



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Johan Wisenborn

Återvinning av betalning

Genomgång av rättspraxis avseende konkurslagen 4:10

Examensarbete

Januari 1999

Handledare: Karin Adlercreutz

Innehåll

1	INLEDNING	6
1.1	Syfte	6
1.2	Metod	6
1.3	Disposition	6
2	ÅTERVINNINGSSINSTITUTET	7
2.1	Återvinningsreglernas systematik	8
2.2	Nackdelsrekvisitet	10
2.2.1	Kontantköp	11
2.2.2	Framtida motprestation	12
2.2.3	Borgenärsbyte	15
2.2.4	Partiell återvinning	17
2.3	Betalning	21
2.3.1	Betalning "in natura"	22
2.3.2	Ställande av säkerhet	23
2.3.3	Löpande avtalsförhållanden	24
2.3.4	Medelbar betalning	26
2.4	Kvittning	29
2.5	Närstående	29
3	BETALNING MED ANNAT ÄN SEDVANLIGA BETALNINGSMEDEL	31
4	BETALNING I FÖRTID	36
5	BETALNING MED BELOPP SOM AVSEVÄRT FÖRSÄMRAT GÄLDENÄRENS EKONOMISKA STÄLLNING	39
5.1	Används den relativa metoden (procent-metoden) av rättstillämparen ?	40
5.2	Skall egendom som är pantsatt eller är föremål för företagsinteckning dras ifrån tillgångarna vid jämförelsen ?	44
5.3	Har HD i sin rättstillämpning i något fall frångått procenttänkandet ?	47
5.3.1	Beloppets storlek i sig	47
5.3.2	Andra bedömningsgrunder	49
5.4	Värderingstidpunkten	50
6	ORDINÄR BETALNING	52

6.1	Betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel	53
6.2	Betalning i förtid	54
6.3	Betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning	58
7	SAMMANFATTNING OCH ANALYS	63
7.1	ÅTERVINNINGSSINSTITUTET	63
7.1.1	Kontantköp	63
7.1.2	Borgenärsbyte / betalning ur företagshypotek	64
7.1.3	Betalning "in natura"	65
7.1.4	Löpande avtalsförhållanden	65
7.1.5	Medelbara betalningar	66
7.2	REKVISITEN I KL 4:10	67
7.2.1	Betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel	68
7.2.2	Betalning i förtid	68
7.2.3	Betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning	71

Förord

Idén för denna uppsats har jag tagit från en arbetsuppgift som jag hade sommaren 1998 på Advokatfirman Vinge i Stockholm. Jag fick i uppgift att göra en rättsutredning av ett av rekvisiten i Konkurslagen 4:10, nämligen rekvisitet ”belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning”. Jag tilldelades ett antal frågeställningar som ur praktisk synvinkel var av intresse för en konkursförvaltare. I denna uppsats ingår detta arbete som en del. Förutom min handledare Karin Adlercreutz vid Juridiska Fakulteten i Lund har även Advokat Thomas Sjöberg vid Advokatfirman Vinge i Stockholm varit mig behjälplig med råd och kommentarer.

Förkortningar

HovR	Hovrätten
HD	Högsta domstolen
KL	Konkurslagen
RevS	Revisionssekreteraren i Högsta domstolen
TR	Tingsrätten

1 Inledning

1.1 Syfte

Min ambition är att med denna uppsats försöka utröna gränserna för KL 4:10s tillämpningsområde. Mot denna bakgrund är det min avsikt att, där det är möjligt, försöka precisera de förutsättningar för återvinning som framgår av HD:s praxis. Avsikten är främst att belysa den rättsutveckling som skett närmast i tiden. Olika problemområden av intresse kommer att behandlas. Utgångspunkten för de frågeställningar som ställs och som jag sedan, mot bakgrund av praxis, försöker att besvara är konkursförvaltarens. Således är de frågeställningar som behandlas främst ställda med hänsyn till återvinningskärandens intresse.

1.2 Metod

Uppsatsen bygger till stor del på en genomgång och analys av den rättspraxis som finns på området. Därvid läggs tyngdpunkten på den senaste rättsutvecklingen. Även ledande doktrin har beaktats. Förarbeten är av mindre betydelse eftersom dessa till stor del överlämnar åt rättstillämparen att närmare precisera och utforma innehållet av KL 4:10. För att kunna besvara frågeställningar om vilka tillgångar som skall medräknas vid en relativ bedömning i anknytning till rekvisitet ”belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning” har jag granskat de till relevanta rättsfallen tillhörande konkursbouppteckningarna.

1.3 Disposition

Inledningsvis kommer jag att generellt belysa återvinningsinstitutet. I detta sammanhang behandlas nackdelsrekvisitet. Därefter kommer jag i turordning att redogöra för samtliga rekvisit i KL 4:10 (detta görs i kapitel 3 till 6). Efter en kort generellt hållen inledning av rekvisiten ställer jag upp ett antal frågeställningar som jag avser att besvara. Därefter sker en redogörelse av de berörda rättsfallen samt en analys i samband med genomgången av rättsfallet. En sammanfattande analys görs sedan när samtliga för rekvisiten relevanta rättsfall har berörts. Därefter avslutar jag genomgången av rekvisiten med att, när detta är möjligt, i punktform ställa upp ett antal förutsättningar för återvinning.

När samtliga rekvisit redogjorts för avslutas arbetet med en övergripande sammanfattande analys av mer teoretisk karaktär (kapitel 7).

2 Återvinningsinstitutet

Återvinning är endast en del av det omfattande regelverk som reglerar vilken egendom som skall ingå i ett konkursbo. I första hand bör man med hjälp av sakrättsliga regler och principer avgöra vilken egendom som i konkursen tillhör konkursboet. I Sverige avgörs det sakrättsliga skyddet främst av kravet på tradition men det finns även möjlighet till registrering / publicitet (denuntiation) för att sakrättsligt skydda en äganderättsövergång. Även obligationsrättsliga regler om rättshandlingars ogiltighet skall, när det ges tillfälle, tillämpas innan det blir fråga om återvinning.

Återvinningsinstitutet kan ses som ett komplement till dessa sakrättsliga och obligationsrättsliga regler. Först när det konstaterats att egendomen på sakrättslig eller obligationsrättslig grund ej ingår i konkursboet blir det aktuellt med återvinning.

Det är viktigt att man vid behandlingen av återvinningsreglerna beaktar reglernas grundläggande funktion; återvinningsbestämmelsernas "raison d'être". Detta poängteras även av Högsta domstolen som i NJA 1989 s3 hänvisar till ett utdrag¹ av följande citat ur förarbetena:

"En av återvinningsinstitutets viktigaste funktioner ligger i att motverka att borgenärer gentemot gäldenärer i ekonomiskt trångmål företar brådstörtande åtgärder, som syftar till att ge dem en bättre ställning om konkurs inträffar men som samtidigt kanske blir den direkta orsaken till ett fullständigt ekonomiskt sammanbrott. Genom att återvinningsinstitutet motverkar att borgenärerna löper i kapp skyddas både gäldenären och borgenärskretsen som sådan. Härtill kommer att borgenärerna blir mer jämnspelta och inte tvingas att kontinuerligt följa gäldenärens ekonomiska ställning för att ta tillvara sin rätt. Att borgenärerna blir jämnspelta gör det också möjligt att skjuta upp konkursens inledande medan alternativa möjligheter att komma till rätta med gäldenärens betalningssvårigheter undersöks.

Återvinningsinstitutet har också en annan mycket viktig funktion. Borgenärerna skall genom förekomsten av återvinningsregler vara tryggade mot att gäldenären på ett mot borgenärskretsen illojalt sätt placerar sina tillgångar så att borgenärerna inte kan komma åt dem."

För att återvinningsinstitutet skall fylla sin först nämnda funktion är det betydelsefullt att återvinningsreglerna får träffa en mycket vid krets av rättshandlingar som företas kort före konkursutbrottet. Beträffande institutets andra huvudfunktion är det av vikt att benefika transaktioner och transaktioner gentemot närstående uppmärksammas. För att tillgodose

¹ "Bakom denna och andra liknande bestämmelser om återvinning ligger syftet att borgenärerna i princip skall bli jämställda, när gäldenären har kommit i betalningssvårigheter. För att återvinningsinstitutet skall fylla denna funktion har det ansetts betydelsefullt att återvinningsreglerna får träffa en mycket vid krets av rättshandlingar som företas kort före konkursutbrottet. (Se prop 1975:6 s132.)" NJA 1989 s3, (s6).

*huvudsyftena med återvinning är det också betydelsefullt att de tidsfrister som ställs upp inte är för knappa.*²

Återvinningsreglerna har således två huvudsyften. Det ena avser att bland borgenärerna motverka en ”kapplöpning” efter gäldenärens tillgångar. Det andra syftar till att motverka att gäldenären på ett illojalt sätt gör sig av med tillgångar.³

Under denna rubrik kommer jag att fortsättningsvis inleda med en kortfattad redogörelse av samtliga återvinningsbestämmelser i konkurslagen. Därefter behandlar jag i turordning nackdelsrekvisitet, rekvisitet betalning samt bestämmelserna i KL 4:10 om kvittning och närstående.

Vid genomgången av rättsfallen är det viktigt att hålla i minnet att mål om återvinning är dispositiva till sin natur. Detta innebär att vissa frågeställningar eller omständigheter inte blir prövade av den anledning att de ej åberopats av parterna. Av praktiska skäl har dock vad som åberopats och icke åberopats av parterna inte alltid kunnat beaktas i denna framställning.

2.1 Återvinningsreglernas systematik

Tillämpning av återvinningsfristerna i de olika återvinningsbestämmelserna är beroende av en transaktions sakrättsligt skyddande moment. Fristen börjar från frisdagen som enligt KL 4:2 är ”...dagen då ansökningen om gäldenärens försättande i konkurs kom in till tingsrätten.” Alla rättshandlingar som avses i de olika återvinningsreglerna vars sakrättsligt skyddande moment inte inträffat före återvinningsfristen riskerar att utsättas för en återvinningstalan.⁴

Den klassiska återvinningsbestämmelsen återfinns i KL 4:5 och omfattar återvinning av alla slag av rättshandlingar. Denna regel förutsätter att någon borgenär gynnats på ett otillbörligt sätt framför borgenärskollektivet. Gäldenären skall genom den otillbörliga rättshandlingen direkt eller indirekt ha blivit insolvent. Det förutsätts att återvinningssvaranden är i ond tro avseende insolvenskriteriet. Bestämmelsen brukar anses som den enda subjektiva återvinningsregeln i konkurslagen. Den grundar sig på det klassiska romerska rättsinstitutet, actio pauliana. Till skillnad från de övriga objektiva återvinningsreglerna i 4 kap 6 – 13 §§ innehåller 4:5, såsom påpekats, ett ondrosrekvisit. Detta rekvisit i kombination med

² Prop 1975:6, s132.

³ Rodhe anser att dessa syften ger upphov till två grundläggande rekvisit vilka är tillämpliga vid all form av återvinning; tidsrekvisitet och nackdelsrekvisitet. Med tidsrekvisitet avses återvinningsfristen, Rohde s261.

⁴ Rohde anför: ”...det är tillräckligt att det sakrättsligt skyddande moment, som ger gäldenärens motpart borgenärsskydd, har inträffat under den kritiska perioden för att återvinning skall komma ifråga. Först när motparten fått borgenärsskydd behövs återvinningstalan för att borgenärerna skall komma till sin rätt.”, Rohde s264.

otillbörlighetsrekvisitet gör bestämmelsen svårtillämpad. En konkursförvaltare ställs nämligen ofta inför svåra problem då denne måste bevisa att samtliga förutsättningar för återvinning föreligger. KL 4:5 innehåller en återvinningsfrist på fem år. För närstående finns ingen tidsgräns för återvinning.

De övriga objektiva återvinningsbestämmelserna är i princip uppbyggda efter samma mall. De avser alla en viss typ av rättshandling som har en särskild benägenhet att missbrukas då gäldenären står inför en nära förstående konkurs. Det räcker att återvinningskäranden kan visa att denna rättshandling inträffat inom återvinningsfristen för att denna skall kunna återvinnas. Återvinning sker således oberoende av om motparten har agerat i god tro eller ej. I återvinningsbestämmelserna finns förutom den allmänna återvinningsfristen en längre frist som avser transaktioner som skett till närstående. Gäldenären har nämligen typiskt sett, vid en förestående konkurs, en större benägenhet att gynna någon som är närstående. Dock finns det en möjlighet för den närstående att undvika återvinning om han kan bevisa att gäldenären genom transaktionen varken var eller blev insolvent.

Konkurslagen 4:10 får tjäna som illustration:

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

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

Bestämmelsen innehåller såsom framgår tre alternativa rekvisit samt ett obligatoriskt (betalningens icke ordinära karaktär). Dessutom innehåller alla återvinningsbestämmelser ett ”tyst” rekvisit; nämligen nackdelsrekvisitet. Den företagna rättshandlingen skall ha orsakat nackdel för en eller flera borgenärer. För att nå framgång med en återvinningstalan enligt KL 4:10 måste käranden således visa att nackdelsrekvisitet är uppfyllt, att ett av de tre alternativa rekvisiten är för handen, samt att betalingen är icke ordinär.

Bortsett från bestämmelsen om återvinning av betaling i KL 4:10 omfattar de objektiva återvinningsbestämmelserna följande transaktioner:

KL 4:6 – Gåva, KL 4:7 – Bodelning mellan gäldenären och hans make, KL 4:8 – Betaling av lön, arvode eller pension, KL 4:9 – Överföring av medel till pensionsstiftelse, KL 4:11 – Betaling av växel eller check, KL 4:12 – Överlämnande av säkerhet, KL 4:13 – Förmånsrätt eller betaling som borgenär vunnit genom utmätning.

Bestämmelsen om återvinning av betalning i KL 4:10 utgör en del av detta regelverk av objektiva återvinningsbestämmelser. KL 4:5 kan tillämpas på i princip alla rättshandlingar som nämns i de olika objektiva bestämmelserna. Det förutsätts dock att bevisning kan föras för att samtliga rekvisit i KL 4:5 är uppfyllda.

Eftersom återvinningsfristerna i KL 4 kap, 6 – 13§§ sträcker sig från tre till sex månader utgör KL 4:5 med sin femåriga återvinningsfrist ett värdefullt komplement.

2.2 Nackdelsrekvisitet

Såsom ett allmänt rekvisit för all återvinning uppställs ett krav på att transaktionen / rättshandlingen skall ha varit till nackdel för någon borgenär i konkursen. Nackdelsrekvisitet tillämpas annorlunda beroende på om det rör tillämpning av KL 4:5 som innehåller ett otillbörlighetsrekvisit eller någon av de övriga objektiva återvinningsreglerna.⁵ I det följande skall nackdelsrekvisitet redogöras för vid dess tillämpning med KL 4:10.

En förutsättning för återvinning är således att utdelningen i konkursen har försämrats för någon borgenär.⁶ Nackdelen skall ha uppstått direkt genom den företagna rättshandlingen. Åtgärden skall således medföra nackdel i sig, utan att några ytterligare omständigheter tillkommer. Bedömningen görs vid betalningstillfället. Har vid betalningstillfället en mot betalningen likvärdig motprestation erhållits rör det sig om ett "kontantköp"; nackdelsrekvisitet är ej uppfyllt. Lennander nämner två typfall då nackdel kan uppstå.⁷ För det första kan nackdel uppstå då *en borgenär gynnas framför andra*. Exempelvis då konkursgäldenären betalar en borgenär med egendom som annars skulle ha delats ut till andra borgenärer i konkursen. Det andra typfallet är att *egendom undandras borgenärerna* utan att någon borgenär samtidigt gynnas. Exempelvis kan en betalning medföra att gäldenären förvandlar utmätningsbar egendom till utmätningsfri.

⁵ Nackdel enligt KL 4:5 behöver inte ha uppstått direkt i och med rättshandlingen utan det räcker att denna förenad med senare åtgärd föranleder nackdel. Nackdel enligt de övriga objektiva återvinningsreglerna förutsätter att "... åtgärden direkt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning.", se Prop. 1975:6, s99.

⁶ Konkursgäldenärens ekonomiska situation behöver ej ha försämrats. Exempelvis om en borgenär erhåller säkerhet för en tidigare oprioriterad fordran. Den totala egendomsmassan förändras ej i detta fallet men en borgenär med bättre förmånsrätt än en oprioriterad fordran lider nackdel om hans utdelning därmed försämras.

⁷ Lennander nämner i realiteten tre typfall. Det tredje, "...att gäldenärens skulder ökas." torde dock innebära att något ytterligare moment måste tillkomma för att nackdel skall uppstå. Detta beror på att någon nackdel ej uppstår vid skuldsättningstillfället eftersom konkursgäldenären vid detta tillfälle erhåller en motprestation motsvarande skuldsättningen. Det torde således behövas ytterligare ett moment; att exempelvis lånevillkoren är ofördelaktiga. Denna situation behandlas vid tillämpning av KL 4:5. De tre typfallen har Lennander hämtat från den systematiska redogörelse som görs i Prop 1975:6 s 204f.

I det följande skall några problemområden som behandlats i den senaste rättsutvecklingen redogöras för.

Frågeställningar

1. Hur definieras kontantköp? Är en betalning av en normal kreditfaktura att jämställa med ett kontantköp?
2. Får en framtida motprestation tillgodoräknas vid bedömningen om nackdel uppstått?
3. Uppstår nackdel om betalningen inte sker ur konkursgäldenärens tillgångar utan härstammar från tredje man? (borgenärsbyte)
4. Är partiell återvinning möjlig?

2.2.1 Kontantköp

Om motprestationen är omedelbar, såsom vid kontantköp, uppstår ingen nackdel under förutsättning att konkursgäldenären erhållit ett fullgott vederlag för sin betalning. Detta hänger samman med kravet att nackdel skall ha uppstått vid den tidpunkt då betalningen företogs.

Återvinningsbestämmelserna är därmed överhuvudtaget inte tillämpliga på kontantköp. Frågan är dock hur kontantköp skall definieras. Det råder en viss osäkerhet på denna punkt.

Ett uttalande i SOU 1970:75 har vållat oklarhet: *”Det kan med nuvarande bokföringsteknik vara svårt att få faktura förrän någon tid efter leverans. Köp på sådana villkor måste i förevarande sammanhang jämföras med kontantköp, om betalning sker i vanlig ordning”*⁸ Fråga uppstår därmed var gränsen mellan en kontantbetalning och en återvinningsbar kreditbetalning skall dras. I flertalet affärstransaktioner torde betalning idag göras mot faktura, (ofta 10, 30 eller 60 dagar efter fakturans utställande). Är dessa betalningar att betrakta som kontantbetalningar och således ”per automatik” fredade från återvinning?

1987 s872 Svaranden hade av konkursgäldenären erhållit betalning för tre fakturor där det under rubriken betalningsvillkor var angivet en ”sista dag” samt ett datum (i genomsnitt 30 dagar efter fakturans utställande). Betalningen erlades i samtliga fall i genomsnitt 10 dagar före denna ”sista dag” och således i förtid enligt konkursgäldenären. I andra hand åberopades att betalningarna skett med belopp som avsevärt försämrats

⁸ SOU 1970:75 s150, Samma uttalande återkommer ordagrant i Prop. 1975:6 s224.

gäldenärens ekonomiska ställning. Svaranden hävdade att fakturorna avsåg kontantköp eftersom skyldighet att betala, enligt svaranden, förelåg redan vid leverans. Den omständighet att det på fakturorna angivits en sista dag innebar inte att denna var förfallodag utan endast att betalning därefter medförde att ränta debiterades enligt räntelagen. Tingsrätten ansåg dock att den på fakturorna angivna sista dagen var förfallodag och ansåg därmed att det inte var ett kontantköp. Däremot ansåg tingsrätten att betalningen var ordinär eftersom den skett vid en tidpunkt då käranden haft rätt att betala och svaranden varit skyldig att mottaga betalning. Hovrätten fastställde tingsrättens dom. I Högsta domstolens domskäl nämns det ovan omtalade förarbetsuttalandet: *”Även vissa köp mot faktura måste, med hänsyn till att det med nuvarande bokföringsteknik kan vara svårt att få faktura förrän någon tid efter leverans, jämföras med kontantköp, om betalning sker i vanlig ordning. Däremot har det inte ansetts att betalning av skuld som stått ute och kumulerats under längre tid skall kunna godtas som ordinär.”*⁹ Av dessa uttalanden i förarbetena drar HD den slutsatsen att man får göra en *”...totalbedömning av omständigheterna i den föreliggande situationen.”* Högsta domstolen anförde därefter att det in casu inte var fråga om kontantköp, *”...men det gäller köp som stått kontantköpen nära.”* HD ansåg efter en samlad bedömning att betalningen var ordinär.

Av detta rättsfall torde framgå ganska klart att HD, trots nämnda förarbetsuttalanden, inte är villig att generellt godta att en betalning av en faktura en viss period efter leverans skall erkännas såsom ett kontantköp och därmed helt undantas från möjligheten till återvinning.¹⁰ Detta torde sammanhålla med det faktum att HD inte vill undandra rättstillämparen möjligheten att kunna återvinna även dessa betalningar. I de flesta fall torde en återvinning ändå inte vara möjlig då betalningen anses såsom ordinär.

2.2.2 Framtida motprestation

Om betalningen avser en framtida motprestation kan denna tillgodoräknas vid bedömningen huruvida nackdel uppstått eller skall man bortse från denna eftersom motprestationen ej hänförs till betalningstillfället?

⁹ Enligt min mening blandar både lagstiftaren och Högsta domstolen ihop frågeställningen om nackdelsrekvisitets bristande uppfyllelse vid kontantköp och rekvisitet *”ordinär betalning”* i KL 4:10, detta skall beröras mer ingående nedan.

¹⁰ Gregow är av en annan uppfattning. Han anser att en betalning av en faktura 10 eller 30 dagar efter fakturans utställande (i förenlighet med specifikationer i fakturan) är att jämföra med en kontantbetalning. Som grund anger Gregow uttalandet i förarbetena samt att en till köparen beviljad kortare tidsfrist inte bör inverka på bedömningen. *”Köparen måste ju under alla förhållanden ha en viss respekt för att hinna ombesörja betalningen och det är rimligt att han får sådan tid på sig att han t.ex. kan samordna flera olika betalningar.”*, Gregow s194.

Bakgrunden till problematiken är att man vid nackdelsprövningen anser att nackdel skall ha uppstått direkt genom den företagna rättshandlingen. Den avgörande tidpunkten för nackdelsbedömningen är den tidpunkt då rättshandlingen företogs. Om en betalning avser en framtida motprestation kan det argumenteras att denna prestation ej hänförs till betalningstillfället och att ett fullgott vederlag för betalningen därför ej erhållits vid tidpunkten för betalningen. Det kan hävdas att nackdel har uppstått som en direkt följd av den gjorda betalningen trots att betalningen i förlängningen, när motprestationen väl fullföljs, indirekt inte medför någon nackdel.¹¹

Om en framtida motprestation däremot kan tillgodoräknas vid betalningstillfället anses betalningen som jämställd med en kontantaffär. Under förutsättning att den framtida motprestationen räknas såsom ett fullgott vederlag har någon nackdel ej uppstått.

1989 s3 Konkursgäldenären betalade inom återvinningsfristen en leasingavgift för en maskin hänförlig till en föregående leasingperiod. Maskinen fortsatte att utnyttjas efter betalningstillfället fram till konkursutbrottet men detta åberopades inte av borgenären såsom grund för en bristande uppfyllelse av nackdelsrekvisitet. Trots att betalningen i princip avsåg betalning för en föregående leasingperiod så hade en argumentation kunnat föras om att ett de facto framtida utnyttjande skulle tillgodoräknas såsom en motprestation.¹² Domskälen i samtliga instanser kom dock att i huvudsak behandla huruvida betalningen var ordinär. Eftersom nackdelsrekvisitet inte åberopats prövades inte frågeställningen. Justitierådet Gregow, som var skiljaktig avseende betalningens ordinära karaktär, nämnde i sitt yttrande att om en förskottsbetalning för en viss tid gjorts hade denna inte kunnat återvinnas eftersom förskottsbetalningen skulle betraktats såsom en kontantbetalning.

