HD fastslog i NJA 1985 s. 117 att 4 kap. 12 § KL *inte* är tillämplig trots att det är den bestämmelse som är avsedd för återvinning av säkerställande. Istället ansåg HD att man borde använda 5 och 6 §§ i samma kapitel. Detta har kritiserats en del i doktrin.

Betalning till borgenär med säkerhet innebär som regel inte nackdel, om det är borgenären med bäst rätt och säkerheten omedelbart återställs till konkursgäldenären/boet. Om det emellertid finns en borgenär med andrahandsrätt i säkerheten ifråga, och denne p g a betalningen kommer att få en större del av sin fordran täckt av säkerheten än annars, har nackdel uppstått. Om gäldenären säljer egendom vari viss borgenär har säkerhet, för att därefter använda vederlaget för att betala borgenären i fråga, kan nackdel ha uppstått. Om försäljningen av egendomen och den efterföljande betalningen av skulden kan ses som en sammanhängande transaktion, eller om medlen har blivit tydligt avskiljda från gäldenärens övriga egendom och förfogandemöjligheter, är betalningen acceptabel. Om dessa krav inte blivit uppfyllda anses medlen efter egendomens försäljning ha blandats med gäldenärens övriga tillgångar, och kan inte längre användas att betala enskild borgenär eftersom nackdelsrekvisitet sätter stopp för en sådan transaktion.

Förkortningar

HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
KL	Konkurslagen (1987:672)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd 1
SOU	Statens Offentliga Utredningar
ÄKL	Konkurslag (1921:225)

1 Inledning och syfte

1.1 Problemorientering

Nackdelsrekvisitet är en, inte direkt i lagtext uttalad, förutsättning för att en omstridd rättshandling skall kunna återvinnas i en konkurs eller under ett företagsrekonstruktionsförfarande. Enkelt sammanfattat innebär nackdelsrekvisitet att en rättshandling inte skall kunna återvinnas om inte någon av gäldenärens borgenärer har drabbats på ett negativt sätt av den.

Ett flertal intressanta frågeställningar uppkommer om man väljer att studera detta rekvisit lite mer detaljerat. Vilka skall drabbas för att en nackdel skall anses ha uppstått, vilka rättshandlingar innebär att en nackdel uppkommer, vid vilken tidpunkt skall den s k nackdelsbedömningen göras m.m.. Annat att fördjupa sig i är exempelvis hur säkert bestämd en viss skada behöver vara för att man skall anse nackdelsrekvisitet uppfyllt, räcker det rent av med risk för att skada i framtiden kan komma att uppstå, hur kvalificerad måste i så fall denna skada vara. Frågeställningarna blir många om man väljer att fördjupa sig.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att detaljerat redogöra för det nackdelsrekvisit som existerar i det svenska återvinningsinstitutet. Jag avser redogöra för syftena bakom nackdelsrekvisitet och samtidigt försöka förklara hur det passar in i den svenska konkursrätten. Min redogörelse kommer även att innebära en detaljerad beskrivning av hur rekvisitet är utformat, de problemområden som uppstår i dess tillämpning och lämpliga lösningar på dessa problem. Uppsatsen är till största delen deskriptiv, d v s mitt mål är först och främst att så detaljerat som möjligt beskriva det gällande rättsläget.

1.3 Avgränsningar

Syftet med uppsatsen är inte att undersöka om en speciell situation kan återvinnas enligt den ena eller andra regeln, eller huruvida en återvinning i ett bestämt fall kanske kan jämkas e.d. Jag kommer att så långt möjligt försöka begränsa redogörelsen till att behandla endast nackdelsrekvisitet. Jag kommer inte att göra en systematisk genomgång angående varje enskild återvinningsbestämmelse för sig. När man skall behandla nackdelsrekvisitet föreligger den stora skillnaden mellan de objektiva reglerna jämfört med den subjektiva regeln, därför kommer jag som regel att behandla de objektiva reglerna tillsammans och utan att någon skillnad dem emellan görs. De gånger jag avser att beskriva en viss del av de objektiva återvinningsreglerna specifikt kommer jag att klargöra det. Den subjektiva återvinningsbestämmelsen i 4 kap. 5 § KL skiljer sig från de objektiva vid nackdelsbedömningen varför uppdelningen görs mellan de objektiva och den subjektiva bestämmelsen, snarare än genom att behandla varje enskild bestämmelse för sig.

1.4 Metodik och källkritik

Mina undersökningar har baserat sig på de klassiska juridiska rättskällorna. Doktrin har varit den mest nyttjade källan, dock inte exklusiv. Förarbeten och praxis har också undersökts. Förarbetena är relativt gamla men eftersom nackdelsrekvisitet till stor del härstammar från dessa har de fortfarande stor vikt när man vill försöka förklara dess innebörd. Vad gäller praxis har jag främst koncentrerat mig på de rättsfall som har tilldragit sig störst intresse i doktrin. Ett antal författare har mer eller mindre ingående behandlat nackdelsrekvisitet. Huvudverket på området torde vara Lennanders Återvinning i konkurs¹, i vilket hon ingående behandlar återvinning

¹ Lennander, Gertrud Återvinning i konkurs 2:a omarbetade uppl. Stockholm 1994. [Nedan citerad Lennander]

generellt och nackdelsrekvisitet i synnerhet. Detta verk är även min mest använda källa; jag utgår ofta ifrån Lennanders åsikter och min disposition bygger delvis på den Lennander använder sig av. Jag är emellertid medveten om detta och har ansträngt mig att inte bli för influerad av Lennanders tankar och åsikter. Det andra större verket på området är Walin och Palmérs Konkurslagen². Dessa herrar har utformat sitt verk som ett lösbladssystem som regelbundet uppdateras. Den version jag har använt mig av sträcker sig fram t o m oktober år 2000. Dessa båda verk är de mest använda och åsikterna mellan författarna angående tolkning av förarbeten och vissa rättsfall skiljer sig ofta åt. Ofta kommer jag att behandla ett problem genom att jämföra Lennanders åsikter med Walin/Palmérs. Övriga författare behandlar nackdelsrekvisitet relativt kortfattat och bygger som regel på antingen Walin/Palmérs eller Lennanders åsikter.

1.5 Disposition

Först kommer en kort redogörelse för syften och historik bakom återvinningsinstitutet generellt och därefter en redogörelse för nackdelsrekvisitets syften och historik. Det blir då något enklare att förstå hur nackdelsrekvisitet passar in i återvinningsinstitutet som sådant. Därefter redogörs detaljerat för rekvisitet, olika problemområden och lösningar på dessa där så finnes. Jag kommer löpande i redogörelsen att försöka analysera de olika frågeställningar och problem som uppstår. Därför kommer den avslutande delen att bli relativt kortfattad.

² Walin, Gösta & Palmér, Eugène Konkurslagen Stockholm 1989 med supplement t om okt 2000. [Nedan citerad Walin/Palmér]

2 Återvinningsinstitutet – Historik, syften och innebörd

Ursprunget till dagens återvinningsregler står att finna i den romerska rätten. I den gamla romerska rätten var actio pauliana en slags skadeståndstalan mot en borgenär som på något sätt hade förfarit brottsligt i samband med en konkurs. Förutsättningar för att en rättshandling skulle kunna återgå var att den hade vidtagits i syfte att skada borgenärerna och att den gynnade hade varit medveten om detta. Gåvor kunde emellertid fås att återgå utan att man behövde styrka ond tro. Det är utifrån detta rättsinstitut som vår tids återvinningsregler har skapats.³

I Sverige infördes återvinningsinstitutet först i och med 1862 års konkurslag, och därefter har med tiden möjligheterna att återvinna rättshandlingar i gäldenärs konkurs successivt utvidgats. De nuvarande reglerna fick sin huvudsakliga utformning genom den lagstiftning på området som genomfördes 1975.⁴

Det i förarbetena kraftigast betonade syftet med återvinningsreglerna är prevention, men även ett reparativt syfte kan skönjas. Så uttalas exempelvis att återvinningsreglerna skall motverka sådana dispositioner från gäldenärens sida som är till skada för borgenärerna, och när sådan disposition ändå har ägt rum, skall de ge konkursboet möjligheter att vidta åtgärder för att rätta till denna situation.⁵ Genom att återvinningsinstitutet existerar menar man att borgenärerna i större utsträckning avhåller sig ifrån olika brådstörtade åtgärder som syftar till att försätta dem själva i en bättre

³ Olivecrona, s. 20.

⁴ Lennander, s. 24f.

⁵ SOU 1970:75 s. 128

situation, men som kanske blir den direkta orsaken till ett fullständigt ekonomiskt sammanbrott.⁶

Gertrud Lennander utgår från att återvinningsmöjligheten bygger på samma grundläggande syften som konkursinstitutet i sig, nämligen att konkursborgenärerna skall behandlas lika. När det gått så långt som till en konkurs, är det underförstått att konkursgäldenärens borgenärer i gemen inte kommer att få full utdelning på sina fordringar. De tillgångar som finns skall fördelas mellan borgenärerna enligt strikta regler som utgår från en likabehandling. Återvinningsreglernas syften är att förhindra att det blir en dragkamp mellan olika borgenärer om gäldenärens tillgångar när de börjar ana vartåt det lutar. De regler om konkurs och återvinningsmöjligheter som finns bereder borgenärerna en viss säkerhet, en säkerhet som är nödvändig för att kreditmarknaden skall kunna fungera på ett lämpligt sätt.⁷

Knut Rodhe ser två rättspolitiska syften med återvinningsreglerna. Återvinningsmöjligheten skall ha en avkylande effekt på en gäldenär som märker att konkursen närmar sig och som därför vill rädda undan så mycket egendom som möjligt genom att överföra den till tredje man eller som försöker gynna en viss borgenär. Dessutom skall reglerna syfta till att man så långt möjligt undviker en kapplöpning mellan borgenärer som inser att en konkurs är oundviklig, och som annars skulle ha pressat gäldenären på olika sätt för att få ut så mycket som möjligt av sina fordringar. En sådan kapplöpning är inte önskvärd vare sig ur gäldenärens perspektiv eller ur borgenärskollektivets.⁸

Walin är något kritisk till förarbetena och menar att man ”*nog kan befara att beskrivningen av återvinningsreglernas funktion är delvis ganska*

⁶ Prop.1975:6 s. 132.

⁷ Lennander, s. 17.

⁸ Rodhe, s.260f.

*orealistisk*⁹. Dessutom anser han att den ekonomiska effekten av en lyckad återvinning främst gynnar borgenärer med företagshypotek samt staten som har förmånsrätt för ett stort antal skatter och avgifter.¹⁰ Walin går mig veterligen inte in i närmre diskussion angående de egna åsikterna om återvinningens syften, men jag får uppfattningen att han anser att syftet är att gynna borgenärskollektivet och att detta sker främst genom prevention.

I doktrin uttrycks sålunda syftena bakom återvinningsreglerna något annorlunda än i förarbetena, men tyngdpunkten ligger likväl här mer på prevention än på reparation.

Huvudprincipen angående verkan av återvinning är att hela den återvunna rättshandlingen återgår. De prestationer som har utväxlats skall återbäras och situationen efter återvinningen skall bli som om den återvunna rättshandlingen aldrig hade vidtagits. Denna allmänna huvudprincip modifieras dock i 4 kap.

6-9 §§ KL, där bl a medges en återvinning som inskränker sig till att avse endast en del av transaktionen. Huvudregeln är emellertid att inblandade parter skall återge sina prestationer eller i vissa fall, substitut för dessa.

Huvudprincipen framgår av 4 kap. 14 § KL, där även visst undantag anges, och möjligheten att prestera genom att utge värdet av den mottagna prestationen i vissa situationer. Det skulle emellertid bära för långt att inom ramen för detta arbete gå in längre på återvinningens verkningar varför jag nöjer mig med att ha redogjort för huvudprincipen

⁹ Walin, s 126f.

¹⁰ Walin, s. 127.

3 Återvinningsreglerna

Återvinningsreglerna finner man i 4 kap. KL. De är av två slag, dels den subjektiva s k actio paulianaregeln (4 kap. 5 §), dels de olika objektiva reglerna (4 kap. 6-13 §§). Den avgörande skillnaden mellan de objektiva reglerna och den subjektiva regeln, består inte helt oväntat i att de förstnämnda helt saknar subjektiva rekvisit. Dessa upptar endast ett visst handlingsmönster som, när det är uppfyllt, möjliggör återvinning. Den subjektiva regeln förutsätter att motparten hade eller borde ha haft vetskap om gäldenärens insolvens och vissa andra omständigheter. Den kräver även otillbörlighet.