1997 s408 Konkursgäldenären hade 19 dagar innan förfallodagen samt 8 dagar innan konkursutbrottet erlagt betalning i förskott för leasing av maskinutrustning. Betalningen avsåg leasingavgift för en tremånadersperiod som inföll efter konkursen. Konkursgäldenären förde talan om återvinning enligt KL 4:10 eftersom betalningen skett i förtid. Svaranden (Nordbanken) hävdade att nackdelsrekvisitet ej var uppfyllt eftersom betalningen avsåg en framtida nyttjanderätt av egendom och skett mot fullgott vederlag. Konkursgäldenären hade vid

¹¹ Som tidigare redogjorts för uppställs endast ett krav på indirekt nackdel avseende tillämpningen av KL 4:5. Teoretiskt skulle detta kunna innebära att återvinning nekas pga. bristande uppfyllelse av nackdelsrekvisitet enligt KL 4:10 men att framgång nås med återvinningstalan med tillämpning av KL 4:5 då nackdelsrekvisitet enligt denna bestämmelse anses såsom uppfyllt.

¹² Renman s1238.

betalningstillfället erhållit en motprestation och någon nackdel uppstod således inte. Verksamheten hade efter konkursutbrottet överlåtits till ett annat bolag och nyttjanderätten ingick i överlåtelsen. Nordbanken påstod att konkursgäldenären "... *betingat sig ersättning för nyttjanderätten och att denna - trots formuleringen i avtalet - är inkluderad i den såsom klumpsumma angivna köpeskillingen om 7 milj kr.*" Tingsrätten gick på svarandens linje och ansåg att någon nackdel ej uppstått. Hovrätten däremot ansåg att nackdelsrekvisitet var uppfyllt. Enligt domstolen var den avgörande tidpunkten för nackdelsbedömningen den tidpunkt då betalningen sker. Hovrätten ansåg att konkursgäldenären vid betalningstillfället redan hade rätt att nyttja egendomen. Något vederlag hade därför inte kommit denne tillgodo. Hovrätten bortsåg således från den framtida nyttjanderätten. Högsta domstolen ansåg däremot att "*Ett vederlag, som består i rätten att nyttja viss egendom, kan ha ett ekonomiskt värde vilket kan komma borgenärerna i konkursen till del.*" Vidare anförde HD att om hänsyn tas till att bolaget i praktiken erhöll ett vederlag i form av tre månaders framtida nyttjanderätt till maskinen, denna nyttjanderätt skulle kunna jämföras med en kontantaffär vilket innebär att betalningen inte kan återvinnas om det erhållna vederlaget är godtagbart. Nackdelsrekvisitet ansågs inte vara uppfyllt och talan om återvinning avslogs.

Det torde därmed vara klarlagt att även en framtida motprestation kan tillgodoräknas såsom ett vederlag vid betalningstillfället. Renman formulerar nackdelsrekvisitet på följande sätt: "*...rekvisitet inte är uppfyllt i den mån gäldenären i utbyte mot den omtvistade betalningen erhållit en samtidig eller efterföljande prestation från motparten.*"¹³

Av ovanstående rättsfall kan det inte tas för givet att all form av betalning för framtida motprestation skall undantas från återvinning. Det förutsätts att motprestationen har ett reellt ekonomiskt värde vilket kan komma borgenärerna i konkursen till del. I ovanstående fall tillerkändes motprestationen ett sådant värde då denna ingick i rörelsen som försåldes av konkursboet.¹⁴ Det är fullt möjligt att motprestationen i andra fall anses helt sakna värde då denna, av anledning av förestående konkurs och sammanhängande avbrott i verksamheten, inte kan utnyttjas. Vidare kan leasingavgiften i förhållande till det vederlag som erhålls anses vara oskäligt hög, vilket skulle innebära att nackdelsrekvisitet, åtminstone delvis, anses uppfyllt.

¹³ Renman s 1240.

¹⁴ I den mån köpeskillingen för den överlåtna egendomen inte innefattade någon kompensation för den erlagda leasingavgiften var det enligt HD överlåtelsen som orsakat nackdel och inte betalningen, se NJA 1997 s404 (s414).

2.2.3 Borgenärsbyte

Om konkursgäldenären införskaffat medel utifrån med avsikt att betala en borgenär hävdas att någon nackdel ej uppstått eftersom de införskaffade medlen annars ej skulle ha ingått i konkursboet. Det har skett ett borgenärsbyte.

Denna princip erkänns sedan länge i både doktrin och praxis.¹⁵ Visserligen kan det hävdas att en borgenär gynnas framför andra eftersom en betalning, oavsett om medlen kommer från tredje man eller från konkursboet, innebär att en borgenär genom betalningen på ett godtyckligt sätt gynnas framför de övriga. Denna invändning bortses dock ifrån eftersom man anser att nackdel förutsätter att *"...konkursborgenärerna i gemen lidit skada, dvs att tillgångarna i boet genom den ifrågavarande åtgärden minskats."*¹⁶ Annars hävdar Lennander att följderna av återvinningstalan enbart skulle vara till förmån för gäldenären själv vilket inte är återvinningsreglernas syfte.¹⁷

Regeln vållar vissa tillämpningssvårigheter, detta skall illustreras vid redogörelsen av följande rättsfall:

1937 s60 Konkursgäldenären betalade en skuld till en bank med medel som denne hävdade utgjorde förskott å arv efter fadern. Borgenären (banken) anförde att det för återvinning *"...förutsattes, dels att de medel, som återvinningsanspråket avsåg, verkligen ingått i gäldenärens tillgångar och dels att det påtalade förfarandet förorsakat övriga borgenärer skada."* Tingsrätten och Hovrätten ansåg mot bakgrund av ett skriftligt erkännande från konkursgäldenären att beloppet avsåg ett förskott å arv och därmed ingick i konkursgäldenärens tillgångar vid betalningstillfället. Därmed beviljades återvinningsansökan. Högsta domstolen tillerkände däremot inte konkursgäldenärens erkännande någon betydelse eftersom modern enligt ett inbördes testamente skulle *"...sitta i orubbat bo under sin återstående livstid."* Erkännandet innebar enligt HD att beloppet skulle avräknas på hans arvslott när denna enligt testamentets bestämmelser skulle få disponeras. Därmed ansåg Högsta domstolen att det för betalningen tagits i anspråk medel som annars inte skulle ha ingått bland konkursgäldenärens tillgångar. Beloppet hade *"...av Dahls anhöriga ställts till hans förfogande uteslutande för att användas till täckande av hans genom förskingring uppkomna skuld till banken."* Betalningen hade således ej förorsakat nackdel för borgenärskollektivet. Återvinningstalan avlogs.

¹⁵ Se NJA 1930 s20, NJA 1981 s534

¹⁶ NJA 1930 s20 (s21f); "De som i förevarande fall lede skada vore uppenbarligen endast de som lämnat försträckningarna. Men dessa finge icke förväxlas med "borgenärerna" i konkurslagens mening."

¹⁷ Lennander s 106.

Såsom framgår av NJA 1996 s271 (nedan) använder sig Högsta domstolen av NJA 1937 s60 såsom ”mall” när det gäller att avgöra om omständigheterna är så specifika som krävs för att det skall vara fråga om borgenärsbyte. Av avgörande betydelse är att medlen ställts till förfogande ”uteslutande” för att användas till betalning av en viss borgenär samt att dessa medel under inga omständigheter annars skulle ha ingått bland konkursgäldenärens tillgångar.

Följande kriterier uppställs för ett giltigt borgenärsbyte:

- Medlen skall vara införskaffade endast i syfte att betala en skuld.
- Betalningen skall ha skett utan dröjsmål samt utan att medlen sammanblandats med gäldenärens tillgångar.
- Den nya borgenären får ej komma i en bättre sits gentemot gäldenären än den som fått betalt var i tidigare.

1996 s271 Konkursgäldenären betalade en skuld med medel från en checkkredit. Checkkrediten kunde endast disponeras efter det att banken givit sitt godkännande. Tingsrätten ansåg att betalningen ej medfört att tillgångarna i boet minskats samt att den nya skulden till banken ej inneburit en omfördelning mellan olika borgenärer eftersom banken ej hade förmånsrätt till den nya skulden. Tingsrätten ansåg därmed att någon nackdel ej uppstått. Hovrätten hävdade däremot att konkursgäldenären haft dispositionsrätten över medlen på kontot samt att betalningsuppdragen, även om det krävdes ett godkännande av banken, kom från konkursgäldenären. Mot bakgrund av ovanstående jämställde Hovrätten betalningen från checkkrediten med en betalning av likvida medel. Nackdelsrekvisitet ansågs uppfyllt. Revisionssekreteraren i Högsta domstolen nämnde de olika rekvisiten för giltigt borgenärsbyte¹⁸ samt ansåg, i linje med Tingsrätten, att nackdel ej uppstått. Två skiljaktiga Justitieråd anslöt sig till Revisionssekreterarens ståndpunkt och ansåg att nackdel ej uppstått. Majoriteten ansåg dock, i linje med Hovrätten, att nackdel uppstått och anförde: *”Utredningen kan inte anses ge vid handen att de faktiska omständigheterna kring den i målet aktuella betalningen var så speciella att den, t ex i linje med*

¹⁸ *”Dispositioner beträffande egendom som ändå inte skulle ha ingått i konkursboet är inte till nackdel för borgenärerna och kan av den anledningen inte återvinnas. I enlighet härmed anses återvinning inte kunna ske i det fall gäldenären betalat en skuld med medel som tillhandahållits honom av tredje man för just det ändamålet. För att betalningen skall vara återvinningsfri krävs dessutom att denna skett utan dröjsmål och utan att medlen sammanblandats med gäldenärens tillgångar. Har medlen tillhandahållits som lån får tredje man inte komma i ett bättre läge för utdelning än den borgenär som erhållit betalningen. (Jfr NJA 1930 s20 och 1937 s60.)”*

rättsfallet NJA 1930 s 20 (jfr också NJA 1937 s60 och 1981 s534), bör undantas från återvinning.”

Av intresse är det tillägg som anfördes av Justitierådet Lennander. Hon ansåg att avgörande var om skuldsättningen till banken genom utnyttjandet av checkkrediten och betalningen skulle ses som en enhet eller som två skilda dispositioner. För att ett giltigt borgenärsbyte skall föreligga förutsätts nämligen att betalningen samt utnyttjandet av checkkrediten ses som en enhet. Betalningen skall ha skett ”direkt” från den nya borgenären till den äldre. Lennander anser att vid utnyttjande av en checkräkningskredit har gäldenären som regel inte skaffat krediten uteslutande för att betala en viss fordran. Ett annat avgörande skäl för att betrakta en betalning via checkkredit som en fristående disposition är de speciella regler som utvecklats i samband med betalning i löpande avtalsförhållanden (se avsnitt 2.3.3) som innebär att man vid en betalning över checkkredit har att ta hänsyn till även andra betalningar och insättningar som görs över kontot inom återvinningsfristen. Dessa regler skulle sättas ur spel om man medgav borgenärsbyte. Lennander avslutar med att poängtera att tämligen stränga krav måste uppställas för att borgenärsbyte såsom framgår av t ex rättsfallet NJA 1930 s20 skall godtas.

Av ovanstående framgår att principen om borgenärsbyte bör tolkas restriktivt. Det torde råda tämligen stränga kriterier för att skuldsättning uppkommer enbart med syfte att betala en annan skuld, att medlen ej sammanblandas med konkursgäldenärens egendom samt att den nya borgenären ej kommer i en bättre sits i förhållande till övriga borgenärer än vad den föregående var i¹⁹. I förevarande rättsfall gjorde skuldsättningens karaktär (utnyttjande av en checkräkningskredit) att det förelåg en brist i det första rekvisitet. Skuldsättningen uppkom nämligen inte enbart med syftet att betala en annan skuld.

2.2.4 Partiell återvinning

Om en betalning görs till en borgenär som innehar säkerhet i konkursgäldenärens tillgångar uppstår ej någon nackdel om borgenären vid betalningstillfället pga säkerheten skulle ha erhållit full utdelning i en konkurs. Eftersom nackdelsprövningen skall göras vid betalningstillfället får man rekonstruera en hypotetisk konkurs vid detta tillfälle. Om det vid en sådan rekonstruktion konstateras att endast en del av betalningen skulle ha täckts av säkerheten uppstår frågan om återvinningstalan skall begränsas till att avse den del av betalningen som ej omfattas eller om nackdelsrekvisitet

¹⁹ I NJA 1996 s282 hade en bank för återvinningsssvarandens räkning ställt en bankgaranti. Denna infriades av svaranden och denne fick därmed en betalning av banken. Det kunde i fallet dock aldrig vara fråga om ett borgenärsbyte eftersom banken på grund av utställandet av bankgarantin erhöll säkerhet i form av företagsinteckning. Banken hade därmed kommit i en bättre sits än återvinningsssvaranden eftersom denne pga företagsinteckningen kunde räkna med att få full utdelning i konkursen.

skall anses såsom icke uppfyllt och återvinningstalan i sin helhet därmed icke skall beviljas.

Nedan skall redogöras för ett rättsfall som berör ovanstående frågeställning. Dessutom behandlas en problemställning avseende tillämpning av nackelsrekvisitet som uppstår då betalning erläggs från egendom som omfattas av företagshypotek.

1996 s624 Kontorsinnovation betalade 438.500 kr (delbetalning av lån) till Handelsbanken varibanken för lånet innehade säkerhet i företagshypotek hos Kontorsinnovation. Skulden betalades genom att bolaget på bankens anmodan sålde all sin lösa egendom och sedan erlade köpeskillingen direkt till banken. Konkursgäldenären yrkade återvinning av 50.565 kr och åberopade som grund att betalningen upp till det yrkade beloppet inneburit nackdel för en hyresvärd som enligt förmånsrättslagen 5§ 1p innehade bättre förmånsrätt än banken för täckande av sin hyresfordran. Återvinningstalan avsåg även 30.000 kr till täckande av konkurskostnader.

Såsom grund för sitt bestridande åberopade banken att hyresvärden i det ögonblick som den lösa egendomen såldes gick miste om underlaget för sin förmånsrätt. Detta eftersom kassa och banktillgodohavanden enligt lagen om företagshypotek 2 kap 1§ inte omfattas av företagshypotek. Då betalningen skedde fanns således ingen egendom kvar som omfattades av hypoteket och hyresvärden hade därmed ingen förmånsrätt. Banken tillade i hovrätten såsom grund för sitt bestridande att en partiell återvinningstalan inte lagligen kunde föras.

Tingsrätten beviljade återvinning och anförde: *”Bankens ståndpunkt innebär att man skall betrakta försäljningen av den företagsintecknade egendomen, uppkomsten av en köpeskillingsfordran, betalningen av köpeskillingen och betalningen till banken som skilda transaktioner och bedöma rättsläget efter varje transaktion. Med ett sådant betraktelsesätt skulle mycket riktigt hyresvärden sakna förmånsrätt när betalningen till banken skedde. Men med samma betraktelsesätt skulle också banken sakna förmånsrätt, vilket skulle få betalningen till banken att framstå som helt omotiverad. Syftet med förmånsrättsreglerna måste emellertid vara att borgenärerna skall få betalt i en bestämd turordning. Med hänsyn härtill bör försäljnings- och betalningstransaktionen inte brytas ner i sina beståndsdelar utan ses som en helhet. Således har hyresvärdens förmånsrätt i detta fall enligt tingsrättens mening varit gällande vid tidpunkten för betalningen.”* Avseende denna grund för

bestridande av återvinningstalan anslöt sig HovR till tingsrättens ställningstagande.

Högsta domstolen var dock ej lika kategorisk i sin bedömning. Trots att HD kom fram till samma slut som de lägre instanserna framgår det klart av domskälen att domstolen tillmätte de skilda transaktionerna civilrättslig verkan. HD anförde: *”En betalning, som en företagshypotekshavare erhåller direkt ur den egendom vari han har säkerhet för sin fordran, föranleder nackdel för andra borgenärer endast i den mån betalningen inkräftar på den rätt som tillkommer borgenär med lika eller bättre rätt till säkerheten. Om i stället egendomen först säljs, köpeskillingen erlæggs till gäldenären och gäldenären därefter betalar sin skuld till hypotekshavaren aktualiseras regeln i 2 kap 1 § lagen (1984:649) om företagshypotek, enligt vilken företagshypotek inte omfattar kassa- och banktillgodohavanden. Säkerheten upphör således att gälla, när hypoteksegendomen omvandlas till kassa- eller banktillgodohavanden. Det sagda gäller dock inte utan undantag. Hypotekshavaren kan med stöd av principerna om surrogation bevara sin förmånsrätt så att den blir gällande i likvida medel som ersatt hypoteksegendomen och som hålls avskilda på konton över vilka gäldenären inte förfogar (se t ex rättsfallen NJA 1987 s 105 och NJA 1989 s 705 I) . Vidare kan, i fall där försäljningen företas i direkt syfte att bereda hypotekshavaren betalning och gäldenären i anslutning till att han erhåller köpeskillingen överför beloppet till denne, egendomens försäljning och betalningen till gäldenären och hypotekshavaren betraktas som en sammanhängande transaktion, jämställd med en betalning till hypotekshavaren direkt ur säkerheten. Av utredningen i målet framgår, att försäljningen av hypoteksegendomen skedde i samförstånd med banken, att syftet var att bereda banken betalning för dess fordran och att Kontorsinnovation sedan köpeskillingen erlagts omedelbart vidarebefordrade beloppet till banken. I detta fall får det anses föreligga ett sådant samband mellan försäljningen av egendomen, betalningen av köpeskillingen till Kontorsinnovation och överföringen av beloppet till banken att åtgärderna skall ses som moment i en sammanhängande transaktion, vilken är att jämställa med en betalning till banken direkt ur hypoteksegendomen. Betalningen till banken har varit till nackdel för KB Björnön, som för sin hyresfordran hade bättre förmånsrätt i egendomen än banken, 5 § 1 förmånsrättslagen (1970:979).”*

Av Högsta domstolens domskäl framgår att en av gäldenären företagen försäljning av egendom som omfattas av företagshypotek medför att säkerheten upphör när hypoteksegendomen omvandlas till kassa- eller banktillgodohavanden. Förmånsrätten kan dock bevaras med stöd av

principen om surrogation. Dessutom kan transaktionen om denna företas i syfte att betala en borgenär som innehar säkerhet i företagsegendomen betraktas som en sammanhängande transaktion, jämställd med en betalning till hypotekshavaren direkt ur säkerheten. För att det skall föreligga en sammanhängande transaktion krävs följande:

- Syftet med försäljningen skall vara att betala borgenären.
- Det skall ske en omedelbar vidarebefordring av medlen.

Fortsättning, NJA 1996 s624:

Såsom påpekats ovan tillade banken i hovrätten såsom grund för bestridande att en partiell återvinningstalan inte kunde föras ”...oberoende av att partiell nackdel må föreligga.” Hovrätten anförde följande: ” HovR:n konstaterar att frågan om det är möjligt att föra en partiell återvinningstalan inte synes ha uttryckligen behandlats i den nuvarande konkurslagstiftningen eller förarbetena till denna. Emellertid är enligt bestämmelserna i 4 kap 7-9 §§ KL, liksom fallet var med motsvarande bestämmelser i den tidigare konkurslagen, rätten till återvinning för vissa typer av transaktioner inskränkt till en del av transaktionen i fråga. Det är där fråga om återvinning av sådana delar som kan sägas ha inneburit ett otillbörligt gynnande vid bodelning, vid betalning av lön, arvode eller pension eller vid överföring till pensionsstiftelse. Dessa fall synes vara av speciell natur bl a på det viset att en bodelning skall kunna ske oberoende av en konkurs och det av olika skäl inte är rimligt att ta tillbaka hela lönen från en anställd. Inskränkningen av återvinningsrätten i dessa fall kan emellertid inte rimligen medföra att partiell återvinningstalan skulle vara utesluten i andra fall. I sammanhanget bör noteras att det vid en ändring av den gamla konkurslagen (NJA II 1976 s 163) - då även de i föregående stycke berörda bestämmelserna ändrades respektive infördes - framhölls att en brist i det dåvarande systemet var att det saknades möjlighet till en elastisk tillämpning av återvinningsreglerna. Antingen gick en transaktion åter eller också inte. Någon egentlig möjlighet att ta hänsyn till särskilda omständigheter så att verkan av återvinningen mildrades fanns inte. Till följd härav infördes en bestämmelse om möjlighet till jämkning svarande mot 4 kap 17 § i nuvarande konkurslagen. De berörda bestämmelserna syftar uttryckligen till att mildra effekterna av en återvinning. Detta är det inte fråga om här. Frågan är i stället om konkursboet kan i sitt yrkande räkna av vad banken i sin egenskap av borgenär annars skulle ha kunnat förbehålla sig enligt 4 kap 21 § KL. Enligt HovR:ns mening saknas anledning att inte tillåta en partiell

återvinningstalan i ett fall som det förevarande, där den omtvistade rättshandlingen utgör en betalning och där utredningen entydigt pekar på att mellanskillnaden tillkommer återvinningsökandens motpart.”

Högsta domstolen anslöt sig till det slut som hovrätten kommit fram till och anförde: *”Det föreligger inget hinder mot att återvinning av en betalning av en skuld begränsas till den del av betalningen som varit till nackdel för någon annan borgenär.”*

Av ovanstående rättsfall framgår att en partiell återvinningstalan är möjlig. Såsom antyds i hovrättens domskäl är en elastisk tillämpning av återvinningsreglerna att föredra. Att neka återvinning i sin helhet av den anledning att nackdel föreligger endast avseende en del av betalningsbeloppet är av systematiska och rättviseskäl inte ändamålsenligt. Alternativet till att acceptera partiell återvinning hade kunnat vara att godta återvinning i sin helhet så fort nackdel konstaterats, även om nackdel vid betalningstillfället uppstod för endast en del av betalningsbeloppet. Det hade sedan i ett andra steg varit möjligt att enligt KL 4:17 jämka återvinningsbeloppet till att avse endast den del där nackdel uppstått. En sådan lösning hade dock framstått som onödigt omständlig. Det torde inte heller vara systematiskt korrekt att bevilja en återvinningstalan trots att nackdelsrekvisitet inte är helt uppfyllt.

2.3 Betalning

Endast en ”betalning” kan återvinnas enligt KL 4:10. Vad avses med ”betalning”? I det följande skall jag behandla några områden där rekvisitet betalning vållar problem.

Frågeställningar

- 1 Huruvida en betalning kan avse annat än pengar.
- 2 Huruvida ställande av säkerhet kan jämsställas med en betalning.
- 3 Hur man beräknar betalningar gjorda i löpande avtalsförhållanden som kännetecknas av att det inom återvinningsfristen mellan samma parter görs både debiteringar och krediteringar.
- 4 Kan återvinning ske av betalning som är gjord av annan än konkursgäldenären, s.k. medelbara betalningar

2.3.1 Betalning "in natura"

Lennander söker avgränsa "betalningsinstitutet" mot andra typer av rättsinstitut. De exempel hon därvid nämner är kvittning, köp, hävning och säkerställande (ställande av säkerhet). Här skall endast redogöras för huruvida en betalning av annat än penningar, dvs. "in natura", kan vara återvinningsbar.²⁰

1950 s417- Rättsfallet avser en tolkning av det äldre stadgandet i KL 30§ "*betalt förfallen gäld*". Ett bolag hade erlagt förskottsbetalning varvid konkursbolaget därefter inom återvinningsfristen verkställde en varuleverans. Fråga uppstod om konkursboet kunde återvinna varuleveransen. Tingsrätten ansåg, utan motivering, att varuleveranserna inte kunde anses utgöra "*betalning av gäld*". Tingsrättens dom fastställdes av hovrätten och högsta domstolen. Överinstanserna torde ha tagit fasta på det utlåtande som professor Åke Malmström framförde. Han menade att återvinningsregler var ett slags undantagsregler där rättssäkerhetsskäl talade för att man borde undvika extensiva tolkningar.