4 Nackdelsrekvisitet

4.1 Introduktion till nackdelsrekvisitet – historik samt syften

En naturlig följd av återvinningsinstitutets syften (främst det reparativa), är att det måste krävas att någon av borgenärerna på något sätt har drabbats negativt av gäldenärs rättshandling för att en återvinning överhuvudtaget skall komma på fråga. Har inte någon nackdel uppstått finns inte något behov av att återvinna rättshandlingen. Det är här som nackdelsrekvisitet blir aktuellt. Ett typexempel på en i återvinningshänseende relevant nackdel är att gäldenären skänker bort egendom som annars skulle ha ingått i konkursboet. En annan är att han väljer att ge en massaborgenär fullt betalt för dennes fordran när det inte finns tillgångar nog att betala samtliga borgenärer. Om å andra sidan en borgenär, med pant som täcker hela fordringen, får betalt och samtidigt lämnar tillbaka panten har inte någon nackdel uppstått för övriga borgenärer. Dessa andra borgenärer skulle ändå inte ha haft bättre rätt till panten eller dess värde, och därmed vore det meningslöst att återvinna en sådan disposition. Jag kommer nedan i min framställning mer noggrant att redogöra för dessa och andra mindre självklara situationer.

Nackdelsrekvisitet har inte direkt övertagits från äldre rätt¹¹, utan är snarare en omformning av det äldre skaderekvisitet.¹² Detta i äldre rätt använda skaderekvisit avsåg träffa rättshandlingar som ledde till en minskad eller omintetgjord utdelning i gäldenärens konkurs. Dessutom krävdes att skadan var en omedelbar följd av rättshandlingen i fråga och att gäldenären genom handlingen blivit insolvent eller förvärrat en redan bestående insolvens. Detta äldre skaderekvisit förutsatte därmed att konkursanledningen redan

¹¹ Med äldre rätt avses här de konkursbestämmelser som gällde före 1975 års lagändringar.

¹² Lennander, s. 82.

förelåg vid tiden för rättshandlingen eller att rättshandlingen i sig var upphovet. Det äldre skaderekvisitet förutsatte i princip nackdel och insolvens.¹³

I nuvarande svensk lagstiftning har man valt att inte direkt i lagrummen angående återvinning medta nackdelsrekvisitet, åtminstone inte vad gäller de objektiva återvinningsbestämmelserna (se nedan angående Lennanders åsikter härvidlag angående den subjektiva återvinningsbestämmelsen). Det faktum att man inte i lagrummen direkt intagit ett nackdelsrekvisit beklagades under remissbehandlingen, framförallt på den grund att det skulle skapa klarhet i viss osäkerhet som uppstått på vissa otydliga rättsfall, men ledde ändå inte till att någon ändring härvid gjordes.¹⁴¹⁵ Att ett nackdelsrekvisit existerar i svensk rätt framgår ändå klart av förarbetena.¹⁶

4.2 Allmänt om nackdelsrekvisitet

Enligt förarbetena avses med nackdel att gäldenärens ekonomiska ställning har försämrats.¹⁷ Lennander anser dock att detta inte innebär att gäldenärens totala ekonomiska situation behöver ha genomgått någon förändring. Däremot krävs givetvis att någon borgenär har påverkats på ett negativt sätt. Hon menar att det enda som generellt sett är av betydelse för en borgenär i en konkurssituation är den utdelning han erhåller. För att utröna huruvida en borgenär påverkats negativt skall man sålunda undersöka huruvida dennes utdelning i konkursen har försämrats.¹⁸

¹³ Lennander, s. 86.

¹⁴ Prop. 1975:6 s. 105f.

¹⁵ Prop. 1975:6 s. 142.

¹⁶ SOU 1970:75 s. 132 samt Prop. 1975:6 s. 99f mm.

¹⁷ SOU 1970:75 s. 132.

¹⁸ Lennander, s. 85.

Walin är kritisk till detta synsätt. Han anser att såväl förarbeten som motiv bygger på ett enklare sätt att se på saken. De situationer som beskrivs i de objektiva lagreglerna är i sig till skada för borgenärerna. En gåva minskar tillgångarna, samma sak med en betalning utan motsvarande nytta o s v. Det enda tillfälle då man behöver blanda in utdelningsreglerna är när en åtgärd kastar om förhållandet mellan olika borgenärer.¹⁹

Lennander framhåller att utgångspunkten givetvis är att de situationer som beskrivs i de objektiva återvinningsreglerna i sig innebär skada, men att alla tillämpningsfrågor inte blivit lösta genom en sådan enkel formel.²⁰

Båda författarna är sålunda överens om att man bör beakta utdelningsreglerna i situationer då en rättshandling har kastat om förhållandet mellan olika borgenärer. Huruvida deras olika resonemang angående övriga situationer i praktiken innebär någon större skillnad är tveksamt. En rättshandling som innebär att gäldenärens ekonomiska situation försämras, torde i de allra flesta fall också leda till en förminskad utdelning för åtminstone någon av borgenärerna i en tänkt konkurs som inträffar omedelbart efter det att gäldenären företagit rättshandlingen. Man kan emellertid tänka sig att en gäldenär företar en rättshandling som kraftigt minskar dennes tillgångar utan att han får fullgod ersättning härför, låt oss t ex anta att han säljer egendom till kraftigt underpris till någon. Låt oss också anta att han direkt efter denna transaktion fortfarande var såväl solvent som sufficient. Därefter brinner inom kort hela hans oförsäkrade varulager upp, varefter han snabbt försätts i konkurs. Enligt Walins resonemang kan rättshandlingen återvinnas eftersom den omedelbart försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Utgår man däremot från Lennanders synsätt, är återvinning inte möjlig eftersom ingen borgenär skulle ha drabbats i

¹⁹ Walin/Palmér, s. 186f.

²⁰ Lennander, s. 85.

utdelningen i en tänkt konkurs omedelbart efter rättshandlingens företagande.

Lennander sammanfattar sin syn på nackdelsrekvisitet på följande sätt:

”(M)ed nackdel menas att en transaktion skulle ha försämrat utdelningen för någon, några eller samtliga borgenärer, om gäldenären vid tidpunkten omedelbart efter denna hade blivit försatt i konkurs.”²¹

Walin däremot kan sägas vara av åsikten att en nackdel uppstått då man kan konstatera att:

”gäldenärens ekonomiska ställning omedelbart försämrats genom transaktionen eller att förhållandet mellan borgenärerna inbördes förändrats”²²

Ovan förda resonemang avser främst nackdelsrekvisitet i de objektiva återvinningsbestämmelserna, men äger till stor del relevans även vid en bedömning enligt 4 kap. 5 § KL. Den största skillnaden är att 4 kap. 5 § KL inte förutsätter omedelbar nackdel utan utgår ifrån att medelbar nackdel är fullt tillräcklig (se närmare nedan). Detta innebär exempelvis enligt Lennanders resonemang att man inte skall utgå från tidpunkten för den ifrågasatta rättshandlingens företagande vid en undersökning av om någon borgenär har fått minskad utdelning. Eftersom indirekt nackdel är fullt tillräcklig kan rättshandlingen återvinnas om den tillsammans med senare händelse medfört minskad utdelning för borgenär.

Jag kommer i det följande att, efter denna korta introduktion, gå in djupare på nackdelsrekvisitet.

²¹ Lennander, s. 92.

²² Walin/Palmér, s. 187.

4.3 Nackdel – Hur?

En viktig fråga är hur nackdel kan uppstå, d v s vilka slags rättsverkningar är det som gör att rättshandlingen i fråga medför nackdel. Lennander beskriver situationen på följande vis:

”Allmänt kan man säga, att nackdel kan uppkomma på tre sätt, nämligen dels genom en omfördelning mellan olika borgenärer, så att egendom som skulle ha tillkommit en borgenär i stället använts för någon annan borgenärs räkning, dels genom en minskning av de tillgångar som skulle ha ingått i konkursboet, dels genom en ökning av de fordringar som skall betalas med hjälp av dessa tillgångar.”²³

Exempel på en situation då en nackdel uppstår p g a omfördelning mellan borgenärer är att en borgenär som inte hade full utdelning att vänta i konkursen fått betalt av gäldenären. Om gäldenär betalar hela den fordran som en oprioriterad borgenär har, innebär det att denne borgenär gynnas framför borgenärskollektivet eftersom full utdelning inte är att räkna med i en konkurs.

Ett typexemplet på en rättshandling som innebär undandragande av egendom är att gäldenären skänker bort egendom som annars skulle ha ingått i konkursboet.

Den tredje situationen som kan uppstå är att gäldenärens skulder ökas. En skuldökning i sig kan enligt huvudregeln inte innebära någon nackdel. Som exempel kan nämnas det vanliga kreditavtalet; detta är ett ömsesidigt förpliktande avtal där gäldenären sätter sig i skuld mot att kreditgivaren överlämnar motsvarande belopp i pengar eller annan egendom. Hur

²³ Lennander, s. 94.

gäldenären därefter använder detta belopp är irrelevant vad gäller de objektiva reglerna men kan få betydelse vid återvinning med stöd av actio paulianaregeln (se nedan kap 4.6 angående tidpunkten för nackdelsbedömningen). För att nackdel skall kunna uppstå på grund av ökad skuldsättning krävs sålunda i regel något ytterligare. Detta kan vara att den nya borgenärens prestation inte alls motsvarar gäldenärens, t ex ett lån som ges på mycket ofördelaktiga villkor eller att gäldenären åtar sig ett borgensansvar för någon utan ersättning härför.²⁴

Dessa tre situationer motsvarar, enligt Lennander alla de fall då en relevant nackdel kan uppstå. De finns samtliga tre uppräknade i 4 kap. 5 § KL (actio pauliana), varför hon uttalar att nackdelskravet i själva verket kommit till uttryck i denna bestämmelse.²⁵

4.4 Direkt/indirekt nackdel

Direkt eller omedelbar nackdel innebär att nackdelen uppstår som en omedelbar följd av rättshandlingen, d v s åtgärden skall direkt ha förändrat gäldenärens ekonomiska ställning. Det skall inte krävas att ytterligare omständigheter inverkar för att nackdelen skall uppstå. Vad gäller samtliga objektiva återvinningsregler krävs direkt nackdel för återvinningsmöjlighet²⁶ Exempel på rättshandlingar som innebär en direkt nackdel är gåvor, försäljningar till underpris och inköp till överpris.

Indirekt eller medelbar nackdel, innebär att nackdelen uppstår av åtgärden i förening med andra händelser. En nackdel kan sålunda uppstå på grund av att rättshandlingen kombinerad med andra händelser eller senare utveckling lett till skada för borgenärer. Den återvinningsbara rättshandlingen måste inte nödvändigtvis ligga övriga händelser nära i tiden så länge

²⁴ Lennander, s. 96f.

²⁵ Lennander, s. 94.

²⁶ SOU 1970:75, s. 132.

återvinningsfristerna inte har överskridits, och givetvis under förutsättning att man kan visa adekvat kausalitet. Kausaliteten skall avse sambandet mellan rättshandlingen och den för borgenärerna skadliga effekten. Skadan må mycket väl ha uppstått i kombination med annan händelse, men rättshandlingen måste på något vis ha medverkat. Exempel på indirekt nackdel är att en gäldenär säljer egendom till marknadspris men senare slösar bort vederlaget eller att värdet på egendomen han sålt helt enkelt senare har stigit i värde.²⁷

Detta av vissa författare²⁸ benämnda uttunnade skaderekvisit är tillräckligt vid tillämpning av den subjektiva återvinningsbestämmelsen i 4 kap. 5 § KL. För återvinning enligt någon av de objektiva återvinningsbestämmelserna krävs emellertid som ovan nämnts direkt nackdel.

4.5 Krävs insolvens?

4.5.1 Äldre rätt

Enligt de äldre återvinningsreglerna krävdes för att nackdel skulle kunna anses ha uppstått, att gäldenären blev insolvent genom den omstridda rättshandlingen eller att han redan vid dennas företagande var insolvent.²⁹

4.5.2 Nackdelsbedömning enligt de objektiva reglerna

I förarbetena till 1975 års lagändring diskuterades frågan huruvida det vore lämpligt att inta som del i skaderekvisitet att gäldenären genom den ifrågasatta rättshandlingen blev insolvent eller sedan tidigare redan var det.

²⁷ Lennander, s. 85f. samt 141f.

²⁸ Se exempelvis Elwing, s. 104.

²⁹ Lennander, s. 86.

Man kom fram till att detta inte skulle vara förenligt med lagförslagen såsom de hade utformats.³⁰

Lennander är av åsikten att det nuvarande nackdelsrekvisitet är en omformning av det äldre rekvisitet där man har släppt kravet på insolvens för att undgå de bevisvårigheter som hämmade reglernas praktiska tillämpning. Hon menar att någon bevisning angående gäldenärens insolvens inte längre krävs för att man skall kunna anse skaderekvisitet uppfyllt i de objektiva reglerna.

I 4 kap. 5 § KL får insolvens betydelse för skaderekvisitet, och vissa av de objektiva återvinningsreglerna har en motbevisningsmöjlighet för närstående där insolvenskriteriet får betydelse. I övriga fall anser Lennander att det föreligger ”*en icke motbevisbar presumtion för att gäldenären varit eller blivit insolvent genom företagandet av en sådan transaktion som faller under någon av de objektiva reglerna*”^{31 32}.

Såväl Walin som Welamson anser däremot att man bör undvika att dra in en insolvensbedömning i nackdelsbedömningen angående de objektiva reglerna. Det viktiga är att bedöma hur situationen ser ut omedelbart efter att rättshandlingen i fråga har företagits. Har då gäldenärens ekonomiska ställning försämrats eller har borgenärernas inbördes förhållanden ändrats, föreligger en relevant nackdel.³³

Min tolkning av dessa båda resonemang leder fram till att någon skillnad i praktiken inte torde föreligga. Resultatet blir i båda fallen att man inte lägger någon vikt vid huruvida gäldenären var eller blev insolvent vid rättshandlingens företagande. Vare sig man utgår ifrån Lennanders

³⁰ SOU 1970:75 s.132.

³¹ Lennander, s. 87.

³² Lennander, s. 86f

³³ Welamson, s. 67f. Walin/Palmér, s. 187.

resonemang om en presumption för insolvens som inte får motbevisas, eller om man anser att insolvens inte alls har med bedömningen att göra, blir resultatet ändå detsamma.

4.5.3 Nackdelsbedömning enligt konkurslagen 4 kap 5 §

Nackdelsrekvisitet i den subjektiva återvinningsregeln i 4 kap. 5 § KL är som ovan berörts annorlunda utformat. Förutom de krav nackdelsrekvisitet i allmänhet har (d v s det skall på visst sätt ha inneburit skada för någon eller några borgenärer), så tillkommer några ytterligare kriterier. Dels kan nackdelen vara indirekt, dels krävs att gäldenären var eller genom rättshandlingen i fråga blev insolvent. Som en följd av att 4 kap. 5 § KL är indirekt är det tillräckligt även att insolvensen uppstår i förening med annan händelse. Exempel på en rättshandling som kan återvinnas eftersom den indirekt medverkat till en gäldenärs insolvens är när en gäldenär, som vet att han kommer att ge sig in på riskfyllda affärer, skänker bort egendom till en närstående. När därefter gäldenärens riskfyllda affärer inte går som beräknat (men kanske fruktat), och insolvens uppkommer, kan gåvan till den närstående återvinnas om man kan visa att denna i förening med de riskfyllda affärerna har orsakat insolvensen.³⁴

4.6 Tidpunkten för nackdelsbedömningen

4.6.1 Enligt de objektiva reglerna.

En viktig fråga att behandla är till vilken tidpunkt man skall förlägga nackdelsbedömningen. Skall man bedöma om nackdel uppstått p g a ifrågavarande rättshandling vid rättshandlingens företagande, eller är det vid tidpunkten för konkursbeslutet.

³⁴ Lennander, s. 142ff.

Jag ämnar illustrera problemet med ett vanligt exempel. Antag att gäldenären säljer egendom till marknadspris, men under tiden fram till konkursbeslutet konsumerar upp köpeskillingen. Frågan om det har uppstått en nackdel för borgenärerna är i denna situation helt beroende av vid vilken tidpunkt man väljer att göra bedömningen. Utgår man från att tiden för rättshandlingens företagande är den avgörande, har inte någon nackdel uppstått av den enkla anledningen att gäldenären fick fullgod betalning för det sålda. Om man däremot utgår från tiden för konkursbeslutet så har rättshandlingens företagande lett till nackdel för borgenärerna (givetvis krävs kausalt orsakssamband mellan rättshandlingen och den senare inträdda negativa effekten) och i så fall kommer rättshandlingen att kunna återvinnas.

Det anses tämligen klart att man angående de objektiva reglerna skall utgå från tidpunkten då rättshandlingen företogs. Så uttalas exempelvis i förarbetena att *”återvinning inte kan komma i fråga om betalningen inte var till nackdel för gäldenärens övriga borgenärer vid den tidpunkt då åtgärden vidtogs”*³⁵.

Lennander har uttalat att, vad det egentligen rör sig om är inte en reell nackdel, det är snarare fråga om en fiktiv sådan.³⁶ För att förstå hur Lennander kommer fram till denna slutsats måste erinras om hennes, av Walin³⁷ kritiserade, åsikter att nackdelsrekvisitet innefattar att rättshandlingen i fråga måste medföra att utdelningen skall ha försämrats för någon, några eller alla borgenärer.³⁸

En konsekvens av att man skall bedöma nackdelsrekvisitets existens utifrån tidpunkten för rättshandlingens företagande och att rättshandlingen även

³⁵ SOU 1970:75 s 134.

³⁶ Lennander, s. 89f.

³⁷ Walin/Palmér, s. 186f. Se även ovan kap. 4.2.

³⁸ Lennander, s. 85.

skall ha försämrat utdelningen för någon borgenär, är enligt Lennander att nackdelen blir hypotetisk. Eftersom man inte kan veta vad utdelningen till borgenärerna blir förrän denna blivit fastslagen, är nackdelen endast fiktiv när bedömningen görs.³⁹

Rodhe synes mig vara av samma åsikt som Lennander även om han uttrycker sig annorlunda. Han menar att,

*”nackdelsrekvisitet avser inte alls den konkurs som i verkligheten inträffat utan en tänkt konkurs, som påbörjas och slutföres ögonblicket efter den åtgärd som angripes med talan om återvinning, en konkurs i vilken insufficiens tänkes föreligga.”*⁴⁰

Walin kritiserar dem båda. Han anser, som ovan nämnts, att lagtexten bygger på ett enklare sätt att se på saken. Den enda gång man behöver blanda in utdelningsreglerna är när en rättshandling har kastat om förhållandet mellan borgenärerna. Han betonar att tanken med de objektiva återvinningsreglerna är att de åtgärder som beskrivs i dessa i sig är till skada. *”Det är en högst realistisk bedömning av åtgärdens omedelbara ekonomiska verkan som åsyftas i lagen.”*⁴¹ Det enda man behöver konstatera är att gäldenärens ekonomiska ställning omedelbart efter transaktionen har försämrats eller att det inbördes förhållandet mellan borgenärerna har ändrats.⁴²

4.6.2 Enligt den subjektiva regeln.

Eftersom den subjektiva återvinningsbestämmelsen utgår från att en indirekt nackdel är tillräcklig, kan man inte såsom vad gäller de objektiva

³⁹ Lennander, s. 90.

⁴⁰ Rodhe, s. 268.

⁴¹ Wallin/Palmér, s.187.

⁴² Walin/Palmér, s. 186f.

bestämmelserna knyta bedömningen till en bestämd tidpunkt. Den nackdel som skall uppstå kan göra detta i förening med andra händelser, och dessa händelser kan inträffa så sent som när själva återvinningsfrågan tas upp till behandling.⁴³

4.7 Kan nackdel uppstå genom gäldenärs passivitet?

Att rättshandlingar som innebär nackdel för borgenär kan återvinnas om övriga rekvisit är uppfyllda är klart. Ett intressant spørsmål är huruvida gäldenärs underlåtenhet att vidta viss rättshandling också kan återvinnas. I förarbeten sägs att *”(d)et är svårt att beteckna underlåtenhet som rättshandling. Beredningen vill emellertid inte utesluta, att analogisk tillämpning kan komma i fråga i särskilda fall.”*⁴⁴

Man har i senare förarbeten uttalat att begreppet rättshandling har fått en ganska vid innebörd och att det kan anses omfatta förfaranden från gäldenären som närmast är att betrakta som passivitet.⁴⁵

Exempel på situationer där underlåtenhet att företa en rättshandling medför skada finns det gott om. Man kan tänka sig att gäldenären underlåter att avbryta en preskription eller medvetet försummar att reklamera en felaktig leverans.

Lennander anser att man principiellt bör godta passivitet som en rättshandling och låta övriga rekvisit i 4 kap. 5 § KL sätta gränsen för möjligheterna att återvinna. Främst skulle otillbörlighetsrekvisitet och/eller

⁴³ Lennander, s. 142f.

⁴⁴ SOU 1970:75 s. 160

⁴⁵ Prop. 1986/87:90 s.215

ondtrosrequisitet förhindra orimliga återvinningar på gäldenärs passivitet.⁴⁶

Som stöd för sitt resonemang framhåller Lennander rättsfallet NJA 1978 s. 194:

I NJA 1978 s. 194 hade gäldenären (bolaget) ett checkkonto med kredit hos en bank. Till detta checkkonto var ett bankgirokonto anslutet, och hit betalade bolagets kunder sina fakturor. Banken hade rätt att avräkna influtet belopp på bolagets checkräkningsskuld. Bolaget hamnade på obestånd, vilket banken informerades om omedelbart. På checkkontot fortsatte emellertid belopp att flyta in. Den fråga HD hade att bedöma var huruvida de belopp som flutit in efter att banken fått kännedom om att bolaget var insolvent, kunde återvinnas. HD konstaterade att till grund för nyss beskrivna förfaranden låg tidigare av bolaget lämnade anvisningar och givna uppdrag. HD uttalade också att *”bolagets förfarande att låta denna ordning bestå även efter bolagets inträffade insolvens är att bedöma såsom sådan rättshandling som anges i 30 § konkurslagen (4kap. 5 § i nuvarande konkurslag, min anmärkning)”*.

Lennander anser emellertid inte att det förda resonemanget innebär att det är givet att alla former av passivitet kan återvinnas. Den situation då gäldenären avstår från att ta emot en gåva eller underlåter att klandra testamente till egen nackdel eller underlåter att bevaka ett testamente som är till egen fördel, torde enligt henne oftast falla utanför återvinningsmöjligheterna.⁴⁷

Walin håller inte med om Lennanders tolkning av NJA 1978 s.194. Han anser att HD inte alls byggde sitt domslut på underlåtenhet att företa

⁴⁶ Lennander, s. 140.

⁴⁷ Lennander, s. 140.

rättshandling. I rättsfallet hade gäldenären i fråga bemyndigat sina kunder att betala sina fakturor på så sätt att insättning skedde på checkräkningskontot. Kunderna handlade sålunda inte i eget intresse utan snarare på gäldenärens uppdrag. Ett rättssubjekt kan företa rättshandlingar utan att på något sätt själv vara fysiskt verksam personligen när denna äger rum. Så var situationen i rättsfallet, nämligen att gäldenärens kunder vid varje enskild insättning på checkkontot gjorde detta för gäldenärens räkning. Vad man återvann var enligt Walin sålunda inte underlåtelser att återkalla ordern utan varje enskild betalning som skett med stöd av denna order.⁴⁸

Min tolkning av NJA 1978 s. 194 är att HD återvann, inte varje enskild inbetalning för sig såsom Walin förespråkar, utan återvann med stöd av bolagets passivitet. Visserligen betonade HD att det var bolaget som från början hade skapat föreliggande rättsförhållande, men den mening jag citerat ovan talar ändå starkt för att det är just passiviteten man bygger återvinningen på.

Walin tolkar visserligen NJA 1978 s. 194 annorlunda än Lennander, men det innebär inte att han är av annan åsikt vad avser möjligheten att återvinna vid passivitet. Han anser att det fortfarande är en öppen fråga men att man knappast kan framföra några principiella skäl däremot. Underlåtenhet att handla kan leda till såväl straff som skadestånd i vissa situationer, och då bör återvinning inte heller vara en omöjlighet vid fall av otillbörlig underlåtenhet.⁴⁹

Walin anser det inte betänkligt att låta 4 kap. 5 § KL drabba även fall där ren passivitet har lett till rättsförändring. Han menar att det i allmänhet nog oftast torde krävas att parterna stod i något slags rättsförhållande till varandra. Som exempel tar han upp situationen att konkursgäldenären

⁴⁸ Walin/Palmér, s. 174 not 1.

⁴⁹ Walin/Palmér, s. 173f.

medvetet försummat att reklamera efter en usel leverans och motparten känner till sakläget.⁵⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att återvinning på grund av konkursgäldenärs underlåtenhet att företa viss rättshandling, i viss utsträckning är möjlig. Situationer då gäldenären själv varit med om att skapa det rättsförhållande som senare på grund av dennes underlåtenhet leder till nackdel, torde oftast vara återvinningsbara. Vissa andra situationer, exempelvis då konkursgäldenären underlåter att bevaka testamente eller avstår från att ta emot en gåva, är mer tveksamma. I sådana situationer torde oftast krävas att någon ytterligare omständighet talar för återvinning. Återvinning torde höra till undantagen då parterna inte står i något rättsförhållande sedan tidigare. Emellertid borde detta motsatsvis innebära att ju starkare rättsförhållandet mellan parterna är, desto större borde möjligheten att återvinna vid ren underlåtenhet vara.