1988 s149 Rättsfallet avsåg ömsesidiga varuleveranser av träprodukter inom ramen för ett kontokurantförhållande. Svaranden ansåg att leveranserna inte var att betrakta som betalningar, eftersom de innebar ett "*fullföljande av överenskommelse om naturaprestationer*". Högsta domstolen synes ha tagit fasta vid att det rörde sig om transaktioner inom ramen för ett kontokurantförhållande och jämställde detta med de regler som förut tillämpats avseende insättning på checkkreditkonto. Konkursboets talan om återvinning av leveranser av virke till ett värde av sammanlagt 333 351 kr beviljades.

Mot bakgrund av det senare NJA 1988 s149 skulle det kunna antagas att Högsta domstolens tidigare restriktiva tolkning av rekvisitet "betalning" därmed är överspelad. Ledande doktrin är dock fortfarande av den uppfattning att varuleveranser alltså inte omfattas av KL 4:10.²¹ Jag ställer mig mer tveksam till NJA 1950 s417 fortsatta prejudikatvärde. Dels för att detta äldre avgörande till huvudsak torde vara baserat på domstolens tolkning av begreppet "betalning av gäld". Begreppet är sedan länge ändrat. Vid tidpunkten för NJA 1988 s149 och till dags dato är det ersatt med "betalning av en skuld". Begreppet "skuld" är ett vidare begrepp och kan i

²⁰ Med betalning "in natura" avses främst fullgörande av varuleveranser då förskottsbetalning redan erhållits. Walin-Palmér nämner också arbetsprestationer som en tänkbar "in natura" betalning. Författarna ställer sig dock tveksamma till huruvida en arbetsprestation överhuvudtaget går att återvinna. Jag ser dock inga betänkligheter vid detta. Det torde inte vara ovanligt att tjänsteföretag utför arbetsprestationer mot betalning i förskott. Om man accepterar att återvinning sker vid varuleveranser bör återvinning avseende värdet av en arbetsprestation även kunna återvinnas.

²¹ Se Lennander s. 205, Walin-Palmér s. 276f.

motsats till ”gäld” omfatta även naturaförpliktelser.²² Dels talar rättspolitiska och systematiska skäl för att oprioriterade borgenärer som erhållit varuleveranser ej bör behandlas bättre än de som erhållit andra former av betalning. Kommissionslagskommittén föreslog mot bakgrund av dessa skäl att KL 4:10 skulle omformuleras så att en fullgörelse av en naturaprestation skulle kunna återvinnas.²³ Någon ändring enligt kommitténs förslag kom emellertid aldrig till stånd. Det är dock min uppfattning att någon ändring ej var nödvändig eftersom begreppet ”skuld” torde omfatta även naturaprestationer.²⁴

2.3.2 Ställande av säkerhet

För det fall att konkursgäldenären inom återvinningsfristen ställt säkerhet för att erhålla ett lån torde återvinning i normalfallet inte komma ifråga eftersom full motprestation erhålles i form av lånet, nackdelsrekvisitet är således ej uppfyllt. För det fall att säkerhet ställs i efterhand för en redan existerande skuld kan denna normalt återvinnas enligt reglerna i KL 4:12.²⁵ I övriga fall torde dock ställande av säkerhet kunna jämföras med betalning och därmed kunna återvinnas enligt KL 4:10. För detta förutsätts dock att rekvisiten i 4:10 är uppfyllda. Ställandet av säkerheten skall således ha skett i förtid, vara att betrakta som ett osedvanligt betalningsmedel eller ha avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Samtidigt får ställandet av säkerheten i sammanhanget ej betraktas som ordinärt. Inget av ovanstående rekvisit behöver uppfyllas om KL 4:12 är tillämplig.

På grund av ovanstående blir det oftast en fråga om att försöka utröna skiljelinjen mellan säkerställelse enligt KL 4:12 och säkerställelse jämförlig med betalning enligt KL 4:10.²⁶ Ett exempel på detta är rättsfallet NJA 1996 s 282 som behandlas under rubrik 2.3.4, medelbar betalning.

²² Begreppet ”gäld” härstammar ursprungligen från det tyska ”Geld”; pengar. Ordet har i vardagslag sedermera fått en mer vidsträckt betydelse. Dess juridiska innebörd torde dock enligt min uppfattning inte utsträckas till att omfatta även naturaförpliktelser. Begreppet ”skuld” härstammar från det tyska ”schuld”, Wessén, kortfattad etymologisk ordbok. En skuld är enligt definitionen i Nationalencyklopedien ett ”åtagande att i framtiden betala eller på annat sätt fullgöra en ekonomisk prestation.” (min kursiv), Nationalencyklopedien band 16.

²³ Se SOU 1988:63, s.114, 275f., enligt kommitténs förslag skulle ett tillägg göras i slutet av KL 4:10, 2st.: ”eller när fullgörelse av annat än betalningsföreläggelse skett”.

²⁴ Håstad är av demn uppfattningen att KL 4:10 bör tillämpas analogt på återvinning av varuleveranser. Håstad anger rättspolitiska motiv för sin uppfattning samt även NJA 1988 s149, se Håstad s272.

²⁵ 4:12 ”Säkerhet som gäldenären överlämnat senare än tre månader före fristdagen går åter, om den inte var betingad vid skuldens tillkomst eller inte har överlämnats utan dröjsmål efter skuldens tillkomst.”

²⁶ Lennander namnger säkerställelse som omfattas av KL 4:10 som ”...betalning i form av datio in solutum respektive datio solvendi causa.”. Datio in solutum innebär att gäldenären överlåter egendom av något annat slag än det han är skyldig att prestera och att borgenären accepterar detta som fullgörelse. Datio solvendi causa innebär att borgenären tar emot viss

2.3.3 Löpande avtalsförhållanden

Här skall beröras ett antal frågeställningar som uppstår då konkursgäldenären i ett avtalsförhållande av mer varaktig karaktär gjort ett flertal transaktioner med återvinningsvaranden. Dessa löpande avtalsförhållanden kännetecknas av att det inom återvinningsfristen görs både debiteringar och krediteringar på ett mellan parterna gemensamt konto.

Frågeställningar

1. Skall domstolen vid bedömningen bortse från de inbetalningar som gjorts av återvinningsvaranden och endast ta hänsyn till betalningarna gjorda av konkursgäldenären eller skall dessa transaktioner kvittas?
2. Spelar det någon roll om de löpande betalningarna görs på ett checkkreditkonto, postgirokonto eller i ett kontokurantförhållande?

I det följande skall den praxis som finns på området redogöras för:

1937 s 351 Mellan konkursgäldenären, Kreuger & Toll (Kreuger) och Stockholms enskilda bank (banken) fanns ett checkräkningskonto som vid återvinningsfristens början visade ett saldo banken till godo på 288.093 kr. Därefter gjorde Kreuger tre insättningar på sammanlagt 657.600 kr samt ett uttag på 346.750 kr. Efter dessa transaktioner visade checkräkningskontot ett saldo Kreuger till godo på 22.757 kr. De löpande transaktionerna hade således medfört att banken från återvinningsfristens början fått en sammanlagd betalning på 310.850 kr. Domstolen ställdes därmed inför flera olika alternativ avseende det belopp som konkursgäldenären skulle kunna återvinna. Ett alternativ hade varit att bortse från Kreugers uttag och återvinna samtliga av Kreuger gjorda insättningar på sammanlagt 657.600 kr. Ett annat hade varit att anse samtliga insättningar som betalning bortsett från senare uttag, dvs. en sammanlagd betalning på 310.850 kr. Högsta domstolen bestämde sig dock för att avräkna det uttag som gjordes efter de tre insättningarna samt att anse mellanskillnaden utgöra en betalning så länge som kontot visade ett positivt saldo i bankens förmån. Jag illustrerar med siffror: $-288.093 + 657.600 - 346.750 = +22.757$. Den återvinningsbara betalningen var således 288.093 (den ursprungliga skulden) eftersom domstolen bortsåg från det belopp som visade ett saldo till Kreugers förmån (22.757). Återstoden (22.757) ansåg HD ej utgöra en "betalning" utan en

egendom för att själv förvandla den i pengar i avräkning på gäldenärens förpliktelse. Lennander s273.

skuldsättning från Kreugers sida. Detta belopp kunde Kreuger i sedvanlig ordning (det rör sig om en vanlig fordran) kräva att få tillbaka av banken.²⁷ I fallet förpliktades banken att till Kreuger utge 288.093 kr + 22.757 kr (+ 58.888 kr vilket utgjorde en räntebetalning).

Högsta domstolen bekräftade sitt synsätt i NJA 1978 s194. Det rörde sig då om en checkkredit kopplad till bankgiro där inbetalningarna inte gjorts av konkursgäldenären utan av dennes kunder. Beloppen kunde trots det återvinnas från banken. Därefter tillämpade domstolen i NJA 1987 s407 samma synsätt på ett postgirokonto.²⁸ Det under föregående avsnittet (3.1) behandlade rättsfallet NJA 1988 s149 om ömsesidiga varuleveranser i ett kontokurantförhållande har betydelse även i detta sammanhang. Även detta är enligt HD ett sådant löpande avtalsförhållande där inbetalningar bör bedömas på samma sätt såsom fastslogs i NJA 1937 s351.²⁹

Följande bedömningskriterium kan ställas upp för löpande avtalsförhållanden:

- Varje insättning anses såsom betalning i den mån beloppet motsvaras av ett saldo motparten till last och ej åter uttages.

Av dessa rättsfall kan vi sluta oss till att där det föreligger ett löpande avtalsförhållande med ett flertal transaktioner mellan parterna under återvinningsfristen och dessa redovisas på ett gemensamt konto kommer HD att tillämpa den princip som fastslogs i NJA 1937 s351. Något gemensamt konto mellan parterna tycks dock ej ha funnits i kontokurantfallet. Det rörde sig istället om mellan parterna ställda fakturor där parterna istället för att betala dessa i sedvanlig ordning, överenskommit att ett par gånger per år göra avräkningar och sinsemellan betala det uppnådda saldot. Domstolen torde därmed inte uppställa ett krav på ett gemensamt konto där införingar löpande krediteras och debiteras. Det väsentliga är att det de facto görs avräkningar mellan parterna där det uppnådda saldot regleras, oavsett om detta görs på ett gemensamt konto eller ej.

I doktrin hävdas att domstolen i ett löpande avtalsförhållande bör ta hänsyn till samtliga transaktioner inom hela återvinningsfristen (dvs från

²⁷ Banken skulle kunna använda sig av beloppet för kvittning mot av banken innehavda fordringar gentemot Kreuger.

²⁸ Rättsfallet rörde visserligen tillämpningen av Ä KL 21§ motsvarande KL 3:2. Det är dock ingen tvekan att HD i fallet avser att tillämpa samma principiella ställningstagande som i NJA 1937 s351 och NJA 1978 s195 även på postgirokonto när återvinning sker medelst KL 4:10.

²⁹ HD anför: "I rättspraxis har insättning på checkkonto med utnyttjad kredit ansetts utgöra betalning i den mån beloppet motsvaras av saldo räkningshavaren till last (NJA 1937 s351 och 1978 s194). Syftet med återvinningsreglerna talar för att sådana ömsesidiga varuleveranser som har förekommit mellan Träexport och Strålnäs bör behandlas på samma sätt"

återvinningsfristens början till konkursutbrottet).³⁰ Av NJA 1937 s351 följer att domstolen tar hänsyn till uttag som gjorts **efter** inbetalning³¹. Detta innebär inte nödvändigtvis att domstolen skall ta hänsyn till uttag (och kvitta dessa) som gjorts inom återvinningsfristen men **innan** den inbetalning som medför det största negativa saldot.

Jag illustrerar med ett exempel³²: När återvinningsfristen börjar är saldot -300.000 därefter görs ett uttag på 200.000 och följande saldo blir -500.000. Senare görs en inbetalning på 200.000 vilket medför att saldot återigen blir -300.000. Om man tar hänsyn till samtliga transaktioner under hela återvinningsfristen innebär detta att någon återvinning ej är möjlig eftersom saldot vid återvinningsfristens början och slut är detsamma. Om man däremot utgår från den tidpunkt då återvinningsvararandens ställning var som sämst (då saldot var -500.000) och därefter beaktar gjorda betalningar och uttag så blir en återvinning om 200.000 möjlig. I motsats till vad som påstås av Lennander³³ anser jag att denna problemställning ännu ej avgjorts i praxis.

2.3.4 Medelbar betalning

Återvinningsituationen kompliceras ibland av att betalningen ej sker direkt från konkursgäldenär till återvinningsvaranden utan via en tredje part. Nedan skall redogöras för den praxis som utvecklats avseende betalning från tredje man; medelbar betalning.

1978 s194 Rättsfallet har redan berörts under rubrik 2.3, löpande avtalsförhållanden. Konkursgäldenärens kunder betalade in medel via bankgiro på ett checkkreditkonto. Banken hade enligt avtal rätt att överföra på kontot influtna medel till bankens eget konto för att på så sätt få betalt för en lämnad kredit. Detta fortsatte banken att göra trots att banken hade vetskap om konkursgäldenärens konkurs. Banken hävdade att återvinning inte var möjlig eftersom inbetalningarna gjorts av konkursgäldenärens kunder och inte av konkursgäldenären själv. Hovrätten började med att konstatera att det för återvinning krävs att en rättshandling företagits av konkursgäldenären. Den överföring som banken gjorde av medel från checkkreditkontot till bankens eget konto kunde därför inte föranleda återvinning eftersom detta var en rättshandling som företagits av banken. Både tingsrätten och högsta domstolen ansåg däremot att konkursgäldenärens underlåtenhet att inte bryta den överrenskommelse som fanns

³⁰ Se Lennander s195, Walin & Palmer s264.

³¹ "...varje å checkräkning gjord insättning anses såsom betalning i den mån beloppet motsvaras av saldo räkningshavaren till last och ej åter uttages."

³² Exemplet är hämtat från en artikel av Hans Renman; Renman s1238.

³³ Lennander, s195.

mellan banken och konkursgäldenären, vilket innebar att banken kunde tillgodogöra sig influtna medel, var att jämställa med en sådan rättshandling från konkursgäldenärens sida som berättigade till återvinning.

- 1987 s407 Även detta rättsfall har berörts under rubrik 2.3, löpande avtalsförhållanden. I detta fall tillgodogör sig återvinningsvaranden (Posten), via ett postgirokonto, inbetalda medel från konkursgäldenärens kunder. Även i detta fall görs en invändning att inbetalning gjorts av annan än konkursgäldenären och att återvinning därför ej är möjlig. Tingsrätten ansåg att det inte kunde vara fråga om en rättshandling mellan gäldenären och Posten eftersom inbetalningarna verkställdes av annan. Hovrätten ansåg däremot att betalningarna, i den mån som Posten tillgodogjort sig dessa, var att jämställa med en betalning som konkursgäldenären själv verkställt. HD anförde: *"Enligt vad som får anses framgå i målet har kundernas inbetalningar gjorts efter bolagets anvisningar och bör därför jämnställas med betalningar direkt av bolaget (jfr NJA 1944 s571, 1969 s27, 1978 s194)."*

Såsom framgår av citatet hänvisar högsta domstolen till ovan nämnda NJA 1978 s194. Dessutom hänvisar domstolen till NJA 1969 s27 som berörs under kapitel 3, betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel. I detta rättsfall hade en underentreprenör av huvudentreprenören erhållit en lyftningsfullmakt att av byggherren utkvittera ett belopp ursprungligen destinerat till huvudentreprenören. HD bedömde betalningen såsom att jämställa med en betalning direkt från huvudentreprenören.

- 1996 s282 Konkursgäldenären betalade inom återvinningsfristen två fakturor på sammanlagt 150.000 kr samt överlämnade en bankgaranti på 300.000 kr till borgenären. Bankgarantin infriades sedan av banken. Återvinning yrkades för betalningarna samt för den av banken för konkursgäldenärens räkning ställda bankgarantin. Konkursgäldenären hävdade att lämnandet av bankgarantin och bankens infriande av densamma var att betrakta som en medelbar betalning och därmed att jämställa med en betalning direkt av konkursgäldenären. Borgenären hävdade att bankgarantin var ett åtagande från tredje man och att den därför inte kunde vara föremål för återvinning eftersom något rättsförhållande ej förelåg mellan borgenären och konkursgäldenären avseende utfärdandet och betalningen av bankgarantin. Tingsrätten ansåg att betalningen av bankgarantin fick anses gjord av konkursgäldenären eftersom banken som säkerhet för bankgarantin erhållit företagsinteckning i konkursgäldenärens näringsverksamhet och därmed fick full ersättning för den

ställda garantin.³⁴ Hovrätten delade tingsrättens uppfattning vad avser bedömningen av nackdelsrekvisitet. Högsta domstolen drog en skiljelinje mellan utställandet av bankgarantin och betalningen (infriandet) av densamma. Själva betalningen innebar inte i och för sig någon nackdel för konkursborgenärerna eftersom betalningen skedde av banken som därmed inträdde som ny borgenär. Vid utställandet av bankgarantin uppkom däremot en nackdel eftersom banken vid samma tillfälle erhöll säkerhet i företagshypotek. Själva utställandet av bankgarantin omfattas dock av KL 4:12, 2st. vilket är en bestämmelse som reglerar återvinning av säkerhet som konkursgäldenären lämnat inom en tremånadersfrist. Detta lagrum förutsätter dock, enligt HD, att återvinningstalan riktas mot den som har förmån av säkerheten. Eftersom talan ej riktats mot banken avslogs återvinningstalan av bankgarantin.

Av ovanstående rättsfall kan det konstateras att rättstillämparen är villig att acceptera en betalning från tredje man såsom en betalning från konkursgäldenären. I NJA 1996 s282 sade dock Högsta domstolen stopp. Orsaken torde ha varit att man ej velat avvika från konkurslagens systematiska uppbyggnad. Bestämmelsen om återvinning av ställd säkerhet i KL 4:12 ansluter sig nära till KL 4:10 med avvikelsen att det i KL 4:12 ej finns ett undantag för ordinära betalningar.³⁵

Såsom påpekats redan (se 3.1) kan ställande av säkerhet i vissa fall jämföras med en ”betalning”. I NJA 1996 s282 var dock säkerheten ej betingad vid skuldens tillkomst (skulden fanns redan) varför KL 4:12 var tillämplig.³⁶

³⁴ Tingsrätten hävdar här att det skett en medelbar betalning och att det därutöver icke är frågan om ett giltigt borgenärsbyte eftersom banken i och med betalningen (ställandet av bankgarantin) kommit i en bättre sits än den som borgenären skulle ha varit i om betalningen skett direkt från konkursgäldenären. Banken ”rycker upp” i förhållande till andra borgenärer då den erhåller säkerhet i konkursgäldenärens näringsverksamhet för utställandet av bankgarantin.

³⁵ Att utsträcka KL 4:10:s tillämpningsområde till att omfatta återvinning av en ställd bankgaranti skulle medföra att konkursgäldenären kunde välja att föra en återvinningstalan gentemot två olika parter. Detta är naturligtvis inte helt acceptabelt eftersom det normalt, oavsett om transaktionen sker via mellanhänder, endast bör vara en motpart som gynnas av en för konkursborgenärerna ofördelaktig transaktion.

³⁶ I specialmotiveringen till Å KL 37§ (nuvarande KL 4:12) anges den situation som uppstod i NJA 1996 s282 särskilt: ”Beredningen anger att gäldenären även kan tänkas lämna säkerhet till någon som går i borgen för en hans redan befintliga skuld. Detta bör enligt beredningens mening kunna angripas som pantsättning i efterhand, oavsett om borgensmannen kände till att det i realiteten vara fråga om pantsättning till säkerhet för befintlig skuld (se vidare SOU 1970:75 s.154)” Prop 1975:6 s232.

2.4 Kvittning

Av KL 4:10, 2st. framgår att bestämmelsen är tillämplig även på kvittning förutsatt att borgenären inte hade fått kvitta enligt bestämmelserna i KL 5:15 och 16. Någon vits med återvinning föreligger nämligen inte om borgenären ändå får använda sin fordran till kvittning i konkursen. För att kvittning skall kunna återvinnas krävs att något av de alternativa rekvisiten i KL 4:10 är uppfyllt. En kvittning är inte i sig ett osedvanligt betalningsmedel. En kvittning kan ha skett i förtid förutsatt att gäldenären medgav kvittning trots att borgenärens motfordran var oförfallen.³⁷

Vad som bör påpekas är att reglerna om kvittning i konkurs (KL 5:15,16) i återvinningshänseende är mindre stränga än de bestämmelser som finns om återvinning av betalning. Det är därför ofta till borgenärens fördel att en kvittning kan ske. Eftersom en tillämpning av kvittningsbestämmelsen i KL 4:10, 2st förutsätter en genomgång av kvittningsreglerna i konkurs (KL 5:15,16) samt vice versa blir en mer ingående behandling av kvittning alltför utrymmeskrävande.³⁸

2.5 Närstående

Återvinningsfristen i KL 4:10 utsträcker från tre månader till två år gentemot närstående till gäldenären. Den närstående kan dock undvika återvinning genom att visa att gäldenären vid betalningstillfället inte var eller genom betalningen blev insolvent. Närståendebegreppet är ett uppsatsämne i sig och kommer därför, liksom bestämmelsen om kvittning, inte att närmare granskas i detta arbete. Vad som skall förstås med närstående stadgas i KL 4:3. Där räknas en rad släktingar till gäldenären upp samt även ”...den som på annat sätt står gäldenären personligen särskilt nära.” Vidare räknas i bestämmelsen upp de som skall anses såsom närstående till en näringsidkare eller en juridisk person. Därvid beaktas främst om det föreligger en ekonomisk intressegemenskap eller om ifrågavarande har en ledande ställning eller ett bestämmande inflytande över verksamhet som näringsidkaren eller den juridiska personen bedriver.

I NJA 1988 s673 ansåg HD att en förutvarande make var närstående till gäldenären. Domstolen anförde: *”Frågan huruvida ett närstaendeförhållande i det enskilda fallet föreligger mellan två personer, som har varit gifta med varandra, får bedömas med hänsyn till samtliga omständigheter. Bla för att tillämpningen inte skall bli alltför komplicerad och oförutsebar bör, som HovR:n anført, tyngdpunkten i prövningen läggas*

³⁷ Se Lindskog, s741, ”Eftersom B (borgenären) då hade kunnat kvitta enligt 5:15 1 st. förutsätter återvinning att någon annan omständighet som utgör kvittningshinder föreligger.”

³⁸ Jag hänvisar till Lennander s.249 – 265.

vid objektiva och förhållandevis lätt konstaterbara fakta. Kontrahenternas känslomässiga relationer till varandra bör alltså normalt inte beaktas.”

I fallet ansåg HD att skilsmässan skett främst för att avveckla parternas ekonomiska mellanhavanden. Dessutom skedde skilsmässan endast fyra månader innan den ifrågavarande betalningen.

3 Betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel

Huruvida en betalning är av osedvanlig karaktär skall, enligt förarbetena, avgöras utifrån förhållandena i gäldenärens och borgenärens bransch.³⁹ I motsats till vad som gällde innan 1975 års reform av konkurslagen räcker det inte att betalningsmedlet framstår som ovanligt i förhållande till endera partens bransch. Det krävs att betalningen är osedvanlig i både gäldenärens och borgenärens bransch.⁴⁰ Domstolen har dock ett utrymme att ta hänsyn till andra omständigheter än betalningsmedlets art. Sådana omständigheter kan vara en utvecklad sedvana mellan parterna att använda ett visst betalningsmedel. Vidare nämner Lennander det fall att transaktionen trots betalningsmedlets osedvanliga art ändå kan ses som ett normalt led i parternas verksamhet eller som en normal affärstransaktion. Det bör i sådana fall, enligt Lennander, beaktas huruvida det förekommit påtryckningar från borgenärens sida.