4.8 Skall man ta hänsyn till eventuella konkurskostnader?

Om man utgår ifrån tidpunkten för rättshandlingens företagande när man gör nackdelsbedömningen, uppkommer ett intressant problem, nämligen hur man gör med eventuella konkurskostnader. Skall man ta hänsyn till att en rättshandling kan leda till att viss borgenär drabbas hårdare av konkurskostnader än en annan som har samma eller sämre rätt? Situationen kan till och med vara sådan att konkursgäldenären försökt gynna viss borgenär genom att försöka övervältra konkurskostnader på en annan.

I förarbeten har uttalats att huvudregeln torde vara att man skall kunna betala förmånsberättigade borgenärer utan att behöva ta hänsyn till eventuellt framtida konkurskostnader. Emellertid skall man kunna ta hänsyn även till dessa kostnader i fall då konkurs framstår som oundviklig och rättshandlingen i fråga skulle leda till att borgenärer med lika eller bättre rätt

⁵⁰ Walin/Palmér, s. 213f.

skulle drabbas av att få konkursens kostnader övervältrade på sig. Detta för att motverka illojala förfaranden.⁵¹

I NJA 1996 s. 624 kom frågan om konkurskostnader upp till bedömning av HD. Här sålde det blivande konkursbolaget samtliga sina tillgångar. Försäljningen godkändes av den bank som hade företagsinteckning med bästa rätt. Köpeskillingen erlades samma dag som godkännandet direkt till banken. Efter konkursen begärde konkursboet återvinning av en del av betalningen till banken eftersom denna hade missgynnat bolagets hyresvärd som hade förmånsrätt för en hyresfordran. Eftersom man bara begärde återvinning av en del av betalningen uppkom fråga huruvida konkurskostnaderna skulle beaktas. Tog man inte hänsyn till dem när man beräknade återvinningens storlek skulle hyresvärden, som hade bättre rätt än banken, få bekosta dessa. Målet avgjordes genom föredragning. Föredraganden behandlade frågan ganska ingående. Först redogjorde han för ovan nämnda förarbetsuttalanden. Därefter konstaterade han att banken hade haft full insikt i bolagets ekonomiska läge och att det borde ha varit uppenbart att konkurs var nära förestående. Banken borde även ha räknat med att konkurskostnader då skulle uppstå och på de okomplicerade förhållandena i konkursen även att dessa skulle komma att övervältras på hyresvärden. Därför ansåg föredraganden att man skulle ta hänsyn till konkurskostnaderna när man beräknade hur stort belopp som borde återvinnas från banken. HD:s domskäl var mer kortfattade. Man konstaterade, att eftersom inga övriga tillgångar fanns i konkursboet skulle de återvunna medlen först användas till att täcka konkurskostnader. Det skulle medföra att hyresvärden blev lidande om man inte tog med konkurskostnaderna i beräkningen när man bestämde återvinningsbeloppet, eftersom konkurskostnaderna annars skulle övervältras på denne trots bättre förmånsrätt än banken. Därefter anförde HD att det saknades anledning att bortse från detta vid nackdelsbedömningen och

⁵¹ SOU 1970:75 s. 134.

beaktade således konkurskostnaderna när återvinningsbeloppet beräknades.

Som framgått skall man sålunda ta hänsyn till konkurskostnader när man bedömer huruvida nackdelsrekvisitet är uppfyllt. HD har enligt min uppfattning i NJA 1996 s. 624 valt att gå längre än förarbetena i sin nackdelsbedömning. Enligt såväl förarbetena som föredraganden i 1996 års mål skulle för att konkurskostnaderna medtas i nackdelsbedömningen krävas att konkursen för det första framstår som nästan oundviklig vid tidpunkten för transaktionen, för det andra att annan borgenär med bättre eller lika rätt drabbas och för det tredje att transaktionen framstår som illojal. Förarbetena betonar bl a att man med denna möjlighet vill motverka illojala förfaranden och föredraganden betonade särskilt att banken hade god insyn i gäldenärens ekonomiska förhållanden och måste ha varit medveten om den överhängande konkursrisken och att annan borgenär skulle komma att drabbas.

I sina domskäl anförde HD inte annat än att en borgenär med bättre förmånsrätt skulle komma att drabbas av konkurskostnaderna, och att det inte fanns anledning att bortse från detta förhållande vid nackdelsbedömningen. Trots att såväl förarbeten som föredraganden synes kräva något slag av ond tro hos återvinningsvaranden och/eller att transaktionen har inslag av illojalitet, är HD:s synsätt ett mer objektivi t sådant. Enligt föredragandens tolkning av förarbetena skulle återvinningskäranden åläggas bevisbördan, d v s denne skulle vara tvungen att visa att återvinningsvaranden haft ond tro angående den skada som skulle drabba annan borgenär p g a att konkurskostnaderna övervältras på denne. Enligt HD:s domskäl läggs bevisbördan snarare över på återvinningsvaranden, d v s så snart man kunnat konstatera rent objektivi t att någon borgenär med lika eller bättre rätt drabbas av konkurskostnaderna, så skall dessa tas med i nackdelsbedömningen om inte återvinningsvaranden kan framföra skäl till att så inte bör ske.

HD väljer att gå en bra bit längre än vad som var avsett i förarbetena. Jag anser ändå att denna tolkning, vilken gör återvinning även av eventuella konkurskostnader enklare än eljest, är riktig. Vad HD hade att bedöma var huruvida konkurskostnader skulle tas med vid nackdelsbedömningen. Eftersom nackdelsrekvisitets främsta syfte är reparativt, är det riktigt att konkurskostnader som genom en transaktion övervältras på en annan borgenär enligt huvudregeln skall tas med i nackdelsbedömningen. Om en återvinningsssvarande motsätter sig detta är det hans ansvar att föra fram godtagbara skäl till att så inte bör ske.

4.9 Nackdelsrekvisitet och risken för skada

4.9.1 Inledning

Ovan har framkommit att en nackdel uppstår då en rättshandling resulterar i omfördelning mellan borgenärer eller då tillgångar minskas eller skulder ökar utan motsvarande nytta för dem. Det finns situationer då rättshandlingar inte direkt leder till detta resultat men där risk uppkommer för att detta skall inträffa. Det är dylika situationer som skall behandlas i detta avsnitt.

Exempel på en här behandlad rättshandling är då en borgenär med redan tillräcklig säkerhet för sin fordran, i efterhand erhåller ytterligare säkerhet. Om den gamla säkerheten inte hade varit tillräcklig för att säkra borgenärens fordran vore frågan enkelt löst; då skulle nämligen en direkt nackdel uppstå eftersom man kunde vara säker på att övriga borgenärer fick mindre tillgångar att dela på. Om borgenären däremot redan har fullgod säkerhet för sin fordran så uppstår ingen direkt skada. I den situationen kan ändå finnas ett behov att återvinna rättshandlingen, jag skall nedan beskriva vilka möjligheter härför som står till buds.

Först kan man tänkas använda sig av det indirekta nackdelsrekvisitet i 4 kap. 5 § KL. I och med säkerställandet uppstår en risk att denna tas i anspråk till nackdel för övriga borgenärer. När risken realiserar, kan man återvinna med stöd av denna bestämmelse (om övriga rekvisit är uppfyllda), eftersom säkerställandet ses som en indirekt nackdel som realiserar sig på grund av det efterföljande händelseförloppet.

Det finns sålunda möjligheter att återvinna sådana förfaranden, men först måste konstateras att skada har uppstått. Emellertid kan ett behov finnas att återvinna en rättshandling som lett till ökad förlustrisk, även om denna risk vid återvinningstillfället ännu inte realiserats.

4.9.2 Praxis

HD har vid olika tillfällen medgivit återvinning av rättshandling, där fråga har varit enbart om risk för skada. De fallen har handlat om situationer där ställande av säkerhet i efterhand har resulterat i en ökad förlustrisk.

I NJA 1983 s. 737 mottog staten vid ackordsförhandlingar säkerhet i form av företagsinteckningar för redan förfallna skattefordringar. Vid säkerställandet fanns full täckning för samtliga fordringar med förmånsrätt i företagsinteckningsunderlaget. Först anförde HD att säkerställandet i sig inte kunde innebära någon nackdel för borgenärer med sämre förmånsrätt än staten. Dessa borgenärer skulle ändå få stå tillbaka för statens med allmän förmånsrätt utrustade fordringar. Detta utesluter enligt HD emellertid inte att borgenärer med sämre förmånsrätt än staten genom ökade förlustrisker kommit i en sämre ställning.

I ovannämnda rättsfall där återvinningskraven baserades på 30 § ÄKL, nu 4 kap. 5 § KL, valde HD till slut att ändå vägra återvinning på grund av avsaknad av otillbörlighet.

I NJA 1987 s. 320 hade ett factoringbolag lämnat löpande kredit till ett transportbolag mot säkerhet i kundfordringar. Fråga uppstod huruvida vissa i efterhand överlåtna fordringar kunde innebära nackdel för övriga borgenärer. När de ifrågasatta fordringarna överläts hade factoringbolaget redan tillräcklig säkerhet för sina fordringar. HD gjorde först ett ganska generellt uttalande om nackdelsrekvisitet: *”Med kravet på nackdel utesluts från återvinning endast fall, vari rättshandlingen inte i något avseende försämrar övriga borgenärens ställning, ens i den meningen att de utsätts för ökad risk för ekonomisk förlust.”* Därefter anfördes att när en gäldenär ställer säkerhet för tidigare uppkommen skuld, får nackdelsrekvisitet anses uppfyllt. Att borgenären redan har fullgod säkerhet för sin fordran ändrar inte på detta förhållande. *”Den nya säkerheten motsvaras visserligen i sådant fall av ett överhypotek som kan komma övriga borgenärer till godo. Dessa utsätts emellertid för en ökad risk för förlust, bestående i att deras betalningsutsikter blir i högre grad beroende av att inte den tidigare ställda säkerheten minskar i värde.”* HD medgav följaktligen återvinning av de i efterhand överlämnade fordringarna.

4.9.3 Doktrin

Lennander påpekar att man i och för sig knappast kan ha något att invända mot slutsatsen att en nackdel kan ha uppstått även då borgenären redan haft tillräcklig säkerhet för sin fordran. Hon anför att ett sådant säkerställande kan leda till skada för övriga borgenärer på två sätt. Det ena sättet är då den sist ställda säkerheten utgörs av egendom som någon annan borgenär har förmånsrätt i och pantavaren väljer att realisera just denna egendom för att återlämna den andra, vilken senare fördelas bland de oprioriterade borgenärerna. Den andra situationen då skada kan uppstå för övriga borgenärer är då den först ställda säkerheten minskar i värde, varför man måste ianspråkta även den senare säkerheten. Trots detta anser hon att HD gick för långt i sin motivering i 1987 års rättsfall. Hon anser att i och med att egendomen pantsattes så utsattes densamma för en villkorlig belastning.

Denna villkorliga belastning utgör en ekonomisk börda och som sådan måste den beaktas.⁵²

Walin är också kritisk till HD:s uttalande i 1987 års avgörande. Han menar att detta skjuter över målet. Pantsättning utan vederlag är en för pantsättaren i sig oförmånlig rättshandling, detta torde enligt Walin vara det relevanta för bedömningen. Många rättshandlingar medför en ökad förlustrisk men kan ändå inte enbart på denna grund återvinnas.⁵³

Håstad tolkar de båda ovan behandlade rättsfallen på så sätt att nackdelsrekvisitet uppfylls redan i och med en ökad risk för minskad utdelning.⁵⁴

Även Göransson tolkar 1987 års avgörande som innebärande att det nu är tillräckligt med en ökad risk för förlust, för att en rättshandling skall innebära nackdel. ”*Praxis har alltså fastlagt ett i hög grad uttunnat nackdelskrav. En ökad risk för förlust räcker.*”⁵⁵

Welamson däremot, förstår inte kritiken mot HD:s resonemang i 1987 års avgörande. Vad HD gör enligt honom, är att gå ett steg längre än vad Lennander och Walin gör i sina resonemang. När Lennander och Walin nöjer sig med att konstatera att ställande av nya krediter innebär en nackdel, väljer HD att gå vidare och förklara på vilket sätt nackdelen kan uppstå, nämligen genom att den ursprungliga säkerheten minskar i värde. HD:s synsätt skiljer sig inte i sak från det Walin eller Lennander har intagit, HD har dock varit något mer tydlig i sitt resonemang.⁵⁶

⁵² Lennander, s. 98ff.

⁵³ Walin/Palmér, s. 188.

⁵⁴ Håstad, s. 123.

⁵⁵ Göransson, s. 268.

⁵⁶ Welamson, s. 68 not 4.

Såväl 1983 års fall som 1987 års fall behandlar frågan vilken betydelse man skall lägga vid att en rättshandling innebär ökad risk för förlust. Båda målen berörde säkerhet som ställts i efterhand och utan motprestation. Eftersom en ställd säkerhet alltid riskerar bli ianspråktagen utgör denna en belastning på gäldenärens ekonomi. Ställande av säkerhet utan tillräcklig motprestation innebär en nackdel. Det faktum att det i båda fallen vid säkerställandet redan förelåg fullgod säkerhet förändrar inte förhållandet, det finns alltid en risk att den sist ställda säkerheten måste tas i anspråk. När Walin och Lennander kritiserar HD:s uttalande gör de så eftersom de förutsätter att säkerställande utan motprestation i sig utgör en nackdel för övriga borgenärer. Jag vill ge HD:s uttalande en mer välvillig tolkning och håller med Welamson när denne framför att HD inte skjutit över målet utan helt enkelt närmare redogjort för på vilket sätt säkerställandet inneburit förfång för övriga borgenärer.

Som ovan nämnts synes såväl Göransson som Håstad vara av uppfattningen att en ökad förlustrisk i sig är tillräcklig för att nackdel skall anses ha uppstått genom rättshandlingen. Om för stor vikt läggs vid HD:s generella uttalande i 1987 års fall (citerat ovan) kan man komma till denna uppfattning. Det är enligt min åsikt lite olyckligt då jag precis som Lennander⁵⁷ anser att detta uttalande snarast bör anses vara gjort obiter dicta och sålunda behandlas som sådant. Man kan inte av de båda rättsfallen dra slutsatsen att det uppstått en nackdel så snart en rättshandling skapat en förlustrisk. Många rättshandlingar skapar, vilket såväl Lennander som Walin framfört förlustrisker utan att de på denna grund är återvinningsbara. Det enklaste exemplet torde vara ett normalt köp gjort till marknadspris. Köparen lider alltid en risk att den köpta egendomen skall minska i värde, men enbart denna förlustrisk kan givetvis inte medföra att nackdelsrekvisitetet är uppfyllt. Den slutsats som däremot kan dras av rättsfallen är att

⁵⁷ Lennander, s. 100.

om en rättshandling medför ökad förlustrisk, är nackdelsrekvisitet uppfyllt om inte gäldenären (och därmed också övriga borgenärer) erhållit fullgod kompensation för denna risk.

5 Nackdelsrekvisitet i praktiken

5.1 Inledning

Ovan har nackdelsrekvisitet behandlats ur ett mer teoretiskt perspektiv. Jag avser att som sista avsnitt i den beskrivande delen av min uppsats redogöra för hur nackdelsrekvisitet behandlas i vissa praktiska situationer som kan uppstå

5.2 Ömsesidigt förpliktande avtal

Ett ömsesidigt förpliktande avtal, där båda parter erhåller ett godtagbart vederlag för sin prestation synes utgöra ett typexempel på en rättshandling som inte borde vara återvinningsbar enligt någon av de objektiva återvinningsreglerna.⁵⁸ Om båda parter lämnar fullgod prestation uppstår enligt huvudregeln inte någon nackdel. Emellertid bör observeras att ett avtal som medför inbördes förskjutningar mellan olika borgenärer, som ovan behandlats, kan återvinnas trots att fullgod kompensation givits.⁵⁹ Dessutom kan avtalet återvinnas med stöd av actio paulianaregeln om efterföljande händelseförlopp medför att kraven på indirekt nackdel kan anses uppfyllt. Detta har emellertid behandlats ovan varför jag inte avser att närmare gå in på det här.

Huvudregeln är sålunda att ett normalt kontantköp till marknadsmässigt pris inte är återvinningsbart. Är priset inte marknadsmässigt torde återvinning vara möjlig enligt såväl 4 kap. 6 § som 5 § KL. Även ett avtal som innebär total ömsesidighet i prestationer kan dock undantagsvis vara så beskaffat att nackdelsrekvisitet anses uppfyllt. Om en gäldenär för utmätningbara medel införskaffar egendom som i gäldenärens hand blir utmätningssfri anses denna

⁵⁸ SOU 1970:75 s. 132

⁵⁹ Lennander, s. 103.

egendom inte vara ett godtagbart vederlag, och därmed har nackdel uppstått. Transaktionen är emellertid ändå svår att komma åt eftersom det trots allt rör sig om ett köp. Den enda möjliga bestämmelsen är 4 kap. 5 § KL. Återvinning torde enligt Lennander inte komma i fråga av egendom som p g a beneficiereglerna blir utmätningsfri, detta p g a att otillbörlighetsrekvisitet inte kan anses uppfyllt.⁶⁰

5.3 Gäldenärsbyte

Vederlaget i ett ömsesidigt förpliktande avtal kan bestå i att konkursgäldenärens motpart övertar en skuld som denne har till annan borgenär, d v s det förekommer ett gäldenärsbyte. Borgenären vinner på förfarandet i de fall då chansen att få fordringen betald är större av den nya gäldenären än av den gamla. Eftersom gäldenärsbyte alltid kräver borgenärens godkännande torde gäldenärsbyte aldrig ske såvida inte dennes chanser att få betalt ökar. För konkursboet och därmed övriga borgenärer, har gäldenärsbytet däremot inneburit en nackdel. Låt oss anta att en gäldenär har tre oprioriterade borgenärer: A (100 000 kr), B (100 000kr) och C (100 000 kr) samt 100 000 kr i tillgångar i form av ett varulager. Gäldenären säljer därefter hela varulagret till sin forna konkurrent D. Försäljningen sker till marknadspris (100 000 kr) men betalningen sker genom att D övertar betalningsansvaret för gäldenärens skuld till borgenären C. Gäldenärens sammanlagda tillgångar/skulder har inte förändrats men förfarandet innebär att övriga borgenärer gått miste om den del de hade rätt till i gäldenärens konkurs, d v s $100\,000/3 = 33\,000$ kr. Detta förfarande är att jämställa med att gäldenären skulle betala av hela skulden till C och är sålunda inte godtagbart. Nackdel har uppstått och rättshandlingen är återvinningsbar.⁶¹

⁶⁰ Lennander, s. 104.

⁶¹ Lennander, s. 104.

5.4 Betalning av skuld med medel som annars inte skulle ha ingått i konkursboet

Grundtanken är att egendom som inte skulle ha ingått i konkursgäldenärens konkursbo, inte heller kan återvinnas. Har exempelvis tredje man valt att (utan motprestation från konkursgäldenären) betala någon av konkursgäldenärens borgenärer, kan återvinning inte ske av den anledningen att betalningen inte på något sätt har försämrat övriga borgenärers ställning. Övriga borgenärer har tvärtom fått mer att dela på ur konkursboet eftersom en fordran försvunnit från detta.

Med detta i åtanke kommer jag nu att redogöra för några exempel på situationer där skuld betalas med medel som inte härrör från konkursboets tillgångar.

En situation som förekommer med jämna mellanrum i praktiken och som varit föremål för en del rättsfall, är då konkursgäldenären betalar av en fordran med medel som inlöst till gäldenären enbart i syfte att betala just denna fordran. Det självklara exemplet härpå är då gäldenären erhållit gåva från tredje man för betalning av en viss fordran. En liknande situation uppkommer då en borgenärs fordringar betalas med medel som genom lån av tredje man ställts till gäldenärens förfogande enbart i detta syfte.⁶²

I NJA 1930 s. 20 hade G förskingrat tillgångar från sin arbetsplats. För att täcka skulden betalade tredje man in det belopp som var i fråga. Summan hade lånats ihop enbart för detta syfte. Efter att G försatts i konkurs riktades återvinningstalan mot betalningen av skulden. HD lämnade återvinningstalan utan bifall. I motiven anfördes att det enda syftet till att beloppet upplånades var att betala skulden i fråga. Dessutom hade beloppet inbetalats omedelbart efter att lånet hade erhållits, och de nya borgenärerna kom inte i bättre ställning än den borgenär vars fordran betalades. Med dessa skäl

konstaterade HD att övriga borgenärer hållits skadeslösa, varför talan ogillades.

I detta mål betonades bl a att beloppet betalades vidare omedelbart och inte hann bli sammanblandat med konkursgäldenärens övriga egendom. Ett senare mål förstärker ytterligare vikten av att egendomen inte får stanna så länge i gäldenärens ägo att den kan anses blandad med dennes övriga egendom.

I NJA 1981 s. 534 ålåg det bolaget Centrumrör att betala en skuld senast den 1 januari 1976. En av bolagets delägare gav personligen bolaget ett lån i månadsskiftet jan-febr 1976. Avsikten med detta lån var att den första skulden skulle avbetalas med dessa medel. Medlen inflöt omedelbart i bolagets rörelse, men skulden de var avsedda att reglera blev inte reglerad förrän den 19 juli 1976. Återvinning yrkades av betalningen som skett den 19 juli. HD betonade särskilt att medlen funnits i bolaget från månadsskiftet jan-feb till den 19 juli. Eftersom bolaget ”*på detta sätt förfogade över medlen har äganderätten till pengarna övergått till Centrumrör*”.

Detta rättsfall förstärker ytterligare kravet att de medel som ställs till förfogande av annan än gäldenären för betalning av en skuld, måste användas för just detta ändamål inom en mycket kort tid. I annat fall hinner medlen, som i detta fall, sammanblandas med gäldenärens övriga egendom. Har medlen sammanblandats med övrig egendom kan man inte längre säga att betalning har skett med medel från tredje man, utan då har betalningen skett med egendom som skulle ha ingått i konkursboet och sålunda har nackdelsrekvisitet uppfyllts.⁶³

⁶² Lennander, s. 108.

⁶³ Lennander, s. 110f.

Betalas en skuld med medel som givits konkursgäldenären utan krav på motprestation torde återvinning mycket sällan komma i fråga; skada har inte uppstått eftersom ingen borgenär drabbas negativt (givetvis är återvinning möjlig i givarens eventuella konkurs). En förutsättning torde dock vara att medlen inte blandas med konkursgäldenärens egna medel utan att betalning sker omgående till berörd borgenär. Ovan berörda rättsfall kan tolkas så att detsamma gäller vid lån som upptagits enbart i syfte att betala viss borgenär. Ett senare rättsfall klargör emellertid att när gäldenär betalar viss borgenär med upplånade medel, är huvudregeln att övriga borgenärer drabbats av skada och nackdelsrekvisitet sålunda är uppfyllt.

I NJA 1996 s. 271 fastslog HD att när det gäller återvinning av betalning av en skuld, saknar det som regel betydelse om medel för betalningen tagits från gäldenärens egen förmögenhet eller om dessa lånats upp.

I NJA 1996 s. 271 hade Sky Park AB som ett led i ett misslyckat rekonstruktionsförsök betalat en fordringsägare (småföretagarfonden) 625 000 kr. Denna summa utgjorde vad som var kvar av skulden mot småföretagarfonden efter att densamma hade skrivits ned med 75%. Betalningen genomfördes på så sätt att Sky Park AB:s checkräkningskredit hos föreningssparbanken belastades med summan samtidigt som småföretagarfonden tillställdes en växel utställd av samma bank. Varken småföretagarfonden eller föreningssparbanken hade säkerheter för sina fordringar gentemot Sky Park AB. I konkursen begärdes återvinning av betalningen till småföretagarfonden. HD fastslog att det vid återvinning av betalning, som regel saknar betydelse huruvida denna skett med medel tagna ur gäldenärens förmögenhet eller om det skett med medel som blivit tillgängliga genom att gäldenären iklätts en skuld. Undantag från huvudregeln medges endast då förhållandena i det särskilda fallet är mycket speciella. Förhållandena i detta enskilda fall var inte sådana att undantag kom i fråga, beloppet var sålunda återvinningsbart. Två justitieråd var skiljaktiga och ansåg förhållandena vara sådana att undantag borde medges. Som stöd

angav de bl a att betalningen hade skett direkt från banken till borgenären med utnyttjande av en checkräkningskredit som endast kunde användas efter att banken hade godkänt varje enskilt betalningsuppdrag. Dessutom hade krediten beviljats för den tilltänkta rekonstruktionen av bolaget och banken hade inte någon form av säkerhet för fordran som uppstått på checkräkningskrediten. De ansåg sålunda att situationen var så speciell i detta enskilda fall att undantag från återvinning borde medges.