1969 s27⁴¹ Vägbolaget (huvudentreprenören) lämnade d. 22 april en lyftningsfullmakt till Karlsson (underentreprenör) att från Bruksbolaget (byggherren) utkvittera 15.000 kr av Vägbolagets entreprenadsumma. Vägbolaget, som sedermera gick i konkurs d. 11 juli, yrkade återvinning av 8000 kr som d. 17 och 22 maj utbetalats av Bruksbolaget till Karlsson enligt fullmakten. Vägbolaget hävdade att lämnandet av fullmakten i själva verket var en överlåtelse av fordran och att överlåtelsen som sådan var ett ovanligt⁴² betalningsmedel. Tingsrätten biföll återvinning på den grund som konkursgäldenären angivit samt med angivande att *betalningen* skett inom återvinningsfristen.⁴³ Karlsson hävdade i Hovrätten att överlåtelsen skett utanför återvinningsfristen och att återvinning därmed inte var möjlig. Vidare anförde Karlsson att en lyftningsfullmakt inte var att betrakta som ett ovanligt betalningsmedel utan att jämföra med ett betalningsuppdrag. Hovrätten ansåg i likhet med tingsrätten att Vägbolaget betalat med ovanligt betalningsmedel inom återvinningsfristen och biföll återvinningstalan.

³⁹ Prop 1975:6 s223.

⁴⁰ Detta innebär dock ingen större saklig förändring i förhållande till den faktiska tillämpningen av den äldre bestämmelsen, se Lennander s208.

⁴¹ Rättsfallet rör frågan om tillämpning av det äldre stadgandet KL 29§ samt KL 30§ men är ändå principiellt intressant och av värde för dagens tillämpning av KL 4:10.

⁴² Den äldre termen "ovanligt" i Ä KL 29§ motsvaras av nuvarande "osedvanligt" i KL 4:10.

⁴³ Den Ä KL 29§ (motsvarande nuvarande KL 4:10) hade en återvinningsfrist på 60 dagar. Själva fordringsöverlåtelsen skedde således utanför fristen medan betalningarna (d. 17 och 24 maj) skedde inom fristen.

Högsta domstolen konstaterade att Bruksbolaget enligt ett bemyndigande d. 22 april av Vägbolaget, d. 17 och 24 maj utbetalat 8000 kr till Karlsson. Därefter anförde HD: *"...I avseende å återvinning till vägbolagets konkursbo bör den betalning som under sådana förhållanden genom byggherren lämnats till underentreprenören anses likställd med kontant betalning av entreprenören. På grund härav och då betalningen skett tidigare än 30 dagar före d. 10 juli 1966 då konkursansökningen ingavs, prövar KM rättvist att, med ändring av HovR:ns dom, ogilla konkursboets talan"* Högsta domstolen ansåg därmed att Ä KL 29§ icke var tillämplig samt att inte heller Ä KL 30§⁴⁴ kunde tillämpas eftersom betalningarna skett innan den för paragrafen tillämpliga återvinningsfristen på 30 dagar.

Rättsfallet visar hur svårt det kan vara att avgöra om en viss transaktion skall betecknas såsom en betalning med osedvanligt betalningsmedel eller ej. Klart är att i ovanstående fall lyftningsfullmakten överlåtits på grund av att Vägbolaget (huvudentreprenören) inte var förmögen att med egna medel betala Karlsson (underentreprenören). Termen "lyftningsfullmakt" är i sammanhanget något missvisande. Eftersom agerande genom fullmakt alltid är en rättshandling för någon annans räkning är det i förevarande fall icke fråga om en fullmakt i egentlig mening⁴⁵. Det kan icke heller vara fråga om en överlåtelse av fullmakt eftersom Karlsson använder sig av "lyftningsfullmakten" för egen räkning. Det måste därmed såsom Högsta domstolen tidigare konstaterat vara fråga om en överlåtelse av fordran.

Av den anledning att betalningsmedlets utformning föranletts av Vägbolagets ansträngda finansiella situation torde det vara klart att det måste röra sig om ett i sammanhanget ovanligt betalningsmedel. Det finns en möjlighet att HD trots allt betraktade överlåtelsen av lyftningsfullmakten såsom ett osedvanligt betalningsmedel men att domstolen ansåg att Ä KL 29§ inte var tillämplig eftersom överlåtelsen skedde utanför återvinningsfristen. I motsats till tingsrätten och hovrätten ansåg HD därmed att det faktum att själva betalningstidpunkten var inom fristen inte medförde att betalningen trots allt skulle anses ha skett inom den i Ä KL 29§ stipulerade återvinningsfristen.⁴⁶

⁴⁴ Denna bestämmelse avsåg betalning av förfallen gäld som skett inom 30 dagar från konkursansökan. Bestämmelsen förutsatte ond tro hos borgenären.

⁴⁵ En "lyftningsfullmakt" är i realiteten "en överlåtelse (cession) till fullmäktigen av en huvudmannen tillhörig fordran som fullmäktigen får behörighet att lyfta med stöd av fullmakten som legitimationshandling...Det är då i själva verket fråga om en anvisning.", Adlercreutz s204.

⁴⁶ Ett annat tänkbart resonemang är att HD inte ansåg utställandet av fullmakten såsom en överlåtelse av fordran. Det blir enligt detta resonemang en överlåtelse först när fullmakten utnyttjas och eftersom betalning då skedde över postgiro ansågs den icke vara "ovanlig". Mot denna tänkbara förklaring talar att HD inte rimligtvis kunnat undvika att betrakta utbetalningen enligt fullmakten i sitt sammanhang. Eftersom utbetalningen föranletts av en fullmakt som i sin tur föranletts av att Vägbolaget inte kunde betala på annat sätt på grund

RH 1994:24 Konkursgäldenären (Condisator) hade under en längre tid haft en skuld till sin huvudleverantör (Antifukt). För att fortsätta sina leveranser krävde Antifukt att konkursgäldenärens kunder skulle betala direkt till Antifukt istället för till Condisator. Detta skedde genom att Condisator på sina fakturor angav Antifukts post- och bankgironummer. Tingsrätten anförde att det rörde sig om en medelbar betalning som endast vid några tillfällen tidigare (under åren 1985 och 1986) tillämpats av parterna ”*Betalningssättet hade således under våren 1990 inte under en längre tid varit brukligt utan får istället anses ha avvikit från det normala. Utredningen ger vid handen att det icke ordinära betalningssättet har tillgripits bl.a. därför att Antifukt vid denna tid insåg att Combiluft hade en särskilt dålig likviditet.*” Tingsrätten ansåg därför att den medelbara betalningen var att jämställa med en betalning med osedvanliga betalningsmedel.

Hovrätten konstaterade att betalningssättet inte kunde anses ha varit normalt för bolaget samt att Antifukt inte gjort gällande att det sätt på vilket bolaget erhållit betalning var normalt förekommande i branschen. Avseende bedömningen om betalningarna ändå kunde anses såsom ordinära anförde HovR: ”*I ett för Combiluft prekärt läge har således ifrågasvarande betalningssätt valts, dels för att eliminera risken för att bolaget inte skulle kunna betala för de aktuella leveranserna och dels för att Antifukt skulle få betalt för skulder som stått ute länge.*” Mot bakgrund av ovanstående ansåg HovR att betalningarna inte var ordinära.

I ovanstående rättsfall ser HovR, för att avgöra om betalningen är sedvanlig eller ej, till den sedvana som etablerats mellan parterna samt huruvida ett liknande betalningssätt finns i branschen. Att betalningen utformats på det angivna sättet just för att en ordinarie betalning inte var möjlig, utan att borgenären riskerade att inte få betalt för sin faktura, tar HovR inte hänsyn till. Detta syfte avgör istället betalningens ordinära karaktär. Endast betalningens art synes vara av vikt för bedömningen av huruvida betalningarna skall anses såsom osedvanliga.

1996 s333 Herbert Musik slöt ett avtal med ett skivbolag om överlåtelse av Herbert Musik tillhörig egendom. Köpelikviden bestod huvudsakligen av att skivbolaget övertog betalningsansvaret för Herbert Musiks skulder varav en skuld till Sony. Skulden till Sony betalades senare av Skivbolaget. Då Herbert Musik senare försatts i konkurs yrkade denne att betalningen till Sony skulle återvinnas såsom en betalning gjord med osedvanliga

av sin ansträngda finansiella situation, så kan inte betalningen anses vara annat än osedvanlig. Mot detta talar även att HD i NJA 1966 s97 ansåg utställande av en lyftningsfullmakt utgöra en överlåtelse av fordran.

betalningsmedel. Tingsrätten ansåg att rättshandlingar innebärande att gäldenär sålt egendom till tredje man och denne betalat köpeskillingen genom att överta betalningsansvaret för vissa av gäldenärens skulder i vissa situationer kunde behandlas som trepartsförhållanden vilka ansågs innefatta en betalning med osedvanligt betalningsmedel. Tingsrätten ställde dock ett krav på att borgenären (Sony) på något sätt medverkat till rättshandlingens uppkomst. Eftersom så inte var fallet avslogs återvinningsansökan. Hovrätten ställde frågan om avtalet kunde ses som en betalning direkt till Sony. Därefter anförde Hovrätten: *"Vid en bedömning av transaktionen i dess helhet, visar den ordning som Herberts Musik valde för betalning av sina skulder, att bolaget i realiteten använt sina tillgångar...till att säkra infriandet av skulden till bl a Sony. Det är i förevarande fall fråga om en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel."* Hovrätten ansåg att KL 4:10 inte uppställer något krav på att betalningsmottagaren skall ha känt till eller borde ha känt till de omständigheter som gjorde betalningen återvinningsbar. Det räckte enligt Hovrätten att de objektiva förutsättningarna för återvinning förelåg för att denna skulle godtas.

Högsta domstolen började med att klargöra betalningens karaktär av medelbar betalning. HD anförde: *"Eftersom en gäldenär som huvudregel inte utan borgenärens godkännande kan sätta annan i sitt ställe (...) medförde det avtal som Herberts Musik och Skivkompaniet träffade inte något gäldenärsbyte, som var giltigt i förhållande till Sony. Däremot innebar avtalet att Skivkompaniet, som ersättning för de överlåtna tillgångarna, gentemot Herberts Musik åtog sig att betala bland annat den skuld som Herberts Musik hade till Sony. Då skivbolaget i enlighet härmed erlade betalningen skedde denna således på Herberts Musiks vägnar och – i realiteten – med användande av Herberts Musiks tillgångar."* Därefter fortsatte HD: *"Vid betalningen har Herberts Musik, såsom framgått, i själva verket använt annat än sedvanliga betalningsmedel."*

Av sistnämnda uttalande i NJA 1996 s333 framgår inte om HD hänvisar till att den i avtalet mellan Herberts Musik och Skivkompaniet överlåtna egendomen var osedvanlig till sin karaktär eller om osedvanligheten bestod i att betalningen (som de facto gjordes genom insättning på ett Sony tillhörigt postgirokonto) gjordes av en tredje part genom att denne på ett okonventionellt sett övertog en betalningsskyldighet som egentligen åvilade Herberts Musik. Mot bakgrund av uttalanden i NJA 1996 s333 bör borgenärens medverkan eller onda tro inte vara av betydelse för att avgöra om transaktionen skall anses vara osedvanlig.

SLUTSATS

En osedvanlig betalning kan vara av två skilda typer. För det första kan betalningsmedlet i sig vara osedvanligt. Uttalandet i förarbetena om att en betalnings osedvanliga karaktär skall avgöras utifrån förhållandena i båda parter branscher är förmodligen avsedd främst för denna typ av osedvanlig betalning; nämligen betalningsmedlets art. Exempelvis kan det inom en bransch vara sedvanligt att betalning alltid görs med växel eller check. En kontantbetalning blir då ett osedvanligt betalningsmedel.

Den andra typen av osedvanlig betalning hänför sig mer till betalningssättet än till betalningsmedlets art. Betalningsmedlet kan i sig vara ”sedvanligt” (t.ex. inbetalning via postgiro) men det faktum att inbetalningen görs av tredje man kan innebära att betalningen blir osedvanlig till sin karaktär. Detta framgår tydligt i RH 1994:24 samt även i viss mån i NJA 1996 s333.

4 Betalning i förtid

Med rekvisitet ”betalning i förtid” försöker lagstiftaren hindra att betalning till en viss borgenär före förfallodagen sker till nackdel för borgenärskollektivet som helhet. Dock avses inte endast att betalningen sker före den formellt tillämpliga förfallodagen. Med anledning av att en borgenär ofta har möjligheten att begagna sig av en uppsägningsrätt vid en förestående konkurs har rekvisitet utsträckts till att även omfatta en betalning som föranledes av en sådan uppsägningsrätt.⁴⁷ All betalning som sker före den ursprungliga förfallodagen och som sker på grund av konkursgäldenärens bristande betalningsförmåga anses således vara en förtida betalning. I förarbetena nämns t.ex. fallet där borgenären vägrat en förlängning av ett lån som klart förutsatts skola förlängas tre månader i sänder, om inte något speciellt inträffar.⁴⁸

1990 s 649 Konkursgäldenären hade en checkkredit hos en bank vars kredittid löpte från d 22 maj till d 31 dec 1985 och som sedan förlängdes fortlöpande ett år i taget. Den 14 och 19 januari 1988 inbetalades två belopp på checkkontot av en kund till konkursgäldenären. Eftersom checkkrediten vid tillfället visade ett negativt saldo överstigande de inbetalda beloppen medförde dessa att konkursgäldenärens skuld till banken minskade. Banken hävdade att en insättning på en checkkredit inte är att anse som en betalning i förtid med hänsyn till att en sådan kredit är avsedd att användas för successiva insättningar och uttag. Tingsrätten konstaterade att checkräkningsavtalet löpte fram till d 31 december 1988 och att betalningarna som gjordes under januari därför skett i förtid. Frågan prövades ej i överinstanserna eftersom Banken medgav att betalning skett i förtid. Prövningen i HovR och HD avsåg andra frågor.

I förevarande rättsfall sker betalningen till banken av en utomstående tredje part. Något egentligt rättsförhållande föreligger inte mellan inbetalaren och banken eftersom denna endast tar emot betalningen för konkursgäldenärens räkning. Hur kan man då säga att betalningen gjorts i förtid? Det normala torde vara att se till avtalsförhållandet mellan inbetalaren och den egentliga betalningsmottagaren (konkursgäldenären) för att avgöra om betalningen skett i förtid eller ej. Eftersom det är konkursgäldenären som mottagit betalningen blir detta naturligtvis inte aktuellt i fallet men det torde vara det principiellt riktiga tillvägagångssättet. Denna problematik återkommer jag till i analysen under rubrik 7.1.5, medelbara betalningar.

Tingsrätten torde i ovanstående rättsfall ha tagit hänsyn till det ovan behandlade NJA 1987 s407 (se rubrik 2.3.4, medelbar betalning). Där jämställde Högsta domstolen kundernas inbetalningar med betalningar

⁴⁷ Prop 1975:6 s223.

⁴⁸ Prop 1975:6 s223.

direkt av bolaget. Det rättsfallet gällde emellertid tillämpningen av Ä KL 21§, nuvarande KL 3:2.⁴⁹

1995 s 688⁵⁰ Galdenären (Mobilia) lånade 36.000.000 kr av Graningeverken enligt ett skuldebrev dagtecknat d 20 aug 1990. Skulden förföll till betalning d 20 nov 1990. Den 11 oktober gjorde Mobilia en avbetalning om 7.000.000 kr på lånet. Mobilia försattes senare i konkurs d 4 dec 1990. Konkursboet hävdade att det skett en betalning i förtid. Borgenären anförde som skäl för bestridande att avbetalningen inte varit till nackdel för galdenärens borgenärer eftersom hela beloppet ändå förföll till betalning före konkursutbrottet. Samtliga instanser ansåg att den avtalade förfallodagen bör utgöra utgångspunkt för bedömningen om betalningen skall anses ha skett i förtid. Eftersom betalningen skett den 11 oktober och lånet inte förföll till betalning förrän den 20 november så hade betalningen skett i förtid.

Det kan argumenteras att det egentligen inte skett en betalning i förtid eftersom förfallodagen inträdde före konkursutbrottet. Hade galdenären väntat med betalningen till förfallodagen hade denna nämligen inte kunnat återvinnas annat än med något av de övriga rekvisiten i KL 4:10.⁵¹ Rättstillämparen beaktar dock inte denna argumentering utan använder sig av förfallodagen och inte konkursbeslutet såsom utgångspunkt för att avgöra om det skett en förtida betalning. Detta hänger troligtvis samman med att rättstillämparen bestämt att prövningen av nackdelsrekvisitet skall hänföras till tidpunkten då rättshandlingen företas och inte till tidpunkten för konkursbeslutet. En prövning av nackdelsrekvisitet besvaras nämligen jakande i ovanstående fall eftersom betalningen *vid betalningstillfället* förorsakar nackdel för övriga borgenärer, oaktat att lånet i sin helhet ändå förfaller till betalning innan konkursutbrottet.

SLUTSATS

Av ovanstående rättsfall kan det tyvärr inte dras några större slutsatser. Det torde emellertid med ledning av NJA 1995 s688 stå klart att det anses ha skett en förtida betalning om betalningen gjorts före förfallodagen trots att förfallodagen inträtt innan konkursutbrottet.

⁴⁹ Betalningen till ett postgirokonto skedde en dag efter konkursbeslutet och är därmed giltig enligt Ä KL 21§, trots att konkursgaldenären efter konkursen förlorar rådigheten över sin egendom, förutsatt att borgenären ej kände till konkursbeslutet. Konkursboet hävdade att Ä KL 21§ ej var tillämplig eftersom betalning gjorts av annan än konkursgaldenären. Rättsfallet rör således en frågeställning om konkursgaldenärens legitimitet och rådighet över sin egendom.

⁵⁰ Rättsfallet behandlas mer utförligt under rubriken 6.2, Ordinär betalning/ betalning i förtid.

⁵¹ Enligt 1862 års KL 36§ 2 mom. angavs det uttryckligen att det för återvinning fordrades att skulden inte förföll till betalning före konkursens början.

En intressant frågeställning som inte kunnat besvaras är hur lång tid före förfallodagen som en betalning skall ha gjorts för att denna skall beaktas såsom en förtida betalning. Att en betalning sker en viss kortare tid före förfallodagen kan av olika anledningar ofta vara ursäktlig. Det kan exempelvis vara svårt att exakt förutse när en betalning bokförs om betalning sker via postförsändelse, eller via bank- eller postgiro. Om en betalning därför görs i god tid för att gäldenären inte vill riskera att drabbas av en dröjsmålsavgift samt av denna anledning de facto sker i förtid kan denna, enligt min uppfattning, inte anses utgöra en förtida betalning enligt KL 4:10.

5 Betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning

Ur praktisk synvinkel är detta det mest intressanta rekvisitetet i KL 4:10. Det räcker för konkursförvaltaren att han kan visa att det skett en betalning av betydelse för att återvinning skall bli aktuellt. Såsom kommer att redogöras för mer ingående nedan framgår det dock inte av förarbetena hur denna bedömning skall göras. Det har lämnats åt rättstillämparen att närmare precisera och fastställa riktlinjer för hur rekvisitet skall tillämpas.⁵² Utgångspunkten för redogörelsen av detta rekvisitet är Lennanders teori om att betalningens storlek ställd i relation till de totala tillgångarna i konkursbouppteckningen skall avgöra bedömningen. Lennanders teori behandlades egentligen ett år tidigare av Håstad⁵³ där denne förspråkade en relativ bedömning med 12% som återvinningsbart tal. Lennander fick utstå en del kritik för att hon vid presentationen av ”sin” teori inte hänvisade till Håstads framställning.⁵⁴

Frågeställningar

1. Utifrån Lennanders teori om 10% av betalningen ställd i relation till tillgångarna i konkursbouppteckningen skall jag redogöra för huruvida HD i sin rättstillämpning tillämpar denna procentmetod och i sådant fall vilka procentsatser som används.
2. Undersöka om det i den relativa bedömningen från tillgångssidan i konkursbouppteckningen kan/skall dras av värdet av pantsatt eller företagsintecknad egendom.
3. Huruvida HD i sin rättstillämpning i något fall har frångått procent tänkandet.
4. Till vilken tidpunkt värderingen av tillgångarna skall hänföras om procentmetoden tillämpas.

⁵² I SOU 1970:75, s150 nämns att boet skall kunna återvinna betalningar ”...vilka framstår som mer eller mindre uppseendeväckande.” Vidare anføres att det ”...frånsett betalning med ovanliga betalningsmedel eller i förtid, endast är fråga om betalning som är av verklig betydelse för borgenärerna.”

⁵³ Håstad, sakrätt avseende lös egendom, 2 upplagan, 1984.

⁵⁴ Se Håstad, s275.

5.1 Används den relativa metoden (procentmetoden) av rättstillämparen ?

Lennander föreslog tillämpningen av en relativ metod 1985. Gränsen för vad som skulle anses som en betalning vilken ”avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning” skulle enligt Lennander sättas vid en betalning som utgjorde c:a 10% av konkursboets bruttotillgångar. Lennander använde sig av tre avgöranden från HD för att styrka sin tes: (betalningens procentuella andel av konkursboets bruttotillgångar anges inom parantes)

1981 s759 Betalningen var på 145.078 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till 5.645.645 kr. HD avslog konkursboets ansökan om återvinning. **(2,5%)**

HD anför i domskälen: ”...det utbetalade beloppet - ehuru i sig betydande - är förhållandevis blygsamt i jämförelse med de samlade tillgångarna om drygt 5,6 eller, med det betalande beloppet inräknat, nära 5,8 milj kr.”

1982 s135 Betalningarna (ett flertal inom återvinningsfristen gjorda amorteringar till samma borgenär) var på sammanlagt 52.612 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till ca 450.000 kr. Betalningarna ansågs tillsammans ha avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Återvinningstalan bifölls icke eftersom betalningarna ansågs som ordinära. **(12,6%)**

Varken TR, HovR eller HD anför i målet några domskäl för huruvida betalningarna avsevärt försämrat bolagets ekonomiska ställning (vilket i sig är anmärkningsvärt). Däremot har det i rubriktexten till NJA angivits följande: ”I mål om återvinning enligt 35§ konkurslagen har betalning av ett belopp motsvarande omkring tolv procent av tillgångarnas värde ansetts avsevärt försämra gäldenärens ekonomiska ställning.”

Rubriktexten bestäms efter samråd med samtliga justitieråd som dömt i målet. En rubriktexts prejudiciella värde är dock tveksam eftersom detta är utomjudiciellt material.⁵⁵

1982 s224 Betalningen var på 6.000 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till 8.878 kr. HD beviljade ansökan om återvinning. **(67,6%)**

⁵⁵ Se Müllern s 383.

HD ansåg att betalningen mot bakgrund av ovanstående relation framstod som ”relativt betydande” och att den därför innebar en avsevärd försämring av gäldenärens ekonomiska ställning.