Jag anser att 1996 års rättsfall var svårtolkat. I och med rättsfallet fastslår HD att huvudregeln vid nackdelsbedömningen är att det är betydelselöst huruvida betalning skett med gäldenärs egna medel eller med medel som lånats på annat håll. Enbart när speciella förhållanden, likt de i 1930 års fall, föreligger kan undantag från huvudregeln medges. Personligen anser jag att HD:s majoritet var väl kortfattad i sina domskäl. Man gick inte alls in på förhållandena i det enskilda fallet. Mina egna åsikter ligger mer i linje med minoritetens, d v s att den huvudregel majoriteten uttalat är befogad men att omständigheterna i detta enskilda fall ändå borde leda till att man medger undantag. Jag finner det lite underligt att HD bl a hänvisar till 1930 års fall när man talar om möjliga undantag, men sedan inte alls berör alla de likheter som finns mellan dessa båda mål. I båda målen rörde det sig om lån som upptagits enbart i syfte att betala viss borgenär, lån som definitivt inte skulle ha givits annars. Dessutom användes de lånade medlen direkt till betalning av borgenären (i 1996 års fall direkt från banken till borgenären utan att medlen gick genom gäldenärsbolaget). Ytterligare en omständighet man betonade i 1930 års mål var att långivaren inte försattes i en bättre situation än den borgenär vars fordran lånet användes till att betala. Inte heller i 1996 års mål var detta fallet. Samtliga de förutsättningar HD betonade 1930 förelåg sålunda 1996. Justitierådet Lennander utvecklade i 1996 års mål sina tankegångar i ett tillägg (hon tillhörde majoriteten), men inte heller där gick hon närmare in på förhållandena i det enskilda målet. Hon hänvisade angående möjliga undantag till 1930 års mål och påpekade att kraven för möjligheter till undantag måste vara tämligen stränga.

Avgörande för möjligheten att medge undantag torde vara hur gäldenären erhållit dessa medel, under vilka villkor de upplånats och framförallt vem som har bestämmanderätten över hur de skall användas. För att undantag skall kunna medges måste gäldenären vara hårt bunden avseende användningen av de lånade medlen, han kan inte som normalt är fallet ha tillåtelse att använda de givna medlen efter eget skön.

Dessutom har vi i andra rättsfall kunnat konstatera att om undantag skulle medges får medlen absolut inte sammanblandas med gäldenärens egna.

Sammanfattningsvis kan följande sägas om betalning med medel som annars inte skulle ha ingått i konkursboet. Huvudregeln vid gåva är att om medlen som används för betalningen inte skulle ha ingått i boets tillgångar, så kan betalningen inte heller återvinnas p g a att ingen nackdel har uppstått. Medel som lånas upp av konkursgäldenären i syfte att betala viss borgenär behandlas annorlunda. Huvudregeln är här omvänd, d v s utgångspunkten är att nackdel har uppstått och endast i undantagsfall undantar man förfarandet från återvinning.

5.5 Löpande avtalsförhållanden

5.5.1 Avtal om checkräkningskredit

Utnyttjande av en checkräkningskredit behandlas i återvinningsssammanhang något annorlunda än man annars skulle behandla ett lån, vilket det i praktiken är fråga om. Detta beror på att det ligger i kreditinstitutets natur att insättningar och uttag sker löpande, varför det vore olämpligt att betrakta varje transaktion för sig.⁶⁴

⁶⁴ Lennander, s. 112.

Man ser inte de olika insättningar och uttagen som isolerade transaktioner, utan man utgår ifrån återvinningsfristens början och summerar gjorda insättningar och uttag fram till konkursutbrottet. Om gäldenären vid återvinningsfristens början har en skuld till banken och därefter sätter in medel på kontot, anses att en betalning sker, och om gäldenären sätter in medel på kontot trots att han inte har skuld till banken anses att banken sätter sig i skuld till konkursgäldenären. Det första scenariot torde vara det överlägset vanligaste.

Låt oss anta att gäldenären vid återvinningsfristens början hade en skuld till banken på 300 000 kr. Under tiden fram till konkursutbrottet tar gäldenären ut ytterligare 100 000 kr och betalar vid ett annat tillfälle in 200 000 kr. Från tiden för återvinningsfristens början till konkursutbrottet har konkursgäldenärens skuld på checkräkningskontot minskat med 100 000 kr ($300\,000 + 100\,000 - 200\,000 = 200\,000$). I detta exempel har gäldenären sålunda betalat banken 100 000 kr och det är denna summa man utgår ifrån när nackdelsbedömningen görs. Om vi ändrar exemplet så att gäldenärens insättning är på blott 100 000 kr, har ingen skillnad på saldot uppstått ($300\,000 + 100\,000 - 100\,000 = 300\,000$) och därmed har inte heller någon nackdel uppstått. Detta följer bl a av NJA 1937 s.351, NJA 1978 s. 194 och NJA 1990 s. 649.⁶⁵

Hans Renman är kritisk till detta synsätt. Han framför ett alternativ till den ovan beskrivna metoden. Enligt Renman bör man istället undersöka när gäldenärens skuld på checkräkningskontot var som störst. Detta jämföres sedan med förhållandet vid konkursutbrottet. Har nettoförbättring på kontot skett, dvs har skulden därefter minskat genom inbetalningar som inte motsvarats av uttag, är detta vad som skall kunna återvinnas. Som stöd för detta anger Renman ett uttalande i NJA 1989 s. 3 där HD anför att syftet med återvinningsreglerna är att borgenärerna i princip skall bli jämställda

⁶⁵ Lennander, s. 195.

när gäldenären kommit i betalningssvårigheter, och att det därför är viktigt att återvinningsreglerna får träffa en mycket vid krets av rättshandlingar företagna kort före konkursutbrottet. Renman anför att han finner användandet av den i föregående stycke beskrivna metoden oförenlig med detta syfte.⁶⁶

Om vi tillämpar Renmans metod på mitt ovan uppställda exempel, skulle nackdelen och därmed också den återvinningsbara summan vara 200 000 kr (300 000 +100 000 –200 000). Eftersom gäldenären under återvinningsfristen som mest har belastat kontot med 400 000 kr så är nackdelsrekvisitet uppfyllt om gäldenären genom inbetalningar på kontot minskat denna skuld. Än tydligare blir skillnaden om vi ökar konkursgäldenärens uttag från kontot till 200 000 kr. Då har enligt första sättet att bedöma ingen nackdel uppstått alls eftersom nettoskulden förblivit 300 000 kr (300 000 +200 000 –200 000). Enligt den av Renman förespråkade metoden har däremot en rejäl nackdel uppstått, eftersom skulden på kontot som mest var 500 000 men genom insättning på kontot minskats till 300 000 kr.

Rättsläget framstår som relativt klart. HD har i ett antal avgöranden uttalat att man vid nackdelsbedömningen skall bedöma utbetalningar och insättningar på ett checkräkningskonto som en helhet, och även beskrivit hur denna skall gå till. Renman framför emellertid beaktansvärda invändningar. Huvudsyftet med återvinningsreglerna torde som ovan nämnts vara att borgenärerna så långt möjligt skall behandlas likvärdigt. Om konkursgäldenären inom återvinningsfristen tagit ett ”vanligt” lån på 200 000 och av någon anledning före konkursutbrottet valt att betala tillbaka lånet (helt eller delvis), anses nackdelsrekvisitet uppfyllt och återbetalningen är med stor säkerhet återvinningsbar. Sker däremot samma sak inom ramen för en checkräkningskredit har enligt gällande princip ingen nackdel

⁶⁶ Renman, s 1238f.

uppstått. Detta innebär i praktiken ett ganska klart undantag från den inom konkursrätten eftersträvade likabehandlingsprincipen. Låt oss anta att vi har ett företag som inte går något vidare bra. Man bestämmer sig för att göra en offensiv men ganska riskfylld investering för att snabbt förbättra den ekonomiska situationen. För att finansiera investeringen belastar företaget sin checkräkningskredit hos banken A med ytterligare 300 000 kr och lånar 300 000 kr av utomstående finansiären B (båda belåningarna sker inom återvinningsfristen). Låt oss vidare anta att investeringen slog fel vilket leder till en snar konkurs. En vecka före konkursbeslutet har företaget betalat 200 000 kr på checkräkningskredit hos A. Denna inbetalning är inte återvinningsbar eftersom ingen nackdel har uppstått (man har under återvinningsfristen de facto ökat sin nettoskuld till A med 100 000 kr). Om företaget istället hade betalat 200 000 kr till B, skulle nackdelsrekvisitet tveklöst vara uppfyllt och beloppet återvinningsbart. Exemplet visar oss att en fordringsägare med checkräkningskredit som stöd ”ostraffat” kan pressa pengar ur en blivande konkursgäldenär och på så sätt kringgå ett av återvinningsinstitutets viktigaste syften, nämligen att borgenärerna skall behandlas likvärdigt i en konkurs.

Givetvis finns även skäl som talar emot Renmans metod. På ett checkräkningskonto sker löpande insättningar och uttag. Under den period som återvinningsfristen sträcker sig antar vi att gäldenären gjort 20 mindre uttag på sammanlagt 200 000 kr, och fyra insättningar om vardera 50 000 kr. Om man nu skall behandla checkräkningskredit annorlunda än ett ”vanligt” lån, vilket även Renman anser att man bör göra, vore det då inte rimligare om man tillämpade en metod som stod syftena bakom checkräkningsinstitutet relativt nära? En överskuggande fördel med checkräkningskredit är att det är praktiskt att använda sig av. Om man övergick till Renmans metod skulle banker nog vara mycket snabba med att dra in krediter och minska lånetaken på sina krediter till gäldenärer med antydning till ekonomiska problem. Detta skulle motverka checkräkningskreditens syften och troligen i många fall påskynda konkurser

eller t o m tvinga fram konkurs hos gäldenärer som annars skulle ha haft en chans att ta sig ur de ekonomiska svårigheterna.

I NJA 1996 s. 271 fastslogs, vilket ovan behandlats närmare, att det som regel saknar betydelse huruvida medel som används för att betala en skuld ingått i gäldenärens egen förmögenhet eller blivit tillgängliga genom upplåning. I 1996 års fall genomfördes den omstridda betalningen genom belastande av en checkräkningskredit. Utgången av rättsfallet får intressanta följder. Det innebär att när gäldenären väljer att betala en faktura genom att utnyttja sitt checkräkningskonto, kommer två skilda nackdelsbedömningar att bli nödvändiga. Först måste man bedöma om utnyttjandet av checkräkningskrediten i sig inneburit nackdel. Detta sker på ovan beskrivet sätt genom att man ser till alla uttag och insättningar gäldenären gjort på kontot under återvinningsfristen. Man måste emellertid även göra en nackdelsbedömning angående den betalning checkräkningskrediten utnyttjades till. Lennander gick närmare in på detta förhållande i ett eget tillägg i NJA 1996 s. 271.

Hon började med att konstatera att den principiella frågan i målet gällde huruvida nackdel kan uppstå när en gäldenär före sin konkurs betalar en fordran med medel han erhåller genom att belasta kreditutrymmet på en checkräkningskredit. En förutsättning är också att säkerhet saknas för såväl den betalda skulden som checkräkningskrediten. Anser man att ingen nackdel har uppstått måste betalningen till borgenären och skuldsättningen till banken ses som en enhet. I sådant fall har blott ett borgenärsbyte skett. Väljer man däremot att betrakta skuldsättningen till banken och betalningen till borgenären som två skilda dispositioner blir resultatet i regel ett annat. Betalningen till borgenären kommer då att bedömas som betalning till vilken annan oprioriterad borgenär som helst och leder till nackdel eftersom denne gynnats framför övriga. Lennander anför skäl för båda dessa olika sätt att angripa problemet. Till förmån för ståndpunkten att det endast rör sig om ett

borgenärsbyte talar främst argumentet att de två dispositionerna, om de ses som en enhet, inte behöver ha förändrat gäldenärens ekonomiska ställning som helhet. Till förmån för ståndpunkten att betalningen skall ses som en fristående rättshandling skild från frågan hur gäldenären erhållit medel för betalningen, anför Lennander följande. En gäldenär har i regel fri förfoganderätt över kreditutrymmet och när han utnyttjar krediten kan det på sätt och vis vara frågan om användande av likvida medel som står till hans förfogande. Normalt har gäldenären inte skaffat en checkräkningskredit uteslutande för betalning av en viss fordran. Vid betalningstillfället vet man inte heller om den fordran gäldenären betalar kommer att motsvaras av en fordran från bankens sida i konkursen. Detta vet man först då alla transaktioner på checkkreditkontot under den kritiska perioden fram till konkursbeslutet summeras, eftersom existensen och bestämningen av bankens fordran är beroende av vilka insättningar och uttag i övrigt som görs på kontot fram till konkursbeslutet. Ytterligare skäl som talar mot att man ser transaktionerna som blott ett borgenärsbyte är att det då skulle bli mycket svårt för den betalade borgenären att bedöma risken för framtida återvinning. Rena tillfälligheter kunde då bli avgörande för om en återvinning kunde ske eller ej. Det skulle komma att bero på omständigheter som om betalningen skett direkt från kontot eller om gäldenären först tagit ut pengarna och därefter erlagt betalningen, om gäldenären hade medel inestående på kontot eller om han utnyttjat krediten. Med hänvisning till ovan anförda argument anser Lennander att framförallt praktiska skäl talar för att man inte bör betrakta detta förfarande som blott ett borgenärsbyte. Betalning under utnyttjandet av kreditutrymmet på en checkräkningskredit bör därför som princip i återvinnings-sammanhang behandlas på samma sätt som en betalning med likvida medel. Lennander anser även att detta synsätt kan utsträckas till att gälla andra liknande kreditformer.

Kontokurantförhållanden påminner till viss del om det ovan behandlade checkräkningskreditförhållandet. Vid kontokurantförhållande kommer

parterna överens om att man istället för inbördes kontanta utbetalningar i löpande ordning tillgodoräkna sig ersättning för de tjänster eller varor man sålt till motparten. Kontokurantförhållanden kombineras ofta med kredit. Problem liknande de vid checkräkningsförhållanden kan ofta uppstå eftersom det händer att företag med skuld, under en kortare tid före konkursen genom olika transaktioner betalar en avsevärd del av skulden till motparten i kontokurantförhållandet. En viktig fråga till bedömning här är hur transaktionerna mellan de båda företagen skall bedömas. I NJA 1988 s. 149 slog HD fast att den princip som fastslogs i NJA 1937 s. 351 skall gälla även kontokurantförhållanden. Betydelsen av detta är att om konkursgäldenären gör en notering till motparten är det att anse som en betalning om motparten har en fordran på denne. Ex: A och B har ett kontokurantförhållande innebärande att de levererar varor till varandra. När återvinningsfristen börjar har A p g a tidigare transaktioner en skuld gentemot B uppgående till 50 000 kr. Under tiden fram till konkursutbrottet genomför A försäljningar av varor till B för 35 000 kr. Detta noteras i vanlig ordning inom ramen för parternas kontokurantförhållande, och innebär att A:s skuld till B nu uppgår till 15 000 kr. Enligt NJA 1988 s.149 skall ovan beskriven transaktion betraktas som en betalning.⁶⁷

5.5.2 Leasingavtal

Leasingavgifter betalas vanligtvis i förskott. Skyldigheten att erlægga betalning uppkommer emellertid vid leasingavtalets ingående, NJA 1989 s. 185. Betalning av leasingavgift ses därmed som betalning av skuld enligt 4 kap. 10 § KL. Intressant blir att behandla den situation som uppstår då gäldenär erlägger leasingavgift i förskott, och därefter går i konkurs innan han hunnit utnyttja egendomen under den i förskott betalda perioden.

I NJA 1997 s. 408 hade gäldenärsbolaget erlagt leasingavgift för vissa maskiner i förskott för det kommande kvartalet. Därefter sålde

⁶⁷ Lennander, s. 196.

gäldenärsbolaget rörelsen och det angavs även att köparen skulle ha rätt att utan särskild ersättning överta säljarens leasingavtal. Fem dagar efter det avtalets ingående försattes gäldenärsbolaget i konkurs. Konkursboet begärde återvinning av de betalda leasingavgifterna under åberopande att de var betalda i förtid och att betalningen inte kunde anses som ordinär. HD konstaterade med hänvisning till NJA 1989 s. 185 att konkursbolagets skyldighet att erlægga hyra uppkom redan i och med leasingavtalets ingående. Därför måste inbetalningen av leasingavgifterna ses som en vanlig betalning av skuld och bedömas enligt 4 kap. 10 § KL. Vidare anförde HD att bolaget i praktiken erhöll en tre månaders nyttjanderätt till maskinerna. Eftersom bolaget erhöll vederlag för betalningen, var det avgörande för frågan huruvida nackdel hade uppstått om vederlaget kunde anses som godtagbart. HD kom i det här fallet fram till att gäldenärsbolaget hade erhållit godtagbart vederlag och konkursboets talan ogillades.

Betalning av leasingavgift i förskott innebär således inte nackdel om vederlaget kan anses godtagbart. Leasingavgift som betalas i efterskott behandlas av Renman. Det normala vore att betrakta det som en vanlig betalning. Leasegivaren sitter då i samma situation som övriga borgenärer, d v s betalning i efterhand till honom innebär oftast att de övriga drabbas av nackdel och därmed torde betalningen vara återvinningsbar. Renman anser att under vissa givna förutsättningar kan även en i efterhand betald leasingavgift accepteras. Först och främst måste den leasade egendomen ha varit av värde för gäldenärens verksamhet. Dessutom måste det finnas ett samband mellan den i efterhand inbetalade leasingavgiften och gäldenärens fortsatta möjligheter att nyttja egendomen. Det belopp som på detta sätt skyddas från återvinning är i princip endast det som motsvarar värdet på den framtida nyttjandeperioden.⁶⁸

⁶⁸ Renman, s. 1239f.

5.5.3 Ställande av säkerhet för annans skuld

Det förekommer att säkerhet ställs för fordran av annan än den som är ansvarig för dess uppfyllelse. Man talar då om säkerhet ställd för annans skuld och är vanligast förekommande i koncernförhållanden. Två situationer kan uppstå, beroende på om det är pantsättaren eller huvudgäldenären som försätts i konkurs.

Om det är huvudgäldenären, d v s gäldenären i det kreditförhållande vartill pantsättningen hänför sig, som försätts i konkurs är det inte troligt att någon återvinning kan ske. Panten skulle ändå aldrig ha kommit konkursgäldenärernas borgenärer till godo och någon nackdel kan inte ha uppstått. Lennander anser emellertid att man möjligtvis kan tillämpa 4 kap. 5 § KL om pantsättningen i det enskilda fallet har lett till indirekt skada för konkursboet och övriga rekvisit är uppfyllda.⁶⁹

Om konkurs däremot drabbar pantsättaren, så torde möjligheterna att återvinna pantsättningen bli avsevärt större.

I NJA 1985 s. 117 hade HD att ta ställning till huruvida en säkerhet, ställd av konkursgäldenären för annans skuld, var återvinningsbar. HD uttalade att en tillämpning av 37 § ÄKL (nu 4 kap. 12 § KL) inte var möjlig när säkerheten hade ställts av tredje man. När det talas om "gäldenären" avses enligt HD konkursgäldenären. Efter att ha vägt olika argument för och emot, valde HD slutligen att inte låta bestämmelsen bli tillämplig på förevarande situation. Däremot ansåg HD att återvinning skulle kunna vara möjlig med tillämpning av 30 eller 31 §§ ÄKL (nu 4 kap. 5 eller 6 §§).

Walin är kritisk till utgången i NJA 1985 s. 117. Enligt honom finns det övervägande skäl som talar för att 4 kap. 12 § KL skall vara tillämplig även

⁶⁹ Lennander, s. 310f.

när det är tredje man som ställer säkerhet.⁷⁰ Även Gregow har uttalat sig negativt om utgången i målet. Han anser inte de principskäl HD åberopade som stöd för sitt ställningstagande vara särskilt övertygande. Dessutom anser han det vara inkonsekvent att HD å ena sidan tillämpade 4 kap. 12 § KL strikt, medan man å andra sidan förordade en relativt vidsträckt tolkning av gåvoregeln i 4 kap. 6 § KL för att kunna komma åt sådana pantsättningar. Han påpekar också att förfaranden avseende pantsättning för annans skuld oftast förekommer i koncernförhållanden, och då handlar det knappast om gåva i egentlig mening utan det är snarare affärsmässiga skäl som ligger bakom handlandet. Nackdelsrekvisitet, påpekar han dessutom, är uppfyllt i så gott som samtliga fall då någon har ställt säkerhet för annans skuld.⁷¹

Lennander anser att kritikerna av rättsfallet har skjutit in sig på en argumentation som ligger vid sidan av problemet. Hon intar samma ståndpunkt som HD i valet av tillämpliga lagrum. Återvinningsreglerna riktar sig mot två olika sorters förfaranden. Den första typen av förfaranden är de som avser att gynna viss borgenär framför andra, exempelvis genom betalning. Den andra typen av förfaranden är då gäldenär på illojalt sätt försöker göra sin egendom oåtkomlig för borgenärerna, exempelvis genom gåva. Reglerna är utformade på olika sätt beroende på vilken karaktär rättshandlingen haft. En pantsättning (i efterhand) för egen skuld är typexempel på en borgenärsgynnande rättshandling, medan pantsättning för annans skuld handlar om undandragande av egendom. Därför är det enligt Lennander rätt att inte tillämpa 4 kap. 12 § KL, utan istället antingen 5 eller 6 §§. Dessutom är den avgörande frågan i 4 kap. 12 § KL huruvida säkerheten har ställts i efterhand. Det otillbörliga när säkerhet ställs för annans skuld är inte att den eventuellt ställs efter skuldens uppkomst utan att den innebär att konkursgäldenärens egendom minskas.⁷²

⁷⁰ Walin/Palmér, s. 305 ff.

⁷¹ Gregow, s. 202f.

⁷² Lennander, s. 313.

Jag anser att HD:s domslut i NJA 1985 s. 117 var rimligt. Till sin utformning framstår 4 kap. 12 § KL tydligt avsedd att stoppa borgenärsgynnande rättshandlingar. När tredje man ställer säkerhet för annans skuld är det inte fråga om gynnande av borgenär; det är fråga om gynnande av denne utomstående person på samtliga borgenärers bekostnad. Rättshandlingen har dessutom ett tydligt gåvoinslag, därför förefaller 4 kap. 6 § KL än mer lämplig. Övriga författares kritik har mestadels berört det faktum att ställande av säkerhet för annan är överlägset vanligast i koncernförhållanden. Man kan onekligen fråga sig hur stor gåvoavsikt som föreligger när ett dotterbolag ställer säkerhet för en fordran som moderbolaget har. Givetvis torde det här röra sig till största delen om rent affärsmässiga överväganden (oftast gjorda i moderbolagets styrelse dessutom), och då kan det vara befogat med en delvis tveksam inställning till att behöva utnyttja gåvobestämmelsen för att kunna återvinna rättshandlingen. Eftersom HD förespråkat en vid tolkning av 4 kap. 6 § KL, och eftersom rättshandlingen i sig har en så starkt gåvoliknande karaktär, torde man kunna återvinna flertalet säkerställanden av tredje man med tillämpning av denna bestämmelse, även de som görs i koncernförhållanden. Merparten av övriga situationer kan återvinnas med stöd av 4 kap. 5 § KL.

Eftersom ett dylikt säkerställande i princip alltid innebär skada för övriga borgenärer, vore det olyckligt om dessa förfaranden i alltför stor utsträckning undkom återvinning.

5.5.4 Betalning till förmånsberättigad borgenär

5.5.4.1 inledning

När betalning sker till förmånsberättigad borgenär, uppstår som regel ingen nackdel eftersom denne borgenär skulle ha fått betalt före övriga i gäldenärens konkurs ändå. Naturligtvis krävs att säkerheten till fullo täckt betalningen, att ingen annan borgenär haft samma eller bättre rätt i

säkerheten och att borgenären därefter uppger denna till förmån för gäldenären.⁷³ I vissa situationer kan emellertid betalning som sker till förmånsberättigad borgenär medföra nackdel och ändå bli återvinningsbar.

5.5.4.2 Annan panthavare rycker upp

Som ovan nämnts är huvudregeln att betalning till panthavare inte medför nackdel om panten samtidigt återgår till gäldenären/konkursboet. Finns panthavare med sämre säkerhet som p g a betalningen rycker upp, kan emellertid nackdel uppstå. Denna situation kan uppstå exempelvis då pantbrev eller företagsinteckning är pantsatt i andra hand eller då flera olika borgenärer har säkerhet i företagsinteckningar efter varandra.

Låt oss anta att Gäldenären har pantsatt ett pantbrev på 200 000 kr först till borgenären A. Dessutom har överhypoteket i pantbrevet pantsatts till borgenären B. Detta innebär att A först får ta så mycket ur pantbrevet som krävs för att täcka sin fordran, men därefter får B ta resten (om det blir något över) för att täcka sin fordran. Betalar gäldenären A:s fordran kommer B:s säkerhet i pantbrevet att öka i motsvarande grad. Betalningen till A medför sålunda att en borgenär, nämligen B, gynnas på alla de övrigas bekostnad; en nackdel har således uppstått. Om B redan före gäldenärens betalning till A haft sin fordran fullt täckt i existerande överhypotek, har däremot ingen nackdel uppstått genom betalningen. Har A en fordran på 100 000 med säkerhet i pantbrevet på 200 000 och B:s fordran är på 75 000, så har B redan före betalningen till A full täckning i pantbrevets överhypotek. Därmed kommer B inte att tjäna något på övriga borgenärers bekostnad, och nackdel har ej uppkommit.⁷⁴

Vid företagshypotek kan inga ägarhypotek uppstå och pantsättas, men situationen kan ändå bli likartad om det föreligger två företagsinteckningar

⁷³ SOU 1970:75 s. 132.

med förmånsrätt efter varandra och förmånshavaren med bättre rätt får betalt. Då kommer den med sämre rätt att rycka upp, och om den intecknade egendomen inte dessförinnan täckte samtliga inteckningshavares fordringar så har nackdel uppstått.⁷⁵

5.5.4.3 Borgenär erhåller betalning med medel som härrör ur egendom vari han har säkerhet

Om en borgenär erhåller betalning med medel som härrör ur den egendom han har säkerhet i, beror det på hur betalningen sker om den skall innebära nackdel eller ej. Ett alternativ är att borgenären får betalt för sin fordran genom att själv realisera sin pant. Ett annat alternativ är att gäldenären realiserar egendom vari borgenären har säkerhet och därefter med de medel som flyter in betalar borgenären.