Bortsett från NJA 1982 s135, där överinstanserna fastställer TR:ns domskäl, så citerar HD i ovannämnda fall samma förarbetsuttalande:

För att en betalning skall anses ha avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning måste det ”*vara fråga om ett belopp som i betraktande av gäldenärens förhållanden – t ex omfattningen av rörelse som han driver – måste anses relativt betydande och därför inverkar avsevärt på hans ekonomiska ställning och den utdelning som borgenärerna kan få vid en senare inträffad konkurs*”.⁵⁶

I inget av ovannämnda rättsfall använder sig HD uttryckligen av en procentmetod för att bestämma om beloppet omfattas av KL 4:10. I likhet med Müllern⁵⁷ anser jag att rättstillämparen gör en mer allsidig prövning där även andra faktorer än betalningens storlek i förhållande till gäldenärens tillgångar beaktas. Att uppställa någon form av kategorisk regel torde strida mot det citerade förarbetsuttalandet som förutsätter en mer allsidig belysning. I motiven talas om att beloppet skall betraktas mot bakgrund av gäldenärens ”förhållanden” (plural). Vidare nämns som exempel omfattningen av gäldenärens rörelse (vilket inte är detsamma som gäldenärens tillgångar). Exemplifieringen är även på intet sätt menat att vara uttömmande.

I det följande skall jag redogöra för hur HD har behandlat problematiken efter det att Lennanders procentmetod presenterats:

1985 s29 Betalningen var på 53.750 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till 2.800.000 kr. HD avslog konkursboets ansökan om återvinning. **(1,9%)**

TR anför att bedömningen skall ”grundas på en jämförelse mellan betalningens storlek och tillgångarna i konkursboet”. TR synes i jämförelsen beakta tillgångarnas realisationsvärde 2.000.000 kr **(2,7%)** och således bortse från det högre värdet i konkursbouppteckningen. Överinstanserna tillför inte någon argumentation.

1987 s872 Betalningen var på 48.528 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till 570.413 kr. HD avslog konkursboets ansökan om återvinning. **(8,5%)**

⁵⁶ Prop 1975:6 s 223.

⁵⁷ Se Müllern s 385f

TR anför att beloppet inte kunde anses avsevärt ha försämrat gäldenärens ekonomiska ställning eftersom detta understeg 10 procent av tillgångarna i boet. HovRs domskäl är följande: *”Den kan däremot, även om den i och för sig gällt ett för Sörmans förhållanden inte obetydligt belopp, ej anses ha avsevärt försämrat företagets ekonomiska ställning.”* HD fastställde HovRs dom.

I detta fall använder TR uttryckligen en 10 procentig schablon för att bestämma återvinningsbarheten. Av överinstansernas domskäl kan man inte dra några slutsatser.

1989 s3 Betalningen var på 104.490 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till 747.276 kr. HD biföll ansökan om återvinning. **(13,9%)**

I en fråga som egentligen hänför sig till huruvida förhållandena vid tidpunkten för betalningen eller om värderingen i konkursbouppteckningen skall ligga som grund vid bedömningen uttalar HD följande: *”Uppgifterna i konkursbouppteckningen om tillgångar **och om andra ekonomiska förhållanden rörande boet** kan emellertid ofta vara till ledning för bedömningen.”* (min fetstil)

Av detta uttalande kan den slutsats dras att HD inte enbart använder sig av procentmetoden utan att även andra ekonomiska förhållanden beaktas.

HD fortsätter med att nämna betalningens storlek samt tillgångarnas värde i konkursbouppteckningen. Därefter anför HD: *”Med hänsyn härtill och **då i målet inte har kommit fram några särskilda förhållanden som påverkar bedömningen** måste det anses utrett att betalningen avsevärt har försämrat AT-Trycks ekonomiska ställning.”* (min fetstil).

Av detta stadgande kan man dra den slutsatsen att HD, om det inte föreligger några särskilda omständigheter, använder sig av en procentmetod. Eftersom mål om återvinning är av dispositiv natur kan domstolen inte grunda ett avgörande på omständigheter som inte har införts i målet. Det är således inte uteslutet att även andra omständigheter beaktas av domstolen vid prövningen. Dessa måste dock åberopas av parterna.

1996 s282 Betalningarna var på 150.000 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till 1.536.908 kr. HD avslog konkursboets ansökan om återvinning. **(9,8%)**

HD upprepar i domskälen uttalandet i NJA 1989 s3 om att uppgifterna i konkursbouppteckningen om tillgångar och om

andra ekonomiska förhållanden rörande boet ofta kan vara till ledning i bedömningen. Därefter nämner HD betalningens storlek, tillgångarnas värde enligt konkursbouppteckningen samt den procentsats som betalningen utgör i förhållande till tillgångarnas värde (9,8%). HD nämner därutöver gäldenärens årsomsättning under räkenskapsåret (6.957.908 kr) innan konkursen samt den procentsats som betalningen utgör i förhållande till denna (2,2%).

HD redovisar således öppet att de gjort en relativ bedömning av betalningen, dels i förhållande till tillgångarnas värde enligt bouppteckningen, dels i förhållande till årsomsättningen.

Vad som är anmärkningsvärt i fallet är att en senare företagen utredning visat att tillgångarnas värde inte översteg 886.793 kr. RevSkr i HD tog hänsyn till denna omständighet då han ansåg att återvinningsansökan borde beviljas. Betalningen hade under dessa omständigheter utgjort 16,9% av tillgångarnas värde. HD fäste dock endast vikt vid de värden som upptagits i konkursbouppteckningen och avslag ansökan.

Slutligen bör framhållas att HD gör en sammantagen bedömning där de även tycks ha tagit hänsyn till omständigheter som skulle kunna tala för att betalningen var ordinär. HD anför: *”Mot bakgrund av dessa omständigheter och med beaktande av att de båda betalningarna avsåg varuskulder som löpande uppkommit i förhållandet mellan Hisingens och Skoogs finner HD att betalningarna inte kan anses ha avsevärt försämrat Hisingens ekonomiska ställning.”*

Det är förvånande att HD tar hänsyn till betalningens ordinära karaktär även vid bedömningen om denna avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Det normala och systematiskt korrekta sättet torde vara att först bedöma om beloppet som sådant är tillräckligt stort för att falla in under rekvisitet och därefter vid jakande svar bedöma om betalningen p.g.a. dess karaktär trots allt kan anses som ordinär.

1997 s115 Betalningen var på 1.080.937 kr. Tillgångarna enligt konkursbouppteckningen uppgick till 44.600.000 kr. HD biföll ansökan om återvinning. **(2,4%)**

HD anför att den övervägande delen av tillgångarna bestod av aktier som var pantsatta för banklån. HD konstaterar att betalningen representerar 2-3% av de totala tillgångarna men att den överstiger värdet av de tillgångar som inte utgjordes av de pantsatta aktierna. HD bortser från de pantsatta aktierna vid bedömningen av betalningen och anser därmed att betalningen

avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Ställd i relation till i konkursbouppteckningen återstående tillgångar (955.120 kr) utgör betalningen (**113,2 %**) av tillgångarna.

Någon övrig argumentering än ovanstående framförs ej (fallet är av stort intresse för svaret på den andra och tredje frågeställningen).

SLUTSATS

Av den praxis som utvecklats efter det att Lennander kommit med sin procentmetod kan följande konstateras:

1. TR har i ett fall (NJA 1987 s872) uttryckligen använt sig av Lennanders 10 procents schablon. Överinstanserna ändrade inte på motiveringen. Att rent praktiskt använda 10 procent såsom ett riktmärke är en bra utgångspunkt eftersom HD i inget fall (utifrån den värdering av tillgångarna som gjorts⁵⁸) ansett att ett belopp som understeg 10 procent av tillgångarna varit återvinningsbart. Omvänt har HD, förutsatt att betalningen inte ansetts som ordinär (NJA 1982 s135) ansett att ett belopp överstigande 10 procent av tillgångarna alltid varit återvinningsbart.
2. HD tycks ha tagit ett ställningstagande i och med NJA 1989 s3. Domstolen accepterar att procentmetoden används såsom utgångspunkt för bedömningen. Samtidigt poängterar domstolen att även andra särskilda förhållanden som påverkar bedömningen kan beaktas vid prövningen om dessa åberopas av parterna.⁵⁹ Skulle parterna underlåta detta kommer procentmetoden ensam att utgöra grunden för avgörandet.

5.2 Skall egendom som är pantsatt eller är föremål för företagsinteckning dras ifrån tillgångarna vid jämförelsen ?

Lennander anser att jämförelsen vid tillämpning av procentmetoden skall göras med gäldenärens bruttotillgångar. Att man bortser från pantsatt egendom vid bedömningen skulle enligt Lennander leda till det egendomliga resultatet att borgenären missgynnas om gäldenären har belånat sina tillgångar.⁶⁰ Walin-Palmér däremot anser att man vid bedömningen bör bortse från sådana tillgångar som är pantsatta eller

⁵⁸ I NJA 1997 s115 drog HD av pantsatta aktier från tillgångarna.

⁵⁹ I NJA 1996 s282 ställde HD betalningen i relation till rörelsens omsättning. Av NJA 1997 s115 framgår att HD vid jämförelsen kan bortse från viss typ av belånad egendom.

⁶⁰ Lennander s 235f.

omfattas av företagsinteckning. Endast ett eventuellt övervärde i tillgången bör i sådana fall beaktas.⁶¹

Nedan skall redogöras för den domstolspraxis som berör frågeställningen:

1981 s759 I konkursbouppteckningen (se bilaga 1) fanns handpantsatt egendom, egendom som omfattades av företagshypotek samt intecknad fastighet. Konkursboet hävdade att varje tillgångsmassa vid prövningen borde bedömas för sig och ställas i relation till de skulder med förmånsrätt i respektive typ av tillgång.

HD avvisade detta resonemang och anförde att man vid prövningen ”...endast skall beakta betalningens verkningar för borgenärerna sedda som ett kollektiv.” HDs slutsats var att ”...hänsyn inte skall tas till antalet borgenärer eller till arten eller storleken av de olika fordringarna.” Domstolen gjorde en jämförelse med bruttotillgångarna och avslog därmed återvinningsansökan.

1985 s29 I konkursbouppteckningen (se bilaga 2) fanns skulder på sammanlagt 3.338.759 kr med säkerhet i både fastighets- och företagsinteckning. På tillgångssidan fanns en fastighet värderad till 1.000.000 kr samt tillgångar (kundfordringar, kontorsinventarier, lastbil, lager) som omfattades av företagshypoteket värda sammanlagt 1.367.900 kr. Av de totala tillgångarna på 2.808.718 kr var således 2.367.900 kr belastade med fastighets- och företagsinteckning. Om dessa tillgångar dragits av vid jämförelsen hade betalningen (53.750 kr) utgjort 12% av de resterande tillgångarnas värde.⁶²

TR repeterade i sina domskäl HDs ställningstagande i NJA 1981 s759 och anförde att vid bedömningen ”...skall hänsyn inte tas till antalet borgenärer eller till arten eller storleken av de olika fordringarna.” Överinstanserna ansåg, utan motivering, att betalningen inte varit av sådan storlek att den avsevärt försämrade gäldenärens ekonomiska ställning.

1989 s3 I konkursbouppteckningen (se bilaga 3) fanns skulder med säkerhet i företagshypotek på sammanlagt 951.238 kr. Tillgångar (lager, kundfordringar, fordon, kontorsinventarier, pågående arbeten) som omfattades av företagshypotek var

⁶¹ Walin-Palmér s 272.

⁶² Detta förutsätter att skulderna på sammanlagt 3.388.759 kr fullt ut täcker de olika fordringarna (fastigheten och tillgångarna som omfattas av företagshypotek). Det framgår inte av tillgångsförteckningen eftersom skulderna sammanslagits.

enligt konkursbouppteckningen värda 554.406 kr.⁶³ Ingen av domstolarna nämnde i sina domskäl att merparten av tillgångarna var belastade med företagshypotek. Detta var i och för sig ej nödvändigt för utgången i målet eftersom betalningen som var på 104.490 ändå ansågs såsom tillräckligt stor i förhållande till de totala tillgångarna (747.276 kr) för att återvinning skulle beviljas.

1996 s282 I konkursbouppteckningen (se bilaga 4) fanns en skuld med säkerhet i företagshypotek på 633.831 kr. Upptagna tillgångar som omfattades av detta företagshypotek var kundfordringar, varulager, inventarier samt fordringar på anställda och övriga. Värdet på dessa tillgångar var sammanlagt 1.454.166 kr.

Om företagshypoteket beaktats hade tillgångarnas värde minskat med 633.831 kr. Betalningen på 150.000 kr som av HD ställdes i relation till boets bruttotillgångar 1.536.908 kr (9,8%) hade, om företagshypoteksskulden dragits av från tillgångarna, utgjort (16,6%) av gäldenärens tillgångar [150.000 / (1.536.908 – 633.831)]. Om vi utgår från att HD tillämpar 10% regeln är det sannolikt att återvinningsansökan i ett sådant fall beviljats.

1997 s115 I konkursbouppteckningen (se bilaga 5) fanns 43.631.218 kr i pantsatta aktier samt övriga tillgångar på tillhoppa 955.120 kr. Skulderna för vilka aktierna var pantsatta uppgick till 67.437.495 kr.

HD ansåg att rättsfallet NJA 1981 s759 (se ovan) inte kunde anses ge någon säker ledning för det nu aktuella fallet. Enligt domstolen var det av vikt att det i nuvarande fall rörde sig om ett kapitalförvaltande bolag vars tillgångar nästan helt utgjordes av aktier som var pantförskrivna för lån. Ett sådant bolags värde skulle enligt HD bestå i ett eventuellt övervärde av dessa tillgångar i förhållande till tagna lån.

HD anförde: *”En betalnings relation till tillgångarnas samlade värde blir i ett sådant fall en dålig mätare på om betalningen avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Övervägande skäl talar för att man i ett sådant fall i regel bör bortse från dessa tillgångar vid bedömningen av betalningen.”* Ett justiteråd var skiljaktigt och ansåg att det framgick av NJA 1981 s759 att betalningen skulle ställas i relation till samtliga tillgångar.

⁶³ Jag bortser ifrån maskiner eftersom det inte framgår av tillgångsförteckningen om dessa är lös eller fast egendom.

SLUTSATS

Av ovanstående genomgång av praxis kan följande slutsatser tas:

1. Av NJA 1997 s115 framgår att det tidigare ställningstagande som gjorts av HD i NJA 1981 s759 och som återkommer i NJA 1985s29, där arten av fordringarna vid den relativa bedömningen kategoriskt inte tillmättes någon som helst betydelse, numera delvis är överspelat.
2. Mot bakgrund av NJA 1996 s282 samt i viss mån även NJA 1989 s3 framgår att HD vid den relativa bedömningen inte tagit hänsyn till att vissa tillgångar varit belastade med företagshypotek.
3. Av NJA 1997 s115 framgår att det varit bolagets karaktär (kapitalförvaltande bolag) som varit avgörande för att man bortsett från handpantsatta aktier vid bedömningen av betalningen. HD har tagit hänsyn till att merparten av tillgångarna i ett sådant bolag regelmässigt är belånade till stora belopp, och att det därför är olämpligt att använda dessa i en relativ bedömning om man samtidigt ej tar hänsyn till lånen. Detta förefaller vara en logisk slutsats.

Det blir då inte säkerhetens utan affärsverksamhetens karaktär som blir avgörande för vilka tillgångar som skall beaktas vid den relativa bedömningen. I NJA 1997 s115 utgjordes de belånade tillgångarna av handpantsatta aktier. Med ovanstående resonemang kan i ett fastighetsbolag belånade fastigheter som omfattas av fastighetsinteckning komma att bortses ifrån vid en relativ bedömning. Däremot är det inte säkert att domstolen, mot bakgrund av HDs skrivning om betydelsen av bolagets verksamhet, i ett fastighetsbolag, vid den relativa bedömningen, drar av belånade handpantsatta aktier.⁶⁴

5.3 Har HD i sin rättstillämpning i något fall frångått procenttänkandet ?

5.3.1 Beloppets storlek i sig

I doktrinen avfärdar Lennander att en bedömning skulle kunna ske utifrån beloppets storlek i sig. Om det däremot skulle röra sig ”... om en betalning av ett synnerligen stort belopp, dvs. i storleksordningen ett flertal miljoner kr...” anser Lennander det vara en öppen fråga om beloppets storlek i sig

⁶⁴ I NJA 1997 s115 fanns bland tillgångarna förutom aktier även viss fast egendom. Eftersom denna varken var belånad eller intecknad hade dock domstolen inte möjlighet att ta ställning i frågan huruvida även denna egendom skulle dras av vid bedömningen.

skulle kunna ha en betydelse.⁶⁵ Håstad avfärdar möjligheten eftersom han anser att den allmänna otillbörlighetsregeln (KL 4:5) alltid finns i bakgrunden och att det vid dess otillbörlighetsbedömning är tillräckligt att beloppet är absolut sett betydande.⁶⁶

Welamson anser att det ”...åtminstone inom mycket vida ramar...” inte spelar någon roll hur stort belopp, absolut sett, som betalats. Walin- Palmér, som för övrigt avfärdar Lennanders procentmetod, anser att rekvisitet i 4:10 bör anses uppfyllt ”...om beloppet i och för sig är högst betydande även om det inte inverkar så mycket på utdelningen i konkursen...”

Av Högsta Domstolens rättspraxis framgår följande:

NJA 1981 s759 - Betalningen var på 145.078 kr. HD anförde ”...att det utbetalade beloppet - ehuru i sig betydande - är förhållandevis blygsamt i jämförelse med de samlade tillgångarna...”. HD tillmätte således beloppets storlek i sig ingen avgörande betydelse.

NJA 1982 s224 - Betalningen var på 6.000 kr. Återvinning beviljades eftersom beloppet sattes i relation till konkursboets tillgångar; 8.878 kr. Om beloppets storlek i sig uttalade sig inte HD.

NJA 1987 s872 - Betalningen var på 48.528 kr. HD anförde: ”Den kan däremot, även om den i och för sig gällt ett för Sörmans förhållanden inte obetydligt belopp, ej anses ha avsevärt försämrat företagets ekonomiska ställning.” Detta uttalande är lite märkligt eftersom det antyder att även om beloppet är stort **för Sörmans förhållanden** (dvs vid en relativ bedömning) så är detta belopp ändå inte tillräckligt stort i sig för att återvinning skall komma ifråga. Vid detta tillfälle (1987) är det min uppfattning att HD inte riktigt bestämt sig för vilken riktning som skulle tas vid prejudikatbildningen, därav detta uttalande. Domstolen tar sedan ställning i NJA 1989 s3 där de bestämmer sig för att tillämpa procentmetoden.

NJA 1997 s115 - Betalningen var på 1.080.937 kr. HD anförde: ”Det omtvistade beloppet är stort, vilket dock i sig - åtminstone inom mycket vida ramar - inte har avgörande betydelse (Welamson, Konkurs, 9 uppl 1997 s 86).” Här talar HD i klartext; beloppet i sig kan ha betydelse såvida man hamnar utanför dessa **mycket vida ramar**. Föredragande RevSkr i HD anförde: ”Det är inte uteslutet att det skulle kunna förekomma att beloppets storlek i och för sig medför att det är rimligt

⁶⁵ Lennander s 228f

⁶⁶ Håstad s 276.

att det skall återvinnas. Det nu aktuella beloppet är dock inte av den storleken”

Det är min uppfattning att HD, som i fallet var angelägen att bevilja ansökan om återvinning, stod inför ett val att antingen motivera återvinningen mot bakgrund av beloppets storlek i sig eller att motivera denna med den redan vedertagna procentmetoden. HD valde att modifiera tidigare rättspraxis då de tillämpade den vedertagna procentmetoden med avdrag för handpansatta tillgångar. Dock lämnade HD samtidigt en öppning för en framtida tillämpning av beloppets storlek i sig såsom avgörande faktor.

SLUTSATS

Av ovanstående praxis kan följande slutsatser tas:

1. Inte i något fall har HD beviljat en återvinningsansökan med motiveringen att beloppets storlek i sig skulle vara avgörande. Beloppen för dessa beviljade återvinningsansökningar har sträckt sig mellan 6.000 kr och 1.080.937 kr.
2. Av HD:s senaste avgörande (NJA 1997 s115) torde det följa att beloppets storlek i sig kan ha en avgörande betydelse om det skulle röra sig om ett belopp utanför ”mycket vida ramar”.⁶⁷ Av tidigare praxis torde följa att det bör röra sig om belopp som understiger 6.000 kr⁶⁸ eller överstiger 1.080.937 kr.

5.3.2 Andra bedömningsgrunder

Det har i doktrin och praxis hävdats att den relativa procentmetoden kan utsträckas till att omfatta en jämförelse med även andra faktorer än tillgångarna i konkursbouppteckningen. I NJA 1996 s282 sätter HD betalningens storlek i relation även till omsättningen (betalningen utgör i fallet 2,2 % av omsättningen). Gregow hävdar att tillgångarna även skall ställas i relation till konkursboets skulder. Huruvida en relativ bedömning

⁶⁷ Det bör framhållas att denna slutsats vilar på delvis ostadig grund. HD nämner, i princip obiter dictum att en betalning ”...åtminstone inom mycket vida ramar – inte har avgörande betydelse...” (min kursiv). Att från detta ställningstagande dra ett motsatsslut att en betalning *utom* mycket vida ramar därför kan ha en betydelse är inte helt ofarligt.

⁶⁸ En betalning som understiger 6000 kr skulle i princip kunna anses som avsevärd eftersom betalningen enligt procentmetoden skall ställas i relation till tillgångarnas värde. Om det inte finns några tillgångar blir varje betalning oavsett belopp ”avsevärd” i förhållande till tillgångarnas värde. Beloppets storlek i sig skulle således ha betydelse på så sätt att beloppet trots att det är ”avsevärt” ställt i relation till de samlade tillgångarna ändå anses vara för litet i sig för att återvinning skall komma ifråga. I praktiken torde det vara föga intressant för en konkursförvaltare att föra en återvinningstalan avseende så små belopp.

kan göras med andra faktorer än bruttotillgångarna i konkursbouppteckningen kommer att vidare redogöras för i analysen (se rubrik 7.2.3).

Walin-Palmér förespråkar en allsidig bedömning. Därvid nämner författarna att man skall beakta om betalningen avsevärt minskat utdelningen i konkursen. Det är fullt möjligt att en betalning som inte är avsevärd i förhållande till gäldenärens tillgångar ändå medför att utdelningen i konkursen minskar avsevärt eller bortfaller helt. Denna bedömningsgrund kan därför praktiskt sett vara intressant att tillämpa.

5.4 Värderingstidpunkten

Lennander och Håstad anser att man vid en tillämpning av procentmetoden skall använda sig av tillgångarnas värde vid betalningstidpunkten.

HD har i NJA 1989 s3 klart angivit att det även är domstolens uppfattning att betalningstidpunkten är avgörande för värderingen: *”Denna fråga är att bedöma med utgångspunkt i förhållandena vid tiden för betalningen.”*. Därefter fortsätter domstolen: *”Det kan ibland vara vanskligt att i efterhand skaffa sig en klar och fullständig bild av en gäldenärs ekonomiska belägenhet vid den tidpunkt då betalningen ägde rum. Uppgifterna i konkursbouppteckningen om tillgångar och om andra ekonomiska förhållanden rörande boet kan emellertid ofta vara till ledning för bedömningen...Ju kortare tid som har förflutit mellan betalningen och konkursutbrottet, desto större är typiskt sett möjligheten att dra slutsatser med hjälp av bouppteckningen och omvänt.”*

Av ovanstående följer att värderingen enligt konkursbouppteckningen praktiskt sett ofta kan tillämpas. Av NJA 1997 s115 framgår av HDs domskäl att konkursbouppteckningen skall läggas till grund för bedömningen om en betalning erlagts mindre än tre veckor före konkursutbrottet.⁶⁹ Om betalningen skett nära tremånadersgränsen innan frisdagen finns det desto större anledning att undersöka om värderingen av tillgångarna vid detta tillfälle skiljer sig från värderingen i konkursbouppteckningen.⁷⁰

⁶⁹ NJA 1997 s115 (s120) ”Den aktuella betalningen erlades mindre än tre veckor före konkursutbrottet. Uppgifterna i konkursbouppteckningen, som anger bolagets ställning d 19 dec 1990, kan därför läggas till grund för bedömningen (jfr NJA 1989 s 3).”

⁷⁰ Har det i ett aktiebolag upprättats en kontrollbalansräkning nära betalningstillfället så skulle denna kunna tjäna som vägledning. Man bör dock vara uppmärksam på att en kontrollbalansräkning och en konkursbouppteckning kan vara upprättade efter olika värderingsprinciper. Vid den förra; det bokförda värdet av tillgångarna med reservationen att tillgångarna kan värderas högre om det finns fog för att en försäljning skulle medföra en större intäkt än det redovisade värdet. Värderingen av tillgångarna i en konkursbouppteckning torde göras enligt slaktvärdesprincipen (tillgångarnas värde vid försäljning).

Av NJA 1996 s282 framgår att tillgångarnas värde enligt konkursbouppteckningen skall ligga som grund för den relativa bedömningen även om det visas vid en *senare värdering* att det verkliga värdet är lägre.⁷¹ Detta är ett märkligt ställningstagande. Enligt NJA 1989 s3 är det tillgångarnas värde vid betalningstillfället som är avgörande och bevisning får föras härom. Skulle däremot en omvärdering ske av konkursbouppteckningen är det fortfarande den ursprungliga som skall ligga till grund för den relativa bedömningen.⁷²

Eftersom en konkursförvaltare, oavsett om han använder sig av oberoende värderingsmän eller inte, ofta torde göra en försiktig värdering av tillgångarna beräknade efter styckvisa försäljningsvärden kan den situation uppkomma vid försäljningen, om man t.ex lyckas sälja hela rörelsen, att man får ut ett högre pris på tillgångarna än det i konkursbouppteckningen angivna värdet. Om det samtidigt förs en återvinningstalan uppstår en situation där värderingen teoretiskt sett kan göras på tre grunder; det beräknade värdet vid betalningstidpunkten, enligt konkursbouppteckningen eller enligt det uppnådda högre försäljningsvärdet.

Om betalningstidpunkten ligger nära i tiden i förhållande till konkursutbrottet ligger det enligt NJA 1989 s3 nära till hands att tillämpa konkursbouppteckningen. I detta fall ställs man inför valet att tillämpa värderingen enligt konkursbouppteckningen eller det uppnådda försäljningsvärdet.⁷³ NJA 1996 s282 kan användas som argument för en tillämpning av konkursbouppteckningens värdering. Fallet avsåg dock en senare företagen utredning som visade att det verkliga värdet var *lägre* än konkursbouppteckningen. Om det visar sig vid en senare försäljning att tillgångarnas värde är *högre* än konkursbouppteckningen innebär detta att en återvinningstalan, om försäljningsvärdet tillämpas, eventuellt skall ogillas. (betalningen blir mindre i förhållande till de högre värderade tillgångarna). I detta fall finns det rättssäkerhetsskäl/principen om omsättningens säkerhet som talar för att återvinningstalan skall ogillas.

⁷¹ NJA 1985 s29 motsäger i viss mån denna slutsats. Detta rättsfall är dock av äldre datum. Dessutom är det tingsrätten som anför domskälen (även om dessa inte ändras/kommenteras av överinstanserna). Slutligen är tingsrättens ställningstagande utan betydelse för utgången i målet eftersom en jämförelse med konkursbouppteckningens värde med största sannolikhet hade medfört samma resultat (ställningstagandet är obiter dictum – lågt prejudikat värde).

⁷² Om omvärderingen beror på att tillgångarna minskat i värde efter det att konkursbouppteckningen upprättats är det logiskt att den ursprungliga värderingen gäller eftersom den ursprungliga värderingen ligger närmare i tiden i förhållande till betalningstillfället (som är den principiellt riktiga värderingstidpunkten). Omständigheterna i NJA 1996 s282 (bl.a karaktären av tillgångarna i konkursboet) tyder dock på att omvärderingen har sin grund i en vid konkursbouppteckningstillfället felaktig värdering av tillgångarna.

⁷³ Skulle betalningen vara gjord en längre tid före konkursutbrottet (t.ex mellan två till tre månader) är det utan tvekan värdet vid betalningstidpunkten som skall vara avgörande. Om inte utredning kan presenteras om värdet vid denna tidpunkt återkommer man till den problematik som presenteras ovan.

6 Ordinär betalning

Lagstiftaren har ansett att det skulle föra för långt att medge återvinning i alla de fall som ryms inom de alternativa rekvisiten betalning i förtid, med osedvanliga betalningsmedel samt betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Ordinära betalningar skall således, trots att de ryms inom ovannämnda rekvisit, inte vara föremål för återvinning. Praktiskt sett, och detta har även återspeglats i praxis, så har regeln om ordinär betalning störst betydelse avseende rekvisitet ”belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning”. Men det poängteras i förarbetena att begränsningen även avser de övriga rekvisiten.⁷⁴ I normalfallet torde ett konstaterande att en betalning skett i förtid eller med osedvanliga betalningsmedel i det närmaste per automatik innebära att betalningen inte heller kan anses vara ordinär. Det finns dock fall där en betalning med osedvanliga betalningsmedel eller i förtid kan anses vara ordinär. I förarbetena nämns att en betalning i förtid av rent praktiska skäl kan ha skett kort före förfallodagen eller kan ha företagits för att viss rabatt skall erhållas. Vidare kan en *”Betalning med betalningsmedel som i allmänhet är ovanligt i viss bransch någon gång i det särskilda fallet vara helt korrekt.”*⁷⁵

En typiskt sett ordinär betalning är enligt departementchefen: *”...vanliga löpande betalningar, t.ex. avtalade och i behörig ordning betalade amorteringar på lån, avbetalningsköp m.m. samt av hyra, arrende, skatt eller innehållna källskatter och underhållsbidrag...”*

I princip skall det för bedömningen inte inverka om borgenären hade anledning misstänka att gäldenären var insolvent eller inte.⁷⁶ Det åligger återvinningskäranden att visa att betalningen inte är ordinär. I SOU 1983:60 förslogs att bevisbördan skulle föras över på återvinningsvaranden. Någon ändring av bevisbördan gjordes dock ej i propositionen.

Bedömningen av en betalnings ordinära karaktär kan typiskt sett se olika ut beroende på vilket av de olika alternativa rekvisiten i KL 4:10 som är för handen. Detta beror på att en betalnings ordinära karaktär skall bedömas med hänsyn till de yttre omständigheterna i det specifika fallet. Dessa torde för det mesta se olika ut beroende på vilket av de alternativa rekvisiten som är för handen. Jag kommer därför att redogöra för bedömningen varje rekvisit för sig.

I det följande skall ett axplock av den rättspraxis som finns på området redogöras för.

⁷⁴ Prop 1975:6 s224.

⁷⁵ SOU 1970:75 s150.

⁷⁶ SOU 1970:75 s150.

6.1 Betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel

RH

1994:24 Detta rättsfall har tidigare berörts under kapitel 4 (betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel). Konkursgäldenärens huvudleverantör ställde som villkor för fortsatta leveranser att gäldenärens kunder skulle betala direkt till huvudleverantörens post- och bankgirokonton. Både tingsrätten och hovrätten ansåg att det rörde sig om en medelbar betalning som var att jämställa med en betalning med osedvanliga betalningsmedel. Tingsrätten ansåg att det inte förelåg några ”särskilda omständigheter” som talade för att betalningen ändå skulle anses som ordinär. Hovrätten anförde följande motivering: *”Antifukt (borgenären) har anført att betalningssättet valts för att man från Antifukts sida inte ville att fordringarna på Combiluft (konkursgäldenären), som under våren 1990 uppgick till ca 500 000 kr, skulle öka ytterligare och att de stora utestående fordringarna på Combiluft kommit att utgöra en allt för stor belastning på Antifukts likviditet. I detta ligger uppenbarligen att Antifukt bedömt Combilufts betalningsförmåga som osäker. I ett för Combiluft prekärt läge har således ifrågavarande betalningssätt valts, dels för att eliminera risken för att bolaget skulle kunna betala för de aktuella leveranserna och dels för att Antifukt skulle få betalt för skulder som stått ute länge. Därmed kan betalningarna inte anses som ordinära.”*

Av ovanstående rättsfall kan man, då det saknas ett avgörande från högsta instans, givetvis inte dra någon given slutsats. Rättsfallet torde dock ge en fingervisning om rekvisitets tillämpning när det väl konstaterats att det rör sig om en betalning med osedvanligt betalningsmedel. Av tingsrättens uttalande följer att det i det närmaste föreligger en presumtion för att betalningen är icke – ordinär när det väl konstaterats att det rör sig om en betalning med osedvanligt betalningsmedel. Endast om ”särskilda omständigheter” föreligger kan betalningen ändå anses såsom ordinär. Hovrätten tillägger att betalningssättet måste ha valts på grund av gäldenärens osäkra betalningsförmåga. Detta samband mellan valet av betalningsmedel och gäldenärens osäkra betalningsförmåga torde därmed vara en förutsättning för att betalningen skall vara icke – ordinär. I övrigt föreligger, när det väl konstaterats att det rör sig om ett osedvanligt betalningsmedel, en presumtion för att betalningen är icke – ordinär.

6.2 Betalning i förtid

1987 s872 Detta rättsfall har redan redogjorts för under rubriken 2.2.1 Kontantköp. Rättsfallet avser förtida betalning av tre fakturor. Svaranden anförde såsom grund för bestridande att det faktum att det på fakturorna angivits en sista betalningsdag inte innebar att denna var förfallodag utan endast att betalning därefter medförde att ränta debiterades enligt räntelagen. Skyldighet att betala inträdde enligt svaranden vid leveransen. Betalningen hade därför ej skett i förtid. Tingsrätten ansåg att den på fakturorna angivna sista betalningsdag var förfallodagen. Därefter anförde domstolen *”Betalningen får under dessa förhållanden visserligen anses ha skett i förtid men måste ändå anses som ordinär, eftersom den skett vid en tidpunkt då Sörmans haft rätt att betala och Ideca varit skyldig att mottaga betalningen. Den omständigheten att Sörmans vid något tidigare tillfälle betalat en faktura efter förfallodagen föranleder inte till annan bedömning av betalningens karaktär.”* Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Högsta domstolen ansåg i likhet med underinstanserna att de på fakturorna angivna sista betalningsdag var förfallodag samt att betalningarna därför skett i förtid. Därefter citerar HD de ovan nämnda förarbetsuttalandena samt anför: *”Dessa uttalanden i förarbetena ger närmast vid handen att det avgörande får bli en totalbedömning av omständigheterna i den föreliggande situationen”* Därefter anför domstolen: *”Betalningen har skett ganska kort tid före förfallodagarna.⁷⁷ Beloppets storlek kan inte i sig föranleda att betalningen anses onormal för Sörmans löpande verksamhet. Vad angår Sörmans betalningsvanor i övrigt har upplysts endast att företaget, som drivit en verksamhet av begränsad omfattning inom kontorsmaterielbranschen, brukade verkställa betalningar löpande och vid ett par tillfällen tidigare samma år betalat Ideca på förfallodagen eller någon dag senare. Det kan inte därmed anses visat att Sörmans för sina betalningar tillämpade en fast ordning från vilken den nu aktuella utgjorde ett avsteg. En samlad bedömning leder till att betalningen av de tre fakturorna kan anses ordinär.”*

Att underinstanserna ansett att betalningen var ordinär på den grund att den skett vid en tidpunkt då gäldenären haft rätt att betala och borgenären varit skyldig att mottaga betalning är i sig en något underlig motivering. Denna grund nämner Högsta domstolen överhuvudtaget inte. HD koncentrerar sig mer på de faktiska omständigheterna i fallet. Domstolen konstaterar att betalningen, trots att den skett i förtid, skett ganska kort tid före förfallodagarna. Att betalningen avsett nya leveranser och ej en kumulerad

⁷⁷ Betalningarna skedde enligt HD 9,13 samt 14 dagar före respektive förfallodag.

gäld. Att beloppets storlek i sig inte var onormalt samt att det ej visats att gäldenären tillämpat en särskild mot betalningarna avvikande betalningsrutin (sedvana). HD gör således en totalbedömning av de faktiska omständigheterna i den föreliggande situationen och lämnar mer teoretiska resonemang om rätt att betala och skyldighet att mottaga betalning därhän.

1995 s688 Konkursgäldenären (Mobilia) förde en återvinningstalan avseende en avbetalning (7.000.000 kr) på ett lån som Mobilia betalat före den på skuldebrevet angivna förfalldagen. Borgenären (Graningeverken) anförde såsom grund för bestridande att avbetalningen var föranledd av att säkerheten för hela lånet minskade. Borgenären hade nämligen, enligt en förfalloklausul, rätt att säga upp hela lånet om säkerheten för lånet inte längre var betryggande. Den ifrågasatta avbetalningen medförde att låneskulden nedbringades till en nivå där den ställda säkerheten åter blev betryggande. Avbetalningen var därför ordinär. Samtliga instanser ansåg att betalningen skett i förtid. Tingsrätten anförde att omständigheterna i målet inte var sådana att betalningen skulle kunna anses såsom ordinär. Hovrätten anförde: *”Särskilt med beaktande av att den sålunda i förtid gjorda betalningen avsett ett lån med så kort löptid som tre månader och omfattat ett avsevärt belopp såväl i och för sig som i förhållande till det totala lånebeloppet, delar HovR:n TR:ns bedömning att de av Graningeverken åberopade omständigheterna inte medför att den ifrågavarande betalningen ändå kan anses som ordinär i den mening som avses med bestämmelsen i 4 kap 10§ KL (1987:672).”*

Revisionssekreteraren i Högsta domstolen anförde i sitt betänkande följande domskäl avseende betalningens ordinära karaktär: *”Frågan är om betalningen ändå skall anses som ordinär. Graningeverken har till grund för sin talan åberopat att betalningen föranletts av en motsvarande minskning av belåningsvärdet av de aktier som ställts som säkerhet för dess lån till Mobilia. Bolaget har gjort gällande att betalningen erlagts helt oberoende av Mobilias obestånd. Enligt bolaget är betalningen därför att anse som ordinär. Utgångspunkten för prövningen av målet är att låneavtalet innehåller ett villkor om rätt för långivaren att säga upp lånet till omedelbar betalning bland annat för det fall att säkerheten för lånet inte längre är betryggande. En sådan uppsägning av lånet skall dock enligt avtalsvillkoret inte medföra att lånet förfaller till betalning om låntagaren före uppsägningstidens utgång undanröjer grunden för uppsägning. Det har inte gjorts gällande att någon formell uppsägning av lånet har ägt rum. Däremot har från Graningeverkens sida riktats en uppmaning till Mobilia att nedbringa skulden till en nivå som motsvarar det sänkta värdet på den ställda säkerheten. Förfarandet får anses stå i*

överensstämmelse med det ovan återgivna avtalsvillkoret. Vid prövning av frågan om betalningen skall anses som ordinär saknar det betydelse om Graningeverken haft kännedom om Mobilias ekonomiska svårigheter eller inte. Av avgörande betydelse blir i stället om situationen objektivt sett varit sådan att man kunnat förvänta sig att betalning hade erlagts på motsvarande sätt även om gäldenärens konkurs inte varit nära förestående. Det är naturligt att en borgenär, som ser säkerheten för sin fordran minska i värde, söker minimera sitt risktagande genom att påfordra antingen ytterligare säkerhet eller betalning motsvarande säkerhetens värdeminskning, och detta även om han inte har särskild anledning att misstänka att gäldenären är eller riskerar att hamna på obestånd. Om betalning i en sådan situation i enlighet med avtalet erläggs i förtid får den objektivt sett anses sakna samband med de ekonomiska svårigheter som gäldenären kan ha. En sådan betalning får i normalfallet anses som ordinär. Härvid saknar det, annat än i undantagsfall, betydelse hur lång tid som återstår innan den ursprungligen avtalade förfallotiden inträder. På grund av vad ovan anförts är Mobilias betalning att bedöma som ordinär. Konkursboets återvinningstalan skall därför ogillas.”

Högsta domstolen anförde följande avseende betalningens ordinära karaktär: ”Återvinningsbestämmelserna är avsedda att träffa sådana betalningar vilka framstår såsom avvikande från det normala. Som ordinär betalning, undandragen möjligheterna till återvinning, har ansetts betalning som objektivt sett inte har något med gäldenärens betalningssvårigheter och förestående konkurs att göra. Den yttre situationen skall, har det sagts, vara sådan att man objektivt sett inte kan misstänka att borgenären känt till gäldenärens betalningssvårigheter. (Lennander, Återvinning i konkurs, 2 uppl, s 238ff.) I låneavtalet mellan Graningeverken och Mobilia har inte förutsetts möjligheten av att någon amortering skulle göras före förfallodagen. Betalningen gjordes strax före konkursen utan att panten till någon del återlämnades. En amortering under angivna förhållanden måste objektivt sett antas ha ett sådant samband med betalningssvårigheter hos gäldenären att den inte kan anses vara ordinär i den mening som avses i återvinningsbestämmelsen. HovR:ns domslut skall alltså fastställas. Det kan för övrigt framhållas, att betalningen kan jämföras med en situation där Mobilia ställt kompletterande säkerhet. En sådan åtgärd hade kunnat återvinnas enligt 4 kap 12 § KL (jfr Lennander, aa s 243).”

I ovanstående rättsfall kommer således RevS i HD och Högsta domstolen fram till olika slutsatser avseende betalningens ordinära karaktär, trots att de

använder samma typ av argumentering. Revisionssekreteraren anför att av avgörande betydelse är ”...om situationen objektivt sett varit sådan att man kunnat förvänta sig att betalning hade erlagts på motsvarande sätt även om gäldenärens konkurs inte varit nära förestående.” HD anför att en betalning är ordinär förutsatt att den ”...objektivt sett inte har något med gäldenärens betalningssvårigheter och förestående konkurs att göra.” Av ovanstående torde det vara klarlagt att en prövning av huruvida en betalning är ordinär förutsätter ett hypotetiskt resonemang där domstolen får ställa frågan huruvida betalningen hade gjorts även om en konkurs inte hade varit nära förestående. Blir svaret jakande är betalningen att anse såsom ordinär. Vid detta hypotetiska resonemang använder sig domstolarna av objektiva kriterier såsom betalningens storlek, sedvana mellan parterna, det underliggande rättsförhållandets karaktär mm. Eftersom återvinning enligt KL 4:10 är en objektiv återvinningsbestämmelse försöker Högsta domstolen att grunda prövningen av betalningens ordinära karaktär på så objektiva kriterier som möjligt. Förmodligen är borgenärens faktiska goda tro avseende gäldenärens förestående konkurs utan betydelse. Avgörande är den yttre situationen såsom den typiskt sett framstår för en utomstående observatör. Att en sådan bedömning kan leda till vitt skilda slutsatser framgår av ovanstående rättsfall.⁷⁸

Trots att HD kan tyckas i förbigående nämna att återvinning kunde varit aktuell om gäldenären istället för att betala av på lånet ställt kompletterande säkerhet så har detta förmodligen spelat en avgörande roll för HD:s ställningstagande. Liksom i NJA 1996 s282⁷⁹ tar HD vid avgörandet hänsyn till en annan återvinningsbestämmelse; nämligen KL 4:12 om återvinning av ställande av säkerhet som ej varit betingad vid skuldens tillkomst. HD ser systematiskt på de olika återvinningsreglerna. Återvinningsbestämmelserna skall ses som ett sammanhängande lapptäcke, den ena regeln tar vid där den andra slutar. Ledning för tillämpning av en återvinningsregel kan därför enligt domstolen sökas hos andra återvinningsbestämmelser.

1997 s408 Rättsfallet har redogjorts för mer utförligt under rubrik 2.2.2, framtida motprestation. En leasingavgift betalades 19 dagar före förfalldagen (12 dagar efter fakturans utställande). Tingsrätten ansåg att en förtida betalning skett eftersom ”...betalningen skett efter det att gäldenären mottagit faktura men före förfalldagen.” Att betalningen skett i förtid var ostridigt i överinstanserna. Beträffande betalningens ordinära

⁷⁸ Att Högsta domstolen hänvisar till Lennander beror på att den situation som uppstod i NJA 1995 s688 behandlas av författaren. Lennander nämner att en uppsägning av kredit pga förfalloklausul där det anges att uppsägning får ske om den säkerhet som lämnats inte längre är betryggande i vissa fall kan anses som ordinär. Lennander anger som grund den hypotesen att borgenären systematiskt skulle säga upp givna krediter där säkerheten minskat i värde, oberoende av gäldenärernas omedelbara finansiella situation. ”I ett sådant fall saknar betalningskravet objektivt sett samband med en enskild gäldenärs dåliga ekonomi och de betalningar som erlaggs i detta fall bör kunna anses som ordinära (om inga andra yttre omständigheter som talar i annan riktning föreligger).”, Lennander s243.

⁷⁹ Se under rubriken 2.3 (medelbar betalning)

karaktär anförde tingsrätten att: ”...Tryckerikontakt (gäldenären) visserligen tidigare betalt leasingavgiften i förtid. Den nu aktuella betalningen ägde dock rum under en tid då bolaget befann sig i ett ansträngt ekonomiskt läge och mycket kort tid innan rörelsen överläts till ett av närstående nybildat bolag. Förfallodagen inföll först efter den kort därpå följande konkursen. Mot bakgrund av nu redovisade omständigheter kan betalningen enligt TR:ns samlade bedömning inte anses som ordinär.”

Hovrätten anför följande avseende bedömningen av en betalnings ordinära karaktär: ”Utgångspunkten för bedömningen om betalningen är ordinär eller inte är om betalningen skulle ha skett på samma sätt ifall gäldenären inte haft några betalningssvårigheter eller påverkats av gäldenärens förestående konkurs.” Hovrätten anförde därefter som enda argument för betalningens icke ordinära karaktär att denna skett vid en tidpunkt när gäldenären befunnit sig i ett ansträngt ekonomiskt läge. Högsta domstolen bedömde aldrig frågeställningen eftersom domstolen avlog återvinningstalan på grund av bristande uppfyllelse av nackdelsrekvisitet (se under rubrik 2.2.2, framtida motprestation).

Det kan konstateras att Hovrätten använder sig av samma hypotetiska frågeställning som i NJA 1995 s688.⁸⁰ För att besvara denna frågeställning måste domstolen använda sig av objektiva kriterier. Det är enligt min mening en klar brist i hovrättens domskäl att domstolen som enda ”objektiva kriterium” för sin slutsats att betalningen är icke ordinär nämner att betalningen skett vid en tidpunkt då gäldenärens finansiella situation var prekär. Detta uttalande säger egentligen ingenting utöver den hypotetiska frågeställning som HovR själv anger. Tingsrätten anger däremot ett objektiva kriterium som talar för betalningens ordinära karaktär, nämligen att gäldenären tidigare betalt leasingavgiften i förtid samt två objektiva kriterier som talar för betalningens icke ordinära karaktär. Att betalningen skedde en mycket kort tid innan rörelsen överläts samt att förfallodagen inföll först efter konkursen.