Om en borgenär själv realiserar egendom vari han har säkerhet uppkommer ingen nackdel för övriga borgenärer. Givetvis krävs att eventuellt överskott betalas tillbaka till gäldenären. Samma sak gäller då en borgenär får tillbaka egendom vari han har ägandeförbehåll, förutsatt att sedvanlig avräkning gjorts.⁷⁶

Om det däremot är gäldenären som realiserar egendom och därefter betalar den borgenär som har säkerhet i egendomen, uppstår en något annorlunda situation. När gäldenären exempelvis väljer att sälja företagsintecknad egendom upphör företagsinteckningen formellt att gälla i egendomen då denna förvandlas till kassa- och banktillgodohavanden. Använder gäldenären därefter dessa medel för att betala borgenären med företagsinteckningen, skulle man kunna anse att nackdel har uppstått eftersom dessa medel formellt skall tillkomma samtliga oprioriterade

⁷⁴ SOU 1970:75 s. 132 samt Lennander, s. 116f.

⁷⁵ Lennander, s. 117.

⁷⁶ Lennander, s. 119.

borgenärer. Liknande situation kan uppkomma då fastighetstillbehör säljs eftersom fastighetsinteckningen upphör att gälla i egendomen då den avskiljs. I förarbeten har dock uttalats att dessa förfaranden som regel bör vara oangripbara så länge inte någon säkerhetshavare med bättre rätt blir åsidosatt.⁷⁷

I NJA 1990 s. 562 hade gäldenärsbolaget en checkräkningskredit hos en bank. Som säkerhet hade banken företagsinteckningar med bästa rätt. En stor del av underlaget för företagsinteckningarna bestod av kundfakturor. Banken hade även fullmakt att överföra medel från gäldenärsbolagets postgirokonton till checkkontot. Till postgirokontot betalade gäldenärsbolagets kunder sina fakturor. Samma dag som gäldenärsbolaget försattes i konkurs, men före konkursbeslutet, överförde banken medel från postgirokontot till checkkontot. Konkursboet yrkade naturligtvis återvinning av denna överföring. Banken invände bl a att medlen som överfördes utgjorde betalning för kundfakturor i vilka banken hade förmånsrätt p g a företagsinteckning. HD anförde bl a att medlen som överfördes visserligen till fullo utgjorde vederlag för kundfordringar och att dessa medel hade influtit på postgirokontot mycket kort tid innan överföringen ägde rum. Detta skulle kunna tala för att banken vid transaktionens genomförande fortfarande hade säkerhet i medlen. Men gäldenärsbolaget var inte på något sätt bundet i sin rådighet över kontot, och det användes för olika slag av in- och utbetalningar i bolagets verksamhet. ”Vid dessa förhållanden måste tillgodohavandet på kontot i och med inbetalningarna anses ha införlivats med gäldenärsbolagets allmänna tillgångar på sådant sätt att principerna om surrogation inte kan bli tillämpliga beträffande enskilda betalningar till kontot... Inte heller kan inbetalningen av de aktuella medlen på postgirokontot jämte överföringen till checkkontot betraktas som en sammanhängande transaktion, jämförlig med en betalning från kunden direkt till banken.”

⁷⁷ SOU 1970:75 s. 133.

Avgörandet illustrerar hur resonemanget förs när borgenär med företagshypotek erhåller betalning med medel som flutit in vid försäljning av egendom som ingått i hypoteksunderlaget. Förmånsrätten kan bibehållas i medlen, antingen genom att man ser dem som surrogat för den avyttrade egendomen, eller genom att man ser realisationen av egendomen och den efterföljande betalningen som en sammanhängande transaktion. Man måste vid bedömningen lägga störst vikt vid hur medlen har behandlats från att de influtit vid försäljningen till dess att borgenären får betalt. För att det skall anses vara en sammanhängande transaktion måste det finnas ett sådant samband mellan försäljning av egendomen och betalning till borgenären, att det är jämförbart med en betalning till borgenären direkt ur säkerheten som endast ”råkat” ta en liten omväg via konkursgäldenären. Om det inte går att behandla som en sammanhängande transaktion krävs att gäldenären haft sin rådighet över dem avskuren.⁷⁸

⁷⁸ Lennander, s. 120ff.

6 Avslutande kommentarer

Att det måste ha uppstått nackdel för att en rättshandling skall kunna återvinnas är tämligen självklart. Har ingen nackdel uppstått framstår en återvinning av rättshandlingen som meningslös.

Jag instämmer delvis i den kritik som framfördes mot att man valde att inte skriva in ett nackdelsrekvisit i lagtexten. Svårigheterna ligger inte i tveksamheter angående huruvida ett dylikt rekvisit existerar eller ej, utan snarare hur dess gränser skall dras och hur själva bedömningen skall gå till. Dessa svårigheter skulle delvis kunnat avhjälpas lagstiftningsvägen.

Återvinningsinstitutets yttersta syfte torde vara att så långt möjligt skapa en rättvis och ordnad avveckling av verksamheten i företag som gått i konkurs. Detta förhållande försöker man främja framförallt genom prevention, men även genom reparation.

Redan det faktum att återvinning är en möjlig konsekvens innebär att gäldenären får anledning att tänka efter innan han försöker att på olika sätt undandra borgenärerna egendom. Även medkontrahenter till gäldenären måste beakta möjligheten att ett avtal dem emellan kan komma att bli utsatt för återvinningstalan, vilket måhända dämpar deras entusiasm att ingå väldigt gynnsamt avtal med någon som börjar närma sig konkurs och kanske försöker omsätta tillgångar så snabbt som möjligt. Än viktigare är att återvinningsmöjligheten håller borgenärerna tillbaka. Fanns inte möjligheten att återvinna vissa avtal som genomförts en kortare tid före konkursen, så skulle varje gäldenär med ekonomiska problem få löpa gatlopp mellan borgenärer med krav på omedelbar betalning av diverse fordringar. Han skulle troligen också i större utsträckning utsättas för inställda leveranser och andra otrevliga påtryckningar. Ett sådant scenario skulle antagligen i många fall leda till att företag som fortfarande var livskraftiga gick under p g

a påtryckningar från borgenärer som gjort sitt bästa för att få sina fordringar betalda före alla andra.

Nackdelsrekvisitet ger tydligt uttryck för återvinningens reparativa syfte. Den nackdel som har uppstått, är också den skada återvinningen syftar till att reparera.

Det föreligger i praxis och doktrin en förhållandevis stor samstämmighet angående innebörden av nackdelsrekvisitet. Emellertid skiljer sig åsikterna åt vad avser frågan huruvida man skall beakta utdelningsreglerna eller inte när man avgör om viss rättshandling har inneburit nackdel eller ej.

Förarbetsuttalandena var ganska kortfattade och öppna för olika tolkningar. Förarbetena sa kort att en nackdel har uppstått om rättshandlingen försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Detta tolkar Lennander så att man skall undersöka om utdelningen i en fiktiv konkurs omedelbart efter rättshandlingens företagande skulle ge viss borgenär mindre i utdelning än före rättshandlingen. Walin med flera anser däremot att det är ett onödigt krångligt sätt att se på problemet. När förarbetena säger att nackdel uppstår då en gäldenärs ekonomiska situation försämras, är det just vad man avsett. Har den ekonomiska situationen för gäldenären förändrats till det sämre efter rättshandlingens företagande, så har en nackdel uppstått alldeles oavsett om någon borgenärs hypotetiska utdelning blivit sämre eller inte. I praktiken torde dessa båda lösningar endast i undantagsfall leda till skilda resultat.

Lennanders resonemang innebär att man i princip måste beakta en gäldenärs sufficiens för att veta huruvida viss rättshandling går att återvinna eller ej. Det blir då mer slumpartat och svårare att förutsäga för en eventuell medkontrahent. Ett av de viktigaste argumenten till att man 1975 objektiviserade de flesta återvinningsreglerna var just förutsägbarheten; en medkontrahent skall ha rimlig möjlighet att förutsäga om en rättshandling kan komma att utsättas för återvinningstalan, utan att för den skull behöva

ha full insyn i motpartens ekonomi. Även om, som nämnts ovan, resultatet i praktiken oftast blir detsamma är Walins metod att föredra. Man bör inte i onödan blanda in utdelningsreglerna; en rättshandling innebär nackdel om den försämrar gäldenärens ekonomiska ställning. Det finns emellertid en situation då utdelningsreglerna måste blandas in, nämligen då en rättshandling förändrar inbördes förhållanden mellan olika borgenärer. För att komma åt sådant måste man beakta utdelningsreglerna, men i övriga situationer är det onödigt.

Ovan beskrivet problem är emellertid mest av akademiskt intresse eftersom man, oavsett vilken teori man använder, i praktiska fall nästan alltid kommer fram till samma resultat när man avgör om viss rättshandling inneburit nackdel.

Betalning som sker till borgenär med förmånsrätt kan skapa en rad olika problem beroende på hur de olika transaktionerna är sammansatta, hur betalningen sker och när den sker. En fråga som måste besvaras är vilken slags förmånsrätt borgenären har; är det exempelvis en panträtt ett pantbrev i fastighet där överhypoteket pantsatts eller är det kanske en företagsinteckning. Olika problem uppstår beroende på vad för slags säkerhet borgenären har. En annan fråga är huruvida man skall se anskaffandet av medlen och betalningen till borgenären som två skilda transaktioner eller som en helhet. Som regel gäller att man anser det vara två separata rättshandlingar, men i undantagsfall kan man vid nackdelsbedömningen se hela förfarandet som en enda transaktion. Detta är dock beroende av förutsättningarna i det enskilda fallet. Vid betalning till en borgenär som har förmånsrätt krävs att man noga undersöker exakt hur transaktionen i det enskilda fallet ser ut och hur övriga omständigheter förhåller sig.

Nackdelsrekvisitet är en viktig del i svensk konkursrätt. En rättshandling skall inte kunna återvinnas om den inte har inneburit att en borgenär på

något sätt drabbats som en följd, detta är mycket fundamentalt. Avsaknaden av lagstiftning angående nackdelsrekvisitet har medverkat till viss otydlighet. I praktiken torde detta emellertid inte vara ett större problem, många av de skilda metoder att lösa uppkomna problem som framförs i doktrin leder i slutändan ändå till samma resultat.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Elwing, Carl M
Elwing] Konkursläran i huvuddrag, Lund 1984. [cit. Elwing]
- Gregow, Torkel Svensk rättspraxis: konkursrätt 1982-1990. Svensk Juristtidning 1993 s. 181-245. [cit. Gregow]
- Göransson, Ulf Återvinning utom konkurs, Stockholm 1989. [cit. Göransson]
- Håstad, Torgny Sakrätt avseende lös egendom, 6:e upplagan, Stockholm 1996. [cit. Håstad]
- Lennander, Gertrud Återvinning i konkurs, 2:a omarbetade upplagan, Stockholm 1994. [cit. Lennander]
- Olivecrona, Karl Konkursrätt. Efter föreläsningar av professor Karl Olivecrona, 9:e upplagan, Lund 1963. [cit. Olivecrona]
- Renman, Hans Något om nackdelsrekvisitets innebörd vid återvinning av betalning som skett i ett löpande avtalsförhållande. Juridisk Tidskrift. s.1237-1241. 1995-96. [cit. Renman]
- Rodhe, Knut Handbok i sakrätt, Lund 1986. [cit. Rodhe]

- Walin, Gösta Materiell konkursrätt - Konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning m.m. 2:a omarbetade upplagan, Lund 1994.
- Walin, Gösta & Eugène Palmér Konkurslagen, Stockholm 1989, med supplement om oktober 2000. [cit. Walin/Palmér]
- Welamson, Lars Konkurs, 9:e omarbetade upplagan, Stockholm 1997. [cit. Welamson]
- Offentligt tryck**
- Prop. 1975:6 Ändringar i konkurslagen m.m. [cit. Prop. 1975:6]
- Prop. 1986/87:90 Ny konkurslag. [cit. Prop.1986/87:90]
- SOU 1970:75 Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m.m. Förslag av lagberedningen. [cit. SOU 1970:75]

Rättsfallsförteckning

NJA 1930 s. 20

NJA 1937 s.351

NJA 1978 s. 194

NJA 1981 s. 534

NJA 1983 s. 737

NJA 1985 s. 117

NJA 1987 s. 320

NJA 1988 s. 149

NJA 1989 s. 3

NJA 1989 s. 185

NJA 1990 s. 562

NJA 1990 s. 649

NJA 1996 s. 271

NJA 1996 s. 624

NJA 1997 s. 408