6.3 Betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning

1982 s135 Detta rättsfall har kort berörts under rubrik 6.1, betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel. Tingsrättens domskäl är här av betydelse eftersom TR:ns dom fastställdes både av HovR och av HD. Gäldenären hade under hösten 1978 tagit ett

⁸⁰ Huruvida ”...betalningen objektiva sett inte har något med gäldenärens betalningssvårigheter och förestående konkurs att göra.”, NJA 1995 s688.

lån på 250.000 kr. Lånet skulle återbetalas vid årsskiftet 1978-79, vilket också skedde, bortsett från ett belopp på 100.000 kr. Det återstående beloppet lades då upp som en växelskuld vilken amorterades var fjortonde dag t o m den 4 september 1979. Gälldenären försattes i konkurs nio dagar senare. Konkursboet yrkade återvinning jämlikt Ä KL 35§ av de belopp som betalats inom återvinningsfristen, sammanlagt 52 612 kr. Såsom redogjorts för tidigare fann TR att beloppet avsevärt försämrat gälldenärens ekonomiska ställning (beloppet utgjorde ca 12% av de totala tillgångarna). Vad avser betalningarnas ordinära karaktär anförde konkursboet att en betalning som sker lång tid efter den ursprungliga förfallodagen aldrig kan bli ordinär (den ursprungliga förfallodagen inträdde vid årsskiftet 1978-79 varefter det efter omförhandling överenskommit att ett restbelopp på 100.000 kr skulle amorteras var fjortonde dag). Konkursboet tillade: *"Gälldenären kan inte genom att överenskomma om ny tidpunkt för betalning göra en icke – ordinär betalning till ordinär. Om så vore fallet skulle alla betalningar bli ordinära, så snart gälldenären och borgenären var överens om att gälldenären skulle betala förfallen skuld."* Dessa skäl beaktades dock ej av TR:n som anförde: *"Det är ostridigt att avbetalningarna skett i stort sett regelbundet under ca åtta månader, således även i tiden före d 30 mars 1979."* (datumet avser fristdagen). Mot bakgrund av att betalningarna skett efter en före fristdagen uppgjord avbetalningsplan ansåg TR:n att betalningarna var ordinära.

I domskälen nämner tingsrätten ett uttalande i förarbetena där det anförs att en betalning av skuld, som stått ute eller kumulerats under längre tid, icke skall kunna godtas som ordinär. Detta uttalande innebär dock inte att all form av betalning av äldre skuld icke skall kunna godtas som ordinär. Det torde vara vanligt förekommande att avbetalning av lån omförhandlas även utan en omedelbart förestående konkurs. Har omförhandlingen skett i god tid före fristdagen torde därför betalningar gjorda efter den uppgjorda avbetalningsplanen kunna godtas som ordinära.

1989 s3 Rättsfallet har tidigare berörts i avsnitt 2.2, framtida motprestation och i avsnitt 5.1,2,4, betalning med belopp som avsevärt försämrat gälldenärens ekonomiska ställning. Konkursgälldenären yrkade återvinning av en delbetalning av en leasingavgift till Svenska Finans. Gälldenären (AT-Tryck) hade betalat ett belopp. Det fanns dock tre olika fakturor; en initialavgift samt två fakturor för olika tidsperioder. Det var därför ej helt klart vilken faktura som betalningen avsåg. Fråga uppstod om betalningen kunde anses som ordinär. Tingsrätten började med att redogöra för det uttalande som görs i förarbetena om att vanliga löpande betalningar skall godtas som ordinära. Därefter anförde TR:n: *"I föreliggande fall är*

det fråga om ett leasingavtal och på så vis aktuellt med löpande betalningar. Beloppet som AT-Tryck betalt, 104 490 kr, motsvarar leasingavgiften, inklusive moms, för en hel månad. Betalningen måste därför uppfattas såsom avseende leasingavgiften för en hel månad och då närmast en delbetalning av faktura nr 2 å 234 351 kr. AT-Tryck har således med sin första betalning inte erlagt "initialavgiften", som avsåg den första leasingtiden, utan endast en del av den faktura som avsåg tiden närmast därefter. Detta innebär att betalningen ej erlagts i behörig ordning och att det med hänsyn till dröjsmålet inte föreligger skäl för att ändå anse betalningen som ordinär." Betalningen ansågs såsom icke – ordinär av tingsrätten.

Hovrätten kom fram till motsatt slutsats, HovR anförde: "Svenska Finans har gjort gällande att betalningen i fråga skall betraktas som ordinär, emedan den utgjorde ett led i en avtalad betalningsström och erlades utan avsevärd försening. Invändningen har enligt HovR:ns mening fog för sig. Att betalningen uppenbarligen ej avsåg den inledande avgiften enligt leasingavtalet utan någon av de närmast följande månadsavgifterna rubbar inte dess karaktär av led i ett avtalat betalningsflöde. Inte heller bör i ett dylikt flöde en försening av en månadsavgift med, som i detta fall, omkring en månad rimligen föranleda att den försenade betalningen ej anses gjord i "behörig ordning"."

Högsta domstolen ansåg emellertid, i likhet med TR:n, att betalningen var icke – ordinär samt anförde som domskäl följande: "Enligt vad handlingarna utvisar avsåg AT-Trycks betalning d 12 nov 1985 av beloppet 104 490 kr en månads leasingavgift jämte mervärde skatt. Som TR:n har anmärkt är det fråga om en delbetalning av faktura nr 2 på sammanlagt 234 351 kr och med förfallodag d 10 okt 1985. Det föreligger alltså ett dröjsmål med betalningen i mer än en månad. Eftersom leasingavtalet mellan AT-Tryck och Svenska Finans hade ingåtts så kort tid dessförinnan som i augusti samma år och betalningen var den första – och enda – som över huvud gjordes på grund av avtalet, kan dröjsmålet inte sägas ha utgjort ett normalt inslag i avtalsförhållandet mellan de båda kontrahenterna. Inte heller ger utredningen vid handen att sådant dröjsmål skulle vara det normala i branschen. Därtill kommer att, som domstolarna har framhållit, AT-Tryck inte betalat initialavgiften jämte mervärdesskatt enligt faktura nr 1. Mot bakgrund härav och med beaktande även av att betalningen inte svarar mot det belopp som sammanlagt skulle erläggas enligt faktura nr 2, framstår den inte heller i övrigt som gjord i normal ordning. En helhetsbedömning leder till

att, som TR:n har funnit, den omtvistade betalningen inte kan betraktas som ordinär i återvinningsbestämmelsens mening.”

Högsta domstolen börjar med att konstatera att det föreligger ett dröjsmål i betalning. Därefter fastslås att detta dröjsmål inte är ursäktligt eftersom det icke utvecklats en sådan sedvana mellan parterna⁸¹ samt att sådana dröjsmål inte är det normala i branschen. Såsom ytterligare graverande omständighet anger HD att gäldenären inte betalat en faktura (initialavgiften) som ligger före i tiden. Det torde därmed vara klarlagt att dröjsmål med betalning är en omständighet, som förutsatt att den icke är ursäktad pga sedvana eller branschpraxis, föranleder att betalningen icke kan anses som ordinär. Dröjsmålet innebär i sig att det inte kan vara fråga om en ”vanlig löpande betalning”.

1997 s115 Rättsfallet har redogjorts för under rubrik 5.1.4, betalning av belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. I fallet var fråga huruvida en betalning d 3 december 1990 till ett checkräkningskonto i Nordbanken på 1 080 937 kr, vilken avsåg insättning av en slutlikvid för en fastighetsförsäljning, skulle anses såsom ordinär. Tingsrätten anförde att det aktuella kontot var gäldenärens normala transaktionskonto där bl a likvider vid fastighetsförsäljningar flöt in. Gäldenärens verksamhet bestod främst utav köp och försäljning av fastigheter. Mot bakgrund av detta samt med hänsyn till att borgenären hävdade att transaktionsflödet under andra halvåret 1990 inte avvek från vad som var normalt (under juli månad 1990 gjordes en insättning på 650.000 kr) ansåg TR:n att betalningen var ordinär. Hovrätten anförde följande: ” *Den omständigheten att bolaget lät betalningen för fastigheten flyta in på checkkontot kan i och för sig inte anses anmärkningsvärd. Även om större belopp influtit på kontot vid tidigare tillfällen har det nu aktuella beloppet vida överstigit storleken av de belopp som under det senaste halvåret före konkursen flutit in på kontot. Av de förhållandena att kontot under lång tid varit övertrasserat samt att bolaget endast ett par veckor senare på egen begäran försatts i konkurs framgår att bolaget hade betydande betalningssvårigheter när beloppet sattes in på kontot. Av Gunnar B:s uppgifter framgår vidare att banken under ett par månader väntat att beloppet skulle flyta in och att detta var en av anledningarna till att banken inte vidtog åtgärder med avseende på övertrassereringen. Av betydelse är också att banken efter inbetalningarna d 3 dec 1990 inte tillät bolaget att göra några nya uttag på checkräkningskrediten.*” Mot denna bakgrund ansåg HovR att betalningen inte kunde anses såsom ordinär.

⁸¹ Av SOU 1970:75 framgår att ”...löpande betalningar som ej fullgörs förrän någon tid efter förfallodagen kan bära godtagas som ordinära, t. ex. om gäldenären brukat successivt göra rätt för sig i efterhand.”

Högsta domstolen delade denna slutsats samt anförde för egen del: *”Därmed blir frågan om betalningen kan anses vara ordinär. Vid denna prövning bör beaktas att Ekblads under lång tid häftat i skuld på kontot, att banken trots detta inte vidtagit några åtgärder i väntan på att betalningen skulle inflyta och att banken så snart detta skett inte tillåtit Ekblads att göra ytterligare uttag från kontot. Objektivt sett framstår betalningen därför inte som ordinär (jfr NJA 1987 s 872 och NJA 1995 s 688).”*

Av ovanstående framgår att betalningens ordinära karaktär måste avgöras mot bakgrund av gäldenärens normala verksamhet. Ett inbetalt belopp på 1.080.937 behöver således inte storleksmässigt vara anmärkningsvärt om gäldenärens verksamhet består av köp och försäljning av fastigheter. När väl transaktionens art (dellikvid av en fastighetsförsäljning) fastställts såsom ordinär ser domstolarna till det normala transaktionsflödet mellan parterna. Högsta domstolen torde därvid ha fäst avgörande betydelse vid att gäldenären under lång tid häftat i skuld på kontot och att banken trots detta inte vidtagit några åtgärder gentemot gäldenären. Dessutom tillät inte banken gäldenären att göra ytterligare uttag från kontot när väl betalningen kommit in. Av dessa yttre omständigheter ansåg sig domstolen kunna dra den slutsatsen att betalningen inte var ordinär.

Rättsfallet visar att det inte räcker att ställa den ovan nämnda hypotetiska frågan; huruvida betalningen gjorts om en konkurs inte hade varit nära förestående. I detta fall hade frågeställningen med största sannolikhet nämligen fått ett jakande svar eftersom inbetalningen skett på gäldenärens normala transaktionskonto. Domstolen ser även till yttre omständigheter som kan visa att transaktionen, trots att ovanstående hypotetiska frågeställning besvarats jakande, ändå kan anses såsom icke ordinär.

7 Sammanfattning och analys

Nedan skall en sammanfattning göras samt vid tillfälle några personliga reflektioner ges avseende några av de områden som behandlats ovan under rubrik 2 (Återvinningsinstitutet). Därefter sker analysen samt ett försök att precisera de förutsättningar för återvinning som framgår av HD:s praxis avseende de tre alternativa rekvisiten i KL 4:10.

7.1 ÅTERVINNINGSSINSTITUTET

7.1.1 Kontantköp

Bestämmelserna om kontantköp hänger samman med nackdelsrekvisitets tillämpning. Det förutsätts att någon nackdel ej uppstått om gäldenären vid betalningstillfället erhållit en fullgod motprestation. Att bedömningen görs vid betalningstillfället beror på att bedömningen av nackdelsrekvisitet skall avgöras vid denna tidpunkt. Såsom tidigare påpekats har ett uttalande i förarbetena⁸² vållat oklarhet avseende definitionen av kontantköp.

Av NJA 1987 s872 kan det konstateras att en betalning av en faktura ca 20 dagar efter fakturans utställande inte är ett kontantköp. Högsta domstolen nämner dock i domskälen att det "...gäller köp som stått kontantköpen nära." Frågan är vilken betydelse man skall tillmäta detta uttalande. Det torde stå klart att en betalning av en faktura som sker ett visst antal dagar (10, 15, 30 dagar el dyl.) efter fakturans utställande enligt specifikation i fakturan i de allra flesta fall godtas såsom en ordinär betalning. Något behov finns däremot inte av att helt utesluta sådana betalningar från återvinning när detta är befogat. Ur denna synvinkel är uttalandet i förarbetena olyckligt. Mot att erkänna denna typ av betalningar såsom kontantbetalningar och därmed utesluta dessa från återvinning talar främst ett uttalande i förarbetena som även återkommer i NJA 1989 s3: "*För att återvinningsinstitutet skall fylla sin först nämnda funktion är det betydelsefullt att återvinningsreglerna får träffa en mycket vid krets av rättshandlingar som företas kort före konkursutbrottet.*"⁸³ Med "...sin först nämnda funktion..." avses syftet att hindra att borgenärerna bedriver en kapplöpning efter gäldenärens tillgångar.

Frågan är dock om ett kontantköp förutsätter att betalningen skett i omedelbar anslutning till leverans eller motpartens prestation; förutsätts en tillämpning av den avtalsrättsliga sk zug um zug principen? Ett sätt att tolka

⁸² SOU 1970:75 s150, Prop. 1975:6 s224: "Även vissa köp mot faktura måste, med hänsyn till att det med nuvarande bokföringsteknik kan vara svårt att få faktura förrän någon tid efter leverans, jämföras med kontantköp, om betalning sker i vanlig ordning."

⁸³ Prop. 1975:6, s132.

förarbetena samt Högsta domstolens ställningstagande är att en faktura som erhålles några dagar efter leverans godkännes såsom kontantbetalning under förutsättning att det sker en omedelbar betalning så fort fakturan erhållits. Det blir då en betalning som med hänsyn till "bokföringsteknik" (pga faktureringsrutiner kan inte betalning göras förrän faktura erhållits) erlägges först någon tid efter leverans. Eftersom betalningen sker direkt vid erhållande av fakturan kan denna jämföras med en kontantbetalning. Sker betalningen inte direkt utnyttjar gäldenären en kredittid eller alternativt befinner sig i dröjsmål. För sådan betalning kan det inte längre vara fråga om en kontantbetalning.

7.1.2 Borgenärsbyte / betalning ur företagshypotek

För att nackdelsrekvisitet skall uppfyllas förutsättes att gäldenärens totala tillgångsmassa skall ha försämrats vid betalningstillfället. Detta sker ej om medel införskaffats utifrån uteslutande för att betala en viss borgenär; s.k. borgenärsbyte. Klart är att detta lätt kan missbrukas. Rättstillämparen har därför ställt upp tämligen strikta kriterier för att ett borgenärsbyte skall godkännas:

- Medlen skall vara införskaffade endast i syfte att betala en skuld.
- Betalningen skall ha skett utan dröjsmål samt utan att medlen sammanblandats med gäldenärens tillgångar.
- Den nya borgenären får ej komma i en bättre sits gentemot gäldenären än den som fått betalt var i tidigare.

Såsom framgår av andra punkten behöver betalningen inte ske direkt från den nya borgenären till den äldre. Denna kan ske via gäldenären förutsatt att vissa kriterier är uppfyllda. Det anses nämligen att en sammanblandning med gäldenärens tillgångar ej sker om transaktionen kan ses som en sammanhängande transaktion.

Kriteriet att medlen ej skall sammanblandas med gäldenärens tillgångar är även aktuellt om en borgenär erhåller betalning ur egendom vari han innehar säkerhet i form av företagshypotek. Om pga företagshypoteket borgenären vid betalningstillfället skulle ha erhållit full utdelning i en konkurs uppstår ingen nackdel. Men när egendomen som omfattas av företagshypoteket realiserar för att kunna genomföra utbetalningen aktualiseras regeln i 2 kap 1§ lagen om företagshypotek enligt vilken företagshypotek inte omfattar kassa och banktillgodohavanden. För betalning ur företagshypotek är det möjligt att använda sig av principen om surrogation men som framgår av NJA 1996 s624 (behandlad under rubrik 2, partiell återvinning) kan HD även betrakta de olika momenten i transaktionen (försäljningen av egendomen, uppkomsten av en köpeskillingsfordran samt betalningen av köpeskillingen) som en sammanhängande transaktion.

Samma kriterier som HD uppställer i NJA 1996 s624 för att godkänna en sammanhängande transaktion vid betalning ur företagshypotek bör enligt min mening vara tillämpliga vid borgenärsbyte. För att en sammanhängande transaktion skall föreligga, och betalning därmed skall anses ha skett direkt ur företagshypotek till borgenären uppställer HD följande kriterier:

- Syftet skall vara att betala borgenären
- Det skall ske en omedelbar vidarebefordring av medlen

Förutsatt att ovanstående kriterier är uppfyllda kan således ett giltigt borgenärsbyte ske även om betalningen ej sker direkt från den nya borgenären till den äldre utan ”via” gäldenären.

7.1.3 Betalning “in natura”

Det hävdas i doktrinen att en betalning ”in natura” inte är en betalning i KL 4:10:s mening och att återvinning därmed inte är möjlig enligt denna återvinningsbestämmelse⁸⁴ om betalning sker medelst varuleverans eller tjänsteprestation.

Såsom redogjorts för tidigare är doktrinen ställningstagande i detta avseende i stort sett baserat på ett äldre rättsfall NJA 1950 s417 som rör tillämpningen av det äldre stadgandet i KL 30§ ”betalning av förfallen gäld”. Den nya KL 4:10 innehåller däremot inte begreppet ”gäld” och jag anser att det äldre rättsfallet därmed är överspelat. Detta framgår inte minst av NJA 1988 s149 (ömsesidiga varuleveranser i ett kontokurantförhållande).

Att betalning sker via varuleverans eller tjänsteprestation torde även vara typiska exempel på osedvanliga betalningsmedel. Lagstiftarens syfte kan rimligtvis inte ha varit att utesluta dessa former av betalningar från KL 4:10:s tillämpningsområde.

7.1.4 Löpande avtalsförhållanden

Rättstillämparen ställs inför svåra prövningar när återvinningsituationer uppstår som antingen ej förutsetts av lagstiftaren eller medvetet pga dess komplexa natur av lagstiftaren överlämnats åt rättstillämparen att avgöra. En sådan situation är t.ex. den som uppstår i ett löpande affärsförhållande mellan en borgenär och gäldenären där ett flertal transaktioner gjorts mellan parterna under återvinningsfristen.

⁸⁴ KL 4:5 är däremot utan tvivel tillämplig eftersom begreppet ”rättshandling” är vidare än ”betalning”.

En viktig uppgift för rättstillämparen är att värna om rättssäkerheten. Högsta domstolen försöker därför att fastställa en allmängiltig princip såsom i NJA 1937 s351 (löpande debiteringar och krediteringar över ett checkräkningskonto) som skall kunna tillämpas även vid andra liknande löpande avtalsförhållanden.

Följande princip gäller för löpande avtalsförhållanden:

- Varje insättning anses såsom betalning i den mån beloppet motsvaras av ett saldo motparten till last och ej åter uttages.

De kriterier som ställdes upp i NJA 1937 s351 har såsom tidigare redogjorts för under rubrik 2.3, löpande avtalsförhållanden, även tillämpats avseende checkkredit kopplad till bankgiro, ett postgirokonto samt även avseende ett kontokurantförhållande. Högsta domstolen slår därigenom vakt om förutsägbarheten i rättstillämpningen. Det är därför troligt att Högsta domstolen i största möjliga mån kommer att försöka att följa de i NJA 1937 s351 fastlagda tillämpningskriterierna när domstolen i framtiden konfronteras med andra typer av löpande avtalsförhållanden.

7.1.5 Medelbara betalningar

Av genomgången av rättsfallen under rubriken medelbara betalningar torde det stå klart att en betalning som tredje man erlägger till en borgenär för gäldenärens räkning jämställs med en betalning direkt från gäldenären. Eftersom det rör sig om en trepartskonstellation uppstår frågan mellan vilka parter som de alternativa rekvisiten i KL 4:10 skall tillämpas på. Om det rör sig om en betalning som tredje man gör på borgenärens konto på uppdrag av gäldenären uppstår frågan om det är rättsförhållandet mellan tredje man och gäldenären eller rättsförhållandet mellan gäldenären och borgenären som skall avgöra om betalningen skett i förtid eller inte eller huruvida ett osedvanligt betalningsmedel använts.⁸⁵

Det mest naturliga torde vara att se till rättsförhållandet mellan tredje man och gäldenären alternativt när det gäller betalning med osedvanliga betalningsmedel att se till hela trepartskonstellationen (se NJA 1996 s333, under rubrik 3, osedvanliga betalningsmedel).

Om det rör sig om ett normalt bankkonto eller ett annat liknande institut torde nämligen en betalning som görs från tredje man aldrig kunna göras i förtid om man ser till rättsförhållandet mellan gäldenären och banken. Banken håller nämligen bankkontot för gäldenärens räkning och en betalning till kontot av gäldenären är i realiteten en betalning av gäldenären till sig själv. Man kan inte gärna betala i förtid till sig själv. Jag har tidigare

⁸⁵ Jag utesluter konstellationen, tredje man – borgenär.

(kapitel 4, betalning i förtid) kritiserat tingsrätten för att de använt ett underliggande rättsförhållande mellan gäldenären och banken för att avgöra om betalningen skett i förtid.⁸⁶ I det kritiserade rättsfallet, NJA 1990 s649, var det möjligt för TR att resonera på detta sätt av den anledning att det till bankkontot fanns en tillhörande checkräkningskredit på begränsad tid. Bankkontot visade ett negativt saldo eftersom checkkrediten var utnyttjad vilket innebar att gäldenären stod i skuld till banken. Den orimliga följderna av TR:ns resonemang blir att *all* betalning som sker på kontot anses ha skett i förtid så länge denna inträffar innan checkräkningskrediten löper ut.

Av detta resonemang följer att det enda rimliga tillvägagångssättet måste vara att se till rättsförhållandet mellan tredje man och gäldenären. Detta är logiskt eftersom borgenären endast mottager betalningen för gäldenärens räkning. I NJA 1996 s333 ansåg HD att det rörde sig om ett osedvanligt betalningsmedel trots att betalningen från tredje man till borgenären var en normal insättning på ett postgirokonto tillhörigt borgenären. Det osedvanliga bestod, som tidigare konstaterats, antingen av det faktum att tredje man såsom betalning av gäldenären erhållit tillgångar (inventarier o dylikt – betalningsmedel av osedvanlig art) eller av det faktum att tredje man såsom motprestation för tillgångarna övertog gäldenärens skuld gentemot borgenären (HD såg till trepartskonstellationen som helhet och ansåg detta utgöra ett osedvanligt betalningssätt). Klart är att HD inte kan ha tillmätt ”rättsförhållandet” mellan tredje man och borgenären någon betydelse.

7.2 REKVISITEN I KL 4:10

Vad avser de tre alternativa rekvisiten i KL 4:10 (betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel, förtida betalning samt betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning) var det min ambition att söka precisera de förutsättningar för återvinning som framgår av HD:s praxis. Detta har visat sig vara en svår uppgift. Ingen återvinningssituation är den andra sig lik och domstolarna visar enligt min uppfattning ibland en brist på systematik och konsekvens i sina avgöranden.⁸⁷

Underlaget är därmed alltför tunt för att en fullständig katalog med ”tillämpningsregler” skall kunna åstadkommas.

I det följande skall en analys göras av varje rekvisit för sig samt förutsättningar för återvinning, i den mån det är möjligt att fastställa sådana,

⁸⁶ Avtalsförhållandet mellan gäldenären och borgenären avser avtal om checkräkningskredit. Det finns inget samband med betalningen som görs av tredje man. Detta avtalsförhållande kan därför inte ligga till grund för bedömningen.

⁸⁷ Se exempelvis NJA 1996 s282 där HD blandar in omständigheter som är hänförliga till avgörandet av en betalnings ordinarie karaktär i sitt ställningstagande huruvida en betalning skall anses ha skett med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning.

anges. I samband med redogörelsen av varje rekvisit behandlas också hur prövningen av betalningens ordinära karaktär görs.

7.2.1 Betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel

Som framgår av den tidigare redogörelsen finns det två skilda typer av osedvanliga betalningar. Den ena hänför sig till betalningsmedlets art och den andra till vilket sätt som betalningen genomförs på.

Följande alternativa kriterier kan ställas upp för att en betalning skall anses som osedvanlig till sin art.

- Betalningsmedlet är osedvanligt i gäldenärens och borgenärens branscher.
- Betalningsmedlet är osedvanligt i förhållande till en sedvana som upprättats mellan gäldenären och borgenären.

Vad avser den andra typen av osedvanlig betalning går det inte att ange några generella kriterier eller tillämpningsregler. Även här får man se till eventuell branschpraxis eller etablerad sedvana mellan parterna. Domstolen beaktar emellertid även andra omständigheter. Rättstillämparen frågar sig varför det givna betalningssättet i realiteten har använts. Om följderna av den ”osedvanliga” betalningen blir att borgenären berikas och en normal icke – osedvanlig betalning inte hade åstadkommit samma resultat ligger det nära till hands att anse betalningssättet såsom osedvanligt.

Eftersom begreppet ”osedvanlig” i sig i allra högsta grad är ett värdeladdat begrepp som förutsätter ett visst mått av subjektivt ställningstagande blir följderna att en senare prövning huruvida betalningen är ”ordinär” som framstår som något överflödigt. Det är förmodligen av denna anledning som det visat sig så svårt att finna rättsfall där en osedvanlig betalning icke – ordinära karaktär har ifrågasatts. Såsom det tidigare konstaterats kan man utgå från att det föreligger en presumtion⁸⁸ för att en osedvanlig betalning är icke – ordinär.

7.2.2 Betalning i förtid

Genomgång av rättspraxis ger vid handen att följande tillämpningsregel kan uppställas avseende förtida betalning:

⁸⁸ Med ”presumtion” avser jag inte att det sker en omkastning av bevisbördan. Det torde fortfarande vara återvinningskärandes som bör framföra bevisning om betalningens icke-ordinära karaktär. Har återvinningskäranden lyckats övertyga domstolen om en betalningens osedvanliga karaktär bör det emellertid inte krävas att han för fram ytterligare bevisning om betalningens osedvanlighet/icke-ordinära karaktär.

- All betalning som sker före förfallodagen anses ha skett i förtid

Såsom tidigare påpekats är det min uppfattning att en betalning som sker någon eller ett par dagar före förfallodagen inte nödvändigtvis behöver betyda att det skett en förtida betalning; nämligen om denna förtida betalning föranledes av svårigheter att beräkna tiden för en betalnings faktiska fullbordan, pga exempelvis postgång. Det finns dock inte något belägg för denna uppfattning i rättspraxis eftersom frågan aldrig har prövats. Tillsvidare får man därför utgå från att all betalning anses ha skett i förtid förutsatt att denna sker före förfallodagen. Att förfallodagen inträder före konkursutbrottet har ingen betydelse (se NJA 1995 s688). En betalning anses även ha skett i förtid om betalning sker före den ursprungliga förfallodagen pga. t.ex. utnyttjande av en uppsägningsrätt av lån vid en förestående konkurs.

Vad avser bedömningen av en förtida betalnings ordinära karaktär är NJA 1987 s872 belysande. När det väl konstaterats att det skett en förtida betalning tar domstolen hänsyn till en rad objektiva omständigheter för att avgöra om betalningen trots allt skall anses såsom ordinär.

Följande omständigheter ansåg HD i NJA 1987 s872 utgöra skäl för att trots allt anse betalningen som ordinär:

- Beloppets storlek var ej onormalt i förhållande till den tidigare löpande verksamheten.
- Betalningen avsåg nya leveranser och ej kumulerad gäld.
- Betalningen skedde kort tid före förfallodagen.
- Det inte visats att gäldenären avseende betalningen av fakturor tillämpat en fast ordning som avviker från den gjorda betalningen.

Ovanstående tillämpningskriterier torde vara generellt tillämpliga. Det är återvinningskäranden som måste styrka att samtliga förutsättningar för återvinning föreligger. Det åligger därmed återvinningskäranden att även föra fram bevisning för att betalningen skall anses såsom icke – ordinär.

Vad avser beloppets storlek i förhållande till tidigare löpande verksamhet avses i huvudsak att beloppet är onormalt stort i förhållande till tidigare gjorda betalningar. Att beloppets storlek anses onormalt för att denna är mindre än tidigare betalningar är teoretiskt möjligt men i praktiken osannolikt.

Det åligger återvinningskäranden att visa att gäldenären tidigare regelbundet betalat sina fakturor i tid (en fast ordning som avviker från den gjorda

betalningen)⁸⁹. Skulle det visa sig att gäldenären tidigare i inte alltför ringa omfattning betalat fakturor i förtid är detta en omständighet som styrker betalningens ordinära karaktär.⁹⁰

Såsom HD påpekar i NJA 1987 s872 gör domstolen en "...totalbedömning av omständigheterna i den föreliggande situationen." De kriterier som nämnts ovan skall således vägas mot varandra. Ingen särskild prioriteringsordning kan anges utan denna torde variera beroende på specifika förhållanden. Beroende på den föreliggande situationen kan ytterligare omständigheter som är av betydelse för totalbedömningen tillkomma.

I NJA 1995 s688 anför HD att vid prövningen av en förtida betalnings ordinära karaktär det är av avgörande betydelse "...om situationen objektivt sett varit sådan att man kunnat förvänta sig att betalningen hade erlagts på motsvarande sätt även om gäldenärens konkurs inte varit nära förestående." Någon saklig förändring av HD:s tillvägagångssätt i NJA 1987 s872 medför inte detta uttalande. Bedömningen skall fortfarande avgöras baserad på objektiva kriterier och de kriterier som tillämpats i NJA 1987 s872 är därför av fortsatt intresse eftersom de alltför, avseende en förtida betalnings ordinära karaktär, är de enda som preciserats av Högsta domstolens.

I NJA 1997 s408 framgår av **tingsrättens** domskäl att domstolen tagit hänsyn till följande omständigheter för att avgöra en betalnings icke ordinära karaktär vid förtida betalning:

- Betalningen skett en mycket kort tid innan rörelsen överlätits till ett av närstående nybildat bolag.
- Förfallodagen inföll efter konkursen.

Om förfallodagen har inträffat före eller efter konkursen har såsom tidigare konstaterats ingen betydelse för att avgöra huruvida det föreligger en förtida betalning. Om förfallodagen inträffar efter konkursen kan detta däremot utgöra ett objektivt kriterium som talar för betalningens icke ordinära karaktär.

⁸⁹ Se NJA 1987 s872, (s876)

⁹⁰ I NJA 1997 s408 ansåg tingsrätten att det faktum att gäldenären tidigare betalat en leasingavgift i förtid utgjorde en omständighet för att betrakta den tvistiga förtida betalningen som ordinär. Betalningen ansågs dock ej som ordinär pga. andra objektiva kriterier, se under rubrik 6.2 förtida betalning.

7.2.3 Betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning

Analysen i detta stycke kommer i stort att baseras på tre centrala rättsfall som är vägledande avseende detta rekvisits tillämpning; NJA 1989 s3, NJA 1996 s282 samt NJA 1997 s115.

Vid bedömningen av om en betalning har avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning är det HD:s principiella utgångspunkt att uppgifterna i konkursbouppteckningen om tillgångar och om andra ekonomiska förhållanden rörande boet skall vara till ledning för bedömningen.⁹¹ Konkursförvaltaren skall således med hjälp av föreliggande konkursbouppteckning kunna avgöra om rekvisitet är uppfyllt. Visserligen är det tidpunkten för betalningen som är det principiellt riktiga bedömningstillfället men detta innebär endast att den information som finns i konkursbouppteckningen bör anpassas till att se ut som om den upprättats vid detta tillfälle.

Då rekvisitet förutsätter att *gäldenärens*⁹² ekonomiska ställning avsevärt försämrats är det naturligt att konkursbouppteckningen används eftersom denna utgör en förteckning över gäldenärens tillgångar.

Lennander lanserade 1985 "sin"⁹³ teori efter en genomgång av tre rättsfall; NJA 1981 s759, NJA 1982 s135 samt NJA 1982 s224. Lennanders teori håller fortfarande, dock med vissa modifikationer.

Följande tillämpningsregel kan uppställas

- All betalning som överstiger 10% av gäldenärens bruttotillgångar vid betalningstillfället anses ha avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning.

⁹¹ Se NJA 1989 s3, (s6)

⁹² Att det är gäldenärens (och ej borgenärskollektivets) ekonomiska situation som måste ha förändrats framgår inte bara av själva lagtexten utan även av förarbetena, det måste "...vara fråga om ett belopp som i betraktande av gäldenärens förhållanden – t ex omfattningen av rörelsen som han driver – måste anses relativt betydande och därför inverkar avsevärt på hans ekonomiska ställning och den utdelning som borgenärerna kan få vid en senare inträffad konkurs." Prop 1975:6, s223.

⁹³ Håstad förespråkade en relativ bedömning redan 1984, se under rubrik 5 (betalning med belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning).

Vid beräkningen skall det utbetalade beloppet ställas i relation till behållningen enligt konkursbouppteckningen. Det utbetalda beloppet skall vid bedömningen således inte sammanläggas med bruttotillgångarna.⁹⁴

En fråga som inte berörts tidigare är huruvida flera betalningar inom återvinningsfristen till en och samma borgenär vid tillämpningen av detta rekvisit kan betraktas som en enstaka betalning. I NJA 1996 s282 ställde HD det sammanlagda beloppet av två, inom återvinningsfristen, skilda betalningar i relation till bruttotillgångar samt omsättning. Det torde därmed inte råda något tvivel att flera betalningar till samma borgenär inom återvinningsfristen vid bedömningen skall räknas såsom en enskild betalning.⁹⁵ Walin-Palmér hävdar att även betalningar från gäldenären till flera olika borgenärer kan läggas samman vid bedömningen.⁹⁶ Det finns så vitt jag vet ingen praxis som stödjer denna uppfattning. Enligt min uppfattning skulle det fara för långt att godta återvinning i dessa fall. Möjligtvis kan en sammanläggning komma ifråga om det finns en ekonomisk intressegemenskap mellan de olika borgenärerna.

Den senaste utvecklingen i rättspraxis (NJA 1997 s115) har delvis modifierat den ovan ställda tillämpningsregeln. Av rättsfallet framgår att man i ett kapitalförvaltande bolag, vars tillgångar nästan helt utgörs av egendom som är pantförskrivna för lån som finansierat anskaffningen av tillgångarna, bör bortse från dessa tillgångar vid bedömningen av betalningen.

Anledningen är att ett sådant bolags värde väsentligen består av ett eventuellt övervärde av dessa tillgångar. Om de pantsatta tillgångarna ej förslår till att täcka det lån vilket finansierat deras anskaffning kan dessa tillgångar rimligtvis inte beaktas utan att hänsyn tas även till det lån för vilket de är pantförskrivna. I NJA 1997 s115 bortsåg HD från pantsatta aktier och bankmedel. Lånen översteg i fallet tillgångarnas samlade värde. Om det funnits ett övervärde är det rimligt att endast detta räknats som tillgång.⁹⁷

Därmed uppstår frågan vilka typer av säkerhetsrätter som skall omfattas. Av NJA 1997 s115 följer att handpanträtt avses (se konkursbouppteckning i bil 1). Huruvida underpanträtt (hypotekarisk panträtt), där panten får stanna kvar i ägarens besittning, omfattas är oklart. Av NJA 1996 s282 (se konkursbouppteckning i bil 2) framgår att HD inte tagit hänsyn till att det fanns en skuld med säkerhet i företagshypotek och således inte bortsåg från

⁹⁴ Detta framgår av NJA 1996 s282 där HD ställde de utbetalade beloppen (sammanlagt 150.000 kr) i relation till tillgångarna i konkursbouppteckningen (1.536.908). Resultatet blev att betalningen ansågs utgöra 9,8% av tillgångarna.

⁹⁵ En sammanläggning av olika betalningar gjordes även i NJA 1982 s135. Återvinning nekades ändå eftersom betalningarna ansågs som ordinära.

⁹⁶ Se Walin-Palmér s271f. Författarna hänvisar till lagrådets uttalande vid behandlingen av förslaget till äktenskapsbalk s 323 i prop 86/87:1, där 1 kap 4§ ÄktB behandlades.

⁹⁷ Se Walin-Palmér s272.

tillgångar som omfattades av företagshypoteket.⁹⁸ Vad avser fastighetspant har detta ännu ej prövats i modern praxis.⁹⁹

Till ovanstående tillämpningsregel bör därför knytas följande:

- I vissa fall skall vid den relativa bedömningen bortses från tillgångar som är pantförskrivna för lån

Någon mer precis regel kan tyvärr inte ges. Av tidigare redogörelse framgår att affärsverksamhetens karaktär (kapitalförvaltande bolag, fastighetsbolag mm.) torde spela en avgörande roll för huruvida viss egendom skall dras av vid den relativa prövningen. Förmodligen skall det vara fråga om en rörelse vars egendom huvudsakligen består av tillgångar som finansierats med lån och där denna rörelses värde väsentligen består i ett eventuellt övervärde på dessa tillgångar.

Det räcker för återvinningskäranden att visa att ovanstående tillämpningsregel (med eventuellt bortseende av vissa pantförskrivna tillgångar) föreligger för att rekvisitet skall anses uppfyllt. Även andra uppgifter i konkursbouppteckningen om gäldenärens ekonomiska förhållanden kan emellertid användas vid bedömningen. Detta blir dock först aktuellt om återvinningskäranden ej lyckas uppfylla ovanstående tillämpningsregel. I NJA 1996 s282 utgjorde betalningen 9,8% av gäldenärens bruttotillgångar. Av domskälen framgår att domstolen även beaktat betalningens storlek i förhållande till den totala omsättningen. Att betalningen utgjorde 2,2% av omsättningen ansågs ej tillräckligt.

Det faktum att HD överhuvudtaget gör en jämförelse mellan betalningens storlek och den totala omsättningen är intressant. Förmodligen kan rekvisitet uppfyllas trots att ovanstående tillämpningsregel inte är uppfylld förutsatt att betalningen anses såsom avsevärd i förhållande till den totala omsättningen. I t.ex. ett fastighetsbolag kan bruttotillgångarna vara stora men omsättningen (då några köp och försäljningar av fastigheterna ej sker) låg. I ett sådant fall skulle en betalning kunna anses avsevärt försämra gäldenärens ekonomiska ställning om denna är stor nog i förhållande till gäldenärens omsättning. Detta är särskilt aktuellt om bolagets balansräkning är belastat med stora lån. En utbetalning kan i detta fall, trots att den inte är avsevärd i förhållande till bruttotillgångarna, få svåra konsekvenser för bolaget.¹⁰⁰

Det är en öppen fråga huruvida även andra uppgifter i konkursbouppteckningen i framtiden kan komma att användas i en relativ

⁹⁸ Det framgår ej av rättsfallet om återvinningskäranden åberopat att egendomen skulle dras av vid prövningen. Det är därför inte möjligt att dra en säker slutsats.

⁹⁹ I NJA 1981 s759 fanns det bland tillgångarna en pantsatt fastighet där lånet översteg fastighetens värde. Rättsfallet är dock för gammalt för att kunna ge någon ledning.

¹⁰⁰ Det är troligt att det till de befintliga lånen i ovanstående exempel i normalfallet skulle vara knutet en säkerhet i fastigheterna. Möjlighet finns då att bortse från fastigheterna i den mån de är pantförskrivna för lån. För den händelse att det till lånen inte finns någon säkerhet knuten är dock ovanstående exempel av intresse.

bedömning. Det har hävdats i doktrinen att hänsyn skall tas till gäldenärens skulder¹⁰¹. Detta är inte en orimlig uppfattning. Om vi utgår från föregående exempel med fastighetsbolaget förutsätter denna prövning (jämförelsen mellan betalningen och omsättning) i princip att bolaget är belastat med stora skulder. Annars är det svårt att se att betalningen skulle få några större ekonomiska konsekvenser för gäldenären. Vilket torde vara en förutsättning för återvinning vid tillämpningen av detta rekvisit.

Följande kompletterande tillämpningsregel kan uppställas:

- Förutsatt att framgång ej nås med en jämförelse med tillgångarna kan återvinningskäranden söka motivera en återvinning genom att ställa betalningen i relation till omsättningen eller skulder i konkursbouppteckningen.

Givetvis måste man bortsett från uppgifterna i konkursbouppteckningen även ta hänsyn till betalningen i sig. Frågan uppstår dock om storleken av betalningen skall ha någon självständig betydelse eller om betalningens storlek endast skall tillmätas en betydelse i förhållande till uppgifter i konkursbouppteckningen (bruttotillgångar, omsättning, skulder).

Såsom tidigare redogjorts för under rubrik 5.3 (Har HD i sin rättstillämpning i något fall frångått procent tänkandet?) framgår det av NJA 1997 s115 att beloppets storlek i sig skulle kunna ha en betydelse om man hamnar utanför ”mycket vida ramar”. Om en konkursförvaltare ställs inför en återvinningsituation i en mycket stor konkurs kan beloppets storlek trots att denna är avsevärd, vid en jämförelse med bruttotillgångar, omsättning mm., visa sig vara relativt betydelselös. Mot denna bakgrund är det betydelsefullt att HD lämnat dörren öppen för en prövning baserat enbart på beloppets storlek. Huruvida beloppets storlek ensamt är en tillräcklig förutsättning är oklart.

Slutligen kan därför ovanstående tillämpningsregler kompletteras med följande:

- Beloppets storlek i sig kan, utanför ”mycket vida ramar”, ha en betydelse.¹⁰²

Såsom tidigare redogjorts för bör undantaget för ordinära betalningar ha störst praktisk betydelse vid tillämpningen av detta rekvisit. I flertalet fall torde en betalning i förtid eller med osedvanligt betalningsmedel innebära att betalningen även är icke – ordinär. Detsamma gäller inte för betalning av belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Eftersom

¹⁰¹ Se Gregow SvJT 1993, s195

¹⁰² Såsom tidigare angetts bör det framhållas att denna slutsats vilar på delvis ostadig grund. HD nämner, i princip obiter dictum att en betalning ”...åtminstone inom mycket vida ramar – inte har avgörande betydelse...” (min kursiv). Att från detta ställningstagande dra ett motsatsslut att en betalning *utanför* mycket vida ramar därför kan ha en betydelse är inte helt ofarligt.

prövningen av detta rekvisit endast tar hänsyn till objektiva kriterier hänförliga till betalningens, tillgångarnas, omsättningens mm. storlek innebär detta att någon hänsyn överhuvudtaget inte tas till betalningens karaktär. Prövningen av betalningens ordinära karaktär är därför alltid ett viktigt moment vid tillämpningen av detta rekvisit.

Trots att betalningen avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning kan denna då den anses vara en vanlig löpande betalning i gäldenärens rörelse därför böra betraktas som ordinär.

I doktrinen nämns särskilt en kongruent betalning såsom ett exempel på en vanlig löpande betalning.¹⁰³ Med kongruent betalning avses en betalning som sker enligt det sätt, på den tidpunkt samt enligt övriga betalningsvillkor precis såsom tidigare avtalats. Återvinningskäranden måste i princip genom en redogörelse av ett antal föreliggande yttre omständigheter visa att betalningen ej var kongruent. Följande yttre omständigheter har tidigare åberopats och beaktats av HD för att styrka en betalnings icke – ordinära karaktär:

- Betalningen avsåg en kumulerad gäld.
- Det föreligger ett icke ursäktligt dröjsmål i betalning.
- Gäldenären har ej betalat en faktura som ligger före i tiden.
- Borgenärens agerande

Vad avser dröjsmål i betalning kan denna vara ursäktlig pga föreliggande branschpraxis eller en mellan parterna etablerad sedvana.

Att borgenärens agerande tillmäts en betydelse framgår av NJA 1997 s115. Det bör påpekas att borgenärens eventuella onda tro avseende gäldenärens insolvens inte är av betydelse.¹⁰⁴ En borgenärs agerande kan däremot tjäna som en indicie för att betalningen är icke – ordinär. Borgenärens agerande betraktas då som en objektiv yttre omständighet. Att en borgenär (bank), efter det att han mottagit en betalning på ett checkräkningskonto, förbjuder gäldenären att göra ytterligare uttag från kontot har av HD beaktats såsom en av flera omständigheter som sammantaget ledde till att betalningen ansågs som icke – ordinär.¹⁰⁵

I NJA 1997 s115 hänvisar Högsta domstolen vid prövningen av en betalnings ordinära karaktär till NJA 1987 s872 och NJA 1995 s688. Dessa rättsfall, vilka berör tillämpningen av rekvisitet förtida betalning, har tidigare redogjorts för under detta avsnitt. De tillämpningskriterier som ställts upp avseende ordinär betalning vid förtida betalning kan därmed

¹⁰³ Se Lennander, Vad är en ordinär betalning?, Festskrift till Lars Welamson, s400.

¹⁰⁴ Se SOU 1970:75, s150.

¹⁰⁵ NJA 1997 s115, (s121).

komma att tillämpas även under detta rekvisit. Det finns inga vattentäta skott avseende tillämpningen av rekvisitet ordinär betalning mellan de olika alternativa rekvisiten i KL 4:10. Däremot torde de yttre omständigheterna typiskt sett skilja sig åt mellan de olika rekvisiten varför olika objektiva omständigheter blir aktuella att åberopa.

Litteraturförteckning

"författare"	"titel"
Adlercreutz, Axel	Avtalsrätt I, 9 uppl., 1993. (cit. Adlercreutz)
Gregow, Torkel	Anmärkning av Lennander, SvJT 1986
Gregow, Torkel	Svensk rättspraxis, exekutionsrätt, SvJT 1993 (cit. Gregow)
Håstad, Torgny	Sakrätt, 1997, (cit. Håstad)
Lindskog, Stefan	Kvittning, om avräkning av privaträttsliga fordringar, 2 upplagan, 1993. (cit. Lindskog)
Lennander, Gertrud	Vad är en ordinär betalning?, Festskrift till Lars Welamson, 1988
Lennander, Gertrud	Återvinning i konkurs, 2 uppl., 1994 (cit. Lennander)
Müllern, Mats	Återvinning i konkurs, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, 1987, (cit. Müllern)
Rohde, Knut	Handbok i sakrätt, 1985 (cit. Rohde)
Walín, Gösta / Palmér, Eugène	Konkurslagen, 1997, (cit. Walín – Palmér)
Walín, Gösta	Materiell konkursrätt, 1987, (cit. Walín)
Welamson, Lars	Konkurs, 1997, (cit. Welamsson)
Wessén, Elias	Våra Ord, Kortfattad etymologisk ordbok, 1960

Rättsfallsförteckning

NJA 1930 s20	s. 15,16,17
NJA 1937 s60	s. 15,16,17
NJA 1937 s351	s. 24-25,26,66
NJA 1944 s571	s. 27
NJA 1950 s417	s. 22,65
NJA 1966 s97	s. 33
NJA 1969 s27	s. 27,31-32
NJA 1978 s194	s. 25,26,27
NJA 1981 s534	s. 15,16,17
NJA 1981 s759	s. 40,45,46,47,48,71,73
NJA 1982 s135	s. 40,41,44,58-59,71
NJA 1982 s224	s. 40,48,71
NJA 1985 s29	s. 41,45,47,51
NJA 1987 s105	s. 21
NJA 1987 s407	s. 25,27,36
NJA 1987 s872	s. 11-12,41,44,48,54,62,63,69,70,75
NJA 1988 s149	s. 22,23,25,65
NJA 1988 s673	s. 29
NJA 1989 s3	s. 7,13,42,44,45,47,48,50,51,59-61,63,71
NJA 1989 s705 I	s. 21
NJA 1990 s649	s. 36,67
NJA 1995 s688	s. 37,55-56,57,58,62,69,70,75
NJA 1996 s271	s. 16,17
NJA 1996 s282	s. 17,23,27,28,30,42,44,46,47,49,50,51,57,67,71,72,73
NJA 1996 s333	s. 33-34,35,66,67
NJA 1996 s624	s. 18-21,64,65,68
NJA 1997 s115	s. 43,44,46,47,48,49,50,61-62,71,72,74,75,75
NJA 1997 s408	s. 13-14,57-58,70
RH 1994:24	33,35,53